



NOMOS

REVISTA DO CURSO DE MESTRADO EM DIREITO - UFC

Solicita-se permuta
Pídense canje
On demande l'échange
Si richiede la scambio
We ask for exchange
Wir bitten um Austausch.



NOMOS

Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC

Fortaleza

2007/2

NOMOS

Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC
Volume 27 – Jul-dez – 2007/2

Conselho Científico

Prof^a. Denise Lucena Cavalcante
Prof^a. Ana Maria D'Ávila Lopes

Conselho Editorial

Prof. Paulo Bonavides – Professor Emérito da UFC
Prof. Raimundo Bezerra Falcão – UFC
Prof. Wolf Paul – Universidade de Frankfurt
Prof. Jorge de Miranda – Universidade de Lisboa
Prof. Francisco Queiroz Cavalcanti – UFPE
Prof^a. Denise Lucena Cavalcante – UFC
Prof^a. Germana de Oliveira Moraes – UFC
Prof. Eros Roberto Grau – USP
Prof. Francisco Gérsom Marques de Lima – UFC
Prof^a. Ana Maria D' Ávila Lopes – UFC
Prof. Willis Santiago Guerra Filho – PUC-SP
Prof. Hugo de Brito Machado – UFC
Prof. João Luis Nogueira Matias - UFC

Capa e Editoração eletrônica

John Harry

Nomos. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC.
v. 1-1978-Fortaleza, Edições Universidade Federal do Ceará, n. semestral.
Órgão oficial do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal
do Ceará.

ISSN - 1807-3840

1 - Direito-periódico
1 - Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito
Curso de Mestrado em Direito



SOBRE OS AUTORES

Ana Maria D'Ávila Lopes

Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora do Curso de Mestrado da Universidade Federal do Ceará. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq.

Antonio Fernández de Buján

Catedrático da Universidad Autónoma de Madrid.

Charles D. Cole

B.S. 1960, Auburn University; J.D. 1966, Cumberland School of Law, Samford University; LL.M. 1971, New York University; Beeson Professor of Law, and Director, Master of Comparative Law Program and International Programs, Cumberland School of Law, Samford University.

Denise Lucena Cavalcante

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Direito Tributário Espanhol pela Universidad de Salamanca – Espanha.; Especialista em Direito Tributário Internacional pela Universidad Austral – Argentina.; Professora dos Cursos de Graduação e Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará. Procuradora da Fazenda Nacional.

Filippe Augusto dos Santos Nascimento

Mestrando pela Universidade Federal do Ceará. Bolsista CNPq.

Francisco Davi Fernandes Peixoto

Mestrando pela Universidade Federal do Ceará. Bolsista CAPES.

Francisco Géron Marques de Lima

Procurador Regional do Trabalho. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor dos Cursos de Graduação e Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará.

Francisco Luciano Lima Rodrigues

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco /Universidade de Lisboa Portugal, Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional Mestrado/Doutorado da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Juiz de Direito no Ceará.

Francisco Regis Frota Araujo

Professor do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará. Doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela- Espanha.

Germana de Oliveira Moraes

Doutora em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professora dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Juíza Federal no Ceará. Ex-conselheira do Conselho Nacional de Justiça.

Germana Parente Neiva Belchior

Mestranda pela Universidade Federal do Ceará. Advogada. Especialista em Direito e Processo Trabalhista pela Faculdade Christus – Fortaleza.

Günther Maluschke

Professor titular do curso de Pós-graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da UNIFOR. Livre Docência pela Universidade de Tübingen. Doutor em Filosofia pela Universidade de Bonn.

Hugo de Brito Machado

Juiz aposentado do TRF da 5ª Região. Professor Titular de Direito Tributário da Universidade Federal do Ceará. Presidente do Instituto Cearense de Estudos Tributários.

Ismael Evangelista Benevides Moraes

Procurador Federal.

João Luis Nogueira Matias

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Doutorando em Direito na USP. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará. Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Ceará.

José Armando Ponte Dias Junior

Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Norte. Professor da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN) e da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (ESMARN).

Juvêncio Vasconcelos Viana

Advogado em Fortaleza. Procurador do Estado do Ceará. Professor dos Curso de Graduação e Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP).

Leandro Sousa Bessa

Defensor Público. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFC. Doutor em Direito pela UFMG/Universidade de Frankfurt. Procurador do Município de Fortaleza.

Michel Pinheiro

Especialista em Direito Processual Penal pela Universidade Federal do Ceará. Juiz de Direito em exercício no Juizado Especial Cível e Criminal de Tauá – Ceará.

Paulo Sávio Peixoto Maia

Bacharel e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Pesquisador Associado ao Grupo “Sociedade, Tempo e Direito” (UnB/CNPq).

Raimundo Helio Leite

Professor Doutor do Curso de Mestrado em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

Régis Rodet

Mestrando em Comércio Internacional com a América Latina – Université du Havre - França.

Rogaciano Bezerra Leite Neto

Mestrando em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).

Rui Verlaine Oliveira Moreira

Professor Doutor do Curso de Mestrado em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

Vanessa Oliveira Batista

Mestre e Doutora em Direito Constitucional pela UFMG. Professora Adjunta de Direito Constitucional da FND/UFRJ.



EDITORIAL

São passados trinta anos da criação do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado do Ceará, período que possibilitou a maturação das atividades de ensino, pesquisa e extensão desenvolvidos em seu âmbito.

Durante tal período, a Revista Nomos consistiu no veículo de expressão das idéias e do pensamento dos docentes que compõe o Programa, facultando ainda a interação com docentes de outros Programas, nacionais e estrangeiros.

Atualmente, em continuação ao processo de mudanças iniciado pelos antigos Coordenadores, o Programa passa por modificações em sua organização estrutural, definida a partir da área de concentração em Ordem Jurídica Constitucional, oferecendo linhas de pesquisa centradas na Tutela jurídica dos direitos fundamentais e na Implementação dos direitos fundamentais e as políticas públicas. Como projetos, vinculados ao eixo temático dos direitos fundamentais e com a finalidade de aprofundar as linhas de pesquisa, constam, vinculados à linha de pesquisa "Tutela jurídica dos direitos fundamentais", os projetos "A efetividade da função jurisdicional" e "Teoria da constituição". Vinculados à linha de pesquisa "Implementação dos direitos fundamentais", constam os projetos "Participação política no estado democrático de direito" e "Políticas Públicas e direitos fundamentais".

Estabelecida uma proposta coerente para o Programa, definida de forma objetiva, com articulação entre a área de concentração e linhas de pesquisa, com projetos que dão cobertura temática às linhas, a Revista Nomos configura-se como eficaz instrumento de exposição das contemporâneas discussões do direito realizadas em seu contexto, através de seus próprios docentes e de articulistas, nacionais e estrangeiros, convidados.

O Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará alia tradição e renovação, do que esta Revista é uma demonstração categórica.

Fortaleza, 15 de dezembro de 2007

João Luis Nogueira Matias
Coordenador



SUMÁRIO

DOUTRINA NACIONAL

FÉDÉRALISME FISCAL - BRÉSIL

Denise Lucena Cavalcante, Régis Rodet15

MODERNIDADE E O DIREITO: A BUSCA POR UM CONTEÚDO POSSÍVEL

Filippe Augusto dos Santos Nascimento25

CHALLENGING CORRUPTION

Germana de Oliveira Moraes41

O PRINCÍPIO DO BALANCEAMENTO (BALANCING) OU DO CONTRAPESO DE VALORES E BENS CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS

Francisco Gérson Marques de Lima, Francisco Davi Fernandes Peixoto47

REFLEXÕES SOBRE O CONTROLE DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: PASSADO, PRESENTE E OS DESAFIOS PARA O FUTURO

Francisco Luciano Lima Rodrigues61

NA ORDEM INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEA: O TEMA DA GUERRA JUSTA

Francisco Regis Frota Araujo, Rogaciano Bezerra Leite Neto77

A DIGNIDADE HUMANA COMO PRINCÍPIO ÉTICO-JURÍDICO

Günther Maluschke95

NATUREZA JURÍDICA DO EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO

Hugo de Brito Machado119

O SISTEMA DE COTAS ANALISADO ATRAVÉS DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DA PROPORCIONALIDADE

Ismael Evangelista Benevides Moraes135

DIREITO, ECONOMIA E MEIO AMBIENTE: A FUNÇÃO PROMOCIONAL DA ORDEM JURÍDICA E O INCENTIVO A CONDUTAS AMBIENTALMENTE DESEJADAS

João Luis Nogueira Matias, Germana Parente Neiva Belchior155

PRINCÍPIOS, REGRAS E PROPORCIONALIDADE: ANÁLISE E SÍNTESE DAS CRÍTICAS ÀS TEORIAS DE RONALD DWORKIN E DE ROBERT ALEXY <i>José Armando Ponte Dias Junior</i>	177
O CONTRADITÓRIO DO EXECUTADO NA NOVA EXECUÇÃO CIVIL <i>Juvêncio Vasconcelos Viana</i>	201
A DEFENSORIA PÚBLICA COMO INSTITUIÇÃO VOCACIONADA AOS MEIOS DEMOCRÁTICOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS <i>Leandro Sousa Bessa</i>	227
FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E LIVRE INICIATIVA. UMA ANÁLISE DA PROIBIÇÃO DE COBRANÇA DO USO DO ESTACIONAMENTO PELOS SHOPPING CENTERS <i>Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz</i>	247
A IMPORTÂNCIA DO SOPESAMENTO COMO INSTRUMENTO DA PROPORCIONALIDADE NA TEORIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS <i>Michel Pinheiro</i>	267
DIREITO SUBJETIVO COMO ARTEFATO HISTÓRICO-EVOLUTIVO: ELEMENTOS PARA UMA COMPREENSÃO DE SUA ESPECIFICIDADE MODERNA <i>Paulo Sávio Peixoto Maia</i>	285
VISÕES CONVERGENTES ENTRE FORMANDOS DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ E MAGISTRADOS EM CURSOS DE PÓS-GRADUAÇÃO <i>LATO SENSU</i> <i>Raimundo Helio Leite, Rui Verlaine Oliveira Moreira</i>	305
OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A MICROEMPRESA NA ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA <i>Vanessa Oliveira Batista</i>	317
 DOUTRINA ESTRANGEIRA	
MULTICULTURALISMO: CONCILIANDO DIVERSIDADE CULTURAL E IDENTIDADE NACIONAL NO CANADÁ <i>Ana Maria D'Ávila Lopes</i>	329
NOTARIADO Y JURISDICCIÓN VOLUNTARIA <i>Antonio Fernández de Buján</i>	341
COMMON-LAW MARRIAGE IN THE CONTEMPORARY UNITED STATES <i>Charles D. Cole</i>	357

DOCTRINA NACIONAL



FÉDÉRALISME FISCAL - BRÉSIL¹

Denise Lucena Cavalcante²

E-mail: deniluc@fortalnet.com.br

Régis Rodet³

E-mail: r.rodet@free.fr

RÉSUMÉ :

Présent texte présente le système fiscal brésilien et la question du fédéralisme en cherchant faire un abordage générique du fonctionnement de la structure fiscal du Brésil.

Mots-clé:

Fédéralisme fiscal.

RESUMO:

O presente texto aborda o sistema fiscal brasileiro e a questão do federalismo, fazendo uma abordagem da estrutura fiscal do Brasil, destacando os tributos e a repartição da receita tributária.

Palavras-chave:

Federalismo fiscal.

1. FÉDÉRALISME FISCAL

Afin de bien comprendre le système du droit fiscal brésilien, il est important d'avoir quelques notions sur la façon dont fonctionne l'organisation de l'Etat et sur celle dont les entités publiques qui le composent répartissent leurs compétences et mettent en œuvre leur autonomie administrative et fi-

¹ Texte présenté lors d'une conférence à l'Université du Havre – France – en novembre 2007. Cette conférence fut donnée dans le cadre du Master de Commerce avec l'Amérique Latine en tant que professeur invité.

² Professeur de Droit Financier et Fiscal de l'Université Fédérale du Ceará – Brésil ; Procureur de la "Fazenda Nacional" ; Docteur en Droit Fiscal - Université Pontificale Catholique de São Paulo ; Spécialiste de Droit Fiscal International – Université de Salamanca, Espagne ; Spécialiste de Droit Fiscal – Université de Austral, Argentine.

³ Etudiant de Master Commerce International avec l'Amérique Latine – Le Havre ; Titulaire d'un Master de droit de la Concurrence, consommation, distribution et Propriété industrielle - Université de Rennes 1 ; Titulaire d'une Maîtrise de droit des affaires – Université de Rennes 1.

nancière⁴.

Le Brésil se caractérise par la forme fédérative de l'Etat composé de l'union indissoluble des 26 Etats-membres ; 5.564 Municipalités et un District Fédéral⁵ qui avec l'Union Fédérale forment la République Fédérale du Brésil.

Les entités de la fédération sont dotées de l'autonomie, déléguant leur souveraineté⁶ afin que la République Fédérale du Brésil agisse au niveau international.

Lorsqu'il est fait référence à l'autonomie des entités fédérées, ceci signifie qu'il n'existe pas de relation hiérarchique entre elles⁷, ces dernières étant capables d'avoir leur propre administration et gestion⁸. Cependant, la dépendance des Etats

⁴ A titre de comparaison et dans un souci de clarté, rappelons ici que la forme juridique de la France est celle de l'Etat *simple* (le fédéralisme obéit à la forme de l'Etat *composé*). Respectant le principe de l'unité, cet Etat ramène tout à un simple centre de décision. Il combine à cela deux modes d'administration ou gestion des affaires locales que sont la déconcentration et la décentralisation. Il s'agit dans les deux cas d'une délégation du pouvoir public au niveau local, mais qui sera confiée à un agent de l'Etat dans le cas de la déconcentration et au profit d'élus dans le cas de la décentralisation. En application du principe de la libre administration des collectivités locales (art. 72, al. 2C), la loi du 2 mars 1982 énonce : Les communes, les départements et les régions s'administrent librement par des conseils élus. Selon Jean Gicquel, dans son ouvrage **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**, éditions Montchrestien, « cette œuvre décentralisatrice sans précédent doit être rapprochée d'une amorce de fédéralisme ».

« L'organisation administrative locale de la France se caractérise par une superposition des niveaux administratifs et un nombre très élevé de collectivités locales. Depuis la décentralisation, il existe trois niveaux de collectivités locales de plein exercice : la **commune** (36778 dont 162 dans les DOM-TOM), le **département** (100 dont 4 d'outre mer) et la **région** (26 dont 4 d'outre mer).

A ces trois niveaux s'ajoutent les structures de coopération intercommunale » (DGCL, Ministère de l'intérieur) Les collectivités locales ont quelques attributions budgétaires en vertu de la loi de 1982 (impôts directs locaux). Pour le reste, elles bénéficieront d'une dotation globale d'équipement et d'une dotation globale de décentralisation fournie par l'Etat sous formes de lignes budgétaires.

⁵ La Constitution Fédérale établit comme suit: "Art. 1º - La République Fédérative du Brésil, formée de l'Union indissoluble des Etats et Municipalités et du District Fédéral, se constitue d'Etats Démocratiques de Droit et a pour fondements:

I – la souveraineté;

II – la citoyenneté;

III – la dignité de la personne humaine;

IV – les valeurs sociales du travail et de l'initiative privée;

V – le pluralisme politique."

⁶ La souveraineté est, dans sa conception *classique*, un phénomène lié à la notion de pouvoir reconnu internationalement." (GRUPENMACHER, Betina Treiger **Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna**. p.11 - *Traduction libre*).

⁷ Roque Carrazza établit en ce sens: "Travaillent dans l'erreur ceux qui voient une relation hiérarchique entre le gouvernement central et les gouvernements locaux. Ce qu'il y a, en vérité, sont, pour chacune de ces entités politiques, des champs d'action autonomes et exclusifs, strictement délimités dans la Carta Suprema, que toute loi peut altérer lei." (**Curso de direito constitucional tributário**. p. 96 - *Traduction libre*).

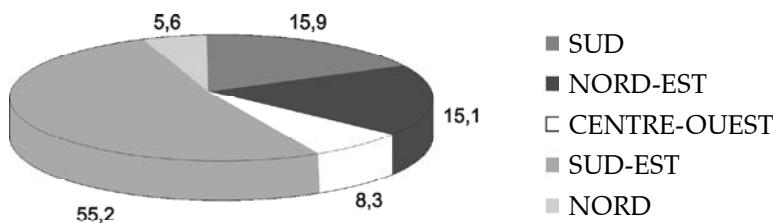
⁸ "Dans les systèmes de type fédéral, l'autorité politique, ou pouvoir de décision, est répartie entre au moins deux ensembles ou sphères autonomes de gouvernement de même niveau hiérarchique, l'un national et les autres infra-nationaux ; ces ensembles agissant directement sur le peuple dans leurs domaines respectifs. (ANSELMO, Miguel Angel. *Federalismo fiscal. Fundamentos. Análisis comparado y el caso Argentino*. Buenos Aires: Ciudad Argentina y Usal – Universidad del Salvador, 2000, p. 27 - *Traduction libre*).

et communes moins favorisées compromet sévèrement cette autonomie dès lors que l'on ne peut parler d'autonomie sans la due capacité financière.

Au Brésil, face aux grandes différences régionales⁹, la recherche de cette autonomie financière est encore insatisfaisante. L'inégalité est en effet très grande entre les entités fédérées qui composent la nation. Il reste encore beaucoup à faire pour atteindre les exigences du principe d'une plus grande solidarité.

L'un des principaux défis du Brésil est précisément de se développer économiquement dans ce système fédéré où sont encore présentes tant d'inégalités régionales.¹⁰ La diminution des inégalités régionales est un des principes fondamentaux de la République Fédérale du Brésil inscrit dans la Constitution Brésilienne¹¹.

On observe une différence des régions en termes économiques lorsque l'on analyse le pourcentage de prélèvement de l'Impôt sur la Circulation des Marchandises et Services de télécommunications et Transports entre Etats et Inter-municipaux. L'ICMS donné pour un seul Etat - São Paulo - représente plus de la moitié des prélèvements de cet impôt dans le pays, conformément au graphique ci-dessous¹²:



⁹ "Apparemment, les inégalités régionales brésiliennes continuent d'être un problème de la société nationale. Celso Furtado nous rappelle que le processus de développement, inégal et combiné, est, dans le cas brésilien, aggravé par l' « héritage régional » qui découle de l'évolution historique du Brésil : le cœur du problème est le suivant : le Brésil, vaste territoire occupé de façon irrégulière, présente des combinaisons diverses de facteurs et de ressources, au sein de systèmes économiques de potentiels différents ; développer simultanément ces systèmes reviendrait à fractionner excessivement les ressources et réduire la croissance moyenne de l'ensemble. On constate ainsi qu'il est nécessaire de concentrer les ressources rares dans les régions à plus fort potentiel, afin de créer un noyau suffisamment puissant qui serve de base au développement des autres régions." (FERRAZ, Fernando. *Desigualdades regionais*. In Revista NOMOS. Fortaleza: LCR. Vol. 26 - jan/jun - 2007/1, p. 64 - Traduction libre).

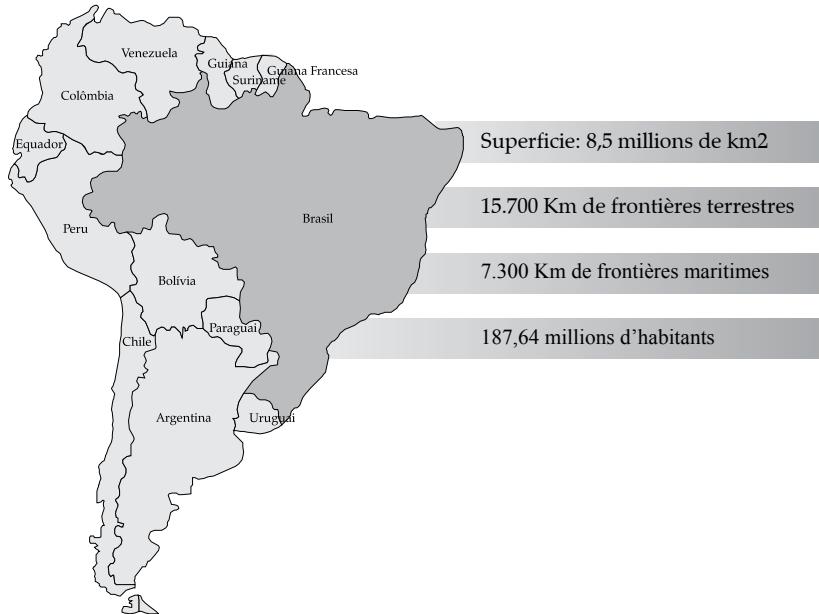
¹⁰ Le fédéralisme est une clause inamovible – *clausula petrea*. Ainsi le prévoit l'article 60, § 4º, I, de la Constitution Fédérale: "Ne pourra faire l'objet de délibération la proposition d'amendement tendant à abolir la forme fédérative de l'Etat.

¹¹ Art. 3º. Constituent des objectifs fondamentaux de la République Fédérative du Brésil:
I – construire une société libre, juste et solidaire;
II – garantir le développement national;
III – éradiquer la pauvreté et la marginalisation et réduire les inégalités sociales et régionales;
IV – promouvoir le bien de tous, sans préjugé d'origine, race, sexe, couleur, âge, et quelque autre forme de discrimination.

¹² Disponible sur : www.fazenda.gov.br/confaz/boletim/participacao.asp . Accès le: 20/10/2007.

Un autre exemple qui permet de bien illustrer les différences régionales de cet immense pays qu'est le Brésil est la taille de la Région Amazonienne¹³. Cette région recouvre en effet 61% de la superficie du pays alors que seuls 12,23% de la population brésilienne y réside.

Situation du Brésil au sein de l'Amérique du Sud :



Compte tenu de cette immense superficie géographique, la fédération est la forme d'Etat qui s'adapta le mieux au Brésil. En effet, cette forme d'organisation tend à minimiser les déséquilibres régionaux et économiques, même s'il reste beaucoup à faire en termes de répartition et distribution des recettes fiscales.¹⁴

¹³ Il ressort que ce pourcentage est relatif à l'Amazonie Légale, fruit d'un concept politique et non d'un impératif géographique. Il est issu de la nécessité, du gouvernement, de planifier et promouvoir le développement de la région. Totalisant une superficie d'environ 5.217.423 km² et correspondant à près de 61% du territoire brésilien. La région Amazonienne fut donc définie par la Loi, indépendamment du fait que sa zone appartienne ou non au bassin hydrographique, que son écosystème soit composé de forêts humides tropicales ou de quelque autre critère similaire. La zone actuelle de couverture de l'Amazonie Légale correspond à la totalité des Etats de l'Acre, Amapá, Amazonas, Mato Grosso, Pará, Rondônia, Roraima et Tocantins et une partie de l'état du Maranhão (à l'ouest du 44° méridien de longitude ouest). L'Amazonie brésilienne représente à elle seule sept fois la France et correspond à 32 pays de l'Europe Occidentale. L'île de Marajó, qui se situe à l'embouchure du fleuve, est plus grande que certains pays comme la Suisse, la Hollande ou la Belgique." (Information disponible sur: http://pt.wikipedia.org/wiki/Amaz%C3%A9nia_Legal . Accès le : 20/10/2007 - Traduction libre).

¹⁴ "La Fédération émerge spécialement dans des pays dont les dimensions territoriales sont très étendues. Elle apparaît non seulement pour garantir l'unité d'action face aux intérêts communs des Etats-Membres (ce qui fut la cause déterminante de la fondation des fédérations nord-américaine et allemande), mais, dans les faits, elle permet également de garantir à la population plusieurs

La fédération brésilienne a toujours eu de fortes tendances à la centralisation du pouvoir politique et économique au sein du gouvernement central, aujourd’hui fédéral, représenté par l’Union Fédérale.

Il est important de rappeler que le fédéralisme brésilien a pris son origine dans la décentralisation de l’Etat Unitaire (ségrégation – force centrifuge). En effet, ce fédéralisme fut institué avec l’avènement de la République du Brésil en 1889 puis formalisé par la Constitution de 1891.

Le fédéralisme est aujourd’hui considéré comme une clause inamovible (*clausula petrea*), conformément à la disposition de l’article 60, paragraphe 4°, alinéa I, de la Constitution Fédérale de 1988. Celle-ci dispose que ne pourra faire l’objet de délibération, une proposition d’amendement qui viserait à abolir la forme fédérale de l’Etat.

Malgré toutes les dispositions constitutionnelles, ce qui définit effectivement l’autonomie des Etats et Municipalités est l’autonomie économique qui est atteinte grâce aux ressources propres (ex : recettes fiscales) et ressources transférées.

2. SYSTÈME FISCAL BRÉSILIEN¹⁵

Au Brésil, les impositions fiscales sont : les impôts¹⁶, les taxes¹⁷, les

instances publiques d'accès au Pouvoir et à l'exercice de la liberté correspondant. D'un point de vue financier, le partage de la recette fiscale (expression d'autonomie) et la redistribution de ressources inter-fédératives (manifestation de solidarité) traduisent cette propension fédéraliste au traitement pluriel des nécessités des citoyens". (Domingues, José Marcos. **Federalismo fiscal brasileiro**. In Revista NOMOS. Vol. 26, jan.-jun. 2007, p. 139 - Traduction libre).

¹⁵ Le système français est constitué par les recettes fiscales et les recettes non fiscales. Les premières se divisent en deux catégories que sont les impôts directs et les impôts indirects. On trouve parmi les impôts directs l'impôt sur le revenu (IR), l'impôt sur les sociétés (IS), les contributions sociales (CSG, CRDS), l'Impôt sur la fortune (ISF), les droits de mutation et autres impôts sur le capital, les impôts directs locaux (taxe professionnelle, taxes foncières, taxe d'habitation). La TVA relève, quant à elle, des impôts indirects, tout comme la taxe sur les produits pétroliers, et est définie au niveau européen dans la 6^{ème} directive TVA (1^{er} impôt européen). Elle représente près de 46% des recettes de l'Etat. Les recettes non fiscales trouveront leur source soit dans un contrat, soit dans un quasi contrat, soit dans un quasi délit (dommage causé par un particulier à l'Etat). L'emprunt peut également être source de devises pour l'Etat. Cette liste n'est pas limitative. Parallèlement à ce système de ressources budgétaires, existe celui des cotisations sociales qui sont destinées à financer la protection sociale (sécurité sociale). Ouvrages de référence : **Code Général des Impôts (CGI)**; Emmanuelle Fena-Laqueney, Jean-Yves Mercier et Bernard Plagnet, **Les Impôts en France, Traité de fiscalité**, éditions Francis Lefebvre 2007-2008.

¹⁶ Définition de l'impôt selon le Code Fiscal National Brésilien: "Art. 16. L'impôt est le prélèvement fiscal dont l'obligation a pour fait génératrice une situation indépendante de toute activité de l'Etat spécifique, relative au contribuable." (Traduction libre).

¹⁷ La définition de la taxe figure dans le Code Fiscal National Brésilien: " Art. 77. La taxe recouverte par l'Union, par les Etats, par le District Fédéral, ou par les Communes, dans le cadre de leurs différentes attributions, ont pour fait génératrice l'exercice régulier du pouvoir de police, ou l'utilisation, effective ou potentielle, de service public spécifique et divisible, rendu au contribuable ou mis à sa disposition." (Traduction libre).

contributions d'amélioration¹⁸, les contributions sociales¹⁹ et emprunts obligatoires²⁰.

Les taxes et contribution d'amélioration peuvent être instituées par toute entité de la fédération, les taxes étant instituées en raison du pouvoir de police ou de la prestation de services publics spécifiques et divisibles rendus au contribuable ou mis à disposition.

Au-delà des impôts ci-dessus décrits, l'Union Fédérale a encore la compétence accessoire d'instituer des impôts dits résiduels; emprunts obligatoires en situations exceptionnelles; l'impôt extraordinaire en cas de guerre externe ; et contributions sociales.

Les contributions sociales représentent actuellement une des recettes majeures du trésor public au Brésil. Elles sont sujettes à de multiples polémiques, puisque non redistribuées aux autres entités de la fédération, se centralisant au niveau de l'Union Fédérale.

La concentration des contributions sociales au niveau de l'Union Fédérale a provoqué un déséquilibre dans le système de répartition des recettes fiscales. On estime en effet que 70% des recettes fiscales sont aujourd'hui dans les coffres de l'Union, réduisant ainsi les ressources des Etats et Municipalités.

Considérant que le recouvrement provenant des impôts n'est pas suffisant pour garantir l'autonomie nécessaire des Etats et municipalités²¹, la

¹⁸ La définition des contributions d'amélioration, dites "Contribuições de melhoria", est donnée par le Code Fiscal National brésilien: "Art. 81. La contribution d'amélioration recouverte par l'Union, par les Etats, par le District Fédéral ou par les Communes, dans le cadre de leurs attributions respectives, est instituée afin de faire face au coût de travaux publics dont découle une valorisation immobilière, ayant comme limite absolue la dépense réalisée, et comme limite individuelle la valeur ajoutée qui résulterait de l'œuvre pour chaque immeuble bénéficiaire." (*Traduction libre*).

¹⁹ Les contributions sociales figurent dans la Constitution Fédérale: "Art. 149. Il appartient exclusivement à l'Union d'instituer des contributions sociales intervenant dans le domaine économique et de l'intérêt des catégories professionnelles et économiques, comme instrument de son action dans les domaines respectifs, conformément aux dispositions des articles 146 – III ci-dessus et 150 – I et – III ci-après, sans préjudice des dispositions de l'article 195 paragraphe 6 ci-après concernant les contributions en question." (*Traduction libre*).

²⁰ Les emprunts obligatoires sont créés dans des cas exceptionnels, aucun n'ayant été institué au Brésil depuis la Constitution Fédérale de 1988. Ainsi, la Constitution Fédérale dispose en son article 148 : "L'Union, par les lois complémentaires, peut instituer des emprunts obligatoires : I – Pour couvrir des dépenses extraordinaires résultant de calamités publiques, de guerre externe ou de son imminence ; II – en cas d'investissement public urgent et de grand intérêt national, conformément aux dispositions de l'article 150 – III b) ci-après. Paragraphe unique. L'affectation de ressources provenant d'emprunts obligatoires est liée à la dépense qui en a justifié l'institution." (*Traduction libre*).

²¹ "En premier lieu, l'autonomie municipale présuppose l'autonomie organisationnelle. Celle-ci se matérialise dans le pouvoir municipal de s'auto-organiser grâce à la loi organique votée et approuvée par les représentants du peuple en un collège législatif propre à l'entité étatique en question. Ainsi, la commune s'organise et est régie par loi organique votée et approuvée par les conseillés municipaux de la propre commune, élus par le peuple. (ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. *O município e a transferência constitucional de ICMS*. In Revista Tributária e de Finanças Públicas. Ano 10 – n. 43 – março-abril de 2002, São Paulo: RT, p.98 - *Traduction libre*)."

Constitution Brésilienne a établi des formes de répartition des recettes fiscales au travers des Fonds de Répartition des Etats et Municipalités. Cette répartition fut prévue afin d'augmenter les recettes de ces entités publiques, évitant, dans la mesure du possible, une relation de dépendance économique de ces derniers envers l'Union Fédérale qui, elle, a en charge la plus grande partie du recouvrement.

Pour ce qui est des impôts, en vue de concéder des ressources fiscales assurant l'autonomie financière des entités fédérées, la Constitution Brésilienne a établi la répartition de compétences exclusives. Ces compétences sont ainsi réparties:

UNION FEDERALE	ETATS ET DISTRICT FEDERAL	MUNICIPALITES
Impôt sur le revenu - IR	Impôt sur la circulation des marchandises et services de transports entre Etats et inter-municipaux et communications - ICMS	Impôt sur les services - ISS
Impôt sur produits industriels - IPI	Impôt sur propriété de véhicules automobiles - IPVA	Impôt sur propriété territoriale urbaine - IPTU
Impôt sur importation – II	Impôt sur la transmission <i>causas mortis</i> et - ITCMD	Impôt sur la transmission de biens <i>inter vivos</i> - ITBI
Impôt sur exportatio – IE		
Impôt territorial rural – ITR		
Impôt sur opérations financières - IOF		
Impôt sur les grandes fortunes ¹ - IGF		

même, analysant cette question: on partira de l'hypothèse de ce que le Brésil, à partir de la création d'un grand nombre de Communes, auxquelles il a accordé l'autonomie, s'est vu soutenir une « Fédération qui ne colle pas au PIB », et qui, pour se dégager de ses problèmes, a besoin d'une réelle reformulation quant à la relation politique entre les entités qui forment la Fédération.” (ELALI, André. **O federalismo fiscal brasileiro : algumas notas para reflexão**. In Revista tributária e de finanças públicas. N. 69, ano 14, julho-agosto de 2006, São Paulo : RT, p. 8 - Traduction libre).

On constate donc que le taux d'imposition est très élevé au Brésil. Une telle imposition est assez critiquée par la société brésilienne. Ces critiques tiennent avant tout que l'Etat ne fournit pas de bons services essentiels.²²

2.1 Principes constitutionnels fiscaux

Le texte constitutionnel a établi par écrit les limites du pouvoir d'imposer de façon à garantir la sécurité juridique dans la relation fiscale, évitant ainsi les abus de la part de l'administration fiscale et accordant la transparence et la sécurité au citoyen-contribuable.

Les principes suivant figurent à l'article 150 de la Constitution Fédérale : légalité ; non discrimination (*isonomia*) ; non rétroactivité ; antériorité ; non saisie ; liberté de circulation.

Le principe d'égalité empêche que l'administration fiscale exige ou augmente l'imposition sans loi. En comprendra alors la loi dans son sens stricte, soit la loi issue du Pouvoir législatif et respectant le procédé légal. Au Brésil, cette loi pourra être une loi ordinaire ou une loi complémentaire. On les différenciera selon le quorum obtenu lors de leur vote (majorité absolue ou majorité simple).

Le principe de non discrimination empêche que l'administration fiscale institue un traitement discriminatoire entre les contribuables en situation équivalente. Tout distinction faite est ainsi proscrite en raison de la situation professionnelle ou de fonctions exercées par les contribuables.

Le principe de non rétroactivité interdit la création d'impositions à effet rétroactif. C'est-à-dire d'impositions qui auraient pour faits générateurs des faits antérieurs à la mise en œuvre de la loi qui les instaurerait ou les augmenterait.

Quant au principe d'antériorité, le texte constitutionnel prévoit que l'administration fiscale ne pourra faire payer d'imposition sur le même exercice financier²³ que celui sur lequel a été publiée la loi les instaurant ou les augmentant.

Le principe de non-saisie implique l'impossibilité d'instaurer une imposition si onéreuse qu'elle représenterait une confiscation du patrimoine du citoyen. Cependant, un tel principe est très général et il ne détermine pas avec précision ce qui serait économiquement une saisie. Il n'existe pas de modèles fixes qui permettraient de déterminer objectivement l'effet confiscatoire.

Et finalement, quant à la liberté de circulation, la législation brésilienne prévoit que ne pourra être posée de limitation à la circulation des personnes ou des biens par le biais des impositions.

²² Le Brésil est très loin d'un système fédéral idéal, qui respecterait les exigences de la *rationalité économique* en application des principes de l'*efficience administrative*. Les deux termes utilisés ci-dessus sont de J. Albano Santos (*Teoria fiscal*. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas. 2003, p. 392 - *Traduction libre*).

²³ Au Brésil, l'exercice financier coïncide avec l'année civile, soit, du 1er janvier au 31 décembre.

3. TRANSFERTS CONSTITUTIONNELS: DISTRIBUTION DU PRODUIT DU RECOUVREMENT FISCAL ENTRE LES ETATS ET LES MUNICIPALITÉS

Dans le but de remédier aux déséquilibres de recouvrement fiscaux, la Constitution Fédérale prévoit aux articles 157 à 162 la possibilité de transferts constitutionnels. Ces transferts peuvent ainsi porter sur une partie des recettes fédérales recouvrées par l'Union.

Le partage de la recette, issu du recouvrement des impôts, parmi les entités fédérées, représente un mécanisme fondamental de diminution des inégalités régionales. Ce partage va dans le sens de la recherche incessante d'un équilibre socio-économique entre Etats et Municipalités.

Au delà de la répartition des recettes fiscales établies par l'Union Fédérale au moyen du partage de la recette des impôts, il existe également d'autres transferts constitutionnellement établis, et notamment:

- Le Fond de Participation des Etats et du District Fédéral (FPE);
- Le Fond de Participation des Municipalités (FPM);
- Le Fond de Compensation par l'Exportation de Produits Industrialisés – FPEX;
- Le Fond de Maintien et de Développement de l'Enseignement Fondamental et de Valorisation du Professeur - FUNDEF;
- L'Impôt sur la Propriété Territoriale Rurale – ITR.

José Maurício Conti éclaircit très bien, les Fonds de Participation peuvent être comparés à un compte bancaire. Ils sont des figures représentatives d'actions réalisées par des tiers et ils n'ont pas de caractère juridique.²⁴

Les **transferts volontaires** sont les ressources financières redistribués par l'Union aux Etats, District Fédéral et Municipalités en application de conventions, accords, ajustements ou autres instruments similaires dont la finalité est la réalisation d'œuvres et/ou de services d'intérêt commun et correspond aux trois sphères de l'exécutif.

La finalité, par conséquent, de la répartition des recettes fiscales est d'apporter des ressources aux entités fédérales situées à un niveau inférieur telles que les Etats et Municipalités.²⁵

²⁴ CONTI, José Maurício. **Federalismo fiscal e fundos de participação**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 80.

²⁵ "En étant ainsi, le fédéralisme fiscal signifie le partage des recouvrements fiscaux entre les diverses entités fédérales, de façon à leur assurer les moyens de parvenir à leurs fins. Il ne s'agit cependant pas seulement des recouvrements fiscaux mais également des recettes non fiscales, comme celles découlant de l'exploitation de son patrimoine (prix), des prestations de service par le biais de la concession ou du partage du produit de la production d'énergie électrique et de la production minérale, sous la forme du § 1º, de l'art. 20 de la Constitution. Est alors constituée une pièce montée, destinée à fournir les moyens pour que l'Etat remplisse ses missions, lui permettant de s'occuper des services publics, exerçant le pouvoir de police, intervenant dans le domaine économique,

4. RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. **O município e a transferência constitucional de ICMS**. In Revista Tributária e de Finanças Públicas. Ano 10 – n. 43 – março-abril de 2002, São Paulo: RT, p. 95-103.
- ANSELMO, Miguel Angel. **Federalismo fiscal. Fundamentos. Análisis comparado y el caso Argentino**. Buenos Aires: Ciudad Argentina y Usal – Universidad del Salvador, 2000.
- CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CONTI, José Maurício. **Federalismo fiscal e fundos de participação**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- DOMINGUES, José Marcos. **Federalismo fiscal brasileiro**. In Revista NOMOS. Vol. 26, jan.-jun. 2007, p. 137-146.
- ELALI, André. **O federalismo fiscal brasileiro : algumas notas para reflexão**. In Revista tributária e de finanças públicas. N. 69, ano 14, julho-agosto de 2006, São Paulo : RT, p. 7-25.
- FENA-LAQUENY, Emmanuelle ; MERCIER, Jean-Yves et PLAGNET, Bernard. **Les Impôts en France - Traité de fiscalité**. Paris: Éditions Francis Lefebvre, 2007-2008.
- FERRAZ, Fernando. **Desigualdades regionais**. In Revista NOMOS. Fortaleza: LCR. Vol. 26 – jan/jun – 2007/1, p. 55 -74.
- GICQUEL, Jean ; GICQUEL, Jean-Eric. **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**. 21. ed. Paris: Éditions Montchrestien, 2207.
- GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna**. São Paulo: Dialética, 1999.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Curso de direito financeiro**. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- SANTOS, J. Albano. **Teoria fiscal**. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas. 2003.

préservant des situations au travers de documents et entretenant sa structure, comme en faisant l'acquisition d'immeubles (par achat ou expropriation), meubles, objets artistiques, monuments, louant des immeubles, rémunérant son personnel etc." (OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Curso de direito financeiro**. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.35 – Traduction libre).



MODERNIDADE E O DIREITO: A BUSCA POR UM CONTEÚDO POSSÍVEL

Filippe Augusto dos Santos Nascimento¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo questionar o Direito como ciência ante uma sociedade que se revela pós-moderna. Abordam-se as profundas transformações que a sociedade vem passando no despontar do novo milênio, bem como os efeitos de tais mudanças sobre as ciências, principalmente, sobre o Direito. Há a apresentação dos problemas epistemológicos que afetam o Direito, como a ausência de um conteúdo possível e o formalismo exagerado, mostrando-se como, durante a história, várias escolas jurídicas tentaram afirmar qual seria o conteúdo do Direito, sem, contudo, obter sucesso. Por fim, apresenta-se o pós-positivismo como uma alternativa possível para o Direito na pós-modernidade.

Palavras-chave

Pós-Modernidade. Escolas Jurídicas Ocidentais. Pós-positivismo. Normatividade dos princípios

ABSTRACT

The present article has as object the question of Law as science front a society that reveals itself post-modern. This text deal with the deep transformations that the society comes undergoing into the rise of the new millennium, as well as the outcomes of those changes on the sciences, principally, above Law. There's a presentation from the science's problems that affect Law, as the absence by one possible content possible and the exaggerating formality, showing how, during the history, various judicial currents tried affirm how should be the contents of Law, without, however, obtain success. Lastly, the article presents the post-positivism as a possible alternative to Law in the post-modernity.

Key-words

Post-Modernity. Occidental Judicial Currents. Post-Positivism. Principles as rules

1. INTRODUÇÃO

A humanidade vive um período de transição. Os valores, os costumes, a ética, as ciências e tudo o que faz dos homens e das mulheres seres sociais está em transformação. O espírito de coletividade se modifica como todo o

¹ Mestrando pela Universidade Federal do Ceará. Bolsista CNPq.

resto. Esta é a era da globalização, do fluxo de capitais e da “flexibilização” das relações de trabalho².

A queda do Muro de Berlim foi há tempo demais; o darwinismo não é novidade e não impressiona mais ninguém; as teorias newtonianas se revelam incompletas e incapazes de explicar todos os fenômenos da realidade. Esta é a era da Física Quântica, das partículas subatômicas, da Teoria do Caos e da descoberta dos mistérios do DNA.

O cenário se apresenta, ao mesmo tempo, cativante e assustador. As pessoas se encontram perplexas, mas não conseguem ficar indiferentes, mesmo que não saibam disso. Tudo na “era da informação” parece estar em movimento.

A grande pergunta aos anos que virão é: que ser humano resultará desse processo?

Esta é a pós-modernidade. Não há mais a busca da verdade absoluta, mas da dúvida perfeita! As ciências evoluem de forma tão rápida que geram uma revolução no conhecimento.

2. A PÓS-MODERNIDADE CIENTÍFICA

Preliminarmente, deve-se afirmar que as ciências, nos dias atuais, não estão em níveis iguais de desenvolvimento. Enquanto algumas já evidenciam a pós-modernidade, outras ainda se descobrem em uma fase pré-moderna.

A Física, por exemplo, foi a precursora do pós-modernismo, com a Teoria da Relatividade e a descoberta do mundo subatômico, percebeu a carência do pensamento empirista e a impossibilidade de certezas absolutas no atual estágio de desenvolvimento humano. Esses são exatamente os pontos centrais da pós-modernidade científica: a permanente dúvida e o reconhecimento de que as ciências são incapazes de responder a todas as indagações humanas de forma perfeita.

A mecânica newtoniana e a dúvida metódica cartesiana, percepções fragmentárias do conhecimento, não conseguiram explicar as conexões existentes entre os fenômenos que formam a vida humana. Tal constatação fez com que as ciências naturais perdessem o intuito de construir uma “Ciência Pura” e passassem a buscar uma visão holística, o que as reproximou da Filosofia, ou mesmo da Teologia.

² “Os sinais do declínio do Império estão por toda parte. A população despreza suas próprias instituições, a queda da natalidade, a recusa dos homens em servir ao Exército, a dívida nacional incontrolável, a diminuição das horas de trabalho, a invasão do funcionalismo, a degeneração das elites. Com a destruição do sonho marxista-leninista não há nenhum modelo de sociedade do qual se dizer: É assim que gostaríamos de viver. Como no plano privado, a menos que seja místico ou santo, é quase impossível moldar a vida a partir de um exemplo a sua volta. Vivemos num processo geral de dissolução de toda existência”. L’EMPIRE AMERICAIN, Lê Declin de. *O Declínio do Império Americano*. Direção e Roteiro: Denys Arcand.

Os danos causados pelas armas nucleares, mais recentemente, a continua destruição da camada de ozônio, a poluição descontrolada e o descongelamento das calotas polares desencadearam um processo de indagação sobre o uso da ciência. Foi a aplicação equivocada da Física, da Química e da Biologia que fez com que seus cientistas repensassem seus conhecimentos. A ética voltou ao debate na comunidade científica.

Nas ciências sociais, o discurso pós-moderno se concentra na crítica à razão. Na modernidade, houve um desenvolvimento enorme do racionalismo, obra do iluminismo e suas promessas de levar luz, liberdade, igualdade e fraternidade ao mundo. Após a onda neocolonial, as duas grandes guerras e a perpetuação da miséria mundial, esse sonho se desfez.³

A pós-modernidade parte dos escombros da modernidade, adotando postura crítica (às vezes, niílista) ante conceitos como verdade, certeza e razão. A dúvida perene e “as pretensões de verdade” são os pilares das ciências sociais pós-modernas, constroem-se teorias tendo noção de seus limites. Erguem-se castelos sobre terrenos conhecidamente pantanosos.⁴

A pós-modernidade não representa, porém, o abandono da razão. Nas ciências naturais, juntamente com a lógica formal, continua (a razão) sendo a base do pensamento científico. A racionalidade pós-moderna está contida na própria dúvida sobre a razão, gerando o questionamento metodológico e a reaproximação com a Filosofia e com a Ética. É a racionalidade que permite a crítica e o reconhecimento das limitações da própria razão.⁵

3. O DIREITO E A PÓS-MODERNIDADE

O Direito está em transição como as demais áreas do conhecimento, mas ainda se encontra fortemente atrelado às tradições da modernidade. Atualmente, apesar de já se perceber que o Direito fruto do ideário racional-iluminista e aperfeiçoado pelo cientificismo de Hans Kelsen não atende ao dinamismo de nossa sociedade, constata-se que este ainda é o mais usual em nosso cotidiano.

³ “Há a suspeita de que o projeto do Iluminismo estava fadado a voltar-se contra si mesmo e transformar a busca de emancipação humana num sistema de opressão universal em nome da liberação humana”. HARVEY, David: *Condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 1992, p. 23.

⁴ “Mas se não há mais otimismo quanto aos rumos da cultura moderna, esse desencanto vem acompanhado da rejeição a tudo que é tido como opressivo, da desconfiança a todo discurso que pretenda dizer ‘o que são as coisas’, ‘o que devemos fazer’, ‘como sentir’. É a dúvida quanto às possibilidades de fundamentação racional, a suspeita quanto às narrativas globalizantes, que caminha lado a lado do clamor por liberdade. A pós-modernidade configura-se como uma reação cultural, representa uma ampla *perda de confiança* no potencial universal do projeto iluminista”. CHEVITARESE, L. *As razões da Pós-modernidade*. Anais da I SAF-PUC. Rio de Janeiro: Booklink. ISBN 85-88319-07-1. Net, 2001. Disponível em: <<http://www.saude.inf.br/filosofia/posmodernidade.pdf>> Acesso em 05 mar. 2006.

⁵ “A pós-modernidade científica continua combinando razão exata de forma da Lógica e da matemática – herança da modernidade – com razão incerta da probabilidade, em tudo que se refira ao conhecimento de conteúdos”. SOUTO, Cláudio. *Tempo do Direito Alternativo: uma fundamentação substantiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 30.

Quanto aos seus aspectos formais, o Direito é marcado pelo racionalismo moderno. Já quanto ao seu conteúdo, apresenta um desconhecimento pré-moderno, sendo interpretado e aplicado de maneira formal. São dogmas e não princípios que o fundamentam. Esse formalismo, no campo da Jurisprudência⁶, é cristalizado na busca por segurança jurídica, que pode ser comparada à busca pela verdade absoluta das ciências naturais modernas.

Assim como as ciências naturais perceberam a impossibilidade de alcançar verdades absolutas, o Direito deve atentar para o fato de a segurança jurídica é dogma. A realidade comprova facilmente essa assertiva, já que não são raros os lobistas que influenciam a criação de leis contrárias aos interesses da maioria da população e as decisões dos tribunais, que mesmo sendo sobre assuntos idênticos, variam de Turma a Turma. O golpe fulminante foi dado por Freud e Marx, que demonstraram haver fatores não racionais (o subconsciente e as ideologias) a influenciar as decisões humanas, fatores esses não alheios ao processo judicial.

Quanto ao conteúdo, o Direito se encontra em situação ainda mais primária, pois a falta de debate sobre o tema representa uma pré-modernidade. Na modernidade, as ciências possuem um objeto definido, desafio que o Direito ainda não conseguiu vencer. A busca por uma Ciência Pura matou o último conteúdo possível para o Direito: a Justiça. O discurso positivista coloca como objeto do Direito a norma jurídica (ou o ordenamento)⁷, que é, na verdade, uma das formas pela qual o fenômeno jurídico se manifesta, ou seja, esvazia-se seu conteúdo, colocando como objeto da ciência, o que, na realidade, é sua forma.⁸

Com efeito, resta evidente a necessidade de uma teoria pós-moderna do Direito, que seja capaz de superar os dogmas que ainda o prendem a uma modernidade estritamente racional-iluminista, incapaz de realizar o seu papel básico de buscar uma igualdade objetiva entre os indivíduos. Destacadamente,

⁶ Nesse caso, o termo Jurisprudência é usado em sua acepção clássica, como sinônimo de Ciência do Direito : REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 5. ed. edição. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 16.

⁷ “Aqueles que temem que com a norma fundamental, como aqui foi concebida, se realize a redução do Direito à força se preocupam não tanto com o Direito, mas com a justiça. Essa preocupação está fora de lugar. A definição de Direito, que aqui adotamos, não coincide com a de justiça. A norma fundamental está na base do Direito como ele é (o direito positivo), não como deveria ser (o Direito justo). Ela autoriza aqueles que detêm o poder a exercer a força, mas não diz que o uso da força seja justo só pelo fato de ser vontade do poder originário. Ela dá legitimação jurídica, não moral, do poder. O Direito, como ele é, é expressão dos mais fortes, não dos mais justos. Tanto melhor então que os mais fortes sejam os mais justos”. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6. ed. Brasília: UnB, 1995, p. 67.

⁸ “Dessa maneira, chega-se à surpreendente conclusão de que, enquanto as ciências ‘naturais’ de hoje nunca perderam o gosto por uma racionalidade de conteúdo, pois suas definições, leis e fórmulas não são apenas formais, mas antes tem contornos que se procura sejam os mais definidos e precisos possíveis (apesar de sua incerteza metodológica), a ciência social do direito, deslumbrada e perplexa diante da complexidade maior do seu objeto e da dificuldade secular do seu tratamento teórico, se refugia na redução somente formal dessa complexidade, com um discurso de alta racionalidade de forma (...) Temos, pois, em suma, quanto à ciência social do direito: pré-modernidade de conteúdo e modernidade de linguagem”. SOUTO, C. op. cit. p. 34.

há a necessidade de uma teoria que combata o formalismo⁹, o qual transforma discussão de conteúdo em discussão de forma, esvaziando os anseios sociais por justiça. A pós-modernidade jurídica não significa o abandono da forma, mas o reconhecimento de seus limites.

Nesse contexto, o maior desafio que se lança aos juristas desta pós-modernidade é o debate sobre o conteúdo do Direito. O mais correto, certamente, é se falar em um conteúdo possível, já que, neste campo, não nos é permitido asseverar verdades ou certezas absolutas. Para tanto, necessária será uma imersão nas escolas jurídicas, que já se dedicaram e se dedicam em dito sentido.

4. AS ESCOLAS JURÍDICAS OCIDENTAIS: UMA LONGA BUSCA PELO CONTEÚDO DO DIREITO

Como já foi dito, a pós-modernidade não se compatibiliza com certezas absolutas, pelo contrário, tem ciência dos limites da razão e passa a trabalhar com o conceito de “pretensão de verdade”. É de suma importância reconhecer os limites da razão e de suas formulações teóricas, aqui, partindo-se de este *topos*. O primeiro limite a ser reconhecido na busca histórica pelo conteúdo do Direito, reside no fato de que essa fundamentação se restringe a um estudo ocidental do tema. Não se nega a existência da preocupação em fundamentar o Direito também entre os orientais, mas os fins deste estudo o atam ao Ocidente.

A fundamentação do Direito, historicamente, varia conforme a lente da perspectiva jurídica que a observa¹⁰. Inúmeras escolas jurídicas tentaram desvendar qual seria o conteúdo do Direito, mas não lograram êxito em sua missão ou, sob outro ângulo, não lograram se tornar hegemônicas ante as demais. A que mais se aproximou de tal feito foi a que sonegou a preocupação com conteúdo do Direito, baseando-se em um discurso altamente formalista: a Escola do Direito Puro de Kelsen.

Em cada momento histórico, destaca-se uma perspectiva do Direito,

⁹ “Outra questão a ser examinada é a garantia de informalidade nos procedimentos em juízo. Luta-se, nesse passo, pela ‘deformalização das controvérsias’ (*rectius*, deformalização dos procedimentos judiciais tendentes à solução de controvérsias). Não se pense que a luta aqui é por um total e extrema extinção das formas processuais. O processo judicial é formal, e tem de ser, sob pena de se perder todas as garantias por que as formas processuais são responsáveis. O movimento pela ‘deformalização das controvérsias’ não luta contra a forma, mas contra o formalismo, ou seja, contra a extrema deturpação das formas. O exagero formalista é que deve ser abandonado.” CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 10. ed. edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Límen Júris, 2004, p. 38.

¹⁰ Uma contradição aparente deve ser solvida neste ponto. Logo acima, fora afirmado que o Direito chega à pós-modernidade carente de conteúdo e, em seguida, afirmou-se que a fundamentação (defesa de um conteúdo) varia, historicamente, conforme a lente da perspectiva jurídica que a observa. Este paradoxo desaparece com a compreensão de que o Direito chega carente de conteúdo à pós-modernidade, porque nenhuma das escolas jurídicas impôs hegemonicamente as outras a sua visão e porque a Escola do Direito Puro que dominou o maior período da modernidade (mesmo sem ser hegemônica) possuía uma visão despreocupada e incapaz de fundamentar o Direito.

dando origem a uma escola, cada uma destas possuía uma fundamentação para o fenômeno jurídico. Do estudo das principais escolas, extrair-se-ão diferentes conteúdos do Direito, o que não permitirá a formulação de um conteúdo original pós-moderno, mas que colaborará em tal missão.

4.1. A Escola do Direito Natural

Usando da ousadia, é possível asseverar que a história do Direito ocidental começa com o Direito Natural. Desde a antiguidade clássica, existe a idéia de Direito Natural, como algo intrínseco à própria existência humana. O Direito Natural parte da concepção de que todo ser humano tem uma série de direitos pelo simples fato de existir. É uma escola de forte apelo metafísico.

A Escola do Direito Natural se divide em duas correntes: Teológica e Racionalista. A primeira encontra o fundamento último do Direito em Deus, essa visão do Direito, como fruto da justiça divina, dominou largo período da história, desde a antiguidade até meados da Idade Média. Alcançou seu máximo desenvolvimento com Agostinho e Aquino. Com a queda do teocentrismo, na segunda metade do período medieval, a perspectiva teológica do Direito Natural começa a perder força, mas não deixa de existir, tendo adeptos até hoje.

Já a concepção racionalista surge nos séculos XVI e XVII. Para essa corrente o fundamento último do Direito é o próprio indivíduo, o ser humano. O primeiro teórico a assumir tal posicionamento foi o holandês Hugo Grotius, mas só com Rousseau ganhou a força do argumento racional, que viria a ocasionar todas as Revoluções do século XVIII¹¹.

As idéias de Direito Natural, geralmente, trazem impressas o sentimento de justiça, tendo inspirado várias revoluções e sempre voltando à tona em momentos de crise. Essa teoria, contudo, não só abriga teses revolucionárias, mas também reacionárias. Basta tomar como exemplo a teoria absolutista de Hobbes, inteiramente baseada no estado de natureza. Tal constatação foi obra de Hans Kelsen, como leciona Paulo Bonavides^{12 13}.

Percebe-se a fragilidade das teses jusnaturalistas, que abrigam tanto enunciados

¹¹ “Como uma das idéias-força de todos os tempos, a noção de Direito Natural está ligada de modo indissolúvel ao conceito de natureza humana, na qual se identificam, como próprias, a essência e as qualidades que o homem circunstancialmente lhe atribui”. VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 5. ed. edição. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 100.

¹² “Explica Kelsen muito bem como se originou, desde Friedrich Julius Stahl, a propagação desse falso conceito, que vê no direito natural, historicamente, doutrina revolucionária. Decorreu da identificação da teoria do estado e do direito, de Rousseau, com o jusnaturalismo, quando se tratava apenas de suas variantes doutrinárias”. BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3^a edição, revista e ampliada, 3^a tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 36.

¹³ “As variações de caráter que apresenta o Direito Natural, ora reacionário e conservador, ora revolucionário e progressista, nada mais são do que reflexos das posições do homem em fases diversas de sua realização histórica. Seja como for, tanto o homem democrático, quanto o totalitário, têm igual necessidade da ideologia jusnaturalista”. VASCONCELOS, A. op. cit. p.100.

revolucionários como reacionários, além de remeterem o conteúdo do Direito a conceitos indeterminados como Deus e Justiça. Pela fragilidade conteudística, o movimento foi atropelado pela modernidade e sua racionalidade.

4.2. A Escola da Exegese

A primeira escola jurídica de feições patentemente modernas foi a Escola da Exegese, surgida no período pós-revolução francesa. Tendo os ideais jusnaturalistas inspirados a grande ruptura burguesa, quando os ânimos revolucionários esfriaram e a nova classe dominante chegou ao poder e uma nova concepção de Direito emergiu. Logicamente, uma tese conservadora, para preservar os interesses antes revolucionários e, portanto, da nova classe dominante.

A Escola da Exegese, como representante da modernidade nascente, traz a marca característica do período, a exacerbação do racionalismo e a crença de que esse possui respostas para todos os questionamentos humanos, repudiando o que representasse incerteza, obviamente, as teses jusnaturalistas foram vítimas da ânsia exegética por certeza¹⁴.

Se a grande pretensão da modernidade era a descoberta da verdade e da certeza, a Escola da Exegese não poderia ser diferente, encontrando na lei a ilusão dessa certeza e segurança. A lei passou a ser objeto de idolatria, era a obra perfeita do legislador, representando a vontade de toda a coletividade, pronta para ser aplicada. Segundo Glauco Barreira Magalhães Filho¹⁵, são características da escola: a plenitude da lei; a interpretação literal; apego à vontade do legislador e o Estado como única fonte do Direito.¹⁶

Pode-se imaginar o sem número de equívocos que uma interpretação literal da lei pode causar, sem falar na gravidade de se tratar de forma hermeticamente igual pessoas que na realidade têm oportunidades de vida totalmente diferentes. Logo se percebe que a Escola da Exegese passou ao largo dos questionamentos sobre o conteúdo do Direito, resumindo-o à lei.

¹⁴ “Nunca antes nem depois a razão foi elevada a níveis tamanhos de crença em seu poder de encontrar saídas para os problemas, quer fossem os problemas de quem governa, quer fossem as vicissitudes dos governados. Na mente, caixa miraculosa e privilegiada, acreditava-se achar solução para tudo”. FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 156.

¹⁵ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica Jurídica Clássica*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

¹⁶ “Em torno da lei, então acolhida como norma jurídica por excelência, erigem-se altares, onde nem sempre, é bem verdade, se entroniza a justiça ou incensa a real liberdade. Até o sentido é, ali, sacrificado à sua letra. O alcance social da interpretação também sede espaço ao novo fetichismo legalista. As mentes inclinam-se por um literalismo tão extremado que à prática da interpretação só resta a obediência àquilo que na lei se diz, em coro, que se inscreveu”. FALCÃO, R. op. cit. p. 156.

4.3. A Escola da Livre Investigação Científica e a Escola do Direito Livre

As escolas da Livre Investigação Científica e do Direito Livre surgiram como reação a Escola da Exegese. Tais movimentos serão tratados em conjunto por suas semelhantes, são tão parecidos que alguns autores os tratam como duas correntes de um mesmo movimento¹⁷. Ambos têm como idéia fundante, diferentemente do defendido pela Escola da Exegese, que o Direito deve partir do panorama social, não se confundindo unicamente com a lei.

A Escola da Livre Investigação Científica foi liderada por François Geny, tendo como principal motivação o reconhecimento dos limites da lei. A plenitude legal defendida pelos exegetas foi questionada, sendo demonstradas as lacunas do ordenamento jurídico. O grande esforço dessa teoria se centrou, exatamente, em criar um método de solução das lacunas. Para tanto, buscar-se-ia a solução nos costumes e na jurisprudência, sempre tendo como balizamentos os interesses sociais. Esse procedimento era chamado de livre investigação científica, daí o nome da escola.¹⁸

A Escola do Direito Livre foi além, defendendo que o interprete (magistrado) poderia chegar a criar normas, quebrando com a idéia de exclusividade estatal na elaboração do Direito. A presente escola teve dois momentos distintos: a fase moderada e a fase extremada.

A fase moderada foi comandada por Eugen Ehrlich. Também consistia em um trabalho de solução das lacunas do ordenamento, diferenciando-se da livre investigação científica (para quem realiza a distinção) pelo fato de admitir a criação de normas para o caso concreto, sem necessitar recorrer à interpretação extensiva ou analógica.

Já a fase extremada, que ficou conhecida como Escola do Direito Justo, foi liderada por Hermann Kantorowicz e buscava exatamente a justiça pra os casos, seja indo ao encontro ou de encontro à lei. Nessa fase, o objetivo era sempre alcançar a justiça (ou o que se entendia por justiça).¹⁹

Ambos os movimentos tiveram como principal mérito questionar o pensamento dominante, alertando sobre os limites da legalidade e os absurdos causados por uma visão tão restrita. Também é conquista desses movimentos o

¹⁷ VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento Constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

¹⁸ "Geny não ousou ir contra a lei. Ainda que injusta ou superada pelos fatos, ou mesmo quando, por qualquer outro motivo, de inconveniente aplicação, a lei há de ser o ponto de orientação do qual é possível algum afastamento, mas que não se deve perder de vista, ou desconhecer, pois aí seria transviar-se, inclusivo correndo o risco de com ela se chocar. Já era, contudo, um importante avanço, se comparado à visão caolha e mecânica apresentada pelos literalistas". FALCÃO, R. op.cit. p. 156.

¹⁹ "Segundo Kantorowicz, o juiz deveria aplicar a lei se ela fosse justa. Se a lei fosse, em seu sentido mais evidente, injusta, o aplicador procuraria uma interpretação que pudesse conciliá-la com o socialmente justo. Se isso não fosse possível, o juiz afastaria a lei e construiria para o caso uma norma entendida como justa, segundo critérios da consciência e da ciência". MAGALHÃES FILHO, G. op. cit. p. 69.

reconhecimento de que as leis não são preceitos neutros e que o Ordenamento Jurídico não provém exclusivamente do Estado. Houve com essas escolas, principalmente, com a fase extremada do Direito Livre, sem dúvida, uma busca por um conteúdo para o Direito, todavia, não se conseguiu ultrapassar os limites de um sentimento de justiça, não mais bem elaborado que o naturalista, ou seja, passível de deturpações reacionárias.²⁰

4.4. A Escola do Direito Puro

Foi o segundo grande movimento de feições tipicamente modernas. Surgiu no início do século XX, tendo sido a corrente jurídica dominante por todo o século. Também é influenciado pelo discurso racional, mas sob nova perspectiva, o cientificismo. A certeza e a verdade, nesta segunda fase da modernidade, passam a ser fruto do trabalho científico. Com efeito, o grande intuito da Escola do Direito Puro é tornar o Direito uma ciência.

Nome inolvidável quando se fala em Direito Puro é o do austríaco Hans Kelsen. Kelsen, em seu livro Teoria Pura do Direito, escreve que seu objetivo é fazer do Direito ciência. O caminho escolhido por Kelsen foi apartar o Direito das outras áreas do conhecimento e fixar como objeto de estudo, unicamente, a norma jurídica, menosprezando a preocupação com o conteúdo do Direito, que se resumia ao aspecto formal da norma.

As bases filosóficas do pensamento kelseniano são: o relativismo axiológico e o formalismo. O relativismo axiológico, inspirado em Wittgenstein e Kant, significa que não existem valores absolutos, portanto, não poderiam influenciar o Direito, ou seja, não se podendo afirmar o que é justiça e sendo seu conteúdo mutável historicamente, essa não deve interferir no objeto da Ciência do Direito. Já o formalismo, influência dada por Jellinek, prende a teoria pura à análise do sistema jurídico.

O discurso formalista de Kelsen, por não se preocupar com a fundamentação do Direito, aceitava como jurídico qualquer sistema de normas válidas em determinados espaço e época. Era indiferente se tal ou qual regime tivesse sido imposto pela força ou contra o interesse da maioria dos cidadãos, possuindo ordenamento válido, seria jurídico. Foram as teses positivistas de Kelsen guarita para os regimes totalitários.

O fundamento do Direito para a Escola do Direito Puro é a norma hipotética fundamental, que é a norma primeira, a norma fundante de todo

²⁰ “Baseando tal decisão nas convicções morais e no sentimento de justiça que prevalecem na comunidade ou nação que representa, o juiz está, em realidade, obrigado a aplicar uma espécie de Direito natural (clássico), eterno e imutável. Os postulados e princípios do “Direito Livre” são flexíveis; estão sujeitos à evolução e à modificação. Mudam com a sociedade que lhes dá vida. Nesse sentido, a doutrina do Direito Livre crê na existência e no valor prático de um ‘direito natural de conteúdo variável’”. VERDÚ, P. op. cit. p. 31 e 32.

o ordenamento, quando explica o conteúdo desta norma, Kelsen acaba a resumindo à força.²¹

Mais uma vez, na história do Direito, o problema da fundamentação foi preterido. A humanidade pagou e paga caro pelo discurso científico, que conferiu ao arcabouço jurídico a perpetuação das desigualdades sociais no mundo. O Direito atual, como ainda está carregado pelo espírito da pureza da primeira metade do século XX, aduz à pós-modernidade o citado drama.

4.5. A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO E O MOVIMENTO DO DIREITO ALTERNATIVO

A Teoria Crítica do Direito surge para combater a visão construída pela Escola do Direito Puro. É cabível dizer que é a exteriorização do fracasso da busca por pureza científica no Direito. O pensamento positivista dogmático foi incapaz de esclarecer as relações jurídicas e de promover alterações na estrutura social, não correspondendo aos anseios da coletividade.

É importante, contudo, ser ressaltada a diferença entre positivismo jurídico e positivação de direitos. Esta é o fruto da evolução humana, que permitiu o reconhecimento de certas normas jurídicas de forma escrita, sendo grande conquista ante os impulsos despóticos; já aquele é a identificação do fenômeno jurídico unicamente com as normas escritas, apartando-o dos valores e da realidade dos grupos sociais.

O Direito Crítico tem como finalidade expor os dogmas gerados pela busca de um Direito Puro, que são entre outros: a identificação do Direito com o Estado; a ilusão de que ordenamento jurídico representa os interesses da coletividade; a neutralidade; a pureza científica; o racionalismo hermenêutico. Dentre todas as contribuições da criticidade para a evolução do pensamento jurídico, é possível asseverar que a mais considerável foi a de levantar o véu dogmático e denunciar o papel ideológico do Direito.²²

A Teoria Crítica como se percebe é essencial na desmistificação do

²¹ "Num estado até então monárquico, um grupo de pessoas tenta, por meio de revolta violenta, substituir um governo legítimo, monárquico, por um governo republicano. Se for bem sucedido, isto é, se a antiga ordem termina e começa a vigorar a nova (...) Pressupõe-se uma nova norma fundamental, não mais aquela dos monarcas, mas a que delega autoridade ao governo revolucionário como sendo a autoridade juridicamente estabelecida". KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito: versão condensada pelo próprio autor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 99.

²² "A concepção dogmática do direito pressupõe algumas crenças aceitas pelo senso comum teórico dos juristas como verdadeiras, ou ao menos como fundamento subjacente a suas elaborações teóricas. Eu as considero pressupostos ideológicos, porque foram ao longo da história inculcadas no inconsciente coletivo e incorporadas definitivamente à ideologia do direito". COELHO, Luis Fernando. *A Teoria Crítica do Direito na Pós-Modernidade*. XVIII CONGRESSO MUNDIAL DA ASSOCIAÇÃO DE FILOSOFIA DO DIREITO E DE FILOSOFIA SOCIAL. La Plata - Buenos Aires, 10 a 15/08/97. Disponível em: <http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/mais_artigos/a_teoria_critica.html>. Acesso em 07 mar. 2006. Originalmente publicado na revista *Quaestio Iuris*, p. 4.

pensamento jurídico dominante, no entanto, não consegue constituir uma teoria substitutiva, talvez essa seja sua grande deficiência. A Teoria Crítica não conseguiu (ou não buscou) elaborar um conteúdo possível para o Direito, restringindo-se a denunciar os vícios do purismo positivista.

O movimento do Direito Alternativo, por sua vez, vem na esteira do pensamento crítico, combatendo a aplicação tradicional do Direito. No Brasil, foi uma prática iniciada por juristas da região Sul. Os membros desse movimento eram defensores de um ideal de luta contra o legalismo.

Por acreditarem que o fenômeno jurídico não se esgota sob a forma da lei e pelo discurso inicial contundente e de forte tendência marxista, os juízes que seguiram dita prática passaram a ser estereotipados e antipatizados por muitos profissionais do Direito e pela mídia, o que acabou por não conferir o destaque merecido ao movimento.

O Direito Alternativo segue os passos do Direito Crítico, há, porém, uma nítida diferença, visto que este é, prioritariamente, uma contestação à dogmática tradicional e não propõe uma nova prática jurídica²³, já o Direito Alternativo é uma proposta de atuação efetiva e inovadora dos profissionais do Direito.²⁴

Pode-se, com fins didáticos, resumir as lutas do Direito Alternativo em três momentos: democratização da proteção legislativa; positivismo de combate; pluralismo jurídico²⁵. O primeiro ponto se refere ao processo legislativo, que para os membros do Direito Alternativo, está nas mãos das classes dominantes, que elaboram normas para atender seus interesses, devendo a produção legislativa ser democratizada. Já o positivismo de combate significa se valer das normas postas que possam permitir uma aplicação comprometida com os interesses populares. Por último, o pluralismo jurídico se refere à não identificação do Direito unicamente com o ordenamento jurídico imposto pelo Estado.

Em nosso país, o movimento do Direito Alternativo existiu, durante boa parte de sua história, sob as sombras do regime ditatorial, em que a democracia estava suprimida e a legislação era resultado do interesse do regime, o que inspirava a atuação combativa. Com a nova ordem constitucional; uma principiante reabertura democrática, consequentemente, uma maior participação popular; a elaboração de uma série de microssitemas legislativos (Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso)

²³ “A teoria crítica do direito, nascida e divulgada no seio das Universidades, preocupou-se acima de tudo, em desmistificar o fenômeno jurídico e introduzir novos elementos valorativos na sua discussão. Trata-se de um movimento de desconstrução. A proposta do Direito Alternativo, embora se servindo da experiência crítica, procura contribuir para a emergência de um novo direito”. BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. cd. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 282.

²⁴ “É por isso que na perspectiva de Horácio W. Rodrigues, o movimento do Direito alternativo, na medida em que implica superação da ‘crítica jurídica tradicional’, reproduz o processo de absorção de seus avanços e eliminação (...) dos seus equívocos e lacunas”. WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. 4. ed. edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 141.

²⁵ CARVALHO, Amilton Bueno. *Magistratura e Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1992.

que permitem uma maior aproximação do Direito à população, a alternatividade passa por um processo de transformação.

Algo que não se pode negar ao Direito Alternativo é que efetivamente assumiu um compromisso ideológico e defendeu um conteúdo possível para o Direito: a luta com as classes populares, pela modificação do *status quo*. Sem esquecer tal constatação, o movimento não está imune a críticas, pois não garante que sob a mesma prática de negativa às normas postas, doutrinas reacionárias neguem as conquistas populares, fazendo uma aplicação conservadora do Direito.

5. O PÓS-POSITIVISMO: UM CONTEÚDO POSSÍVEL NO COMPASSO DA PÓS-MODERNIDADE

Após essa digressão junto a algumas escolas jurídicas importantes, percebe-se a razão de o Direito chegar carente de conteúdo à pós-modernidade. O racionalismo moderno exigia das ciências certeza e definição, postulados que o tormentoso debate sobre justiça não poderia responder, afastando os cientistas do Direito desse caminho. A certeza buscada só poderia, nos padrões modernos, ser encontrada na norma jurídica válida²⁶, ou sob uma perspectiva mais elaborada, no ordenamento jurídico.²⁷

Na pós-modernidade, a razão não pretende mais descobrir certezas ou verdades absolutas, mas isso não facilita o trabalho do pesquisador, que luta pela definição de um conteúdo para o Direito. Na verdade, o fato de a razão reconhecer seus limites só aumenta o rigor filosófico do discurso, pois em uma época de incertezas, a defesa de uma tese (“pretensão de verdade”) exige maior dedicação argumentativa. Este é o império do racionalismo crítico.

Dessa forma, o Direito da pós-modernidade, na busca de seu conteúdo, não pode retornar ao paradigma jusnaturalista de justiça, facilmente deturpável e de fraca argumentação filosófica. Como também não deve recair no erro juspositivista de fugir do debate sobre o conteúdo, partindo para discurso meramente formalista. Esse escapismo torna o Direito sensível aos prazeres tirânicos do totalitarismo, sendo reduzido à força.

Sem dúvida, o grande debate jurídico do século XX foi o do Direito Natural versus Direito Positivo, que se mostrou incapaz de esclarecer o conteúdo do Direito. Na pós-modernidade, chamada por alguns, como Luis Roberto Barroso²⁸, de época do “pós-tudo” (pós-revolucionária, pós-liberal, pós-Marx, pós-Freud, pós-moderna), surge uma nova perspectiva de se encarar o Direito: o pós-positivismo.

O Pós-positivismo surge como superação da dicotomia entre

²⁶ KELSEN, H. op. cit.

²⁷ BOBBIO, N. op. cit.

²⁸ BARROSO, Luis Roberto. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

jusnaturalismo e juspositivismo, trazendo conceitos novos. O grande mérito desta teoria é resgatar os valores para a esfera do Direito, não sob a perspectiva metafísica do jusnaturalismo, mas embutidos em princípios, esses, agora, encarados como normas jurídicas. O conceito de normatividade dos princípios seria impensável para as escolas jurídicas tradicionais.²⁹

Com o pós-positivismo, não há o abandono do conceito de normatividade, todavia, esse é totalmente remodelado, não se confundindo com o conceito positivista. No pós-positivismo, o conceito de norma jurídica se biparte nos conceitos de regra e princípio. Referida remodelação é obra dos espíritos privilegiados de Robert Alexy³⁰ e Ronald Dworkin³¹. A diferença, segundo Alexy, consiste no grau de abstração, generalidade e carga valorativa dos princípios que é bem maior. Já para Dworkin, a diferença está no fato de que no conflito entre regras uma pode ser derogada em detrimento da outra, já no conflito de princípios, que por representarem valores da sociedade (alguns antagônicos), eles devem ser harmonizados no momento de sua aplicação. Com efeito, revelam-se fundamentais, na pós-modernidade, os princípios sob essa nova roupagem.

Durante a evolução do Direito, os princípios jurídicos assumiram diferentes características. No Direito Natural, apresentaram-se com um caráter metafísico, existindo como fonte de inspiração jurídica transcendental. No Positivismo Jurídico, como fontes subsidiárias de aplicação do Direito, só se manifestando na ausência das leis. Já no Pós-Positivismo, são encarados como normas jurídicas, inspirando a criação das regras.³²

Percebe-se que a grande inovação do pós-positivismo consiste na normatividade dos princípios, que passam a ocupar o topo de todo o ordenamento jurídico, tendo a relevante missão de fundamentar o sistema jurídico, inspirar a criação das regras jurídicas e servir de cabedal hermenêutico no momento de aplicação do Direito.³³

²⁹ "A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte deste ambiente de reaproximação do Direito e Ética". Idem, *ibidem*, p 291.

³⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

³¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Fontes, 2002.

³² "A terceira fase, enfim, é a do pós-positivismo, que corresponde aos grandes momentos constituintes das décadas do século XX. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais". BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. edição. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 264.

³³ "A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chave de todo o sistema jurídico".

Toda essa relevância dos princípios decorre de seu substrato axiológico. Os princípios são o retrato dos valores da sociedade plural da pós-modernidade, encontrando-se, nesse ponto, o conteúdo possível do Direito na pós-modernidade. Aqui, já não se há de falar em um sentimento abstrato e metafísico dos valores, mas de valores plenamente vinculados aos de uma determinada sociedade em determinado momento histórico. Da mesma forma, que não se pode falar em legalidade ou normatividade despida de legitimidade³⁴ como admitiam Kelsen e Bobbio. Sob esse novo prisma, leis e normas só são válidas se compatíveis com os valores da sociedade em que se inserem.³⁵

Por derradeiro, é necessário afirmar que se há um conteúdo possível para o Direito Pós-Moderno, esse é o dos valores, relacionados diretamente com o que as sociedades concretas e determinadas buscam, como: desenvolvimento sustentável; distribuição de renda; erradicação da miséria; equilíbrio ambiental; democracia; multiculturalismo; pluralismo e todos os demais valores que concretizem a dignidade da pessoa humana.

6. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Teoria do Estado*. 3. ed, revista e ampliada, 3^a tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: UnB, 1995.

Idem, *ibidem*, p. 257.

³⁴ "Focalizar a legitimidade é compreender a justificação do poder, do direito de comandar (...) Entendemos que a vinculação da legitimidade a mera legalidade significa anular política e socialmente a primeira, pois qualquer regime poderá se valer da segunda para justificar o poder, não importando o conteúdo de sua atuação, pois legal. (...) Pendemos para uma aceitabilidade do poder fundado nos meios democráticos, os mais diretos possíveis, numa perspectiva constitucional e de consenso social, segundo os valores comunitários da época, palmilhado no regime da legalidade (e não só nessa)" MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. *O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira*. Fortaleza: ABC, 2001, p. 40 e 42.

³⁵ "Direito e valor caminham lado a lado, este municiando aquele, sem, contudo, perder identidade própria nem usurpar daquele. O valor atua como instrumento de orientação dos rumos do Direito, de dissipação de contradições, de correção finalística e sistêmica. Nessa condição, o valor mantém-se autônomo, porque sua fusão com o Direito o enquadraria no sistema, com sujeição às mesmas nuances que lhe caberia dissipar". MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. *O Resgate dos Valores na Interpretação Constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como <<ser moralmente melhor>>*. Fortaleza: ABC, 2001, p. 50.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. I. 10. ed, revista e atualizada. Rio de janeiro: Lumen Júris, 2004.

CARVALHO, Amilton Bueno. *Magistratura e direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1992.

CHEVITARESE, L. *As razões da Pós-modernidade*. Anais da I SAF-PUC. Rio de Janeiro: Bookalink. ISBN 85-88319-07-1. Net, 2001. Disponível em: <<http://www.saude.inf.br/filosofia/posmodernidade.pdf>> Acesso em 05 mar. 2006.

COELHO, Luis Fernando. *A Teoria crítica do direito na pós-modernidade*. XVIII CONGRESSO MUNDIAL DA ASSOCIAÇÃO DE FILOSOFIA DO DIREITO E DE FILOSOFIA SOCIAL. La Plata - Buenos Aires, 10 a 15/08/97. Disponível em: <http://www2.uerj.br/~direito/publicações/mais_artigos/a_teoria_critica.html>. Acesso em 07 mar. 2006. Originalmente publicado na revista *Quaestio Iuris*.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Fontes, 2002.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2000.

HARVEY, David: *Condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 1992.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Teoria pura do direito: versão condensada pelo próprio autor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

L'EMPIRE AMERICAIN, Lê Déclin de. *O Declínio do Império Americano*. Filme. Direção e Roteiro: Denys Arcand. Produção: Roger Frappier e René Malo. Interpretes: Dominique Michel, Dorothée Berryman, Louise Portal, Pierre Curzi, Rémy Girard, Yves Jacques, Geneviève Rioux, Daniel Brière e Gabriel Arcand. Canadá, 1986.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica jurídica clássica*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. *O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira*. Fortaleza: ABC, 2001.

MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. *O resgate dos valores na interpretação Constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como <<ser moralmente melhor>>*. Fortaleza: ABC, 2001. Fortaleza: ABC, 2001.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SOUTO, Cláudio. *Tempo do Direito Alternativo: uma fundamentação substantiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 5. ed, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.



CHALLENGING CORRUPTION¹

Germana de Oliveira Moraes²

RESUMO

Nesta palestra feita em maio de 2006, em Sydney, Austrália, na 8^a Conferência Bienal da Associação Internacional das Mulheres Juízas, foram apresentadas as medidas tomadas, no Brasil, pelo Conselho Nacional de Justiça no sentido de combater a corrupção no Sistema Judicial Brasileiro, ao fomentar uma cultura de transparência, planificação e eficiência.

Destacam-se, no texto, as medidas e políticas estratégicas realizadas por esse novo órgão de controle do Poder Judiciário, dividindo-as em dois segmentos: o das estratégias e políticas do CNJ relativas à função de controle ético-disciplinar dos membros do Sistema Judicial, vinculadas ao princípio constitucional da moralidade administrativa, e, as estratégias e medidas relativas à função de planejamento, demonstrando o amadurecimento da democracia brasileira através da sofisticação dos mecanismos de combate à corrupção.

Palavras-chave

Sistema judicial. Conselho Nacional de Justiça. Corrupção. Democracia. Princípios constitucionais. Moralidade.

ABSTRACT

This is a speech made in May 2006, at Sydney, Austrália, during The International Association of Women Judges 8th Biennial Conference, where we have presented the measures taken, in Brazil, by the National Council of Justice in order to challenge corruption in Brazilian Judicial System, by promoting a culture of transparency, planning and efficiency, highlighting the strategy and political measures conducted by CNJ and dividing them into two segments. The first one is "Strategy and political measures" of CNJ related to ethical-disciplinary control function of the judges, linked to the constitutional principle of morality. The other one is "Strategic Planning of the Judicial System", demonstrating the maturation of the Brazilian democracy through the sophistication of the fighting corruption mechanisms.

Key-words

Judicial System. National Council of Justice. Corruption. Democracy. Constitutional principles. Morality.

¹ Palestra apresentada na 8^a Conferência Bienal da Associação Internacional das Mulheres Juízas, realizada em maio de 2006, em Sydney, na Austrália. Revisão da tradução por Rossana Bertani-Roach.

² Doutora em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito pela UFC. Professora dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Juíza Federal no Ceará. Ex-conselheira do Conselho Nacional de Justiça.

1. INTRODUCTION

First of all, I would like to thank the *International Association of Women Judges* (IAWJ) president Jane Mathews for the kind invitation to represent Brazil in this panel, here in the lovely city of Sydney. Also, allow me to start my speech making an announcement.

We are delighted to announce that, for the first time in Brazil, we have a woman as the Supreme Court's Chief Justice. Her name is Ellen Gracie Northfleet, and she will be holding her seat for the next two years.

Chief Justice Ellen Gracie Northfleet is a member of IAWJ – International Association of Women Judges, and since she was not able to attend this meeting, she sent us her message on DVD, which will be shown on Saturday afternoon. The DVD contains not only Chief Justice Northfleet's message, but also an evaluation of the results of a research done by the Brazilian Judges' Association on the increasing participation of women in the Brazilian Judiciary System.

Our delegation is offering a copy of the "Women Judges of Brazil" DVD to each country present at this meeting. We would like to ask each delegation chief to report to us at the end of this session to receive a copy.

Now, let's start our panel theme, "*Challenging Corruption*".

We all know that corruption is an universal and timeless problem. It is not an apanage of any particular institution or country. It is a problem of humankind, which has not yet reached the necessary consciousness level to renounce selfishness, and to embrace solidarity. This situation, in turn, reflects upon societies and institutions.

In Brazil, the 1988 Federal Constitution and the subsequent seasoning of democracy have promoted the sophistication of mechanisms to fight corruption.

Our Federal Constitution introduced an important principle existing solely in our country, that has been used as reinforcement to the punishment culture-the Administrative Morality.

Within this political context and in the spectrum of the Brazilian Judiciary Power reform, in June 2005 it was created the CNJ - National Council of Justice, to control the administrative and financial activities of the Judiciary System, as well as, the disciplinary ethic control of its members. The CNJ - National Council of Justice is also in charge of the surveillance for the compliance to the principles of legality, impartiality, morality, publicity, and efficiency in the judiciary administration sphere.

It is important to explain to you the CNJ's structure, even if briefly, and to introduce the political strategy and measures taken by the CNJ in its first year of operation.

2. NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE'S STRUCTURE

Let's have a glimpse at the CNJ structure.

The CNJ was created by the Constitutional Amendment nº 45/2004, which deals with the reform of the Judiciary Power, and was implemented in June 2005. It is composed of fifteen members, nine judges and six representatives drawn from legal institutions and the Congress, and it is presided by the Supreme Court's Chief Justice.

The nine judges represent several segments of the Brazilian judiciary structure:

1. The Supreme Court's Chief Justice Ellen Gracie Northfleet, who currently presides the CNJ.
2. A minister from the Superior Court of Justice
3. A minister from the Superior Labor Court
4. A representative from the Federal Courts
5. A federal judge
6. A representative from the State Courts
7. A state judge
8. A representative from the Labor Courts
9. A labor judge

The representatives drawn from legal institutions and the Congress are two attorneys-at-law appointed by the Brazilian Bar Association (OAB), one member of the Federal Attorney's Office, one member of the State Attorney's Office, a representative from the Federal Senate (Senado Federal), and a representative from the House of Representatives (Câmara dos Deputados). The Council operates in the same building as the Supreme Federal Court, in Brasilia, the capital of Brazil.

3. CNJ'S STRATEGY AND POLITICAL MEASURES TO FIGHT CORRUPTION

The presentation will be divided in two segments. The first one will contain the strategy and the measures related to the ethic-disciplinary control over the Judiciary Power members. The second segment will include the strategy and the measures related to planning.

3.1. Ethic-disciplinary control over the Judiciary Power members

In order to exert this control, CNJ adopted a policy to fight impunity, with support in the constitutional principle of morality. To reach this goal, the following measures were taken last year:

- a. Creation of the National Administrative Office of Brazilian Justice (Corregedoria Nacional da Justiça Brasileira), through which judges that are accused of functional infractions are disciplinarily prosecuted.
- b. Two normative acts were issued:
 1. The prohibition of nepotism in the Judiciary Power, with the dismissal of all the judges relatives who were hired without having passed public exam, mandatory for taking position within Brazilian public offices.
 2. Application of a constitutional income limit for all members of the Judiciary in the country. It is mandatory for all judges to disclose their income.

It is also important to say that there is an Ombudsman project currently being developed for the 97 courts of Brazil.

Not notwithstanding the importance of its disciplinary role, in my view, CNJ's main function is to develop the National Judiciary Systems' strategic planning, and to promote a culture of transparency and efficiency. (Annual Report from 2005, www.cnj.gov.br)

3.2. Strategic Planning of the Judiciary System

By promoting the culture of transparency, efficiency, and planning, the structural conditions that facilitate corruption practices will be removed.

By developing a national planning for the Judiciary System, CNJ has been adopting preventive measures, conducive to eliminate the factors that are favorable to the practice of corruption.

In order to implement this policy, the following action has been taken:

- a. a) Development of CNJ's website and a procedural follow-up system. Creation of a public consultation module.
- b. b) Creation of the National Database Bank of the Judiciary Power, with the publication of procedural statistics on CNJ's website. Improvement and national standardization of statistic procedures.

Implemented in the form of a Services' Portal, this central data base (BNDPJ) is an important tool for the Judiciary System planning, with data from the "Justice in Numbers" research.

In the judicial field, the BNDPJ was installed to become an instrument of management, transparency, and performance evaluation of the national judiciary systems. With this tool, it is offered to the Brazilian citizen the access to exercise social control.

Another guiding aspect of the "Justice in Numbers" research is efficiency.

The elements of efficiency are speed, quality, cost, equity, and the degree of access to justice. The constitution of a large and centralized national database will create awareness over the degree of congestion, cost, and access to the judicial system.

The database centralization and visibility in a single place, with the management of the CNJ, prevents the problem of plurality of sources and indicatives on the same subject, and as a result, inhibits corruption in many pulverized segments of Brazilian Justice.

While it supplies the society with transparent data on the operation of the Judiciary Power—the judges' number, the cases' number, the trials' length, the cases' cost, the BNDPJ enables a wider social control of the Judiciary System and prevents the practice of corruption.

The National Council of Justice expects, with the adoption of the aforementioned preventive and repressive measures, to raise, in a short period of time, the national society's and the international community's trust in our country's Judiciary System

I thank you once again, on my behalf and on the Brazilian delegation's, for the opportunity to talk about the policies and measures adopted by the Brazilian Judiciary System to defy corruption, and I would like to register that the achievement of such panel, in which women judges coming from the worlds' five continents meet to discuss this theme, is a concrete proof that important steps are being taken to ban corruption from the Judiciary System sphere. And beyond that, it is an invitation to renew our hopes for a more fraternal and compassionate world.

At last, we have learned yesterday that here in Australia a boomerang makes the connection between earth and sky. We, women judges from Brazil, invite all of you to be-like a boomerang—a connection between heart and mind, and more than that, a connection between our hearts and our minds all around the world. Let's try it.



O PRINCÍPIO DO BALANCEAMENTO (BALANCING) OU DO CONTRAPESO DE VALORES E BENS CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS

Francisco Géron Marques de Lima¹

Francisco Davi Fernandes Peixoto²

RESUMO

O presente trabalho aborda o chamado princípio do balanceamento (balancing) ou do contrapeso de valores e bens constitucionalmente protegidos. Trataremos de suas origens históricas, bem como de seu conteúdo essencial e sua finalidade primordial, buscando diferenciação de instrumentos semelhantes. Faremos a diferenciação entre princípio do balanceamento em sentido amplo e princípio do balanceamento em sentido estrito tendo em vista da doutrina nacional e estrangeira. Por fim, observaremos também as críticas feitas ao princípio do balanceamento bem como o contraponto as mesmas, a fim de sustentar porque dentre que métodos disponíveis para interpretação, o melhor (ou ao menos o que possui menores dificuldades) é o da ponderação ou balanceamento.

Palavras-chave

Balanceamento em sentido amplo. Balanceamento em sentido estrito. Ponderação de bens e interesses. Contrapeso de bens e valores constitucionalmente protegidos.

ABSTRACT

The present work deals with the principle of the balancing (balancing) or the counterbalance of constitutionally protected values and goods. We will deal with its historical origins, as well as of its essential content and its primordial purpose, searching differentiates it of similar instruments. We will make the differentiation between principle of the balancing in ample direction and principle of the balancing in strict direction in the point of view of the national and foreign doctrine. Finally, we will also observe the critical done at the principle of the balancing as well as the counterpoint the same ones, in order to support because amongst that available methods for interpretation, optimum (or at least what it possess minors difficulties) are of the balance or the balancing.

Key-words

Balancing in ample direction. Balancing in strict direction. Balance of good and interests. Counterbalance of good and values constitutionally protected.

¹ Procurador Regional do Trabalho. Mestre em Direito pela UFC. Doutor em Direito pela UFPE. Professor dos Cursos de Mestrado em Direito da UFC e da Graduação em Direito da UFC.

² Mestrando pela Universidade Federal do Ceará. Bolsista CAPES.

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Francisco Meton Marques de Lima³ utiliza em sua obra uma metáfora por nós considerada bastante adequada para os ordenamentos jurídicos, comparando-os a um jogo de xadrez no qual as peças devem necessariamente mover-se de forma harmônica de acordo com uma série de valores pré-determinados e inerentes ao ordenamento.

Consideremos então que as antinomias podem ser de dois tipos. As ditas solúveis ou aparentes quando o próprio ordenamento fornece critérios para a solução dos conflitos normativos, a as insolúveis ou reais, nas quais os critérios fornecidos pelo ordenamento são insuficientes, havendo, portanto, a necessidade do emprego do que a doutrina denomina de metacritérios para a sua resolução.

Destarte, antes de adentramos no princípio do balanceamento, qual seu conteúdo e sua finalidade, é conveniente para a melhor compreensão acerca do que vem a ser o mesmo tecermos breves considerações acerca da possibilidade ou não existência de antinomias e tensões no bojo da Constituição.

As normas de direitos fundamentais expostas na Constituição, tendem naturalmente à colidirem pela própria natureza aberta de princípios e plural dos valores nela expostos, além do número demasiadamente amplo de direitos fundamentais nela elencados.⁴ Porém, doutrina atual não é pacífica acerca da possibilidade de existência ou não de antinomias na Carta Magna.

Luís Roberto Barroso⁵ só admite a existência de antinomias aparentes na Constituição. Já para Francisco Meton Marques de Lima⁶ as antinomias constitucionais podem também ser reais, porém em caráter excepcional. Raquel Denise Stumm⁷, por sua vez, classifica de antinomias o choque entre regras, ao passo que as colisões ou conflitos se dariam entre direitos ou entre direitos e valores elencados estes por princípios, justamente em face do pluralismo de idéias típico das constituições⁸. Jane Reis Gonçalves Pereira⁹ estabelece

³ MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. *O resgate dos valores na interpretação constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como <<ser-moralmente-melhor>>*. Fortaleza: ABC, 2001, p. 205-206.

⁴ Esta é a posição de Jane Reis em PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições de direitos fundamentais na teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006 p. 221-224. Por sua vez Francisco Meton Marques de Lima difere desta posição, destacando que “[...]a regra e a tendência da Constituição é não apresentar preceitos colidentes.” MARQUES DE LIMA, F. M. op. cit., p. 218.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos da Dogmática Constitucional Transformadora*. 6 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 212.

⁶ MARQUES DE LIMA, F. M. op. cit., p. 214.

⁷ STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade: no Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 76.

⁸ Sobre o Pluralismo e sua relação com o Estado Democrático e Constitucional de Direito, vide DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e Hermenêutica Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 180-193.

⁹ PEREIRA, J. op. cit., 221-229.

que existem conflitos entre direitos fundamentais, e, valendo-se da clássica classificação de Alf Ross, estabelece que são do tipo parcial-parcial e só ocorrem no caso concreto, nunca em abstrato.

Independentemente da existência ou não de antinomias reais ou aparentes na Constituição, fato é que existem, nos moldes da lição de Canotilho, “[...]momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios[...]”¹⁰, sendo que, diferentemente das regras os princípios não obedecem a uma lógica de tudo ou nada, sendo, portanto, objeto de ponderação ou concordância prática.

Destarte, são insuficientes os critérios tradicionais hierárquico, cronológico e da especialidade apresentados pelo ordenamento para a solução das tensões ou das antinomias existentes na Constituição, havendo a necessidade de metacritérios ou técnicas interpretativas especiais para resolver tais conflitos de direitos fundamentais. Um destes critérios ou técnicas é o chamado princípio do balanceamento ou do Contrapeso de bens e valores.

2. ORIGENS HISTÓRICAS DO PRINCÍPIO DO BALANCEAMENTO

O princípio do balanceamento encontra suas origens históricas no direito norte-americano, especificamente aos chamados juristas da corrente denominada de “sociological jurisprudence”, ou Escola da Jurisprudência Sociológica¹¹, corrente diretamente relacionada com o realismo jurídico, em fins da década de 1930¹². Com efeito, tais juristas, dentre os quais podemos citar Holmes, Cardozo, Stone e Brandeis, há muito já demonstravam posicionamentos contrários ao formalismo que até então predominava na Suprema Corte daquele país.

Ademais, ressaltamos que teve contribuição enorme para o surgimento dessa corrente o resultado do confronto entre o Executivo e o Judiciário que se deu nos EUA durante as desavenças entre o Presidente Franklin Delano Roosevelt e a Suprema Corte dos EUA no que dizia respeito à aplicação do “New Deal” proposto por aquele presidente, pois tal conflito declarou a queda da concepção até então reinante do devido processo legal substantivo.¹³

O “Balancing” surgiu a partir do reconhecimento de que certos valores no ordenamento são superiores a outros, surgiu com o tratamento de técnicas ou fórmulas de interpretação diretamente relacionadas a esta nova realidade, reconhecida então pela doutrina e jurisprudência norte-americana.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 190.

¹¹ O professor Paulo Bonavides tece algumas breves porém significativas considerações acerca da Escola da Jurisprudência Sociológica norte-americana. Segundo o mesmo, graças a esta corrente de inspiração mais sociológica “Afastou-se, assim, da rigidez formal, dos fantasmas do *stare decisis*, do imobilismo lógico-jurídico, cuja vitória teria gravemente tolhido o curso da evolução constitucional americana.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. atual. São Paulo: Malheiros: 2005, p. 102-103.

¹² Nesse sentido: GARCÍA, Enrique Alonso. *La interpretación de la Constitución*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 413.

¹³ Para mais informações acerca do tema vide: BARROSO, L. op. cit., p. 218-222.

Não obstante ter surgido nos EUA, atualmente a Suprema Corte daquele país tem desprezado o método do Balancing, para dar mais valor a concepções mais formalistas, recorrendo mais à teoria originalista¹⁴. Conforme bem ressalta Jane Reis Gonçalves Pereira “O método da ponderação seguiu uma trajetória irregular na Suprema Corte norte-americana[...]”¹⁵

A doutrina nacional¹⁶ e estrangeira¹⁷ destaca ainda que o “balancing” está diretamente relacionado em suas origens não apenas a “sociological jurisprudence”, mas também a doutrina européia da jurisprudência dos valores, um desenvolvimento da chamada jurisprudência dos interesses que se posicionava frontalmente contrária à corrente formalista da jurisprudência dos conceitos.

Rodrigo Meyer Bornholdt¹⁸, ao tratar da teoria de Günter Weick em sua obra destaca que a ponderação seria fruto direito da jurisprudência dos interesses. Haveria na jurisprudência dos interesses uma valoração e uma ponderação, porém não na atividade jurisdicional e sim na legislativa, ou seja, se dariam mediante a atividade do legislador. Continua a autor e destaca a importância não apenas da jurisprudência dos interesses, mas também da jurisprudência dos valores no que condiz a ponderação, destacando que “[...]a noção de ponderação, em Alexy, reconduzida invariavelmente à princípios e valores, representa um desenvolvimento da jurisprudência dos valores.”¹⁹

Vejamos também a lição de Glauco Barreira Magalhães Filho que destaca que na jurisprudência dos interesses o “[...]juiz deveria ater-se não à literalidade da lei, mas ao juízo de ponderação de interesses nela pressuposto, de modo que a sentença seria vista como um instrumento de harmonização de interesses[...]”²⁰

Vê-se portanto que o princípio do balanceamento, no que condiz as suas origens, está diretamente ligado tanto à Escola da Jurisprudência Sociológica norte-americana quanto à jurisprudência dos interesses, tendo assim também influência da doutrina européia.

Com efeito, em 1958 o Tribunal Constitucional Alemão viria a julgar o famoso Caso Lüth²¹ (BVerfGE 7, 198 - 1958) no qual admitiu expressamente a necessidade de se realizar uma ponderação dos interesses conflitantes, fazendo um contrapeso de bens. Outro caso de importância julgado pelo Tribunal

¹⁴ Sobre esta teoria bem como críticas à mesma vide: BELTRÁN, Miguel. *Originalismo e Interpretación – Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*. Madri: Cuadernos Cívitas, 1989, p. 51-112.

¹⁵ PEREIRA, J. op. cit., p. 260.

¹⁶ MARQUES DE LIMA, F. M. op. cit., p. 218; PEREIRA, J. op. cit., p. 256-257.

¹⁷ GARCÍA, E. op. cit., p 414.

¹⁸ BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para Resolução de Conflito entre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 108-110.

¹⁹ BORNHOLDT, R. op. cit., 146.

²⁰ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição*. 2ª edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 54.

²¹ Para mais informações sobre este caso vide: PEREIRA, op. cit., p. 472-475.

Constitucional Alemão no qual o mesmo tratou da ponderação de interesses ou bens foi o chama Areto Mephisto²² (BVerfGE 30, 173 - 1971). A partir de então, este tribunal passaria a realizar diversas ponderações de bens quanto da colisão de princípios.²³

É importante ainda destacar que a doutrina não é uniforme quanto à denominação do objeto deste estudo. Alguns o denominam de ponderação de interesses ou bens, outros de “balancing” propriamente dito, havendo ainda o termo contrapeso de valores. Neste trabalho, porém, conforme resta evidente, referir-nos-emos ao mesmo primordialmente como princípio do balanceamento.

Visto isto, adentremos agora no conteúdo do princípio do balanceamento propriamente dito.

3. CONTEÚDO E FINALIDADE DO PRINCÍPIO DO BALANCEAMENTO: “BALANCING” EM SENTIDO AMPLO E EM SENTIDO ESTRITO

Etimologicamente, podemos nos remeter à imagem da deusa Têmis para termos uma idéia do que vem a ser ponderação ou balanceamento de bens e interesses em conflito. A ponderação equivaleria justamente à balança que aquela deusa trás em suas mãos, ou seja, o sopesamento que deve necessariamente ser feito para que se alcance a harmonia das normas que estão expostas no ordenamento²⁴.

A doutrina costuma dividir o princípio do balanceamento em dois tipos diferentes, o balanceamento em sentido amplo e o balanceamento em sentido estrito, diferindo ambos basicamente pelo fato de aquele atuar em níveis abstratos ao passo que este atua em concreto, dando especial atenção para os interesses que estão em jogo em concreto.

Vimos acima que a jurisprudência dos interesses está diretamente ligada às origens do princípio do balanceamento. Tanto é verdade que para Enrique Alonso García²⁵ o autêntico significado do balanceamento se dá mediante a aplicação de técnicas da jurisprudência dos interesses ou “interessenjurisprudenz” em âmbito constitucional.

O que se denomina “balancing” em sentido amplo ou “Güterabwagung”

²² Para mais informações sobre este caso, bem como de uma análise da ponderação ou balanceamento na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão vide: MENDES, Gilmar Ferreira. “Os limites dos limites” In: MENDES, Gilmar Ferreira et. al. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 285-298.

²³ Nesse sentido escreve Robert Alexy, para quem “Las ponderaciones de bienes muestran con máxima claridad que el Tribunal Constitucional Federal concibe a las normas de derechos fundamental (en todo caso también) como principios.” ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 89-90.

²⁴ Nesse sentido: BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 155; PEREIRA, J. op. cit., p. 254.

²⁵ GARCIA, E. op. cit., p. 414.

consistiria na aplicação do chamado “inversionsmethode”, segundo o qual se reconduziria uma dada situação, ato ou norma a um valor constitucional para, contrapensando-o com outros valores determinar o conteúdo de uma nova norma. Já o “balancing” em sentido estrito ou consistiria na decisão acerca da constitucionalidade ou não de uma norma em vista dos interesses em concreto.

O balanceamento em sentido amplo, segundo a doutrina nacional e estrangeira²⁶ equivale à jurisprudência conservadora dos juristas que promoveram o “self-restraint”, ou auto-limite. Expliquemos para melhor clarificar esta idéia.

Segundo fora constatado por estes juristas, o processo interpretativo comportava uma enorme área que dava amparo a subjetivismos, de modo que o juiz deveria se auto-limitar (“self restraint”) ao medir os interesses em jogo a fim de não impor inconscientemente os seus próprios valores e interesses ao realizar a atividade jurisdicional.

Isto se daria em vista de que a feitura de normas derivadas da constituição não seria um processo absoluto, mas sim dependente da flexibilidade histórica, vez que os princípios constitucionais variariam conforme as diversas concepções sociais nas quais estivessem inseridos.

Conforme destaca Rodrigo Meyer Bornholdt, ao tratar da metódica da ponderação proposta por Günter Weick, os “[...]fatores reais da vida são valorados numa determinada conexão social.”²⁷ Assim, o balanceamento em sentido amplo opera com abstrações, busca realizar um contrapeso de valores ou interesses constitucionalmente legítimos.

Já em um sentido estrito, o balanceamento não trata de abstrações, mas de casos concretos, ou seja, da realidade, buscando o peso específico de cada interesse em um dado caso concreto para fazer o seu contrapeso. Opera com os interesses em concreto e não em abstrato, busca, portanto, a coerência entre diversos princípios e normas que são potencialmente contraditórios.

O balanceamento em sentido estrito, na lição de Enrique Alonso García²⁸, trata-se do método jurisdicional que trata acerca do pronunciamento de constitucionalidade ou não de uma dada situação de fato em concreto. Segundo o mesmo, referido método se dá mediante a formulação pelo Tribunal Constitucional de um princípio neutro que consiste em enumerar os interesses reais em jogo, ou seja, que sejam relevantes em concreto, para, após contrapesos, chegar-se a uma solução em concreto.

Ademais, o método jurisdicional do balanceamento em sentido estrito de que se vale o Tribunal Constitucional não apenas é aplicável em relação aos interesses relevantes, mas também às cláusulas constitucionais concretas, especificações concretas de tais cláusulas ou de preceitos ou princípios constitucionais²⁹.

²⁶ Nesse sentido: MARQUES DE LIMA, F. M. op. cit., p. 219; GARCÍA, E. op. cit., p. 413-414.

²⁷ BORNHOLDT, R. op. cit., p. 110-111.

²⁸ GARCÍA, E. op. cit., p. 436.

²⁹ Nesse sentido: GARCIA, E. op. cit., p. 437.

Trata então o balanceamento em sentido estrito da formulação de hierarquizações, porém não de hierarquizações absolutas, e sim relativas, pois levam em consideração apenas o peso específico dos interesses relevantes em concreto. Depende, portanto, das circunstâncias concretas, podendo em casos similares (mas não idênticos) o Tribunal realizar um balanceamento diferente com uma predominância hierárquica diferente. É por isso que se diz que este busca formar hierarquias relativas e não absolutas.

Verifica-se que a doutrina em geral repudia esta idéia de uma hierarquia formal, absoluta e rígida³⁰ entre normas constitucionais por sua própria inoperância lógica em vista ao princípio da unidade da Constituição. Luís Roberto Barroso destaca que

Na colisão de normas constitucionais, especialmente de princípios –mas também, eventualmente, entre princípios e regras e entre regras e regras –emprega-se a técnica da ponderação. *Por força do princípio da unidade, inexiste hierarquia entre normas da Constituição, cabendo ao intérprete buscar a harmonização possível, in concreto, [...].*³¹ (grifos nossos).

Hodiernamente, o máximo que se admite doutrinariamente é a existência de uma hierarquia axiológica³², porém meramente relativa e superável em vista das circunstâncias em concreto, funcionando como um critério auxiliar à ponderação dos interesses em concreto.

Destarte, não existem critérios rígidos de hierarquização de bens ou valores constitucionalmente protegidos, de modo que este hierarquização formal e absoluta é, de fato inviável pois, ao menos sob o aspecto formal, as normas constitucionais são de mesma hierarquia³³. Todavia, verifica-se que na formulação de hierarquias axiológicas e relativas os direitos e garantias fundamentais geralmente são levados em consideração como superiores³⁴.

Luís Roberto Barroso, por exemplo, classifica os princípios por ele denominados de matérias, que expressariam valores ou fins visados pelo Estado, tendo em vista a amplitude de seus efeitos e o grau de influência dos mesmos. Assim, os princípios seriam classificados em fundamentais, gerais e setoriais, sendo que aqueles de maior importância, englobando as decisões políticas fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

Atentemos que a principal finalidade do princípio do balanceamento de valores ou bens constitucionalmente protegidos não é criar formulas de hierarquização entre valores, mas sim dentro desta hierarquia, buscar soluções harmônicas.³⁵ Com efeito, Valeschka e Silva Braga ensina que o método da

³⁰ Nesse sentido: MENDES, G. op. cit., 283.

³¹ BARROSO, L. op. cit., p. 372.

³² Nesse sentido: PEREIRA, J. op. cit., p. 252; BARROSO, L. op. cit., 203-204; MARQUES DE LIMA, F. M. op. cit., 79-83.

³³ Nesse sentido: MARQUES DE LIMA, F. M. op. cit., p. 232.

³⁴ O Tribunal Constitucional Federal Alemão, por exemplo, elaborou uma ordem de valores, estando no topo da escala hierárquica a proteção e a liberdade da pessoa. STUMM, R. op. cit., p. 84-85.

³⁵ Nesse sentido: MARQUES DE LIMA, F. M. op. cit., p. 220.

ponderação, portanto, serve para garantir a *convivência de "antagônicos" interesses constitucionalmente protegidos, através da análise ao peso relativo de cada um dos princípios em colisão*, em tese aplicáveis e aptos a fundamentarem decisões em sentidos opostos.³⁶(grifos nossos)

Nesse mesmo sentido, Robert Alexy destaca que a ponderação objetiva justamente saber “[...]cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto.”³⁷ Ainda nessa mesma linha, Raquel Denize Stumm destaca que “A solução, agora, será dada pelo caso concreto, pois é no momento da concreção que os princípios revelam seus diferentes pesos.”³⁸

Busca, portanto, o balanceamento como objetivo primordial justamente estabelecer um contrapeso de normas e princípios potencialmente contraditórios a fim de lhes harmonizar e dar coerência. Verifiquemos ainda que o balanceamento diferencia-se também do princípio da proporcionalidade.

Jane Reis Pereira Gonçalves³⁹ identifica a ponderação (que para a mesma equivale ao balanceamento) com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Este princípio segundo a autora estabeleceria um comando de ponderação, porém não é este o nosso pensamento. Com efeito, o balanceamento é operante não entre os instrumentos ou os meios que se valerá o poder público para a resolução dos conflitos, mas no âmbito de bens e valores.

O balanceamento na verdade realiza-se num momento anterior ao da aplicação do princípio da proporcionalidade, qual seja o de determinar em meio aos bens em conflito no caso concreto o peso específico dos interesses tidos como relevantes, a fim de posteriormente, após a determinação de qual é o interesse mais relevante, proceder-se à aplicação proporcional dos meios mais adequados para a solução do conflito.

Por derradeiro, cumpre ainda destacar a diferença entre o balanceamento propriamente dito e o que se chama na doutrina norte-americana de “definitional balancing”. Este nada mais seria do que o uso da ponderação a fim de se alcançarem conceitos ou fórmulas constitucionais definidos de forma abstrata. Ou seja, busca soluções válidas para resolver outros casos semelhantes nos quais interesses similares entrem em choque.

O “definitional balancing” realiza o balanceamento de bens e interesses em um determinado problema para, na prática, criar verdadeiros “tipos” de aplicação imediata aos casos subsequentes que lhes sejam similares. De acordo com esta técnica, em novos casos similares não há uma nova ponderação, mas mera subsunção direta dos fatos a estes “tipos” formuladas anteriormente.⁴⁰ Difere portanto do balancemaneto que aqui apresentamos.

³⁶ BRAGA, V. op. cit., p. 156.

³⁷ ALEXY, R. op. cit., p. 90.

³⁸ STUMM, R. op. cit., p. 77.

³⁹ PEREIRA, J. op. cit., p. 266-267.

⁴⁰ Nesse sentido: PEREIRA, J. op. cit., p. 267-270.

4. BALANCEAMENTO E INTERPRETAÇÃO

Outro ponto de suma importância que deve ser destacado é de diferenciar o balanceamento da interpretação em si. Com efeito, o balanceamento é uma das várias formas ou técnicas disponíveis para se interpretar, porém não deve ser confundido com esta. Não é portanto absoluto o balanceamento.

Francisco Géron Marques de Lima⁴¹ destaca em sua obra que em geral muitas são as fórmulas ou técnicas próprias de apreciação da constitucionalidade e de interpretação constitucional em países que possuem um tribunal constitucional. Concluímos então que o balanceamento seria apenas mais uma destas fórmulas ou técnicas de se interpretar.

Conforme ensina Roberto Bin⁴², a interpretação busca atribuir um significado a um dado discurso legislativo posto, ao passo que a ponderação objetiva apenas uma solução para um conflito de interesses. Não objetiva um único e absoluto significado, mas, pelo contrário tem como meta o estabelecimento de um ponto de equilíbrio em um caso específico. Seu resultado varia assim caso por caso⁴³, não tendo, portanto, validade “erga homines” absoluta.

Com efeito, Enrique Alonso Garcia⁴⁴ destaca que mesmo que toda interpretação tenha como resultado um contrapeso de valores constitucionais, este nem sempre é o método a ser utilizado, pois existiriam outros. O método do balanceamento só seria utilizado quando o Tribunal Constitucional formulasse uma regra de interpretação que levasse em conta os interesses em concreto expressando aquela fórmula a aplicação de um dado princípio ou norma constitucional caso por caso.

Concluímos que o balanceamento é apenas uma das muitas fórmulas, técnicas ou métodos interpretativos disponíveis ao intérprete constitucional, de modo que é mister ver quais as críticas ao mesmo a fim de compreendermos porque este teria um caráter de superioridade em relação aos demais.

5. CRÍTICAS AO BALANCEAMENTO

Doutrinariamente, a técnica do balanceamento, contrapeso ou ponderação de interesses, bens e valores constitucionalmente protegidos tem sofrido pesadas

⁴¹ MARQUES DE LIMA, Francisco Géron. Bloco de Constitucionalidade: Os sistemas Francês e Espanhol. *Opinião Jurídica – Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus*. n. 03, ano 02, 2004/1, p. 106.

⁴² BIN, Roberto. *Diritti e argomenti: Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 60-61. Apud. PEREIRA, J. op. cit., p. 265.

⁴³ Nesse mesmo sentido Enrique Alonso Garcia estabelece que: “En resumidas cuentas, lo que el TC venía a establecer es que la LPL (artículo 170) y los actos de aplicación de la misma serían o no constitucionales en función del contrapeso de intereses que vinieran a realizar, *caso por caso, intereses ascribibles en función de la situación real planteada en cada supuesto fáctico*.”(grifos nossos) GARCIA, E. op. cit., p. 441.

⁴⁴ GARCIA, E. op. cit., p. 418-419.

críticas. Jane Reis Gonçalves Pereira⁴⁵ identifica dois diferentes ramos de críticas como os principais, ramos estes porém interligados. O primeiro grupo criticaria a ponderação pela suposta irracionalidade e pelo proporcionamento de um subjetivismo aos juízes, ao passo que o segundo à criticaria pelo fato de atentar contra o princípio democrático e à separação de poderes.

O primeiro grupo destas críticas sustenta que o raciocínio ponderativo do balanceamento seria nada mais que meras metáforas através das quais os juízes acobertariam decisões irrationais, subjetivas e arbitrárias, insuscetíveis, portanto, de um controle eficaz e racional.

Isto ocorreria porque o órgão julgador fixaria aquilo que fosse justo no caso concreto, sem qualquer ponto de referência seguro, o que acabaria por quebrar a força vinculante, a normatividade e a juridicidade dos preceitos constitucionais. Todavia, tais críticas são facilmente superáveis.

Com efeito, como bem observa Robert Alexy

Muchas veces se ha objetado en contra del concepto de *ponderación* que no constituye un método que permita un control racional. Los valores y principios no regulan por si mismos su aplicación, es decir, la ponderación quedaría sujeta al arbitrio de quien la realiza. Allí donde comienza la ponderación, cesaría el control a través de las normas y el método. Se abriría así el campo para el *subjetivismo* y *decisionismo judiciales*. Estas objeciones valen en la medida em que com ellas infiera que la ponderación no es un procedimiento que, en cada caso, conduzca exactamente a un resultado. Pero, no valen em la medida em que ellas se infiera que la ponderación no es un procedimiento racional o es irracional.⁴⁶(grifos nossos)

Vê-se que a ponderação é sim sujeita a um controle racional. O que impossibilita esta crítica é que em verdade, não há critério interpretativo cuja certeza e segurança de uma única resposta seja sempre a mesma. O processo interpretativo, por sua própria natureza, sempre comporta algum grau de criatividade. A ponderação ou balanceamento possuem uma transparência superior aos demais métodos ou técnicas interpretativas, não procedendo estas críticas.

Confundir discricionariedade com irracionalidade é um erro que em verdade carece de legitimidade lógica. Ora, todo processo de interpretação e aplicação da norma comporta um certo subjetivismo⁴⁷, porém, no caso da ponderação, suas consequências são minoradas pela exigência de uma teoria ou estrutura de argumentação racional⁴⁸.

Daí, utilizáveis princípios interpretativos como o da proporcionalidade, da razoabilidade e da concordância prática, tudo, em última

⁴⁵ PEREIRA, J. op. cit., p. 270-289.

⁴⁶ ALEXY, R. op. cit., p. 157.

⁴⁷ Nesse sentido: MARQUES DE LIMA, F. M. op. cit., p. 227.

⁴⁸ Nesse sentido: ALEXY, R. op. cit., p. 167; PEREIRA, J. op. cit., p. 279.

análise, num complexo de balanceamento dos valores ou bens constitucionalmente protegidos envolvidos no conflito.⁴⁹

Já a segunda corrente de críticas, qual seja a de que a ponderação seria contrária ao princípio democrático e da separação de poderes, destacando que seria inconciliável a noção de que os direitos fundamentais teriam um duplo aspecto, positivo e negativo, bem como sua dimensão principiológica, com a idéia de separação de poderes. Assim, os direitos fundamentais deveriam ser encarados como meros direitos subjetivos de defesa.

Nesse sentido é a crítica de Ernst-Wolfgang Böckenförde⁵⁰, para quem a ponderação conferiria ao Tribunal Constitucional um poder que transcenderia à mera aplicação do direito, acabando o mesmo por invadir a área que originalmente caberia à discricionariedade legislativa.

Encarar os direitos fundamentais em sua feição objetiva, segundo Böckenförde seria possibilitar ao Tribunal a possibilidade de desfazer determinadas decisões legislativas. Esta série de críticas resta prejudicada pelos mesmos argumentos que acima fazem cair por terra igualmente o primeiro grupo de críticas.

A doutrina alemã⁵¹ critica o balanceamento em vista de que este não responderia quem suportaria o sacrifício do direito fundamental que não prevalece no caso concreto. Ademais, referida crítica contrapõe o princípio do balanceamento ou contrapeso de valores ou bens constitucionalmente protegidos ao da concordância prática. Destarte, é de bom alvitre que distingamos ambos para melhor compreensão.

Originário do princípio da unidade da Constituição, o princípio da concordância prática atua no problema da tensão ou conflito em concreto de bens e valores confronta-os a fim de saber qual deles prevalece, coordenando-os no caso concreto. O princípio da concordância prática busca também uma otimização dos bens e valores que não prevalecem na medida do jurídico e faticamente possível, evitando assim o seu total e completo sacrifício⁵². “Precisamente el “contenido esencial” de los mismos garantiza que um mínimo de intereses, contenido del derechos fundamental, van a quedar salvaguardados.”⁵³

Vê-se que realmente se aproxima do princípio do balanceamento, especificamente do balanceamento em sentido estrito, porém comporta algumas

⁴⁹ MARQUES DE LIMA, F. M. op. cit., p. 228.

⁵⁰ Para ver mais sobre a crítica de Böckenförde vide: PEREIRA, J. op. cit., p. 280-282.

⁵¹ Nesse sentido: GARCIA, E. op. cit., p. 434-435; MARQUES DE LIMA, F. M. op. cit., p. 221-222 e 227

⁵² Nesse sentido: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4. ed. rev. E ampl. São Paulo: RCS, 2005, p. 80.

⁵³ GARCIA, E. op. cit., p. 435. A respeito da garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais vide: HÄBERLE, Peter. *La Garantia del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales*. Madri: Tecnos, 2001, p. 168-198; LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Democracia hoje, para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*. Passo Fundo: UPF, 2001, p. 41-52.

diferenças. A primeira é a da origem, pois enquanto este tem origem no direito norte-americano, o princípio da concordância prática tem origem no direito alemão. Além disso, enquanto o princípio da concordância prática tem atenção primordialmente voltada para o caso concreto, sem quaisquer fórmulas pré-estabelecidas, o balanceamento atua justamente em vista de criar fórmulas para solver as tensões entre bens e princípios.

Enrique Alonso Garcia também tece críticas ao princípio do balanceamento, tanto em sua feição ampla quanto em sua feição estrita. Quanto ao balanceamento em sentido amplo, aduz que um dos maiores perigos da utilização do “inversionsmethode” seria o desvirtuamento desta técnica de recondução⁵⁴ já vista acima. Isto se daria quando interesses ou bens conflitantes em concreto, por menores que fossem, ao serem reconduzidos a um dado valor constitucional e, após o contrapeso, acabassem por prevalecer.

Já outra crítica seria acerca da simplicidade do balanceamento⁵⁵, pois haveriam métodos mais rigorosos que impediriam a discricionariedade judicial. O balanceamento, por esta sua simplicidade, seria deveras sedutor ao decisionismo. Já vimos acima que esta crítica também foi feita por Jane Reis Pereira Gonçalves, de modo que não há necessidade de tratarmos de novo da mesma.

Ademais, destacamos que tanto aquela autora⁵⁶ quanto Enrique Alonso García⁵⁷ criticam o balanceamento em vista da impossibilidade de equilibrar interesses totalmente diversos. Destarte, o balanceamento só poderia ser feito perante interesses de natureza ontologicamente semelhantes, ou seja, comparáveis⁵⁸. Caso fosse feito o balanceamento entre interesses ou bens não comparáveis acabaria por levar ao subjetivismo e decisionismo arbitrário das decisões judiciais.

6. CONCLUSÕES

Vimos que os direitos fundamentais, por sua própria natureza, não obstante a divergência doutrinária acerca da possibilidade ou não de antinomias aparentes ou reais na Constituição, inevitavelmente entram em conflito entre si. Com efeito, dentre as várias técnicas e métodos disponíveis para solucionar a tensão entre bens e interesses constitucionalmente protegidos, surge o princípio do balanceamento ou da ponderação de interesses.

Tratamos neste trabalho desde as origens e fundamentos do balanceamento até as críticas ao mesmo. Nossa conclusão é a de que, não obstante não seja o mesmo um técnica absoluta com precisão matemática para responder à questão do confronto entre bens e interesses constitucionais, é a técnica mais precisa.

⁵⁴ GARCIA, E. op. cit., p. 426.

⁵⁵ GARCIA, E. op. cit., 436.

⁵⁶ A referida autora denomina o mesmo de problema da incomensurabilidade do balanceamento. Vide: PEREIRA, J. op. cit., 287-289.

⁵⁷ GARCIA, E. op. cit., p. 432-435;

⁵⁸ Nesse sentido: MARQUES DE LIMA, F. M. op. cit., p. 227.

O balanceamento possui em relação às demais técnicas a superioridade de ser transparente, de levar a tona os problemas interpretativos que são comuns as mesmas tais como a presença de um certo subjetivismo em toda forma interpretativa.

O diferencial do balanceamento é justamente que não foge a tais questões e as encara, reconhecendo a sua insuficiência e ponde em destaque as dificuldades do processo interpretativo, tanto que, conforme vimos, é deveras criticado.

Destarte, dentre que métodos disponíveis para interpretação, o melhor (ou ao menos o que possui menores dificuldades) é da ponderação ou balanceamento, que, conforme vimos acima, não é a mesma coisa que a proporcionalidade atuando em um momento anterior a esta, pois o balanceamento se dá entre bens e valores, ao pessoa que estase dá ente meios.

7. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos da Dogmática Constitucional Transformadora*. 6^a ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BELTRÁN, Miguel. *Originalismo e Interpretación – Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1989.
- BIN, Roberto. *Diritti e argomenti: Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1992 Apud. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições de direitos fundamentais na teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: UnB, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para Resolução de Conflito entre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e Hermenêutica Constitucional*. 2^a edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- GARCÍA, Enrique Alonso. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1984.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS, 2005.

HÄBERLE, Peter. *La Garantia del Contenido Essencial de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2001.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Democracia hoje, para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*. Passo Fundo: UPF, 2001.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição*. 2ª edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. "Bloco de Constitucionalidade: Os sistemas Francês e Espanhol." In: *Opinião Jurídica – Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus*. N. 03, ano 02, 2004.1.

MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. *O Resgate dos Valores na Interpretação Constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como <<ser-moralmente-melhor>>*. Fortaleza: ABC, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira et. al. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudos das restrições de direitos fundamentais na teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade: no Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.



REFLEXÕES SOBRE O CONTROLE DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: PASSADO, PRESENTE E OS DESAFIOS PARA O FUTURO

Francisco Luciano Lima Rodrigues¹

RESUMO

O artigo aborda a evolução constitucional do controle difuso de constitucionalidade no Brasil desde a primeira Constituição Republicana até a Emenda Constitucional n° 45/2004, bem como a legitimidade, os órgãos competentes para executarem tal forma de controle, os efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade, o papel do Senado Federal na suspensão da execução de lei declarada inconstitucional e a exigência da comprovação da repercussão geral nos recursos extraordinários para o controle difuso da constitucionalidade.

Palavras-chave

Constituição. Controle de constitucionalidade difuso. Recurso Extraordinário

ABSTRACT

This article discusses the evolution of Brazilian Judicial Review, since the first Republican Constitution to Constitutional Amend 45/2004, as well as the legitimacy and competent organs to implement such control, the effects of the incidental declaration of unconstitutionality, the role of Federal Senate in the suspension of the execution of the act what has been declared unconstitutional and the requirement of proof of general repercussion of extraordinary appeals for the Judicial Review.

Key-words

Constitution. Judicial Review. Extraordinary appeals.

A abordagem do tema – controle difuso da constitucionalidade no Brasil – se fará a partir de uma análise da evolução do tratamento do controle da constitucionalidade pelas Constituições brasileiras da era republicana, desde a de 1891 até a Emenda Constitucional nº 45/2004, ressaltando a opção do constituinte brasileiro em manter ambas as formas de controle da constitucionalidade

¹ Doutor em Direito pela UFPE/Universidade de Lisboa - Portugal, Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional Mestrado/Doutorado da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Juiz de Direito no Ceará.

– concentrado e difuso, a legitimidade e os órgãos competentes para executarem tal forma de controle, os efeitos da decisão judicial de declaração de inconstitucionalidade pela via de exceção, bem como, o papel do Senado Federal na suspensão da execução de lei declarada inconstitucional.

É pacífica a influência norte-americana na formação do controle de constitucionalidade centrado no poder judiciário com competência para negar a aplicação de normas consideradas inconstitucionais, sendo emblemático o caso *Marbury x Madison*, julgado pela Suprema Corte americana.

Aponta a doutrina diversos exemplos de normas que, mesmo não tratando especificamente do controle da constitucionalidade, expressão produzida a partir da mencionada decisão da Suprema Corte americana, já se referiam a necessidade de, no confronto de leis, afirmar a validade de umas em detrimento de outras, tidas, na ocasião como inferiores. Nessa situação, indica Alfredo Buzaid², que os juristas portugueses do século XVII tinham uma completa compreensão da importância de se ter um órgão competente para declarar a validade de leis em situações de antagonismo, afirmando que em tal hipótese, caberia ao Corregedor das comarcas decretar a nulidade da lei antagônica, ressaltando a validade da outra.

As Ordenações Filipinas, dois séculos antes dos norte-americanos, tratavam da invalidação das leis, sugerindo duas idéias marcantes: 1- a existência de uma hierarquia de leis, de modo que a inferior ceda ao império e autoridade da superior; 2 – a competência, atribuída a um órgão judiciário, de decretar a nulidade de lei incompatível com as Ordenações.³

No Brasil, não se pode negar, foi marcante a influência das idéias norte-americanas no trato da questão do controle difuso da constitucionalidade. No entanto, há um aspecto fundamental que diferencia as duas experiências, qual seja: na ordem americana o controle da constitucionalidade surgiu a partir da jurisprudência, enquanto no Brasil, ao contrário, o surgimento deu-se, com precisão, a partir do Decreto No. 848, de 11 de outubro de 1890, também denominado de Constituição Provisória de 1890, que afirmava competência para a magistratura federal intervir em espécie e por provocação, ratificando a opção do estado brasileiro pelo controle incidental ou difuso.

A Constituição federal de 1891, no seu artigo 59,§ 1º, letras “a” e “b”, asseverava: “§ 1º- Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade ou aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar validados esses atos ou essas leis impugnadas”.

² BUZAID, Alfredo. *Da ação direta*. São Paulo: Saraiva, 1958, p.19/20.

³ BUZAID, A. op. cit. p. 20.

A respeito deste dispositivo constitucional, comentou Ruy Barbosa que tal dispositivo

é o abrigo da Constituição, das leis federais e dos tratados internacionais, celebrados pelo Brasil, contra as leis dos Estados, os atos dos seus governos e as sentenças dos seus tribunais. É a declaração da supremacia da Constituição Federal a respeito de todos os atos estaduais (legislativos, administrativos, ou judiciários), e da superioridade geral das leis e tratados da União às leis, atos executivos e sentenças dos tribunais dos Estados. Quer o tribunal de um Estado sentencie contra a validade ou aplicação de tratados ou leis federais; quer julgue válidas as leis (no que se incluem as constituições), ou os atos dos Governos de Estados, quando argüidos, em juízo, de contrários à Constituição da República, ou às suas leis – intervém, mediante recurso dos julgados estaduais em último grau, a suprema justiça da União, para manter e legalidade nacional, na sua lei suprema, nas suas leis ordinárias, ou na suas convenções internacionais contra os erros ou abusos dos Estados, na sua legislatura, na sua administração e na sua justiça. Destarte, o Supremo Tribunal Federal encarna em si, nessa função incomparável, a Constituição da República, exercendo juridicamente a força de manutenção do equilíbrio entre a soberania da Nação e a autonomia dos Estados⁴.

Como se pode verificar a Constituição Federal de 1891 optou pelo controle difuso da constitucionalidade, sob a inspiração norte-americana, bem como pela influência do pensamento de Rui Barbosa.

A segunda Constituição da República, promulgada em 1934, alterou a sistemática de controle da constitucionalidade, exigindo um quorum privilegiado para as decisões a respeito da declaração de inconstitucionalidade, bem como incluiu a exigência de comunicação ao Senado Federal, para efeitos de suspensão da execução de lei, atos ou regulamentos, quando da declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário.

O art. 76, III, letras “b” e “c” da Constituição Federal de 1934, afirmava:

Art. 76 – À Corte Suprema compete:

(...)

2- julgar: I-.;II-...; III – em recurso extraordinário, as causas decididas pelas justiças locais em única ou última instância: a)...; b) quando se questionar sobre a vigência e ou a validade de lei federal em face da Constituição, ou de lei federal, e o tribunal local negar aplicação à lei impugnada: c) quando se contestar a validade de lei ou de ato dos governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnado.

⁴ BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. coligidos e ordenados por Homero Pires. IV vol. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933, p. 99-100. (grafia atualizada pelo autor).

A competência atribuída ao Senado Federal pelo artigo 91,IV, da Constituição Federal de 1934, mereceu, por parte de Pontes de Miranda, o seguinte comentário:

A tacha de inconstitucionalidade não tinha conseqüências formais no Direito constitucional brasileiro de 1891-1934. A Constituição de 1934 não ousou transformar o julgamento in concreto, no caso examinado pelos juízes, em julgamento definitivo, geral, da lei, nem, tão-pouco, em apreciação in abstrato e derriscante da lei. Se bem os escritores norte americanos falassem em veto judicial, o sistema dos Estados Unidos da América e do Brasil é o de simples declaração in casu da inconstitucionalidade, mas o art. 91, IV, cria algo de novo, algo de mais próximo do veto, se tem que só nos resultados, que é a suspensão de execução. Se o Senado Federal suspende a execução da lei ou do acto, deliberação ou regulamento, e o Poder Judiciário volve a considerá-lo constitucional ou à parte reputada, antes, por inconstitucional, quid iuris? Cumpre distinguirem-se o novo julgado por maioria acidental e o novo julgado por mudança real da jurisprudência. Só no último caso é que deve o Senado Federal levantar a suspensão⁵.

A Constituição Federal de 1937 manteve inalterado o texto da carta anterior, merecendo destaque a introdução contida no artigo 96, § único, nos seguintes termos:

Art. 96 –

(...)

Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

Este dispositivo constitucional para ser mais bem entendido, faz-se necessário ressaltar o momento político vivenciado pelo Brasil, especialmente o golpe de 10 de novembro de 1937 que resultou numa Constituição outorgada, bem como a influência da Constituição Polonesa e das idéias vitoriosas, à época, na Itália de Mussoline e na Alemanha de Hitler, tudo, como afirmam Paulo Bonavides e Paes de Andrade⁶, em nome de uma possível estabilidade econômica pós impacto da crise de 1929.

A prevalência da decisão do Presidente da República sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou inconstitucional determinada lei,

⁵ MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil*. tomo I, artigos 1 – 103, Rio de Janeiro: Guanabara, [?], p.771.

⁶ BONAVIDES, Paulo. ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1989, p.339-340

sob o argumento de que se atenderia, dessa forma, o bem-estar do povo ou a promoção e a defesa dos interesses nacionais de alta monta, como afirmava o parágrafo único do artigo 96 da mencionada Carta Constitucional de 1937, demonstrava, sem maiores dúvidas, que a repartição dos poderes da república estaria seriamente abalada, mostrando-se o perfeito centralismo do poder executivo.

A propósito deste mencionado dispositivo da Constituição Federal de 1937, é interessante trazer à colação as palavras de Francisco Campos, artífice do texto constitucional, que, por ocasião de um discurso proferido em solenidade de abertura dos trabalhos do Supremo Tribunal Federal em 1941, assim se manifestou a respeito da possibilidade de submissão pelo Presidente da República, nos termos do parágrafo único do artigo 96, de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e que, pelo voto de 2/3 dos membros de ambas as casas legislativas, poderia tornar sem efeito a decisão do Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

Aos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte. Esta a honra, esta a autoridade, esta a responsabilidade que vos conferiu a Nação. Poder-se-ia alegar, entretanto, a esta altura, que a Constituição 37 mutilou a plenitude do vosso poder, conferindo ao Poder Legislativo a faculdade de derrogar os vossos julgados na parte em que deixem de aplicar a alei por tachá-la de inconstitucional. Esta faculdade, porém, é conferida em caráter excepcional como demonstram as cautelas de que é rodeado o seu exercício. A exigência de que se trate de interesse nacional de alta monta não deixa dúvida quanto aos caráter excepcional e extremo da medida. São, para assim dizer, questões que, pela sua generalidade e para amplitude da sua compreensão, comportam perplexidade e dúvidas quanto ao rumo. Não se trata, propriamente, de questões suscetíveis de serem resolvidas fora de qualquer dúvida razoável, mediante os processos de evidencia ou de demonstração da lógica jurídica; na sua decisão, como em todas as decisões baseadas me preceitos de ordem muito geral, entram fatores intelectuais de outra natureza; nelas influi, necessariamente, o peso do temperamento, das convicções e das tendências honestas, todos os fatores, em suma, que nos conduzem à opção por um dos braços da encruzilhada. Nestas questões, os processos intelectuais em virtude dos quais os juizes optam por uma direção são os mesmos processos pelos quais os homens de governo optaram por outra. Tais questões, por serem de caráter mais geral, envolvem riscos maiores. Nada mais natural, portanto, do que atribuir a sua decisão ao governo que assume os riscos e as responsabilidades das consequências e das repercussões⁷.

A Constituição Federal de 1946 promulgada no período de redemocratização

⁷ CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. vol.II. Rio de janeiro/ São Paulo: Freitas Bastos, 1956, p. 403-404.

do país, pouco alterou, com relação aos textos anteriores, a matéria relativa ao controle da constitucionalidade que se mantinha, até então, na modalidade difusa.

Havia nesta Constituição uma disposição contida nos artigos 7º e 8º que dizia respeito da possibilidade do governo Federal intervir nos Estados para, dentre outros motivos, assegurar o cumprimento dos princípios constitucionais que garantiam a forma republicana representativa e a independência e harmonia dos poderes, cabendo ao Procurador Geral da República submeter o ato tido como inconstitucional à apreciação do Supremo Tribunal Federal que acolhendo a argüição de inconstitucionalidade teria como consequência a intervenção no ente federativo.

Observa Alfredo Buzaid que até a promulgação da Constituição de 1946,

sempre que um ato, incriminado de inconstitucionalidade, feria ou lesava o direito do particular protegido pela lei, - cabia ao Poder Judiciário julgá-lo **incidenter tantum**, não como objeto principal do processo. O sistema inaugurado entre nós se afastou substancialmente da tradição americana e brasileira, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal a competência para decidir um litígio jurídico, do qual pode resultar uma intervenção, que é um juízo político do Congresso Nacional⁸.

O papel do Procurador Geral da República na argüição de inconstitucionalidade de norma estadual que possa ofender aos princípios da república representativa ou a harmonia e independência dos poderes gerou, à época, discussões doutrinárias a respeito da natureza da manifestação do Procurador Geral da República, havendo quem defendesse tratar-se de uma representação, como, por exemplo Pontes de Miranda⁹ ou, ao contrário, Alfredo Buzaid¹⁰ que afirmava ser a utilização da expressão representação uma criação da doutrina, defendendo que no direito brasileiro o termo teria outra conotação, consistindo no ato de denunciar abusos de autoridades e promover a responsabilidade delas.

Deve-se observar que o papel desempenhado pelo Procurador Geral da República, nos termos do artigo 8º, § único, da Constituição de 1946, até a entrada em vigor da Emenda Constitucional Nº 16/1965, era relativa apenas e tão-somente a composição dos conflitos entre os entes federados, evitando a infração de deveres impostos a todos eles, inclusive a União, como entidades federadas, sendo, no dizer de Gilmar Mendes¹¹, uma simples representação processual.

Depois do Golpe Militar de 1964, dentre várias alterações legais e

⁸ BUZAID, A. op. cit. p.100.

⁹ PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1946*. tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, p. 100.

¹⁰ BUZAID, A. op. cit. p. 102.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.198.

constitucionais, adveio a Emenda Constitucional Nº16, de 1965, que alterou substancialmente o modelo de controle da constitucionalidade no direito brasileiro na medida em que atribuiu competência ao Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato federal mediante representação do Procurador Geral da República, fazendo surgir no Brasil, aos moldes de outras ordens constitucionais européias, o controle direto de constitucionalidade.

A Constituição Federal de 1967, bem como a Emenda Constitucional de 1969, por alguns considerada mais uma carta política, não trouxe muitas alterações no sistema de controle da constitucionalidade existente sob a égide da ordem constitucional de 1946.

Dentre as mudanças trazidas pela Constituição de 1967/69 podem ser apontadas as seguintes: - a representação para fins de intervenção, atribuídas ao Procurador Geral da República, foram ampliadas, passando a incluir, além do controle relativo ao cumprimento dos princípios da república representativa, da harmonia e independência dos poderes, dos temporariedade dos mandatos eletivos, das garantias do Poder Judiciário; da autonomia municipal; da prestação de contas da administração e da proibição do exercício, por deputado estadual, de ato ou de exercício de função incompatíveis com o mandado eletivo, a partir da expedição do diploma e desde a posse, salvo o cargo de Secretário de Estado;- a possibilidade de intervenção no Município com a finalidade de prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial.

A Constituição Federal de 1967/69 previa o controle da constitucionalidade das leis municipais em face da Constituição Estadual, para fins de intervenção, bem como, por meio da Emenda Constitucional nº 07, introduziu a possibilidade de representação pelo Procurador Geral da República para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal e estadual (art. 119, I, "I") e, ainda, concedeu ao Procurador Geral da República a utilização de medida cautelar em representações que constitucionalmente estavam dentro de sua competência (art. 119, I, "p").

A Constituição Federal de 1988 manteve as duas formas de controle da constitucionalidade – o concentrado e o difuso. No entanto, já no seu texto original acabou com o monopólio do Procurador Geral da República para propor ação direta de inconstitucionalidade, estendendo tal prerrogativa aos seguintes órgãos ou pessoas: - o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa da Assembléia Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado e do Distrito Federal; o Procurador Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A ampliação do número de pessoas, órgãos ou entidades com legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade, nos moldes

do artigo 103 da Constituição Federal de 1988, como não poderia deixar de ocorrer, após a perda do monopólio da representação pelo Procurador Geral da República, facultou o conhecimento pelo Supremo Tribunal Federal de qualquer questão constitucional, operando, no dizer de Gilmar Mendes¹², uma mudança substancial – ainda que não desejada – no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil.

Trouxe também a Constituição Federal de 1988 o instituto da ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, prevista em seu artigo 103,§ 2º, como instrumento para se alcançar a efetividade de norma constitucional, devendo ser dada ciência ao Poder competente para a adoção de providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

A ampliação da legitimidade para utilização dos meios constitucionais típicos do controle direto de constitucionalidade, favoreceu a discussões sobre as consequências de tal opção constitucional sobre o controle difuso de constitucionalidade, até então o modelo preponderante, havendo quem defendesse a mencionada ampliação de legitimidade como uma restrição no modelo difuso¹³.

O controle de constitucionalidade difuso, também denominado de via de defesa ou de exceção, tem como marca a possibilidade de se ver submetido a qualquer juiz, de qualquer instância, a argüição de inconstitucionalidade, pressupondo, portanto, que sempre haja uma ação judicial ou um litígio em que uma das partes, ou ambas, possam argüir como defesa a inconstitucionalidade de uma lei ou norma.

É de observar que para o uso do controle de constitucionalidade difuso estão legitimadas todas as pessoas, o Ministério Público, como também o juiz que, de ofício, pode declarar inconstitucional determinada norma. Ocorre, no entanto, que neste tipo de controle deve ser observado que a declaração de inconstitucionalidade não é o objeto da ação, não é a pretensão a ser alcançada pela parte, mas, apenas, uma questão prévia que deve ser analisada como condição para se alcançar o julgamento do mérito.

Por esta prévia questão suscitada pretende a parte afastar a incidência de norma tida como inconstitucional, podendo tal pedido ser realizada em processos que tramitam sob qualquer dos ritos, seja o ordinário, o sumário, o especial ou o constitucional.

Com relação às normas que podem ser declaradas inconstitucionais por juiz, utilizando-se do controle difuso, afirma Barroso que

o controle incidental da constitucionalidade pode ser exercido em relação a normas emanadas dos três níveis de poder, de qualquer hierarquia, inclusive as anteriores à Constituição. O órgão judicial, seja federal ou estadual, poderá deixar de aplicar, se considerar

¹² MENDES, G. p. 208.

¹³ MENDES, G. loc. cit.

incompatível com a Constituição, lei federal, estadual ou municipal, bem como quaisquer atos normativos, ainda que secundários, como o regulamento, a resolução ou a portaria. Não importa se o tribunal estadual não possa declarar a inconstitucionalidade de lei federal em via principal e abstrata ou se o Supremo Tribunal Federal não possa, em ação direta, invalidar lei municipal. Se um ou outro estiver desempenhando o controle incidental e concreto, não há limitações dessa natureza¹⁴.

O controle difuso realizado pelo juiz difere, quanto ao processamento, daquele proferido por órgão colegiado, uma vez que, com relação ao pronunciamento do juiz singular, não resta qualquer dúvida em sua competência para declarar, inclusive, de ofício a inconstitucionalidade, podendo fazê-la por meio de apreciação de medida cautelar ou tutela antecipada, inclusive.

Já com relação ao procedimento de declaração incidental de inconstitucionalidade promovida por órgão colegiado, há procedimento próprio regulado pelo artigo 480/482 do Código de Processo Civil aplicáveis a todos os tribunais, pelo qual sevê a repartição do procedimento em duas etapas.

A etapa primeira ocorre no momento em que o órgão fracionário do tribunal, ao julgar o processo, depara-se com a argüição de inconstitucionalidade formulada pela parte, pelo Ministério Público ou pelo próprio relator que a submete à apreciação do colegiado fracionado.

Sendo rejeitada a argüição, prosseguirá o julgamento, aplicando-se a norma contra a qual foi argüida a pecha de inconstitucional.

Na hipótese do órgão fracionado do Tribunal acolher a argüição de inconstitucionalidade, será lavrado um acórdão e remetida a questão ao tribunal pleno ou órgão especial, quando houver.

Tal remessa se dá em virtude da reserva de plenário, competência constante do artigo 97 da Constituição Federal que prevê o quorum qualificado (maioria absoluta) dos membros do tribunal ou de seu órgão especial para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo por tribunais.

A submissão de argüição de inconstitucionalidade não será apreciada pelo tribunal quando, sobre a lei ou ato normativo, já existir pronunciamento do próprio tribunal ou julgamento da matéria pelo Supremo Tribunal Federal.

Vale observar que o julgamento pelo plenário ou órgão especial, quando houver, da matéria remetida por órgão fracionado do mesmo tribunal não altera a competência deste para julgar o caso concreto, uma vez que tal remessa tem por objetivo, apenas e tão-somente, a verificação da argüição de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, não sendo deslocada ao outro órgão a competência para julgar o caso submetido à turma ou câmara.

¹⁴ BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.80.

Ainda com relação ao procedimento para verificação da argüição de inconstitucionalidade pelo tribunal ou seu órgão especial, utilizam-se normas constantes no Código de Processo Civil, artigos 480 a 482, bem como as regras constantes nos regimentos internos dos tribunais, sendo, no entanto, prevista a possibilidade da ouvida do Ministério Público e das pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela emissão do ato impugnado, nos prazos fixados pelo regimento interno do tribunal, bem como, poderão os titulares de propositura de ação direta de inconstitucionalidade, descritos no artigo 103 da Constituição Federal, manifestarem-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo tribunal ou seu órgão especial, sendo-lhes facultado a apresentação de memoriais ou a juntada de documentos e, ainda, a critério do relator, em despacho irrecorrível, ser admitida a manifestação de outras pessoas, órgãos ou entidades.

A possibilidade de apreciação de argüição de inconstitucionalidade por via de defesa, assim como a outros tribunais, é prevista ao Superior Tribunal de Justiça, seja no exercício de sua competência originária, como também no julgamento de recurso ordinário. Às argüições de inconstitucionalidade, na modalidade incidental, se aplicam as regras de procedimento que se impõem aos demais órgãos julgadores colegiados.

O julgamento de argüição de inconstitucionalidade pela via de exceção se mostra mais interessante quando apreciada pelo Supremo Tribunal Federal através do recurso extraordinário, seja pela argüição da repercussão geral das questões constitucionais discutidas, novidade incorporada pela Emenda Constitucional Nº 45/2004, seja pela necessidade de remessa da declaração de inconstitucionalidade para o Senado Federal, por força do artigo 52, X, da Constituição Federal, com a finalidade de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Dentre as competências outorgadas no artigo 103 da Constituição Federal ao Supremo Tribunal Federal está a apreciação de recurso extraordinário decorrente de causas decididas em única ou última instância, desde que a decisão recorrida contrarie dispositivo constitucional, declare a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgue válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal ou, ainda, julgue válida lei local contestada em face de lei federal.

É, portanto, no desempenho da competência descrita no artigo 103, III, da Constituição Federal que o Supremo Tribunal Federal poderá, em sede recursal, apreciar em última instância a decisão que acolheu argüição de inconstitucionalidade pela via de defesa.

O recurso extraordinário, nos termos do artigo 541 do Código de Processo Civil, deve ser interposto perante o presidente do tribunal ou vice-presidente designado pelo regimento interno do tribunal, preenchendo as formalidades legais relativas a exposição do fato e do direito, a demonstração

do cabimento do recurso interposto, além das razões do pedido de reforma da decisão recorrida.

Neste recurso, caberá ao presidente do tribunal ou ao vice-presidente designado pelo regimento interno, realizar um juízo de admissibilidade precário, apreciando, apenas e tão-somente, as formalidades procedimentais, dentre elas, o prequestionamento de ofensa à Constituição, cabendo contra a decisão que inadmitiu o recurso a interposição de agravo de instrumento perante o tribunal competente para apreciar o recurso inadmitido, no caso, o Supremo Tribunal Federal.

A Emenda Constitucional Nº45/2004 alterou o artigo 102,§ 3º da Constituição Federal para exigir, como condição de apreciação do recurso extraordinário, a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso a ser objeto de seu julgamento, podendo recusá-lo pela manifestação de 2/3 de seus membros.

A necessidade deste quorum para a recusa em apreciar recurso extraordinário faz crer que o constituinte derivado teve a cautela necessária para mesclar um mecanismo que pudesse racionalizar a quantidade de processos submetidos ao julgamento daquele tribunal, sem, no entanto, permitir seu uso indiscriminado, retirando do relator o poder de rejeitar recurso, dividindo este ônus dentre os membros do colegiado.

A exigência da apreciação da repercussão geral para admissão do recurso extraordinário foi regulamentada pela Lei nº 11.418/2006 que incluiu os artigos 543-A e 543-B no Código de Processo Civil, fixando critérios para verificação da existência desta hipótese, tomando como parâmetro a “existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.

Nos termos do artigo 543-A do Código de Processo Civil, haverá sempre repercussão geral quando o recurso impugnar decisão contrária súmula ou jurisprudência dominante no tribunal.

Um aspecto interessante na mencionada Lei Nº 11.418/2006 diz respeito ao quorum necessário para a apreciação da existência de repercussão geral por órgão fracionado, no caso, a manifestação de 4 (quatro) dos membros da turma, ficando, neste caso, dispensada a remessa do recurso ao plenário do Supremo Tribunal Federal, uma vez que sendo o plenário composto de 11 (onze) ministros e já tendo 4(quatro) deles se manifestado pela existência da repercussão geral, a manifestação dos demais, no caso 7 (sete) ministros, não seria suficiente para a rejeição da mencionada repercussão que necessita de, pelo menos, 8 (oito) votos favoráveis.

No que diz respeito ao controle difuso da constitucionalidade, há um ponto na Lei nº 11.418/2006 que merece uma reflexão e que se refere a extensão dos efeitos da decisão que nega a existência de repercussão geral da questão

versada no recurso para todos os demais recursos pendentes sobre matéria idêntica, indeferindo-os.

Correspondendo o recurso extraordinário a fase conclusiva do exercício do controle difuso da constitucionalidade e que pode, caso acolhida a argüição pelo Supremo Tribunal Federal, ter efeito *erga omnes*, desde que suspensa a sua execução pelo Senado Federal, se verifica que a ausência da comprovação da repercussão geral, cujo efeito vincula todas as situações idênticas, importaria no estreitamento da via de controle difuso da constitucionalidade e de sua proximidade com o controle concentrado.

A rejeição da repercussão geral impede a apreciação do recurso extraordinário, além de vincular todas as situações semelhantes e importar em indeferimento do recurso, não atingindo, no entanto, a decisão obtida pelo recorrente com relação à declaração de inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo que permanece vigente e com seus efeitos restritos às partes no processo.

A participação do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade é, como afirmado anteriormente, juntamente com a repercussão geral, um ponto fundamental para o estudo desta forma de controle, na medida em que os efeitos da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal e que acolhe a argüição de inconstitucionalidade, somente alcança o efeito *erga omnes* quando suspensa a sua execução, no todo ou em parte, por aquela casa legislativa.

A inclusão do Senado Federal no processo de controle da constitucionalidade pela via de defesa surgiu na Constituição de 1934 com a finalidade de suspender a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quando argüido por via de exceção, e, dessa forma, outorgar generalidade à declaração de inconstitucionalidade¹⁵.

As atribuições do Senado Federal, nos termos do artigo 52, X, da Constituição Federal, estão circunscritas aos seguintes termos: a) atuação discricionária e não vinculante, podendo, para suspender a execução de lei ou ato normativo, sopesar a conveniência e a oportunidade, inexistindo qualquer sanção para a hipótese do Senado Federal deixar de suspender ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal; b) qualquer ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle difuso, seja federal, estadual ou municipal, poderá ter suspensa a sua execução por deliberação do Senado Federal; c) a suspensão da execução de lei ou ato normativo pelo Senado Federal ocorrer somente quando a declaração de inconstitucionalidade advier do exercício do controle difuso; d) a suspensão de lei ou ato normativo pelo Senado Federal tem efeitos *ex-tunc*.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Nº 162, p.149/168. Brasília: Senado Federal abr/jun 2004.

O julgamento da Reclamação Nº 4335-5 perante o Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Min. Gilmar Ferreira Mendes, trouxe a tona o debate a respeito do papel do Senado Federal no controle da constitucionalidade, onde se questiona além da inconsistência do atual modelo de controle - concentrado e difuso, os efeitos da remessa da decisão de inconstitucionalidade, proferida como resultado do exercício do controle difuso, ao Senado Federal, defendendo o relator da mencionada Reclamação que o papel daquela casa legislativa seria, apenas e tão-somente, o de dar publicidade a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal e não, como defendem muitos, suspender a execução de lei ou ato normativo considerado inconstitucional pela via de defesa.

As críticas formuladas pelos doutrinadores a respeito da necessidade de comunicação pelo Supremo Tribunal Federal do julgamento de ação em que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, oriundo de argüição pela via de defesa, ao Senado Federal, nos termos do artigo 52, X, da Constituição Federal, se concentram praticamente em dois fatores, no entendimento de Barroso

a verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC nº 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado Federal tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há mais lógica razoável em sua manutenção¹⁶

Parece, portanto, razoável se defender que o alargamento do número de instrumentos processuais (ADI, ADC, ADPF) capazes de obter um provimento judicial que ataque a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, somado a pluralidade de pessoas e entidades legitimadas a utilizarem estes instrumentos e, ainda, acrescido do efeito *erga omnes* e da força vinculante, vem a cada dia esmaecendo a força do controle difuso, uma vez que o uso dos mencionados instrumentos processuais prescinde da remessa da decisão do Supremo Tribunal Federal para que surta efeitos ou que suspenda sua execução.

A utilização de outras ações classificadas como objetivas, tais como a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, também tem contribuído para acirrar a discussão sobre a permanência do controle difuso de constitucionalidade na ordem constitucional vigente, fundado no argumento de que as decisões obtidas nestas ações judiciais teriam efeito *erga omnes* sem a necessária remessa ao Senado Federal.

Utiliza-se também em desfavor do controle difuso de constitucionalidade o argumento de que há diversas situações em que o Supremo Tribunal Federal

¹⁶ BARROSO, L op. cit. p.110.

exerce a sua função de guardião da Constituição, sem apreciar qualquer das ações constitucionalmente previstas com a finalidade de que se argua diretamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, atribuindo eficácia geral e força vinculante sem a necessidade de remeter ao Senado Federal, como, por exemplo, a situação em que a Corte Constitucional adota uma interpretação conforme à Constituição, restringindo o significado de uma dada expressão ou preenchendo uma lacuna contida no regramento ordinário, ocasião em que se limita a afirmar que determinada interpretação é compatível com a Constituição Federal.

Seguindo esta mesma linha de pensamento, é possível apontar ainda, como exemplo, a situação em que o Supremo Tribunal Federal, sem alterar a literalidade do texto, declara a inconstitucionalidade parcial de texto de determinada lei ou ato normativo sem, no entanto, proceder a redução do texto, fato que não compele o Tribunal a remeter sua decisão ao Senado Federal para efeito de suspensão de execução, nos termos do artigo 52, X, da Constituição Federal, uma vez que se não alteração no texto, trata-se, tão-somente, de uma interpretação.

Não se pode negar que o controle de constitucionalidade no Brasil vem sofrendo uma séria reflexão a respeito da permanência das modalidades previstas na ordem constitucional.

Tal reflexão se mostra presente pelas alterações constitucionais e infraconstitucionais que alargaram a legitimidade para a proposição de ações que arguam a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo ou ainda pelas que impuseram novos parâmetros para a apreciação de recursos extraordinários pelo Supremo Tribunal Federal, criando obstáculos a que se pudesse, mediante suspensão da execução do ato declarado inconstitucional pelo Senado Federal, estender os efeitos dessa declaração a todos.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal as mencionadas mudanças podem ser claramente sentidas nas manifestações dos votos já expedidos durante o julgamento da Reclamação Nº 4335-5, sob a relatoria do Min. Gilmar Mendes, promovida com o intuito de ver aplicada imediatamente uma decisão daquela Corte Constitucional que declarou inconstitucional, quando o julgamento do Habeas Corpus Nº 82.959, o artigo 2º, § 1º, da lei nº 8.072/1990 (“Lei dos Crimes Hediondos”), fundamentado no argumento de que a proximidade dos efeitos do controle difuso e concentrado de constitucionalidade, pelos motivos já expostos, deixam ver como dispensável a remessa da decisão tida como inconstitucional para o Senado Federal com a finalidade de que se suspenda a sua execução, motivado pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que os efeitos de suas decisões são *erga omnes* e vinculantes.

Esta tendência do Supremo Tribunal Federal no sentido de afirmar que o papel do Senado Federal no controle da constitucionalidade seria simplesmente o de dar publicidade a decisão da Corte Constitucional, pode ser contestada a partir do argumento de que tal formulação não se conforma com o modelo de controle difuso

previsto na Constituição Federal, marcado pela participação da sociedade no processo de controle da constituição, mesmo que de forma reflexa, por meio do Senado Federal, sendo, portanto, uma interpretação contrária a própria Constituição.

Todas as discussões, marchas e contramarchas envolvendo as formas de controle de constitucionalidade no Brasil, seja concentrado ou difuso, podem ser atribuídas a ausência de identidade do Supremo Tribunal Federal que, por opção do constituinte, não tem bem definido o seu papel, ora se apresentando como um tribunal de 3^a instância, palco para resolução dos mais variados casos, muitas vezes sem qualquer repercussão social ou coletiva, ora querendo se impor, contra sua própria natureza, como uma Corte Constitucional.

A título de conclusão, é possível afirmar que alterações constitucionais, tais como a necessidade de demonstração da repercussão geral para apreciação do recurso extraordinário, a verticalização e a vinculação de suas decisões, deixam ver no horizonte o rumo das mudanças em matéria de controle da constitucionalidade no Brasil, apontando uma concreta aproximação entre os efeitos da declaração de constitucionalidade pela via concentrada e pela difusa, aspectos que impulsionam as forças necessárias à conversão do Supremo Tribunal Federal em típica Corte Constitucional.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Ruy. *Commentários à Constituição Federal Brasileira*. coligidos e ordenados por Homero Pires. IV vol. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933.
- BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1989.
- BUZAID, Alfredo. *Da ação direta*. São Paulo: Saraiva, 1958.
- CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. vol.II. Rio de Janeiro/ São Paulo: Freitas Bastos, 1956.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Nº 162, p.149/168. Brasília: Senado Federal abr/jun 2004.
- MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil*. tomoI, artigos 1 – 103, Rio de Janeiro: Guanabara, [?].
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1946*. tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.



JUSTIÇA NA ORDEM INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEA: O TEMA DA GUERRA JUSTA

Francisco Regis Frota Araujo¹

Rogaciano Bezerra Leite Neto²

RESUMO

Este artigo analisa o papel e o histórico do conceito de guerra justa na ordem internacional contemporânea, o tratamento dado às guerras pela Filosofia política, assim como a interpretação dada ao conceito de guerra justa pela Organização das Nações Unidas.

Palavras-chave

Ordem Internacional Contemporânea. Não-intervenção. Guerra do Iraque. Guerra justa. Intervenções humanitárias. Organização das Nações Unidas.

ABSTRACT

This article analyzes the function and the historical of the concept of war in contemporary international order, the treatment given to the wars by the Political Philosophy, as well as the interpretation given to the concept of fear war by the United Nations.

Key-words

Contemporary international order. Non-intervention. Irak war. Fear war. Humanitaries interventions. United Nations

1. INTRODUÇÃO

A noção de justiça sempre foi objeto de acirradas discussões ao longo da história da humanidade. Em uma ordem nomotética³, na qual havia a percepção da ciência como contemplação de uma ordem cósmica dada e inalterável, a justiça já era defendida de formas variadas, seja no seu entendimento como virtude em Aristóteles, seja na sua compreensão como amor entre os medievais.

Uma série de fenômenos, dentre eles o Renascimento e a Reforma

¹ Professor do Mestrado em Direito da UFC. Doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela- Espanha.

² Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da USP.

³ Referente ao grego *nómos* (regra, lei).

Protestante, provocou uma cisão com este passado. Alterou-se a percepção de mundo. Concepções de virtude nesta época já não conseguiram mais explicar a justiça. Com efeito, não se pôde mais conceber a justiça como um significado unívoco. Estes complicadores possibilitaram então a criação de hipóteses – como a da justiça concebida como ordem.

A justiça foi tratada então como um valor dentre vários outros. Ela tornou-se um instrumento de avaliação no qual seria possível organizar a sociedade apesar da opacidade das subjetividades.

O século XX radicalizou esta opacidade das subjetividades individuais. Ninguém mais conseguia, a partir daí, dizer a ninguém o que realmente pensa. A psicanálise, por sua vez, diagnosticou o paroxismo deste problema: a impossibilidade da compreensão do próprio indivíduo de si mesmo devido às infinitas possibilidades proporcionadas pelo inconsciente humano. A autocompreensão somente seria possibilitada por um terceiro – o psicanalista.

Após a Segunda Grande Guerra, a questão da justiça foi tomada por antigas teorias juracionalistas e jusnaturalistas. Alguns elementos fundamentais apareceram nestas construções como componentes da justiça (a proteção dos direitos humanos e sua eficácia, por exemplo).

A linguagem jurídica, a partir de então, utilizou a linguagem da justiça não para tentar compreendê-la, mas para a produção de efeitos. Ela seria um termo vazio que se constrói por recursos retóricos. Transformou-se em argumento. As discussões acerca da justiça no século XX desembocaram no argumento de funcionamento da comunicação humana em que não se consegue captar nenhuma essencialidade. (Com isto, o nihilismo também se tornou uma preocupação.) Valores como a verdade e a justiça não seriam deixados de lado, mas a eles seria atribuída uma função de persuasão, de convencimento (a imposição de valores americanos na política externa de Bush faz tanto sentido quanto o fanatismo islâmico).

O argumento da justiça tem sentido no Direito Internacional ou não? Qual o papel que a justiça nele exerce? Ela é apenas um recurso retórico de persuasão? A complexidade do tema da justiça agrava-se ainda mais com os universais fugidios característicos da hipermordernidade. Se dentro de uma comunidade política o problema da justiça é por demais complicado, as dificuldades aumentam quando se contempla a ordem internacional, uma vez que há distintas sociedades, concepções de mundo e valores.

A multiplicidade de temas referentes à justiça na ordem internacional faz necessário um corte neste assunto para enfatizar o tema da guerra justa. Para isto, serão pesquisadas as origens do pensamento da guerra justa, que remontam à Antiguidade Clássica e aos teólogos medievais, passando pela investigação do período em que essa teoria sofreu um forte abalo, principalmente com o advento do positivismo jurídico e do nacionalismo defensor da *razão de Estado*, e pela regulação do uso da força pela Carta da ONU, na qual a distinção entre

justo e injusto é substituída pela de legal e ilegal. Ademais, o esgotamento do positivismo em uma ordem internacional complexa também será abordado.

Para isto, recorreremos a pensadores clássicos, a teóricos do direito e da política internacional contemporâneos e à legislação internacional na tentativa de compreender os problemas postos pelo tema em questão.

2. GUERRA JUSTA

2.1. Percurso Histórico da noção de guerra justa.

O discurso da justiça na guerra mostrou-se variável ao longo dos tempos – embora houvesse importantes semelhanças acerca do justo e do injusto nos conflitos em sociedades políticas distintas no tempo e no espaço – e exerceu importantes funções de cunho moral e estratégico.

A realidade moral da guerra possui simultaneamente um caráter de permanência, presente mesmo quando há significativas mudanças sociais e políticas dentro de uma cultura determinada, remontando a uma tradição comum, e um caráter relativo quando culturas distintas em períodos históricos distintos apresentam diferenças quanto à compreensão e à percepção dos conflitos⁴.

Nos campos da moral e do Direito Internacional – desde o século XVI – a guerra tem sido avaliada tradicionalmente de duas maneiras: a primeira refere-se às razões pelas quais uma comunidade política vai à guerra contra outra; a segunda, às formas pelas quais um conflito é travado. Os medievais estabeleceram então regras distintas para as duas situações. O *jus ad bellum* remete-se à justiça no ato de guerrear; o *jus in bello*, à justiça dos meios de guerrear⁵.

Há uma grande extensão de exemplos históricos da evolução do discurso acerca da justiça nas guerras. Civilizações antigas como a indiana, a chinesa e a grega apresentavam freqüentemente regras sobre as guerras. As causas e as justificações, assim como as responsabilidades advindas da tomada de determinadas atitudes, eram sempre de alguma forma ponderadas.

Na Índia Antiga, por exemplo, havia restrições à possibilidade de se recorrer à guerra e condutas procedimentais praticadas anteriormente ao início de um determinado conflito⁶ – não eram, todavia, permitidas guerras cujos objetivos visavam somente ao expansionismo territorial. Na Roma Antiga

⁴ WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas: uma argumentação moral com exemplos históricos*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 20-26.

⁵ Idem, p. 34; BOBBIO, Norberto. Guerra e direito. In: BOVERO, Michelangelo (org.). *Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*. São Paulo: Campus, 2000, p.559.

⁶ FRANCK, Thomas. General Course of Public International Law. In: NIJHOFF. *Recueil des Cours*. tomo 240, 1994, Haia: [s. ed], p.223.

também havia a noção da obrigatoriedade da obediência de determinados procedimentos anteriores ao início das hostilidades, consubstanciada pela noção dos *fetales* – corporações de sacerdotes cujas funções eram variadas, dentre as quais estavam inclusas aquelas referentes ao início da guerra⁷. Cícero, por exemplo, defendia uma espécie de justiça procedural da guerra; esta deveria ser precedida de uma notificação de Roma para o autor do dano ou da ofensa – que deveria ser respondida em um tempo considerado hábil – e do envio formal de uma declaração de guerra⁸.

Estas civilizações tiveram em comum a rudimentar noção de que justificativas eram necessárias para o início das hostilidades, assim como do cumprimento de certos requisitos procedimentais (uma justiça procedural) anteriores e durante as hostilidades. A legitimidade do recurso à guerra submetia-se a esta justiça procedural⁹.

A ascensão do Cristianismo caracterizou-se por uma interrupção nas justificativas sobre a guerra, uma vez que era uma doutrina contra qualquer forma de violência. Todas as guerras eram desta maneira contra a vontade divina. No entanto, o pacifismo da Igreja Cristã primitiva durou somente até o Cristianismo se tornar a religião oficial do Império Romano; daquele momento em diante, as justificativas acerca da justiça das guerras voltariam em nome da preservação do Império e os cristãos não mais seriam perseguidos e tachados de pacifistas.

A partir de Santo Ambrósio e Santo Agostinho, a teoria da guerra justa ressurgiu de forma rudimentar e acabou por se desenvolver de forma significativa, desembocando na formulação de Tomás de Aquino. Este, na *Suma Teológica*, também baseado em seus predecessores, como o próprio Santo Agostinho, formulou três condições essenciais para que se pudesse travar uma guerra considerada justa. A primeira delas, de caráter mais formal e objetivo, remonta à autoridade do chefe (*autoritas principis*) de cuja ordem veio o ato de guerrear – uma pessoa privada não poderia empreender uma guerra justa, pois a solução do conflito deveria ser buscada em um tribunal superior. A segunda condição, de caráter mais substancial e subjetivo, remete a uma causa justa para a guerra – a retribuição de injúrias ou a restituição daquilo que foi apoderado injustamente. A terceira condição refere-se à necessidade da reta intenção dos participantes da guerra – a promoção do bem e a prevenção do mal¹⁰.

Francisco de Vitória, membro da *Escola de Salamanca*, defendeu que uma guerra justa somente deveria ser empreendida para retribuir uma injúria grave, pois toda guerra se caracteriza por agressividade e matança, não podendo,

⁷ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*. 3 ed. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Barueri: Manole, 2004, p. 87.

⁸ CÍCERO, De Officis: Livro I, parágrafo XI, 36. Tradução de W. Miller. In: *Loeb Classical Library*, Boston: Harvard Library of Classics, 1913, p.38-39. DINSTEIN, Y. op.cit. p.87-88.

⁹ FRANCK, T. op.cit. p.223-224.

¹⁰ AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica: 2ª parte da 2ª parte, Questões 1-79*. 2. ed. Tradução de Alexandre Corrêa. Caxias do Sul: Sulina, 1980, p.2362.

desta forma, ser procurada como solução de disputas triviais. O autor apontou algumas causas injustas para o início de uma guerra, como questões relativas às diferenças religiosas, à busca de glória pelos príncipes e à extensão do império (especialmente no que se refere às guerras praticadas contra os índios na América Espanhola – e, no entanto, o internacionalista legitimou os fatos acontecidos no Novo Mundo quando sustentou que os índios violavam alguns direitos fundamentais dos espanhóis, como a propagação do Cristianismo, a prática do comércio e a livre circulação dos hispânicos).

Vitória, além de se preocupar com a justiça das causas da guerra, também se preocupou com a justiça na forma pela qual elas eram travadas, tornando-se um precursor do *jus in bello*. Esta inovação teórica também se deveu à significativa melhora da tecnologia de guerra, com o uso maciço de artilharia na Ásia Menor, e especialmente com a derrubada de Constantinopla – inovações que anularam a diferença entre combatentes e não-combatentes, provocando o anonimato dos adversários nos conflitos devido ao aumento de suas proporções¹¹.

A transição da Idade Média para a Era Moderna adicionou perplexidades para a teoria da guerra justa; pois, se entre os medievais, a autoridade competente para decidir arbitrariamente acerca da justiça de uma guerra era a Igreja Católica, esta não mais seria capaz de exercer aquela função arbitral no momento em que a doutrina se laicizou e ingressou como elemento essencial no campo do Direito Internacional Clássico¹². Este problema relativo à implementação da doutrina da guerra justa já se apresentara em Vitória, quando este admitiu que poderia haver justiça para ambos os lados da contenda em casos de ignorância invencível. Nesta ocasião, a guerra pode ser justa para a parte que efetivamente tem a justiça a seu favor, mas também pode sê-lo para a outra parte se ela se encontra em um estado de ignorância invencível (*ignorantia invincibilis*), no qual é escusada totalmente de pecado pela boa-fé. A justiça dos motivos de uma guerra deveria ser baseada apenas na boa-fé do soberano, submetida somente a Deus¹³.

Na verdade, Vitória simbolizou um período de transição posterior à Reforma Protestante em que houve o início da separação do Direito e da Moral e do *jus ad bellum* e do *jus in bello*. A secularização da teoria da guerra justa e sua incorporação ao Direito Internacional iniciaram-se primordialmente com Alberico Gentilli, mas a sua sistematização no Direito Internacional foi definitivamente empreendida por Hugo Grotius¹⁴.

¹¹ Citado por FRANCK, T. op.cit. p. 225-229.

¹² DINSTEIN, Y. op.cit. p.81.

¹³ FRANCK, T. op.cit. p. 227-229; VITÓRIA, Francisco de. Segunda Conferência sobre os índios recentemente descobertos ou o direito da guerra dos espanhóis contra os índios. In: *Os índios e o direito de guerra*. Ijuí: Unijuí, 2006, p. 132 e ss.

¹⁴ CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno* (tese de titularidade apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), 2007, p. 686-689.

Grotius foi o autor pioneiro da Filosofia do Direito moderna. Sua principal obra – *De jure belli ac pacis* – constituiu-se num primeiro estudo autônomo da referida disciplina. O jurista holandês tratou dos problemas da Moral e do Direito, afastando o fundamento divino, propondo a justiça como fundamento do Direito, mesmo que se contrapusesse à vontade de Deus. O autor, um dos precursores da teoria do Direito Natural (embora sua concepção fosse bastante diferente daquela sustentada por outros jusnaturalistas, como no caso da defesa de que não existem direitos naturais subjetivos e de que o estado de natureza é uma sociedade espontânea e sem leis, mas mesmo assim uma sociedade¹⁵) desenvolveu a teoria de que os tratados internacionais devem permear as relações entre os Estados juridicamente, com base na obediência ao princípio do *pacta sunt servanda*. Propôs uma série de normas relativas à guerra e à paz – e atuou também, de forma significativa, no tratamento dispensado aos beligerantes¹⁶.

Hugo Grotius proporcionou uma mudança no pensamento legal com relação às fontes do Direito Internacional, as quais seriam baseadas na conduta dos soberanos, dos Estados e das pessoas nas relações transnacionais. Sua noção de guerras justas no livro *De iure belli ac pacis* perpassava por um sincretismo de métodos em que eram superpostos os ideais do justo e as instituições jurídicas positivas, como bem nota Miguel Reale¹⁷. As guerras justas, na concepção de Grotius, também eram aquelas cujos objetivos eram “a defesa, recuperação do que nos pertence e a punição”¹⁸. Além disso, o jurista também relacionou a legitimidade do recurso à guerra quando há um “perigo presente e certo, não um pressuposto perigo”¹⁹, rejeitando a idéia da legítima defesa preventiva. A concepção grociana de Direito Internacional defende, com efeito, uma sociedade internacional pacífica regulada por normas jurídicas e contrapõe-se à concepção de seu contemporâneo Thomas Hobbes acerca das relações internacionais, em que vige o *estado de natureza* entre as nações e na qual atua a *razão de Estado* numa guerra de todos contra todos²⁰.

O fortalecimento do positivismo jurídico e dos movimentos nacionalistas baniu a noção de guerra justa para a filosofia moral. O sistema internacional criado com a Paz de Westfália possuía como um de seus pré-requisitos a igualdade formal dos atores participantes (os Estados) do sistema em contraposição àquele do Sagrado Império-Romano-Germânico. A prática de guerras pelos Estados Nacionais passou a ser vista como uma extensão de sua

¹⁵ REALE, Miguel. *Horizontes do Direito e da História*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.107.

¹⁶ Idem, p.110.

¹⁷ Idem, p.111.

¹⁸ GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz (Iure belli ac pacis)*, volume 1. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004, p.285.

¹⁹ Idem, p.288.

²⁰ HOBBES, Thomas. Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico civil.

In: *Os Pensadores*. 3^a edição. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 74 e ss.

soberania, podendo iniciá-las quando lhes conviesse²¹. Como observa Yoram Dinstein, a posição predominantemente defendida após o esfacelamento da teoria da guerra justa durante o século XIX e o início do século XX era a de que qualquer Estado tinha o direito de ir à guerra se assim fosse necessário; não havia, portanto, limites ao arbítrio dos Estados quanto à conduta beligerante. Outra posição, defendida por uma minoria de internacionalistas durante este período, classificava a guerra como um fato extralegal, impossível de ser objeto de regulamentação jurídica, assim como uma enchente ou um furacão. Dinstein critica fortemente esta defesa da extralegalidade da guerra, pois sustenta que todas as condutas humanas podem ser objeto de regulamentação jurídica – e as guerras inclusive. A desobediência dos Estados às restrições do Direito Internacional ao recurso à guerra não implica diretamente que esta não possa ser disciplinada juridicamente, da mesma forma que um homicídio não deixaria ser regulamentado por um Direito Penal Nacional em virtude do aumento da criminalidade. A maior eficácia do Direito Internacional na conduta dos beligerantes – o *jus in bello* – prova, segundo o autor, a possibilidade de existir também um controle maior sobre a iniciativa da guerra – o *jus ad bellum*²².

O predomínio da *raison d'État* principalmente durante os séculos XIX e XX teve como resultado previsível o início de um grande conflito entre as diversas potências européias – a I Guerra Mundial, cujo marco inicial data de 1914. Se este conflito realizou o fracasso total das tentativas de regular o uso da força entre os Estados nos anos anteriores através do *jus ad bellum*, por outro lado provocou a crise da dimensão do *jus in bello*, cujo desenvolvimento foi significativo no Direito Internacional com a Convenção de Genebra de 1864 e as Convenções de Haia no início do século XX. A dimensão do *jus in bello* desenvolvera-se mais porque desafiava menos a soberania estatal; o Direito Internacional tentou por meio do *jus in bello* humanizar a guerra através da distinção entre combatentes e não-combatentes, das restrições a armas muito destrutivas etc. Mas este campo também começou a entrar em crise pelas crueldades cometidas e pelos milhões de assassinatos ocorridos durante a I Grande Guerra²³.

O fracasso do controle do uso da força pela Liga das Nações – que não impediu os conflitos entre Itália e Abissínia e Japão e Manchúria – seguiu em um rumo de juridiscionalização e juridicização do uso da força nas relações internacionais, iniciado com o Pacto Briand-Kellogg em 1928, que proscrevera a guerra como método de solução de disputas. O Direito Internacional, gradualmente, a partir deste Pacto, passou do *jus ad bellum* ao *jus contra bellum* – à proibição do uso da força nas relações internacionais²⁴.

²¹ FRANCK, T. op.cit. p. 230-232.

²² DINSTEIN, Y. op.cit. p. 102-108.

²³ FRANCK, T. op. cit. p. 231-233.

²⁴ DINSTEIN todavia aponta que a guerra não foi proibida em três situações específicas no Pacto Briand Kellogg: nas guerras de legítima defesa, nas guerras como instrumento da política nacional e aquelas protagonizadas por partes contratantes e não-contratantes e por ambas as partes não-contratantes. DINSTEIN, Y. op. cit. p. 117-120.

2.2. Intervalo: A crítica kantiana da doutrina da guerra justa e o projeto filosófico para uma paz perpétua entre os Estados

Durante os séculos XVIII e XIX, a preponderância da defesa da *razão de Estado* caracterizou-se como inegável. Todavia, o julgamento de períodos da História pode levar um estudioso a simplificações excessivas. Emmanuel Kant foi o primeiro grande crítico dos teóricos do Direito Internacional Clássico e elaborou um projeto, através da produção de um tratado, para tornar realisticamente possível uma paz perpétua entre os Estados – diferentemente do enfoque mais utópico da abordagem de Abbé de Saint Pierre.

A teoria da paz perpétua de Kant, como observa Norberto Bobbio, baseou-se em quatro aspectos principais: o primeiro deles referia-se ao estado não-jurídico em que os Estados se encontravam em suas relações externas; o segundo, ao estado de natureza como um estado de guerra, um estado injusto; o terceiro, ao direito que os Estados possuem de sair desse estado injusto, fundando uma federação de Estados; e o quarto, à federação como uma associação, e não como um superestado que fundaria uma paz despótica²⁵.

O projeto da paz perpétua de Kant contém seis artigos preliminares e três artigos definitivos. Nos artigos preliminares são estabelecidas as condições necessárias a fim de que sejam extintas as principais razões de guerra entre os Estados; nos três artigos definitivos são estabelecidas as condições para a ocorrência de uma paz duradoura, quais sejam: uma constituição republicana (soberania democrática), o Direito Internacional fundado numa federação de Estados livres e o Direito Cosmopolita devendo ser circunscrito às condições de uma hospitalidade universal – direito distinto do Direito das Gentes, pois regula as relações de um Estado com os cidadãos de outros Estados²⁶. A inovação do Direito Cosmopolita kantiano diz respeito à formação de uma comunidade gradualmente estabelecida entre os povos da terra na qual haveria a repercussão mundial de uma violação ao direito. A idéia do direito de cidadania mundial não era mais o resultado de uma quimera, mas de um complemento ao direito político estatal e ao Direito Internacional, constituindo-se num “direito público da humanidade” e num pré-requisito para a existência de um estado pacífico²⁷.

Nos artigos preliminares do projeto da paz perpétua kantiano há uma crítica ao direito à guerra entre os Estados – admitido no estado de natureza –, no qual se baseou a diferenciação entre as guerras justas e injustas e que acabou por justificar,

²⁵ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Zait. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 159-160.

²⁶ O direito cosmopolita é fundamentado na “posse comum da superfície terrestre”, não sendo permitido aos homens a disseminação até o infinito, devendo, desta maneira, tolerar mutuamente a sua presença, uma vez que ninguém teria, primordialmente, “melhor direito do que outro qualquer a permanecer em determinado lugar do planeta”. KANT, Emmanuel. *A Paz Perpétua*. Tradução direta do alemão de Lohengrin de Oliveira. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1937, p. 49-79.

²⁷ Idem, p.77-79.

posteriormente, diversas agressões praticadas pelas potências durante a Era Moderna. A crítica de Kant ao direito à guerra nos casos de defesa e reparação foi a primeira grande crítica aos teóricos da guerra justa. O pensador alemão, contrariamente, defendeu a resolução pacífica das controvérsias entre os Estados²⁸.

A crítica kantiana a este direito à guerra defendido pelo Direito Internacional Clássico também se estendeu aos ataques preventivos – como pudemos observar em Grotius – motivados ou pelo crescimento do poder ou pela preparação e o desenvolvimento de armamentos por parte de um determinado Estado. Este direito baseou-se no fundamento do *balance of power*, situação de equilíbrio do poder entre as potências européias principalmente nos séculos XVIII e XIX. A fragilidade deste equilíbrio foi apontada por Kant, que afirmou que dele não poderia advir uma paz duradoura. O Direito das Gentes como um direito à guerra não gozava, para o filósofo alemão, de nenhum estatuto jurídico, uma vez que este direito não seria determinado por leis exteriores cuja validade seria universal, mas por unilateralismos fundados na violência. O direito à guerra defendido por Grotius, Pufendorf e Vattel não foi mais admitido em Kant, que os chamou de “meros consoladores” por sua incapacidade de formular soluções pacíficas no caso de controvérsias entre os Estados, sustentando uma justiça ao recorrer à guerra que posteriormente desembocou numa *política de poder*. Com efeito, a guerra justa, para Kant, não é um meio legítimo de solução de controvérsias, não sendo admitida pelo direito, uma vez que os Estados não se submetem a nenhuma autoridade externa comum. O Direito das Gentes Clássico, ao admiti-las, acabaria por estabelecer uma disciplina tributária de uma guerra perpétua. Mesmo assim, o Direito Internacional dos séculos XVIII e XIX não proibiu a guerra juridicamente. Os juristas passaram a justificar os conflitos, ao invés de impedi-los, como bem observou filósofo de Königsberg²⁹.

2.3. A crítica de Bobbio e a crise da teoria da guerra justa: a positivação do direito internacional

Norberto Bobbio estabelece quatro relações possíveis entre a guerra e o direito: a primeira relação possível refere-se à guerra como meio de estabelecer o direito; a segunda, à guerra como objeto de regulamentação jurídica; a terceira, à guerra como fonte do direito e a quarta, à guerra como antítese do direito³⁰.

A teoria jurídica da guerra, afirma o jusfilósofo italiano, preocupou-se tradicionalmente com as duas primeiras relações estabelecidas entre a guerra

²⁸ Idem, p. 27-42; NOUR, Soraya. *À paz perpétua de Kant: Filosofia do direito internacional e das relações internacionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.35-36.

²⁹ “(...) é de admirar-se que a palavra direito não tenha sido ainda excluída da política bélica como pedante e arbitrária. Todavia, nenhum Estado se atreveu a sustentar publicamente esta opinião. Fundamentam-se ultimamente em Hugo Grócio, Pufendorf, em Vattel e em outros – triste consolo! –, ainda quando esses códigos, compostos sob os sentidos filosófico ou diplomático, não podem ter a menor força legal, porque os Estados, como tais, não são submetidos a nenhuma autoridade externa comum. Citam esses juristas, sinceramente, para justificar uma declaração de guerra; e, contudo, não há exemplo de que um Estado houvesse se comovido com o testemunho destes homens ilustres e por isso abandonado os seus propósitos”. KANT, E. op.cit., p.64.

³⁰ BOBBIO, Norberto. *Guerra e direito*. In: BOVERO, M., op. cit., p. 559.

e o direito; valorizou a justa causa das guerras, originando as discussões acerca da guerra justa e a conduta dos beligerantes durante as hostilidades – respectivamente o *jus ad bellum* e o *jus in bello*³¹.

Uma guerra justa remete ao problema de sua justificação, ou seja, aos motivos que possibilitam a justiça ou não de uma determinada guerra; ao título no qual se funda uma guerra justa. O problema do *bellum justum* é um problema da legitimidade da guerra. Este problema de legitimidade/legitimação da guerra é o problema mais tradicional enfrentado pela doutrina da guerra justa. A legitimidade, segundo Bobbio, é o “resultado de um processo de justificação” e os dois modos mais comuns de empreendê-la remetem à recondução a um fundamento ou aos fins benéficos da ação; isto é, a legitimidade pode ser aferida como a “conseqüência necessária de um princípio indiscutível ou como meio mais adequado para se atingir um fim altamente desejável”. Este fim seria o restabelecimento do direito violado³².

O segundo problema tradicional com o qual a teoria jurídica da guerra se preocupa é aquele relacionado à guerra como objeto de regulamentação jurídica. Não é mais suficiente o restabelecimento do direito, mas a regulação jurídica das condutas dos beligerantes. São as normas denominadas pela Teoria Geral do Direito de secundárias; em outras palavras, são as normas estabelecidas pelo direito que conservam a própria ordem das normas primárias.

Estas duas relações entre a guerra e o direito, consubstanciadas nas teorias da guerra justa quanto aos motivos e aos meios utilizados, entraram em crise com a crescente positivização do Direito Internacional, que acabou por tornar juridicamente irrelevante a justiça ou a injustiça de uma guerra, considerando o ato de guerrear como um procedimento lícito dos Estado soberanos. Isto fica claro também a partir do momento em que houve um avanço insofismável na brutalidade e no alcance universal dos conflitos, com o aparecimento da guerra total e das armas termonucleares³³.

Tradicionalmente, a teoria da guerra justa tentou fazer uma analogia entre a guerra e um processo judicial, conferindo, portanto, um caráter de sanção à guerra. Mas esta analogia é falha, pois na guerra não existem dois princípios fundamentais do processo judicial: a imparcialidade de quem julga e a certeza dos critérios de julgamento. A justiça da guerra é defendida por uma das partes em contenda, constituindo-se num juízo parcial e enviesado. A principal falha das teorias defensoras da guerra justa é o insucesso na tentativa de se estabelecer critérios de justiça cuja aceitação fosse universal, pois se mostraram critérios relativos. A outra falha da doutrina da guerra justa é a ausência de um juiz, de uma autoridade legítima superior às partes, capaz de julgar a justiça ou a

³¹ Idem, Ibidem.

³² Idem, p. 560.

³³ BOBBIO, N. op.cit. p. 560-561.

injustiça da guerra com a devida imparcialidade³⁴. Isto ocasionou o reconhecido problema – apontado inclusive pelos defensores da doutrina da guerra justa – da necessária imparcialidade daquele que promove o juízo sobre a guerra.

A analogia da guerra com a sanção também se configurou como errônea pelo motivo de que qualquer guerra se caracteriza pela vitória do mais forte, e não daquele que está certo. A crise dos dois modos de relacionar guerra e direito provocou o surgimento de duas novas relações entre eles: a guerra como fonte do direito e a guerra como antítese ao direito.

Já no século XIX, a concepção da guerra como fonte do direito começou a ganhar espaço; a guerra comparada a uma sanção mostrou-se inadequada e uma outra instituição jurídica mostrou-se adequadamente comparável ao fenômeno da guerra: a revolução – “aquele conjunto de atos dedicados à revogação do ordenamento velho e a instauração de um ordenamento novo”³⁵. Nesta relação não há mais necessidade de uma distinção entre guerras justas e injustas, porque com relação ao ordenamento atingido, elas sempre serão injustas, uma vez que há a subversão da ordem instituída. Aqui o critério de legitimação muda em relação à guerra-sanção: a guerra-revolução sempre se legitima posteriormente; sempre visa ao respeito de um direito, mas não para o restabelecimento de um direito então violado, e sim para instauração uma nova ordem, preestabelecendo-se um direito futuro. Bobbio aponta uma interessante ilustração desta oposição em relação aos critérios de legitimação no que se refere à dicotomia entre o direito positivo e o direito natural: a legitimação da guerra-sanção remete à restauração de um direito positivo violado (guerras defensivas, reparadoras ou punitivas); a guerra-revolução se legitima diversamente, recorrendo-se ao direito natural hierarquicamente superior ao direito positivo, que justifica, por conseguinte, a sua subversão.

As guerras-revolução podem ser localizadas nas guerras de independência ou libertação nacional já no século XIX e que continuaram principalmente até a década de 60 do século XX, com os movimentos de descolonização afro-asiática³⁶ fundamentados por um direito de autodeterminação dos povos como resistência a uma ordem jurídica injusta imposta pelos países colonizadores.

A última relação da guerra com o direito resulta numa antítese entre os dois. A guerra vai além dos limites do direito e retorna à concepção antiga de *inter arma silent leges*. Onde reina o direito não reina a guerra e vice-versa – podemos exemplificar isto com a postulação hobbesiana do estado de natureza, que é um estado de guerra, e o estado civil, que é uma sociedade pacífica por ser jurídica. Busca-se a eliminação eterna da guerra³⁷.

³⁴ BOBBIO, Norberto. O problema da guerra e as vias da paz. In: *O problema da guerra e as vias da paz*. Tradução de Alvaro Lorencini. São Paulo: Unesp, 2002, p.76-78.

³⁵ Idem, p. 79.

³⁶ BOBBIO, N. op. cit., p. 563.

³⁷ Idem, p. 563-564.

3. GUERRA JUSTA E A CARTA DA ONU

3.1. A proibição e a autorização do uso da força nas relações internacionais contemporâneas

Da não-regulação do recurso à guerra característica do século XIX, pois considerada lícita por ser um direito inerente à soberania dos Estados, o Direito Internacional progrediu em direção à regulação do uso da força nas relações internacionais com a Liga das Nações, o Pacto Briand-Kellogg e, principalmente, com a Carta das Nações Unidas. O *jus ad bellum* atual efetivamente se baseia numa norma jurídica criada por uma organização internacional de amplitude universal, não se configurando mais como uma norma de ordem moral, e sim jurídica. O artigo 2º (4) da Carta da ONU estabelece que todos os membros devem evitar a ameaça ou o uso da força nas suas relações internacionais que afetem a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou que seja incompatível com os propósitos defendidos pela ONU. Este artigo, embora não mencione o termo *guerra*, o inclui e o transcende, envolvendo *medidas de força de natureza breve*. O referido artigo alçou *status* de norma de *jus cogens* no direito internacional contemporâneo, ou seja, uma norma peremptória, aceita e reconhecida pela comunidade internacional de Estados, segundo o artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados³⁸.

Por outro lado, a Carta da ONU autoriza o direito de legítima defesa individual ou coletiva em resposta a um ataque armado – artigo 51 da Carta. Ademais, não há a menor possibilidade de ocorrer legalidade do uso da força por dois Estados em conflito de forma simultânea (como havia nas doutrinas da guerra justa, em que a justiça poderia estar com ambas as partes da contenda).

A outra possibilidade de uso da força autorizada pela Carta da ONU refere-se aos artigos. 39 e 42. O Conselho de Segurança possui poderes capazes de manter ou restaurar a paz e a segurança internacionais. No artigo 39 da Carta, o Conselho detecta a ameaça, a violação da paz ou o ato de agressão, e no artigo 42, pratica o *enforcement* militar. A ação militar pode ser por ele autorizada ou liderada³⁹.

3.2. Demandas por justiça na Carta da ONU: guerras de libertação nacional e intervenções humanitárias

A ONU, desde sua fundação, reconheceu que a paz não era apenas uma questão de ordem, mas de justiça. O reconhecimento da Carta reafirmou-se com as inúmeras declarações e atividades empreendidas pelos órgãos da ONU. Embora houvesse, principalmente durante o período da Guerra Fria, uma certa prevalência das questões de ordem sobre as questões de justiça, até mesmo justificada pelos grandes traumas gerados pela Segunda Guerra Mundial – principalmente na defesa da não-intervenção em diversas Resoluções

³⁸ DINSTEIN, Y. op. cit. p. 120-142.

³⁹ DINSTEIN, Y. op.cit. p.385.

da Assembléia Geral – questões relacionadas à justiça apareceram de forma significativa, como no apoio da Organização ao processo de descolonização afro-asiática, fundamentado no direito de autodeterminação dos povos estabelecido no art.1º (2) da Carta e no desenvolvimento de normas de proteção de direitos humanos (especialmente a Declaração Universal de 1948, os Pactos de 1966 referentes aos direitos civis e políticos e econômicos e sociais, a Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio e diversos outros documentos normativos que tratam de direitos específicos, como os da Criança, da Mulher etc.). Este desenvolvimento normativo foi o resultado de um processo que já havia sido iniciado nas Revoluções Americana e Francesa e, como afirma BOBBIO, não pode ser cristalizado na Declaração Universal, uma vez que os direitos do homem são históricos, e, portanto, sujeitos a mudanças⁴⁰.

A paralisia do Conselho de Segurança da ONU durante a Guerra Fria foi causada pelo conflito político-ideológico do período. Com exceção da Guerra da Coréia, não houve atuação militar do Conselho em guerras ou intervenções. O princípio da não-intervenção foi defendido pela maioria dos membros da Assembléia Geral; houve, ademais, a formação do Grupo dos 77 e o Grupo dos Não-Alinhados, que exerciam forte pressão política em relação às duas superpotências, uma vez que elas necessitavam de seu apoio para suplantar o adversário. O Conselho omitiu-se em diversos conflitos militares devido ao direito de veto dos membros permanentes do órgão, os quais se encontravam em pólos opostos na luta pelo poder na política internacional. No entanto, o discurso da justiça também foi utilizado em intervenções no período, como ocorreu por parte da Índia e da União Soviética na intervenção no Paquistão do Leste em 1971. A atuação da ONU, portanto, pode ser genericamente ilustrada na defesa da não-intervenção, protagonizada pela Assembléia Geral, e na paralisia do Conselho de Segurança⁴¹.

Mas foi com o fim da Guerra Fria que houve uma mudança de foco na atuação da ONU em relação ao princípio da não-intervenção. O Conselho de Segurança passou a exercer um papel importante em intervenções humanitárias. Houve o aumento da competência do Conselho, que passou a intervir em assuntos relativos à proteção dos direitos humanos. A maior parte da doutrina interpretou a paz internacional presente na Carta da ONU de forma alargada, imediatamente ligada à proteção dos direitos humanos fundamentais e do Direito Internacional Humanitário (essa correlação iniciou-se com a qualificação da Assembléia Geral da ONU de que a política de *apartheid* na África do Sul era contrária à paz e à segurança internacionais)⁴².

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. Presente e Futuro dos Direitos do Homem. In: *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Campus, 1992, p 25-47. ROBERTS, Adam. *Order/Justice issues at the United Nations*. In: FOOT, Rosemary, GADDIS, John Lewis, HURREL, Andrew (orgs.), *Order and Justice in International Relations..* Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 49-79.

⁴¹ Idem, p. 74.

⁴² RIPOL CARULLA, Santiago. El Consejo de Seguridad y la defensa de los derechos humanos. Reflexiones a partir del conflicto de Kosovo. In: *Revista Española de Derecho Internacional*. v.51, n.1,

O processo de globalização econômica tornou a soberania estatal mais porosa. A revolução nos meios de comunicação possibilitou a constituição de um espaço público internacional de direitos humanos, enfraquecendo a noção de soberania utilizada como escudo para a perpetração de massacres, limpezas étnicas e genocídios⁴³. Na década de 90, o cosmopolitismo kantiano ressurgiu com força, servindo de orientação para a prática de uma política de direitos humanos universal. Esta política, todavia, não foi isenta de críticas, principalmente quando ela foi – e ainda é – manipulada por alguns Estados hegemônicos, provocando uma “moralização auto-destrutiva da política”⁴⁴.

O Direito Internacional Humanitário – o antigo *jus in bello* – embora relegado no início da formação da ONU, também avançou de forma significativa nos anos 90, principalmente com a constituição dos Tribunais criminais para a Antiga Iugoslávia e para Ruanda, cujo intuito era o de punir os crimes de guerra então praticados por autoridades (a responsabilização penal dos indivíduos por *crimes contra a humanidade*)⁴⁵, e com a formação de um direito costumeiro de assistência humanitária, cuja função principal era a de prestar assistência às vítimas de guerras civis e catástrofes humanitárias, recorrendo-se até mesmo à força, se necessário⁴⁶.

Um caso paradigmático de desrespeito ao direito internacional em nome da proteção dos direitos humanos se deu com a intervenção militar da OTAN no Kosovo. A primeira *guerra humanitária* provocou intensos debates na doutrina sobre sua legalidade e sobre sua legitimidade. A legalidade foi relegada a um segundo plano por muitos autores em virtude da legitimidade desta ação militar considerada emergencial. Inclusive Jürgen Habermas, um defensor da persecução jurídica das infrações de direitos humanos, apoiou a ação com base num princípio de *ajuda do direito internacional*, mesmo sem a devida autorização da ONU, pois os direitos humanos têm um conteúdo moral, possuindo uma validade universal compartilhada com as normas morais⁴⁷. Esta afirmação estaria sujeita a críticas de que intervenções unilaterais praticadas por grandes potências não poderiam ser consideradas como uma política universal interna mundial de defesa dos direitos humanos, mas uma política externa ocidental de superintendência da política de direitos humanos⁴⁸. Questões de justiça na guerra emergiram em detrimento da obediência ao direito internacional. Houve uma crescente moralização das relações internacionais em detrimento de sua juridicização, componente agravado pelos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001.

Madri: Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional e Relaciones Internacionales, ene/jun. 1999, p.74-75.

⁴³ AMARAL JR., Alberto do. *Direito de Assistência Humanitária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 4-5.

⁴⁴ NOUR, S. op.cit., p. 168-169. Para uma crítica a esta política como parte de um projeto hegemônico dos Estados Unidos, ver ANDERSON, Perry. Força e consenso. In: *Contragolpes: Seleção de artigos da New Left Review*. Tradução de Beatriz Medina. São Paulo: Bontempo, 2006, p. 65 e ss.

⁴⁵ ROBERTS, A. op.cit., p. 69.

⁴⁶ AMARAL JR., A. op.cit., p. 225 e ss.

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. *Uma guerra na fronteira entre o direito e a moral*. Tradução de Daniel Nogueira Leitão. In: *Die Zeit*, n°18 em 29 de abril de 1999.

⁴⁸ NOUR, op.cit. p. 171.

3.3. Terrorismo Internacional e a Guerra do Iraque

A dicotomia bem-mal que procurou moralizar as relações internacionais após os ataques terroristas de 11 de setembro foi empreendida pela política externa de George W. Bush. Se a guerra contra o regime Taliban no Afeganistão não sofreu maiores oposições de internacionalistas e de líderes políticos⁴⁹, isto não ocorreu com a guerra do Iraque. Grande parte da opinião pública mundial, dos líderes políticos e dos internacionalistas opuseram-se ao recurso à guerra dos Estados Unidos contra o Iraque, fundamentado pela noção de legítima defesa preventiva pelos neoconservadores. Desta forma, os Estados Unidos não poderiam esperar que os atacassem, tornando-se necessária a preservação de sua segurança e dos valores defendidos pelo mundo civilizado como um todo⁵⁰.

A legítima defesa preventiva não é admitida pela Carta das Nações Unidas. O direito de legítima defesa somente pode ser exercido em resposta a um ataque armado. No Iraque, ademais, não houve a utilização de forças militares comandadas ou autorizadas pelo Conselho de Segurança da ONU, como estabelecem os artigos 39 e 42 da Carta. Na verdade, este ato foi um ato de agressão, conforme tipificado pela resolução 3314 de 1974 da Assembléia Geral da ONU⁵¹.

A guerra contra o terrorismo empreendida pela política dos neoconservadores da Casa Branca tem sido justificada primordialmente não em termos jurídicos, mas em termos daquilo que seria ou não justo. Diversos intelectuais norte-americanos como Michael Walzer e Samuel Huntington apoiam esta idéia de guerra justa em defesa de princípios morais e de valores defendidos pelos Estados Unidos, como a igualdade, a liberdade e a dignidade⁵².

A argumentação moral em termos de uso da força nas relações internacionais em detrimento de sua discussão jurídica tem sido em grande parte um retrocesso na sua juridicização, pois a dialética bem-mal em vez de legal-ilegal constitui um obstáculo difícil para uma constitucionalização do direito internacional, como defende o filósofo alemão Jürgen Habermas⁵³.

4. CONCLUSÃO

O problema da guerra justa tem uma longa e problemática história no âmbito das relações internacionais. De suas falhas evidentes, como a

⁴⁹ FALK, Richard. *The declining world order: America's imperial geopolitics*. New York: Routledge, 2004, p. 204.

⁵⁰ FALK, R. op.cit., p. 204.

⁵¹ SOARES, Guido Fernando da Silva. *Legitimidade de uma guerra preventiva em pleno 2003?* In: *Revista de Política Externa*, vol.12, nº1, São Paulo: Paz e Terra, jun/jul/ago 2003, p.27.

⁵² Ver o sítio www.americanvalues.org (julho de 2006).

⁵³ HABERMAS, Jürgen. O projeto kantiano e o ocidente dividido: A constitucionalização do direito internacional ainda tem uma chance? In: *O Ocidente dividido*. Tradução de Luciana Villas Bôas. Rio de Janeiro: Boitempo, 2006, p. 115-204.

imparcialidade daquele que julga os critérios de justiça utilizados e a certeza destes próprios critérios, o Direito Internacional passou a utilizar os critérios de legalidade e ilegalidade no terreno do julgamento das guerras.

A positivação do direito internacional provocou fortes abalos na concepção de justiça das guerras. No entanto, a complexa ordem internacional contemporânea, principalmente no que se refere à multiplicação de intervenções humanitárias e ao uso da força como tática de combate ao terrorismo, tornou problemática a situação das leis que regulam o uso da força, pois não parece mais serem suficientes para abarcar determinadas situações. A legitimidade foi favorecida em favor da legalidade em guerras como a do Kosovo. Argumentos dos defensores da idéia de guerra justa têm sido levantados, em detrimento do respeito às normas internacionais. A justiça toma a figura de justificação. O Direito Internacional passa atualmente a enfrentar os problemas de um novo tipo de guerra não mais restrita aos Estados, mas também entre Estados e organizações terroristas transnacionais.

E consoante ressaltado por Marcel Merle,⁵⁴ “a interdição que pesa sobre o emprego das armas nucleares dá novamente sua *chance à guerra convencional*”, multiplicada nesta contemporânea ordem internacional, globalizada e dotada, desde poucas décadas, de um unilateralismo, perigosamente ameaçatório do clima de uma paz universal enquanto direito fundamental de quinta geração,⁵⁵ paz com a qual sonha o século XXI, e que ao julgar pela progressão mundial das despesas militares e pela prosperidade do comércio universal das armas, temos de admitir, com o sociólogo francês, antes referido, que os riscos de explosão e de propagação dos conflitos vão, infelizmente, aumentando.

O estudo da justiça da guerra, no entanto, deve ser focado sempre com o apoio do Direito Internacional, como fazem os membros da Teoria Política Internacional⁵⁶, e não por meio de moralizações que menosprezam as leis internacionais e simplificam assuntos complexos através de dialéticas como bem e mal e amigo e inimigo. O paradigma do *choque de civilizações* deve ser evitado, assim como a ingenuidade do *fim da História*. A justiça neste tema deve andar lado a lado com a legalidade, numa perspectiva kantiana, e não com a moralização perversa das relações internacionais, numa perspectiva que caracterizou a visão de Carl Schmitt.

⁵⁴ MERLE, Marcel. *Sociologia das relações internacionais*. Brasília: Universidade de Brasília, Tradução de Ivonne Jean, 1981, p. 367

⁵⁵ Conferir conferência magna, apresentada por Paulo Bonavides, a ressaltar o Direito à Paz como Direito Fundamental da quinta geração, tese lida por vez primeira, por ocasião do VIII Congresso Ibero-Americano de Direito Constitucional, em Curitiba, em novembro de 2006, em Curitiba, e que será objeto de novo capítulo de seu livro *Curso de Direito Constitucional*, outras vezes pronunciada igualmente, no âmbito do Mestrado em Direito da UFC ao largo do ano acadêmico de 2007, com a qual concordamos e aplaudimos.

⁵⁶ BROWN, Chris. Theories of International Justice. In: *British Journal of Political Science*, vol. 27, nº 2 (april 1997), p. 280-287.

5. REFERÊNCIAS

- AMARAL JR., Alberto do. *Direito de Assistência Humanitária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ANDERSON, Perry. Força e consenso. In: *Contragolpes: Seleção de artigos da New Left Review*. Tradução de Beatriz Medina. São Paulo: Bontempo, 2006.
- AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica: 2ª parte da 2ª parte, Questões 1-79*. 2. ed. Tradução de Alexandre Corrêa. Caxias do Sul: Sulina, 1980.
- BOBBIO, Norberto. O problema da guerra e as vias da paz. In: *O problema da guerra e as vias da paz*. Tradução de Alvaro Lorencini. São Paulo: Unesp, 2002.
- _____. Guerra e direito. In: BOVERO, Michelangelo (org.). *Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*. São Paulo: Campus, 2000.
- _____. Presente e Futuro dos Direitos do Homem. In: *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Campus, 1992.
- _____. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Zait. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.
- BROWN, Chris. Theories of International Justice. In: *British Journal of Political Science*, vol. 27, nº 2 (april 1997), p. 280-287.
- CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno* (tese de titularidade apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), 2007.
- CÍCERO, De Officis: Livro I, parágrafo XI, 36. Tradução de W. Miller. In: *Loeb Classical Library*, Boston: Harvard Library of Classics, 1913.
- DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*. 3 ed. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Barueri: Manole, 2004.
- FALK, Richard. *The declining world order: America's imperial geopolitics*. New York: Routledge, 2004.
- FRANCK, Thomas. General Course of Public International Law. In: NIJHOFF. *Recueil des Cours*. tomo 240, Haia: [s. ed], 1994.
- GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz (Iure belli ac pacis), volume 1*. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. O projeto kantiano e o ocidente dividido: A constitucionalização do direito internacional ainda tem uma chance? In: *O Ocidente dividido*. Tradução de Luciana Villas Bôas. Rio de Janeiro: Boitempo.
- _____. *Uma guerra na fronteira entre o direito e a moral*. Tradução de Daniel Nogueira Leitão. In: *Die Zeit*, nº 18 em 29 de abril de 1999.
- HOBBES, Thomas. Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico civil. In: *Os Pensadores*. 3ª edição. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

- KANT, Emmanuel. *A Paz Perpétua*. Tradução direta do alemão de Lohengrin de Oliveira. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1937.
- MERLE, Marcel. *Sociologia das relações internacionais*. Brasília: Universidade de Brasília, Tradução de Ivonne Jean, 1981.
- NOUR, Soraya. *À paz perpétua de Kant: Filosofia do direito internacional e das relações internacionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- REALE, Miguel. *Horizontes do Direito e da História*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- RIPOL CARULLA, Santiago. El Consejo de Seguridad y la defensa de los derechos humanos. Reflexiones a partir del conflicto de Kosovo. In: *Revista Española de Derecho Internacional*. v.51, n.1, Madri: Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional e Relaciones Internacionales, ene/jun. 1999, p.74-75.
- ROBERTS, Adam. *Order/Justice issues at the United Nations*. In: FOOT, Rosemary, GADDIS, John Lewis, HURREL, Andrew (orgs.), *Order and Justice in International Relations..* Oxford: Oxford University Press, 2003.
- SOARES, Guido Fernando da Silva. *Legitimidade de uma guerra preventiva em pleno 2003?* In: *Revista de Política Externa*, vol.12, nº1, São Paulo: Paz e Terra, jun/jul/ago 2003.
- VITÓRIA, Francisco de. Segunda Conferência sobre os índios recentemente descobertos ou o direito da guerra dos espanhóis contra os índios. In: *Os índios e o direito de guerra*. Ijuí: Unijuí, 2006.
- WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas: uma argumentação moral com exemplos históricos*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2003.



A DIGNIDADE HUMANA COMO PRINCÍPIO ÉTICO-JURÍDICO

Günther Maluschke¹

RESUMO

O conceito de dignidade humana tem uma posição de destaque na teoria dos direitos humanos e fundamentais. Nas constituições democráticas e suas teorias, a dignidade humana é geralmente apresentada como princípio fundador tanto dos direitos fundamentais quanto das próprias constituições democráticas. Por essa razão, esse princípio atualmente é também de máxima importância na jurisprudência dos Estados democráticos. Neste trabalho, analisam-se as dificuldades causadas pela polissemia desse conceito. Sua aplicação como princípio absoluto, a despeito de sua polissemia, gera uma série de graves problemas.

Palavras-chave

Dignidade humana. Direitos humanos. Fim em si mesmo. Pessoa. Princípio absoluto.

ABSTRACT

The concept of human dignity has a special position in the theory of human and fundamental rights. In the constitutions of the democratic states and their theories, human dignity is usually presented as a founding principle both of the basic rights and the democratic constitution. For this reason, this principle is currently of maximum importance in the jurisprudence of the democratic states. In this paper, the difficulties that result from the several meanings of this concept are analyzed. Its application, in Law, as an absolute principle, despite its different meanings, generates a great number of serious problems.

Key-words

Human dignity. Human rights. End in itself. Person. Absolute Principle.

1. INTRODUÇÃO

Uma das grandes dificuldades da Filosofia Política e da Filosofia do Direito é a indeterminação de seus vocábulos centrais, como, por exemplo, “democracia”, “Estado de Direito”, “liberdade” e “dignidade humana”. Todas essas noções são grandes desafios também para a Ciência do Direito, especialmente para o Direito Constitucional.

¹ Professor titular do curso de Pós-graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Fortaleza. Livre Docência pela Universidade de Tübingen. Doutor em Filosofia pela Universidade de Bonn.

Na grande maioria das constituições democráticas e nas declarações internacionais dos direitos humanos, a “dignidade humana”² apresenta-se como valor fundamental por excelência, como eixo dos direitos do homem. Dignidade humana e direitos humanos são proclamados como se fossem noções em si mesmas evidentes.

Esta aparência de evidência desaparece, no entanto, desde que se lança um olhar sobre as interpretações jurídico-filosóficas dos direitos humanos e direitos fundamentais. Na atual teoria da Constituição, o conceito proeminente de “dignidade da pessoa humana” é um grande desafio para os teóricos – juristas e filósofos do direito – por causa de sua extraordinária complexidade semântica. As publicações acerca desse tema, rapidamente crescendo, aumentam não somente o consenso no quadro de uma teoria majoritária tradicional, mas também as diferenciações e, com isto, o dissenso e a divergência, assim multiplicando o número de teorias divergentes e heterogêneas.

Há um consenso quase universal entre juristas e filósofos de que o vocábulo “dignidade humana” é um conceito polissêmico. Apesar de sua polissemia, comprehende-se esse conceito como princípio fundamental dos direitos humanos e também dos direitos fundamentais consagrados nas constituições de muitos Estados democráticos. Referindo-se a um princípio polissêmico, abre-se, entretanto, um horizonte amplo de várias interpretações possíveis. Neste artigo, trataremos desse problema com o intuito de desvendar os distúrbios hermenêuticos que um princípio estruturante, colocado acima de qualquer ponderação, pode provocar.

2. ANÁLISE LINGUÍSTICO-LÓGICA

Uma característica do conceito de dignidade humana merece ser mencionado desde o início. À primeira vista, a maneira como se apresenta o princípio de dignidade humana nas declarações internacionais dos direitos humanos e nas constituições de muitos Estados democráticos provoca a aparência de que se trate de um conceito puramente descritivo, isento de avaliações. É, porém, uma aparência enganadora. Como mostrou Norbert Hoerster³, a dignidade humana não é – como inicialmente se pode pensar – um objeto preexistente e acessível ao conhecimento, como, por exemplo, a vida humana ou a integridade física. De outro lado, o conceito de dignidade

² Não diferenciamos rigidamente – como Ingo Wolfgang Sarlet – entre “dignidade humana” e “dignidade da pessoa humana”. De acordo com o uso geral, utilizamos o termo “dignidade humana” como sinônimo da expressão “dignidade da pessoa humana”. A necessidade de uma diferenciação surge quando a dignidade, com significado ampliado, é atribuída à vida humana em geral, por exemplo, ao feto humano ou até às células humanas. Nesses casos, obviamente, se usa a expressão “dignidade humana” e não “dignidade da pessoa humana”. Essa diferenciação se evidencia pelo próprio contexto.

³ Cf. HOERSTER, N. Zur Bedeutung des Prinzips der Menschenwürde. In: *Juristische Schulung*, München: C.H. Beck, vol. 82, 1983, p. 93-96.

humana também não é de natureza *puramente normativa*, ele antes inclui um elemento descritivo, a saber, o fato de que o homem, conforme a sua natureza, é equipado com a capacidade de livre autodeterminação.

A única limitação da autodeterminação de um solitário Robinson Crusoe numa ilha despovoado seriam os limites das suas forças físicas em frente de uma natureza inóspita. Em comunidade com outros seres humanos, no entanto, a liberdade de uma pessoa *não deve* invadir a esfera da autodeterminação das outras pessoas. A expressão “*não deve*” indica a necessidade de criar normas do comportamento humano para evitar conflitos entre os membros da sociedade ou para resolvê-los pacificamente. A própria capacidade de autodeterminação é um mero fato, não incluindo normas. Este fato, considerado em si mesmo, é, pelo contrário, um dos fatores de conflitos possíveis. Necessita-se agora uma ordem jurídica cujo objetivo é garantir – segundo a famosa fórmula de Kant – “o conjunto das condições por meio das quais o arbítrio de um pode estar de acordo com o arbítrio de cada outro segundo uma lei universal.”⁴ A idéia bastante abstrata de uma lei universal de compatibilização das liberdades individuais tem uma consequência, também muito abstrata, para os indivíduos que Kant exprime na forma do seguinte imperativo: “Age externamente de tal maneira que o uso livre de seu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal.”⁵ A procurada lei universal que sirva para compatibilizar as liberdades individuais não se encontra na própria liberdade. De fato, Kant pretende diferenciar entre autodeterminação ou liberdade legítima, que deve estar em conformidade com a lei moral (definido pelo imperativo categórico kantiano) e liberdade ilegítima, em contradição com o imperativo categórico.

É extremamente controversa a questão de saber se Kant conseguiu demonstrar que a razão na sua forma de “razão prática” possa fundamentar satisfatoriamente a autodeterminação eticamente justificada em contraste com as formas de autodeterminação moralmente reprováveis, e isto por meio de critérios objetivamente válidos. Essa questão será retomada mais tarde. Por agora, pode-se dizer que aqui estamos enfrentando um ponto fraco na argumentação kantiana. Está, porém, fora de dúvida que um recurso ao princípio polissêmico de dignidade da pessoa humana seria pouco promissor. Analisaremos mais tarde a concepção kantiana de dignidade humana relacionada à definição da pessoa como fim em si mesmo.

Defende-se, nesse artigo, a seguinte tese: se o princípio da dignidade da pessoa humana poder ser compreendido adequadamente só no sentido de que por ele são protegidas *formas eticamente legítimas* da autodeterminação – e somente formas eticamente legítimas –, então dificilmente se evita a conclusão de que a aplicação pretensamente correta desse princípio está intimamente ligada

⁴ KANT I, *Die Metaphysik der Sitten*. In: Kants Werke, Akademie- Ausgabe, (a seguir citado: AA), Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1968, vol. VI, p. 230 (nas referências a esta obra, sempre minha tradução).

⁵ Ibid. p. 231.

a um juízo moral valorativo. Isto vale também para as autoridades jurídicas: pretendendo fazer valer o princípio de dignidade humana como princípio protetor dos direitos individuais (ou coletivos), tais autoridades não podem deixar de fazer avaliações pessoais ou condicionadas pelo espírito do tempo (*Zeitgeist*), a saber, particulares, que geralmente têm sua origem em crenças religiosas, especulações metafísicas ou ideologias. Uma *dedução* de critérios de autodeterminação eticamente legitimada e, num segundo passo, critérios pelos quais se identifiquem formas de autodeterminação não legítima, não é possível. Princípios éticos são postulados que, *em termos éticos*, não se justificam. Utilizam-se tais postulados, que, por sua parte, não podem ser justificados, para justificar determinados atos e deslegitimar outros.

Juristas, por sua vez, de modo costumeiro, ao tratarem da dignidade das pessoas, qualificam essa mesma de “dimensão principiológica” por excelência, a partir da qual pretendem lograr a concretização de um programa normativo dos órgãos públicos. Sarlet, por exemplo, afirma que “a concretização do programa normativo do princípio da dignidade da pessoa humana incumbe aos órgãos estatais, especialmente, contudo, ao legislador, encarregado de edificar uma ordem jurídica que corresponda às exigências do princípio”.⁶ Caso se trate de um princípio polissêmico, os órgãos, no entanto, enfrentam grandes problemas, pois nele estariam incluídos programas normativos heterogêneos. A partir de princípios normativos abstratos uma passagem a normas concretas por meio de operações lógicas não é possível. Já Kant enfatizou que, nesse caso, a dedução segura, sendo impossível, deve ser substituída pelas capacidades menos seguras da faculdade de julgar de quem aplica os princípios. A insegurança aumenta consideravelmente, se o princípio for polissêmico. Trata-se, agora, de um princípio fraco no sentido de idéia diretriz, que, na sua função reguladora, aponta para várias direções. Na Ciência do Direito e na jurisprudência, fala-se freqüentemente de dedução quando se pratica o inverso: ao aplicar direitos fundamentais positivadas na constituição e até leis infraconstitucionais invoca-se, geralmente, ainda o princípio de dignidade humana, como se a aplicação das leis vigentes necessitasse de uma justificação suplementar pelo princípio axiológico supremo da Constituição.

No que diz respeito ao “princípio” de dignidade humana, pode-se constatar ainda o seguinte: quando se tenta determinar condições de vida com dignidade ou atos atentatórios à dignidade da pessoa humana, quase sempre entram em cena as opiniões normativas predominantes da respectiva sociedade ou época: as concepções acerca dos atos considerados em concordância com o princípio de dignidade e dos atos em contraste a este princípio são determinados, sobretudo, pelo clima de opiniões culturais, e muito menos pela própria natureza humana.

Isto pode se verificar por meio de uma breve retrospecção sobre a história do conceito de dignidade humana.

⁶ SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 6^a edição revista, atualizada e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 124.

3. EXPOSIÇÃO SUMÁRIA DA HISTÓRIA DO CONCEITO DE DIGNIDADE HUMANA

Como já foi mencionado, o conceito “dignidade humana” é suscetível de muitas interpretações. A palavra “dignidade” (sem o atributo “humana”) tem uma história muito longa; a expressão “dignidade humana” desempenha, por muito tempo, um papel secundário, mas a idéia de que o homem, em virtude de sua natureza e excelência pelas quais se destaca de todos os outros seres vivos, é portador de uma dignidade específica já se encontra nos escritos dos estoicos e recebeu por Cícero a definição que a seguir se torna o ponto de partida da história desse conceito. Sem dúvida, as metamorfoses que a palavra “dignidade” e a expressão “dignidade humana” sofreram durante sua longa história continuam a se manifestar na linguagem atual. Eis aqui a origem principal da polissemia de “dignidade” e “dignidade humana”.

Na Antiguidade greco-romana, “dignidade” era, em primeiro lugar, um termo sócio-político; na Idade Média, aparece como princípio teológico, e isto tanto na perspectiva política (teologia política) quanto no contexto de uma antropologia teológica. Na Idade Moderna, finalmente se faz valer como conceito da ética, e isto particularmente na filosofia de Immanuel Kant.

Na Antiguidade romana, dignidade encontra-se, sobretudo, como atributo da própria República, do povo e do Império Romano. No interior do Estado, dignidade é um predicado de excelência e de *status*, reservado à nobreza e aos políticos, manifestando-se numa escala de graus, dependendo do desempenho político do indivíduo. Associam-se a este vocábulo termos da mesma natureza, tais como ‘autoridade’, ‘majestade’, ‘brio’, ‘grandeza’, ‘decoro’. É óbvio que a grande maioria da população estava excluída dessas dignidades, ligadas a altos ofícios políticos.

Também nas obras de Cícero prevalece a idéia de dignidade no sentido sócio-político, isto é, como atributo pelo qual se designava o *status* de preeminência de determinadas pessoas na sociedade romana. Além disso, encontram-se em Cícero – que a este respeito é um defensor da doutrina do estoicismo – as raízes da concepção de dignidade interna, ou melhor, dignidade como atributo do próprio homem, independente de seu *status* social.⁷ Em comparação ao *status* inferior dos animais, o homem se destaca pela sua racionalidade que os animais não possuem, e, por isso, o homem é considerado como portador de uma dignidade que não pode ser atribuída aos animais.⁸ Evidentemente, o termo “dignidade humana”, aparentemente um conceito puramente descriptivo, é impregnado por uma avaliação que está inerente na comparação.

Na Idade Média, a dignidade política é relacionada a uma concepção teológica, em virtude da qual tem muito pouco em comum com o conceito de

⁷ CÍCERO, *De officiis*, 5^a edição, Leipzig: B. G. Teubner Verlagsgesellschaft, 1963, 1,115s.

⁸ Ibid., 1, 115s.

dignidade clássico-romano. Agora, defende-se a idéia de que a dignidade das pessoas que ocupam cargos elevados é uma dádiva divina, sendo os dignatários os portadores mortais de uma dignidade imortal, visto que são representantes de uma ordem eterna criada por Deus. Destarte, anula-se um elemento fundamental da concepção romana de dignidade, a saber: sua correlação com a República Romana (e, se a teoria for consequente, com qualquer instituição puramente terrestre). O papado e, em seguida, (inconscientemente!) também a realeza são considerados como instituições que a morte não pode abalar: o detentor do ofício e portador da respectiva dignidade é mortal; aquelas instituições e suas dignidades, porém, são imortais, por fazerem parte da ordem natural que tem sua origem na vontade divina. Esta visão teológica não pode prescindir da hipótese de que tanto o papado quanto a realeza (o regime monárquico) são instituições previstas pela providência divina. A dignidade é considerada imortal porque se fundamenta na ordem eterna. Por isso, Petrus Baldus de Ubaldi pensa que ela não se refere à pessoa pessoal (*persona personalis*), mas à pessoa ideal (*persona idealis, quae est dignitas*).⁹

No que concerne à outra dimensão da dignidade, isto é, aquela atribuída à própria natureza humana, paradigmaticamente antecipada por Cícero, essa também está sendo represtinada, no entanto, com as devidas modificações no quadro de uma antropologia teológica. A dignidade da pessoa humana manifesta-se, de acordo com a concepção de Cícero, na racionalidade como característica específica do ser humano. Essa sua característica, no entanto, na perspectiva teológica, está intimamente ligada a um aspecto ainda mais importante: à sua qualidade incorporando a imagem de Deus. Para o homem, criado segundo a imagem de Deus, dotado de alma imortal e destinado à salvação eterna, a dignidade se torna apelo e obrigação a levar uma vida moral completamente submetida à vontade divina para que o indivíduo se faça merecedor daquela dignidade original em sua plenitude, que de agora em diante é fruto da salvação.

Merece ser acentuada ainda um outro paralelismo entre a concepção clássica e a medieval com respeito às atribuições de dignidade(s) aos portadores de cargos honoríficos, por um lado, e ao próprio ser humano, por outro lado. Mantém-se, na dimensão sócio-política, a visão hierárquica; o conceito teológico-antropológico é, em analogia à respectiva concepção de Cícero, pelo menos potencialmente igualitário. As duas dimensões, a sócio-política e a antropológica, logicamente não se harmonizam uma com a outra.

Precisamente pelo fato de que na concepção cristão-teológica a dignidade – tanto a dignidade das instituições do papado e da realeza quanto a dignidade humana – é definida numa perspectiva sobrenatural, Tomás de Aquino estava

⁹ Petrus Baldus de Ubaldi, *Concilia* 3, 217, 3; apud Kondylis, P. In: BRUNNER, O. CONZE, W. KOSELLECK, R. (eds.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Historisches Wörterbuch zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Stuttgart: Klett-Cotta, 1992, vol. 7, p. 652.

em condições de legitimar as hierarquias sociais daquela época em termos de dignidade institucional, a despeito das discrepâncias freqüentemente óbvias entre integridade moral de uma pessoa da alta posição e sua dignidade social; uma vez que a dignidade institucional não passava por afetada pelos defeitos morais de seu detentor.¹⁰

Uma concepção secular da dignidade humana encontra-se, no final do século XVI, na doutrina do direito natural de Pufendorf. Dignidade apresenta-se agora como atributo da pessoa moral, do ser humano que sabe distinguir entre o bem e o mal. A racionalidade exige o cumprimento de determinadas normas de conduta humana. Auto-estima e dignidade complementam-se: quem respeita a si mesmo deve também respeitar a todos os outros, pois todos têm a natureza humana em comum.¹¹ Por meio de um conceito avaliador (racionalidade em contraste aos seres vivos não racionais), Pufendorf atribui ao homem um valor positivo, e este se torna norma de autoperfeição do homem.

Uma forma mais nítida da concepção secularizada do conceito de dignidade é oferecida pela filosofia de Immanuel Kant, apesar de ele conservar a antropologia dualista, distinguindo duas partes no homem: ele é, por um lado, ser racional e, por outro lado, ser sensível. Aqui se repete, de certa maneira, a distinção medieval entre '*persona idealis*' e '*persona personalis*'. Segundo Kant, dignidade cabe a cada homem como ser racional-moral. A lei moral como mandamento absoluto precisa de um ponto de referência absoluto, e Kant denomina como tal valor absoluto ou fim em si mesmo o homem ou o ser racional em geral. Kant afirma:

... ainda quando nos representamos sob o conceito de dever uma sujeição à lei, possamos achar não obstante simultaneamente uma certa sublimidade e *dignidade* na pessoa que cumpre todos os seus deveres. Pois enquanto ela está *submetida* à lei moral não há nela sublimidade alguma; mas há-a sim na medida em que ela é ao mesmo tempo *legisladora* em relação a essa lei moral e só por isso lhe está subordinada.¹²

É a razão que constitui o valor absoluto do ser humano. Segundo Kant, dignidade é o atributo de um ser racional que somente obedece àquelas leis que ele mesmo si dá. Por conseguinte, "autonomia é o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda natureza racional".¹³ Aqui aparece pela primeira vez a ligação íntima entre dignidade humana e autonomia; a autonomia se apresenta como característica essencial da dignidade humana. Esta concepção simboliza o desmoronamento da visão teológica medieval e a libertação da heteronomia

¹⁰ Kondylis, *ibid.*, p. 652. Cf. GILBY, T. *The Political Thought of Thomas Aquinas*. Chicago: [s.ed], 1958, p. 24 e 26s.

¹¹ PUFENDORF, S. *De jure naturae et gentium libri octo*, Lund : A. Junghauss, 1672, 2,2,1,8, p. 105 e117. Cf. KONDYLIS, P. op. cit. p. 664.

¹² KANT, I. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. In: *Os Pensadores*. São Paulo: Victor Civita, 1984, p. 144.

¹³ KANT, I. *Ibid.* p. 141.

dos mandamentos divinos. Só um ser autônomo que é capaz de escolher para si mesmo os seus próprios fins é fim em si mesmo e, por conseguinte, sujeito de qualquer finalidade.

A humanidade mesma é uma dignidade; pois o homem não pode ser utilizado unicamente como meio por nenhum homem (nem por outros nem sequer por si mesmo), mas sempre ao mesmo como fim, e nisto consiste precisamente sua dignidade (a personalidade), em virtude da qual se eleva sobre todos os demais seres do mundo que não são homens e que podem ser utilizados, por conseguinte, se eleva sobre todas as coisas.¹⁴

Uma análise do conceito kantiano de dignidade humana nos enfrenta com os problemas lógicos já mencionados, pois este conceito tem uma estrutura dupla: por um lado, ele se apresenta como conceito descriptivo indicando a qualidade da capacidade racional de autodeterminação e de ação e, por outro lado, ele designa a dimensão normativa de uma pessoa na qualidade de sujeito moral e sujeito de direito. Uma passagem logicamente correta do ser (capacidade racional de ação) ao dever ser (ao dever moral) – com a pretensão de “deduzir” do enunciado descriptivo um enunciado prescritivo – não é possível. A autonomia é a capacidade de autodeterminação, isto é, uma capacidade descriptível em termos do ser (ou: por meio de constatações). O conceito de autonomia não contém nenhum elemento normativo, e a partir dele não se pode deduzir a norma de que um ser autônomo deve respeitar a autonomia, e com isto, a “dignidade” de outros seres humanos autônomos. O fato da autonomia da pessoa não implica nem o dever de respeitar a autonomia de outrem nem o direito de ser respeitado. A passagem do fato da autonomia para o direito de ela ser respeitada pelas outras pessoas não é possível por meio de uma dedução implícita ou explícita. Por meio de uma lógica dedutiva não se alcança a dimensão normativa; esta deve ser pressuposta.

Kant afirma que a autonomia da pessoa não é ilimitada, que o limite da autonomia de uma pessoa é a esfera da autonomia das outras pessoas. De novo se apresenta o problema: este postulado normativo não se deduz da própria autonomia das pessoas. É um postulado puro, e, por isso, teoricamente não provável. Segundo Kant, só a autonomia eticamente qualificada é a verdadeira autonomia, pois somente na conduta ética o homem controla racionalmente seus impulsos sensíveis. A antropologia dupla reaparece: o eu racional deve levar a vitória sobre o eu sensível.

Será que só o *homo noumenon* (o homem racional) é titular de dignidade? Ou será que o homem integral (com corpo e alma) e titular de dignidade? Será que um ataque à integridade física de uma pessoa é também uma violação de sua dignidade, porque o corpo sensível é a moradia do homem racional?

Não é o objetivo desse trabalho de aprofundar esses problemas ou até resolvê-

¹⁴ KANT, I. op. cit (1968), p. 462.

los¹⁵. Pretendemos analisar como os juristas se inspiram no pensamento de Kant.

A idéia kantiana de que “cada homem tem o legítimo direito ao respeito de seu semelhante”¹⁶, e isto devido à dignidade inerente à pessoa humana, tem feito grande sucesso nos círculos dos juristas e tem sido consagrada nas declarações dos direitos humanos. A questão de saber se Kant conseguiu fundamentar satisfatoriamente essa idéia não causa dor de cabeça aos juristas, e isto é perfeitamente comprehensível. Sem dificuldade, pode-se declarar que os crimes cruéis contra a humanidade em grande quantidade no século XX gravaram-se na memória da humanidade e deixaram crescer o consenso de que tais monstruosidades não devem acontecer. Qualquer que seja o resultado de uma pesquisa acerca da solidez da argumentação filosófica de Kant, a história recente dos crimes contra a humanidade confirmou, por assim dizer *e contrario*, a idéia kantiana acima mencionada.

Um consenso deste modo logrado não pode ser superado por nenhuma argumentação filosófica. Tal utilização da idéia kantiana, com certeza, é legítima. Os juristas podem deixar a briga acerca da validade dos argumentos kantianos aos filósofos. Num outro artigo, a tentativa de tal exame foi realizada¹⁷. Na próxima parte deste artigo, examinaremos a maneira como juristas tomam posse dos pensamentos kantianos e a partir daí desenvolvem seus próprios argumentos. Analisaremos a solidez da argumentação especificamente jurídica.

4. DIGNIDADE HUMANA COMO CONCEITO JURÍDICO

A rechristinação jurídica da concepção kantiana de dignidade humana realiza-se por meio de uma descontextualização pela qual as idéias de Kant, em grande parte, perdem seu significado original. Obviamente, os juristas não podiam e não podem partir daquele princípio que Kant chamava de “fato da razão”; os juristas são intérpretes das declarações internacionais e das constituições de seus países, e os princípios nelas positivados, concernentes à dignidade humana, são os dados dogmáticos que não podem ultrapassar. Para os juristas, as idéias kantianas tornam-se, sobretudo, fórmulas hermenêuticas no contexto da interpretação desses documentos. Por meio de uma comparação com a argumentação apriorística de Kant, pode-se explicitar os métodos interpretativos e o eclecticismo da argumentação especificamente jurídica.

O ponto de partida de Kant é a legislação autônoma da razão que se manifesta tanto na sua filosofia moral quanto na filosofia jurídica. A legislação moral é concebida como ato de autoconstituição da razão prática por si mesma.

¹⁵ Aprofundaremos este tema em um artigo com o título “A Concepção Kantiana e Neo-Kantiana de Dignidade Humana e sua Repercussão na Área do Direito”. Será publicado na revista *Pensar. Revista do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza*, Abril-2008.

¹⁶ KANT, I. op. cit. (1968), p.462.

¹⁷ Cf. nota 14.

Parafraseando uma fórmula de Kersting¹⁸, pode-se dizer: a razão quer que tudo o que se pensa e se faz no mundo seja feito segundo suas estruturas.

Como, no entanto, se justifica a locução: “a razão quer”? Como se pode apresentar a razão como vontade, ou melhor, como vontade pura (razão prática) que, sem apoio no mundo empírico, pretende estabelecer uma dimensão normativa para os seres dotados de razão? De fato, não é possível fundamentar racionalmente o fato da razão prática; ela é pressuposta, como já evidencia a própria expressão. Um crítico, com certeza, poderia objetar que é uma ficção à qual se faz recurso para desenvolver uma dimensão apriorística de normatividade. A criação da normatividade moral se realiza a partir de um vazio normativo; é uma criação do nada; a razão se estabelece como único idealizador de normatividade, sem se apoiar em estruturas do ser. A única estrutura relevante do ser é a da própria razão; esta, no entanto, entra como razão normatizadora num mundo sem finalidade preestabelecida. As antigas tradições orientadoras, que ainda imaginavam o mundo como cosmo teleologicamente organizado, perderam a credibilidade. A filosofia moral de Kant é uma das mais ousadas tentativas de substituir a ética medieval, cujos fundamentos onto-teológicos não resistiram ao progresso científico, por uma ética fundada exclusivamente na razão humana. Agora, é a razão pura que assume o lugar de Deus como legisladora.

A legislação autônoma da razão humana é a manifestação por excelência da liberdade do homem como ser racional; ela é a autoconstituição da liberdade do ser humano. Portanto, o homem vive no mundo como ser racional e livre, sendo dono de si mesmo (*sui iuris*), isto é, existe como fim em si mesmo, e nisto consiste sua dignidade. Devemos nos compreender como seres racionais que consideram sua própria razão como causa suficiente da determinação de nossa vontade.

No que concerne à legislação jurídica oriunda da razão pura, o apriorismo se mantém, de modo que nenhuma legislação empírica, nenhuma ordem jurídica empírica, serve de modelo. Neste caso, no entanto, a razão não mais é absolutamente autosuficiente: ela necessita de um critério externo para selecionar o setor específico da normatividade jurídica da área geral da legislação da razão. O critério de especificação é, como se sabe, a aplicação moralmente admissível da coerção. O direito abrange precisamente aqueles deveres cujo exercício é coercível. A regra fundamental do direito se manifesta naquela versão do imperativo categórico no qual se fundamenta a área dos deveres coercíveis (já mencionado no item anterior): “Age externamente de tal maneira que o uso livre de seu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal”.¹⁹

A área de aplicação do conceito do direito que se manifesta neste princípio é

¹⁸ Cf. KERSTING, W, *Politik und Recht. Abhandlungen zur politischen Philosophie der Gegenwart und zur neuzeitlichen Rechtsphilosophie*. Weilerswist: Velbrück Wissenschaft, 2000, p.309.

¹⁹ KANT, I. op. cit. (1968), p.231.

a esfera das relações sociais. Objeto da regulação do direito é a relação recíproca das liberdades de ação. A comunidade jurídica é uma comunidade protetora de pessoas livres. O princípio de direito é uma lei universal da liberdade de ação, estabelecendo as condições de coexistência dos indivíduos livres, exigindo restrições da liberdade externa de cada um de acordo com os mesmos critérios para todos.

Essa reconstrução da argumentação kantiana evidencia que a legislação normativa da razão prática acentua, em primeiro lugar, a liberdade da pessoa; essa é o fundamento da dignidade humana. A liberdade é o conceito central do pensamento de Kant. Em comparação com essa noção, a dignidade humana se encontra no segundo plano.

No atual pensamento jurídico, essa ordem se inverte: a dignidade da pessoa humana apresenta-se como princípio básico e ao mesmo tempo supremo. O interesse de fortalecer a idéia de dignidade da pessoa humana compreende-se como reação à história recente de suas múltiplas violações. Pode-se questionar, porém, se o acento forte que se coloca hoje à idéia de dignidade humana não é uma supervalorização que pode ser contra-produtiva para a grande meta dos defensores dos direitos humanos, a saber, seu universal reconhecimento e proteção.

Na idéia dos direitos humanos está incluída a concepção – revolucionária, opondo-se à qualquer ética de nobreza – que é o homem como tal, o homem natural, o homem nu e sem qualificações culturais ou sociais a quem se deve atribuir os direitos humanos. Qualquer imagem culturalmente impregnada de ser humano implica critérios de discriminação. Por isso, é o homem tomado – de acordo com a classificação biológica – como *homo sapiens* a quem se deve atribuir aqueles direitos. Destarte, não se pode descartar a dúvida se as categorias “dignidade” e “pessoa”, em que ainda fazem efeito as conotações de notabilidade e eminentância, merecem tal posição de destaque na teoria dos direitos humanos.

Manfred Trapp defende a tese contrária, referindo-se tanto a Kant quanto a Hegel:

O homem dos direitos humanos não é nenhum homem natural, mas a pessoa jurídica. Essa sua determinação segue-se da ordem jurídica [citando Hegel]: ‘sê uma pessoa e respeita os outros como pessoas’²⁰. Essa ordem não deveria ter sido promulgada, se a qualidade ‘pessoa’ fosse tão natural como sexo ou cor dos olhos.²¹

Imediatamente antes, Trapp citou – na mesma linha de interpretação – uma longa passagem de Kant:

No sistema da natureza, o homem (*homo phaenomenon, animal rationale*) é um ser de pouca importância e tem com os outros animais, como produtos da terra, um preço comum (*pretium vulgare*).

²⁰ HEGEL, G. W. F., *Princípios da Filosofia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2000, § 36, p. 40.

²¹ TRAPP, M., *Naturrecht, Wertordnung, Vernunft*, In: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Stuttgart: Steiner-Verlag, vol. 72, 1986, p. 155.

Até mesmo o fato de que os excede em dispor do entendimento e poder se propor fins a si mesmo lhe dá só um valor *exterior* de sua utilidade (*preium usus*).²²

Kant continua dizendo que o homem, só considerado como *pessoa*, como sujeito de uma prática *moral*, está acima de qualquer preço e como tal (*homo noumenon*) possui uma dignidade (um valor absoluto interno).

Não se faz alusão à ficção de um estado natural quando aqui se utiliza o conceito “homem natural”. Também o *homo phaenomenon* de Kant, que “vive no sistema da natureza” e excede os animais pelas suas capacidades intelectuais, não é o homem primitivo pré-cultural da fictícia primeira fase do estado de natureza rousseauiana. “Homem natural”, no nosso contexto; significa: homem na sua estrutura psico-fisiológica natural pela qual se distingue dos outros seres vivos, o homem como “produto da terra”, como diz Kant, o homem como ser vivo específico, cuja especificidade pode ser definida por uma ciência natural, a biologia: *homo sapiens*.

A objeção de que isto é uma abstração que não corresponde ao homem concreto aqui não tem cabimento. Em definições, geralmente se usa termos abstratos. Nossa abstração colima precisão: o homem é titular de direitos não em virtude de sua cultura, mas pelo fato de ser um indivíduo que pertence à espécie humana. Se um dia se encontrar um ser humano que – como o misterioso Kaspar Hauser²³ – foi criado em absoluto isolamento, recluso num estábulo como um animal, com capacidade lingüística extremamente limitada e incapaz de compreender o imperativo hegeliano acima citado, esta criatura infeliz seria titular de direitos humanos e direitos fundamentais, apesar de nunca ter recebido uma educação moral. Esse indivíduo, como ser humano, tem o direito de ser recebido na comunidade protetora do Estado de Direito. Denegar (igual a Kant, Hegel e Trapp) ao homem natural os direitos humanos é um grande problema.

Para definir o núcleo do conceito dos direitos humanos, deve-se partir do homem como ser mortal indigente, vulnerável, capaz de sofrer e sentir dores.

Quase não se encontra, no discurso jurídico, uma concepção tão minimalista dos direitos humanos pela qual se estabelece uma ordem normativa de respeito mútuo inter-humana, sem fazer apelo a formas específicas de eticidade obrigatória para o homem. É o discurso maximalista, o discurso principiológico, a invocação de princípios altos e supremos que prevalece. E no centro – ou, como se diz também, no epicentro – da doutrina jurídica dos direitos humanos e fundamentais encontra-se a dignidade da pessoa humana.

²² KANT, I., op. cit. (1968), p. 434.

²³ Em 1828, Kaspar Hauser, personagem real e enigmático, apareceu na cidade de Nuremberg (Alemanha), confuso e com aparência descuidada. Não andava corretamente, tendo dificuldades de manter a postura ereta. Sua capacidade lingüística era extremamente limitada. A partir dos esforços dos professores que o acompanharam, depois de algum tempo, conseguiu se comunicar e revelou que antes viveu sempre sentado num lugar escuro.

O fato do reconhecimento universal da posição de destaque da “dignidade humana” nas Constituições democráticas e declarações dos direitos humanos não é nenhum problema. E também a afirmação de que o conceito de dignidade da pessoa humana é o princípio fundamental e regulador do sistema jurídico parece, à primeira vista, uma idéia incontestável. Desde que se pergunta, porém, quais são os objetos do regulamento desse princípio, abre-se a caixa de Pandora cheia de problemas. A dificuldade maior consiste no excesso de regulações atribuídas a esse princípio que, presentemente, tornou-se um dispositivo normativo onipresente, “controlando” o sistema jurídico na sua totalidade. O grande problema: quem controla tal princípio?

Talvez para um ou outro leitor desse artigo seja chocante a suposição de haver uma possível supervalorização do conceito de “dignidade da pessoa humana”. Não é essa a idéia-chave da nossa cultura de direitos humanos?

Retomemos o problema da sobrecarga semântica dessa idéia, desta vez à luz dos atributos que acompanham o princípio jurídico de dignidade da pessoa humana em algumas obras de constitucionalistas e teóricos dos direitos humanos. Todos os constitucionalistas nesse trabalho consultados estão de acordo: “dignidade da pessoa humana” é um conceito de contornos vagos e imprecisos, uma categoria axiológica aberta, um conceito jurídico indeterminado, um conceito polissêmico, um conceito híbrido: tanto descriptivo quanto valorativo. Devido à sua sobrecarga semântica vêem-se obrigados a delimitar o amplo horizonte dos significados desse conceito. A lista desses significados, aqui reproduzida sem nenhuma ordem sistemática, é enorme e, pela leitura de mais livros jurídicos, poderia ser ainda aumentada.

“Dignidade da pessoa humana” é: um conceito jurídico normativo, designa o valor absoluto de cada ser humano, é o denominador comum de todos os homens, é também uma forma de comportamento pela qual se distinguem comportamentos dignos e indignos, é um valor intrínseco do homem, uma qualidade inerente ao homem, um atributo do ser humano, um princípio absoluto. Positivada nas Constituições é o núcleo essencial dos direitos fundamentais, fonte jurídico-positivo dos direitos fundamentais, valor básico fundador de todos os direitos humanos, núcleo forte da Constituição, é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais, está no “epicentro” da ordem jurídica.²⁴

O vasto horizonte semântico dessa noção possibilita, na jurisprudência, múltiplas aplicações não mais controláveis. Por isso, os juristas são elevados a procurar o núcleo fixo dessa noção, distinguindo-o do halo conceitual, da zona de dúvida onde começa a incerteza e a nebulosidade.²⁵

²⁴ As fontes são, sobretudo: SARLET, I. W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 5^a edição, revista e atualizada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; SANTOS, F. D. d. *Princípio Constitucional da Pessoa Humana*, Fortaleza: Celso Bastos, 1999; GARCIA, E. *Conflito entre Normas Constitucionais*. Esboço de Uma Teoria Geral, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

²⁵ Cf. GARCIA, E. op. cit., p. 133.

Tendo em vista a longa história do conceito de dignidade da pessoa humana, parece muito problemático atribuí-lhe um conteúdo atemporal. Tudo indica, no entanto, que os juristas pensam necessitar de algo dessa natureza, como também confirma a expressão “princípio absoluto” na lista acima. Nessa situação recorrem à idéia de “qualidade inerente ao ser humano” ou – ainda mais problemático – “valor inerente”. Parece que assim se pressupõe uma ontologia de feição aristotélica: dignidade como uma característica permanente e, nesse sentido, essencial do ser humano (a essência inerente à substância). Essa misteriosa inerência não é explicitada. Poder-se-ia pensar em termos teológicos: o homem como imagem de Deus e coroa da criação. Uma idéia que pressupõe a fé na existência de Deus. Numa perspectiva secularizada e darwinista, pode-se pensar (mas as dificuldades são enormes) em aquisição pela evolução (num momento x) do mais importante atributo distintivo da espécie humana em relação às espécies ancestrais. Como pode se pensar uma coisa tão esquisita: uma entidade normativa inerente num ser vivo? No discurso jurídico, porém, não se discute essa alternativa; não se analisam seus recíprocos problemas; o conceito de inerência não é explicitado, mas dogmaticamente pressuposto.

A procura de um fundamento *ontológico* de normatividade e, neste caso, do direito do homem e de sua dignidade, não faz sentido. A pressuposição de sua fundamentação teológica é inaceitável para um Estado como instituição secular. O surgimento de idéias normativas também dificilmente se explica pela teoria da evolução das espécies. Qual poderia ser a solução? O surgimento da consciência da necessidade de normas pode ser compreendido como manifestação de protesto contra as muitas formas de violência que sempre acompanharam a história da humanidade. Normas morais e jurídicas, e também a idéia de dignidade humana, são postulados e como tais invenções humanas; surgiram na mente humana. O único fato fundador é a facticidade da mente humana como criadora de normas. Normas não têm fundamento no mundo externo; não têm ancoragem ontológica; e, no que concerne à dignidade humana, esta deve ser compreendida como atributo que o homem atribui a si mesmo. A jurisprudência hoje ainda não consegue se livrar de concepções ontológicas superadas.

Sarlet, autor de um dos melhores livros brasileiros sobre a temática, une-se à posição ontológica que ele mesmo denomina de posição majoritária. Ele menciona, pelo menos, uma posição contrária, a saber, a de Habermas, sem submetê-la a uma análise crítica. Segundo Habermas, a intangibilidade da dignidade da pessoa resulta, como formula Sarlet, “das relações interpessoais marcadas pela recíproca consideração e respeito”.²⁶ Uma crítica adequada dessa posição, não compartilhada por Sarlet, só seria possível em contraste à própria teoria, e, por isso, essa deveria ser explicitada como superior às idéias criticadas. Em Sarlet, no entanto, a idéia habermasiana se apresenta como uma alternativa possível, como se a teoria majoritária à qual se une não lhe oferecesse uma segurança satisfatória, deixando uma margem de dúvidas. Apresentam-

²⁶ SARLET, I. W. op. cit. (2007), p.56.

se posições antagônicas, e a questão da validade de uma ou outra teoria fica deixada ao juízo do leitor.

A posição ontológica, preferida por Sarlet, mas não realmente aprofundada e defendida, aqui já foi criticada. Habermas pretende fundamentar a ética na capacidade discursiva do ser humano e concebe orientações normativas e vinculativas como resultados de um consenso racionalmente fundamentado. Em tal “ética discursiva”, um indivíduo como Kaspar Hauser não poderia ser considerado como participante competente nem da fantástica “situação de fala ideal” habermasiana, nem de qualquer empreendimento discursivo de mútua comunicação mais ou menos racional. A consequência é que um Kaspar Hauser, antes de se qualificar como participante competente de um discurso racional, não poderia ser considerado igual em dignidade humana. Contra tal posição, deve-se objetar que um enjeitado abandonado e entregue à sua sorte, que não é capaz de compreender o que significa “recíproca consideração e respeito”, nem por isso pode ser privado dos direitos humanos.

O recurso à ontologia e à metafísica nada mais é do que a procura por uma orientação normativa absolutamente certa. Quem procura abrigo na metafísica considera uma posição pós-metafísica como insustentável. O jurista alemão Christian Starck pensa que, sem metafísica, o homem está completamente entregue ao poder estatal superior²⁷. Refugiar-se, desta maneira, na metafísica parece, de fato, um ato de desespero. O que a metafísica poderia realmente alcançar contra o estado despótico? Hoerster qualifica, com toda razão, como palavras vazias a seguinte afirmação de Starck: “O direito, que *hic et nunc* tem a ver com o homem, deve levar em consideração o insondável do homem, e, por conseguinte, deixar aberta a janela para a metafísica”²⁸.

Sarlet, referindo-se à posição tanto de C. F. Alvez quanto do C. Starck, constata:

acabou sendo recepcionada, especialmente a partir e por meio do pensamento cristão e humanista, uma fundamentação metafísica da dignidade da pessoa humana, que, na sua manifestação jurídica, significa uma última garantia da pessoa humana em relação a uma total disponibilidade por parte do poder estatal e social²⁹.

Só podemos repetir nossa pergunta crítica: qual é a última garantia que uma fundamentação metafísica da dignidade da pessoa, caso seja possível, pode nos oferecer? Qual é seu poder pelo qual pode obstaculizar uma total disponibilidade da pessoa humana por parte do poder estatal e social? Sarlet não deixa de mencionar o contra-argumento de Otfried Höffe, que opta por uma concepção de dignidade humana como postulado intercultural e secularizado, visto que “uma vinculação dessa noção à tradição judaico-cristã ou mesmo à

²⁷ STARCK, C. *Menschenwürde als Verfassungsgarantie im modernen Staat*. In: *Juristen-Zeitung*, Tübingen: Mohr Siebeck, vol. 36, 1981, p. 457ss.

²⁸ STARCK, C., *Ibid.*, Cf. HOERSTER, N. op. cit. p. 95, nota 14.

²⁹ SARLET, I. W. op. cit. (2007), p. 39.

cultura européia, poderia ser um obstáculo à sua universalização" num contexto multicultural. Sarlet até chama essa observação de "arguta", e ao mesmo tempo avisa que essa aspecto "voltará a ser referido em outro contexto"³⁰. Referir-se a esse problema e, de fato, tomar uma posição são duas coisas distintas. Talvez, em um país como no Brasil, onde o misticismo religioso é tão forte, seja extremamente difícil defender a dignidade da pessoa humana como postulado secularizado. Sarlet reconhece a perspicácia de alguns críticos, mas permanece, junto com a maioria, fiel à onto-teologia, sem se dar o esforço de aprofundá-la e de entrar na contra-crítica de seus críticos.

Starck, por sua parte, vê-se forçado a reconhecer, implicitamente, a falta de critérios intersubjetivos em vários casos em que a dignidade humana está sendo invocada como princípio orientador normativo. Ele polemiza, por exemplo, contra as tentativas de deduzir do princípio da dignidade humana certas formas do estado-previdência ou também a prioridade do direito da mulher em detrimento do feto no seu útero. Starck recusa essas aplicações desse princípio e os denomina de "metafisicamente desenraizadas" e "escavadas" de sua função protetora. Aquelas atitudes e comportamentos que não correspondem ao que Starck considera como metafisicamente correto recebem o rótulo de aplicações metafisicamente desenraizadas do princípio de dignidade. A atitude de Starck confirma nossa tese: do princípio de dignidade humana não podem ser "deduzidas" determinadas formas de autodeterminação. Como o termo "dignidade humana" é um conceito avaliador, as controvérsias acerca de sua aplicação são necessariamente controvérsias acerca da avaliação ética que, racionalmente, não podem ser decididas.

O fato de que o princípio da dignidade, facilmente, pode-se tornar instrumento na luta entre ideologias deveria ser mais cuidadosamente analisado. No livro *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, de Antonio Enrique Pérez Luño – por muitos considerado um livro clássico sobre direitos humanos – há, no capítulo 8, uma passagem muitas vezes citada sobre a dignidade humana. Pérez Luño apresenta a dignidade humana como princípio fundador e valor básico dos direitos humanos e acentua sua importância nas relações sociais do seres humanos. Segundo Pérez Luño, o princípio de dignidade humana limita a esfera individual de cada um, estabelecendo um *mimumin* invulnerável: função importante em caso de colisão entre direitos fundamentais de vários indivíduos. De outro lado, constitui, também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de todos os indivíduos³¹. Pérez Luño inspira-se em dois autores alemães. Surpreendentemente, são dois autores totalmente antagônicos. A exposição de Pérez Luño se apresenta como uma convergência das concepções do liberal Werner Maihofer e do comunista Ernst Bloch. Maihofer, membro do partido liberal, de 1974 até 1978, era ministro do

³⁰ Ibid.

³¹ PÉRES LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5^a ed. Madri: Técnicos, 1995, p. 318.

interior da República Federal da Alemanha, posição em que sempre devia colaborar com o ministro da justiça. Ernst Bloch na posição de ministro da justiça – hipótese inimaginável para um alemão – teria, com certeza, empregado todas as suas forças para modificar o rumo da justiça alemã conforme às suas idéias de direitos humanos e da dignidade da pessoa humana. Na reconstrução de Perez Luño, as divergências ideológicas dos dois teóricos passam despercebidas. Na realidade política, no entanto, o princípio da dignidade humana não está acima da luta ideológica, pelo contrário, ele se utiliza como arma nessa luta.

A qualificação de um conceito avaliador como princípio supremo e absoluto quase sempre, necessariamente, leva a uma série de argumentações pseudo-objetivas e a pseudo-legitimizações. Isto pode ser verificado pela análise das listas de comportamentos caracterizados como violações do princípio de dignidade humana. Como não se pode simplesmente “deduzir” do princípio de dignidade de textura aberta todos os atos contrários a ele, é inevitável que se recorra, para identificar tais atos, a ideologias ou concepções metafísicas. Não é de se surpreender que, no Brasil, cuja cultura é tão fortemente impregnada pela religião, um jurista simplesmente recepciona, no seu livro sobre o *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*, a posição da encíclica *Gaudium et Spes*. Acontece no livro de Ferreira dos Santos. Contraria a dignidade humana:

tudo quanto se opõe à vida, como seja toda a espécie de homicídio, genocídio, aborto, eutanásia e suicídio voluntário; tudo o que viola a integridade da pessoa humana, como as mutilações, os tormentos corporais e mentais e as tentativas para violentar as próprias consciência; (...) as condições de vida infra-humanas, as prisões arbitrárias, as deportações, a escravidão, a prostituição, o comércio de mulheres e jovens; e também as condições degradantes de trabalho, em que operários são tratados como meros instrumentos de lucro, e não como pessoas livres e responsáveis³².

Um jurista que, humildemente, torna-se escravo da teologia! Ferreira dos Santos poderia apoiar-se no fato de esta lista, geralmente, estar em conformidade com as concepções normativas da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Os resultados, no último capítulo, mostram que esta convergência entre a encíclica e a Magna Carta, de fato, é um ponto crucial da exposição do autor. Ferreira dos Santos dispensa-se de qualquer análise crítica. Ele não toma em consideração, por exemplo, a idéia de uma possível legalização da eutanásia passiva: não discute a questão de saber se pelo princípio de dignidade humana não se pode justificar a renúncia a futuros esforços terapêuticos quando um paciente, em fase terminal, não agüenta mais o sofrimento e prefere morrer.

Uma tentativa muito séria e bastante eficaz de operacionalizar o princípio de dignidade humana para a prática jurídica é a proposta de Günter Dürig, comentador reconhecido da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Inspirando-se no pensamento kantiano de que “o

³² SANTOS, F. op. cit. p. 97.

homem não pode ser utilizado unicamente como meio por nenhum homem (nem por outros, nem sequer por si mesmo), mas sempre ao mesmo tempo como fim, e nisto consiste precisamente sua dignidade (a personalidade)³³, Dürig conclui que tratar o homem como coisa é contrário à sua dignidade. Segundo Dürig, o significado exato do artigo 1º, inciso I, da Lei Fundamental “a dignidade do homem é intangível” consiste na estrita repulsão de qualquer coisificação do ser humano. Essa idéia densificou-se depois na chamada “Objektformel” (“fórmula do homem-objeto”), que fortemente influenciou o Supremo Tribunal da Alemanha.

Aplicando essa fórmula, geralmente se identificam uma série de práticas como violações da dignidade humana (das quais aí só alguns exemplos que são suficientes para nosso objetivo): determinadas penas estatais como pena de morte; prisão vitalícia sem possibilidade de libertação antecipada por via de perdão judicial; penas crueis, como, por exemplo, reclusão em cela isolada; certos meios interrogatórios no processo penal, assim como a utilização do detector de mentiras, tortura. Contudo, não só práticas estatais, mas também atos individuais podem violar a dignidade humana e, nesses casos, é tarefa do Estado protegê-la eficientemente por normas de sanção e sua aplicação. Consideram-se atos atentatórios contra a dignidade, sobretudo: agressões à vida ou honra das pessoas, proclamação de ódio ou de violência contra indivíduos ou grupos de população.

No contexto de sua aplicação pelos tribunais, entretanto, evidenciam-se, também, os limites dessa fórmula. Já a idéia de Kant não é sempre adequadamente compreendida. Ao passo que Kant formula que o homem não pode (deve) ser *unicamente* utilizado como meio, em publicações jurídicas, às vezes, pode-se ler que *nunca* deve ser utilizado como meio. Talvez esse mal-entendido se explique pelo fato de que, pela fórmula de Dürig, não somente se recusava a *coisificação* do homem, mas também sua *instrumentalização*. Essa interpretação não é somente uma interpretação errada da idéia kantiana, mas resultam dela também consequências absurdas. Quando necessitamos dos serviços de um motorista de táxi, de um eletricista ou de um pintor em nossa casa, utilizamos esses indivíduos como meios (ou “instrumentos”) e eles, por sua vez, oferecem-se como meios. Razoavelmente, a idéia kantiana só pode significar que, ao utilizarmos os serviços de tais indivíduos, não devemos tratá-los desrespeitosamente, mas considerá-los como pessoas com suas próprias finalidades, titulares de dignidade. Os maus tratos que Michelangelo, pintor da cúpula da Capela Sixtina, sofreu do papa Julio II – e qualquer outro tipo de mau trato – ultrapassam a coisificação assim como a instrumentalização. Não se maltratam coisas e instrumentos, mas só seres vivos capazes de sentir dor física e psíquica. Dizer que um sádico utiliza pessoas como “meios” para satisfazer seus desejos perversos já é uma minimização do grau de ilegitimidade de tais tipos de atos.

³³ KANT, I. op. cit (1968), p. 462.

Na jurisprudência, a aplicação da fórmula “homem-objeto”, às vezes, resulta em acórdãos esquisitos que mostram não somente um discernimento duvidoso dos tribunais, mas também o *status* problemático da dignidade humana como princípio, visto que, frequentemente, a ele se refere para justificar opiniões morais particulares. Em 1982, o Tribunal Administrativo Federal da Alemanha proferiu uma sentença contra a admissão de “peep shows” (exibição de mulheres nuas vistas através de um orifício). O tribunal argumentou que tais shows são contrários à dignidade das mulheres que deles participam, pois exigem delas um papel humilhante, tornando-as em objetos. A argumentação seria compreensível se a lesão da dignidade humana consistisse no fato de as mulheres serem feitas objetos comerciais dos interesses sexuais dos homens. Se esse argumento for considerado válido, todos os serviços sexuais, incluindo a prostituição, deveriam ser proibidos como contrários à dignidade humana, indiferente se forem oferecidos por mulheres ou homens. A argumentação do tribunal só acentuou o fato da “coisificação” das mulheres dentro de um “processo comercial automatizado”, sugerindo que tais shows se distinguam “fundamentalmente” dos programas de *striptease* em que “a situação pessoal-subjetiva” das mulheres permaneceria intocada³⁴.

Hoerster, na sua crítica a esse acórdão, compara os *peep shows*, em primeiro lugar, com o esporte dos pugilistas, dos corredores de fórmula 1 e dos artistas que, em frente de uma massa anônima, arriscam saúde e vida. Em segundo lugar, compara esses shows com concertos de rock, em que uma massa anônima está sendo envolvida numa orgia atordoadora, de modo que ouvintes jovens estão colocados num estado de êxtase abúlico.

Essa comparação leva Hoerster a questionar se, numa sociedade mais ou menos esclarecida, vida e saúde não poderiam ser aspectos de dignidade humana com mais alto grau de aprovação do que a recusa de certas formas de satisfação sexual. E ainda pergunta se é completamente absurdo sentir aquela perda de identidade que os participantes de concertos de rock sofrem como mais repugnante do que a excitação sexual durante um *peep show*, que, normalmente, só dura um minuto³⁵.

O grau do dissenso acerca da adequada aplicação do princípio de dignidade é muito mais alto do que aparece na literatura jurídica brasileira. Até no modo de recepcionar a concepção kantiana, sempre presente na argumentação jurídica, já se evita a análise das divergências das atuais convicções normativas em comparação com as convicções de Kant. Se essas divergências forem examinadas, esclarecer-se-ia o fato de que são, sobretudo, valorizações circunstanciais, mudando de época a época, que freqüentemente determinam os juízos acerca das práticas que correspondem ao princípio da dignidade humana em contraste aos atos que contrariam esse princípio.

³⁴ HOERSTER, N. op. cit. p. 95.

³⁵ Ibid., p. 96.

Atualmente, prevalece a convicção de que o princípio de dignidade humana implica a desaprovação da pena de morte. Para Kant, porém, a pena de morte é completamente compatível com a dignidade da pessoa humana. Segundo a teoria kantiana, é o princípio de igualdade que determina espécie e grau da pena:

O mal imerecido que fazes a outro de teu povo o fazes a ti mesmo... se o mates, matas a ti mesmo... Só a lei de talião (*ius talionis*) pode determinar, de modo seguro, a qualidade e a quantidade da pena, porém, bem entendido, com a condição de ser apreciado por um tribunal (não pelo juiz privado): todos os demais princípios de punição são oscilantes e não podem concordar com uma justiça pura e estrita, devido às considerações estranhas que com eles se misturam³⁶.

Segue-se daí:

Se o criminoso cometeu um assassinato, ele também deve morrer. Não há nenhum equivalente que satisfaça a justiça. Não existe equivalência entre uma vida, seja ela a mais penosa possível, e a morte, por conseguinte, tampouco há igualdade entre o crime e a represália a não ser pela morte do culpado... Mesmo se a sociedade civil, com o consentimento de todos os seus membros, se dissolvesse (como se, por exemplo, um povo que habitasse uma ilha se dedicasse a abandoná-la e a se dispersar por toda parte do mundo), o último assassino preso deveria ser executado para que cada qual receba o que merecem seus atos e para que o crime do homicídio não recaísse sobre o povo que descuidasse da imposição dessa punição: porque então poderia ser considerado como cúmplice de tal violação pública da justiça³⁷.

Opiniões igualmente rígidas ainda hoje sobrevivem na população. Outras posições tomadas por Kant poucas pessoas ainda poderiam aceitar. Encontra-se em Kant a palavra estranha de “suicídio parcial”. Escreve Kant:

Privar-se de uma parte integrante como órgão (mutilar-se), por exemplo, dar ou vender um dente para implantá-lo na mandíbula de outrem, ou deixar praticar consigo a castração para poder viver com maior conforto como cantor, etc., faz parte do suicídio parcial³⁸.

Se uma pessoa se decidesse a doar um rim para seu irmão que necessita desse órgão para sobreviver, o doador, segundo Kant, cometeria um ato de “suicídio parcial” e com isso uma lesão à sua dignidade humana.

Quem hoje teria a idéia de que se ajoelhar em frente de imagens de santos é um ato pelo qual tal pessoa devota viola sua dignidade? Afirma, porém, Kant:

³⁶ KANT, I. op. cit. (1968), p. 332.

³⁷ Ibid. p. 333.

³⁸ Ibid., p. 423.

Ajoelhar-se ou prostrar-se, ainda que seja para manifestar desse modo a veneração pelos objetos celestes, é contrário à dignidade humana, como também invocá-los em presença de imagens, visto que neste caso vocês não se humilham ante de um *ideal* que sua própria razão lhe apresenta, mas ante de um *ídolo*, objeto fabricado por vocês³⁹.

Não se pode dizer que essa posição não seja uma consequência do purismo racionalista de Kant. Até poderia ser defendida como consequência inevitável desse purismo rigoroso. De outro lado, é bem provável que seja também um certo anti-catolicismo, proveniente da educação pietista que Kant tinha recebido, que se manifesta nessa afirmação. Com certeza, um fiel kantiano consideraria inaceitável (até contra a dignidade humana) qualquer forma de catolicismo popular.

Aqui, não se defende nenhuma dessas opiniões kantianas. A elas fazemos referências só para apontar para o tipo de ecletismo que determina a utilização da teoria kantiana no Direito: desconsidera-se tudo aquilo que não está de acordo com o clima das atuais convicções normativas. O ecletismo como tal aqui não é objeto de crítica. Nunca podemos aceitar todos os ensinamentos tradicionais. Pelo contrário, advogamos por uma análise crítica das teorias clássicas. Problemático, porém, é um ecletismo que, sem argumentos, dogmaticamente se refere a partes específicas da teoria de um autor (ou da tradição inteira), negligenciando as partes mais incômodas, sem nenhuma justificação. Ainda mais grave é o seguinte: as idéias positivamente selecionadas aparecem na roupagem de uma objetividade incontestável, como se, agora, a nossa maneira de utilizar princípios absolutos (deixando “a janela para a metafísica aberta” para entrarem princípios absolutos e incontestáveis) não fosse impregnada pelo relativismo das opiniões morais de nossa época.

Uma das mais repugnantes aplicações de um princípio absoluto, princípio da sacralidade da vida humana, pela jurisprudência foi realizada recentemente na Alemanha⁴⁰. Depois de um exame falho das vias respiratórias (erro médico), uma menina de quatro anos caiu em coma vígil. Ela não falava mais, não se comunicava com as pessoas. Havia sinais de vida, sim, sinais extremamente fortes: espasmos e gritos de dor que acompanham os pesadelos da mãe até hoje. Os sedativos falharam. A criança foi submetida a tratamentos em vários hospitais especializados, inclusive a cirurgias. O estado dela não melhorou; os gritos de dor continuavam. Quando perceberam que não havia mais melhora possível, os pais decidiram que os tratamentos e as medidas de prorrogação da vida de sua filha não deveriam continuar. O chefe do setor pediátrico no qual ela estava internada fez intercalar as autoridades estatais. Um tribunal desapossou aos pais, parcialmente, o poder pátrio, interditando-os de levá-la para casa. A criança ficou no hospital, e as “torturas” continuavam. Finalmente, depois

³⁹ Ibid, p. 436s.

⁴⁰ Caso relatado pela revista alemã *Der Spiegel*, n. 42, de 15 de outubro de 2007.

dez meses de luta, o Tribunal Estadual Superior de Hamm (Westfália) decidiu em favor da demanda dos pais. No dia 4 de julho de 2007, os pais levaram a filha para casa, onde o médico da família devia acompanhar a fase terminal da criança. O litígio ainda não terminou. No dia 7 de julho, os pais receberam, pelo fax, a notícia de que o Supremo Tribunal da Alemanha, de novo, tinha-lhes desapossado o poder pátrio. Tarde demais: a criança já tinha falecido.

As cartas de leitores da revista, publicadas na edição de 29 de outubro de 2007, foram unânimes na manifestação de horror sobre esse rigorismo da jurisprudência (exceto o acórdão do Tribunal Estadual Superior de Hamm). “Quem nos protege de tais juízos?”, perguntou um dos leitores.

Perguntamos nós: Qual é a metafísica que nos protege dos princípios absolutos? Quem nos protege dos princípios absolutos?

CAVETE PRINCIPIA ABSOLUTA!⁴¹

5. REFERÊNCIAS

- GARCIA, E. *Conflito entre Normas Constitucionais*. Esboço de uma teoria geral, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.
- HEGEL, G.W.F. *Princípios da Filosofia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- HOERSTER, N. Zur Bedeutung des Prinzips der Menschenwürde, in: *Juristische Schulung*, München: C.H. Beck, vol. 82, 1983.
- KANT, I. *Die Metaphysik der Sitten*, in: Kants Werke, Akademie-Ausgabe, Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1968, vol. VI.
- KANT, I. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. In: Os Pensadores, 2. ed. São Paulo: Victor Civita, 1984.
- KERSTING, W. *Politik und Recht. Abhandlungen zur politischen Philosophie der Gegenwart und zur neuzeitlichen Rechtsphilosophie*, Weilerswist: Velbrück Wissenschaft, 2000.
- KONDYLIS, P. Würde, in: BRUNNER, O. CONZE, W. KOSELLECK, R. (eds.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Stuttgart: Klett-Cotta, 1992, vol. 7.
- PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*, 5. ed. Madri: Tecnos, 1995.
- SANTOS, F. Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa*. Uma análise do inciso III, do artigo 1º, da Constituição Federal de 1988, Fortaleza: Celso Bastos, 1999.
- SARLET, I.W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, 5. ed. revista

⁴¹ Tomem cuidado com os princípios absolutos.

e aumentada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 6. ed. revista, atualizada e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STARCK, C. *Menschenwürde als Verfassungsgarantie im modernen Staat*. In: *Juristen-Zeitung*, vol. 36, 1981.

TRAPP, M. *Naturrecht, Wertordnung, Vernunft*, in: *Archiv für Rechts- und Soziophilosophie*, vol. 32, 1986.



NATUREZA JURÍDICA DO EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO

Hugo de Brito Machado¹

RESUMO

Neste artigo analisa-se o empréstimo compulsório a partir do estudo de conceitos tributários fundamentais e de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave

Empréstimo compulsório. Tributos. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência.

ABSTRACT

This article analyzes the compulsory loan on based on fundamental tax concepts and Supreme Court's jurisprudence.

Key-words

Compulsory. Taxes. Supreme Court. Jurisprudence.

1. INTRODUÇÃO

A evolução histórica do empréstimo compulsório vem de vários séculos, como nos mostra Maria de Fátima Ribeiro em excelente monografia, na qual registra praticamente toda a legislação brasileira sobre o assunto, até 1985.²

A questão de saber se o empréstimo compulsório é, ou não é, um tributo, foi posta perante o Judiciário quando o governo federal vinha utilizando esse instrumento como válvula de escape para suprir as deficiências de seu caixa sem os controles atinentes ao poder de tributar. E os que sustentaram a natureza tributária do empréstimo compulsório o fizeram precisamente na tentativa de opor às pretensões do fisco os limites próprios do tributo.

A tese afirmativa da natureza tributária do empréstimo compulsório era fortalecida especialmente pela atitude irresponsável do governo, de permanente inadimplência, pois jamais devolvia as quantias cobradas a título de empréstimo.

¹ Juiz aposentado do TRF da 5^a Região. Professor Titular de Direito Tributário da UFC. Presidente do Instituto Cearense de Estudos Tributários.

² RIBEIRO, Maria de Fátima. *A Natureza Jurídica do Empréstimo Compulsório no Sistema Tributário Nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

A propósito dessa lamentável atitude, já registramos a confissão, feita por um notável ex-Ministro da Fazenda, implícita em interessante tentativa de coibir essa inadimplência reiterada do governo federal, no âmbito de uma das inúmeras propostas de reforma, quando escrevemos que

... o relator da matéria, Deputado Mussa Demes, acolheu proposta do Deputado Delfin Neto segundo a qual fica a União proibida de instituir empréstimo compulsório enquanto estiver inadimplente em relação ao anterior. Cuida-se de solução inteligente, porque preserva o empréstimo compulsório, que na verdade é um valioso instrumento para a administração das finanças públicas, e faz com que ele seja o que realmente é, um *empréstimo*, em vez de um *imposto*, como na prática tem sido.³

O inadimplemento, pela União Federal, de seu dever jurídico de devolver o que obrigou o contribuinte a lhe emprestar, poderá continuar a ocorrer, pois a proposta de Delfin Neto a final não foi incorporada ao texto constitucional. Mas esse inadimplemento não pode ser colocado como argumento no sentido de se ter o empréstimo compulsório caracterizado como tributo, pois não se pode tomar como elemento essencial para a identificação de uma categoria jurídica algo que, no plano da concreção, no plano do ser, contraria a previsão normativa, vale dizer, contraria o desenho dessa categoria jurídica no plano do dever ser.

O Supremo Tribunal Federal já sumulou sua jurisprudência no sentido de que o empréstimo compulsório não é tributo, e a vigente Constituição Federal definiu um regime jurídico para os empréstimos compulsórios que parece haver desestimulado sua utilização pelo governo, que tem optado por instrumento mais adequado a seus interesses de arrecadar cada vez mais, as contribuições, em relação às quais parece precária a proteção constitucional do contribuinte.

Seja como for, conta com aceitação praticamente unânime em nossa doutrina a tese segundo a qual o empréstimo compulsório é um tributo. Entendemos que não é, mas não é a divergência de opinião que nos faz considerarmos que o assunto está ainda a exigir alguns esclarecimentos. Todos nós temos o direito de termos e sustentarmos nossas opiniões, mas não devemos deixar de investigar as questões que nos são colocadas apenas porque já temos opinião firmada sobre as mesmas.

Por outro lado, muitas divergências a respeito de teses jurídicas não se situam propriamente nas teses, mas nos conceitos nelas envolvidos. Ao questionarmos se empréstimo compulsório é tributo, temos de fixar primeiramente o conceito de tributo, sob pena de podermos entrar em divergências inúteis, intermináveis, que podem ter sede no conceito de *tributo* e não na natureza jurídica do *empréstimo compulsório*.

Assim, vamos examinar aqui a questão da *natureza jurídica* dos empréstimos

³ MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. vol. 1. São Paulo: Atlas, 2003, p. 250.

compulsórios buscando, em primeiro lugar, a definição de conceitos que a nosso ver são indispensáveis a uma conclusão segura. Conclusão no sentido de que se trata de um tributo, ou de que não se trata de um tributo, mas, em qualquer caso, preservando a indispensável coerência, pois a final todos temos o direito de ter e sustentar opiniões diferentes, mas temos todos, sempre, o dever da coerência. Como ensina Radbruch, invocando lição de Goethe, “as diversas maneiras de pensar acham afinal o seu fundamento na diversidade dos homens e por isso será sempre impossível criar neles convicções uniformes.”⁴ Entretanto, é possível existirem opiniões divergentes sem que em nenhuma delas exista incoerência.

Começaremos por indicar o que pretendemos dizer quando falamos em *natureza jurídica* de alguma coisa. Depois examinaremos os conceitos de *tributo*, e de *receita pública*, para a final nos situarmos no exame da questão de saber se os *emprestimos tributários* são, ou não são, espécies de tributo.

2. CONCEITOS FUNDAMENTAIS

2.1. Os conceitos e a coerência da conclusão

Quando elaboramos uma tese jurídica qualquer, partimos necessariamente de algum ou de alguns pressupostos para afirmar uma conclusão. Geralmente esses pressupostos são colocados como pontos pacíficos, mas nem sempre o são. É possível que compreensões diferentes a respeito de um pressuposto provoquem conclusões diferentes, vale dizer, é possível que a tese enseje divergências que, a rigor, não residem na tese propriamente dita, mas em um ou em alguns de seus pressupostos.

Assim, quando cogitamos de divergências a respeito da tese segundo a qual os empréstimos compulsórios são tributos, temos de verificar o que os contendores entendem por *tributo*. É possível que uma compreensão mais ampla desse conceito permita nele incluirmos os empréstimos compulsórios, enquanto uma compreensão mais restrita nos obrigue a uma conclusão diversa. E quando dizemos que o tributo é uma *receita pública* estamos colocando em questão outro conceito a respeito do qual também pode haver mais de uma compreensão.

A expressão natureza jurídica também não está imune a controvérsias. Por isto mesmo vamos começar esclarecendo o que, no âmbito desse estudo, com a mesma queremos expressar.

2.2. Natureza jurídica e regime jurídico

Quando cogitamos da *natureza jurídica* de alguma coisa estamos querendo saber quais as prescrições jurídicas são a ela aplicáveis. Em outras palavras,

⁴ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*, tradução de L. Cabral de Moncada, 5^a edição. Coimbra:, Arménio Amado, 1974, p. 59.

estamos querendo saber como o Direito trata essa coisa. O que ela é para o Direito. Qual o seu *regime jurídico*. Aliás, a importância prática da definição da natureza jurídica de qualquer coisa reside especialmente na definição do seu regime jurídico fundamental.

Realmente, se algo tem a natureza jurídica de contrato, sabe-se que os princípios jurídicos relativos aos contratos são aplicáveis. É certo que o regime jurídico específico de qualquer coisa pode ser diverso. Aliás, a diversidade do regime jurídico é que lhe confere especificidade. Mas a definição da natureza jurídica de uma categoria jurídica qualquer, presta-se para indicar o feixe de normas que, em princípio, a ela se aplica, sem prejuízo da posterior identificação de normas jurídicas que lhe conferem especificidade dentro da categoria à qual pertence.

Assim, se dizemos que o *empréstimo compulsório* tem a natureza jurídica de *tributo* estamos afirmando que os princípios e regras que compõem o Direito Tributário são a ele aplicáveis.

2.3. Tributo e receita pública

Tem decisiva importância no exame da tese segundo a qual o empréstimo compulsório é um tributo a questão de saber o que devemos entender por tributo. O Código Tributário Nacional diz que “tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”⁵

A questão que se coloca, então, no contexto da tese que estamos a examinar, é a de saber o que significa a palavra *prestação*, contida nesse dispositivo legal. A nosso ver a palavra *prestação*, nesse dispositivo legal, tem o sentido de transferência de riqueza, tem sentido econômico. Em outras palavras, é uma receita pública. A propósito, já escrevemos:

O art. 3º do CTN não é incompatível com o art. 9º da Lei nº 4.320/64. As duas definições legais são compatíveis e se completam. Assim, no plano rigorosamente jurídico, é verdadeira a afirmação segundo a qual o tributo é uma receita, no sentido econômico, e não apenas no sentido financeiro.

O tributo é uma *receita pública*. E esta, segundo lapidar definição de Aliomar Baleeiro, “é a entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem acrescer o seu vulto, como elemento novo e positivo.”⁶ Destaque-se, com Aliomar Baleeiro, que “as quantias recebidas pelos cofres públicos são genericamente designadas como “entradas” ou “ingressos”. Nem todos esses ingressos, porém, constituem receitas

⁵ Código Tributário Nacional, art. 3º.

⁶ BALEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*, 13ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 116.

públicas, pois alguns deles não passam de movimentos de fundos, sem qualquer incremento do patrimônio governamental, desde que estão condicionados à restituição posterior ou representam mera recuperação de valores emprestados ou cedidos ao governo.^{7 8}

O tributo é a fonte primordial de recursos da qual se pode valer o Estado para o atendimento de suas necessidades. E não é uma categoria nova. Existe desde quando existe o Estado, em sua forma mais primitiva. No dizer de Aliomar Baleeiro:

O tributo é vetusta e fiel sombra do poder político há mais de 20 séculos. Onde se ergue um governante, ela se projeta sobre o solo de sua dominação. Inúmeros testemunhos, desde a Antigüidade até hoje, excluem qualquer dúvida.⁹

O tributo ao qual se refere Baleeiro é precisamente a *receita pública*, como tal definida em nosso sistema jurídico. É uma *prestação* no sentido de transferência de riqueza do contribuinte para o Estado, que por isto mesmo implica redução do patrimônio líquido do primeiro e aumento do patrimônio líquido do segundo. Neste sentido, doutrina Túlio Rosembuj:

La prestación tributaria es un comportamiento positivo, dar sumas de dinero, que establece el simétrico empobrecimiento patrimonial del obligado y el enriquecimiento del ente público, y debido, en el sentido de la absoluta prevalencia de la ley sobre la autonomía de voluntad del sujeto obligado.¹⁰

Definido, assim, o tributo como *receita pública*, e esta, na lição autorizada de Baleeiro, acima transcrita, “é a entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem acrescer o seu vulto, como elemento novo e positivo.”¹¹

4. NATUREZA JURÍDICA DO EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO

4.1. A tese afirmativa da natureza tributária

Não obstante a manifestação do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, a influência das lições dos mais eminentes tributaristas brasileiros, aliada à necessidade de se construir obstáculo ao abuso do governo na instituição e cobrança de empréstimos compulsórios, tem feito prevalecer em nossa

⁷ BALEIRO, A. op. cit. ,p. 116.

⁸ MACHADO, Hugo de Brito. *O Conceito de Tributo no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 23.

⁹ BALEIRO, Aliomar Baleeiro. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*, 7^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 1.

¹⁰ ROSEMBUJ, Túlio. *Elementos de Derecho Tributario*, Barcelona: Blume, 1982, p. 114.

¹¹ BALEIRO, A. op. cit (1981), p. 116.

doutrina a tese segundo a qual o empréstimo compulsório é um tributo. Assim é que na primeira edição do nosso *Curso de Direito Tributário* escrevemos:

Empréstimos Compulsórios. Que constituem tributo isto é hoje indiscutível. Aliás, mesmo antes de sua inclusão no sistema tributário, pela Constituição Federal, já sustentávamos sua natureza tributária.

O Supremo Tribunal Federal, todavia, entendeu não se tratar de tributo, mas de um contrato coativo, e essa orientação foi consagrada na súmula de sua jurisprudência predominante (Súmula nº 418).

A natureza tributária do empréstimo compulsório é indiscutível, a ele se aplicando, até por força de disposição constitucional, as regras jurídicas da tributação (CF art. 21, § 2º, II).

Como espécie de tributo, só o fato de ser restituível o distingue das demais espécies. Em tese, nada há que o caracterize como espécie autônoma. Mas como no Brasil não há outro tributo que seja restituível, achamos conveniente estudá-lo como espécie distinta das demais.¹²

Na fundamentação dessa tese muitos se limitam a dizer que o empréstimo compulsório alberga todos os elementos do conceito legal de tributo, estabelecido pelo art. 3º do nosso Código Tributário Nacional. Nada dizem a respeito do significado palavra *prestação*, contida nesse dispositivo legal. E resta implícito que a ela atribuem um sentido amplo, que inclui a prestação meramente financeira, a simples transferência da posse do dinheiro, sem que seja necessária a transferência de sua propriedade. E nesse ponto reside, com certeza, a razão essencial da divergência. Se à palavra *prestação*, no art. 3º do Código Tributário Nacional, atribuirmos o sentido de transferência patrimonial, ou econômica, com certeza não poderemos afirmar que o empréstimo compulsório alberga todos os elementos da definição legal de tributo porque, com certeza, ele não opera essa transferência. Entretanto, se a essa palavra atribuirmos o sentido de transferência simplesmente financeira do dinheiro que o obrigado leva aos cofres públicos, então poderemos, aí sim, afirmar que o empréstimo compulsório realmente alberga todos os elementos da referida definição legal.

Os defensores da tese segundo a qual o empréstimo compulsório é um tributo argumentam, ainda, com o art. 4º do Código Tributário Nacional, sustentando que a restituição do valor do empréstimo, portanto, é inteiramente irrelevante.

4.3. Fundamentação da tese na Teoria do Direito

Conscientes, talvez, do equívoco em que se incorre ao confundir a destinação dos recursos arrecadados e a restituição do empréstimo compulsório,

¹² MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Resenha Tributária, 1979, pág. 21-22.

e com a inserção do dever do Estado, de restituir, na relação obrigacional tributária, alguns defensores da tese que afirma a natureza tributária do empréstimo compulsório preocuparam-se em elaborar argumento, utilizando conceitos próprios da Teoria Geral do Direito. Amílcar Falcão, por exemplo, sustentou que o empréstimo compulsório nada mais é do que um imposto com aplicação determinada que vai até o final consubstanciado na restituição. Gilberto de Ulhôa Canto, por seu turno, sustentou que no empréstimo compulsório instauram-se duas relações jurídicas inseparáveis. E o Mestre Gomes de Sousa, comentando esses argumentos, asseverou:

... A discordância de Gilberto de Ulhôa Canto é apenas quanto à identificação total do empréstimo compulsório ao imposto com destinação determinada, e o pensamento dele (como estou reproduzindo conversas e discussões que tive verbalmente com Gilberto e que ele próprio não reduziu a escrito, não existindo portanto uma fonte autêntica, onde se possa informar a respeito), parece-me que o fundamento da sua objeção é o de que pela construção de Amílcar Falcão existe apenas uma relação jurídica, a tributária, ao passo que no pensamento de Gilberto de Ulhôa Canto existem, no caso do empréstimo compulsório, duas relações jurídicas inseparáveis, uma, a tributária, para justificar a exigência compulsória da subscrição do empréstimo, que seria uma relação jurídica inversa, pela qual o poder público assume o compromisso de restituir.

Gilberto de Ulhôa Canto justifica essa sua posição, de que a tese de Amílcar Falcão, verdadeira em si mesma, comportaria esta complementação, pela observação de que a idéia de uma obrigação do Estado para com o contribuinte, ou seja, a obrigação de restituir, é inconciliável com a própria noção de relação jurídica tributária. Esta tem por essência a idéia de uma fonte de receitas definitivas para o poder público.¹³

Como se vê, Gilberto de Ulhôa Canto afirmava, com inteira razão, ser inadmissível uma relação jurídica tributária estabelecendo o dever do Estado de devolver o tributo recebido. Daí partirem aqueles eminentes juristas para a construção, falaciosa, data máxima vénia, de que no empréstimo compulsório existiriam duas relações jurídicas distintas. Era esta, aliás, a explicação de Alfredo Augusto Becker, que afirma existirem no empréstimo compulsório duas relações jurídicas distintas, e esclarece:

A primeira relação jurídica é de natureza *tributária*: o sujeito passivo é um determinado indivíduo e o sujeito passivo é o Estado. A segunda relação jurídica é de natureza administrativa: o sujeito ativo é aquele indivíduo e o sujeito passivo é o Estado.

Note-se que a relação jurídica administrativa é um “*posteriorius*” e a relação jurídica tributária um “*primus*”, isto é, a satisfação da

¹³ SOUSA, Rubens Gomes de. ATALIBA, Geraldo. CARVALHO, Paulo de Barros. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 156-157.

prestaçāo da prestaçāo na relação jurídica de natureza tributária, irá constituir o nucleo da hipótese de incidência da outra regra jurídica (a que disciplina a obrigação de o Estado restituir) que, incidindo sobre sua hipótese (o pagamento do tributo), determinará a irradiação de outra (a segunda) relação jurídica, esta de natureza administrativa.

O argumento é evidentemente falacioso. Na verdade o empréstimo compulsório não é uma *prestaçāo* tributária. Não é uma prestaçāo ou receita pública que se integra definitivamente no patrimônio da entidade pública. A ocorrência do fato previsto em lei como necessário e suficiente para fazer nascer, para o indivíduo, o dever de entregar dinheiro aos cofres públicos não faz nascer o dever de *prestar*, mas apenas o dever de *emprestar* dinheiro aos cofres públicos. A relação jurídica que se estabelece com a sua ocorrência é uma só, albergando o dever do indivíduo de emprestar, e o dever da entidade pública de restituir o valor a ela emprestado. É certo que não ocorrendo o empréstimo não existirá o dever de restituir, mas isto não quer dizer que existam duas relações jurídicas distintas.

4.4. Destinação e restituição

Os autores que afirmam ser o empréstimo compulsório um tributo utilizam geralmente o art. 4º do Código Tributário Nacional, argumentando ser irrelevante para a determinação da natureza específica do tributo a destinação ou aplicação do produto de sua arrecadação.

Esse argumento é equivocado, pelo menos por duas razões, a saber:

Primeira, a de que a norma do art. 4º do Código Tributário Nacional não se refere à determinação da natureza tributária de uma receita, mas à determinação da natureza jurídica específica do tributo, o que é coisa bem diferente. Essa norma que afirma ser irrelevante a destinação do produto da arrecadação aplica-se ao caso em que se esteja buscando definir um tributo como imposto, como taxa, ou como contribuição de melhoria, que são as três espécies de tributo indicadas no art. 5º, do Código. Não aos casos nos quais se esteja buscando definir a natureza jurídica de um ingresso de dinheiro nos cofres públicos, posto que alguns desses ingressos podem ter destinação especificamente estabelecida, que integra o seu regime jurídico.

Segunda, a de que não se pode confundir a destinação de recursos que entram no patrimônio público, com o dever de restituir o que foi recebido a título de empréstimo. Uma coisa é dizer-se que os valores recebidos a título de empréstimo compulsório devem ser restituídos. Outra, bem diversa, é dizer-se que os valores recebidos a título de empréstimo compulsório devem ser destinados às despesas, ou aos investimentos, que justificaram a sua instituição, como faz o parágrafo único, do art. 148, da Constituição Federal. O dever de restituir os valores tomados por empréstimo não se confunde com a aplicação

que o Estado vai fazer desses valores.

Antes da Constituição Federal de 1988 os recursos arrecadados com um empréstimo compulsório podiam ter aplicações diversas, mas nenhuma delas se confundia com a sua restituição. Consciente da impropriedade do argumento, Amílcar Falcão preocupou-se com a reformulação do argumento, ampliando o conceito de aplicação. Por isto mesmo afirmou, como testemunha Gomes de Sousa,

que o empréstimo compulsório é na verdade um imposto com aplicação determinada, sendo que esta aplicação se estende por toda uma circulação do dinheiro representado pelo produto do empréstimo, até um ponto final desta circulação, quer seria a reversão deste dinheiro a quem originariamente contribuiu.¹⁴

Esse argumento procura esconder que o empréstimo compulsório, exatamente porque não enseja o recebimento de recursos em caráter definitivo, não é uma receita pública. E na verdade não, como a seguir se verá.

4.5. Empréstimo compulsório e receita pública

O empréstimo compulsório não é na verdade uma receita pública porque não transfere, em caráter definitivo, recursos financeiros do patrimônio particular para o patrimônio público. O regime jurídico do empréstimo contém norma que o faz essencialmente diferente do regime jurídico da receita pública. Kiyoshi Harada aponta, com propriedade, essa distinção, ensinando:

O empréstimo público não se confunde com a receita pública, que pressupõe o ingresso de dinheiro aos cofres públicos, sem qualquer contrapartida, ou seja, corresponde a uma entrada de dinheiro que acresce o patrimônio do Estado. O empréstimo público não aumenta o patrimônio estatal, por representar mera entrada de caixa com a correspondência no passivo. A cada soma de dinheiro que o Estado recebe, a título de empréstimo, corresponde uma contrapartida no passivo, traduzida pela obrigação de restituir dentro de determinado prazo.¹⁵

O empréstimo compulsório, a rigor, não é tributo e nem chega a ser uma receita pública, tal como no âmbito das empresas privadas um empréstimo eventualmente obtido de uma instituição financeira não é uma receita. A receita, convém repetirmos, com Baleeiro,

é a entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem acrescer o seu vulto, como elemento novo e positivo.¹⁶

Todos os recursos financeiros recebidos pelos cofres públicos qualificam-se

¹⁴ SOUSA, R. ATALIBA, G. CARVALHO, P. op. cit. p.156.

¹⁵ HARADA, Kiyoshi. *Compêndio de Direito Financeiro*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994, p. 82

¹⁶ BALEIRO, A. op. cit. (1981), p. 116.

como entradas, ou ingressos. Entre eles estão as receitas, que implicam aumento do patrimônio público, e os denominados movimentos de fundos, que em nada acrescem esse patrimônio, pois nele ingressam gerando sempre um passivo, uma dívida, correspondente ao montante recebido.

4.6. A doutrina estrangeira

A doutrina estrangeira é exuberante no apontar a distinção essencial entre o tributo e o empréstimo compulsório. O Professor Nuno de Sá Gomes ensina, com inteira propriedade:

A prestação satisfeita a título de *imposto* é *definitiva* e sem contrapartida no sentido de que não dá direito ao devedor que a pagou a *restituição, reembolso, retribuição* ou *indenização*, a cargo do credor tributário.

Esta característica, como vamos ver, leva-nos a distinguir o imposto dos *empréstimos públicos*, mesmo *forçados*, da *requisição administrativa*, da *nacionalização*, da *expropriação por utilidade pública*, que sempre darão origem a *prestações* desse tipo, conforme os casos, a que o ente público ficará adstrito.¹⁷

José Casalta Nabais, também qualifica o imposto como uma prestação definitiva, que não dá lugar a qualquer reembolso, restituição ou indenização.¹⁸

Dino Jarach, estudando os empréstimos forçados admite o caráter tributário destes, que surge precisamente da coerção, posto que a lei estabelece um pressuposto de fato que, uma vez concretizado, faz nascer a obrigação de conceder o empréstimo. Mesmo assim, esclarece que a diferença entre o empréstimo e o imposto consiste em que no primeiro, e não no segundo, o governo assume as obrigações referentes aos juros, amortização e extinção da dívida em seu vencimento. Em suas palavras:

El carácter tributario surge precisamente de la coerción de la suscripción, a través de la ley que lo establece. Como en el impuesto, hay un presupuesto de hecho definido en el texto legal que, al verificarse en la realidad de los hechos del caso concreto, da nacimiento a la obligación de suscribir el empréstito en la cantidad, precio y demás condiciones que la ley fije o autorice al poder público a fijar.

La diferencia entre el empréstito forzoso y el impuesto consiste en que en el primero, e no en el segundo, el gobierno asume las obligaciones referentes a intereses, amortización y extinción de la deuda a su vencimiento.¹⁹

Essa mesma distinção é apontada por Soares Martínez, reportando-se ao imposto que, em suas palavras, “tem por fim a realização de uma receita pública

¹⁷ GOMES, Nuno de Sá. *Manual de Direito Fiscal*. Lisboa: Rei dos Livros, 1998, p. 63.

¹⁸ NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 224.

¹⁹ JARACH, Dino. *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, 2^a ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, p. 249

e não depende de outros vínculos jurídicos, nem determina para o sujeito ativo respectivo qualquer dever de prestar específico.”²⁰

5. REGIME JURÍDICO DO EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO

5.1. Na Teoria Geral do Direito

No âmbito da Teoria Geral do Direito nos parece que a palavra tributo tem sido em geral utilizada para designar a prestação pecuniária exigida pelo Estado para o custeio das suas atividades. Tributo é prestação que transfere riqueza do patrimônio do contribuinte para o patrimônio do Estado.

Certamente não se pode dizer que na Teoria Geral do Direito à palavra tributo jamais se tenha atribuído significado diverso. Mais amplo. Abrangente, também, das transferências simplesmente financeiras. Dos empréstimos compulsórios. Não se pode, todavia, afirmar que tal uso seja adequado, e que os empréstimos compulsórios não reclamem um regime jurídico próprio.

O empréstimo compulsório na verdade deve ter um regime jurídico próprio, específico, que não se confunde com o regime jurídico dos tributos. Maria de Fátima Ribeiro, que fez profunda investigação da doutrina sobre o empréstimo compulsório, conclui “que o único elemento comum aos esquemas do Empréstimo Compulsório, do imposto, da taxa, da contribuição de melhoria e das contribuições parafiscais, é o parâmetro da obrigatoriedade.”²¹ E não nos parece razoável admitir-se que a *obrigatoriedade* supere diferenças essenciais, como o dever de restituir.

Por outro lado, não nos parece razoável confundir-se o dever de restituir, que caracteriza e distingue o empréstimo compulsório, com a destinação do tributo. Preferimos, portanto, concluir afirmando que no âmbito da Teoria Geral do Direito os empréstimos compulsórios constituem categoria própria, que não se confunde com os tributos.

Há quem indique como nota essencial de qualquer empréstimo a *voluntariedade*. Empréstimo compulsório, para os que assim entendem, seria uma contradição em termos. Ou alguém empresta, e o faz voluntariamente, ou alguém sofre uma imposição, e de empréstimo, portanto, não se cuida.

Não nos parece, porém, que seja assim. Empréstimo, registra De Plácido e Silva, tem sentido bem mais abrangente:

Derivado do latim *promutuari* (emprestar), é indicativo para exprimir toda espécie de cedência de uma coisa ou bem, para que outrem a use ou dela se utilize, com a obrigação de restituí-la, na forma indicada, quando a pedir o seu dono ou quanto terminado

²⁰ MARTINEZ, Soares. *Direito Fiscal*, 7^a edição, Coimbra: Almedina, 1995, p. 27.

²¹ RIBEIRO, M. op. cit. p. 172.

o prazo da concessão.²²

O empréstimo é a cedência temporária de uma coisa, bem ou direito. Como geralmente se opera mediante um contrato, pode parecer que a voluntariedade seja elemento essencial seu. Ocorre que a palavra empréstimo pode designar o contrato, mas pode designar também a própria cedência, que é o objeto do contrato. Neste caso, o empréstimo, significando a própria cedência, não tem a voluntariedade como elemento essencial. Embora seja, em regra, voluntária, vale dizer, contratual, a voluntariedade não é de sua essência. O que é essencial para que se configure é na verdade o não ser uma transferência definitiva da coisa, bem ou direito, mas uma transferência temporária, na qual se faz presente, sempre, o dever de restituição. O entregar para, mais adiante, receber de volta, é que na verdade caracteriza o empréstimo, que pode ser voluntário, como geralmente é, ou forçado, como eventualmente pode ser.

A obrigação do contribuinte, nos empréstimos compulsórios, é na verdade uma obrigação “*ex lege*”. Tal como a obrigação tributária decorre do fato previsto em lei como necessário e suficiente a seu nascimento. Não se confunde, porém, com a obrigação tributária porque contém necessariamente o dever do ente público de restituir os valores emprestados. Esse dever de restituir é elemento integrante da própria relação jurídica que se estabelece em razão da ocorrência da hipótese legalmente prevista.

A obrigação tributária é o vínculo jurídico em virtude do qual o particular é obrigado a entregar dinheiro ao ente público. Essa entrega de dinheiro, vale dizer, o pagamento do tributo, extingue o vínculo, extingue a relação obrigacional tributária.

A obrigação de emprestar dinheiro ao ente público, de que se cuida nos empréstimos compulsórios, é o vínculo jurídico em virtude do qual o particular é obrigado a entregar dinheiro ao ente público e este é obrigado a devolvê-lo, no prazo, nas condições e com os encargos estabelecidos na lei. A entrega do dinheiro, pelo particular, não extingue a relação obrigacional, que subsiste até que o ente público o devolva.

Todos os fatos da atividade do Estado, concernentes aos recursos financeiros que recebe e aplica, compõem o que se costuma denominar *fenômeno financeiro*. Esse fenômeno financeiro é o objeto de estudos da Ciência das Finanças Públicas, que dele se ocupa tendo em vista um conhecimento não especificamente jurídico. Um conhecimento no qual o significado dos fatos, no que importa ao financista, não é atribuído pela norma jurídica, formando-se a partir da realidade fática, vale dizer, a partir daquilo que é, e não a partir daquilo que *deve ser* segundo determinado sistema de normas.

O financista, embora sem poder ignorar as normas jurídicas, ocupa-se do fenômeno financeiro dando ênfase ao fato e às leis *naturais*, ou leis de causalidade, que o regem, tais como a lei segundo a qual quanto maior seja

²² DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. vol II. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 158.

a alíquota do tributo maior será a resistência oferecida pelo contribuinte. Em outras palavras, o financista observa o fato em seu significado objetivo, e não em seu significado especificamente jurídico. Por isto mesmo a Ciência das Finanças Públicas tende a ser universal, no sentido de que são sempre as mesmas as leis de causalidade que regem o fenômeno financeiro em qualquer País.

É certo que o regime jurídico do empréstimo compulsório o faz bem diferente do mútuo, que é um contrato de Direito privado. Aliás, os que afirmam ser o empréstimo compulsório um tributo parecem o fazem porque consideram empréstimo sinônimo de mútuo²³, o que não nos parece exato, porque o mútuo é uma categoria jurídica com regime jurídico próprio, que não se confunde com o *empréstimo*, embora às vezes essas palavras sejam utilizadas uma pela outra. Mesmo no campo do Direito privado o empréstimo pode não ser mútuo, mas comodato, que tem regime jurídico diverso, sem deixar de ser empréstimo.

Dúvida não há, portanto, de que o empréstimo compulsório tem regime jurídico específico, que não se confunde com o regime jurídico do *mútuo*, onde a voluntariedade é essencial, mas também não se confunde com o regime jurídico do *tributo*.

5.2. No Direito brasileiro

Em face do ordenamento jurídico brasileiro manifestam-se alguns no sentido de que os empréstimos compulsórios são uma espécie de *tributo*, porque estão previstos em nossa Constituição no capítulo Do Sistema Tributário Nacional. E acrescentam que o § 1º, do art. 150, da Constituição Federal, afastou qualquer dúvida que ainda se pudesse ter, pois se refere, duas vezes, aos *tributos* previstos no art. 148, inciso I, que trata de *empréstimo compulsório*.

Realmente, nossa Constituição Federal estabelece:

Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:

I – para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;

II – no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, b.

Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.

E realmente se refere ao empréstimo compulsório previsto nesse art. 148, inciso I, colocando-o entre os *tributos* excluídos do princípio da anterioridade

²³ HARADA, K. op. cit. p. 93

anual,²⁴ e nonagesimal.²⁵ Assim, se levarmos em conta apenas o elemento literal, ou lingüístico, seremos levados a admitir que em nosso ordenamento jurídico os empréstimos compulsórios são tributos. Ainda assim, todavia, em face dos dispositivos constitucionais concernentes aos empréstimos compulsórios, somos obrigados a admitir que eles estão submetidos a um regime jurídico próprio, que não corresponde ao regime jurídico de nenhum tributo.

Realmente, no Direito brasileiro os regimes jurídicos dos *empréstimos compulsórios* e dos tributos têm algumas semelhanças, mas são inegavelmente distintos. São semelhantes quanto ao princípio da legalidade, pois tanto um quanto o outro só por lei podem ser estabelecidos. São semelhantes, também, quanto ao caráter coativo e quanto à natureza pecuniária da prestação exigida. Mas são distintos em vários pontos, a saber:

a) O tributo destina-se, em princípio, ao custeio das despesas ordinárias do Estado, enquanto o empréstimo compulsório destina-se ao custeio de despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, guerra externa ou sua iminência,²⁶ ou ainda, para fazer face a investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional. Em outras palavras, o tributo existe ordinariamente, enquanto o empréstimo compulsório é de existência excepcional.

b) A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório é vinculada à despesa que fundamentou sua instituição, enquanto nada obriga a vinculação da receita de tributos a determinadas despesas, sendo tal vinculação inclusive vedada no que diz respeito a impostos, salvo as exceções constitucionalmente admitidas.

c) As normas e princípios do Direito Tributário aplicam aos tributos, salvo exceções previstas expressamente, enquanto para a aplicação dessas normas e princípios aos empréstimos compulsórios faz necessária norma que o determine expressamente, como fez o parágrafo único, ao art. 15, do Código Tributário Nacional.

d) Finalmente, o tributo ingressa no patrimônio público definitivamente, sem qualquer correspondência no passivo, enquanto o empréstimo compulsório deve ser restituído ao contribuinte no prazo e nas condições que devem constar obrigatoriamente da lei que o houver instituído.

O Professor Valdir de Oliveira Rocha, em excelente artigo sobre o tema, ensina:

Fossem tributos os empréstimos compulsórios, como previstos na Constituição de 1988, e seria preciso entendê-los, entretanto, como excepcionados da generalidade dos princípios e normas

²⁴ Constituição Federal de 1988, art. 150, § 1º, primeira parte.

²⁵ Constituição Federal de 1988, art. 150, § 1º, segunda parte.

²⁶ É certo que a Constituição admite a instituição do imposto extraordinário de guerra. (art. 154, II). Trata-se, porém, de uma exceção que não invalida a afirmação de que os tributos em geral se destinam ao custeio das despesas ordinárias dos entes públicos.

de imposição aplicáveis aos tributos. Este me parece ser o ponto decisivo para identificação da natureza jurídica dos empréstimos compulsórios, conferida pela Constituição.²⁷

E adiante Oliveira Rocha propõe e enfrenta, assim, a questão de saber qual é a identidade do empréstimo compulsório:

Se não é tributo o empréstimo compulsório, o que seria então?

A resposta terá que ter presente a Constituição de 1988, que o rege. Respondo: o empréstimo compulsório é prestação pecuniária (compulsória), estabelecida em lei complementar, que não constitui sanção de ato ilícito e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada que em muito se assemelha aos tributos, mas que tributo não é porque a Constituição o quis, nisso, distinto. Parece, mas não é. A Constituição, que tudo pode, poderia ter dito expressamente: "os empréstimos compulsórios, que em muito se assemelham aos tributos, tributos não são, porque, assim não se quer"; não o fez expressamente, mas poderá tê-lo feito – como entendo – implicitamente, como se vê de seu conceito, obtido de interpretação sistemática.²⁸

5.3. Proteção contra práticas abusivas do Poder Público

Na verdade a doutrina dos tributaristas brasileiros, ao construir a tese segundo a qual os empréstimos compulsórios são tributos, pretendeu simplesmente proteger os contribuintes contra práticas abusivas do Poder Público, que a rigor não é um cumpridor de suas obrigações, especialmente quanto ao pagamento de seus débitos. A não restituição de empréstimos compulsórios tornou-se prática comum no país e isto realmente estava a exigir um corretivo.

A doutrina que pretendeu qualificar os empréstimos compulsórios como tributo teve indiscutivelmente o grande mérito de influenciar o legislador constituinte, que terminou por construir um regime jurídico próprio para os empréstimos compulsórios, que a final é mais protetor do que o regime jurídico dos tributos em geral.

6. REFERÊNCIAS

BALEIRO, Aliomar Baleiro. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*, 13^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. vol II. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

²⁷ ROCHA, Valdir de Oliveira. Os Empréstimos Compulsórios e a Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*. N. 113. Brasília: Senado Federal, Brasília, janeiro/março de 1992, p. 206.

²⁸ ROCHA, V. op.cit. p. 207.

- GOMES, Nuno de Sá. *Manual de Direito Fiscal*. Lisboa: Rei dos Livros, 1998.
- HARADA, Kiyoshi. *Compêndio de Direito Financeiro*. São Paulo: Resenha Tributária.
- JARACH, Dino. *Finanzas Públcas y Derecho Tributario*, 2^a ed. Buenos Aires: Abel-edo-Perrot, 1996.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. vol. 1. São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. *O Conceito de Tributo no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- _____. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Resenha Tributária, 1979.
- MARTINEZ, Soares. *Direito Fiscal*, 7^a edição, Coimbra: Almedina, 1995.
- NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 1998.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*, tradução de L. Cabral de Moncada, 5^a edição. Coimbra: Arménio Amado, 1974.
- RIBEIRO, Maria de Fátima. *A Natureza Jurídica do Empréstimo Compulsório no Sistema Tributário Nacional*. Rio de Janeiro: Forense.
- ROCHA, Valdir de Oliveira. Os Empréstimos Compulsórios e a Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*. N. 113. Brasília: Senado Federal, Brasília, janeiro/março de 1992.
- ROSEMBUJ, Túlio. *Elementos de Derecho Tributario*, Barcelona: Bleme, 1982.
- SOUSA, Rubens Gomes de. ATALIBA, Geraldo. CARVALHO, Paulo de Barros. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.



O SISTEMA DE COTAS ANALISADO ATRAVÉS DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DA PROPORCIONALIDADE

Ismael Evangelista Benevides Moraes¹

RESUMO

As Leis nº 3.708/02 e nº 4.151/03, do Estado do Rio de Janeiro, ao reservarem um percentual de vagas nas Universidades Estaduais, EERJ e UENF, para candidatos negros, deficientes e egressos de escola pública, como forma de atenuar as desigualdades sociais, causaram polêmica na sociedade brasileira. Diante de tais acontecimentos, o presente trabalho analisará as ações afirmativas e o sistema de cotas, através dos princípios da igualdade e da proporcionalidade, no intuito de verificar a constitucionalidade do sistema de cotas implantado nas universidades brasileiras.

Palavras-chave

Ações afirmativas. Sistema de cotas. Igualdade. Proporcionalidade.

ABSTRACT

The Laws no. 3.708/02 and no. 4.151/03, of the State of Rio de Janeiro, when they reserved a percentage of places in the State Universities, EERJ and UENF, for black candidates, handicapped and graduates of public schools, as a way to alleviate social inequalities, caused controversy in the Brazilian society. Before such events, this essay will examine the affirmative actions and the quotas system, through the principles of equality and proportionality, in order to verify the constitutionality of the quotas system implemented in Brazilian universities.

Key-words

Affirmative Actions. Quotas system. Equality. Proportionality.

1. INTRODUÇÃO

Assunto de intenso debate e fruto de divergências, as ações afirmativas vêm à tona devido ao clamor jurídico e social causado pelas leis do Estado do Rio de Janeiro², onde o Governo reservou um percentual de vagas nas universidades estaduais, UERJ E UENF, para candidatos negros e pardos.

O presente trabalho tem por objetivo analisar a constitucionalidade do sistema de cotas aplicado pelas universidades brasileiras através dos princípios da igualdade e da proporcionalidade.

¹ Procurador Federal

² Leis nº 3.708/02 e nº 4.151/03.

Para melhor compreender a matéria em análise, dividimos o tema em três partes. Na primeira, iremos tratar da discriminação, das ações afirmativas e sua evolução histórica, da previsão constitucional e do sistema de cotas. Posteriormente, trataremos do princípio da igualdade, correlacionando-o com o sistema de cotas. Por último, analisaremos o princípio da proporcionalidade, confrontando-o com o sistema de cotas.

2. A DESIGUALDADE SOCIAL E DA DISCRIMINAÇÃO

Segundo o texto da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial de 1965, ratificado pelo Brasil em 27 de março de 1968, discriminação é:

[...] qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por fim ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos domínios político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública³.

As discriminações, conforme os ensinamentos de Joaquim Barbosa Gomes⁴, podem ser classificadas em:

- a) Discriminação intencional: ocorre quando uma pessoa suporta tratamento deliberadamente diferenciado simplesmente por motivo de raça, cor, idade, sexo ou qualquer outra característica que a torne distinta das demais. Subdivide-se em:
 - Discriminações intencionais explícitas: são aquelas em que o critério discriminatório está explícito na norma, ou seja, é nítido o fator de diferenciação utilizado.
 - Discriminações intencionais implícitas: são aquelas em que o critério discriminatório não é evidente, isto é, não se encontra na própria norma. Neste caso, é na aplicação da norma que se vislumbra o fator discriminatório. Ocorre quando após a análise dos resultados obtidos com a aplicação da norma verifica-se que um grupo de pessoas é desfavorecido em relação a outro.
- b) Discriminações não intencionais: ocorre quando não há intenção de tratar diferentemente as pessoas por motivos de raça, cor, sexo, idade etc. Dar-se, por exemplo, no caso em que o Estado mantém-se omissos em face dos grupos marginalizados da sociedade, não atuando no intuito de diminuir a desigualdade de oportunidades existente.

³ Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/discrimina/lex81.htm>. Acesso em: 04 out. 2007.

⁴ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social*. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 20-30.

Ainda hoje, uma das principais questões discutidas é se existe ou não racismo no Brasil. Questiona-se se seria a sociedade brasileira uma miscigenação tão intensa de raças que chegaria ao ponto de não existir racismo entre nós. Sobre o assunto em questão, Luis Fernando Martins da Silva afirma que a democracia racial é um mito que sobrevive como uma idealização de uma sociedade construída de uma mistura de raças e que:

Essa construção ideológica, o mito da democracia racial, torna comum a discriminação racial, ao estabelecer uma falsa consciência sobre as relações étnicas e raciais no Brasil. Impede ainda o avanço de estudos acadêmicos, (10) de diversas propostas e ações anti-racistas empreendidas pela sociedade civil organizada, também pelo próprio aparelho de Estado. (11) Aquela construção dissemina mitos que dificultam legitimar-se a criação de políticas promocionais específicas para os negros (12)⁵.

Algumas pessoas afirmam que, no Brasil, vivemos em uma democracia racial, na qual todas as pessoas são respeitadas e tratadas indistintamente, independentemente da raça ou cor à qual pertençam. Essa democracia racial seria fruto da nossa formação histórica como povo, que teve contribuições de portugueses, holandeses, espanhóis, negros e índios, formando uma miscigenação de raças, de que nasceu um povo mestiço e cordial, sem racismo e discriminação. Os opositores dessa teoria a denominam de mito da democracia racial.

Compartilhamos do entendimento de que há racismo no Brasil e que a democracia racial proclamada por muitos não passa de um mito. Se não houvesse racismo no Brasil, não haveria necessidade do artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), dispor que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. Quando uma norma jurídica proíbe a prática de determinada conduta é porque a mesma, apesar de não ser aceita pela sociedade, é realizada por alguns membros desta. Vale ressaltar o brocado jurídico *Verba cum effectu, sunt accipienda*, ou seja, não se presumem, na lei, palavras inúteis. Conforme Carlos Maximiliano, nas disposições legais há vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis, pois a lei deve ser interpretada de forma que dela resultem idéias com significação real⁶.

Portanto, há racismo no Brasil, não somente contra os negros, mas principalmente contra eles. A afirmação de que há democracia racial apenas disfarça as diferenças raciais, resultando a manutenção de uma injusta distribuição de riqueza que presenciamos, hoje, neste país. É uma forma de

⁵ SILVA, Luiz Fernando Martins da. Estudo sociojurídico relativo à implementação de políticas de ação afirmativa e seus mecanismos para negros no Brasil: aspectos legislativo, doutrinário, jurisprudencial e comparado. *Jus Navigandi*, Teresina, a, 8, n. 342, 14 jun. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5302>>. Acesso em: 04 out. 2007.

⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 250.

dizer que não precisamos de mecanismos que favoreçam o negro, pois ele não é discriminado. De acordo com os dados divulgados pelo IPEA, em 2004, “os brancos com características observáveis idênticas às dos negros têm uma remuneração 30% mais elevada”⁷.

Afirmar que há democracia racial no Brasil é o mesmo que defender que todos são absolutamente iguais perante a lei, sendo assim, todos devem ser tratados igualmente. Após a derrubada do regime absolutista, na França do século XVIII, os burgueses implantaram uma igualdade formal, absoluta, pois igualando todos os indivíduos de forma abstrata, aqueles (burgueses) que tinham um maior poder econômico iriam manter-se no topo na pirâmide social.

Assim sendo, é imprescindível enxergar e aceitar a desigualdade racial existente no Brasil para combatê-la, pois o artigo 3º, incisos III e IV da CF/88, dispõe que é objetivo da República Federativa do Brasil “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, respectivamente.

2.2. Ações afirmativas

Atualmente, as ações afirmativas provocam um intenso debate na academia e na sociedade brasileira, principalmente após a promulgação das Leis nº 3.708/02 e nº 4.151/03, do Estado do Rio de Janeiro.

As ações afirmativas são políticas públicas ou privadas, de caráter temporário, que visam transformar a igualdade formal em igualdade material. Através de instrumentos de inclusão social, as ações afirmativas atribuem medidas compensatórias à parcela da sociedade que foi marginalizada no curso da história, para que se obtenha uma igualdade de oportunidades, real, material. De acordo com Joaquim Barbosa Gomes, as ações afirmativas podem ser definidas como:

[...] conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego [...]. Em síntese, trata-se de políticas e mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito⁸.

Dentre as políticas públicas, encontram-se desde um simples apoio

⁷ IPEA. *Nota técnica sobre a recente queda da desigualdade de renda no Brasil*. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/default.jsp>>. Acesso em: 05 out. 2007.

⁸ GOMES, J. op., cit. p. 40/41.

governamental, através de incentivos fiscais, por exemplo, até mesmo o instrumento mais radical de promoção da igualdade material, as cotas. Estas estabelecem um percentual de vagas que são reservados para um grupo (marginalizado) de pessoas da sociedade, no mercado de trabalho, na universidade etc.

Entre as políticas privadas, há aquelas implantadas por empresas privadas que contratam pessoas de diversas “raças”, buscando uma maior riqueza cultural em seu ambiente de trabalho. Outro exemplo é o caso das universidades privadas que adotam medidas no intuito de que grupos diferenciados da sociedade ingressem em seu ambiente acadêmico, através de bolsas de estudo, contratação de professores originários desses grupos etc.

Por meio dessas políticas públicas e privadas objetiva-se obter uma igualdade de oportunidades entre os diversos grupos de pessoas da sociedade (igualdade material). Portanto, as ações afirmativas têm caráter temporário. Extinta a causa, extinguem-se os efeitos.

Há duas teorias que justificam a utilização das ações afirmativas. A primeira afirma que estas são medidas de justiça compensatória, ou seja, compensam a discriminação suportada por determinados grupos de pessoas da sociedade. Dessa forma, as medidas apenas podem beneficiar as pessoas que foram discriminadas ao longo da história. A outra teoria entende que as ações afirmativas são medidas de justiça distributiva, isto é, são utilizadas sempre que há uma desigualdade injustificável entre os diversos grupos de pessoas de uma sociedade. Assim sendo, podem favorecer qualquer parcela da sociedade que se encontra em posição de inferioridade na sociedade, independentemente da causa dessa desigualdade.

Entendemos que, como dispõe o próprio conceito de ação afirmativa adotado no presente trabalho, estas são medidas de caráter compensatório, sendo possível utilizá-las apenas para favorecer um grupo determinado de pessoas que, por motivos discriminatórios, encontra-se em posição de inferioridade na sociedade. Se, por exemplo, em uma sociedade X, a quantidade de negros e não-negros for eqüitativa e um destes grupos de pessoas ocuparem uma posição inferior no mercado de trabalho, tal fato, por si só, não justificará a utilização de ações afirmativas. Se há igualdade de oportunidade entre ambos os grupos e um deles se destaca, não há motivo razoável para haver tais “medidas distributivas”. Só é plausível o uso das ações afirmativas quando referida posição de inferioridade se assenta na discriminação.

Deve-se ressaltar que as ações afirmativas são designadas para favorecer qualquer grupo de pessoas que, por motivos discriminatórios, encontra-se em posição de inferioridade na sociedade. Não se aplicam apenas aos negros.

As ações afirmativas não se enquadram em nenhuma das classificações de discriminação anteriormente explanadas, pois todas estas têm um aspecto negativo, ou seja, de exclusão de direitos. Já as ações afirmativas têm um caráter positivo, pois objetivam a inclusão social. Por conseguinte, alguns autores, como Luiz Fernando Martins da Silva, intitulam as ações afirmativas de discriminação positiva.

Assim, utilizando a classificação exposta por Joaquim Barbosa Gomes, poderíamos classificar as ações afirmativas como uma discriminação positiva, intencional e explícita.

2.3 Evolução histórica

Conforme afirma Paulo Lucena de Menezes, as ações afirmativas surgiram com maior intensidade durante a década de 1960, nos Estados Unidos da América (EUA), onde, após o período pós-guerra, as reivindicações pelo fim da discriminação aumentaram⁹.

A discriminação propagou-se até meados do século XX, nos EUA, por conta de fatores históricos, como a escravidão e a Guerra Civil.

A questão da escravidão é assunto que gera grandes divergências desde a época da Declaração de Independência e da elaboração da Constituição norte-americana. Já nesta época, discutia-se se deveria ou não ser incluída a palavra escravidão na Constituição. Dessa divergência quase culminou a não elaboração da constituição e a formação da federação. O norte, industrial, não queria escravos, enquanto o sul, aristocrático, necessitava deles¹⁰.

O problema foi resolvido omitindo-se a palavra escravidão da Constituição norte-americana. Caberia, assim, a cada Estado da federação disciplinar esse assunto dentro de suas fronteiras.

Tal estrutura alterou-se apenas com o fim da guerra civil, quando o norte consagrou-se vencedor. Foram elaboradas emendas constitucionais que aboliram a escravidão em todo o território da federação, décima terceira emenda, e qualquer cerceamento do direito de votar por motivo de raça, cor ou prévio estado de servidão, décima quinta emenda, assim como se estabeleceram diversas garantias, dentre elas o devido processo legal (processual e substantivo), décima quarta emenda.

Entretanto, apesar de proibida a escravidão, no sul foram elaboradas diversas leis racistas, que proibiam os antigos escravos de exercer os mesmos direitos concedidos ao homem branco. Em 1883, no caso *Pace v. Alabama*, a Suprema Corte decidiu que uma lei que punia o casamento inter-racial não ofendia a décima terceira emenda, pois a mesma era aplicada igualmente aos brancos e negros, isto é, ambos seriam punidos. Portanto, referida lei não era constitucional. Após aludida decisão, foi elaborada a doutrina dos “separados mas iguais”¹¹.

Os defensores da doutrina dos “separados mas iguais” afirmavam que a segregação racial era admitida desde que o mesmo tratamento fosse ofertado

⁹ MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no Direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 87/94.

¹⁰ MENEZES, P. op. cit. p. 67.

¹¹ MENEZES, P. op. cit. p. 73-74.

para os negros e brancos. Portanto, não era ilegal separar negros e brancos, se estes usufruíssem de serviços iguais. Assim, foram elaboradas várias leis no sul dos EUA que estabeleceram a segregação racial como forma de manter o status anterior ao fim da escravidão. Em 1896, no caso *Plessy v. Ferguson*, a doutrina dos “separados mas iguais” foi, pela primeira vez, analisada pelo Poder Judiciário, quando fora questionada a constitucionalidade de uma lei do Estado de Louisiana que determinava a separação das acomodações rodoviárias entre negros e brancos. Questionava-se se essa lei violava ou não a décima terceira e décima quarta emendas. A Suprema Corte decidiu que referida lei não violava a décima terceira emenda, pois esta apenas estabelecia o fim da escravidão, assim como não violava a décima quinta emenda, tendo em vista que a separação de raças não determinava que uma fosse superior que a outra. A separação das instalações entre negros e brancos era reconhecida como parcela do poder de polícia de cada Estado da Federação, no sentido de preservar a ordem pública e a paz social¹².

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, no emaranhado de contradições do governo norte-americano, o qual combatia o nazismo e o anti-semitismo, mas em seu próprio território ignorava a discriminação existente entre brancos e negros, inclusive institucional, a doutrina dos “separados mas iguais” começou a perder aliados e ganhar mais opositores. Com a pressão advinda dos grupos minoritários, principalmente dos negros, que reivindicavam a igualdade de direitos e o fim da discriminação, o então Presidente dos EUA, Franklin Roosevelt, baixou uma *executive order* (similar ao nosso decreto) impedindo a discriminação racial na contratação de pessoas pelo governo e pelas empresas bélicas que mantinham contratos com este¹³.

Em 1954, no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, no qual alguns estudantes negros requeriam o acesso a determinadas instituições públicas de ensino em igualdade de condições, sem observar a segregação racial imposta aos negros, a Suprema Corte finalmente declarou que a doutrina dos “separados mas iguais” violava a décima terceira emenda, pois não proporcionava igualdade de oportunidades na educação. Essa decisão era válida somente quanto às instituições educacionais. Dessa forma, logo após, em vários outros processos, a segregação racial foi banida definitivamente, nas praias, nos parques, nos ônibus etc¹⁴.

As históricas decisões da Suprema Corte, apesar de contribuir na luta contra a discriminação, não era suficiente para extinguir o racismo da sociedade norte-americana. Assim sendo, cresceu o número de grupos e movimentos que reivindicavam direitos humanos e o fim da discriminação, surgindo líderes como Martin Luther King Jr.

¹² MENEZES, P. op. cit. p. 75-76.

¹³ STEPHANOPOULOS, George; EDLEY, Christopher Jr. *Affirmative action review: report to the president*. Disponível em: <<http://clinton2.nara.gov/WH/EOP/OP/html/aa/aa-index.html>>. Acesso em: 08 out. 2007.

¹⁴ MENEZES, P. op. cit. p. 80-85.

O recém eleito Presidente dos EUA, John Kennedy, foi o primeiro a adotar medidas concretas para combater o racismo, quando, em 1961, baixou a *executive order* nº 10.925, a qual criou um órgão encarregado de fiscalizar e punir a discriminação no mercado de trabalho¹⁵.

Com a morte de John Kennedy, seu vice e então sucessor, Lyndon Johnson, deu continuação às medidas iniciadas pelo ex-presidente falecido. Uma em destaque foi a elaboração do *Civil Right Act*, de 2 de julho de 1964, que proibia qualquer forma de discriminação por motivo de raça, cor, religião ou origem nacional, assim como vedava, especificamente, a discriminação no voto, na educação e no uso de propriedade pública. Lyndon Johnson percebeu que as medidas adotadas não surtiram o efeito esperado. Assim, em 24 de setembro de 1965, não tardou em baixar a *executive order* nº 11.246, que não apenas exigia o fim da discriminação, como também estabelecia medidas efetivas em favor de membros de minorias étnicas e raciais, no intuito de diminuir as desigualdades. Em 13 de setembro de 1967, a referida *executive order* foi emendada para abranger a discriminação com base no sexo¹⁶. Nessa época surgiram as primeiras ações afirmativas, como são entendidas atualmente.

Apesar de as medidas não terem sido observadas de modo satisfatório, verifica-se um progresso na atuação do governo no sentido de extinguir o racismo na sociedade norte-americana.

Avanços significativos podem ser observados durante o governo de Richard Nixon, quando, em 1969, foi elaborado o *Philadelphia Plan*, que teve o propósito de efetivar o *Civil Right Act* de 1964, estabelecendo que aqueles que mantinham contratos com o governo federal deveriam adotar ações afirmativas com a finalidade de identificar e corrigir as desigualdades em relação às mulheres e aos grupos minoritários. A correção dessas desigualdades deveria ser feita através do cumprimento de metas numéricas, as quais não poderiam ser rígidas e inflexíveis, na contratação de empregados¹⁷.

A partir de então surgiram diversas leis que não só proibiam a discriminação, como exigiam ações positivas de modo a compensar os grupos minoritários pela discriminação suportada ao longo da história.

Com a promulgação de tais leis, começaram a surgir ações judiciais questionando a constitucionalidade das ações afirmativas. No ano de 1978, no caso *Regents of the University of California v. Bakke*, foi discutido, pela primeira vez, o mérito acerca da constitucionalidade das ações afirmativas. No referido processo, o candidato Bakke impugnava um programa da Universidade da Califórnia que reservava 16 das 100 vagas para grupos minoritários. Bakke queria a declaração de constitucionalidade do referido programa, pois não fora aprovado devido à reserva de vagas¹⁸.

¹⁵ BRUNNER, Borgna. *Affirmative action history: a history and timeline of affirmative action*. Disponível em: <<http://www.infoplease.com/spot/affirmative1.html>>. Acesso em: 08 out. 2007.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ STEPHANOPOULOS, G. EDLEY, C. op. cit.

¹⁸ MENEZES, P. op. cit. p. 81-82.

Nesse caso, embora a Suprema Corte não tenha analisado a questão sobre a *equal protection clause* (princípio da igualdade), proferiu decisão que admitiu Bakke na Universidade da Califórnia, pois esta não poderia ter estabelecido quotas rígidas e inflexíveis. Dessa forma, a Suprema Corte demonstrou ser juridicamente possível o estabelecimento de ações afirmativas a partir do critério racial, desde que não fosse o único critério seletivo e não fossem estabelecidas quotas rígidas e inflexíveis.

Após vários anos e diversos julgamentos acerca das ações afirmativas, a Suprema Corte estabeleceu que estas poderiam, igualmente, adotar metas na contratação e promoção de empregados, desde que não fossem utilizados critérios rígidos. Assim sendo, as ações afirmativas passaram também a serem utilizadas para a correção das desigualdades e a distribuição de renda (caráter distributivo).

Com o advento do governo de Ronald Reagan, as ações afirmativas começaram a perder aliados e a ganhar opositores, pois, conforme Reagan, elas já teriam cumprido a sua função.

A partir de então, as ações afirmativas passaram a ser mais questionadas, com uma maior freqüência, no Poder Judiciário. Por diversas vezes a Suprema Corte alterou seu entendimento acerca do assunto, tendo em vista, principalmente, a mudança de sua composição, com a entrada de vários ministros conservadores. Diante de tais fatos, as ações afirmativas perderam seu caráter distributivo, podendo ser utilizadas apenas para compensar um grupo minoritário de pessoas que hajam suportado discriminação no passado; bem como se chegou a um consenso, na Suprema Corte, sobre o exame que deveria ser feito das leis que estabeleciam ações afirmativas, sob a luz da *equal protection clause*¹⁹.

Para a análise da constitucionalidade das ações afirmativas frente à *equal protection clause*, a Suprema Corte entendeu que deveria ser adotado o critério rigoroso. Desse modo, toda ação afirmativa era presumida inconstitucional, sendo válida apenas quando o Poder Público comprovasse que a medida estava de acordo com um fim estatal cogente. Só não seria inconstitucional se o governo provasse que ela possuía tal fim estatal cogente. Anteriormente, não havia consenso sobre qual seria o critério utilizado, se o rigoroso ou o intermediário, por conseguinte, sua análise não era tão rígida²⁰.

¹⁹ Os critérios utilizados pela Suprema Corte na aferição da constitucionalidade de uma lei sob a luz da *equal protection clause* (princípio da igualdade) são: a) critério rigoroso: as leis submetidas a este critério presumem-se inconstitucionais, sendo ônus do Poder Públco comprovar que a ação governamental implantada com a lei está de acordo com um fim estatal cogente, para que a mesma não seja declarada inconstitucional; b) critério intermediário: não há presunção de inconstitucionalidade da norma, devendo a parte que a alega provar que a lei não está de acordo com objetivos constitucionais importantes; e, c) critério mínimo: para que a lei seja considerada constitucional, basta comprovar que o fator de discriminação adotado pela lei questionada está de acordo com um interesse legítimo do governo.

²⁰ MENEZES, P. op. cit. p. 135-142.

Enquanto, em 1980, as ações afirmativas ganhavam destaque no mundo, a Suprema Corte e a sociedade norte-americana começaram a restringir a utilização das mesmas na promoção da igualdade e no combate à discriminação²¹.

2.4. Previsão constitucional

As ações afirmativas não são apenas permitidas pela CF/88. Esta exige a sua utilização. De acordo com o artigo 37, inciso VIII, da CF/88, o legislador deverá promulgar lei ordinária que deverá reservar um percentual mínimo de vagas para deficientes em cargos e empregos públicos. Caso a referida lei não seja elaborada e promulgada, caberá ação de inconstitucionalidade por omissão ou mandado de injunção. A presença dessa ação afirmativa no texto constitucional justifica-se diante da discriminação suportada pelos deficientes na sociedade brasileira, principalmente no âmbito das relações de trabalho.

Há também outros casos de ações afirmativas exigidas pelo constituinte originário. No artigo 7º, inciso XX, da CF/88, por exemplo, é exigida uma posturaativa do Estado, no sentido de elaborar leis que assegurem a proteção ao mercado de trabalho da mulher. Tais medidas visam concretizar a igualdade material, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. Assim dispõe o artigo 3º, incisos III e IV, da CF/88:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Corroborando referido entendimento, Carmen Lúcia Antunes Rocha afirma que:

Verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover – são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional²².

Portanto, a adoção de ações afirmativas, no combate à discriminação e na promoção da igualdade material, é permitida pela CF/88.

Ainda que não fossem expressamente previstas na CF/88, as ações afirmativas poderiam ser utilizadas como instrumento de promoção da

²¹ Ibidem, p. 135.

²² ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Ano 33, n.131, jul./set. 1996, p. 289.

igualdade material, pois, conforme o artigo 5º, §2º, da CF/88, “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes dos princípios e regimes por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

2.5. O sistema de cotas

Cotas e ações afirmativas não são sinônimas, pois aquelas são instrumentos destas. As cotas são ações afirmativas em que há reserva de vagas em setores da sociedade para determinado grupo de pessoas, como, por exemplo, a reserva de vagas nas universidades brasileiras. No sistema de cotas, a raça, o sexo, a idade etc., são utilizados como critério predominante para definir o grupo de pessoas que será beneficiado.

As cotas surgiram nos EUA depois da constatação da ineficácia dos procedimentos clássicos de ações afirmativas, como, por exemplo, incentivos pecuniários às universidades públicas ou privadas que admitissem negros no campo discente ou docente. Passou-se, então, à adoção de políticas mais ousadas e radicais (as cotas), reservando um percentual das vagas, nas universidades, por exemplo, para determinado grupo minoritário²³.

No Brasil, a adoção do sistema de cotas difundiu-se após a promulgação da CF/88, que exigiu do legislador ordinário a elaboração de lei²⁴ que estabeleça a reserva de um percentual mínimo de vagas em concursos públicos para deficientes. Antes mesmo da polêmica causada pelas leis do Estado do Rio de Janeiro, que reservaram um percentual de vagas nas universidades estaduais para candidatos negros, foram promulgadas diversas leis prevendo o sistema de cotas, como, por exemplo, a Lei Federal nº 9.504/97, que estabelece que “cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo”, claramente direcionada às candidaturas femininas.

Contudo, antes mesmo da CF/88, a pioneira em cotas nas universidades foi a Lei Federal nº. 5.465/68, denominada “lei do boi”²⁵, que instituía a reserva de vagas:

[...], anualmente, de preferência, de 50% (cinquenta por cento) de suas vagas a candidatos agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras, que residam com suas famílias na zona rural e 30% (trinta por cento) a agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras, que residam em cidades ou vilas que não possuam estabelecimentos de ensino médio nos cursos de graduação de Agricultura e Veterinária²⁶.

²³ BRUNNER, B. op. cit.

²⁴ Lei Federal nº 8.112/90.

²⁵ SILVA, L. op. cit.

²⁶ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2007.

Uma das críticas mais consistentes ao sistema de cotas aplicado pelas universidades brasileiras diz respeito ao critério utilizado para identificar os candidatos negros. Permanece uma incógnita sobre a pergunta: quem é negro? Questiona-se a respeito do critério a ser adotado, se o sociológico (é negro quem se sente negro) ou o biológico (é negro quem tem ascendência negra).

Os defensores do critério biológico afirmam que não existem raças. Há uma só espécie: a humana. Negro é aquele indivíduo que é tratado como negro (discriminado) pela sociedade. Assim sendo, justifica-se a adoção do critério da auto-declaração, isto é, quem se sente negro, discriminado, que se declare negro. Contudo, esse critério abre espaço para fraudes, pois, se um branco declara-se negro, quem terá o “direito” e o “poder” de questioná-lo?

O segundo critério é adotado nos EUA, o qual considera negro aquele que tem ascendência negra, desconsiderada a aparência física. É a *regra de uma gota*. Contudo, há uma grotesca falha na adoção deste critério, pois a ação afirmativa poderá favorecer pessoas que, apesar de ter um ascendente negro (avô, por exemplo), não têm aparência física negra e, portanto, não são discriminadas.

Esse é o principal problema enfrentado pelo sistema de cotas implantado pelas universidades brasileiras: a definição do grupo favorecido, os negros. Posteriormente, através dos princípios da igualdade e da proporcionalidade, demonstraremos que da adoção do critério racial resulta a inconstitucionalidade das cotas.

A utilização de cotas é também contestada pelos defensores da meritocracia, que afirmam que as cotas são uma afronta ao sistema do mérito, acolhido pelo artigo 208, inciso VIII, da CF/88.

A meritocracia é uma ideologia que divide os papéis disponíveis na sociedade conforme o mérito, o desempenho, o talento, a capacidade de cada indivíduo, sem levar em consideração sua trajetória e biografia. De acordo com Lívia Barbosa, é uma aristocracia de talentos, na qual é afastada qualquer forma de privilégios hereditários²⁷.

Essa ideologia é típica das sociedades igualitárias, nas quais cada indivíduo adquire uma posição na sociedade conforme o seu próprio desempenho, havendo oportunidades para todos (igualdade material). Nessas sociedades, não se assegura que todos tenham iguais quantidades de bens, mas que cada um possua aquilo que merece.

Entretanto, para que a meritocracia possa ser adotada, é imprescindível a igualdade de condições para a competição, pois se não houver essa igualdade, não há como aferir o mérito de cada um. A avaliação do talento é válida apenas quando a situação é a mesma para todos os candidatos²⁸. É esse o problema enfrentado na avaliação do mérito no sistema de seleção de candidatos nas universidades brasileiras. Não há igualdade de oportunidades.

²⁷ BARBOSA, Lívia. *Equaldade e meritocracia: a ética do desempenho nas sociedades modernas*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 22.

²⁸ Ibidem, p. 34.

Os defensores da meritocracia/opositores das ações afirmativas esquecem que não há mérito no vestibular de hoje. Atualmente, o vestibular não avalia o mérito dos candidatos, mas do estabelecimento de ensino no qual estudou. Não há competição em uma seleção em que concorrem candidatos egressos de escolas privadas, de boa qualidade, de um modo geral, e candidatos egressos de escolas públicas, na grande maioria de qualidade duvidosa. Não há mérito algum nesse sistema. De acordo com o artigo 206, inciso I, da CF/88, deve haver igualdade de acesso à educação, leia-se, de qualidade. Dessa forma, se não há igualdade de acesso à educação, não é razoável adotar a meritocracia de um modo indiscriminado. É necessário mitigá-la.

Válida é a crítica ao critério utilizado pelo sistema de cotas nas universidades brasileiras: a raça. Esse critério não pode ser adotado no sistema de cotas no ensino superior, pois o acesso à universidade é realizado através do exame do vestibular, no qual o avaliador e o avaliado não se encontram, ou seja, não há nenhum contato visual entre eles. Portanto, o simples fato de o candidato ser negro não o prejudica ou favorece na correção de sua prova. Diferentemente ocorre no mercado de trabalho, pois, na maioria dos casos, na seleção de candidatos à vaga de emprego oferecida há contato entre empregador/entrevistador e candidato à vaga/entrevistado, podendo haver, neste caso, uma discriminação racial, situação em que o fato de ser negro pode influenciar no resultado da seleção.

Portanto, apesar de haver racismo na sociedade brasileira, o critério racial não pode ser utilizado como fator de diferenciação na adoção de ações afirmativas no âmbito da educação, no qual prevalece a condição econômica, e não a cor da pele.

É necessário ressaltar que a adoção das cotas não exime o governo de implantar medidas no intuito de melhorar o sistema educacional. As cotas são medidas temporárias de efeitos imediatos, que visam incluir determinado grupo de pessoas nas universidades.

Além de investir na melhoria da rede pública de ensino, o Estado tem o dever de auxiliar os universitários que ingressaram pelo sistema de cotas, pois, possivelmente, terão dificuldades em acompanhar os outros alunos, haja vista a situação econômica e a deficiência no ensino público. Esse auxílio poderá ser através de aulas extras, bolsas de estudo, para a compra de livros, passagens de ônibus, xerox, e todas as despesas que terão durante o curso. Se esse auxílio não for prestado ao aluno egresso do sistema de cotas, este poderá tornar-se um universitário deficiente que, mais tarde, demandará cotas no mercado de trabalho, haja vista a disparidade técnica em relação aos demais formandos que tiveram condições econômicas de usufruir plenamente das oportunidades oferecidas no ensino superior.

Não se pode olvidar, igualmente, que nem todas as universidades brasileiras estão preparadas para receber alunos cotistas, pois, como afirmamos

acima, há uma série de medidas que devem acompanhar o sistema de cotas, e, com certeza, nem todas as universidades dispõem de orçamento adequado para executar as aludidas medidas, além de outras que poderão mostrar-se necessárias, de acordo com cada caso.

3. IGUALDADE

Para ser entendido como é hoje, o princípio da igualdade atravessou duas fases, que se acumulam, se complementam. Em sua primeira fase, a igualdade era compreendida apenas em seu aspecto formal, ou seja, ao Estado era vedado tratar as pessoas desigualmente por motivos de sexo, raça, cor, idade etc., pois eram critérios suspeitos. Já na segunda fase, a igualdade era também compreendida por um viés material, isto é, o Estado deveria atuar positivamente no intuito de proporcionar a todos uma igualdade de oportunidades, real, e não apenas formal, abstrata.

A igualdade em seu aspecto formal foi desenvolvida durante o Iluminismo e a derrocada do Antigo Regime pela Revolução Francesa. Após o fim do absolutismo e a ascensão da burguesia, provocados pelo desenvolvimento do comércio e pelo acúmulo de riquezas, os burgueses começaram a reivindicar direitos humanos, fundados, principalmente, na liberdade e na igualdade, devendo o Estado abster-se de intervir na economia e proporcionar a todos uma igualdade absoluta. Todos são seres humanos, portanto, devem ser tratados igualmente, sem distinção de qualquer natureza. Daí a denominação igualdade formal, apenas na forma, na lei. O objetivo da burguesia era manter um estado de absoluta igualdade, pois, com a extinção dos privilégios do clero e da nobreza e sua superioridade econômica, poderia dominar o poder²⁹.

Com o advento do Estado Social de Direito, com as constituições do México, de 1917, e da Alemanha, de 1919, o qual tinha como uma de suas funções proporcionar a todos uma igualdade de oportunidades, principalmente através de direitos sociais, a igualdade passou a ser compreendida em seu caráter material. O Estado Social de Direito surgiu para reparar as desigualdades agravadas pelo Estado Liberal de Direito, abstencionista, no qual a igualdade era adotada apenas em seu viés formal. Dessa forma, de acordo com a igualdade material, o Estado deve, inicialmente, abster-se de tratar as pessoas diferentemente, mas, sempre que necessário, pode e dever adotar tratamento diferenciado no sentido de proporcionar uma igualdade real, de oportunidades. Os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente, na medida em que se desigualam.

Como já explanado anteriormente, o artigo 3º, incisos III e IV, da CF/88, exige do Estado uma postura ativa no intuito de reduzir as desigualdades sociais e regionais, além de vedar qualquer forma de discriminação apenas por motivo de raça, sexo, idade etc. Portanto, a CF/88 previu a igualdade em seus dois aspectos, formal e material.

²⁹ MENEZES, P. op. cit. p. 18-20.

3.1. Requisitos

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, é notória a afirmação de Aristóteles de que os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente. No entanto, questiona: “Quem são os iguais e quem são os desiguais?”. As leis nada mais fazem senão discriminar situações para a regência de tais ou quais regras, cabendo aos aplicadores do Direito indagar quais discriminações são juridicamente intoleráveis³⁰.

De acordo com o aludido autor, a diferença de tratamento estabelecida pela lei só não ofende a igualdade quando respeitados três requisitos, cumulativamente: o primeiro diz respeito ao elemento adotado como fator de diferenciação; o segundo refere-se à relação existente entre aquele fator e o tratamento diferenciado; e o terceiro alude à consonância dessa relação com os objetivos previstos na CF/88³¹.

O primeiro requisito é subdividido em outros dois. Inicialmente, a norma jurídica não pode adotar um elemento como fator de diferenciação que individualize no presente e indefinidamente um só sujeito, pois, caso contrário, não realizará um dos objetivos do princípio da igualdade, qual seja, evitar perseguições e tolher favoritismos. A norma deve ser geral e abstrata³². Posteriormente, o fator de diferenciação deve residir na pessoa, coisa ou situação a ser diferenciada. O tempo, por exemplo, não pode ser adotado como critério discriminante, pois não reside nas pessoas, coisas ou situações, ele é igual e o mesmo para tudo e para todos. Quando uma norma estabelece uma data como critério discriminante, não é o tempo o elemento discriminatório, mas o conjunto de situações que ocorreram durante aquele espaço de tempo.

De acordo com o segundo requisito, deve haver uma relação lógica entre o elemento adotado como fator de diferenciação e o tratamento diferenciado. Se, por exemplo, uma norma estabelece que os militares com mais de 1,80 metro de altura terão 15 dias a mais de férias em relação aos demais militares, aludida norma ofende a igualdade, pois não atende ao segundo requisito, haja vista não haver correlação entre estatura e período de férias.

Conforme o terceiro requisito, a relação existente entre o fator de diferenciação e o tratamento diferenciado deve estar em consonância com os objetivos da República Federativa do Brasil. Um exemplo citado por Celso Antônio Bandeira de Melo esclarece bem este terceiro requisito: o governo brasileiro promulga uma lei que favorece os grandes empresários, com redução de tributos, e prejudica os pequenos empresários, com a majoração dos mesmos, tendo em vista os altos investimentos e o elevado número de empregos envolvidos nas

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 10/11.

³¹ MELLO, C. op. cit. p. 21.

³² A norma é geral quando tem como destinatário uma coletividade de pessoas. É abstrata quando regula uma situação reproduzível no tempo.

atividades realizadas pelos grandes empresários. Referida lei observa fielmente os dois primeiros requisitos: o fator de diferenciação reside nos sujeitos (numerário de investimento e empregos envolvidos), e a lei não individualiza no presente e indefinidamente um só sujeito; e há uma relação lógica em beneficiar com a redução da carga tributária aqueles que mais contribuem para o desenvolvimento nacional, incentivando-os. Contudo, referida lei não observa o terceiro e último requisito, pois, de acordo o artigo 173, §4º, da CF/88, a República Federativa do Brasil deve favorecer os pequenos empresários, objetivando assegurar a livre concorrência e evitar o domínio de mercados³³.

Dessa forma, para que seja preservado o princípio da igualdade, o tratamento diferenciado adotado por qualquer norma jurídica deve observar os três requisitos, acima explanados, cumulativamente.

3.2 O sistema de cotas e a igualdade

Para que não haja ofensa ao princípio da igualdade, o sistema de cotas deve adotar como fator de diferenciação um elemento que resida nas pessoas e que não individualize no presente e indefinidamente um só sujeito; deve haver uma relação lógica entre o fator de diferenciação e o tratamento diferenciado; e essa relação deve estar em consonância com os objetivos da CF/88.

O elemento utilizado como fator de diferenciação pelas cotas é a raça, isto é, quem for negro será beneficiado. A raça é um elemento que reside nas pessoas a serem diferenciadas, bem como as normas que prevêem as cotas não individualizam no presente e indefinidamente um só sujeito, pois são gerais e abstratas. Desse modo, há observância ao primeiro requisito.

De acordo com o segundo requisito, deve haver uma relação lógica entre a raça (critério discriminante) e o favorecimento no vestibular aos candidatos negros, através da reserva de vagas exclusivas para este grupo de pessoas (tratamento diferenciado). Em uma primeira análise, superficial, parece haver uma relação lógica entre o fator de diferenciação e o tratamento diferenciado. Isso ocorre porque os negros, por motivos históricos (escravidão), não puderam acumular riquezas e, sem condições financeiras para custear uma educação de qualidade, não têm igualdade de condições de obter êxito no vestibular, que dá acesso ao ensino superior.

Contudo, se analisarmos mais cuidadosamente esse segundo requisito, veremos que há uma afronta à igualdade. Vejamos o seguinte exemplo: João e José estudaram na mesma instituição de ensino desde o primeiro ano da educação infantil até o último ano do ensino médio. João é negro e José branco. Ambos prestaram vestibular para medicina e obtiveram a mesma pontuação nas provas. Contudo, devido ao sistema de cotas, apenas João passou.

³³ MELLO, C. op. cit. p. 43.

Não há relação lógica alguma. Duas pessoas iguais, em igualdade de condições, estão sendo tratadas desigualmente. Há discriminação simplesmente por motivo de raça. Não é esse o objetivo das ações afirmativas. Estas visam favorecer determinados grupos da sociedade porque foram marginalizados, discriminados, e não porque são negros, brancos, índios etc.

Dessa forma, o atual sistema de cotas viola o princípio da igualdade, é inconstitucional. Não há lógica alguma em tratar duas pessoas iguais desigualmente.

4. PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade é um dos temas mais relevantes do constitucionalismo moderno. É um princípio geral do direito que tem como função primordial dirimir os conflitos de princípios constitucionais em um caso concreto. Conforme a teoria de Robert Alexy, os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, aplicam-se da melhor maneira possível. O instrumento adequado para realizar essa concretização (aplicação) no caso concreto é a proporcionalidade.

Dessa forma, quando dois direitos fundamentais entram em colisão, é através da proporcionalidade que se faz um balanceamento de interesses e verifica-se qual deles irá prevalecer no caso concreto, sem excluir o outro.

Como leciona Canotilho³⁴, o princípio da proporcionalidade surgiu inicialmente no campo do Direito Administrativo, com o objetivo de limitar o Poder Executivo e suas medidas de restrição à liberdade individual.

Na França, à época do Iluminismo e da decadência do regime da legalidade absoluta (Império da Lei), através da doutrina do desvio de poder, o *Conseil D'État* passou a realizar o controle judicial dos atos administrativos ilegais, nestes incluídos os discricionários. Contudo, devido às tradições francesas e à supremacia do Poder Legislativo, não houve espaço para um maior avanço do princípio da proporcionalidade³⁵.

Foi na Alemanha que esse princípio foi erigido à categoria de princípio constitucional, com fundamento no Estado de Direito, no qual a legalidade transformou-se em legalidade proporcional, devendo a lei ser proporcional aos fins perquiridos. Durante o regime nazista, foram cometidos excessos sob o manto da legalidade. Ao fim do citado regime, verificou-se que não bastava elencar direitos fundamentais na Constituição e observar o princípio da legalidade. Necessitava-se de algo mais para assegurar os direitos fundamentais. Assim, a doutrina alemã e o Tribunal Federal Constitucional Alemão desenvolveram o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios, de modo a fortalecer a proteção aos direitos fundamentais³⁶.

³⁴ CANOTILHO, J. op. cit. p. 261.

³⁵ BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade & razoabilidade*. 1^a ed. Curitiba: Juruá, 2004, p. 73-74.

³⁶ BRAGA, V. op. cit. p. 74.

4.1. Subprincípios

A doutrina é unânime em dividir o princípio da proporcionalidade em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Para ser proporcional, a medida deve ser analisada na ordem dos subprincípios acima exposta e obedecer concomitantemente a todos eles.

De acordo com o subprincípio da adequação, é adequada a medida que for apta, idônea, a atingir o fim pretendido, ou seja, deve ser suficiente para atingir o objetivo almejado. Caso a medida utilizada não tenha capacidade de atingir o fim perseguido, então haverá ofensa ao princípio da proporcionalidade.

Conforme o subprincípio da necessidade, o meio utilizado deve ser o menos oneroso possível, isto é, não deve haver nenhum outro meio que possa atingir igualmente aquele fim e que seja menos oneroso. Caso haja, a medida usada será desproporcional.

Por fim, nos termos do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, deve haver mais vantagens com o fim obtido do que desvantagens com a medida utilizada. Corroborando referido entendimento, Guerra Filho afirma que “haverá proporcionalidade em sentido estrito quando o meio a ser empregado se mostra como o mais vantajoso, no sentido da promoção de certos valores com o mínimo de desrespeito de outros, que a eles se contraponham”.³⁷

4.2 O sistema de cotas e a proporcionalidade

Passamos, neste momento, a verificar se o sistema de cotas observa o princípio da proporcionalidade. Inicialmente, devemos analisar se o sistema de cotas é apto para atingir o fim pretendido, qual seja, a inclusão, de forma imediata, dos negros na universidade, tendo como objetivo último o término da desigualdade. Da implementação do sistema de cotas resultará a inclusão dos negros no ensino superior e criará um grupo intelectual dos mesmos, que demandarão por garantias que assegurem os direitos dessa minoria.

Posteriormente, devemos analisar se o sistema de cotas é necessário, isto é, se não existe outro meio capaz de atingir o mesmo objetivo e seja igualmente ou mais eficaz, e menos oneroso. Após uma breve análise, concluímos que há: um sistema de cotas baseado em critérios econômicos.

Vejamos. Um sistema de cotas baseado em tais critérios atingiria o mesmo objetivo, a inclusão do negro na universidade, de forma imediata, uma vez que a maioria da população de baixa renda é negra. É mais eficaz porque, além de incluir os negros, beneficiará também as pessoas brancas, índias, amarelas etc. que, assim como a maioria dos negros, não têm condições de concorrer com os

³⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do Direito. In GUERRA FILHO, Willis Santiago e Eros Roberto Grau. *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 270.

demais e de alcançar êxito no vestibular. É também menos onerosa, pois afeta um menor número de pessoas da sociedade, haja vista que apenas as pessoas que têm condições de pagar por um ensino de qualidade serão afetadas pela medida. Com o critério de raça, todas as pessoas não-negras são afetadas, independentemente da possibilidade de pagar por um ensino de qualidade.

Há, dessa forma, um meio mais eficaz e menos oneroso que o atual sistema de cotas. Portanto, o sistema atual é inconstitucional.

Não observado o segundo subprincípio, desnecessário é passar ao exame do terceiro subprincípio, pois eles devem ser observados cumulativamente. Se qualquer um deles é violado, igualmente será o princípio da proporcionalidade.

5. CONCLUSÕES

As ações afirmativas podem ser utilizadas como um importante instrumento no combate à discriminação e na promoção da igualdade material. Contudo, é necessário observar com atenção os critérios utilizados e os destinatários da diferença de tratamento, pois estes devem fazer parte de um grupo marginalizado da sociedade exclusivamente por conta daqueles critérios. Na educação, por exemplo, nos Estados Unidos, a raça foi tomada como critério de diferenciação, pois lá o problema era, primordialmente, racial. No Brasil, apesar de haver racismo, o principal motivo é econômico. Desse modo, não podemos usar o critério racial para promover a igualdade material na educação brasileira, uma vez que milhares de pessoas não serão beneficiadas, por exemplo: o branco pobre.

É necessário também atentar-se às questões específicas de cada Estado-membro brasileiro, pois cada um deles possui características próprias. Em alguns deles a maioria da população é negra, em outros predominam os índios; uns possuem universidades preparadas para receber os alunos cotistas, outros não.

Deve-se ressaltar, inclusive, que o Estado não pode deixar de adotar outras medidas, de médio e longo prazo, como a melhoria da rede pública de ensino, dentre outras. As ações afirmativas são temporárias, portanto, o Estado tem o dever de agir para promover a igualdade de oportunidades entre os diversos segmentos da sociedade.

O atual sistema de cotas é inconstitucional, pois viola o princípio da igualdade. Deve-se utilizar o aspecto econômico dos alunos como fator de diferenciação no âmbito da educação, pois é o principal motivo para a desigualdade no ingresso ao ensino superior.

Por fim, para que as ações afirmativas possam fazer surtir os efeitos desejados, a sociedade brasileira deve conscientizar-se da relevância e necessidade de sua adoção no combate à discriminação e na promoção da igualdade material. É verdade que tais medidas restringem o acesso ao ensino

superior aos grupos não favorecidos, contudo, a quantidade de pessoas que já foram prejudicadas pelo atual sistema é bem maior. Concretizada a igualdade material, toda a sociedade será beneficiada.

6. REFERÊNCIAS

BARBOSA, Lívia. *Igualdade e meritocracia: a ética do desempenho nas sociedades modernas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da Proporcionalidade & Razoabilidade*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2004.

BRUNNER, Borgna. *Affirmative action history: a history and timeline of affirmative action*. Disponível em: <<http://www.infoplease.com/spot/affirmative1.html>>. Acesso em: 08 out. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CONVÊNCÃO INTERNACIONAL SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/discrimina/lex81.htm>. Acesso em: 04 out. 2007.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA..* Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 20/30.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do Direito. In GUERRA FILHO, Willis Santiago e Eros Roberto Grau. *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 270.

IPEA. *Nota técnica sobre a recente queda da desigualdade de renda no Brasil*. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/default.jsp>>. Acesso em: 05 out. 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Ano 33, n.131, jul./set. 1996.

SILVA, Luiz Fernando Martins da. Estudo sociojurídico relativo à implementação de políticas de ação afirmativa e seus mecanismos para negros no Brasil: aspectos legislativo, doutrinário, jurisprudencial e comparado. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 342, 14 jun. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5302>>. Acesso em: 04 out. 2007.

STEPHANOPOULOS, George; EDLEY, Christopher Jr. *Affirmative action review: report to the president*. Disponível em: <<http://clinton2.nara.gov/WH/EOP/OP/html/aa/aa-index.html>>. Acesso em: 06 out. 2007.



DIREITO, ECONOMIA E MEIO AMBIENTE: A FUNÇÃO PROMOCIONAL DA ORDEM JURÍDICA E O INCENTIVO A CONDUTAS AMBIENTALMENTE DESEJADAS

João Luis Nogueira Matias¹

Germana Parente Neiva Belchior²

RESUMO

As relações entre direito e economia sempre estiveram na pauta de discussões de autores dos mais variados setores da ciência, sendo certo que a relação que se estabelece é de influência recíproca, em que o ordenamento jurídico impacta decisões econômicas e é por elas impactado. Surge, assim, a necessidade de estudos que correlacionem as importantes esferas do conhecimento, passando a ter destaque o movimento doutrinário denominado Análise Econômica do Direito – AED que, em suas diversas vertentes, dedica-se a estudar as relações entre direito e economia. Deparamo-nos, ainda, com um período em que a proteção do meio ambiente é valor fundamental para a sociedade contemporânea, sendo necessário fomentar as discussões sobre um novo modelo de desenvolvimento, ecologicamente correto. O presente trabalho, portanto, pretende adequar a teoria geral do direito às transformações da sociedade contemporânea e ao crescimento do Estado social, na medida em que as funções clássicas do ordenamento jurídico de proteção e repressão não são suficientes para promover as condutas reputadas interessantes ao convívio social, em especial, condutas ambientalmente desejadas.

Palavras-chave

Teoria geral do direito. Função promocional. Análise econômica do Direito. Estado social. Meio ambiente.

ABSTRACT

The connections between Law and Economics have always been included in the list of debates in academic circles. Nowadays, the idea that Law and Economics exert influence upon each other is commonplace, meaning that the legal system affects decision-making in economy and vice versa. In this context, academic research connecting both fields becomes more necessary and, in this sense, the movement known as Economic Analysis of Law – EAL, dedicated to the study of

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Doutorando em Direito na USP. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC. Professor do curso de Mestrado em Direito da UFC. Juiz Federal da 5^a. Vara da Seção Judiciária do Ceará

² Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Advogada. Especialista em Direito e Processo Trabalhista pela Faculdade Christus – Fortaleza

the relations between Law and Economics, grows in relevance At the same time, environmental protection is nowadays deemed as a fundamental value for society, which clearly takes to the exigence of promoting discussions on a new and ecologically correct development model. This paper, therefore, intends to adapt the Theory of Law to the changes found in contemporary society, considering that classic roles of the legal system aimed at assuring protection and promoting repression are not satisfactory to encourage behaviours considered interesting to social life, especially environment-friendly behaviours.

Key-words

Theory of Law. Promotional role. Economic Analysis of Law. Social State. Environment.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As relações entre direito e economia sempre estiveram na pauta de discussões de autores dos mais variados setores da ciência, sendo certo que a relação que se estabelece é de influência recíproca, em que o ordenamento jurídico impacta decisões econômicas e é por elas impactado.

Surge, assim, a necessidade de estudos que correlacionem as importantes esferas do conhecimento, o que tem levado diversas doutrinas a se dedicar sobre o tema. A partir da década de 60, do século XX, passou a ter destaque o movimento doutrinário denominado Análise Econômica do Direito – AED que, em suas diversas vertentes, se dedica a estudar as relações entre direito e economia.

É postulado da AED a reflexão crítica sobre a ordem jurídica, dedicando-se, entre outros aspectos, à análise da eficácia social das normas e da verificação da capacidade da ordem jurídica de resolver os conflitos sociais, do que pode resultar a proposição de novas formulações jurídicas.

Por outro lado, deparamo-nos com um período em que a proteção do meio ambiente é valor fundamental para a sociedade contemporânea, sendo necessário fomentar as discussões sobre um novo modelo de desenvolvimento, ecologicamente correto. Desta forma, a preservação do meio ambiente compõe novo fator na relação direito e economia.

O que importa considerar é se as funções clássicas da ordem jurídica são suficientes para possibilitar a necessária mudança de paradigma. Atesta-se que a intervenção estatal baseada na regulação sancionatória clássica não vem sendo suficiente como mecanismo de proteção ao meio ambiente. É mister que sejam criados instrumentos econômicos de política ambiental que possam acarretar, de uma forma efetiva, mudanças no comportamento dos agentes econômicos poluidores por meio de incentivos financeiros e de mercado, ou seja, o Estado deve fazer uso da função promocional do direito.

O nosso trabalho, portanto, pretende discutir a adequação da teoria geral do direito às transformações da sociedade contemporânea, sendo certo que as funções clássicas do ordenamento jurídico de proteção e repressão não são suficientes para promover as condutas reputadas interessantes ao convívio social, em especial, condutas ambientalmente desejadas.

2. DIREITO, ECONOMIA E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

2.1. Caracterização geral da AED

As relações entre economia e direito são objeto de estudo de movimento acadêmico denominado, entre nós, como Análise Econômica do Direito, cuja finalidade é abordar o direito sob perspectiva econômica.³

A atualidade do movimento é indiscutível, na medida em que o direito passa a ser abordado sob viés econômico, o que permite identificar os efeitos das normas jurídicas no comportamento dos indivíduos e se estes efeitos são socialmente desejáveis. Tal abordagem enseja a compreensão do que foi ou é o direito, facultando a projeção do que ele pode ser.

A perspectiva econômica é crucial para a análise da eficiência das normas jurídicas ou para o estudo do efeito das normas regras na distribuição da riqueza ou renda. Trata-se de reconhecimento de que o direito influencia e é influenciado pela economia.

Em linhas gerais, e na perspectiva do presente trabalho, as idéias centrais do movimento são o paradigma do *homo oeconomicus*, que alberga em sua conformação as idéias da lei da oferta e da procura, o custo de oportunidade e a gravitação dos recursos em torno de sua utilização mais valorosa; o sistema de mercado como modelo de decisão ótima e a eficiência econômica como princípio de explicação e justificativa última da tomada de decisões.⁴

Com a identificação dos elementos utilizados na nova perspectiva de análise, cuja premissa é que os indivíduos e firmas são racionais e focados no melhor proveito de suas condutas, constata-se que o seu objeto e abrangência são amplos, estendendo-se pelos mais variados ramos do direito, como o penal, civil, normas de governança corporativa, entre outros. Em nosso trabalho, o foco será o direito ambiental.

Para a melhor compreensão da AED e das possibilidades de sua aplicação no âmbito do direito ambiental, apontaremos os estudos pioneiros sobre a matéria e suas diferentes vertentes.

2.2. Pioneiros da análise econômica do direito

Os primeiros estudos sobre a interferência do direito no comportamento dos indivíduos foi realizado pelo utilitarista Bentham, que analisou como os

³ Na doutrina americana, pioneira no assunto, a denominação do movimento é Law and economics.

⁴ V. PACHECO, Pedro Mercado. *El análisis económico del derecho: una reconstrucción teórica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994 e ZYLBERSZTAJN, Décio e Outros. Apresentação do Projeto “Diálogos FEA & Largo de São Francisco” - Relevância para transformação das instituições no Brasil Contemporâneo. *Revista de Direito Mercantil*, n.126, p. 101-116, abr./jun., 2003.

indivíduos deveriam se comportar em face de incentivos legais, confrontando os resultados com o bem estar social. Também Adam Smith foi pioneiro na abordagem econômica do direito, ao analisar os efeitos econômicos da legislação.

Contemporaneamente, foi com os estudos de Ronald Coase, ganhador do Prêmio Nobel de 1992, especialmente os artigos *The Nature of the Firm* e *The Problem of Social Cost*, que o tema passou a ganhar destaque.⁵

As duas principais idéias de Coase são a constatação de que a realização de negócios é inversamente proporcional aos custos de transação e que as firmas não são meras unidades de produção, sendo organizadas como feixe de contratos.

Coase defende que no mundo de custos de transação zero, os agentes negociarão os direitos independentemente da posição inicial, de forma a chegar à alocação mais eficiente de recursos.⁶ Aponta o autor que os custos de transação são positivos, as instituições legais se refletem sobre o comportamento dos agentes econômicos, o que interfere na realização de negócios e no exercício de direitos.

A firma, dessa forma, passou a ser encarada como feixe de contratos organizados da forma que melhor atenda à eficiência alocativa de recursos, na perspectiva dos diversos interessados, descaracterizando-se como mera unidade de produção.

Guido Calabresi, professor da Faculdade de Direito de Yale, é outro autor importante para a consolidação do movimento de análise econômica do direito. Seus estudos iniciais demonstram a importância da análise dos impactos econômicos da alocação de recursos para a regulação da responsabilidade civil.

Trimarcchi ajustou ao *civil law* as regras desenvolvidas para o sistema de *common law*, demonstrando que no direito continental também é possível a adoção de critérios que induzem as pessoas a buscar eficiências alocativas.

Entre as idéias centrais, a maximização da riqueza passa a ser definida como paradigma, defendendo-se que os indivíduos respondem racionalmente às condicionantes externas, como o direito, o que permite a compreensão de que a teoria dos preços é importante na análise e escolhas do sistema jurídico. Percebe-se que a racionalidade econômica, que pode ser aferida por relação de custo/benefício, deve se sobrepor à racionalidade jurídica.

2.3. Vertentes da Análise Econômica do Direito

Mais recentemente, a partir dos estudos de Douglas North e Oliver Williamson, têm-se valorizado a análise da importância das instituições e

⁵ ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

⁶ COASE, Ronald. *The Firm, the market and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

organizações sociais, na vertente que se convencionou chamar, no Brasil, de Análise econômica do direito e das organizações ou Nova Economia Institucional.⁷

Esta corrente rejeita a premissa de escolhas racionais e comportamento maximizador, ou seja, de comportamento sempre tendente à melhor alocação de recursos. Baseia-se no conceito de racionalidade limitada, desenvolvido por Herbert Simon e comportamento oportunístico. As instituições não evoluem de forma eficiente, sendo freqüente a existência de direitos, institutos jurídicos e maneiras de alocação de recursos que são ineficientes economicamente.⁸

A ampliação do campo de abrangência da Análise Econômica do Direito demonstra a sua evolução e constante renovação.

Sob outro enfoque, é possível apontar diferentes vertentes do movimento, a partir dos centros universitários das escolas de pensamento e dos fins a que destinam as ferramentas metodológicas, sendo apontadas a análise econômica positiva, a análise econômica normativa e a análise econômica funcional.

2.3.1. Análise Econômica Positiva

A análise econômica do direito positivo tem sido elaborada pela vertente do movimento centrada na Faculdade de Direito de Chicago, especialmente por Posner.⁹

Tem por postulados centrais as idéias de que a *common law* resulta de esforços na busca da eficiência econômica, sendo esta o fator preponderante para regras, procedimentos e instituições. Posner defende que, em razão da grande ambigüidade que acarreta a idéia de justiça, a eficiência econômica deve ser a medida das decisões judiciais.

Procuram os autores vinculados a esta linha da análise econômica do direito explicar o que o direito é, tem sido ou será, não se dedicando à realização de proposições normativas.

2.3.2. Análise Econômica Normativa

A análise econômica normativa é elaborada por autores que desenvolvem seus estudos na Faculdade de Direito de Yale, predicando a necessidade de intervenção legal para corrigir falhas de mercado. Voltada para análise e proposição de políticas públicas, formula proposições normativas sobre o que o direito deveria ser. Afastam-se do dogma da eficiência econômica como eixo central da interpretação e aplicação das normas jurídicas.¹⁰

⁷ V. ZYLBERSZTAJN, D. SZTAJN, R. op. cit.

⁸ V. idem.

⁹ V. POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

¹⁰ POLINSKY, Mitchell; SHAVELLS, Steven. *Economic Analysis of law*: Social Science Research Network Eletronic Paper Collection. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=859406>. Acesso em 08 ago.

2.3.3. Análise Econômica Funcional

Formulado pelos doutrinadores da Faculdade de Direito da Virgínia, baseia-se em direito, economia e teoria das escolhas públicas, e abordagem funcional, passando ao largo da diferenciação entre as vertentes positiva e normativa.

Renova o debate sobre a elaboração de normas jurídicas, sugerindo que a valoração comparativa de fontes alternativas pressupõe a análise das estruturas que ensejam a sua criação. Identifica falhas políticas na elaboração do direito, destacando a importância de mecanismos de mercado para a criação e seleção de normas jurídicas. Faz, ainda, correlação entre escolhas individuais e resultado social, com ênfase em aspectos institucionais.

Referida vertente contraria a idéia de eficiência econômica tão cara aos autores da formulação positivista. Afasta-se da Escola Normativista, defendendo que os modelos econômicos são limitados extratos da realidade, não podendo ser usados para definir políticas públicas intervencionistas ou para corrigi-las.

Baseia-se, dessa forma, no individualismo normativo, sustentando que apenas o julgamento individual pode criar condições para a valoração de alternativas normas jurídicas. Assim, a sua perspectiva funcional pressupõe a compreensão da estrutura que origina a regra legal e que verifica a relação de custo/benefício da mesma.

A análise econômica funcional trata, ainda, da interferência de estruturas de mercado e alheias ao mercado no sistema jurídico, realizando o estudo comparativo de fontes alternativas de elaboração do direito, centralizadas ou não, que podem oferecer regras eficientes.

2.4. Direito, Economia e Meio Ambiente

As relações entre atividade econômica e meio ambiente relevam-se, segundo Eugênio Battesini, “complexas e multifacetárias e, em ambiente globalizado, permeadas por componente dinâmico caracterizado pela elevada mobilidade de pessoas, bens, capitais e informações através do mundo”.¹¹

A utilização dos postulados da Análise Econômica do Direito muitas vezes é realizada sem a noção exata de fazê-lo, como destaca Cabanellas¹², citando a obra de Vellez Sasfield no Código Civil Argentino como precursora da análise econômica naquele país.

2007.

¹¹ BATTESINI, Eugênio. Da teoria econômica à prática jurídica: origem, desenvolvimento e perspectivas dos instrumentos tributários de política ambiental. *Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. v. III, n. VI, p. 125-142, maio, 2005, p. 125-126.

¹² CABANELAS, Guilhermo. *El análisis económico del derecho*. Evolución histórica, metas e instrumentos, en análisis económico del derecho. Coordenação de Viviana Kluger. Buenos Aires: Heliasta, 2006, p. 21-37.

No âmbito do direito ambiental, a construção teórica da idéia de “uso sustentável” dos recursos naturais, equiparada ao uso ótimo, ao longo da década de sessenta, é efetiva demonstração não apenas do possível uso das técnicas de AED ao direito ambiental, mas também do efetivo uso que vem sendo feito há algum tempo do instrumental da AED neste ramo do direito.

A própria justificativa para a atuação do Estado na seara do direito ambiental é oferecida pela análise econômica, a partir dos modelos de Artur C. Pigou e de Ronald Coase.¹³

Para Pigou, a poluição é custo imposto aos demais produtores (externalidade negativa), que o mercado não tem força de internalizar, ou seja, que o mercado não consegue assumir apenas pelo seu causador, necessitando da atuação do Estado. Defende, ainda, que deve haver revalorização das preferências individuais através do Estado, com a internalização das externalidades ambientais, que afetam a alocação ótima de recursos.¹⁴

Segundo Coase, tudo que é de ninguém é usado por todos e cuidado por ninguém, devendo toda a propriedade ser individual. A atuação estatal deve ser guiada para evitar o surgimento de externalidades, garantindo, assim, a eficiência da completa internalização dos efeitos externos pelos sujeitos do mercado.¹⁵

A política ambiental, dessa forma, é necessária para a introdução ou adoção de posturas e procedimentos menos agressivos ao meio ambiente, objetivando o desenvolvimento sustentável.¹⁶ Os instrumentos econometrícios da análise econômica do direito, portanto, podem ser utilizados para a formação, estruturação e bom funcionamento das técnicas do direito ambiental.^{17 18}

Dentre os instrumentos de política ambiental, Battesini¹⁹ divide-os em

¹³ COASE, Ronald. *The firm, the market and the law*. Chicago: University of Chicago Press, 1988, p. 133 e ss.

¹⁴ COASE, R. op. cit. p. 133 e ss.

¹⁵ Ibidem, p. 133.

¹⁶ BATTESINI, E. op. cit., p. 132.

¹⁷ A título de exemplo, podemos mencionar o princípio do poluidor-pagador, oriundo da pioneira formulação econômica de Pigou, através do qual se permite que o poluidor repare o prejuízo causado pela sua atividade danosa ao meio ambiente. Referido princípio está disseminado no direito ambiental e foi expressamente previsto na Conferência RIO 92.

¹⁸ Guido Soares destaca três consequências importantes visualizadas após a ECO-92, quais sejam: “a introdução do conceito de ‘sustentabilidade’, que passou a adjetivar todos os posteriores atos internacionais adotados após a ECO-92”; “a noção de futuridade, ou seja, as preocupações com as gerações futuras, e, tendo-se transformado em direito intergeracional, o Direito Internacional do Meio Ambiente passaria a dar ênfase especial ao princípio da prevenção, em reforço aos tradicionais princípios da reparação”; e, por fim, “o definitivo espraiamento da temática do meio ambiente, em todos os campos do Direito Internacional, selando a característica de ser o Direito Internacional do Meio Ambiente uma verdadeira manifestação da globalidade de nossos dias.” SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito Internacional do Meio Ambiente: Emergências, Obrigações e Responsabilidades*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 37-38.

¹⁹ BATTESINI, E. op. cit., p. 133.

três categorias, quais sejam: instrumentos legais, instrumentos econômicos e instrumentos de comunicação e persuasão moral.

Os *instrumentos legais*, chamados de instrumentos de comando-controle ou de regulação direta, atuam no controle direto sobre a atividade danosa ao meio ambiente. Dá por meio de criação de normas, procedimentos e padrões a serem observados pelos agentes poluidores, assim como previsão para penalidades havendo violação dos ditames.

Quanto aos *instrumentos econômicos*, denominados também de instrumentos de mercado ou de regulação indireta, “implicam na geração de incentivos, considerados mediante análise da relação custo-benefício”.²⁰ É o caso, por exemplo, da tributação ambiental, concessão de subsídios, criação de mercados de transferência de quotas de poluição²¹, dentre outros.

Já os *instrumentos de comunicação e coerção moral*, de acordo com Battesini²², são mecanismos utilizados para conscientizar e informar os agentes poluidores sobre o dano ambiental. Alguns exemplos que podemos mencionar é o marketing ambiental, a educação e selos ambientais.

3. AS TRANSFORMAÇÕES DO ESTADO, DA ORDEM JURÍDICA E DA TEORIA DO DIREITO

É necessário analisar, neste tópico, as transformações que o Estado social, e a ordem jurídica que dele emana, acarretam na teoria geral do direito, para o conceito de norma e, consequentemente, para o estudo das sanções jurídicas.

3.1. A teoria do direito no Estado liberal

Pode-se afirmar que, enquanto prevaleceu a estrutura do Estado não-intervencionista, a função do direito estava limitada à preservação ou conservação de situações constituídas, em razão de interesses meramente individuais. A missão do Estado liberal era a de manter a ordem e possibilitar a convivência dentro da mais ampla liberdade. Trata-se, pois, de um Estado tipicamente negativo cuja ordem jurídica se estrutura na base de restrições e proibições para amparar a liberdade dos indivíduos.²³

²⁰ Idem, p. 134.

²¹ Podemos citar aqui os mecanismos de flexibilização previstos no Protocolo de Quioto, prova de que os instrumentos de mercado podem ser utilizados para a redução dos gases de efeito estufa, a partir da criação de valor transacional para as reduções. Referido instrumento prevê o compromisso das partes de implementar e lutar pela higidez de um conjunto de medidas objetivando assegurar o desenvolvimento limpo do planeta, por meio de mecanismos de flexibilização. Dentre as alternativas, é importante destacar o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), que permite a criação das Reduções Certificadas de Emissões (RCEs), conhecidas popularmente como créditos de carbono, negociáveis entre os países como forma de cumprimento de seus compromissos ambientais.

²² BATTESEINI, E. op. cit., p. 134

²³ MELO FILHO, Álvaro. *Introdução ao Direito Premial*. Dissertação de Mestrado da Pontifícia

No entanto, o desenvolvimento técnico-científico e as mutações econômico-sociais alteraram a imagem do Estado, tornando-o cada vez mais participante da vida comunitária. Acerca do tema, o professor Álvaro Melo Filho ressalta que “a posição estatal de simples árbitro do respeito às regras do jogo econômico não tinha mais razão de ser, desde o momento em que os diferentes protagonistas deixavam de jogar”.²⁴

A ordem social surge, assim, como uma realidade a ser plasmada e conformada de acordo com o atuar positivo e promocional do Estado contemporâneo. Enquanto na sociedade tradicional o mecanismo de punição possibilita um maior controle, na sociedade tecnológica, globalizada, tal instrumento se torna inadequado, cedendo espaço à função promocional do direito como direção social.

Diante disso, Bobbio alerta que temos que abandonar a imagem tradicional do direito como ordenamento protetor-repressivo, na medida em que surge uma nova forma de ordenamento jurídico com função promocional.²⁵

Insta, *a priori*, estabelecer as distinções entre sanções positivas e negativas, por meio de uma análise da teoria estrutural do direito de Kelsen e da proposta funcionalista de Bobbio.

3.2. Sanção negativa e sanção positiva

O conceito de sanção, em sentido amplo, refere-se à medida que um ordenamento normativo dispõe com o intuito de reforçar o respeito às suas leis e, em alguns casos, remediar os efeitos de uma possível inobservância. Neste sentido, todo ordenamento assume a pretensão de ser efetivo, ou seja, de não desaparecer em consequência de uma generalizada falta de atenção às normas que o compõe, estatuindo medidas que podem ser classificadas em função do momento da violação.²⁶

O absenteísmo do Estado liberalista, também neste aspecto de classificação das sanções, influenciou a teoria jurídica. O direito do Estado deveria deixar que as coisas fluíssem naturalmente, não lhe cabendo promover o bem-estar social, restringir a livre iniciativa, atuar sobre o mercado, pressionar o indivíduo. Pretendia impedir mais do que promover. Punir mais que recompensar.²⁷

Analizando o estudo das sanções jurídicas, Bobbio²⁸ afirma que uma coisa

²⁴ Universidade Católica do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 1975, p. 13.

²⁵ Idem, p. 15.

²⁶ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007, p. 13.

²⁷ BENEVIDES FILHO, Maurício. *Da recompensa à sanção premial: retrospectiva e prospectivas jurídicas*. Dissertação de Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Fortaleza: 1997, p. 103.

²⁸ FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Tributação e mudança social*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 214.

²⁹ BOBBIO, N. op. cit. p. 6.

é a distinção entre comandos e proibições, outra é a distinção entre prêmios e castigos. Não há sobreposição entre ambas, pois uma norma positiva ou negativa não implica necessariamente em sanção positiva ou negativa, respectivamente.

Ainda que, de fato, as normas negativas se apresentem habitualmente reforçadas por sanções negativas, e as normas positivas se apresentem predominantemente predispostas ao (e aplicado para o) fortalecimento de normas positivas, não há qualquer incompatibilidade entre normas positivas e sanções negativas de um lado, e normas negativas e as sanções positivas, de outro. [...] As técnicas de encorajamento do Estado assistencial contemporâneo aplicam-se, embora mais raramente, também às normas negativas. Em outras palavras, pode-se tanto desencorajar a fazer quanto encorajar a não fazer. Portanto, podem ocorrer de fato quatro diferentes situações: a) comandos reforçados por prêmios; b) comandos reforçados por castigos; c) proibições reforçadas por prêmios; d) proibições reforçadas por castigos.²⁹

Podemos, assim, extrair do entendimento de Bobbio que é mais fácil premiar uma ação do que uma omissão, sendo um comportamento previsto por uma norma positiva, da mesma forma em que é mais usual punir uma ação do que uma omissão, quando o comportamento é contrário a uma proibição.

Insta observar que a função premial do direito pode ser exercida por dois tipos distintos: os incentivos e os prêmios. Para Bobbio, "incentivos" são medidas que servem para facilitar o exercício de uma determinada atividade econômica; por "prêmios", ao contrário, são medidas que visam oferecer uma satisfação àqueles que já tenham realizado uma determinada atividade."³⁰

Assim, prêmios e incentivos, como sanções positivas, são as duas formas típicas pelas quais se manifesta a função promocional do direito.

Kelsen, após admitir a possibilidade da existência de regras cuja consequência normativa fosse um prêmio e não um castigo, atribuiu-lhes uma importância secundária no ordenamento jurídico, que se afigura de forma rigorosa, como ajustamento de normas coercitivas.

A ordem social pode prescrever uma determinada conduta humana sem ligar à observância ou não observância deste imperativo qualquer consequências. Também pode, porém, estatuir uma determinada conduta humana, e, simultaneamente, ligar a esta conduta a concessão de uma vantagem, de um prêmio, ou ligar à conduta oposta uma desvantagem, uma pena (no sentido mais amplo da palavra). O princípio que conduz a reagir a uma determinada conduta com um prêmio ou uma pena é o princípio retributivo (*Vergeltung*). O prêmio e o castigo podem compreender-se no conceito de sanção. No entanto, usualmente, designa-se sanção somente a pena, isto é, um mal – a privação de certos bens

²⁹ Idem, p. 6.

³⁰ BOBBIO, N. op. cit. p. 71-72.

como a vida, a saúde, a liberdade, a honra, valores econômicos – a aplicar como consequência de uma determinada conduta, mas já não o prêmio ou a recompensa.³¹

A teoria de Hans Kelsen acarretou no fato de que os estudos sobre teoria geral do direito se deram mais em direção à análise da estrutura dos ordenamentos jurídicos do que à análise de sua função. Segundo o jurista austríaco, estritamente formalista³², a ciência do direito deveria concentrar-se em descobrir o que é seu objeto, e não o que deve ser. Para o fundador da teoria pura, uma teoria científica do direito não deve se ocupar da função do direito, mas tão-somente dos seus elementos estruturais.

Em relação à sanção, Kelsen entendia que a característica da sanção jurídica consiste no uso da força física, sendo sanções jurídicas apenas a pena e a execução forçada. Nessa linha, Bobbio conclui que, embora Kelsen não se tenha dado conta disso, referido entendimento acaba por excluir as sanções positivas do rol das sanções jurídicas.³³

Importante, assim, reconhecer a exaustão do sistema kelseniano, uma vez que este não mais consegue explicar a realidade estimuladora do Estado social, a fim de ser possível a inclusão da sanção premial na teoria estrutural.

3.3. A reformulação da teoria estrutural de Kelsen

Para Kelsen, não só a análise funcional e estrutural estão diametralmente opostas, como esta separação é a base teórica sobre a qual ele funda a exclusão da primeira em favor da segunda. No entendimento kelseniano, a análise funcional é matéria pertencente aos sociólogos e até para os filósofos, nunca para um jurista.

Limitar a tarefa de uma teoria do direito à análise estrutural, como fez Kelsen, era uma forma de salvaguardar a pesquisa teórica da intrusão de juízos de valor e de evitar conflito entre o direito positivo e o direito ideal.

Procurando explicar a omissão de Kelsen, Bobbio afirma que o jurista austríaco jamais se ocupou dos problemas relativos ao aspecto funcional do direito, pois sua intenção era de construir uma teoria pura. Mas o direito para Kelsen era um meio e não um fim. Do ponto de vista funcional, a principal tese de Kelsen é que o direito é uma técnica específica de organização social, resumindo-se na organização do aparato coativo.

³¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 27-28.

³² O normativismo kelseniano é formalista na medida em que se limita a descrever o fenômeno jurídico, sem jamais formular juízos de valor. Dessa forma, prende-se a esse seu exclusivo aspecto: estuda e descreve as normas, o processo de sua formação, validade e vigência (sem lhes analisar ou valorar o conteúdo); examina as relações das normas entre si, dentro do ordenamento jurídico; não se propõe a sugerir qualquer conteúdo à norma, nem lhe recusa o caráter jurídico em razão de seu eventual teor ou da maior correspondência a tal ou qual concepção de justiça.

³³ BOBBIO, N. op.cit. p. 28.

Com o intuito de manter viva a teoria estrutural de Kelsen, o autor italiano procurou adequá-la às novas funções do direito, dentre elas, a sanção positiva, de forma a flexibilizar o formalismo kelseniano com os avanços do Estado e da sociedade. Neste sentido, Bobbio explica que

a sanção jurídica não consiste, diferentemente das sanções sociais, no uso da força, ou seja, no conjunto de meios que são empregados para constranger pela força, isto é, para “forçar” no recalcitrante, mas consiste, sim, em uma reação à violência, qualquer que seja, mesmo econômica, social ou moral, que é garantida, em última instância, pelo uso da força.³⁴

Isto se deve pelo fato de que, a pura e simples redução da sanção jurídica à coação, impede-nos de inserir as sanções positivas entre as sanções jurídicas. Assim, é mister entender a coação como garantia do cumprimento da sanção, e, por decorrência disto, as sanções jurídicas também incluem as sanções positivas.

Entretanto, apesar de Kelsen não ter valorizado a sanção premial, Bobbio explica que a função promocional do direito não invalida os resultados da estrutura kelseniana. Diante disso, o jurista italiano insiste em afirmar que a análise estrutural do ordenamento jurídico está em condições de absorver sem demasiada perturbação as mudanças introduzidas pela análise funcional.³⁵

A justificativa encontrada por Bobbio para conservar o ordenamento estrutural de Kelsen é que o direito, do ponto de vista estrutural, pode continuar sendo definido como norma hipotética fundamental (no plano da nomostática), mesmo após o aparecimento do direito promocional. Da mesma forma, defende o autor italiano que a teoria do ordenamento em graus (no plano da nomodinâmica) também continua válida, do ponto de vista funcional, só que, uma vez individualizada a categoria do direito promocional, não pode mais o direito ser definido como uma forma de controle social.³⁶

A utilização do conceito de controle é adequado se continuarmos a considerar o direito na função tradicional de proteção-repressão. Com o Estado social, a função do ordenamento jurídico, além de controlar o comportamento dos indivíduos, baseia-se no direcionamento de comportamentos desejáveis.

Assim, Bobbio conclui no sentido de que, hoje, a teoria estrutural kelseniana deve ser interpretada no sentido de que, do ponto de vista funcional, o direito deve ser definido como forma de controle (repressivo) e de direção social (estimulador).³⁷

³⁴ Idem, p. 28.

³⁵ BOBBIO, N. op. cit. p. 77.

³⁶ Idem, p. 78-79.

³⁷ Idem, p. 43.

3.4. A função do direito: novas tendências

Atentando-se ao novo quadro político-social contemporâneo, Bobbio explica ser necessário apreender as tendências das transformações do direito, ou seja, perceber quais são os reflexos das mudanças sociais sobre as mudanças jurídicas.

A primeira tendência seria que, para caracterizar a passagem do Estado liberal clássico ao Estado assistencial, recorreu-se à distinção entre normas de conduta e normas de organização, consistindo essa transição, do ponto de vista estrutural, em um progressivo aumento das normas de organização em relação às de condutas.³⁸

A diferença entre normas de conduta e de organização, segundo Bobbio, indica não tanto uma diferença entre tipos de Estado, mas uma diferença entre duas funções distintas do direito. As normas de conduta tornam possível a convivência de indivíduos (ou grupos) que perseguem mediante fins individuais, enquanto as normas de organização viabilizam a cooperação de indivíduos (ou grupos) que perseguem um fim comum.³⁹

Outra prospectiva analisada por Bobbio é a passagem de um controle social fundado predominantemente em normas providas de sanção ("se fazes, ou não fazes, X, imputar-se-á a ti a consequência Y") para o controle social confiado, por meio de normas técnicas.⁴⁰

Estas normas técnicas possuem duas espécies: será uma *norma instrumental* se prever um determinado meio como necessário para atingir um fim, ou, por outro lado, poderá ser *norma diretiva* caso indique o fim a ser atingindo pelo meio mais adequado.

O aumento de normas técnicas, sejam elas instrumentais ou diretivas, vinculadas ao planejamento e à planificação econômica, acarreta na própria função do direito. Afirma Bobbio que "no dia em que ampliar o campo reservado às normas técnicas e se tornar cada vez mais marginal o campo das normas penais (em sentido amplo), não deveremos mais falar do direito de controle social. Neste caso, seria mais adequado falar em "direção social".⁴¹

Por fim, a terceira tendência abordada por Bobbio trata-se exatamente da passagem da função tradicionalmente repressiva do direito para a função promocional, onde o Estado assume o papel de encorajador (leia-se premiador) ou desencorajador de condutas. Não restam dúvidas de que no Estado social é mister um constante trabalho de estímulos a comportamentos considerados economicamente vantajosos.

³⁸ BOBBIO, N. op. cit. p. 43.

³⁹ Idem, p. 44.

⁴⁰ Idem, p. 44.

⁴¹ Idem, p. 44-45.

4. A ORDEM JURÍDICA DO NOVO PARADIGMA DE ESTADO

4.1. A falência do Estado liberal e o intervencionismo estatal

No Estado Liberal, por volta do século XVIII, vigorava o constitucionalismo clássico, onde a Constituição era reduzida a um instrumento jurídico que tinha como finalidade básica limitar ou enfrear o exercício do poder estatal, declarando a normatividade do compromisso do poder com a liberdade, protegendo, assim, o indivíduo.

A industrialização e o progresso técnico trazem consigo fenômenos que, quebrando a harmonia da sociedade liberal, vão alterando profundamente as concepções da sociedade e do Estado, bem como o próprio sistema de direitos fundamentais.

As críticas ao pensamento liberalista, e, por consequência, ao Estado liberal, deram-se não por ter sido liberal, mas por ser liberalista, ou seja, por ter assumido descompromisso em relação à coletividade, priorizando o indivíduo⁴².

Consoante o professor Paulo Bonavides, “uma coisa é a Constituição do Estado liberal, outra a Constituição do Estado social. A primeira é uma Constituição antigoverno e anti-Estado; a segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder”.⁴³

O neoliberalismo tentaria reverter a situação moribunda, só que os impactos das crises sociais, advindas de uma insensibilidade em face da justiça econômica, clamam por anteparos, transformações ativas no papel do Estado, sob pena de um antagonismo fatal entre Estado e sociedade.

Diante disso, surge uma nova tendência construtiva, no sentido de que o Estado deve intervir na economia. Há, ainda, uma forte herança do liberalismo, que nos leva a pensar que a interferência do Estado significa opressão e que a lei deve ser aplicada igualmente para todos. Se assim o fosse, tal premissa fulminaria a ação corretiva do Estado, em que pese o intento que o originou.

O Estado social tem como objetivo inicial a igualdade social contraposta à igualdade jurídica da visão liberal, que não é inerente às pessoas nem preexiste ao Estado, cumprindo-se essencialmente por meio de prestações por este devidas aos indivíduos.

De há muito o professor Falcão já adotava o referido entendimento:

É tempo de reformular a idéia de que um Estado ditando normas gerais e iguais para todos. Já se pode pensar em contrabalançar a situação dos menos favorecidos, com leis que sejam iguais para os iguais, mas diferenciadas em favor dos menos afortunados.⁴⁴

⁴² FALCÃO, R. op. cit. p. 107.

⁴³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 371.

⁴⁴ FALCÃO, R. op. cit. p. 161.

Mister salientar que o Estado não deve se contentar em ser intervencionista. Ele é intervencionista para ser social. É importante deixar claro que a meta do intervencionismo é transformar o ultrapassado Estado liberalista em Estado social, objetivando solidariedade e justiça social.

O intervencionismo do Estado na economia e, por via consequência, nas relações sociais e na elevação geral do nível de vida é “o caminho menos cruento de ser palmilhado por aqueles que, de sã consciência e sem a venda da ganância desenfreada, efetivamente desejem nítida mudança social”.⁴⁵

Com o alargamento da positivação constitucional das aspirações humanas em termos de mais liberdades e de mais igualdade, o grande desafio dos ordenamentos nacionais passou a ser o da efetividade das normas constitucionais.

O atual Estado social e intervencionista caracteriza-se pela permanente tentativa de conciliação entre as heranças do capitalismo concorrencial e as crescentes exigências do bem comum. Esse novo constitucionalismo carrega consigo uma espécie de visão intuitiva, pragmática, razoável e plural de justiça (justiça distributiva), calcada no binômio dignidade humana-solidariedade social, cuja noção infere-se, de forma sistemática, a partir do conjunto de direitos humanos a que a ordem constitucional atribui o *status* da fundamentalidade.⁴⁶

Surge, assim, uma nova categoria dos direitos positivos ou direitos a prestações do Estado, que são os direitos dos cidadãos às prestações necessárias ao pleno desenvolvimento da existência individual, tendo o Estado como sujeito passivo, que devem ser cumpridos mediante políticas públicas. De uma forma objetiva, poderíamos dizer que são direitos não contra o Estado, tipicamente liberais, mas direitos através do Estado.

Outro aspecto importante trazido pelo Estado Social é a modificação do próprio sentido de direitos e liberdades clássicas, passando ser reconhecida uma nova dimensão e nova função. Essa nova dimensão seria a objetiva, na medida em que os direitos são vistos como conteúdo de normas de valor, que devem valer para toda a ordem jurídica, ou seja, não só para o direito público, mas também para o direito privado.

Grave problema do Direito Constitucional, segundo Paulo Bonavides⁴⁷, decorre de que ele realiza os fins do Estado social de hoje com as técnicas do Estado de Direito de ontem. Nessa linha, as dificuldades para a efetividade de uma Constituição social e democrática avultam em ambientes sociais marcados por contradições classistas e impenitentes bolsões de miséria, que fracionam o sentido de solidariedade e bloqueiam o espírito comunitário.

⁴⁵ Idem, p. 182.

⁴⁶ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da Pessoa Humana: o princípio dos princípios constitucionais. SARMENTO, Daniel & GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro. São Paulo, Recife: Renovar, 2006, p. 156.

⁴⁷ BONAVIDES, P. op. cit. p. 372.

De qualquer forma, ainda perdura no Estado contemporâneo o essencial da concepção liberal, traduzindo na afirmação de que o homem, pelo simples fato de o ser, tem direitos e que o Poder Público deve respeitá-los. Assegurar o respeito da dignidade humana continua sendo o fim da sociedade política. Dignidade esta, no entanto, que não é vista apenas no âmbito do indivíduo isolado, mas sim de uma forma coletiva, em virtude da solidariedade.

4.2. O Estado social e a Constituição Federal de 1988

O constituinte brasileiro, inspirado em constituições sociais democratas do século anterior, inscreveu em seu art. 1º, inciso III, o postulado da dignidade da pessoa humana entre os fundamentos da organização nacional. De fato, pode-se afirmar que o Estado Constitucional Democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional radicado no princípio da dignidade do ser humano, tendo-o como eixo central. Trata-se, pois, do constitucionalismo das comunidades humanas, mais orgânico e voltado mais para a sociedade do que para o Estado.

Sendo o Estado Democrático de Direito, nossa fórmula política⁴⁸, segundo disposto no art. 1º, *caput*, da Constituição Federal, Willis Guerra Filho afirma que toda interpretação do texto constitucional deve ser no sentido de conferir-lhe o máximo de eficácia, apresentando-se como um programa de ação a ser partilhado por todo integrante da comunidade política.⁴⁹

Hoje, com o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, fica claro que a concepção de igualdade foi alterada, no sentido de que o Estado não só pode, mas deve, instituir normas com tratamento diferenciado, desde que as condições assim o permitam, para concretizar, e por que não assim dizer, a justiça social. Isto se deve pelo fato de que o controle do poder econômico não deve ficar desvinculado ao controle do poder político, nem do poder social, sem que isso impeça, no âmbito do aparelho estatal, a identificação de órgãos incumbidos da conduta das ações econômicas.⁵⁰

Canotilho destaca que o princípio da democracia econômica e social constitui uma autorização constitucional no sentido de o legislador e os outros órgãos encarregados da concretização político constitucional “adoptarem as medidas necessárias para a evolução da ordem sob a óptica de uma justiça constitucional nas vestes de uma justiça social”.⁵¹

⁴⁸ Willis Guerra Filho explica que, para Pablo Lucas Verdú, fórmula política de uma Constituição é a expressão ideológica que organiza a convivência política em uma estrutura social. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003, p. 20.

⁴⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003, p. 20.

⁵⁰ FALCÃO, R. op. cit. p. 162.

⁵¹ CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 468.

Apesar da ausência de norma expressa que consagre a República Federativa do Brasil como um Estado social e democrático de direito⁵², nosso regime constitucional compromete-se, de forma implícita, a respeitar o princípio do Estado social.

No Estado social, todos os direitos são convertidos em direitos prestacionais, em direitos que exigem dos poderes públicos deveres positivos e não só abstenções, devendo, pois, consistir em direitos a prestações sociais. O Estado social brasileiro é de terceira geração⁵³, pois não concede apenas direitos sociais básicos, mas os garante.⁵⁴

O Estado de Direito, portanto, deixou de ser formal, neutro e individualista para transformar-se em um Estado material de Direito guiado pelo valor da justiça social, buscando promover as condições para que a liberdade e a igualdade dos indivíduos sejam reais e efetivas.

Cabe ao Estado brasileiro promover uma política dos direitos fundamentais que, por um lado, em sua dimensão assistencial asseguraria a todos o mínimo do bem-estar necessário para o exercício de seus direitos e, por outro, em sua dimensão educativa e cultural, possibilitaria a consciência em torno do importante papel desempenhado pelos direitos fundamentais.

Uma mudança de orientação somente se faz possível em um sistema político em que os interesses individuais cedam frente aos interesses coletivos, permitindo, assim, que o princípio do poder seja substituído pela responsabilidade⁵⁵.

Referida renovação dogmática, cuja formulação inicial se deve a Härbel, dos direitos fundamentais parte do princípio do Estado social e da idéia de uma democracia material, por meio da força normativa da Constituição de Korand Hesse, sendo o caminho possível para a função da igualdade e de socialização desses direitos, que é própria do Estado social.⁵⁶

4.3. O Estado social e a proteção ambiental

O homem, no decorrer de sua evolução histórico-econômica, priorizou

⁵² Na Constituição Portuguesa, a previsão do Estado democrático de direito é expressa. Canotilho destaca que o art. 2º da Lei Maior de Portugal aponta como objetivo do Estado de direito democrático a realização da democracia econômica, social e cultural. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 465.

⁵³ Paulo Bonavides aborda que, em virtude de a Carta de 1988 prever os instrumentos do mandado de injunção, mandado de segurança coletivo e a inconstitucionalidade por omissão, é o Estado social brasileiro de terceira geração. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 373.

⁵⁴ Patente que a expressão "Estado Social" não está associada à idéia de uso freqüente na doutrina que o vincula a postura neutra na realização dos direitos fundamentais.

⁵⁵ KÜSTER, Angela. *Democracia e Sustentabilidade: experiências no Ceará*, Nordeste do Brasil. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2003, p. 22.

⁵⁶ BIAGI, Cláudia Perotto. *A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais na Jurisprudência Constitucional Brasileira*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, 96.

a visão antropocêntrica e, por conseguinte, reservou-se o direito de dispor de todos os bens naturais. A natureza sempre foi entendida como um sistema dissociado da sociedade, ao qual se podia recorrer ilimitadamente. Nunca se imaginou que um dia a água e o verde poderiam se tornar escassos.⁵⁷

Insta deixar claro, conforme destaca Orci Teixeira^{58 59}, que o dano ambiental produzido num território pode ultrapassar suas fronteiras, gerando, assim, poluição em outros estados ou em espaços internacionais. Isto se deve pelo fato de a atmosfera ser uma unidade global, não reconhecendo as barreiras criadas pelo homem.⁶⁰

Acerca do tema, manifesta-se José Renato Nalini no sentido de que

o infrator ambiental não lesa apenas uma ‘pessoa’. Ele atinge uma ‘comunidade difusa’ de seres humanos. Sua conduta pode impedir a vida no planeta. O sujeito protegido reflexamente pela tutela ao meio ambiente é um ‘sujeito futuro’. Pela primeira vez, o constituinte do Brasil explicitou a existência de um ‘direito intergeracional’. Uma geração está obrigada a preservar o patrimônio sem o qual as gerações subseqüentes não poderão existir.⁶¹

A questão ambiental é vista, sobretudo, como problema técnico ou jurídico, motivo pelo qual são fomentadas novas tecnologias, da mesma forma em que leis estão sendo editadas diuturnamente.⁶²

O professor Paulo Affonso Machado arremata que “o Direito Ambiental não ignora o que cada matéria tem de específico, mas busca interligar estes temas com a argamassa da identidade dos instrumentos jurídicos de prevenção e de reparação, de informação, de monitoramento e de participação”.⁶³

A problemática ambiental, portanto, não se limita a discutir utopias e

⁵⁷ KÜSTER, A. op. cit. p. 13.

⁵⁸ TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 30-31.

⁵⁹ A concepção biocêntrica do meio ambiente, segundo Marcelo Abelha Rodrigues, é a única forma do homem preservar a si mesmo. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Ambiental*: parte geral. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 66.

⁶⁰ Peter Singer, destacando a tradição ocidental dominante, lembra que os seres humanos seriam os únicos membros moralmente importantes neste mundo. A natureza careceria de valor intrínseco. SINGER, Peter. *Vida e ética*. Tradução de Alice Xavier. 2. ed., Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 121.

⁶¹ NALINI, José Roberto. *Ética Geral e Profissional*. 5. ed., São Paulo: RT, 2006, p. 470.

⁶² Insta deixar claro que o direito ao meio ambiente é difuso, ou seja, sua titularidade é de todos e de ninguém em exclusividade. De acordo com Maria Fernanda Pires de Carvalho Pereira, são interesses que não pertencem à pessoa alguma de forma isolada, tampouco a um grupo de pessoas que não guardam qualquer laço de união entre si. PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho. Sobre o Direito à Vida e ao Meio Ambiente frente aos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Razoabilidade. In: ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (coord). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 272.

⁶³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 130.

devaneios de ecologistas românticos, mas reflete nas questões econômicas e tributárias. Uma política econômica não pode ignorar a necessidade de um programa de proteção aos recursos naturais.

No entanto, a intervenção estatal baseada na regulação sancionatória clássica não vem sendo suficiente como mecanismo de proteção ao meio ambiente. É importante, em conjunto com o sistema normativo vigente, a existência de instrumentos econômicos de política ambiental que possam acarretar, de uma forma efetiva, mudanças no comportamento dos agentes econômicos poluidores por meio de incentivos financeiros e de mercado.

Por esse motivo, em todo o globo, algumas áreas remanescentes ou de grande importância ecológica foram protegidas, onde as atividades humanas são restritas, controladas, ou até mesmo proibidas.

O Brasil, seguindo a tendência mundial, destacou especial atenção a algumas áreas, por meio do Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC, como os parques nacionais, áreas de proteção ambiental e as estações ecológicas.⁶⁴

A Constituição de 1988 dedicou especial atenção ao tema, reservando um capítulo da Carta para tratar exclusivamente do meio ambiente⁶⁵.

O art. 225 da Lei Maior declara que é direito de todos fruir de um ambiente ecologicamente equilibrado e a uma sadia qualidade de vida, que abrange o aspecto físico e espiritual. Nessa linha, é impossível o divórcio entre normas de incremento de práticas econômicas socialmente justas, proporcionando uma correta distribuição de riqueza, com normas destinadas à proteção do meio ambiente.

A questão ambiental ainda goza de relevo especial na missão de tutelar e de desenvolver o princípio da dignidade humana ou como desdobramento imediato da co-responsabilidade geracional. Segundo José Adércio Leite Sampaio, “pode-se falar no Brasil de um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim como se pode referir a uma ‘ordem ambiental’ que completa a condiciona a ‘ordem econômico’ e que, por topologia, integra-se na ‘ordem social.’”⁶⁶

⁶⁴ A diferença entre elas se dá basicamente pelo tipo de atividade que pode ser exercida dentro dos seus limites. No âmbito de um Parque Nacional, por exemplo, é possível ter atividades de ecoturismo, enquanto que numa Estação Ecológica somente biólogos vinculados em pesquisa podem ter acesso.

⁶⁵ De acordo com o art. 3º da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, trata-se o meio ambiente de um “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Atente-se que meio ambiente não é uma expressão jurídica propriamente dita, tendo origem nas ciências naturais ou biológicas, da qual o direito apropriou-se, como faz em relação a outras expressões.

⁶⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e Meio Ambiente na Perspectiva do Direito Constitucional Comparado. *Princípios de Direito Ambiental na Dimensão Internacional e Comparada*. SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânia (orgs.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 98.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após breve estudo, concluímos que na relação entre direito e economia há um novo elemento inserido, qual seja, a proteção ao meio ambiente, que deve conformar as políticas públicas e a ação interventora do Estado.

A fim de tornar efetivo o direito ao meio ambiente sadio, eleito pelo constituinte originário como valor central da ordem jurídica nacional e ainda erigido ao patamar de direito fundamental, não é suficiente apenas a regulação da proteção ambiental e a repressão a condutas que afrontem as normas jurídicas. É necessário, portanto, utilização de mecanismos de motivação e incentivo à concretização da proteção ao meio ambiente, por meio do qual o Estado faz uso da função promocional.

A AED, em suas vertentes normativa, positiva e funcional, revela-se como instrumento essencial para a definição da forma de atuação do Estado na proteção do meio ambiente, podendo ser útil no diagnóstico dos problemas e na propositura de alternativas que impactem em menor proporção a economia, mas que sejam eficazes na proteção do meio ambiente.

6. REFERÊNCIAS

BATTESINI, Eugênio. Da teoria econômica à prática jurídica: origem, desenvolvimento e perspectivas dos instrumentos tributários de política ambiental. *Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. v. III, n. VI, p. 125-142, maio, 2005.

BENEVIDES FILHO, Maurício. *Da recompensa à sanção premial: retrospectiva e prospectivas jurídicas*. Dissertação de Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Fortaleza: 1997.

BIAGI, Cláudia Perotto. *A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais na Jurisprudência Constitucional Brasileira*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CABANELAS, Guilhermo. *El análisis económico del derecho*. Evolución histórica, metas e instrumentos, en análisis económico del derecho. Coordenação de Viviana Kluger. Buenos Aires: Heliasta, 2006.

CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da Pessoa Humana: o princípio dos princípios constitucionais. SARMENTO, Daniel & GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006.

COASE, Ronald. *The Firm, the market and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

COUTINHO, João Helio de Farias Moraes e OUTROS. Instrumentos jurídico-econômicos e preservação do meio ambiente: um enfoque no ICMS Sócio-Ambiental. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, a. 39, n. 154, p. 189-201, abr./jun., 2002.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Tributação e mudança social*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KÜSTER, Angela. *Democracia e Sustentabilidade: experiências no Ceará, Nordeste do Brasil*. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2003.

PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho. Sobre o Direito à Vida e ao Meio Ambiente frente aos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Razoabilidade. In: ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (coord.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 25. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2004.

MELO FILHO, Álvaro. *Introdução ao Direito Premial*. Dissertação de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 1975.

NALINI, José Roberto. *Ética Geral e Profissional*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

PACHECO, Pedro Mercado. *El análisis económico del derecho: una reconstrucción teórica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

POLINSKY, Mitchell; SHAVELLS, Steven. *Economic Analysis of law: Social Science Research Network Eletronic Paper Collection*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=859406>. Acesso em 08 ago. 2007.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Ambiental*: parte geral. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e Meio Ambiente na Perspectiva do Direito Constitucional Comparado. *Princípios de Direito Ambiental na Dimensão Internacional e Comparada*. SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânia (orgs.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SINGER, Peter. *Vida e ética*. Tradução de Alice Xavier. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito Internacional do Meio Ambiente: Emergências, Obrigações e Responsabilidades*. São Paulo: Atlas, 2001.

TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ZYLBERSZTAJN, Décio e OUTROS. Apresentação do Projeto “Diálogos FEA & Largo de São Francisco” - Relevância para transformação das instituições no Brasil Contemporâneo. *Revista de Direito Mercantil*, n.126, p. 101-116, abr./jun., 2003.



PRINCÍPIOS, REGRAS E PROPORCIONALIDADE: ANÁLISE E SÍNTESE DAS CRÍTICAS ÀS TEORIAS DE RONALD DWORKIN E DE ROBERT ALEXY

José Armando Ponte Dias Junior¹

RESUMO

De acordo com Ronald Dworkin e Robert Alexy, princípios e regras são espécies diferentes de normas jurídicas. Com efeito, se, de um lado, as regras são aplicadas no modo do tudo-ou-nada, de outro, os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância que as regras não têm. Nesse contexto, o presente artigo tem como propósito analisar as teorias de Dworkin e de Alexy quanto ao assunto, enfatizando as diferenças que são feitas entre regras e princípios, e abordando, outrossim, as críticas mais freqüentemente feitas no tocante a tal distinção.

Palavras-chave

Princípios. Regras. Dworkin. Alexy.

ABSTRACT

According to Ronald Dworkin and Robert Alexy, legal principles and legal rules are both kinds of juridical norms that differ in the character of the direction they give. Really, according to them, if, on one hand, rules are applicable in an all-or-nothing fashion, on the other hand, principles have a dimension of weight that rules do not have. In this context, this article has the purpose of analyzing their theories about the subject, emphasizing these differences that they make between rules and principles. It will also analyze the most common opinions against such approach.

Key-words

Principles. Rules. Dworkin. Alexy.

1. INTRODUÇÃO: O PÓS-POSITIVISMO

O Direito, desde os seus primórdios, é entendido e estudado sob duas vertentes que sempre se mostraram antagônicas, quais sejam, o juspositivismo e o jusnaturalismo.

Com efeito, já os sofistas, na *polis* ateniense da antiguidade, distinguiam as

¹ Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Norte. Professor da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN) e da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (ESMARN).

leis naturais das leis humanas, antecipando um embate que viria a confrontar o direito natural ao direito positivo por séculos, sem que tenham faltado durante o correr dos séculos grandes nomes da ciência e da filosofia do direito a defender cada qual de tais concepções, com teorias bem construídas que, todavia, tiveram seu prestígio oscilando no curso da história do direito.

No meio dessa disputa secular se acham os valores morais, os valores de justiça, que, nas diversas correntes jusnaturalistas, preexistem às leis escritas e lhes devem servir de fundamento e vetor de interpretação, ao passo em que são excluídos do âmbito do direito pelas teses positivistas, que bem demarcam a separação entre Direito e Moral, como com maestria afirmava Hans Kelsen².

Todavia, as correntes positivistas, que adentraram com muito vigor o século XX, acabaram por sofrer grandes críticas no período do pós-guerra, acusadas que foram de serem coniventes com os regimes autoritários e ditatoriais, dentre outras razões, por não parecerem se importar com a função do direito e por advogarem, seguindo Kelsen, a neutralidade de valores na ciência do direito, oportunidade em que se buscou ressuscitar o jusnaturalismo.

Contudo, buscando superar essa constante oposição, os mais recentes estudos de direito constitucional vêm oferecendo críticas às concepções juspositivistas sem o apego de outrora às teorias jusnaturalistas, tão festejadas em outros momentos, fazendo exsurgir novas teorias que se estão adequando sob o conceito de teorias pós-positivistas.

O pós-positivismo aparece, pois, com a pretensão de realizar a síntese dialética entre o direito natural e o direito positivo, como já se manifestou Guerra Filho³.

A teoria pós-positivista rearticula o direito e a moral, buscando introduzir elementos morais na fundamentação estritamente jurídica das decisões judiciais, reconhecendo a magnitude de padrões normativos que não se limitam às tradicionais proibições, permissões e obrigações.

Tais padrões normativos, festejados pelas correntes pós-positivistas, e que interligam a moral ao direito, sem separá-los em universos distintos e incomunicáveis e, ao mesmo tempo, sem propor a supremacia da moral em relação ao direito positivo, são os princípios.

Os princípios, na linha de pensamento pós-positivista, prestam-se assim a diluir elementos morais no ordenamento jurídico, contribuindo para uma proveitosa articulação entre equidade e segurança jurídica, uma vez que as decisões judiciais não mais precisariam recorrer a elementos extrínsecos ao ordenamento jurídico, metafísicos talvez, na ausência de uma regra específica a regular um dado caso concreto posto sob apreciação jurisdicional.

² Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 4^a ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 51-52.

Pode-se mesmo dizer que o pós-positivismo identifica-se com uma teoria dos princípios, nas palavras de Mota:

Além das normas comumente descritas pelas teorias jurídicas do positivismo, a perspectiva do pós-positivismo reconhece a validade jurídica de padrões que possuem características diversas: são razões para decidir não definitivas, cuja força concreta de aplicação varia bastante conforme as circunstâncias fáticas específicas do caso considerado, bem como tendo em vista suas relações normativas entre si, já que prescrevem diversos caminhos conflitantes para solucionar o problema jurídico a que são pertinentes. Considerando um sentido amplo, esses padrões podem ser reunidos sob a denominação de princípios, cujo conteúdo está em relação com a moralidade política da comunidade. Assim, no contexto pós-positivista, elaboraram-se teorias dos princípios [...]⁴.

No contexto pós-positivista hodierno, destacam-se, dentre outros inúmeros contributos, a doutrina de Ronald Dworkin acerca de regras e princípios e a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, que serão analisadas adiante.

2. ANÁLISE DO MODELO DE REGRAS E PRINCÍPIOS DE RONALD DWORKIN

Prega Dworkin a insuficiência do modelo positivista na solução de vários casos pelas autoridades judiciais, em especial aqueles casos que denomina de casos difíceis.

Tais casos são aqueles em que o julgador, não encontrando, dentro do ordenamento jurídico, regras que lhe sirvam para solucionar dada questão posta sob sua apreciação, acaba por solucioná-la, à visão positivista, de maneira tida por discricionária, na falta de outro padrão normativo que lhe sirva de fundamento de decidir.

Com efeito, na concepção positivista, na falta de outro padrão normativo, e restando ao julgador apenas a análise dos fatos segundo as regras componentes do ordenamento jurídico e os precedentes jurisprudenciais, e não achando, nestes, respostas que sirvam a solucionar o caso sob exame, que por isso mesmo passa a ser um caso difícil, acaba o julgador solucionando o caso ao seu modo, segundo sua concepção de valores e de justiça, ou mesmo segundo sua orientação política, seguindo argumentação estranha ao direito, embutindo grande carga discricionária em sua decisão, fomentando a insegurança jurídica e dificultando mesmo o reexame de sua decisão por instâncias superiores.

Estariam assim os juízes desvinculados de qualquer critério normativo quando se depararem com a necessidade de solucionar um caso difícil.

É nesse contexto que Dworkin pugna pelo reconhecimento dos princípios

⁴ MOTA, Marcel Moraes. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: Omni, 2006. p. 22.

como mais um padrão normativo, que, ao lado das regras, comporão o ordenamento jurídico. Seriam, pois, princípios e regras, espécies de normas jurídicas.

A grande vantagem no reconhecimento de força normativa nos princípios é fazer com que o julgador possa, diante de um caso difícil, em que as regras jurídicas e mesmo os precedentes jurisprudenciais mostrem-se insuficientes para a solução do caso, decidir a questão fundamentando-se em princípios, que, sendo espécies de normas jurídicas, estão integrados ao ordenamento jurídico, fazendo com que a decisão seja inteiramente jurídica, na forma e no conteúdo, sem que se possa dizer que o juiz se valeu de elementos extrínsecos ao direito, o que faria cessar as dificuldades mencionadas alhures.

Desfere assim, Dworkin, um grande golpe no positivismo⁵, inserindo elementos morais no ordenamento jurídico mediante a utilização dos princípios como instrumentos injetores, superando assim a ferrenha oposição de outrora entre jusnaturalismo e juspositivismo.

Comentando os posicionamentos de Dworkin e Alexy, assevera Pedron que, nesse contexto dito pós-positivista, “os princípios teriam um aspecto duplo, que os colocaria como elementos simultaneamente do universo do Direito e da moral”⁶.

Isso ocorre porque a conceituação de princípios relaciona-se intimamente com as noções de equidade e moralidade, sendo os princípios, na concepção dworkiniana, “standards juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça”⁷.

Visto que, na concepção de Dworkin, assim as regras como os princípios são normas jurídicas, faz-se necessário que sejam esclarecidos os traços que distinguem umas e outros.

Começando pelas regras, o modelo de Dworkin⁸ estabelece que são elas espécies normativas que, carregando em si um grau de abstração consideravelmente mais limitado do que o encontrado nos princípios, têm estrutura de *tudo ou nada*, e, assim, diante de uma dada situação, ou são aplicadas, se presentes todos os pressupostos fáticos necessários à sua incidência, ou não são aplicadas, na ausência de satisfação de todas as suas condições de aplicabilidade.

As regras, assim, impõem, permitem ou proíbem, e são ou não cumpridas, mas sempre em sua inteireza. Os comandos expressos por uma regra, portanto, não podem ser cumpridos pela metade. Ou a regra, pois, aplica-se ao caso concreto e sobre ele incide, ou não se aplica e sobre ele não deverá incidir⁹.

⁵ “Quero lançar um ataque geral contra o positivismo e usarei a versão de H. L. A. Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.35).

⁶ PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. *Revista CEJ*. n. 30, p. 70-80, Brasília, jul./set. 2005. p. 72.

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7^a ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1160.

⁸ DWORKIN, R. op. cit. (2002), p. 39.

⁹ Acerca do modelo de regras e princípios, Ana Maria D’Ávila Lopes pondera dizendo que “não

As regras não são, assim, ponderáveis no caso concreto, como o são os princípios, e mesmo a exceção à regra, que Dworkin reconhece possível¹⁰, não a desnatura nem a converte em princípio.

Outro aspecto a destacar no tocante às regras é o que diz respeito a eventuais conflitos entre regras. Havendo conflito entre duas regras, apenas uma poderá ser aplicada, porquanto antinômicas, devendo ser excluída a aplicação da outra no caso que se pretende resolver, e de resto de todo o ordenamento jurídico, o que se fará pelo emprego de qualquer dos critérios já expostos por Bobbio¹¹, vale dizer, ou pelo critério hierárquico, prevalecendo a de maior hierarquia, ou em face da especialidade, rejeitando-se a mais geral, ou pelo critério cronológico, em que deverá prevalecer a mais recente.

Os princípios, por seu turno, ademais de possuírem um grau de abstração maior que o que se acha nas regras, delas se diferenciam precisamente por não traduzirem essa relação de *tudo ou nada*.

Segundo Dworkin, “um princípio [...] enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção”¹², ou seja, os princípios “inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva”¹³. Hão, pois, de ser aplicados conjuntamente, adequando-se mutuamente, e seus comandos podem ser satisfeitos em diferentes níveis, conforme critérios de ponderação impossíveis de serem utilizados na aplicação das regras. No mais, o princípio fundamenta a regra e é a razão de sua existência¹⁴.

Outrossim, enquanto o conflito entre regras se resolve na dimensão da validade jurídica, fazendo com que apenas uma das regras em conflito se aplique efetivamente ao caso concreto, o conflito entre princípios soluciona-se por mecanismos diversos.

Ávila, todavia, divergindo de tal critério de distinção entre regras e princípios, sustenta que, quando a realização do fim de um princípio afasta a realização da finalidade determinada por outro princípio, há necessariamente que se operar a rejeição de um dos princípios que estão em colisão total, em conclusão que se assemelha à solução proposta para a resolução do conflito entre regras¹⁵.

se deve pensar que todos os princípios – comandos de otimização – apresentam sempre igual caráter *prima facie*, nem que todas as regras têm o mesmo caráter definitivo, como assim o propõe Dworkin, na medida em que resulta ser um modelo muito simples em relação à complexa realidade” (LOPES, Ana Maria D’Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2001a).

¹⁰ DWORKIN, R. (2002), op. cit. p. 39.

¹¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10^a ed. Brasília: UnB, 1999. p. 92.

¹² DWORKIN, R. op.cit. (2002), p. 41.

¹³ DWORKIN, R. (2002), op. cit. p. 57.

¹⁴ Segundo Ana Maria D’Ávila Lopes: “os princípios são considerados razões para regras, o que não significa que não possam ser também razões imediatas para juízos concretos de ‘dever ser’ nem que as regras, por sua vez, não possam ser razões para outras regras”. (LOPES, A. op. cit. (2001a), p. 92.

¹⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. v. 215, p. 151-179. Rio de Janeiro: Renovar, , jan./mar. 1999. p. 163.

Entretanto, em tais casos, o que ocorreria seria simplesmente:

uma impossibilidade de aplicação de um dos princípios para a solução de um problema concreto, o que não significa que, em outros casos, o mesmo princípio afastado não possa ser aplicado e, mais importante, que não possa até mesmo prevalecer àquele princípio que, no primeiro caso, prevaleceu a ele¹⁶.

O certo, porém, é que, na doutrina dworkiniana, os princípios sempre estão em traçado de colisão uns com os outros, daí restringirem-se mutuamente, não se podendo dizer que um deles será aplicado ao caso concreto e outro não.

Com efeito, para Dworkin, os princípios jurídicos formam um só todo, um só conjunto, que, em sua inteireza, será sempre juridicamente válido na solução de um caso concreto, sem que se possa dizer que, em dada situação concreta, um princípio é aplicável, por ser válido, e outro princípio, não, por se mostrar inválido naquela dada situação. Nas palavras de Mota:

Dworkin atribui às normas com caráter de princípio a condição de possuírem uma dimensão de peso ou de importância. Assim, considera-se que têm mais peso, ou são mais importantes, os princípios prevalecentes, sem que isso signifique conceder a eles mais validade do que aquela concedida aos princípios deslocados, tidos como razões mais fracas em determinado caso.¹⁷

O que não pode passar despercebido, contudo, é que o peso, a dimensão e a importância de cada um dos princípios que compõem o ordenamento jurídico não são dados mediante critérios apriorísticos ou absolutos. Ao revés, na teoria de Dworkin, o caso concreto é que ditará qual ou quais princípios do ordenamento terão mais peso e serão mais importantes para a sua solução, o que deverá ser demonstrado com arrimo em uma argumentação jurídica racional, que, em todo caso, deverá realizar efetivamente a validade de todo o conjunto principiológico, considerado com um só todo, sem que se tenha qualquer dos princípios que integram esse conjunto como inválidos naquele dado caso.

Assim, por exemplo, se em um dado caso concreto *A*, ao princípio *X* for reconhecido um maior grau de importância ou um peso superior que o conferido ao princípio *Y*, que, na solução desse caso, será deslocado pelo princípio *X*, nada obsta a que, em um outro caso concreto *B*, ao princípio *Y* seja dado peso e importância maiores que os conferidos ao princípio *X*, que, na solução de tal caso, seria deslocado pelo princípio prevalecente *Y*, sem que se possa dizer que, em qualquer das situações acima, um dos princípios foi tido por inválido ou não aplicável.

Para Dworkin, portanto, os princípios “sobrevivem intactos”¹⁸ mesmo quando não prevalecem.

¹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*. v. 1, p. 607-630. Belo Horizonte: Del Rey, jan./jun. 2003. p. 621-622.

¹⁷ MOTA, M. op. cit. p. 39.

¹⁸ DWORKIN, R. op. cit. (2002), p. 57.

Embora largamente aceito, o critério de distinção entre princípios e regras da doutrina de Dworkin, como já se fez perceber anteriormente, também é alvo de críticas.

Em uma delas, à caracterização das regras como normas de *tudo ou nada* contrapõe-se que nem sempre as consequências da regra são imediatamente ou diretamente implementadas, primeiramente em face da ambigüidade de algumas regras, e, depois, pela existência de regras impondo exceções ou condições para a aplicação de outras regras, o que pode tornar também um tanto vaga e abstrata determinada regra, impossibilitando sua aplicação nos moldes de *tudo ou nada*.

A distinção entre princípios e regras não pode ser baseada no suposto método “tudo ou nada” de aplicação das regras, pois também elas precisam, para que sejam implementadas as suas consequências, de um processo prévio – e por vezes longo e complexo como o dos princípios – de interpretação que demonstre quais as consequências que serão implementadas.¹⁹

Tal posição, contudo, é rebatida por Virgílio Afonso da Silva, quando afirma que, por um lado, não se hão de confundir caráter de *tudo ou nada* com a noção de aplicação imediata da regra, e, por outro, que enunciados lingüísticos redigidos de maneira diversa podem, após um procedimento de interpretação, apontar para idêntica norma, de modo que a necessidade de interpretação dos enunciados lingüísticos não se presta a ser critério diferenciador entre regras e princípios, por quanto ambas as espécies de normas fazem por merecer interpretação²⁰.

Assim, “ser passível ou carente de interpretação é uma característica de textos que exprimem tanto regras como princípios. Mas ser passível ou carente de sopesamento é característica exclusiva dos princípios”.²¹

De qualquer modo, por vezes, parece que a realidade de aplicação das normas jurídicas é um tanto mais complexa que o modelo proposto por Dworkin, conforme já advertira Ana Maria D’Ávila Lopes²².

No mais, como consequência de sua teoria acerca de regras e princípios, Dworkin entende estar definitivamente afastada a doutrina positivista do poder discricionário do juiz, ou seja, a discricionariedade do julgador na solução dos casos que não forem regidos por regras estabelecidas²³, o que se aplica inclusive aos chamados casos difíceis (*hard cases*), nos quais amiúde há colisão entre normas principiológicas.

¹⁹ ÁVILA, H. op. cit. p. 161.

²⁰ SILVA, V. op. cit. p. 616.

²¹ SILVA, V. op. cit. p. 617.

²² LOPES, A. op. cit. (2001a), . p. 91.

²³ Dworkin esclarece o que seja essa visão positivista acerca dos *hard cases*: “o positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o poder discricionário para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal idéia não passa de uma ficção” [DWORKIN, R. op. cit. (2002), p. 127.]

Defende assim Dworkin a existência de uma única solução correta para cada caso jurídico, mesmo os complicados e tormentosos, cabendo ao julgador chegar a tal solução por meio da argumentação racional acerca da aplicação de todos os princípios envolvidos na questão.

Mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente.²⁴

Raros são, pois, segundo o próprio Dworkin, os casos em que seja impossível conceber uma única solução correta.

A questão, portanto, de se existem casos sem nenhuma resposta certa em um determinado sistema jurídico – e se tais casos são raros ou numerosos – não é uma questão empírica comum. Acredito que tais casos, se é que existem, devem ser extremamente raros nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha.²⁵

São os traços tais quais explicados acima que permitem, na concepção de Dworkin, diferenciar regras e princípios, sendo esta uma importante contribuição ao cenário pós-positivista, que acabou servindo de premissa para que Robert Alexy desenvolvesse sua teoria estrutural acerca dos direitos fundamentais, que a seguir será vista²⁶.

3. ANÁLISE DA TEORIA DE ROBERT ALEXY

Robert Alexy parte de uma distinção entre princípios e regras assemelhada a de Dworkin para estabelecer uma teoria acerca dos direitos fundamentais, em que busca explicar a estrutura das normas jusfundamentais.

Inicia dizendo, desse modo, que as normas de direito fundamental podem se expressar por meio de regras ou princípios, no que defende a adoção de um modelo misto, contrapondo-se aos puros modelos de princípios e regras pelos quais se expressariam os direitos fundamentais.

²⁴ DWORKIN, R. op. cit. (2002), p. 127.

²⁵ DWORKIN, Ronald. Trad. Luis Carlos Borges. *Uma questão de princípio*. 2^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 215.

²⁶ Fez-se aqui questão de realçar a concepção de Dworkin acerca da distinção entre princípios e regras pelo fato de que o presente trabalho tem por objetivo primeiro o estudo do modelo dworkiniano de regras e princípios. Contudo, é fácil perceber críticas a vários dos critérios diferenciadores expostos na doutrina de Dworkin. Humberto Ávila, por exemplo, após divergir de vários dos critérios de Dworkin, definiu princípios como “normas imediatamente finalísticas, para cuja concretização estabelecem com menor determinação qual o comportamento devido, e por isso dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida”, conceituando regras, ao revés, como “normas mediatamente finalísticas, para cuja concretização estabelecem com maior determinação qual o comportamento devido, e por isso dependem menos intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida” [ÁVILA, H. op. cit. p. 167].

Alexy define princípios como mandados ou comandos de otimização. Ou seja, princípios são normas jurídicas que devem ser cumpridas na maior medida possível na solução de um caso concreto, “que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas”²⁷

Na mesma linha de Dworkin, Alexy ressalta que os princípios limitam-se reciprocamente, para que seja mantido um equilíbrio de todo o conjunto principiológico.

Assim, a plena e satisfatória realização dos princípios deve ser tomada pela máxima realização do conjunto que engloba todos eles, e não em face da plena realização de cada um deles tomados de maneira isolada, de maneira que cada princípio deve contribuir para a plena realização e concretização de todo o conjunto, e isso se faz pela realização de cada um deles, em cada caso concreto, em diferentes graus, em diferentes níveis, o que não ocorre com as regras.

Dessa forma, na concepção de Robert Alexy, os princípios hão de ser todos ponderados e relativizados em face do caso concreto.

As regras, por sua vez, ou são totalmente aplicáveis ao caso, ou não o são, não havendo que se falar em ponderação em relação a tais espécies normativas.

Assim enquanto as regras estabelecem consequências jurídicas definitivas, dos princípios derivam consequências jurídicas *prima facie*²⁸.

Para Alexy, a colisão entre normas principiológicas resolve-se por meio da ponderação dos princípios, estabelecendo-se uma relação de precedência em face da aplicação dos mesmos ao caso concreto, o que, levada ao campo dos direitos fundamentais, importa dizer que exsurgirá uma norma jusfundamental específica, com caráter de regra, aplicável ao caso concreto resultante de uma correta ponderação de princípios veiculadores de direitos fundamentais.

Há que se observar, pois, que a ordem de precedência resultante da ponderação de princípios não é estabelecida de maneira absoluta, mas sempre tendo como referência o caso jusfundamental concreto sobre o qual recaem as normas principiológicas em colisão.

Nesse ponto reside mais uma crítica de Humberto Ávila, quando assevera que “a dimensão de peso não é um atributo empírico dos princípios, justificador de uma diferença lógica relativamente às regras, mas resultado de juízo valorativo do aplicador”²⁹.

²⁷ CANOTILHO, J. J. op. cit. p. 1255.

²⁸ Em verdade, na doutrina de Alexy, as regras podem, excepcionalmente, ter também um caráter *prima facie*. Isso ocorre quando há a possibilidade de introduzir na regra uma cláusula de exceção. “Quando isso sucede, a regra perde seu caráter definitivo para a decisão do caso [...]. Nos casos em que é possível introduzir cláusulas de exceção, a regra vai perder seu caráter definitivo. Mas o caráter *prima facie* que adquirem, pela perda do caráter definitivo, é totalmente distinto do caráter *prima facie* dos princípios. [As regras têm um caráter *prima facie*] essencialmente mais forte” (AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas. *Revista de Informação Legislativa*, ano 42, n. 165, p. 123-134. Brasília: Senado Federal, jan./mar. 2005, p. 128-129).

²⁹ ÁVILA, H. op. cit. p. 162.

No mesmo sentido é a crítica de Pietro Sanchis, que sustenta que a diferença entre princípios e regras reside na argumentação, não tendo, pois, origem no direito ou em qualquer outro critério estrutural ou morfológico, manifestando-se exclusivamente no momento da interpretação e da aplicação da norma³⁰.

Para Sanchis, somente ao final do processo de aplicação da norma ao caso concreto é que se poderá classificar a norma como regra ou princípio.

o que faz com que uma norma seja um princípio não é o seu enunciado lingüístico, mas o modo de resolver seus eventuais conflitos: se, em colisão com uma determinada norma, cede sempre ou triunfa sempre, estaremos diante de uma regra; se, em colisão com outra norma, cede ou triunfa conforme os casos, estaremos diante de um princípio.³¹

Ainda no mesmo sentido insere-se a incisiva crítica de Günther³², para quem a diferença entre princípios e regras não é morfológica e não se dá, por conseguinte, em face da dimensão de peso, como defende Alexy, mas sim uma diferença de aplicação, diferenciando-se os princípios das regras pela indeterminação maior quanto às condições de aplicação dos princípios, uma vez que as regras “requerem uma aplicação inequívoca que está ligada à presença do componente condicional ‘se’ em uma situação concreta”³³, enquanto que se aplica uma norma como princípio quando se entra “em um procedimento argumentativo que [...] obriga a considerar todas as características da situação e a pesar os pontos de vista normativos relevantes”³⁴.

Alexy, em sua teoria, reconhece que os precedentes judiciais podem estabelecer, preliminarmente, uma certa ordem de prioridade e de importância entre princípios jusfundamentais, formando uma rede de ponderações. Tal ordem de precedência, contudo, seria sempre uma ordem branda e não vinculante, não se impondo necessariamente em todos os casos.

Por outro lado, Alexy considera impossível que se estabeleça, *a priori*, uma ordem rígida de precedência entre princípios, aplicável a todos os casos que envolvam direitos fundamentais, pois isso exigiria que se fizesse uma regra específica, resultante da ponderação de princípios, para cada hipótese que envolvesse direitos fundamentais, tarefa impossível em face de serem infinitas as possibilidades de obtenção de regras derivadas da colisão de princípios envolvendo direitos fundamentais.³⁵

Com arrimo em tais argumentos, Alexy discorda da posição de Dworkin quanto à existência de uma única solução correta e obrigatória para qualquer caso envolvendo direitos fundamentais.

³⁰ SANCHIS, Pietro. *Apud* AMORIM, L. op. cit. p. 131.

³¹ SANCHIS, Pietro. *Apud* AMORIM, L. op. cit. p. 131.

³² Cf. GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*. n. 143, p. 191-209. Brasília: Senado Federal, jul./set. 1999. p. 201-203.

³³ *Apud* GALUPPO, M. op. cit. p. 201.

³⁴ *Apud* GALUPPO, M. op. cit. p. 201.

³⁵ MOTA, M. op. cit. p. 56.

3.1 Restrições e Colisões entre Princípios de Direitos Fundamentais

Os princípios que veiculam normas de direito fundamental, como já se viu quando da análise da teoria de Robert Alexy, são mandados de otimização a exigir que algo seja realizado da melhor maneira possível, donde se extrai que, embora tenham a natureza de norma jurídica, a efetivação de cada um deles no caso concreto depende da possibilidade de que sejam conciliados com os demais princípios.

Assim, os direitos fundamentais com caráter de princípios não podem ser realizados e concretizados de maneira absoluta, porquanto se limitam mutuamente, e somente quando da análise do caso concreto se poderá chegar à uma regra específica jusfundamental a ele aplicável, regra esta que resultará da ponderação entre os princípios envolvidos.

Os direitos fundamentais são, pois, como quaisquer outros direitos, restrin-gíveis.

Distinguem-se duas teorias acerca das restrições de direitos fundamentais: a teoria interna e a teoria externa.

De acordo com a teoria interna das restrições, o conceito de restrição está intimamente relacionado ao próprio conceito de direito, sendo as restrições interiores ao próprio conteúdo dos direitos. Tais restrições, nas palavras de Canotilho, expressam “os limites imanentes” do direito³⁶.

A teoria externa das restrições, por seu turno, trata direitos e restrições como conceitos diversos, e vem sendo aplicada no que se refere às restrições de direitos fundamentais, ganhando a preferência dos que estudam o assunto, como Canotilho, que desfere várias críticas contra a teoria interna das restrições, dentre as quais a impossibilidade de efetivação de ponderações por meio da proporcionalidade: “o princípio da proporcionalidade em sentido restrito pressupõe uma ponderação que nunca seria possível fazer relativamente aos limites originários”.³⁷

Assim, afirmando que os direitos não possuem restrições imanentes, originárias, a teoria externa defende que as restrições aos direitos fundamentais lhe são exteriores, e podem resultar de regras ou princípios constitucionalmente válidos, embora nem todas as restrições tenham necessariamente hierarquia de norma constitucional.

Mota, comentando lição de Robert Alexy, esclarece que tais restrições externas podem, dessarte, ser tidas por diretamente constitucionais, quando a norma restritiva tenha hierarquia de norma constitucional, ou por indiretamente constitucionais, quando a norma restritiva não possua hierarquia constitucional, embora seja determinada ou autorizada por norma constitucional³⁸.

³⁶ CANOTILHO, J. J.op. cit. p. 1280.

³⁷ CANOTILHO, J. J.op. cit. p. 1280.

³⁸ MOTA, M. op. cit. p. 90.

Assim, as restrições diretamente constitucionais, ou restrições constitucionais imediatas, no dizer de Canotilho, “são positivadas pelas próprias normas constitucionais garantidoras de direitos”.³⁹

As restrições indiretamente constitucionais, por sua vez, são aquelas expressas por leis, algumas das quais expressamente referidas pela Constituição (reservas legais explícitas).

Todavia, a par das reservas legais explícitas, existe a possibilidade de que a restrição seja veiculada por lei a qual a Constituição não se referiu de maneira expressa.

São precisamente esses os casos de reserva legal implícita, ou de “limites constitucionais não escritos ou restrições não expressamente autorizadas pela Constituição”⁴⁰, as quais, contudo, serão constitucionalmente válidas desde que resultem da necessidade de conciliação entre direitos fundamentais e os demais princípios e valores constitucionais, e desde que garantam o respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Como argumenta Canotilho, “o seu reconhecimento é muito problemático, mas a sua admissibilidade é justificada, no contexto sistemático da constituição, em nome da salvaguarda de outros direitos e bens”.⁴¹

Como se percebe, portanto, as normas principiológicas que estabelecem direitos fundamentais podem ser restrinvidas assim por outras normas de índole constitucional como por normas expressas por meio da legislação infraconstitucional, e tais restrições serão tidas por legítimas e constitucionais sempre que objetivem a conciliação e a ponderação entre os direitos fundamentais, os princípios e os valores constitucionais, restringindo-se um direito em nome da salvaguarda de outro direito.

Todavia, há que se considerar que restringir um direito fundamental não significa aniquilar tal direito, pois a restrição a tanto não pode chegar. Logo, a restrição também há de ser restrinvida, em nome da manutenção de todos os direitos fundamentais albergados pela Constituição.

É nesse contexto que se torna pertinente a análise do tema referente ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

3.2 A Questão do Núcleo Essencial

Com efeito, nenhuma restrição a direito fundamental, ainda que busque a ponderação do direito restrinvido com outros direitos fundamentais que busca resguardar, pode atingir e devassar o núcleo essencial do direito restrinvido, sob pena de maculá-lo em sua essência, retirando-lhe a própria natureza.

³⁹ CANOTILHO, J. op. cit. p. 1276.

⁴⁰ CANOTILHO, J. op. cit. p. 1277.

⁴¹ CANOTILHO, J. J. op. cit. p. 1277.

A ponderação entre os princípios jusfundamentais permite que um deles seja deslocado, para que outro prevaleça, mas esse deslocamento deverá ser o menor possível, e deverá ser feito na medida necessária para que melhor se realize o conjunto dos princípios jusfundamentais.

A garantia do conteúdo essencial é concebida como um limite à atividade limitadora dos direitos fundamentais, isto é, como o limite dos limites, [...] indicando um limite além do qual não é possível a atividade limitadora dos direitos fundamentais".⁴²

O núcleo essencial de cada direito fundamental, portanto, há de ser sempre preservado. Aliás, tal proteção da essência dos direitos fundamentais contra reformas acha-se positivada de modo expresso no art. 19.2 da Lei Fundamental de Bonn, como bem lembra Pablo Lucas Verdú⁴³, o que não obsta que os direitos fundamentais sejam regulados e mesmo limitados.

A existência da garantia do conteúdo essencial não deve ser necessariamente interpretada no sentido de considerar que toda regulação ou limitação legislativa dos direitos fundamentais irá decorrer na sua desnaturalização, pois admite-se a imposição de limites, mas sempre que observem e respeitem o conteúdo essencial do direito fundamental, ou seja, sempre que não o desnaturalizem, situação configurada quando: o direito é impraticável, o direito não pode mais ser protegido, o exercício do direito tem sido dificultado além do razoável.⁴⁴

Com respeito, porém, a esse conteúdo essencial dos direitos fundamentais, distinguem-se duas teorias principais, a saber: a teoria absoluta e a teoria relativa.

De acordo com a teoria absoluta do núcleo essencial, "o conteúdo de um direito é sempre o mesmo, sem importarem as circunstâncias de cada caso em particular".⁴⁵

Assim, para essa teoria, o núcleo essencial é imutável e constante e se fundamenta sobre critério pré-determinado.

Destaca-se, dentro da teoria absoluta do conteúdo essencial, uma versão que afirma a identidade do núcleo essencial com a dignidade da pessoa humana, que, dessarte, seria o núcleo comum a todos os direitos fundamentais. É esta a teoria de Düring acerca do conteúdo essencial, bem sintetizada por Ana Maria D'Ávila Lopes ao afirmar que, para essa teoria, "o conteúdo material de um direito fundamental identifica-se com a própria dignidade humana".⁴⁶

Tal versão acerca da teoria absoluta do núcleo essencial é objeto de diversas críticas, muitas das quais relatando a dificuldade de se determinar

⁴² LOPES, Ana Maria D'Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*. n. 164, p. 7-15. Brasília: Senado Federal, out./dez. 2004. p. 13.

⁴³ VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de Direito*. Trad. Agassiz Almeida Filho Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 84.

⁴⁴ LOPES, A. op. cit. (2004), p. 7.

⁴⁵ LOPES, A. op. cit. (2004), p. 7

⁴⁶ LOPES, A. op. cit. (2004), p. 9.

com segurança o que é a dignidade humana, outras enfatizando que essa teoria tornaria absoluto o princípio da dignidade da pessoa humana, que assim jamais poderia ser deslocado por outro princípio.

Negando, contudo, tal caráter absoluto do princípio da dignidade da pessoa humana, mesmo em se identificando a dignidade da pessoa humana com o núcleo essencial dos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet, após aduzir que, “para além da discussão em torno de sua identificação com o núcleo essencial, constata-se que o princípio da dignidade da pessoa humana serve como importante elemento de proteção dos direitos contra medidas restritivas”⁴⁷, assim se manifesta:

É neste sentido que não podemos deixar de relembrar – na esteira de Alexy – que até mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana (por força de sua própria condição principiológica) acaba por sujeitar-se, em sendo contraposto à igual dignidade de terceiros, a uma necessária relativização, e isso não obstante se deva admitir – no âmbito de uma hierarquização axiológica – sua prevalência no confronto com outros princípios e regras constitucionais, mesmo em matéria de direitos fundamentais.⁴⁸

Considerando, todavia, pertinentes as críticas à teoria absoluta que identifica o núcleo essencial dos direitos fundamentais com a dignidade da pessoa humana, Ana Maria D`Ávila Lopes conclui que “é necessário identificar o conteúdo essencial do direito fundamental não apenas com o que estiver diretamente relacionado com a dignidade humana”.⁴⁹

A teoria relativa do conteúdo essencial, por seu turno, segundo Ana Maria D`Ávila Lopes, “defende a tese de que o conteúdo essencial de um direito fundamental só pode ser conhecido analisando-se, em cada caso concreto, os valores e interesses em jogo”⁵⁰, sendo, assim, um conceito variável, relativo, encontrável apenas no caso concreto, após a ponderação entre os princípios jusfundamentais, que se fará por meio da proporcionalidade, como adiante se verá.

Vê-se, portanto, que a diferença maior entre as teorias absoluta e relativa do núcleo essencial reside na configuração do tal núcleo, mais duro na teoria absoluta e mais moldável na teoria relativa.

Na teoria relativa, define-se o direito fundamental não como algo dotado de um valor incondicional, mas como algo cuja característica jurídica é a proibição da sua limitação arbitrária, de tal forma que a garantia do conteúdo essencial não alude, na verdade, ao conteúdo, mas a um juízo de razonabilidade, cujo caráter tem um sentido econômico, visto que se refere a uma relação custo-benefício.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 127.

⁴⁸ SARLET, I. op. cit. p. 134.

⁴⁹ LOPES, A. op. cit. (2004), p. 10.

⁵⁰ LOPES, A. op. cit. (2004), p. 8.

cio [...]. Na teoria absoluta, o conteúdo essencial é um núcleo duro, absolutamente resistente à ação limitadora do legislador, ainda precisando-se proteger outro direito ou bem constitucional.⁵¹

Critica-se também a teoria relativa, pela flexibilização excessiva no trato dos direitos fundamentais. Para Mota, “essa crítica, contudo, não se sustenta, quando se analisa o exame promovido pelo princípio da proporcionalidade”.⁵²

De qualquer modo, qualquer que seja a teoria defendida, emerge indubitável a necessidade de se preservar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, seja tal núcleo pré-estabelecido, seja ele encontrado apenas no caso concreto, após a ponderação feita com o auxílio do procedimento da proporcionalidade, procedimento este que também há que ser observado no âmbito da teoria absoluta, se não para determinar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, mas decerto para que se possa justificar deslocamentos, ainda que mínimos, entre princípios jusfundamentais quando colidam no caso concreto.

4. REGRAS, PRINCÍPIOS E PROPORCIONALIDADE

Como já analisado, os direitos fundamentais estabelecidos por normas principiológicas, quando colidem no caso concreto, hão de ser ponderados quando de sua aplicação, restringindo-se e se conformando mutuamente, de maneira que se estabelecerá no caso concreto uma ordem de precedência entre os princípios jusfundamentais, o que importará no deslocamento de um princípio em detrimento da prevalência de outro, garantindo-se a máxima efetividade de todo o conjunto principiológico.

Esse sopesamento, contudo, há de ser feito de maneira criteriosa pelo magistrado, que não se poderá valer de sua discricionariedade, devendo argumentar, racionalmente e juridicamente, as razões da ponderação a ser realizada.

Há quem, duvide, cabe ressaltar, do valor de uma argumentação jusfundamental inerente ao procedimento de ponderação e sopesamento entre princípios. Nesse sentido, embora sem uma maior contextualização do assunto, salienta Virgílio Afonso da Silva que:

segundo o próprio Müller, o sopesamento é um método irracional, uma mistura de ‘sugestionamento linguístico’, ‘pré-compreensões mal esclarecidas’ e ‘envolvimento afetivo em problemas jurídicos concretos’, cujo resultado não passa de mera suposição.⁵³

Nessa seara de ponderação, a servir de auxílio ao magistrado, acha-se o procedimento da proporcionalidade, mesmo procedimento utilizado no controle das restrições aos direitos fundamentais.

Importante mencionar ainda que, obedecida a proporcionalidade, fica,

⁵¹ LOPES, A. op. cit. (2004), p. 14.

⁵² MOTA, M. op. cit. p. 111.

⁵³ SILVA, V. op. cit. p. 626.

na visão da teoria relativa do conteúdo essencial, delimitado e preservado o núcleo essencial de cada direito fundamental, como já se disse.

A proporcionalidade, ademais de impedir, no caso concreto, restrições desarrazoadas a direitos fundamentais, impõe que a ponderação entre princípios jusfundamentais seja feita da melhor maneira possível, de modo que o benefício a um direito fundamental advindo da restrição de outro direito fundamental justifique plenamente a restrição imposta, o que deverá ser argumentado e demonstrado no caso concreto.

Todavia, de início, cumpre dizer que há divergências quanto à caracterização da proporcionalidade como princípio, ao menos quando se toma princípio por mandado de otimização, como o faz Alexy.

Ora, se o princípio, tomado na acepção acima, impõe que se lhe dê cumprimento da melhor forma possível e no maior grau possível diante das peculiaridades fáticas e jurídicas do caso concreto, gerando consequências não definitivas, e garantindo direitos *prima facie*, resta difícil conciliar tais noções com a de proporcionalidade, porquanto esta se presta exatamente para auxiliar na ponderação entre princípios jusfundamentais, o que lhe garante caráter absoluto, não fazendo sentido pensar em colisão da proporcionalidade com outros princípios.

Por tais fundamentos é que Humberto Ávila define o “dever da proporcionalidade” não como um princípio, e nem mesmo como uma regra, mas como um “postulado normativo aplicativo”.⁵⁴

Marcelo Lima Guerra, por seu turno, referindo-se inicialmente à proporcionalidade como uma “máxima”, adverte, com base no pensamento de Alexy:

Há, no mínimo, uma imprecisão terminológica, ou mesmo uma impropriedade conceitual, em se referir à máxima da proporcionalidade como princípio, num contexto em que se adota a distinção entre regras e princípios, atribuindo a cada um desses termos o sentido que lhes dá Robert Alexy.⁵⁵

Dizendo isso, Guerra concorda com Alexy no entendimento de que a proporcionalidade, não sendo um princípio, só pode ser uma regra.⁵⁶

Canotilho, por seu turno, refere-se ainda assim à proporcionalidade como princípio⁵⁷, no que é seguido por Guerra Filho, que, embora se referindo a “princípio da proporcionalidade”, ressalta que, em verdade, a proporcionalidade é “o princípio dos princípios, verdadeiro *principium* ordenador do direito”.⁵⁸

Há ainda os que, como Jorge Miranda, indistintamente se referem a princípio

⁵⁴ ÁVILA, H. op. cit. p. 170.

⁵⁵ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 91.

⁵⁶ GUERRA, M. op. cit. p. 91.

⁵⁷ CANOTILHO, J. J. p. 1297.

⁵⁸ GUERRA FILHO, W. op. cit. p. 62.

da proporcionalidade e a regra da proporcionalidade, sem demonstrar preocupação com o enquadramento da proporcionalidade como regra ou princípio.⁵⁹

No caso da proporcionalidade, pairando ela sobre os princípios em conflito, em posição de autoridade sobre os próprios princípios constitucionais, justifica-se, para alguns, ser denominada também de princípio, ou, nas palavras de Guerra Filho, “princípio dos princípios”⁶⁰, ou ainda, conforme Mota, “sobreprincípio”⁶¹.

Pretendem-se justificadas as posições definidoras da proporcionalidade como princípio em face, sobretudo, da diversidade semântica do termo princípio, que torna correta a identificação de princípio como norma com maior grau de abstração ou como norma de maior importância no ordenamento jurídico.⁶²

Nesse ponto, por oportuno, parece imperioso atentar para a incisiva crítica que Virgílio Afonso da Silva faz àquilo que denomina de “sincretismo metodológico” na abordagem dos princípios, ou seja, “a adoção de teorias incompatíveis como se compatíveis fossem”.⁶³

Com efeito, para referido jurista, a abordagem que Robert Alexy faz acerca dos princípios e os critérios de que se utiliza para conceituá-los, diferenciando-os das regras, é muito diferente da definição de princípio corriqueiramente utilizada na doutrina nacional⁶⁴.

Assim é que, enquanto princípios são identificados tradicionalmente como as normas com um grau mais acentuado de generalidade, ou como as disposições mais fundamentais de um sistema, ou ainda como as normas de maior importância no ordenamento jurídico⁶⁵, na teoria de Alexy, segundo Silva, princípio encerra “um conceito que nada diz sobre a fundamentalidade da norma”.⁶⁶

Um princípio pode ser um ‘mandamento nuclear do sistema’, mas pode também não o ser, já que uma norma é um princípio *apenas em razão de sua estrutura normativa*, e não de sua fundamentalidade [...]. [Assim,] muito do que as classificações tradicionais chamam de princípio, deveria ser, se seguirmos a forma de distinção proposta por Alexy, chamado de regra.⁶⁷

Dessarte, conclui Virgílio Afonso da Silva que incorre em contradição quem,

⁵⁹ Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. tomo IV – direitos fundamentais. 3^a ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 205-208.

⁶⁰ GUERRA FILHO, W. op. cit. p. 62.

⁶¹ MOTA, M. op. cit. p. 119.

⁶² CANOTILHO, J. J. op. cit. p. 1160.

⁶³ SILVA, V. op. cit. p. 625.

⁶⁴ Carraza, por exemplo, na trilha dos muitos que enxergam nos princípios os mandamentos nucleares de um sistema, define princípio jurídico como “um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam”. (CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 16^a ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 33)

⁶⁵ Cf. CANOTILHO, J. J. op. cit. p. 1160.

⁶⁶ SILVA, V. op. cit. p. 613.

⁶⁷ SILVA, V. op. cit. p. 613.

após aceitar a teoria de Alexy acerca dos princípios, passa a estabelecer qualquer modelo de classificação tipológica dos princípios, mesmo porque, “o conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito *axiologicamente neutro*”.⁶⁸

Em um ponto, contudo, parece haver concordância na doutrina nacional: a proporcionalidade é uma norma jurídica que está devidamente positivada na Constituição de 1988, embora não se faça ainda presente de modo textualmente expresso no texto constitucional brasileiro⁶⁹.

Com efeito, em acréscimo à tese defendida por Robert Alexy de que a proporcionalidade está implícita na própria definição de princípio enquanto mandado de otimização⁷⁰, presta-se a cláusula de abertura material do art. 5º, §2º, da Constituição Federal⁷¹, também, como fundamento de defesa da positivação implícita do princípio da proporcionalidade no ordenamento jurídico nacional. Nesse sentido, Guerra Filho⁷², Mota⁷³, Guerra⁷⁴ e Bonavides, que assim se expressa:

O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como “norma jurídica global”, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o §2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência imposta pelo Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.⁷⁵

Faz-se oportuno abrir parênteses para dizer que, embora dedutível do próprio espírito da Constituição de 1988, tanto que muitas vezes a doutrina e os julgados dela se utilizam sem qualquer referência⁷⁶, e talvez por isso tida por inútil por alguns constitucionalistas, a cláusula de abertura material do art. 5º, §2º, da Constituição Federal, mostra-se, todavia, muito importante, a fim de que não reste dúvida de que os direitos fundamentais positivados na Constituição

⁶⁸ SILVA, V. op. cit. p. 615.

⁶⁹ Humberto Ávila referindo-se à positivação do dever da proporcionalidade na Constituição brasileira de 1988, sustenta que “o dever da proporcionalidade também não resulta de um texto específico, mas da estrutura mesma dos princípios, sem que isso lhe retire força normativa”. (ÁVILA, H. op. cit. p. 171)

⁷⁰ Cf. GUERRA, M. op. cit. p. 95.

⁷¹ O art. 5º, §2º, da Constituição brasileira de 1988 assim dispõe: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

⁷² Cf. GUERRA FILHO, W. op. cit. p. 62.

⁷³ Cf. MOTA, M. op. cit. p. 120.

⁷⁴ Cf. GUERRA, M. op. cit. p. 95.

⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 436.

⁷⁶ Cf. DOBROWOLSKI, Sílvio. Direitos fundamentais: a cláusula de expansão do art. 5º, §2º, da Constituição de 1988. *Interesse Público: Revista Bimestral de Direito Público*. ano 8, n. 40, p. 79-108. Porto Alegre: Notadez, nov./dez. 2006. p. 107.

não se resumem àqueles expressos em seu texto⁷⁷.

No mais, embora seja também objeto de críticas, que vão, como mostra Bonavides, desde o estreitamento da liberdade do legislador à redução da proporcionalidade ao desejo e à vontade de quem toma a decisão, ante a dificuldade de fundamentar as decisões de acordo com tal critério, passando pelo risco de dissolução do Direito na justiça do caso particular⁷⁸, o princípio da proporcionalidade, cuja irradiação teve origem na doutrina alemã, vem ganhando destaque nos ordenamentos constitucionais dos países europeus, especialmente nos “centros de estudos jurídicos da ‘família’ romano-germânica na Europa”⁷⁹, destaque esse que vem obtendo também no ordenamento brasileiro.

O princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânones do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois, o Direito Constitucional brasileiro.⁸⁰

Jorge Miranda, por seu turno, comentando a Constituição de Portugal, diz que a proporcionalidade, na Carta portuguesa, manifesta-se nos “momentos mais sensíveis dos direitos fundamentais”⁸¹, e enumera diversos trechos extraídos do texto constitucional português em que se pode observar a manifestação da proporcionalidade, como, por exemplo, a norma que diz que “no acesso a cargos elecctivos a lei só pode estabelecer as inelegibilidades *necessárias* para garantir a liberdade de escolha dos eleitores e a isenção e a independência do exercício dos respectivos cargos (art. 50, n. 3)”.⁸²

A norma maior da proporcionalidade, dando seqüência ao tema, compreende três normas menores, ou três sub-regras, ou sub-princípios, perfazendo, portanto, um verdadeiro procedimento a ser utilizado quando da ponderação de princípios. São eles a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

O primeiro desses elementos da máxima da proporcionalidade é o da adequação. Por meio desse sub-princípio, a restrição que se faz no âmbito de um dado direito fundamental, no caso concreto, há de ser feita para que se consiga atingir determinado objetivo. Em outras palavras, a restrição há de ser apta à finalidade pretendida, há de satisfazer o fim intencionado, fim este que deve ser constitucionalmente legítimo.

⁷⁷ “O disposto no art. 5º, §2º, da Constituição, é importante válvula para ampliação dos direitos fundamentais, de exponencial utilidade para aumentar e atualizar, perante novas necessidades sociais, o rol oferecido pelo constituinte. Cuida-se, sem dúvida, de instrumento de magna importância” (DOBROWOLSKI, S. op. cit. p. 107).

⁷⁸ Cf. BONAVIDES, P. op. cit. (2005), p. 428-433.

⁷⁹ GUERRA FILHO, W. op. cit. p. 77.

⁸⁰ BONAVIDES, P. op. cit. p. 436.

⁸¹ MIRANDA, J. op. cit. p.208.

⁸² MIRANDA, J. op. cit. p. 208.

Nas palavras de Ávila, “uma medida é adequada se o meio escolhido está apto para alcançar o resultado pretendido”.⁸³

Ocorre que para a consecução de um fim constitucionalmente legítimo, por vezes, mais de uma medida restritiva pode mostrar-se apta, de maneira que pode haver várias restrições adequadas à realização do objetivo almejado. É nesse contexto que se insere o segundo sub-princípio do procedimento maior da proporcionalidade: o princípio da necessidade.

O princípio da necessidade impõe que a medida restritiva de um dado princípio, ademais de ser apta a produzir o fim almejado, deve ser a mais branda, a mais suave dentre todas as medidas que se mostrem adequadas. A restrição, assim, há de ser aquela absolutamente indispensável e necessária para que se atinja o fim perseguido.

A regra da necessidade, por sua vez, impõe uma avaliação dos próprios meios, na perspectiva dos prejuízos eventualmente resultante deles. Segundo esse princípio, portanto, o emprego de determinado meio deve limitar-se ao estritamente necessário para a consecução do fim almejado e, havendo mais de um meio, dentro do faticamente possível, deve ser escolhido aquele que traga menos prejuízos, vale dizer, a menor restrição possível a outros direitos fundamentais.⁸⁴

Por fim, como derradeiro elemento da proporcionalidade tem-se o que se convencionou denominar de proporcionalidade em sentido estrito, ou racionalidade⁸⁵, princípio ao qual é confiada a delicada tarefa de ponderar e sopesar os bens jurídicos em conflito no caso concreto.

De fato, essa não é uma tarefa fácil, por quanto “a ponderação é, afinal, uma exigência de solução justa de conflitos entre princípios”⁸⁶, devendo ser resolvida pela argumentação jusfundamental.

Por meio da proporcionalidade em sentido estrito, há que se sopesar os bens jurídicos que conflitam no caso concreto, estabelecendo norma específica que terá validade unicamente na solução daquele particular caso concreto.

Trata-se, com efeito, de balancear os princípios envolvidos (*balancing ad hoc*), atribuindo-lhes peso e buscando que o benefício resultante da efetivação de um direito fundamental seja mais importante que a restrição adequada e necessária do princípio jusfundamental que com ele colide no caso concreto, afinal, como lembra José Maria Rodríguez de Santiago, “quanto maior seja o grau de prejuízo do princípio que há de retroceder, maior há de ser a importância do cumprimento do princípio que prevalece”⁸⁷, no caso concreto envolvendo direitos fundamentais, ou seja, nos casos difíceis (*hard cases*), no dizer de Dworkin.

⁸³ ÁVILA, H. op. cit. p. 172.

⁸⁴ GUERRA, M. op. cit. p. 92.

⁸⁵ Cf. MIRANDA, J. op. cit. p. 207.

⁸⁶ CANOTILHO, J. J. op. cit. p. 1241.

⁸⁷ *Apud* AMORIM, L. op. cit. p. 128.

Por derradeiro, nas palavras de Jorge Miranda, importa dizer que “a falta de necessidade ou de adequação traduz-se em arbítrio. A falta de racionalidade em excesso”.⁸⁸

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As teorias pós-positivistas, de modo particular o modelo de princípios e regras de Ronald Dworkin e a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, e o largo alcance de aplicação que vêm tendo, parecem de fato haver conseguido suplantar a já vetusta dicotomia entre jusnaturalismo e juspositivismo.

Com efeito, o modelo de regras e princípios proposto por Dworkin, ao colocar os princípios como espécies de normas jurídicas, definindo-os como padrões normativos diversos das regras, fez injetar elementos morais no ordenamento jurídico, inserindo valores como equidade e justiça em padrões juridicamente vinculantes.

Rearticularam-se, assim, elementos historicamente vinculados ao direito natural, como as noções de valor, de justiça, de moral e de equidade, com noções notadamente positivistas, como ordenamento jurídico e padrões jurídicos positivados e vinculantes.

Na era pós-positivista, regras e princípios, com suas diferenças e peculiaridades referentes às estruturas abertas ou fechadas que representam, e ainda à forma de aplicação, à ponderação e às maneiras de solução de conflitos entre seus preceitos, servem ao magistrado como fundamento para todas as suas decisões.

Dworkin fez registrar traços marcantes das regras e princípios, atribuindo às regras uma estrutura fechada de *tudo ou nada*, e aos princípios uma estrutura aberta e mais abstrata, de maneira que os princípios não conduzem a uma resposta fechada, mas “inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva”.⁸⁹

Cresceu, dessarte, a necessidade de se aprimorar uma argumentação principiológica, e, com destaque, uma argumentação jusfundamental, seguindo a trilha de Robert Alexy, que, tomando por base o modelo dworkiniano, estabeleceu uma teoria das normas jusfundamentais, que tanto se podem expressar por meio de regras como de princípios.

O grande contributo de Alexy, assim, definindo princípios como comandos de otimização, foi acoplar o estudo dos direitos fundamentais ao modelo de regras e princípios de Dworkin, estabelecendo modos de solução de conflitos entre normas jusfundamentais principiológicas e limites às restrições de direitos fundamentais.

Decerto um dos aspectos mais destacados de sua teoria, o estudo da

⁸⁸ MIRANDA, J. op. cit. p. 207.

⁸⁹ DWORKIN, R. op. cit. (2002), p. 57.

máxima da proporcionalidade, procedimento a auxiliar o juiz quando da solução de caso concreto em que entram em conflito duas ou mais normas principiológicas jusfundamentais, revelou minúcias da diferenciação entre proporcionalidade e razoabilidade, termos utilizados nos estudos constitucionais freqüentemente de maneira pouco criteriosa.

A proporcionalidade, dessarte, com seus subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, erige-se, na doutrina de Alexy, como meio de delimitar e preservar o núcleo essencial de cada direito fundamental, numa visão relativa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Impede, no caso concreto, restrições desarrazoadas a direitos fundamentais, e, a um só tempo, impõe que a ponderação entre princípios jusfundamentais seja feita da melhor maneira possível, de modo que o benefício a um direito fundamental advindo da restrição de outro direito fundamental justifique plenamente a restrição imposta.

As críticas, enfim, muitas vezes bem lastreadas, à teoria de Alexy e ao modelo dworkiniano de regras e princípios que lhe serviu de premissa, corroboram e ratificam a importância de tais estudos na análise constitucional, ao tempo em que contribuem para um aprimoramento da aplicação de tais estudos ao direito constitucional pátrio.

6. REFERÊNCIAS

AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas. *Revista de Informação Legislativa*, ano 42, n. 165, p. 123-134. Brasília: Senado Federal, jan./mar. 2005.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. v. 215, p. 151-179. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 1999.

BOBBIO, Norberto. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10^a ed. Brasília: Editora UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7^a. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 16^a ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 4^a ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

DOBROWOLSKI, Sílvio. Direitos fundamentais: a cláusula de expansão do art. 5º, §2º, da Constituição de 1988. *Interesse Público*: Revista Bimestral de Direito Público. ano 8, n. 40, p. 79-108. Porto Alegre: Notadez, nov./dez. 2006.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. 2^a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*. n. 143, p. 191-209. Brasília: Senado Federal, jul./set. 1999.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Basto, 1999.

LOPES, Ana Maria D`Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*. n. 164, p. 7-15. Brasília: Senado Federal, Brasília, out./dez. 2004.

_____. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*: Tomo IV – direitos fundamentais. 3^a ed. Coimbra: Coimbra 2000.

MOTA, Marcel Moraes. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: Omni, 2006.

PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. *Revista CEJ*, n. 30, p. 70-80. Brasília, jul./set. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*. v. 1. p. 607-630. Belo Horizonte, Del Rey, jan./jun. 2003.

VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de Direito*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.



O CONTRADITÓRIO DO EXECUTADO NA NOVA EXECUÇÃO CIVIL

Juvêncio Vasconcelos Viana¹

RESUMO

O presente artigo analisa as formas de defesa do devedor na nova execução civil brasileira.

Palavras-chave

Processual. Constitucional. Contraditório. Execução.

ABSTRACT

This article analyses the defense of judgment debtor in new brazilian execution.

Key-words

Process. Constitutional. Contradiction. Execution

1. PALAVRAS INTRODUTÓRIAS.

Tomemos certas premissas para o desenvolvimento de nosso tema: de um lado, a moderna idéia da efetividade do processo; de outro, a garantia do contraditório em sede da execução.

Quanto ao primeiro ponto, vale rememorar que, depois de toda uma fase *autonomista* da evolução do processo, fase marcada por diversos avanços conceituais, chega-se a um momento metodológico no qual, mais que nunca, reconhece-se no processo um “instrumento” – não puramente técnico, de aplicação do direito material -, mas com fins sociais e políticos a serem realizados.²

Mais ainda, a partir do momento que se reconhece ao processo tais escopos (sociais, políticos e jurídicos) a serem alcançados, sua efetividade será medida, exatamente, pelo grau de aproximação de tais fins. O quanto mais próximo esteja o processo daqueles escopos, atingindo-os satisfatoriamente, poderá aquele afirmar-se *efetivo*.

¹ Advogado em Fortaleza. Procurador do Estado do Ceará. Professor da Faculdade de Direito da UFC. Doutor em Direito Processual pela USP.

² Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do processo*. 7^a ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 17-23.

Eis a relação entre os conceitos de instrumentalidade e de efetividade.

Quando falamos em “crise da prestação jurisdicional”, talvez não haja momento mais sensível para essa quanto a seara da execução (v.g., problemas com a efetivação de ordens judiciais, dificuldades no recebimento de quantia certa), área na qual está-se exatamente cuidando da realização material de situações reconhecidas em lei ou sentença.

Quer-se, assim, o resultado equivalente àquele que a parte teria com o espontâneo cumprimento da obrigação pelo devedor. É o princípio da “máxima coincidência possível”, o qual, na dicção de José Carlos Barbosa Moreira, “deve atuar no sentido de imprimir à execução da sentença a aptidão para produzir resultado tendente a igualar aquele que se obteria mediante a realização espontânea do direito”.³

Quanto ao segundo ponto, apesar de posicionamentos contrários do passado,⁴ não há mais dúvidas, em tempos atuais, quanto à presença do contraditório em sede de execução.⁵

Diversos fatores nos conduzem ao reconhecimento de sua incidência *in executivis* (v.g., a imposição constitucional do princípio a qualquer processo judicial,⁶ a consolidação jurisprudencial da “exceção de pré-executividade”).

Basta verificar que o princípio do contraditório há de ser observado atento às peculiaridades do processo sobre o qual esteja a incidir.

Há contraditório na execução, sem dúvida, apenas em *latitude diversa* daquela em que o mesmo princípio manifesta-se, por exemplo, no processo de conhecimento.⁷

Há o risco, contudo, de que se coloquem em grau bastante elevado aquelas idéias (de humanização da execução, contraditório etc.) a ponto de transformar-se a execução em um “*processo do devedor*” e não, como deve ser, na atividade adequada à satisfação do credor.

Não é de hoje a advertência acerca dos perigos da expansão da tutela do devedor (através do direito constitucional, direitos fundamentais etc.), que poderia por em crise a eficiência do processo executivo. Vale lembrar, também

³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais. In: *Temas de Direito Processual*, 4^a. Série, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 221.

⁴ Apontando uma índole não contraditória da execução, cf. SATTA, Salvatore. *Direito Processual Civil*, 20. vol, trad. Luiz Autuori, Rio de Janeiro: Borsoi, 1973, p. 532.

Liebman também afirma que não há contraditório na execução, contudo, chega a dizer “que a controvérsia e o contraditório podem reaparecer, mas isto somente em novo processo de cognição de caráter incidente (embargos)”, LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, 5^a. ed., São Paulo: Saraiva, 1986, p. 44.

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*, 3^a. ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 161-178.

⁶ Art. 5º, inc. LV, Const.

⁷ Cf. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 129.

o credor goza de direitos fundamentais, entre os quais se inclui o direito a uma tutela efetiva de seu crédito.⁸

O desafio está lançado aos operadores do direito em geral: propiciar, de um lado, uma tutela executiva efetiva, assegurando à parte vencedora/credora exata e precisamente aquilo que restou reconhecido na sentença ou em título extrajudicial, sem descurar, de outra banda, da imposição do contraditório, para os casos em que aquela atuação (executiva) se faça de forma ilegítima ou descabida.

2. RELEMBRANDO OS EMBARGOS À EXECUÇÃO

No direito brasileiro, construiu-se a idéia de que o processo de execução seria, precípua mente, modalidade de atividade jurisdicional prática e material, desenvolvida sob a premissa de não haver, ali, matéria a ser discutida e decidida.⁹ Daí, não se prever, em sua estrutura procedural interna, momento formal para a apresentação de *defesa* pelo devedor.

Além dessa tentativa de impor-se certa *pureza* àquela atividade, invocava-se, ainda, o fenômeno da eficácia incondicional do título executivo, a qual permitiria percorrer a execução sem depender da demonstração da existência do direito. A lei se abstrairia de tal causa para dar força e valor somente à sanção incorporada no título, dando caminho livre à ação (executiva) que dele se originaria.

Tudo isso, é claro, não excluiria a possibilidade do aparecimento de controvérsias em relação ao processo de execução.

É que, como bem lecionava Willis Santiago Guerra, “não é, nem poderia ser absoluta a independência da execução em face da verdadeira situação de direito material existente entre as partes. A dívida pode não mais existir por pagamento, prescrição ou qualquer outro fato extintivo e nesse caso seria inadmissível prosseguir-se na execução. É certo que o devedor não pode defender-se diretamente na execução, invocando qualquer espécie de defesa, inclusive os fatos extintivos do crédito. Entretanto, dispõe o devedor de um meio eficaz para anular ou reduzir a execução ou tirar do título a sua eficácia executiva. Esse meio chama-se *embargos do devedor*. Os embargos constituem uma verdadeira ação (de conhecimento) com a finalidade de desconstituir o título exequendo. O ataque não é contra a execução em si mesma e, sim, contra o título que lhe serve de fundamento”.¹⁰

Apesar de algumas premissas da lição do saudoso mestre terem, modernamente, se relativizado, o fato é que os embargos à execução foram colocados no sistema como uma ação de iniciativa do devedor, com formação

⁸ Advertência feita por Wolfgang Grunsky, texto da conferência *Problemas constitucionais do processo executivo no ordenamento jurídico alemão*, proferida no auditório da pós-graduação-UFC, Fortaleza, 1989.

⁹ Evitando-se, assim, o suscitar de questões que somente retardariam a marcha do procedimento.

¹⁰ GUERRA, Willis Santiago. *Notas da disciplina de Direito Processual Civil – Execução*, UFC, 1988, p. 2.

de um processo próprio, dotado de autonomia estrutural *mas umbilicalmente ligado ao processo de execução instaurado pelo credor.*¹¹

Essa natureza dos embargos à execução foi confirmada pela reforma do CPC, ainda na década de noventa, ao disciplinar-se o tema da desistência da execução, permitindo que os “embargos de mérito”, relativos à própria existência do crédito, prosseguissem como uma ação autônoma se assim quiser o embargante (alínea *b*, parágrafo. único, art. 569, CPC).

Reconhecida tal natureza, tais embargos possuíam, além dos pressupostos processuais gerais, outros de natureza mais específica, demonstrados logo na sua petição inicial, quais sejam, tempestividade e segurança do juízo.¹² Mais ainda, vale registrar que os embargos tinham, por previsão legal, a regra da suspensividade do processo executivo, no todo ou em parte.

A reforma do CPC, em sua nova etapa, atingiu em cheio o tema dos embargos à execução.

Nesse ponto, duas leis nos interessam diretamente: a primeira, Lei n. 11.232/2005, que disciplina o chamado “cumprimento da sentença” e introduz, no lugar dos embargos, a via da *impugnação* pelo executado; a segunda, Lei n. 11.382/2006, que trata na execução do título extrajudicial, altera o Livro II do Código e traz uma disciplina nova para a conhecida via dos embargos à execução.

3. A IMPUGNAÇÃO

Através da primeira lei (n. 11.232, de 22-12-2005), a execução de sentença condenatória no pagamento de quantia certa deixa de ser um processo autônomo para tornar-se apenas uma *fase* do processo de conhecimento que gerou aquela mesma sentença.

Tínhamos dado tal passo, antes, em relação às obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa (arts. 461, 461-A, CPC);¹³ avançou-se, na mesma linha, em relação às obrigações de pagar quantia certa.

A sentença condenatória em quantia certa não mais precisará de um processo (autônomo) de execução para se fazer valer. É o triunfo do chamado “processo sincrético”. Fundem-se, numa mesma base processual, as atividades de reconhecimento e de atuação do direito.¹⁴

¹¹ Expressão empregada por Willis Santiago Guerra.

¹² Embora esse último pressuposto fosse dispensado em alguns casos, v.g., nos embargos à execução de obrigação de fazer.

¹³ Ver ainda o art. 475-I, CPC.

¹⁴ Diante disso, o Livro do II do CPC, volta-se à realidade da execução (processo de execução) dos títulos extrajudiciais. As normas do Livro II, contudo, ainda auxiliarão àquela fase de cumprimento da sentença (observe-se que a disciplina específica do cumprimento da obrigação de pagar vai apenas até a fase de apreensão-avaliação). Assim, as regras do Livro II CPC serão aplicadas subsidiariamente para o cumprimento da sentença (art. 475-R), *v. infra*.

Pois bem, se a reforma introduziu a executividade *lato sensu* para as sentenças condenatórias em quantia certa, por razões de “*simetria*”, também tinha que criar, nessas situações, um contraditório compatível: a impugnação incidental (art. 475-L, CPC).

A introdução da nova via de reação do executado traz algumas questões à análise.

Existem muitas dúvidas na doutrina quanto à real natureza da impugnação incidental.

Para alguns, a mesma consistiria em simples *defesa*, traduzida num mero incidente processual.¹⁵

Optando-se por tratar a impugnação como mera defesa, surgiria séria questão acerca da eficácia preclusiva que a sua não interposição poderia acarretar, impedindo a discussão daquelas matérias *a posteriori*.

Se a impugnação tiver natureza de defesa, adverte Paulo Lucon, “sem a sua apresentação, opera-se verdadeira preclusão *pro iudicato*, não se admitindo a alegação de qualquer matéria atinente ao débito exequiêndo (ressalvadas as matérias de ordem pública, sobre as quais o órgão jurisdicional pode e deve se pronunciar – *ex vi* art. 267, §3º)”.¹⁶

Para outros, a impugnação – a exemplo dos antigos embargos à execução do título judicial – permaneceria com a natureza de *ação de oposição à execução*.¹⁷

Ao tempo dos embargos à execução, reconhecia-se que a perda do prazo de sua oposição (então de 10 dias) era algo que trazia uma eficácia apenas endoprocessual. Tal contumácia não inibia a busca do devedor por uma tutela jurisdicional autônoma.¹⁸ Essa também há de ser a conclusão, hoje, se admitirmos natureza de *ação* para a via da impugnação.

Por fim, há posição de que sua natureza oscilaria, a depender do fundamento utilizado, ora aparecendo como mera *exceção processual* (v.g., inc. II, III, art. 475-L), ora como autêntica *ação* incidental (v.g., incisos I e VI e §1º, art. 475-L).¹⁹

¹⁵ É a posição, por exemplo, de CARMONA, Carlos Alberto. *Novidades sobre a execução civil: observações sobre a Lei n. 11.232/2005*. In: RENAULT, Sérgio. BOTTINI, Pierpaolo. (coord.). *A nova execução de títulos judiciais*. São Paulo: Saraiva, p. 70. JORGE, Flávio Cheim. DIDIER JR., Fredie. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 148; MARTINS, Sandro Gilberto. *A defesa do executado por meio de ações autônomas*, 2^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 130; WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova sistemática Processual Civil*, vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 151.

¹⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Nova execução de Títulos Judiciais*. In: *Direito Processual Comparado*. PELLEGRINI, Ada Grinover. CALMON, Petrônio, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 712

¹⁷ Cf. ASSIS, Araken de. *Cumprimento da Sentença*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 314.

¹⁸ Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tutela processual do direito do executado*. In: *O processo de execução – Estudos em homenagem ao Professor Alcides de Mendonça Lima*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995, p. 249-260.

¹⁹ Cf. GRECO, Leonardo. *Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05*, *Revista Dialética de Direito Processual* n. 36, São Paulo, março 2006, p. 81.

O fato é que, ainda que venhamos a reconhecer à impugnação a natureza de uma ação, a mesma não contará com um novo processo (como havia nos embargos) para discutir qualquer das situações autorizadas legalmente (*v. infra*), sendo que de sua decisão caberá, inclusive, recurso de agravo de instrumento, medida de impugnação mais compatível com celeridade da nova técnica de cumprimento.

De qualquer sorte, é importante que o ali decidido (em sede de impugnação) faça “coisa julgada”,²⁰ impedindo que o devedor vá ressuscitar o fundamento eventualmente repelido em outra via processual (ação autônoma etc.).²¹

3.1. Oferecimento

Observando a sistemática do cumprimento da sentença, temos que (art. 475-J), não havendo o pagamento voluntário da parte do devedor, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação. Mediante técnica de concentração, faz-se conjuntamente as duas providências, seguindo assim modelo de maior rapidez, já observado na execução fiscal brasileira (art. 7º, Lei 6.830/80).

Lavrado o respectivo auto (penhora-avaliação), procede-se de logo a intimação do executado para, querendo, oferecer sua impugnação.

Vê-se, pois, que essa virá após a segurança do juízo e a avaliação do bem apreendido.²²

Novas regras visam facilitação daquele ato de comunicação, quer permitindo que essa se proceda na pessoa do advogado do executado, quer autorizando o emprego de outros meios de comunicação que não a via do mandado.

Assim, a intimação poderá ocorrer: a) na pessoa do advogado, mediante as técnicas que são comuns a esse profissional do direito (v.g., diário da justiça, correio);²³ ou, b) na falta desse, na pessoa do devedor ou, quando for o caso, de seu representante legal, por mandado ou pelo correio.

Realizada a intimação, poderá-se-á oferecer a impugnação no prazo de quinze (15) dias. Eis outro requisito: a tempestividade, também verificável na realidade dos embargos (*v. infra*).

Passado aquele prazo, qual a consequência?

Perde o executado a oportunidade de reagir à execução pela via

²⁰ Assumindo natureza de ação, esgotados os recursos, haveria sim coisa julgada (GRECO, L. op. cit. p. 82).

²¹ Mas, há opinião contrária à formação da coisa julgada na espécie. José Ignácio Botelho de Mesquita, entende que, com a “metamorfose” sofrida (de embargos para impugnação), deixa de haver sentença de mérito e, assim, a decisão da impugnação não faria coisa julgada (BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Metamorfose dos embargos. n. 85, AASP, maio/2006, p. 59-61).

²² Afinal, um dos fundamentos da impugnação pode ser, exatamente, a avaliação errônea (inc. III, art. 475-L).

²³ Arts. 236 e 237, CPC.

ordinariamente prevista, inclusive com a possibilidade de pugnar, por sistemática própria (art. 475-M), efeito suspensivo.

Perdida essa oportunidade, parece-nos, não desaparece a possibilidade de trazer à baila a discussão daquelas nulidades absolutas da execução ou matérias de ordem pública²⁴ ou mesmo, conforme o caso, buscar a via de ação autônoma.²⁵

A possibilidade de vir arguir ausência de pressupostos ou vícios insanáveis da execução não vai embora com a nova disciplina.

Nada obsta que o executado venha mesmo, antes da oportunidade legal, deduzir aquelas matérias; ou ainda, que o faça mesmo transcorrido o prazo legal (afinal, são matérias de ordem pública, valendo então o §3º, art. 267). Pagará, contudo, as despesas de retardamento.

Percebe-se, portanto, que não desapareceu a utilidade e o espaço para o emprego da “exceção de pré-executividade” nessa fase de cumprimento. A constrição patrimonial, como visto, permanece como algo prévio à impugnação, daí porque o executado poderá tentar reagir por outros caminhos.

Embora não se ignore que o intuito da lei tenha sido por termo ao emprego de tais *exceções de pré-executividade*, ainda não será agora que essas abandonarão nossa prática forense.

3.2. Fundamentos

Diz a lei (art. 475-L) que a impugnação incidental “somente poderá versar sobre ...”. A norma mantém a conhecida idéia de *restritividade*²⁶ das hipóteses de reação à execução fundada em título judicial. Tentou-se, ali, realizar a difícil tarefa consolidar, em uma única via, a reação do executado.

A norma finda por trazer limites à cognição do juiz nessa fase. São matérias, em regra, supervenientes à condenação. Há casos, contudo, em que se discute o “passado”; matérias anteriores à formação do título, diga-se melhor (v.g., inc. I e §1º, ambos do art. 475-L).

Quanto ao elenco daqueles fundamentos - recorde-se a oposição italiana a atos executivos -, foram mantidas conhecidas situações, algumas de índole formal, processual, outras “de mérito”, as quais o sistema já contemplava ao tempo dos embargos à execução, tendo havido a supressão (ao menos aparente) de algumas.

São fundamentos que se encontravam no antigo art. 741 do CPC, que cuidava dos embargos à execução lastreada em título judicial. Tal norma não foi eliminada do sistema, mas restou mantida, com especificidade, para os casos de

²⁴ Muitas constantes daquele rol do art. 475-L (v.g., incisos II, IV e V).

²⁵ Nesse sentido, cf. ASSIS, A. op. cit., p. 334.

²⁶ Melhor não usar – como fazem alguns – a expressão *taxatividade*, haja vista certa “abertura” proporcionada pelo inciso VI do art. 475-L.

Execução em face da Fazenda Pública (arts. 730-731, CPC).²⁷ Ou seja, mantida aquela norma (art. 741), significa dizer que ainda encontramos, no sistema, situação de embargos à execução fundada em título judicial.

Passemos ao exame dos fundamentos da impugnação:

a. *falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia* (inc. I, art. 475-L)

– Este constitui inciso que permite o executado vir discutir matéria anterior, ainda relativa à *fase de conhecimento*. Quando tal fundamento era referido no inciso I do art. 741, CPC, dizia-se: *falta ou nulidade da citação no processo de conhecimento, se a ação lhe correu à revelia*. Comparando os dois textos, vê-se suprimida do inciso I do art. 475-L a expressão “... no processo de conhecimento”. Compreensível isso, afinal não estamos falando um novo processo, mas sim de uma “fase” (executiva) ainda do mesmo processo. Passou-se a dizer “... se o processo correu à revelia” (algo mais técnico do que a “ação” correr à revelia, já que essa constitui apenas o poder de provocar a atuação jurisdicional). De qualquer sorte, para a caracterização plena desse fundamento, continuamos contando com o binômio: *nulidade do chamamento (citação) + ocorrência da revelia*;²⁸

b. *inexigibilidade do título* (inc. II) – Cuida-se de outro fundamento conhecido.

Há muito o legislador impõe ao título (melhor, ao crédito que esse encerra) os atributos de certeza, liquidez e exigibilidade.²⁹ A exigibilidade do bem devido “em nada concorre para identificar o direito que vai à execução, nem, de forma alguma, para estabelecer contornos do processo executivo; ela diz apenas que é chegado o momento da satisfação da vontade concreta da lei, sem que haja mais qualquer impedimento legal”.³⁰

Através de Medida Provisória (nº 2180-35) houve a equiparação de tal atributo (ou melhor, da ausência desse) à situação bastante diversa, qual seja, a da “sentença inconstitucional”. Acontecia então a positivação da “coisa julgada inconstitucional”.³¹ O fundamento já estava, pois, no sistema (pr. único do art. 741, CPC) através de Medida Provisória; agora, é re-introduzido mediante *lei* no texto do código (§1º, art. 475-L).³² Na proposição inicial de tal fundamento (inconstitucionalidade

²⁷ Acerca do tema, cf. VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Execução contra a Fazenda Pública*, São Paulo: Dialética, 1998, p. 103-134.

²⁸ Valendo registrar que a doutrina – embora vacilante quanto a real natureza do problema (se de inexistência, ineficácia ou nulidade) – vem admitindo certo “concurso” de meios de impugnação à decisão, dada a gravidade do vício, para o reconhecimento do mesmo, v.g., ação rescisória, *querela nulitatis*.

²⁹ Algo que foi corrigido na atual redação do art. 586, CPC, *v. infra*.

³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*, 3^a ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 483.

³¹ Acerca das polêmicas em torno desse fundamento, inclusivo percorrendo as posições quanto à sua (in)constitucionalidade, cf. Juvêncio Vasconcelos. *Coisa Julgada e Inconstitucionalidade: alguns reflexos em matéria tributária*. In: MACHADO, Hugo de Brito. (coord.) *Coisa Julgada, Constitucionalidade e Legalidade em Matéria Tributária*. São Paulo: Dialética, 2006, pp. 262-293.

³² “Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”.

do título) para o art. 475-L, havia distinções para o texto finalmente aprovado: a) chegou-se a cogitar da hipótese da sentença inconstitucional como um inciso próprio (isso, certamente, para corrigir sua criticável associação com o conceito de inexigibilidade); b) referiu-se à "... sentença fundada em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, *em ação direta de inconstitucionalidade ou em arguição de descumprimento de preceito fundamental*" (essa redação inicialmente proposta, melhor, procurava restringir a incidência da norma às situações de controle concentrado de constitucionalidade). Tais proposições, como se vê, no final, não vingaram.³³

- a. *penhora incorreta ou avaliação errônea* (inc. III) – Cuida-se de situação antes inclusa no inciso V, art. 741, CPC, o qual versava sobre "excesso de execução, [³⁴] ou nulidade desta até a penhora". Com a nova sistemática do cumprimento da sentença, como vimos, a penhora ocorre juntamente com a avaliação e, após isso, a intimação para os fins de impugnação. Logo, essa não vai tratar apenas de vícios ocorrentes até a penhora – como se dava nos conhecidos "embargos de primeira fase" – mas também daquelas irregularidades que se manifestarem quanto à avaliação;
- b. *ilegitimidade das partes* (inc. IV) – Considerando cuidar-se de uma execução, posterior a uma fase de conhecimento, é de se perceber que tal fundamento não contará com toda essa amplitude. Não haverá, ao menos de princípio, maiores dificuldades quanto à verificação da legitimidade dessa fase executiva. De qualquer sorte, em prol do tema, convém atentar para as regras de legitimidade que permaneceram no Livro II do CPC (arts. 566-568),³⁵ especialmente quando nos deparamos com eventual sucessão processual, cuja regularidade deve ser conferida;
- c. *excesso de execução* (inc. V) – O fenômeno tem sua definição legal no art. 743, CPC, aqui também aplicável (art. 475-R). Cuida-se de situação que decorre, nada mais nada menos, da própria idéia de *fidelidade* da execução ao título. No caso de excesso – mais exatamente quanto ao inc.I do art. 743 CPC - caberá ao executado declarar de logo o valor que entender correto, sob pena de rejeição liminar dessa impugnação (§2º, art. 475-L). Trata-se da criação de interessante ônus para o impugnante. Dá maior seriedade ao seu contraditório. Algo similar ao que já ocorre em sede do processo de consignação em pagamento, no que tange à defesa do consignado, quando esse contesta a não integralidade do depósito (pr.

³³ O STJ tem cuidado, todavia, de atenuar a incidência de tal fundamento: "A jurisprudência desta Corte também é pacífica no sentido de que o parágrafo único, do art. 741 do CPC, não é aplicável às sentenças transitadas em julgado em data anterior à sua introdução no ordenamento jurídico, feita pela Medida Provisória n. 2180-35/2001 (24-8-2001). Isso porque, à época da constituição do título, que a parte alega ser inexigível, não se cogitava a inconstitucionalidade das normas que serviram de fundamento à decisão judicial, remanescendo a coisa julgada material. Precedentes" (STJ – 1^a. T; AGR no RESP n. 711.302-SC; Rel. Min. Francisco Falcão; j. 21-6-2005; v.u.).

³⁴ Hipótese tratada, doravante, no inciso V art. 475-L.

³⁵ Recordando que a Lei n. 11.232/05 revogou a "execução às avessas" do art. 570 CPC.

único, art. 896, CPC). Nesses casos, eventual efeito suspensivo a se atribuir à impugnação há de ser parcial, permitindo seguir a execução em relação à parte incontroversa (*v. infra*);

- d. *qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença* (inc. VI) – Continua presente a hipótese que dá certa “abertura” ao rol dos fundamentos à reação do devedor. Afinal, diz-se ali “qualquer causa ...”, o que demonstra que o elenco mencionado não é “fechado”.³⁶ Cuidam-se das mesmas hipóteses que sempre constituíram os chamados “embargos de mérito”.

É, de certa forma, o *processualizar* do tema material das formas de extinção das obrigações. O acolhimento da impugnação em tais casos traz sérios efeitos substanciais. Manteve-se a compensação dentre aquelas situações exemplificativas, saindo, contudo, a expressão – que trazia certa confusão prática –³⁷ “... com execução aparelhada”. Continua – não podia deixar de ser – a referência à *superveniência* de tais fundamentos, ou seja, manifestação de tais causas extintivas ou impeditivas após a formação do título judicial.

Não constam do rol do art. 475-L duas antigas hipóteses de embargos à execução de título judicial:

- a. a *cumulação indevida de execuções* (antigo inc. IV do art. 741, CPC)³⁸ – tema que, em verdade, perde espaço, haja vista que, finda a fase condenatória do processo, passaremos ao cumprimento específico da sentença ali proferida.³⁹ A hipótese é mantida nos embargos à execução do título extrajudicial (inc. III, art. 745, CPC);
- b. a *incompetência do juízo, suspeição e impedimento do juiz* (antigo inc. VII, art. 741)⁴⁰ – a não menção de tais problemas não quer dizer que esses não venham a ocorrer. A incompetência, em caso de execução de título judicial, sempre foi matéria (embora não impossível) de rara verificação. De qualquer sorte, havendo incompetência absoluta (funcional), essa constitui matéria oponível até mesmo pela via de “objeção”, por simples petição.

Se havia situação de incompetência relativa (v.g., em razão de foro), tal

³⁶ Mostrando o caráter exemplificativo de tal cláusula legal, destacando diversas outras situações materiais (v.g., distrato, perda do interesse, morte do credor, nos casos de créditos personalíssimos), cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. IV, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 663-664.

³⁷ Fazia alguns pensar que o crédito trazido à compensação deveria constar de execução ajuizada. Equivocado pensar, a nosso sentir.

³⁸ O art. 573 CPC dispõe sobre a cumulação de execuções.

³⁹ Leonardo Greco, após asseverar não se exaustivo o rol do art. 475-L, diz: “omitiu o legislador de 2005 a cumulação indevida de execuções, mencionada no inciso IV do artigo 741, mas me parece que ela pode ocorrer, especialmente nos casos em que a execução não se processe no juízo de origem, como admitido pelo artigo 475-P” (GRECO, L. op. cit., p. 81).

⁴⁰ O que trazia certa antinomia com o art. 742, CPC, prevendo a via das exceções rituais para tais vícios. A jurisprudência, contudo, parecia tolerante quanto ao emprego de uma e outra via.

deveria ter sido deduzida ainda na fase cognitiva, em momento próprio, já estando na fase executiva, a matéria resta alcançada pela preclusão. Por fim, se emergirem causas supervenientes de suspeição ou impedimento do magistrado nessa fase, caberá o tradicional remédio da exceção instrumental. É o caso de ir-se ao art. 742, aplicável subsidiariamente (incidência do art. 475-R, mais uma vez).

3.3. Suspensividade

Os embargos à execução, em seu velho regime (revogado §1º do art. 739, CPC), acarretavam a suspensividade automática do processo executivo.⁴¹

A impugnação não terá, ordinariamente, efeito suspensivo (art. 475-M), mas poderá o juiz atribuir-lhe tal efeito.

A adoção no Brasil da suspensividade *ope judicis* nos aproxima do modelo italiano (art. 624 daquele código), onde na oposição o magistrado dá suspensividade de acordo com a relevância dos motivos.⁴²

Dessa maneira, o efeito suspensivo da impugnação será *ope iudicis*, ou seja, a depender de pronunciamento judicial que o outorgue, é claro, de maneira fundamentada (art. 93, IX, Const.).

A lei, em técnica que não é nova no sistema (v.g., art. 558, CPC), emprega conceitos indeterminados, que deverão ser verificados à luz do caso concreto pelo juiz. Não se cuida de simples discricionariedade do julgador.

Para que venha o efeito suspensivo da impugnação: a) devem ser relevantes seus fundamentos; b) o prosseguimento da fase executiva poderá causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.

A doutrina tem registrado certa nota de “cautelaridade” em tal caso, contudo, pugnada pelo executado, trata-se de uma tutela de urgência passível de ser prestada sem um processo respectivo (cautelar).

Para tal fim, não se está diante de mero *fumus boni júris* e o risco de dano há de ser grave e não pairar dúvida.

Seria interessante a atenção do magistrado para as regras dos §§ 4º e 5º do art. 739-A, CPC, no ato da concessão do efeito suspensivo, para que esse venha apenas parcialmente quando a impugnação versar sobre fundamentos análogos àqueles ali tratados. Embora tais regras pertençam à disciplina do efeito suspensivo dos embargos, essas podem se aqui aplicadas por razões sistêmicas e teleológicas.

O efeito suspensivo pode ser requerido logo na petição de oferecimento da impugnação, mas nada impede que esse venha posteriormente, em petição avulsa. Alguns entendem poder o mesmo ser concedido de ofício pelo juiz.⁴³

⁴¹ Podendo, em determinadas situações, ser essa eficácia apenas parcial (antigos §§ 2º e 3º do art. 739).

⁴² Confira-se o levantamento procedido por WAMBIER, L. WAMBIER, T. MEDINA, J. op. cit. p. 161.

⁴³ É a opinião de KNIJNIK, Danilo, in *A Nova Execução – Comentários à Lei nº 11.232/2005*. OLIVEIRA,

Da decisão acerca do pedido de suspensividade, deferindo-o ou não, caberá agravo de instrumento. A forma retida de agravar não se demonstra apta e eficiente ao combate desse pronunciamento.⁴⁴

Mesmo se atribuído efeito suspensivo à impugnação, é lícito ao exequente requerer o prosseguimento da execução, oferecendo e prestando caução suficiente e idônea, arbitrada pelo juiz e prestada nos próprios autos da execução (§1º, art. 475-M). Trata-se de uma “contracautela neutralizadora que, prestada, não paralisará o andamento da efetivação da tutela da sentença condenatória”.⁴⁵

A caução, que poderá ser real ou fidejussória, deve ser, na letra da lei, “suficiente e idônea”. Impõe-se – ao juiz, em especial – verificar concretamente esses requisitos. Deve haver proporcionalidade entre a caução tomada e com o possível dano possa advir ao executado.

Não há necessidade, à semelhança do que ocorre com a execução provisória (inc. III, art. 475-O), de um procedimento cautelar específico (arts. 826-838) para a tomada da garantia. Essa é prestada nos próprios autos.

3.4. Processamento

A impugnação vem por petição dirigida, sem os rigores do art. 282, CPC, ao próprio juízo que toca a fase executiva do processo, de princípio, nos mesmos autos desse. Não há mais, como ao tempo dos embargos, a formação de um novo processo.

Apresentada sua petição, a impugnação será processada, como dito, nos próprios autos. Nos casos em que não deferida a sua suspensividade, a mesma terá seu curso em autos apartados (§2º, art. 475-M).

Não há, na lei, maiores detalhes quanto ao processar da impugnação.

É razoável pensar que essa possa ter uma rejeição liminar, v.g., por intempestividade, não enquadramento nas situações do art. 475-L, à exemplo do que ocorre com os embargos à execução (vide art. 739 e seus incisos).

Admitida que seja a medida, claro que deverá haver um contraditório em face do exequente.

A esse deve ser assegurada a possibilidade de reação à impugnação. Razoável que esse venha a respondê-la em quinze dias, prazo que se sugere por

Carlos Alberto Álvaro de (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 164.

⁴⁴ Mostrando que o recurso há de ser o agravo de instrumento, mesmo diante da nova sistemática trazida pela lei 11.187/2005, cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. Do “cumprimento da sentença”, conforme a Lei n. 11.232/2005. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Parcial retorno ao medievalismo? Por que não? p. 27. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença condenatória, p. 74, artigos da *Revista do Advogado*, n. 85, São Paulo: AASP, maio/2006.

⁴⁵ ALVIM, Arruda. Cumprimento da sentença condenatória por quantia certa – Lei 11.232, de 22.12.2005 – Anotações de uma primeira impressão. FUX, Luiz. NERY JUNIOR, Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 293.

isonomia processual (afinal esse é prazo que o executado dispõe para impugnar o cumprimento).

Se necessário, serão deferidas e produzidas provas, realizando-se inclusive audiência de instrução.

Da decisão que resolver a impugnação, rejeitando-a, caberá agravo de instrumento, ordinariamente desprovido de efeito suspensivo, o que permitirá o prosseguimento da execução. Caberá ao agravante, diante do caso concreto, pugnar extraordinariamente o efeito suspensivo (art. 558, CPC).

Acolhida a impugnação, havendo extinção da execução, será aquela decisão impugnável mediante apelação.

A natureza da decisão que julga o incidente, para alguns, é variável: extinto o processo, temos sentença; rejeitada a impugnação, é interlocutória, cabendo agravo.⁴⁶

Da resolução da impugnação deverá caber a fixação de honorários,⁴⁷ por princípio de causalidade. Não há diferença no trabalho aqui realizado daquele procedido nos velhos embargos da execução do título judicial. Mas essa não é uma posição pacífica.⁴⁸

Fica a indagação de saber-se com tratar dos vícios que vierem posteriormente à penhora, na fase expropriatória.

Possível sustentar, a essa altura, o cabimento dos “embargos de segunda fase” (à adjudicação, alienação e arrematação), modalidade típica de embargos para a execução que se diz expropriatória. Mais uma vez, se iria buscar resposta na regra do art. 475-R.

Ainda que não se concorde com tal idéia, de cabimento de embargos nessa fase ulterior do cumprimento, há de se admitir que tais vícios sejam argüidos mesmo que por simples petição. O não cabe é retirar-se do executado o direito à impugnação e discussão de máculas ulteriores, relativas às medidas da fase expropriatória.

4. NOVO REGIME DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO

Como dito, mexeu-se também na *principal* via de tutela processual do executado: os embargos à execução.

Diz-se “principal” porque, há tempos, foi debelado o chamado “mito dos embargos”, a crença de que esses fossem único caminho de impugnação à disposição do devedor em relação à execução injusta.

⁴⁶ WAMBIER, L. WAMBIER, T. MEDINA, J.. op. cit, p.163.

⁴⁷ Nesse sentido, cf. ZAVASCKI, Teori Albino. Defesas do executado. In: RENAULT, S. BOTTINI, P. op. cit. p. 145. BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, v. 1, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 76.

⁴⁸ Contra o cabimento de honorários, cf. KNIJNIK, D. op. cit. p. 166.

São reconhecidas ainda em favor do devedor outras vias – internas ou externas – de reação à execução, v.g., ações autônomas de discussão do crédito (§1º art. 585, CPC), exceções de pré-executividade.

Em linhas gerais, mantida a natureza jurídica do remédio (ação), as maiores novidades residem, precisamente, na desnecessidade de prévia segurança do juízo, antigo requisito de admissibilidade dessa via, e na supressão de seu efeito suspensivo (legal e automático), podendo esse ser atribuído pelo próprio magistrado, em casos excepcionais, mediante garantia.

4.1. Segurança do juízo e tempestividade

No plano da admissibilidade dos embargos, sempre tivemos dois requisitos: primeiro, o da segurança do juízo (embora esse requisito não fosse seguido em toda e qualquer modalidade de embargos, v.g., os embargos do processo de execução de obrigação de fazer e da execução contra a Fazenda Pública); segundo, o da tempestividade.

Não há mais, doravante, a exigência da segurança do juízo.

Há aqui, no plano da literalidade das normas, uma diferença para a proposição da impugnação incidental (medida de reação do executado na fase de cumprimento-execução de sentença, art. 475-J), haja vista que, ali, a medida viria após a realização da diligencia de penhora-avaliação.

Contudo, é de se registrar que parte da doutrina vem se posicionando quanto a não exigência da segurança do juízo também para os fins da impugnação.⁴⁹

Dizagora o CPC que a parte executada oporá embargos “independente mente de penhora, depósito ou caução” (art. 736, caput),⁵⁰ embora esses meios devam ser usados para os fins de obtenção de suspensividade (*v. infra*).

A não exigência da segurança do juízo trará, na prática forense, uma diminuição do emprego das “exceções de pré-executividade”. Isto porque a maioria dos devedores buscava (ou forçava) tal via de defesa por ser a mesma “menos onerosa” para o executado. Com tal reforma, não se elimina, de uma vez por todas, a conhecida forma de reação do devedor, contudo, como dito, retira-se muito de seu âmbito de utilização.⁵¹ Ainda conviveremos com essa forma de reação do devedor por algum tempo.

O outro requisito – o da tempestividade – também sofre mudança.

O prazo de interposição dos embargos passa a ser de 15 dias (a exemplo

⁴⁹ Cf. BEDAQUE, J. op. cit. p. 75.

⁵⁰ Revogou-se expressamente o art. 737, CPC, que disciplinava as formas de tal segurança do juízo (penhora, depósito).

⁵¹ Mostrando que ainda não é o “fim” da exceção de pré-executividade, cf. WAMBIER, L. WAMBIER, T. MEDINA, J op. cit. p. 189; e THEODORO JUNIOR, Humberto. *A Reforma da Execução do Título Extrajudicial*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 181-182.

da impugnação de sentença, art. 475-L), contados da mera juntada do mandado de citação (art. 738). É claro que, por razões de contraditório, o mandado citatório deve trazer a advertência para o executado embargar em 15 dias.

São revogadas, pois, aqueles antigos termos *a quo* de contagem desse prazo que constavam dos incisos (I a IV) do artigo.

Não havendo mais a segurança do juízo, segue a idéia de juntada pura e simples do mandado citatório aos autos (tal como nos moldes do processo de conhecimento ou do antigo regramento da execução de obrigação de fazer – antigo inc. IV, art. 738, CPC, hoje revogado).

Temos então regras especiais para contagem do prazo:

- a. *acom vários executados* – a contagem do prazo inicia-se a partir da juntada de *cada mandado* (e não da juntada do último, como ocorre normalmente, art. 241, inc. III, CPC). Abre-se exceção à tal regra no caso de executados casados (§1º, art. 738).

Na contagem do prazo dos cônjuges, contudo, impõe-se distinguir a situação do art. 655, §2º, CPC, o qual prevê o chamamento do cônjuge no caso de penhora de imóvel. Nessa situação, “o prazo para a apresentação de embargos é autônomo, contando-se da juntada de cada um dos mandados de citação, nos casos em que apenas um dos cônjuges é citado, originariamente, como executado, e o outro somente passa a integrar o pólo passivo da execução em razão da penhora de imóvel, nos termos do art. 655, §2º, acima comentado”.⁵²

Por fim, registre-se haver posição, na doutrina, pregando que esse trato especial de contagem do prazo também deve ser observada nos casos de união estável devidamente documentada.⁵³

- a. *por precatória* – da juntada da comunicação (a qual dar-se-á, inclusive, por meio eletrônico) do deprecado aos autos (e não da carta precatória como é comumente feito - art. 241, IV).

É uma medida interessante e prima pela celeridade processual (§2º, art. 738).⁵⁴ Quanto ao *oferecimento* de tais embargos, é de ser observada a norma do art. 747 do CPC.

- a. *o art. 191, CPC, não se aplica à contagem de tal prazo* (§3º, art. 738), seguindo-se aqui certa linha de pensamento já antes sustentada.⁵⁵

⁵² WAMBIER, L. WAMBIER, T. MEDINA, J op. cit. p. 198.

⁵³ BUENO, Cássio Sacarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, vol. 3, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 260.

⁵⁴ Talvez fosse o caso de se pensar trazer tal alteração para o processo em geral, tornando essa disciplina específica em comum.

⁵⁵ Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à Execução*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 224.

4.2. A não suspensividade como regra

Assume-se que os embargos não terão efeito suspensivo (art. 739-A). Uma antiga aspiração da doutrina, registre-se.⁵⁶

A exemplo do que ocorreu na “fase de execução” da sentença condenatória em quantia certa, em sua impugnação incidental (art. 475-M), aqui, de igual, mudou-se do efeito suspensivo “legal” para um efeito suspensivo “judicial”.

A opção vigente chega em certa mão contrária do que fora estabelecido em momento inicial da reforma do código, quando se optara por explicitar o efeito suspensivo generalizado dos embargos executivos.

Daí porque, agora, temos a reformulação do inciso I do art. 791, CPC, que previa a suspensão pura e simples do processo com o mero recebimento dos embargos.

Essa norma tem sua redação adaptada à nova sistemática. Diz que suspende-se a execução: “... no todo ou em parte, quando recebidos com efeito suspensivo os embargos à execução (art. 739-A)”.

Apesar disso, o embargante poderá requerer ao juízo a concessão de tal efeito, desde que atenda a determinados requisitos legais. Um efeito suspensivo *ope iudicis*, pois.

Dispõe o §1º do art. 739-A do CPC: “O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes”.

A norma diz que o juiz “poderá” atribuir o efeito suspensivo. Contudo, tal possibilidade não constitui competência discricionária do magistrado. Ele precisará, uma vez provocado, verificar a ocorrência dos requisitos que a lei coloca para tal fim. É a incidência, pura e simples, do princípio-mor da motivação (art. 93, IX, CF).

Constituem requisitos da medida de suspensividade: a) relevância de seus fundamentos; b) que o prosseguir da execução possa *manifestamente* [atenção para a expressão de intensidade] causar *grave dano de difícil ou incerta reparação*. São requisitos que se assemelham a outros casos de tutela de urgência do código (v.g., efeito suspensivo do agravo, art. 558, CPC); e c) a outorga de garantia.

Caberá ao magistrado, como dito, a verificação desses, revelando-os em decisão fundamentada; motivada também há de ser a decisão de eventual revisão dessa suspensividade (§2º art. 739-A).

⁵⁶ Mostrando a relação entre a busca da efetividade e a não suspensividade das impugnações à execução, cf. YARSHELL, Flávio Luiz. Efetividade do processo de execução e remédios com efeito suspensivo. In: *Processo de Execução*. SHIMURA, Sergio. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 384-386.

A norma também deixa claro que a suspensividade não virá *ex officio*, dependendo de iniciativa do executado, condicionando-a a seu requerimento. Assim, constitui ônus do embargante, quando de sua postulação, a demonstração daqueles pressupostos.

Esse requerimento, de regra, será feito logo na inicial dos embargos, mas nada impede que o mesmo venha posteriormente, em caso de manifestação superveniente do *periculum in mora*.

Ainda, requer-se que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução, os quais a lei, de forma redundante,⁵⁷ adjetiva de “suficientes”.

Ou seja, além da demonstração daqueles requisitos legais, deve haver o oferecimento de bem(ns) em garantia para o advento da suspensividade. Há, em tal exigência, certa contradição com o disposto no §6º do mesmo artigo.

Ainda que o devedor obtenha a suspensão judicial num primeiro momento, isso não lhe dá total garantia de sobrerestamento do processo executivo.

Primeiro, a suspensividade não impedirá a penhora e avaliação (é uma “meia” suspensão, pois). Não inclui aí atos de expropriação; estes não estão liberados, portanto.

Trata-se de suspensividade relativa, a qual mesmo decretada não impede a prática de determinados atos (a exemplo do que ocorre com a paralisação do processo e o decreto-efetivação de medidas de urgência, v.g., arts. 266 e 793, CPC).

Ademais, a decisão de suspensividade detém certa carga de resolutividade.

Pode aquela ser revista (modificada ou revogada) a qualquer tempo, desde que cessem as circunstâncias que a motivaram. Um pouco de aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* quanto à determinação de suspensão. Mais uma vez, quer-se a iniciativa da parte (de certo, da embargada).

As hipóteses de suspensividade parcial dos embargos – que nasceram com o movimento de reforma – ficaram mantidas (§§ 3º e 4º). Temos no §4º, art. 739-A, especificamente, os “embargos subjetivamente parciais” de que fala Cândido Dinamarco. Tal regra não deixa de ser adoção, no campo específico da execução, de certos princípios do fenômeno do litisconsórcio, mais especificamente, o da autonomia (arts. 48 e 49, CPC).

São normas que prevêem situações de atenuação da eventual eficácia suspensiva da via embargatícia, apontando casos onde a mesma somente ocorreria de maneira parcial, ora elegendo critério puramente objetivo, ora fazendo-o por parâmetro mais subjetivo.

Assim, se: *a*) os embargos forem opostos, por exemplo, com fundamento no excesso de execução; ou *b*) existirem vários executados e apenas um desses

⁵⁷ Talvez com um fim “didático” ou de simples ênfase.

resolva embargar, deduzindo matéria que lhe é exclusiva (v.g., ilegitimidade passiva *ad causam*), em uma e outra situação a suspensividade dos embargos, ainda que deferida pelo magistrado, será apenas parcial.

Em outras palavras, no primeiro exemplo, nada impedirá o prosseguimento do processo executivo em relação ao *quantum* incontroverso ou, na segunda hipótese, em relação aos demais executados.

Tais “feixes incontroversos” da demanda executiva não devem ser afetados pela eficácia suspensiva da ação de embargos.

Toda essa sistemática chega com a clara finalidade de oferecer maior efetividade à via executiva, evitando suspensões amplas e desnecessárias, preservando, assim, a eficácia do título quanto às partes incontroversas do crédito ali representado ou da responsabilidade executiva também ali traduzida.

Em meio às regras da suspensividade dos embargos encontramos o §5º do art. 739-A, que diz respeito ao tema do “excesso de execução”.

Parece-nos que tal norma está deslocada sistematicamente. Melhor seria que a mesma constituísse um dos parágrafos do art. 745, CPC, que cuida do tema em meio aos demais fundamentos dos embargos. Cabia, para tal regra, uma melhor sistematização.

Como vemos, o tratamento do efeito suspensivo dos embargos chega na mesma linha do que foi previsto para a impugnação incidental. Faça-se aqui um rápido paralelo entre os regimes do art. 475-M e do art. 739-A, §§, ambos do CPC.

Vejamos:

- a. nos embargos, para sua propositura, não há requisito da segurança do juízo, mas essa terá de ocorrer para fins de postulação do efeito suspensivo; na impugnação, ao requerer-se seu efeito suspensivo, já estará seguro o juízo, haja vista a sua oportunidade de oferecimento, exatamente após penhora-avaliação;
- b. resta explícito, na disciplina do efeito suspensivo dos embargos, que esse virá mediante requerimento da parte embargante; para a impugnação nada se diz, fazendo alguns sustentarem a possibilidade de tal efeito suspensivo se deferido *ex officio* pelo juiz;
- c. ambos os dispositivos (art. 475-M e art. 739-A, §§) fazem remissão às expressões reveladoras da aparência de bom direito e do risco de dano de difícil reparação; contudo, nos embargos, há ainda outro requisito à concessão: exige-se garantia do juiz;
- d. na disciplina do efeito suspensivo dos embargos deixa-se clara a *provisoriedade* da eficácia daquela decisão suspensiva; na impugnação nada se diz. Contudo, cuidando-se também de modalidade de tutela de urgência, também sustentável que o efeito suspensivo da impugnação possa ser revisto ou modificado;

- e. nos embargos, há regra expressa quanto à eficácia parcial da suspensão permitindo correr a execução em relação a parcelas incontroversas ou devedores não alcançados pela discussão; na impugnação, nada se diz acerca disso, contudo, é absolutamente razoável (e salutar) a aplicação de tais regras por razões teleológicas e sistêmicas;
- f. estando a execução embargada, ainda que deferido o efeito suspensivo, poderá ocorrer penhora (ou reforço dessa) e avaliação; no plano da impugnação, já houve penhora-avaliação.

4.3. Fundamentos

Dizia a antiga redação do art. 745 do CPC que, fundada a execução em título extrajudicial, o devedor poderia “alegar, em embargos, *além das matérias previstas no artigo 741, qualquer outra que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento*”.

Ao invés de ser, como outrora, meramente “remissiva” (às matérias do antigo art. 741 e do plano do processo de conhecimento),⁵⁸ a nova regra chega detalhando hipóteses de cabimento dos embargos. É correto que foram referidas ali algumas matérias que não necessariamente precisariam da via de *ação* de embargos para seu reconhecimento.⁵⁹

Vejamos:

- a. *nulidade da execução, por não ser executivo o título apresentado* (inc. I, art. 745) – aliás, uma matéria que sempre pôde, inclusive, ser deduzida em sede de objeção de pré executividade;
- b. *penhora incorreta ou avaliação errônea* (inc. II) - O aparentemente contraditório é que esses embargos podem ser oferecidos independente da segurança do juízo. Como insurgir-se, então, contra vícios da penhora ou da avaliação se essas forem realizadas após o decurso do prazo de 15 dias? Não deve haver óbice à discussão da matéria, pensamos. Seria o caso de, por tal fundamento, contar-se o prazo após a realização do ato de constrição (penhora) ou, ainda, poder-se trazer tais nulidades à debate independentemente da via dos embargos;
- c. *excesso de execução ou cumulação indevida de execuções* (inc. III) - Quanto ao tema do “excesso”, é de se ver o art. 743, CPC, que elenca suas situações. Repetiu-se, aqui, a regra do ônus de apontar o valor correto da execução. Mas, como já acusamos, pensamos que essa está fora do melhor lugar (§5º, art. 739-A). Acerca da cumulação indevida de execuções, confira-se o

⁵⁸ Portanto, referindo-se a algumas matérias incompatíveis com uma execução de título extrajudicial.

⁵⁹ Daí, afirmarem alguns autores que existem, naquele artigo (art. 745), fundamentos para os quais, não obstante a opção do legislador, não havia razões para que os “embargos” fossem tratados como ação (cf. WAMBIER, L. WAMBIER, T. MEDINA, J op. cit.p. 190).

art. 573, CPC. Não observados os pressupostos ali apresentados, cabíveis serão os embargos à execução.

- d. retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de título para entrega de coisa certa (art. 621) [inc. IV, art. 745]* - É um fundamento típico em sede de execução para entrega de coisa.⁶⁰ O possuidor pode exercer o *jus retentionis* (art. 1.219, CC) opondo-se a sua restituição até ser pago o valor das benfeitorias. É um meio excepcional de defesa do possuidor (de boa-fé)⁶¹ para manter em suas mãos a coisa alheia até o resarcimento do que gastou com o bem (*v. infra*).
- e. qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento (inc. V)* – retoma, nesse inciso, a antiga fórmula, liberando limites de cognição, como na velha redação do art. 745. Assim, ausência das condições da ação, falta dos pressupostos processuais, pagamento e outras matérias extintivas ou modificativas da obrigação, tudo isso se insere nesta cláusula final.

4.4. Embargos por retenção de benfeitorias

Como visto, cuida-se de fundamento próprio da execução para entrega de coisa. Opondo-os, almeja o executado manter em suas mãos a coisa até o resarcimento do que nela investiu.

Acaso procedentes, a sentença dos embargos não será condenatória, nem se está a perseguir um título executivo judicial em favor do embargante. Acolhidos que sejam, ter-se-á o reconhecimento do impedimento legal ao prosseguimento da execução, até que venha o pagamento das benfeitorias, ônus imposto ao exeqüente.⁶²

Desde a reforma do CPC, o fundamento serve às execuções fundadas em títulos extrajudiciais. Isso considerando o sincretismo que atingiu a execução de obrigação de entrega de coisa fundada em título judicial (ver o art. 461-A)⁶³ e a “transposição” do art. 744 para o Capítulo “Dos Embargos à Execução Fundada em Título Extrajudicial”.

⁶⁰ Tem-se entendido que esse direito (de retenção) alcança também as acessões (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*, 9^a ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p.771).

⁶¹ A norma material civil prevê que o “possuidor de boa fé ...”. Ao possuidor de má fé nenhuma possibilidade há de reter. Esse terá direito ao resarcimento das benfeitorias apenas necessárias, mas não lhe assiste direito à retenção (art. 1.220, CC). Logo, exclui-se a iniciativa e legitimidade de tais embargos ao possuidor de má-fé.

⁶² “O efeito da sentença que acolhe tais embargos consiste em impor ao exeqüente o ônus de pagar tais benfeitorias (ou o saldo resultante de eventual compensação com frutos ou danos), *como requisito para que a execução possa prosseguir*; enquanto não o fizer, a execução permanecerá suspensa, extinguindo-se por abandono em caso de permanecer nesse estado por tempo superior a um mês ou a um ano, conforme o caso” (DINAMARCO, C. op. cit. p. 727).

⁶³ Nas denominadas “ações executivas lato sensu” (análogo ao que acontece em despejos e possessórias), a matéria de retenção há de ser deduzida de logo na contestação, sob o risco de ocorrer preclusão quanto à essa defesa (cf. DINAMARCO, C. op. cit. p. 724).

Com a lei 11.328/06, foi revogado o art. 744, CPC que cuidava, em norma própria, do procedimento de tal medida.

A disciplina de tais embargos já era sucinta. Pensamos que não se devia ter revogado aquela norma. Talvez tivesse sido a oportunidade de trazer sim mais dispositivos para aclarar a disciplina desses embargos (que sempre tiveram uma única regra para seu tratamento).

Havia explícitos requisitos para a inicial dos embargos (era o antigo §1º do art. 744), os quais, não atendidos, geravam o não recebimento dos embargos.

Queria-se ali: descrição das benfeitorias “necessárias, úteis ou voluptuárias”;⁶⁴ o estado anterior e atual da coisa; o custo das benfeitorias e o seu valor atual; a valorização da coisa, decorrente das benfeitorias (antigos incisos I a IV daquele parágrafo).

Não obstante isso, pensamos que aquela “idéia” do artigo ainda vale, ou seja, ainda terá o embargante, em prol do conhecimento de seus embargos, por exemplo, de detalhar benfeitorias, apontar-lhes valor etc..

De qualquer sorte, o tema foi inserido nas disposições do art. 745 e §§, não trazendo normas rigorosamente “novas”.

Permite-se a postulação pelo embargado de compensação do valor de frutos ou danos sofridos com o das benfeitorias (art. 745, §1º). Tal possibilidade não passa de reflexo da situação de direito material (art. 1.221, CC) no plano do processo.

A antiga redação do tema (velho §2º art. 744, CPC) dizia que o embargado, em sua resposta, podia “oferecer artigos de liquidação de frutos ou danos, a fim de se compensarem com as benfeitorias”. É certo, apesar da redação que era ali empregada, que não se estava querendo referir a um procedimento autônomo de liquidação (por artigos). Tudo se dava, como hoje, nos próprios autos dos embargos. A supressão àquela terminologia, na vigente redação, evita dúvidas.

Por fim, o §1º do art. 745 deixa explícito - o que seria previsível, em situações dessa natureza - , que é possível a designação de perito para o fim de apurar os valores a serem compensados.

Pode ser imitido na posse o exequente, desde que preste caução ou deposite o valor das benfeitorias ou que resultar da compensação (§2º, art. 744). A eficácia suspensiva desses embargos, pois, some com a imissão de posse que pode ser decretada mediante a prestação de caução, quer do preço, quer da diferença *frutos-danos x benfeitorias*.

4.5. Embargos à adjudicação, alienação ou arrematação

São os conhecidos “embargos de segunda fase”, para vícios e matérias posteriores à penhora - e, atualmente, à avaliação também - (art. 746).

⁶⁴ Essa menção das *voluptuárias* era sem sentido, afinal elas não ensejam retenção.

Para alguns, constitui postura equivocada do legislador manter dois embargos na execução. Contudo, respeitada tradição de nosso direito processual, o segundo momento de interposição de embargos restou mantido.

Eram chamados “embargos à arrematação ou adjudicação”. Hoje, a terminologia é mais ampla – “embargos à adjudicação, alienação ou arrematação” -, não somente incluindo nova modalidade expropriatória, como também observando, na própria denominação do remédio, a ordem preferencial das medidas.

Trata-se de modalidade típica de embargos para o processo executivo de caráter expropriatório. Não podem ser manuseados tais embargos, é claro, visando atingir outros meios expropriatórios da execução por quantia, v.g., desconto em folha, usufruto.

São ofertados no prazo de 5 dias (antes, o prazo era de 10 dias), contados da adjudicação, alienação ou arrematação, ou seja, dos respectivos autos ou termos desses.

Excluído o prazo de sua interposição, o trato procedural dos capítulos anteriores será observado subsidiariamente.

Poderá fundar-se em “nulidade da execução, ou em causa extintiva da obrigação, desde que superveniente à penhora” (art. 746, caput).

Na velha redação do artigo, quanto aos fundamentos relacionados com a existência do crédito, citavam-se, especificamente, pagamento, novação, transação e prescrição; mas a doutrina cuidava de afirmar que o rol era mais amplo do que aquele citado, que ali contávamos apenas com alguns exemplos (o que não quer dizer que o devedor pudesse deduzir, em sede dessa modalidade de embargos, qualquer matéria; importa recordar que deveriam ser fundamentos “supervenientes à penhora”).

Para o pólo passivo dos embargos vão o exeqüente e o arrematante.

Propostos os embargos, abre-se a possibilidade de desistência pelo adquirente (arrematante etc.) quanto ao bem objeto da expropriação. Trata-se de uma postura unilateral, quase potestativa.

Manifestada tal vontade, o juízo acata-a e limita-se a mandar levantar a quantia (§§ 1º e 2º).

Isso porque, deferida a desistência, “os efeitos são imediatos. Extinguem-se os efeitos da alienação judicial e o preço depositado pelo adquirente será liberado em seu favor, incontinenti”⁶⁵

Se os embargos forem tidos como protelatórios, o juiz fixará multa, a qual reverterá em favor de quem desistiu de arrematação. Observe-se, aí, mais uma vez, a preocupação da recente lei com a repressão à deslealdade processual.

⁶⁵ THEODORO JUNIOR, H. op. cit. p. 226.

4.6. Processamento

Apresentada a inicial dos embargos, uma vez distribuída por dependência, esses serão autuados em apartado (pr. único, art. 736).

A petição inicial contará com os requisitos do art. 282, CPC; seguirá com os documentos necessários à prova do alegado (art. 283, CPC). Tais documentos poderão vir em cópias, as quais o advogado declarará autênticas, em técnica similar ao que já ocorria com o instrumento do agravo do art. 544, CPC.

Essa possibilidade de autenticar os documentos que instruem os embargos, contudo, é absorvida pela previsão (mais ampla) do inc. IV do art. 365, CPC.

Levados ao juiz, os embargos receberão sua admissibilidade: positiva ou negativa.

No que tange à sua rejeição liminar, a lei nova traz hipóteses conhecidas e uma outra nova.

São causas de indeferimento liminar dos embargos (art. 739):

a) quando intempestivos (inc.I); b) quando inepta a petição (art. 295) – hipótese que vem na linha do antigo inciso II; contudo, *inépcia* é conceito menor, definido apenas no parágrafo único do art. 295;⁶⁶ c) quando manifestamente protelatórios (inc.III).

Essa ultima situação merece comentário à parte.

São *manifestamente protelatórios* os embargos quando esses não tiverem o mínimo de fundamento, uma manifesta improcedência. Em outros termos, são “aqueles em que a mera leitura de sua petição inicial revela não terem a menor possibilidade de êxito”. O dispositivo está a “autorizar o juiz a constatar de plano que não há direito algum para o executado-embargante” .⁶⁷

Cuida-se de uma hipótese de rejeição liminar dos embargos no mérito, somando-se a hipóteses modernas de tal forma de “indeferimento” (v.g., art. 285-A, CPC).

Não deixa de ser – mais uma - medida de combate à má-fé processual trazida pela reforma.

É preciso apenas tomar-se cuidado com a incidência adequada da norma, evitando a sua aplicação desproporcional, que possa agredir o exercício regular do contraditório do executado.

Nesse caso, o juiz imporá multa não superior a 20% do valor em execução (pr. único, art. 740), cuja cobrança será promovida na própria execução (art. 739-B).

⁶⁶ A antiga hipótese de indeferimento quando fora do art. 741 do código perdeu sua razão de ser, haja vista que a defesa nos casos de execução de sentença não vem mais por ação de embargos e sim pela impugnação (art. 475-L).

⁶⁷ BUENO, C. op. cit. p. 266.

Admitidos os embargos, o juiz decidirá, conforme o caso, acerca do pedido de efeito suspensivo (*v. supra*) e mandará ouvir o exequente (embargado), em 15 dias.

Não oferecendo resposta naquele prazo, há restrição à incidência dos efeitos da revelia, uma vez que, nessa situação, há um elevado grau de probabilidade da existência do direito do credor representado pelo título executivo.⁶⁸

Apresentada que seja a impugnação do embargado,⁶⁹ caso sejam juntados novos documentos, abrir-se-á espaço para réplica.

Após, os autos irão conclusos para o juiz, o qual poderá: a) lançar de logo julgamento; ou b) acaso necessite de prova oral, designar audiência de conciliação, instrução e julgamento.

5. NOTA CONCLUSIVA

Por tudo que foi visto, temos que a preocupação do legislador era exatamente a de maximizar o *modus* de satisfazer o crédito exequendo, mas sem aniquilar o direito de defesa do executado.

Pensamos que isso foi alcançado, quer em sede da impugnação incidental, quer nos novos embargos à execução. Temos, doravante, em qualquer daquelas vias de reação do executado, inovações de maior “equilíbrio” para o trato da situação *credor x devedor*.

Em outros termos, doravante, assegura-se uma marcha melhor e mais efetiva do processo executivo, inibem-se iniciativas procrastinatórias, medidas que chegam para o lado do credor, sem, contudo, suprimir-se do executado seu contraditório e possibilidade de reação.

6. REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. Cumprimento da sentença condenatória por quantia certa – Lei 11.232, de 22.12.2005 – Anotações de uma primeira impressão. FUX, Luiz. NERY JUNIOR, Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ASSIS, Araken de. *Cumprimento da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais. In: *Temas de Direito Processual*, 4^a. Série, São Paulo: Saraiva, 1989.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença condenatória, p. 74, artigos da *Revista do Advogado*, n. 85, São Paulo: AASP, maio/2006.

⁶⁸ LUCON, P. op. cit. p. 262.

⁶⁹ Que não passa, em essência, de autêntica peça de contestação.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Metamorfose dos embargos. n. 85, *AASP*, maio/2006

BUENO, Cássio Sacarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, vol. 3, São Paulo: Saraiva, 2007.

CARMONA, Carlos Alberto. Novidades sobre a execução civil: observações sobre a Lei n. 11.232/2005. In: RENAULT, Sérgio. BOTTINI, Pierpaolo. (coord.). *A nova execução de títulos judiciais*. (coord.) São Paulo: Saraiva, 2006.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Do “cumprimento da sentença” conforme a Lei n. 11.232/2005 Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Tutela processual do direito do executado. In: *O processo de execução – Estudos em homenagem ao Professor Alcides de Mendonça Lima*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. IV, São Paulo: Malheiros, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*, 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

GRECO, Leonardo. Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05, *Revista Dialética de Direito Processual* n. 36. São Paulo, março 2006.

GUERRA, Willys Santiago. *Notas da disciplina de Direito Processual Civil – Execução*, UFC, 1988.

JORGE, Flávio Cheim. DIDIER JR., Freddie. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil*, São Paulo: Saraiva, 2006

KNIJNIK, Danilo. *A Nova Execução – Comentários à Lei nº 11.232/2005*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1986.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Nova execução de Títulos Judiciais. In: *Direito Processual Comparado*. PELLEGRINI, Ada Grinover. CALMON, Petrônio, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Embargos à Execução*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 224.

MARTINS, Sandro Gilberto. *A defesa do executado por meio de ações autônomas*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

SATTA, Salvatore. *Direito Processual Civil*, 2o. vol, trad. Luiz Autuori, Rio de

Janeiro: Borsoi, 1973.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *A Reforma da Execução do Título Extrajudicial*, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Coisa Julgada e Inconstitucionalidade: alguns reflexos em matéria tributária. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). *Coisa Julgada, Constitucionalidade e Legalidade em Matéria Tributária*. São Paulo: Dialética, 2006

_____. *Execução contra a Fazenda Pública*, São Paulo: Dialética, 1998.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova sistemática Processual Civil*, vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WOLFGANG GRUNSKY, texto da conferência *Problemas constitucionais do processo executivo no ordenamento jurídico alemão*, proferida no auditório da pós-graduação-UFC, Fortaleza, 1989.

YARSHELL, Flávio Luiz. Efetividade do processo de execução e remédios com efeito suspensivo. In: SHIMURA, Sergio. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo de Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesas do executado. In: RENAULT, Sérgio. BOT-TINI, Pierpaolo. (coord.). *A nova execução de títulos judiciais*. (coord.) São Paulo: Saraiva, 2006.



A DEFENSORIA PÚBLICA COMO INSTITUIÇÃO VOCACIONADA AOS MEIOS DEMOCRÁTICOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Leandro Sousa Bessa¹

RESUMO

Os meios democráticos de solução dos conflitos representam alternativas à crise do Poder Judiciário, que se manifesta pela ineficiência e elevados custos para as partes, assim como pela dificuldade de acesso à população pobre. Por meio da mediação e conciliação, apontam-se saídas para uma nova forma de enfrentar o conflito, na qual as próprias partes são titulares do procedimento de solução das suas lides. Como instituição vocacionada a encabeçar este processo, emerge a Defensoria Pública. Em favor desta constatação militam diversos argumentos, que neste artigo são agrupados sob as seguintes epígrafes: o argumento legal, a proximidade dos defensores públicos dos problemas da comunidade, os altos custos dos processos privados de mediação/conciliação e a possibilidade de alargar os horizontes destes procedimentos, pela atuação técnica dos defensores públicos. Para a concretização desta vocação, é mister que os avanços institucionais da Defensoria Pública alcançados no plano constitucional sejam efetivados no plano fático.

Palavras-chave

Poder Judiciário. Mediação e conciliação. Defensoria pública.

ABSTRACT

The democratic ways of conflicts resolution represent alternatives to the crisis of the Judiciary, which is manifested by the inefficiency and high costs for the parties, as well as by the difficulty of access to the poor. Through mediation and conciliation, it is pointed out new ways of facing this conflict, in which the parties themselves are holders of the procedure in order to solve their questions. As institution dedicated to lead this process, emerges the Public Defensory. In favor of this finding militates various arguments, which in this article are grouped under the following headings: the legal argument, the proximity of the public defenders with the problems of the community, the high costs of the private mediation / conciliation proceedings and the possibility of expanding the horizons of procedures through the technical performance of public defenders. To meet this vocation, it is important that the institutional progress made by the Public Defensory in the constitutional field are effectivated in the fact world.

Key-words

Judiciary. Mediation and conciliation. Public Defensory.

¹ Defensor Público. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

1. INTRODUÇÃO

Nossa sociedade vive um verdadeiro bombardeio de informações negativas referentes ao funcionamento do Estado. Além do ataque diurno veiculado pelos meios de comunicação de massa, as opiniões de abalizados doutrinadores apontam uma verdadeira crise do Estado, haja vista que este não vem cumprindo as suas finalidades, ainda que se defenda a perspectiva de um Estado mínimo. Os cidadãos não se sentem protegidos nem recompensados por este ente, que retira boa parte de suas riquezas e não as restitui através de serviços públicos.

A crise do Poder Judiciário, portanto, é apenas uma parcela desta crise do Estado, cujo principal sintoma é, sem dúvida, a ineficiência. Os principais problemas do Judiciário brasileiro são: a demora processual, os elevados custos processuais, a dificuldade de acesso à Justiça pelos carentes, o despreparo humanístico dos profissionais, o descompasso entre as decisões judiciais e a realidade social, a visão negativa e superficial do conflito.

Diante de tão caótica situação, fortaleceu-se a necessidade de difusão de meios alternativos de tratamento dos conflitos que, a um só tempo, pudessem dar respostas a boa parte destes problemas, além de garantir aos cidadãos certa autonomia na solução destas controvérsias. Nesta perspectiva inserem-se a mediação e a conciliação.

No capítulo inaugural deste artigo, observa-se o confronto entre o mito do Poder judiciário infalível (“oráculo de ditar decisões”) e os meios alternativos de solução de controvérsias, com destaque para a mediação e a conciliação, cujos elementos principais (conceito e características) recebem estudo mais pormenorizado, sempre com o intuito de demonstrar a vantagem de sua aplicação para garantir, paralelamente a um Poder Judiciário forte e atuante, um acesso amplo à Justiça.

O segundo capítulo dedica-se à análise da Defensoria Pública, sua estrutura constitucional e legal, além de suas funções institucionais. Enfoca-se como esta instituição essencial à função jurisdicional do Estado deve funcionar como garante do direito fundamental de acesso pleno à justiça, principalmente num país cuja maior parte da população não dispõe de condições financeiras para arcar com os ônus que representam uma demanda judicial.

Não há como olvidar a grande distância ainda existente entre as conquistas institucionais da Defensoria Pública no plano constitucional e legal e as realizações governamentais direcionadas à concretização destes importantes avanços. A população ainda não pode contar com uma instituição forte, apta a garantir o acesso integral, gratuito e de qualidade à Justiça, apesar dos delineamentos constitucionais serem todos favoráveis a uma realidade pelo menos mais próxima deste ideal.

O terceiro capítulo promove um cotejo entre a análise do conceito, características e dos princípios fundamentais da mediação e da conciliação, com

o estudo da estrutura da Defensoria Pública, demonstrando como esta instituição nasceu vocacionada para abrigar os meios alternativos de solução de conflitos. São enumerados 4 argumentos principais a favor desta tese: o argumento legal, a proximidade dos defensores públicos com os problemas das comunidades, os custos elevados da mediação/conciliação privados e o alargamento dos horizontes da mediação e da conciliação com a atuação do defensor público.

Encerra-se o capítulo com uma análise da atual situação da Defensoria Pública, que acaba por sufocar esta vocação natural. De fato, somente com a construção de uma estrutura forte e descentralizada, que penetre nos bairros periféricos, com número suficiente de defensores públicos, com treinamento e qualificação suficientes, será possível garantir à população carente (com grande vantagem) o acesso aos meios alternativos de solução dos conflitos, uma poderosa ferramenta para a efetivação deste direito fundamental que é o de acesso à Justiça.

2. MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Na clássica divisão tripartite das funções estatais cabe à jurisdição o mister de tutela do Direito em última instância. Cabe ao Poder Judiciário dar a última palavra para a solução dos conflitos surgidos no seio da sociedade.

Adotando esta idéia, o constituinte brasileiro houve por bem estabelecer, no rol dos direitos e garantias fundamentais, o princípio da indeclinabilidade da prestação jurisdicional. Assim: “a lei não excluirá da apreciação do Poder judiciário lesão ou ameaça a direito” (Art. 5º, XXXV). As portas do Judiciário devem estar sempre abertas àqueles que têm seus direitos negligenciados ou pisoteados, a fim de reparar as injustiças que inelutavelmente são perpetradas na vida em sociedade.

Do seio de tão robusta garantia nasceu a impressão (logo transformada em cultura) de que somente o Estado estaria apto a resolver os conflitos; de que o juiz era o único ser capaz de oferecer uma decisão justa e razoável para as dúvidas na interpretação ou aplicação do Direito. Enfim, houve uma verdadeira “oraculização” do Judiciário. Este seria a instância máxima e única donde todos os litígios sairiam mitigados e indiscutivelmente estabelecidos os vencedores e vencidos.

Ocorre que, com o acelerado desenvolvimento da sociedade, o crescimento da quantidade e do grau de complexidade dos conflitos, o Poder Judiciário – antes o “oráculo para solução de conflitos” - passou a demonstrar sinais claros de esgotamento, a saber: abarrotamento de demandas nos juízos, demora na prestação jurisdicional, “elitização” do acesso e, principalmente, descompasso das decisões com a realidade social. Fez-se necessário buscar a efetivação da Justiça também fora da estrutura ineficiente do Poder Judiciário.

Voltaram-se, portanto, alguns estudiosos para o trabalho de fazer renascer

a prática de autocomposição dos conflitos. Fez-se urgente garantir a “maioridade” das pessoas por meio da transferência, para elas mesmas, da responsabilidade de solução dos conflitos. Assim leciona José Luiz Bolzan de Moraes:

Aparecem, assim, os mecanismos consensuais – apesar de suas distinções – como uma *outra justiça*, na qual, ao invés da delegação do poder de resposta, há uma apropriação pelos envolvidos do poder de geri-los, caracterizando-se pela *proximidade, oralidade, ausência/diminuição de custos, rapidez e negociação*, como já foi dito, onde na discussão do conflito são trazidos à luz todos os aspectos que envolvem o mesmo, não se restringindo apenas àqueles dados deduzidos na petição inicial e na resposta de uma ação judicial cujo conteúdo vem pré-definido pelo direito positivo².

Diante dessa necessidade humana, portanto, surgem os meios alternativos de solução de conflitos, dentre os quais a mediação e a conciliação.

2.1. A Mediação: conceito e princípios fundamentais

De acordo com Emanuela Cardoso Onofre Alencar:

Mediação é uma forma extrajudicial, pacífica e amigável de resolução de controvérsias por meio da qual as próprias partes em conflito podem trabalhar o problema e buscar uma solução utilizando a escuta ativa e o diálogo transformador, em tudo auxiliadas por um terceiro imparcial, chamado mediador de conflitos³.

O primeiro elemento deste conceito é a extrajudicialidade. Embora possa ser utilizada com sucesso na própria estrutura processual e, portanto, judicialmente, a mediação surge como uma forma alternativa à solução dos conflitos, por prescindir da máquina estatal para atingir suas finalidades. Trata-se de um processo desburocratizado, representando as partes o centro das discussões e decisões.

A mediação é um instrumento amigável e pacífico de resolução dos conflitos que parte de uma visão positiva destes, encarados como momentos naturais e salutares à vida em sociedade. São sintomas claros da diversidade de opiniões e valores da vida em comunidade, que reconhecidamente contribuem para sua evolução.

Essa idéia afasta a visão adversarial, característica das demandas judiciais. Após um processo de mediação, as partes constroem a solução da controvérsia de forma que não há vencedores e vencidos. O próprio conflito se dissolve pela intervenção livre e responsável das partes. Luis Alberto Warat assevera, sobre o assunto:

² MORAIS, José Luis Bolzan de. *Crise(s) da jurisdição e acesso à justiça*. In: SALES, Lilia Maia de Moraes (Org.). *Estudos sobre mediação e arbitragem*. Rio- São Paulo-Fortaleza: ABC, 2003, p.143

³ ALENCAR, Emanuela Cardoso Onofre de. *A mediação de conflitos*. In: SALES, Lilia Maia de Moraes (Org.). *Mediação em perspectiva: orientações para mediadores comunitários*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2004, p.25

A mediação não se preocupa com o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos. Tampouco tem como única finalidade a obtenção de um acordo. Mas, visa, principalmente, ajudar as partes a redimensionar o conflito, aqui entendido como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determinaram um choque de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas envolvidas⁴.

O terceiro elemento divisado no conceito é a forma como se dá a mediação: escuta ativa e diálogo transformador. Inexiste a figura de um terceiro que decidirá os rumos e determinará as atitudes das partes. O deslinde da controvérsia nasce do embate dialético de opiniões e dúvidas de ambos os lados, que terão igualdade de oportunidades para manifestação e decisão.

O mediador é um terceiro imparcial com a função específica de organizar o debate, preparar o terreno para que o diálogo possa fluir de forma equilibrada. Ele facilita a comunicação. Zela pela eficiência do processo. Conforme ensinam Márcio Lopes Cruz e Mônica Carvalho Vasconcelos:

O mediador é um indivíduo com formação e conhecimentos adequados, responsável por conduzir o processo de mediação. Esse profissional possui a difícil tarefa de auxiliar os mediados na busca de uma solução mutuamente satisfatória, facilitando o diálogo e transformando o conflito⁵.

Do próprio desmembramento do conceito de mediação pode-se aferir a importância deste instituto para a promoção da paz social e para funcionar como um importante auxiliar do Poder Judiciário na espinhosa tarefa de semear a Justiça em uma sociedade.

Para o sucesso deste procedimento alternativo, entretanto, alguns ditames devem ser obedecidos. Com efeito, segundo doutrina Lilia Maia Sales, a despeito de ser o procedimento da mediação bem mais informal que o judicial, não tendo uma forma estabelecida, deve incorporar alguns princípios fundamentais, a saber: a liberdade das partes, não-competitividade, poder de decisão das partes, participação de terceiro imparcial, competência do mediador, informalidade do processo, confidencialidade do processo⁶.

Como primeira exigência de **liberdade**, as partes devem ser optantes pelo instrumento *mediação* para solucionar um problema que as esteja incomodando. Por outro lado, já no procedimento mediatório, não podem ser submetidas a qualquer constrangimento ou coação que impeça a manifestação desembaraçada de suas opiniões.

⁴ WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001, p.152

⁵ CRUZ, Márcio Lopes. VASCONCELOS, Mônica Carvalho. *O mediador de conflitos*. In: SALES, Lilia Maia de Moraes (Org.). *Mediação em Perspectiva: orientações para mediadores comunitários*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2004, p.49.

⁶ SALES, Lilia Maia de Moraes. *Mediação em Perspectiva: orientações para mediadores comunitários*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2004, p. 44

Como consequência da já mencionada visão positiva do conflito, emerge o **princípio da não-competitividade**. Através da mediação busca-se o consenso, a harmonia e não o embate de interesses contrapostos e adversários. É uma batalha de palavras da qual não saem vencedores ávidos por despojar os haveres do vencido. As partes são parceiros na construção de uma solução negociada para o conflito estabelecido.

Nesse procedimento é fundamental também o **poder de decisão das partes**. O mediador é apenas um elemento secundário, auxiliar. Não tem poder decisório, impositivo, mandamental. É **imparcial**. Logicamente não se exige neutralidade, posto que esta é uma característica que não se amolda ao ser humano. De fato, internamente, o mediador até pode (e no mais das vezes isso acontece) inclinar-se por alguma das partes, mas não deve exteriorizar tal preferência na forma de favorecimento a qualquer dos lados envolvidos no procedimento. As partes são os verdadeiros juízes de sua própria causa. Ajudados pelas regras esclarecidas previamente pelo mediador, e vestidas de boa-fé, devem ceder no que é possível e avançar no que é necessário, sempre com o desiderado maior de restabelecer a harmonia.

Outro princípio importante é a **competência do mediador**. Este deve estar apto, treinado para a atividade. Lilia Maia Sales, ao discorrer sobre as virtudes que devem acompanhar o mediador deixa bem claro o grau de dificuldade desta atividade:

Deverá ser diligente, cuidadoso e prudente, assegurando a qualidade do processo e do resultado. Deve o mediador ser capaz de entender a dinâmica do conflito (ambiente em que ocorre o conflito), ser paciente, inteligente, criativo, confiável, humilde, objetivo, hábil na comunicação, imparcial com relação ao resultado⁷.

O processo de mediação não possui regras preestabelecidas, fixas. A **informalidade** deve ser sua marca. Esta é, sem dúvida, uma forma de facilitar o diálogo, na medida em que se constrói um ambiente propício a garantir o conforto e a tranqüilidade necessários para que as partes não tenham qualquer receio de externar seus pontos de vista.

Da mesma maneira e com o mesmo objetivo, o processo tem de ser **confidencial**. Para uma profunda e eficaz solução de controvérsia é preciso que as partes desçam a minúcias que certamente não desejam que sejam conhecidas por outras pessoas, por envolverem questões bastante pessoais. Na sessão de mediação, as pessoas devem encontrar o refúgio adequado para se abrir completamente, confiando que, embora assim agindo, não estarão criando um risco de danos futuros à sua imagem ou condição.

2.2. Conciliação: conceito e principais características

O termo conciliação, em uma das suas acepções, significa: harmonização de

⁷ SALES, L. op cit. p. 49.

litigantes ou pessoas desavindas. O próprio verbo harmonizar já carrega em si todos os objetivos deste instrumento de solução de conflitos. Com efeito, é na direção da composição, da reconciliação, da harmonia, que aponta a conciliação.

José Luiz Bolzan de Moraes entende-a como “uma tentativa de chegar voluntariamente a um acordo neutro, na qual pode atuar um terceiro que intervém entre as partes de forma oficiosa e desestruturada, para dirigir a discussão sem ter um papel ativo”⁸.

As partes, no processo conciliatório, são também chamadas a intervir diretamente na solução do conflito, sempre na perspectiva já referida da democratização dos meios de resolução de controvérsias. A participação do terceiro imparcial, neste caso, restringe-se a uma orientação, a uma direção da atividade com o objetivo maior de se atingir um acordo.

Diferencia-se da mediação, principalmente por dois aspectos: o conteúdo e o papel do terceiro imparcial. Sobre o primeiro ponto ensina Lilia Maia Sales:

Na conciliação o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar um processo judicial. Na mediação as partes não devem ser entendidas como adversárias e o acordo é consequência da real comunicação entre as partes. Na conciliação o mediador sugere, interfere, aconselha. Na mediação, o mediador facilita a comunicação, sem induzir as partes o acordo⁹.

Em razão dessa diferenciação, costuma-se estabelecer que alguns tipos de conflitos são mais compatíveis com a utilização da conciliação como forma de solução. Assim, esta será mais eficaz para o deslinde de controvérsias surgidas de vínculos eventuais entre as partes, quando estas não têm um relacionamento duradouro entre si. Como exemplo clássico, temos a hipótese de litígio surgido da colisão de veículos. Na prática, no Ceará, temos observado grande eficiência na utilização deste instituto pelo Juizado Especial Móvel, com estrutura suficiente à realização de imediatos acordos.

Não há dúvida, por outro lado, de que a figura do conciliador assume valor muito relevante, na medida em que este tem um papel um pouco mais ativo e direcionador que o mediador, que se restringe a possibilitar um ambiente propício ao diálogo transformador, enquanto que o conciliador atua com o foco imediato na realização de um acordo.

Nesse sentido é a lição de José Luiz Bolzan de Moraes: “a conciliação se apresenta como uma tentativa de se chegar voluntariamente a um acordo neutro, na qual pode atuar um terceiro que intervém entre as partes de forma oficiosa e desestruturada, para dirigir a discussão sem ter um papel ativo”¹⁰.

⁸ MORAIS, J. op.cit. p.87

⁹ SALES, Lilia Maia de Moraes. *Justiça e Mediação de Conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004a, p.38

¹⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e Arbitragem – alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 138.

Na prática, entretanto, a diferenciação entre estes institutos mostra-se um pouco mais complicada, pois a postura do terceiro imparcial pode precisar variar de acordo com os conflitos que surgirão do diálogo entre as partes. É nesta perspectiva que se pode falar na figura do mediador/conciliador. Sobre esta dificuldade é esclarecedora a doutrina de Kazuo Watanabe:

... na mediação, o terceiro é neutro, procura criar as condições necessárias para que as próprias partes encontrem a solução, mas não intervém no sentido de adiantar alguma proposta de solução; na conciliação isso não ocorreria, ou seja, a intervenção do terceiro é para interferir um pouco mais na tentativa de obter a solução do conflito, de apaziguar as partes, e, nesse momento, o conciliador poderá sugerir algumas soluções para o conflito. Porém, na prática, o mediador oferece alguma sugestão quanto à solução do conflito. Seria uma figura de mediador/conciliador¹¹.

Diante desse obstáculo, torna-se ainda mais clara a necessidade de aplicação conjunta destes institutos, capitaneados por profissionais bem treinados e prontos a entender quais características de cada um deles pode ser mais eficiente para o objetivo final de fazer nascer do diálogo soluções justas e aceitas pelas partes.

Delineados os principais fundamentos da mediação e da conciliação, bem como reconhecida a dificuldade de aplicação pura destes institutos, estuda-se, na seqüência, a estrutura constitucional da Defensoria Pública, como preâmbulo da demonstração da vocação desta para abrigar a aplicação eficiente desses institutos no seio das comunidades carentes.

3. A DEFENSORIA PÚBLICA EM NOSSA ORDEM JURÍDICA

3.1. A Defensoria Pública: Previsão constitucional

O poder constituinte originário elegeu como direito fundamental na ordem constitucional brasileira a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Assim dispõe o Art. 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Trata-se de um claro exemplo da postura a ser adotada pelo Estado Democrático, afastada de uma condição meramente absenteísta, com uma atuação positiva, objetivando o respeito ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Este princípio representa um fundamento de nosso Estado e todas as providências devem ser direcionadas à sua plena realização. Alexandre de Moraes ensina que, assim agindo, o Estado estará efetivando vários outros princípios constitucionais, como igualdade, devido processo legal, ampla defesa,

¹¹WATANABE, Kazuo. *Modalidade de Mediação*. In: *Mediação: um projeto inovador*. Série Cadernos do CEJ. v. 22. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJF, 2003, p. 59

contraditório e acesso à Justiça¹².

Da mesma maneira, encartado como direito fundamental há a indeclinabilidade da proteção jurisdicional. Com efeito, esta somente será efetiva se todos os brasileiros, sem distinção de condição econômica, puderem ter acesso à Justiça. O Estado-juiz somente poderá atuar para afastar lesão ou ameaça de lesão a direito se os hipossuientes dispuserem de uma instituição capaz de veicular suas pretensões.

Os carentes de recursos financeiros devem, assim, contar com uma instituição forte, capaz de garantir não somente o acesso ao Judiciário, mas principalmente o acesso à Justiça, visto que, como cediço, a assistência jurídica é bem mais abrangente que a mera assistência judiciária. Aos pobres devem estar disponíveis todos os meios aptos a garantir a solução de seus conflitos, mesmo que para tal não seja necessário o recurso ao Poder Judiciário.

Entretanto, esses direitos fundamentais estariam fadados à mera programaticidade, sem aplicabilidade prática imediata, não fosse a previsão contida no Art. 134 da Constituição, que implantou a Defensoria Pública como instituição essencial à justiça, com o desiderato de tornar aplicável e exigível o direito fundamental já referido. A Defensoria Pública, portanto, encarna a garantia de que não será por insuficiência de recursos financeiros que o cidadão será vilipendiado em seus direitos, representando mesmo, no mais das vezes, o último refúgio daqueles a quem o sistema econômico relegou papel marginal.

Os primeiros quinze anos de atuação da Defensoria Pública como prevista na atual Constituição, entretanto, foram marcados por intenso aprofundamento das desigualdades sociais, bem como uma crescente conscientização da população acerca dos seus direitos, o que tornou frágil e incompleta a delinearção constitucional desta importante instituição.

Atentos aos reclames da população e mesmo levados por tamanha obviedade da necessidade de mudanças, os legisladores, usando do poder constituinte reformador e na esteira da Reforma do Poder Judiciário (Emenda Constitucional nº 45), garantiram autonomia funcional, administrativa e financeira às Defensorias Públicas.

Essa iniciativa há tempos mostrava-se indispensável, posto que as defensorias estaduais encontravam-se em situação desconfortável, totalmente vinculadas aos respectivos poderes executivos, cujos incentivos variavam de acordo com o humor dos governantes de plantão, nem sempre favoráveis e simpáticos a uma instituição que garante aos cidadãos o pleno acesso a seus direitos.

Hoje, podemos perceber uma estruturação constitucional plenamente favorável à construção de Defensorias Públicas fortes e aptas a garantir o acesso

¹²MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 440.

integral dos menos favorecidos à Justiça. Entretanto, ainda são observadas resistências por parte dos executivos de diversas unidades da federação em implantar esta importante conquista popular através da adequação das constituições estaduais à nova ordem. De fato, é imprescindível que tal ocorra, a fim de que haja uma efetiva estruturação física e funcional das Defensorias Públicas, no mesmo passo da valorização do defensor público de forma condizente à importância e responsabilidade de seu cargo.

3.2. A Defensoria Pública na ordem jurídica do Estado do Ceará

A Constituição do Estado do Ceará repete a norma referente à permanência e essencialidade da Defensoria Pública, além de estabelecer suas funções primordiais através de seu Art. 146. Nossa Estado, portanto, há muito tempo conta com esta importante instituição, que só muito recentemente logrou estabelecer-se em alguns importantes Estados de nossa Federação (São Paulo e Santa Catarina, por exemplo).

Ademais, o legislador estadual, atento à fundamentalidade da Defensoria Pública, através do parágrafo único do citado artigo acrescenta um veemente comando ao Governador do Estado e à Defensoria Pública Geral: “Em todas as comarcas haverá um representante da Defensoria Pública, por vara, cabendo ao Governador do estado e a Defensoria Pública Geral, no prazo máximo de dois anos, contados da promulgação da presente Emenda Constitucional, adotarem as medidas que se fizerem necessárias neste sentido, assegurando, assim, aos carentes, o acesso à justiça e o respeito a seus direitos à cidadania”.

Este mandamento constitucional, exarado no ano de 1998, buscou dotar as populações do interior do Estado desse importante instrumento de acesso à justiça e de resolução de conflitos. Entretanto, os sucessivos governos vêm olvidando este comando, deixando a maioria da população cearense à margem da efetivação dos direitos fundamentais elencados no início deste capítulo, não passando estes de mero programa.

Dentre as funções institucionais da Defensoria Pública está a promoção da conciliação entre as partes em conflitos de interesses, conforme o Art. 148, I da Constituição do Estado do Ceará. Assim, é possível ao defensor público, no exercício de suas atribuições, solucionar muitos dos conflitos que seriam levados ao Judiciário, através da composição extrajudicial destes. Dessa forma estará garantindo o acesso à Justiça (embora fora do Judiciário) de forma mais célere, permitindo a participação mais ativa das partes envolvidas, sempre tendo em vista uma visão positiva do conflito, como móvel de evolução das relações entre as pessoas.

É na esteira destas previsões legislativas que se desenvolve o seguinte capítulo, cerne de nosso estudo, a demonstrar que, entre as entidades públicas, a Defensoria é a mais apta a abrigar instituições destinadas à solução extrajudicial de conflitos.

4. A DEFENSORIA PÚBLICA E SUA VOCAÇÃO AOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

4.1. O argumento legal

Conforme demonstrado, a principal função da Defensoria Pública é garantir o acesso à Justiça àqueles menos dotados de recursos financeiros. A Constituição Estadual do Ceará delega à instituição diversas funções convergentes à realização deste desiderato maior. Dentre estas se destaca a prevista no Art. 148, I: promover, extrajudicialmente, a conciliação entre as partes, em conflito de interesses. A lei não se refere à mediação expressamente, mas certamente este método está abrangido, por analogia, pela disposição legislativa.

De outra banda, a Lei Complementar Estadual nº06/97 estabelece, em seu Art. 2º que incumbe à Defensoria Pública prestar gratuita e **integral** assistência jurídica, judicial e extrajudicial aos necessitados. O vocábulo “integral” certamente abrange tanto o acesso ao Judiciário quanto o acesso à Justiça, entendida esta como reconhecimento e efetivação dos direitos. Este é o mesmo ponto de vista de Maria do Carmo Moreira Conrado:

Nesse intento de tornar efetiva a Justiça, através da assistência jurídica integral, cabe à Defensoria Pública também utilizar o importante instrumento da mediação de conflitos, tanto para proporcionar uma outra via à pacificação, como para possibilitar a prevenção dos conflitos e o exercício da cidadania face à conscientização de direitos¹³.

É da lei, portanto, que nasce o primeiro argumento a favor da eleição da Defensoria Pública como instituição vocacionada aos meios alternativos de solução de conflitos. De fato, o defensor público tem a possibilidade de adotar uma postura imparcial ante um conflito observado em uma dada comunidade, orientando e sugerindo soluções para este, sempre se utilizando dos conhecimentos técnicos de que dispõe. Da mesma maneira, tem o poder de criar as condições para o diálogo construtivo entre as partes (mediação), desde que devidamente treinado para tanto.

4.2. Proximidade dos defensores públicos com os problemas das comunidades

Estreitamente ligado a este argumento está o da proximidade dos defensores públicos com os problemas da comunidade. Partindo da perspectiva de descentralização do atendimento e da inserção do defensor público nos bairros, será possível a este profissional, que receberá toda a demanda de conflitos de determinada comunidade, perceber quais são os mais recorrentes e

¹³ CONRADO. Maria do Carmo Moreira. *Mediação de conflitos, acesso à justiça e defensoria pública*. In: SALES, Lilia Maia de Morais (Org.). *Estudos sobre mediação e arbitragem*. Rio- São Paulo-Fortaleza: ABC, 2003, p. 171-172.

qual a raiz comum dos mesmos, facilitando sobremaneira a sua real solução.

Com efeito, sendo a Defensoria Pública, efetivamente, a porta de acesso à Justiça do cidadão carente, este passará a levar grande parte de seus problemas à análise do defensor público, que construirá, a partir do contato diuturno com as dificuldades daquelas pessoas, uma espécie de “arquivo de conflitos”, no qual estarão inseridos tanto suas causas como meios de solução.

Os efeitos desta inserção da Defensoria Pública na comunidade sobre a vida dos cidadãos são bem esclarecidos pelo ex-ministro do Supremo Tribunal Néri da Silveira:

Estes terão esclarecidos direitos e obrigações, em consultas regulares, inclusive em escritórios localizados em bairros da periferia das grandes cidades e núcleos especializados de atendimento. Disso resultará se prevenirem, também, milhares de ações desnecessárias, realizando-se conciliações, orientando-se, superiormente, soluções no âmbito da família, na proteção a menores e incapazes, na defesa dos consumidores de parcós recursos, dentre tantas outras providências, que a boa organização desses órgãos públicos e a experiência de seu funcionamento hão de trazer, tal como já se sucede em Estados em que as Defensorias Públcas vêm atuando com regularidade¹⁴.

Outro fator importante é a confiança que este profissional angariará junto aos membros da comunidade, que passarão a ver nele um agente de acesso à cidadania, na medida em que possibilita a defesa dos seus direitos que, embora previstos nas leis, são continuamente olvidados. Essa confiança, por sua vez, contribuirá para afastar a idéia adversarial do conflito. Aqueles que procurarem a Defensoria Pública estarão certos de que construirão por si a solução do conflito, mediados ou orientados por um profissional treinado para este mister, que não imporá uma solução de molde a estabelecer vencedores e vencidos.

Por outro lado, esse contato direto do defensor público com a comunidade torna muito mais fácil para o Estado inserir-se em determinadas localidades com um histórico de abandono e que já criaram seus próprios meios de solucionar seus problemas de acesso aos bens que deveriam ser públicos e universais. Somente através de uma instituição que chegue a esses locais para ouvir as pessoas (e não para impor decisões) é que o Estado poderá alcançar algum grau de aceitação de suas regras.

A Defensoria Pública, dessa maneira, estabelecerá as condições básicas para a instituição destas novas formas de solucionar as pendengas da comunidade. Kazuo Watanabe trata desta necessidade: “Os meios alternativos de solução dos conflitos necessitam de um terreno fértil para prosperar, que

¹⁴ SILVEIRA, J. N. *Defensoria Pública como Instrumento da Liberdade, da Cidadania e da Justiça Social*. Discurso na aula inaugural da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1999, p. 48.

consiste, exatamente, na existência de uma mentalidade receptiva a esses modos de solução e de tratamento de conflitos”¹⁵.

Destarte, nada melhor do que uma Defensoria Pública presente e atuante para modificar esta visão negativa do conflito, ainda mais arraigada nestas comunidades carentes. É por esta instituição que se estabelecerá o entendimento de que o conflito, conforme ensina Andréia da Silva Costa “deixa de ser prejudicial para tornar-se um mecanismo de renovação e de adequação pessoal dos indivíduos ao meio social.”¹⁶ Somente uma instituição com atuação intrincada na teia social da comunidade poderá, com sucesso, estabelecer e direcionar esta adequação.

Finalmente, lembre-se a doutrina de Maria do Carmo Moreira Conrado a respeito do destacado papel que deve ter o defensor público na efetivação dos meios alternativos de solução de conflitos, na medida em que estes representam instrumentos eficazes de realização de suas funções:

Atuando como agentes políticos do Estado, os defensores públicos exercem com liberdade funcional suas competências constitucionais. Seu mister não se resume ao mero patrocínio das causas dos menos favorecidos, e sim, na missão de protetores da cidadania e da transformação social. Utilizando o instituto da mediação de conflitos, o Defensor se aproxima mais do povo e promove a aproximação das pessoas entre si, aquilatando a Justiça material na efetividade dos direitos, na participação popular e na facilitação para se administrar os conflitos¹⁷.

4.3. Custos elevados da mediação/conciliação privados

Outra questão que deve ser levada em consideração é o custo de um procedimento de mediação ou conciliação. Não há dúvida de que a manutenção de uma estrutura física apropriada, dirigida por profissionais qualificados, que necessitam de constante reciclagem e aperfeiçoamento para o desempenho de sua árdua missão tornam impossível realizar um processo de mediação a preços acessíveis para a maioria da população.

Somente uma diminuta parcela do povo poderá ter acesso às grandes casas de mediação da iniciativa privada, que certamente incluirão o lucro como sua primordial finalidade (sem significar que haja atentado ético no desempenho de seus misteres). O problema é que a quase totalidade dos conflitos ficará à margem da atuação destes importantes instrumentos de tratamento.

¹⁵ WATANABE, K. op. cit. p. 54

¹⁶ COSTA, Andréia da Silva. *Comentários sobre a natureza dos conflitos*. In: SALES, Lilia Maia de Moraes (Org.). *Mediação em Perspectiva: orientações para mediadores comunitários*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2004, p. 14.

¹⁷ CONRADO. M. op.cit. p. 175

É exatamente nesse ponto que surge forte argumento a favor da vocação da Defensoria Pública para a mediação e a conciliação. Sendo esta instituição o caminho de acesso gratuito do cidadão carente à Justiça, é inelutável que abrigue também a estrutura e o treinamento de profissionais direcionados à autocomposição dos conflitos. Trata-se de um braço do Estado a garantir o acesso direto à Justiça sem recurso ao Estado-juiz, em benefício, inclusive, da atuação deste. Seria um Estado não-impositivo, mas propositivo. É esse o sentido da lição de José Carlos de Mello Dias:

É preciso nos convencermos de que não é necessário que a cada ofensa corresponda um litígio, e, sim, que disponhamos de meios suficientemente ágeis e capazes de resolver a controvérsia, sem que haja a necessidade da figura imperativa do juiz, da figura impositiva do Estado¹⁸.

Ressalte-se, por outro lado, o fundamental papel das universidades nesta atuação junto às comunidades carentes. Como instituições responsáveis pela proliferação e aplicação do conhecimento com vistas à modificação da realidade social, assumem destacada função na instituição destes instrumentos de solução de conflitos nas comunidades carentes. Dessa maneira, além de contribuírem para o desenvolvimento destas, estarão desenvolvendo nas pessoas envolvidas em sua efetivação (alunos e professores) uma visão diferenciada de realização da Justiça, desvinculada do formalismo e da estrita interpretação de leis escritas.

4.4. Alargando os horizontes da mediação e da conciliação

Logicamente a mediação e a conciliação não podem surgir como uma panacéia, capazes de resolver todos os problemas de uma determinada sociedade e aptos a solucionar todas as hipóteses de conflitos. Dentre estes, é importante frisar, existem os que não podem prescindir da intervenção do Poder Judiciário. Esses instrumentos de solução são compatíveis com um grande número de controvérsias, mas há algumas que, preestabelecidas pelo direito vigente, não poderão se submeter com exclusividade a estes meios, por fugir à sua competência. Sobre o assunto sintetiza bem Andréia da Silva Costa:

Entretanto, a Mediação se desenvolve dentro de um ordenamento jurídico preexistente, de maneira que aquela deve observância a este em razão de sua anterioridade e de sua formalização. Desse modo, a lei exige que algumas destas controvérsias, para serem consideradas válidas tanto diante a sociedade como no mundo jurídico, precisam passar pela apreciação do Poder judiciário, mesmo que apenas para a homologação do acordo¹⁹.

Tal constatação parte necessariamente do princípio da indeclinabilidade da

¹⁸DIAS, José Carlos de Mello. *Mediator: uma experiência profissional*. In: *Mediação: um projeto inovador*. Série Cadernos do CEJ. v. 22. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJE, 2003, p. 66.

¹⁹ COSTA. A. op.cit., p. 15.

prestação jurisdicional, previsto no Art. 5º, XXXV (v. Capítulo 2). Não há dúvida de que este princípio representa um direito fundamental do cidadão. Entretanto, vem sendo invocado por doutrinadores e profissionais da área jurídica para afastar a aplicação pura dos meios alternativos de solução de conflitos.

Este entendimento é reforçado pela cultura brasileira da oficialidade e da submissão à autoridade. Nas universidades predomina a lição de que o indivíduo é incapaz de resolver seus próprios problemas, necessitando sempre da intervenção do Estado (personificado na autoridade) para ditar que rumos tomar. Conforme anota Emanuela Cardoso Alencar: "As pessoas só sentem que o seu direito está resguardado e protegido por meio da sentença prolatada pelo juiz, após os trâmites de um processo na justiça"²⁰.

Essa forma de pensar permanece forte também em razão da inexistência de legislação específica que regulamente o alcance da mediação dos conflitos, o que obriga a doutrina a formular e elencar quais os conflitos que podem ser submetidos ao procedimento de mediação.

Assim surgem três grandes blocos de conflitos, de acordo com sua validade jurídica: a) os que podem ser submetidos à mediação de conflitos; b) os que jamais podem; c) os que podem utilizar-se da mediação, mas com a posterior ratificação pelo Poder Judiciário. Formado este quadro e entendidas as raízes desta subdivisão, surge uma nova função do mediador ou do conciliador: orientar as partes para a necessidade ou não de ingresso posterior no Poder Judiciário para dotar o acordo de validade jurídica. Em outras palavras, cabe ao mediador cuidar para que se forme um título executivo judicial, ainda com a perspectiva, bem notada por Lilia Maia Sales, de dar maior credibilidade ao instituto²¹.

Papel destacado cabe, neste tocante, à Defensoria Pública. Com efeito, poderá aparecer como instrumento para alargar os horizontes do processo de mediação. O defensor público, aprovado em rigoroso concurso público de provas e títulos, é dotado de capacidade técnica para orientar as pessoas quanto à possibilidade ou não de aplicação destes institutos aos conflitos postos à sua apreciação.

Sendo a Defensoria Pública a Casa de acesso à Justiça do cidadão carente, trata-se da instituição perfeita para orientar a solução do conflito, sempre cuidando para que, tanto quanto possível, tal ocorra com a participação e decisão das próprias partes. Não sendo isto possível, pela própria natureza do conflito, o defensor público é dotado de legitimidade para acessar o Poder Judiciário na representação dos interesses daquelas pessoas que o procuraram. Aqueles que chegarem à Defensoria Pública encontrarão, de qualquer forma, uma resposta para sua demanda.

Por outro lado, quanto à formalização do título, outra grande vantagem deve ser creditada à Defensoria Pública. Com efeito, por determinação do Art.

²⁰ ALENCAR, E. op.cit., p. 27.

²¹ SALES, L. op. cit. (2004a) , p.61.

585, II do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei Nº 8.953/94, é título executivo extrajudicial o instrumento de transação referendado pela Defensoria Pública.

Desse modo, formalizado o acordo entre as partes através da mediação presidida pelo Defensor Público, que o referendará, estarão estas protegidas por dupla garantia. Primeiramente, por terem resolvido através do diálogo a contenda anteriormente formada, garantem-se pela presunção de cumprimento espontâneo do avençado (a prática mostra altos índices de adimplemento voluntário). Em segundo lugar, por disporem de um título capaz de acionar os meios de execução forçada do acordado, elencados pela lei, com a utilização, para tanto, do poder coercitivo estatal. Por vezes, em razão da questão cultural já apontada, a só existência do título já inibe a recalcitrância das partes envolvidas na controvérsia.

Nessa perspectiva, alarga-se o âmbito de aplicação da mediação com a consequente aceitação da validade jurídica de seus resultados, na medida em que não há necessidade, em grande quantidade de casos, de intervenção do Poder Judiciário para a formalização de títulos executivos.

4.5. Aparelhamento da Defensoria Pública e treinamento dos defensores.

Após analisados os principais argumentos favoráveis à constatação de que a Defensoria Pública é a instituição vocacionada a abrigar os instrumentos alternativos de solução de conflitos, mormente no seio das comunidades carentes, resta a perplexidade diante da não realização prática desta vocação. Realmente, a falta de estrutura da Defensoria Pública do Estado do Ceará e de treinamento dos defensores públicos já foi bem notada por Lilia Maia Sales:

O fato de existir a Defensoria Pública, que presta a assessoria jurídica integral e gratuita, não tem resolvido o problema do custo processual, nem da demora como obstáculos, visto que a estrutura da Defensoria Pública ainda é muito precária e o número de defensores encontra-se aquém do necessário.²²

Embora a professora da Unifor não tenha dito de forma explícita, pelo menos nesse texto, é nítido o reconhecimento da Defensoria Pública como uma instituição apta a amenizar os problemas do Judiciário apontados anteriormente neste estudo. Isso somente não ocorre por causa da falta de estrutura e de um bom número de defensores.

Apesar de ter uma conformação constitucional e legal perfeita para a mediação e a conciliação, a Defensoria Pública, nos moldes em que se encontra atualmente, pelo menos no Estado do Ceará, não demonstra condições de encabeçar este tão esperado movimento pela valorização dos instrumentos alternativos de solução de controvérsias. De fato, é necessário ainda um maior

²² SALES, L. op.cit. (2004), p. 62

número de núcleos de defensoria nos bairros, com pessoal suficientemente treinado para levar a efeito estes instrumentos.

A Defensoria Pública precisa aproximar-se mais da população, estar fisicamente dentro das comunidades, a fim de adquirir os elementos necessários (já analisados) para efetivamente tornar-se a instituição principal na utilização da mediação e da conciliação.

Quanto aos defensores públicos, estes são muito poucos para abarcar a demanda tremenda de um Estado paupérrimo como o nosso. O interior do Ceará está praticamente desassistido e mesmo a capital conta com número insignificante destes profissionais nos bairros periféricos.

Além da quantidade é importante ressaltar a qualidade. Embora seja indubitável a qualificação técnica destes profissionais, os mesmos ainda se ressentem de uma melhor formação específica na área de mediação e conciliação, que somente seria alcançada com a realização de cursos de treinamento e, periodicamente, reciclagem e aperfeiçoamento.

5. CONCLUSÃO

Este artigo, embora pareça direcionado ao elogio e aplauso dos meios alternativos de solução de conflitos, não conclui que esta é a única forma existente de amenizar os problemas do Poder Judiciário e tornar o alcance da Justiça algo certo e induvidoso. Como já apontado, é preciso concentrar os esforços para suavizar a crise do Estado. Este é apenas um dos mecanismos que podem ser utilizados, com sucesso, para a consecução deste fim. Não se trata de uma fórmula mágica capaz de, com sua implementação, ainda que perfeita, dirimir todas as mazelas que acompanham o Poder Judiciário.

Há que se alertar, ainda, como faz Carmen Lúcia Antunes Rocha, no prefácio ao livro “Estudos sobre Mediação e Arbitragem”, organizado pela Prof. Lilia Maia Sales²³, que estas não são respostas que possam ser tidas por exatas ou que se possam aceitar sem reflexão ou questionamento, pelos riscos que representam, principalmente em alguns casos e nas circunstâncias de desigualdade dominantes no cenário brasileiro.

Entretanto, é de se reconhecer a importância que estes meios representam como alternativas e complementares ao Poder Judiciário, na medida em que, nos casos em que a legislação permite, delega às próprias partes a solução de seus conflitos, sem a necessária intervenção de um terceiro impositor de uma determinada decisão. Ressalte-se, ademais, a visão positiva do conflito que acompanha estes instrumentos, entendendo-o como um momento natural e necessário à vida em sociedade e ao progresso desta.

²³SALES, Lilia Maia de Moraes. *Estudos sobre mediação e arbitragem*. Rio- São Paulo-Fortaleza: ABC Editora, 2003, p. 15.

Outrossim, merecedor de destaque é o caráter democratizante destas opções de tratamento das controvérsias. Através destas, busca-se o consenso com a participação ativa e decisiva dos envolvidos no conflito, que deixam de ser adversários na luta por uma vitória final e, através da hipótese construtiva do discurso, tornam-se parceiros no ataque à raiz do conflito, sempre tendo como desiderato o retorno à harmônica convivência.

Com efeito, como aponta Norberto Bobbio em sua obra “O Futuro da Democracia”, o grau de democratização de um determinado povo não se mede mais somente pelo grau de efetiva participação dos cidadãos nas decisões políticas. Com a disseminação da democracia política nos mais diferentes pontos do globo, o que se põe agora como fundamental é uma democratização da própria sociedade civil, através da participação dos indivíduos em todas as esferas sociais: Igreja, sindicatos, escolas etc.

Não há dúvida de que os meios alternativos de solução dos conflitos, pelos motivos já expostos, participam deste movimento de democratização da sociedade. É nesta perspectiva que podemos falar, portanto, na mediação e conciliação como meios *democráticos* de solução dos conflitos.

Importante, ademais, a análise mais pormenorizada da estrutura da Defensoria Pública, instituição cuja fundamentalidade no Estado Democrático de Direito é proporcional ao desconhecimento da população quanto à sua existência e do descaso dos nossos líderes com sua implementação definitiva e eficaz.

O amálgama entre os meios alternativos e a Defensoria Pública é inelutável. Esta é, indubitavelmente, a instituição com delineamento perfeito para ser a “Casa da Mediação e da Conciliação”. A efetivação desta união restou estabelecida como algo urgente a ser reivindicado pela população como forma de amenizar o estrago causado por tantos anos de atraso em sua implementação, nascida para garantir paz e inclusão sociais.

Certamente, este casamento não pode ser considerado uma panacéia, nascida do mais alto entendimento humano como resposta a todas as angústias e problemas do acesso à Justiça. Entretanto, é de se enaltecer e disseminar os avanços que pode representar na criação de uma sociedade mais justa e fraterna, calcada na solução pacífica de seus conflitos, mormente a partir de suas camadas mais marginalizadas, sob a orientação de uma instituição nascida para dar amparo aos que ocupam estes segmentos sociais.

6. REFERÊNCIAS

ALENCAR, Emanuela Cardoso Onofre de. *A mediação de conflitos*. In: SALES, Lilia Maia de Moraes (Org.). *Mediação em perspectiva: orientações para mediadores comunitários*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2004.

CONRADO. Maria do Carmo Moreira. *Mediação de conflitos, acesso à justiça e defensoria pública*. In: SALES, Lilia Maia de Moraes (Org.). *Estudos sobre mediação*

e arbitragem. Rio- São Paulo-Fortaleza: ABC Editora, 2003

COSTA. Andréia da Silva. *Comentários sobre a natureza dos conflitos*. In: SALES, Lilia Maia de Moraes (Org.). *Mediação em Perspectiva: orientações para mediadores comunitários*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2004.

CRUZ, Márcio Lopes. VASCONCELOS, Mônica Carvalho. *O mediador de conflitos*. In: SALES, Lilia Maia de Moraes (Org.). *Mediação em Perspectiva: orientações para mediadores comunitários*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2004.

DIAS, José Carlos de Mello. *Mediador: uma experiência profissional*. In: *Mediação: um projeto inovador*. Série Cadernos do CEJ. v. 22. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJF, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e Arbitragem – alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. *Crise(s) da jurisdição e acesso à justiça*. In: SALES, Lilia Maia de Moraes (Org.). *Estudos sobre mediação e arbitragem*. Rio- São Paulo-Fortaleza: ABC Editora, 2003.

SALES, Lilia Maia de Moraes (Org.). *Estudos sobre mediação e arbitragem*. Rio- São Paulo-Fortaleza: ABC Editora, 2003.

_____. *Mediação em Perspectiva: orientações para mediadores comunitários*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2004.

_____. *Justiça e Mediação de Conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004a.

SILVEIRA, José Néri. *Defensoria Pública como Instrumento da Liberdade, da Cidadania e da Justiça Social*. Discurso na aula inaugural da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1999.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

WATANABE, Kazuo. *Modalidade de Mediação*. In: *Mediação: um projeto inovador*. Série Cadernos do CEJ. v. 22. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJF, 2003.



FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E LIVRE INICIATIVA. UMA ANÁLISE DA PROIBIÇÃO DE COBRANÇA DO USO DO ESTACIONAMENTO PELOS SHOPPING CENTERS

Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz¹

RESUMO

Este artigo analisa a necessidade da interpretação harmônica entre a função social da propriedade e a livre iniciativa, com base nos direitos sociais e econômicos previstos na Constituição Federal de 1988, assim como na aplicação dos princípios constitucionais da solidariedade e da justiça social.

Palavras-chave

Direitos fundamentais. Harmonização e concordância prática. Propriedade privada e sua função social. Livre iniciativa. Solidariedade. Justiça social.

ABSTRACT

This article analyses the needs of a harmonic interpretation between the social function of the property rights and private initiative, from the perspective of the social and economic fundamental rights contemplated in the constitution, as well as the application of the constitutional principles of solidarity and social justice.

Key-words

Fundamental rights. Harmonization and practical concordance. Private property and its social function. Private Initiative. Solidarity. Social Justice.

¹ Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFC. Doutor em Direito pela UFMG/Universidade de Frankfurt. Procurador do Município de Fortaleza.

*Não se pode imaginar existência de Nação,
existência de Estado, sem vida Municipal.*

*Rui Barbosa*²

A redefinição do direito privado a partir dos princípios acolhidos por nossa Constituição e o necessário giro hermenêutico pós-88, condicionando a leitura do direito civil a partir do direito constitucional, atribui valor fundante à pessoa humana e à sua dignidade num sistema regulador da convivência entre iguais³.

A proteção irracional e desmedida da propriedade cede espaço, hodiernamente, a valores superiores, mais próximos das idéias de Humanidade, Solidariedade e Justiça Social. A tutela jurídica da propriedade comunga espaços com a densificação de sua função social; a tutela jurídica da empresa e do empreendimento não se afastam do seu comprometimento social.

Em se tratando da constitucionalidade de lei municipal que proíbe a cobrança pelo estacionamento em *shopping centers*, a questão pode ser analisada sob dois aspectos: o da constitucionalidade formal e o da constitucionalidade material.

Sob o primeiro aspecto, deve-se compatibilizar a competência constitucional do Município para legislar sobre *assuntos de interesse local* (ou peculiar interesse) com a competência constitucional da União Federal para legislar sobre *direito de propriedade*. Em outras palavras: ao impedir, por via legal, a cobrança pelo estacionamento em *shopping centers*, resta investigar se o Município invade esfera de competência da União para legislar sobre direito de propriedade; mais especificamente ainda: sobre restrições ao uso do direito de propriedade.

Na segunda abordagem, a questão gira em torno de saber se é possível ao Município vedar ao *shopping center* a cobrança pelo uso do estacionamento que está à disposição dos usuários; a análise se volta, neste passo, sobre a questão da proporcionalidade de um tipo - ou modo - de *restrição legal ao uso da propriedade privada*, bem como saber se há, de fato, indevida interferência do Poder Público no âmbito da livre iniciativa, relevante ponto da tutela constitucional da ordem econômica.

Tenha-se desde logo que *a propriedade privada é ao mesmo tempo um direito (subjetivo) fundamental e uma instituição em que radica, dentre outros fundamentos, a legitimidade de um Texto Constitucional num Estado Democrático de Direito: a Constituição a reconhece como direito fundamental e lhe prescreve, ao mesmo tempo, o perfil de garantia institucional*. O sistema constitucional, destarte, tutela a propriedade enquanto direito fundamental e garantia institucional, impondo ao legislador o dever funcional de legislar tendo por fim assegurar sua existência

² Rui Barbosa. *Habeas Corpus em defesa da Autonomia dos Municípios Baianos*. STF. Sessão de 29.10.1919. *Tribuna Judiciária. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa*, 1958, p. 289-298.

³ Cf. PERLINGERI, Perlinger. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. RJ: Renovar, 1999. Ver, também: FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1988.

como direito e sua utilidade enquanto instituto jurídico⁴.

Ao mesmo tempo em que garante a propriedade, a Constituição prevê a sua função social. Dito de outro modo: a Constituição conforma a propriedade e o seu exercício à sua função social; desde o exato momento em que entrou em vigor a CF/88, o tempo passado se faz tempo presente na constância e no ritmo dos diversos momentos em que o STF tem sido convocado a concretizar este princípio constitucional. Não se trata aqui de *relativizar* o direito fundamental, mas de *conformá-lo ao interesse da Comunidade e restringi-lo para garantir essa função social mesma*.

A propósito, Gilmar Ferreira Mendes cita decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, em cuja argumentação ressalta a faculdade confiada ao legislador, decorrente da própria *ratio* do sistema constitucional, de *regular e disciplinar* o direito de propriedade, compatibilizando a sua utilidade privada com o interesse social; *ponderação* essa, aliás, comum a todos os direitos fundamentais. Como resultado, tem-se uma “ordem de propriedade socialmente justa” e equilibrada [BVerfGe, 25, 112 (117)].⁵

Destaca ainda Gilmar Mendes, também com apoio na Corte Constitucional alemã, que “a faculdade do legislador para definir o conteúdo e impor restrições ao direito de propriedade há de ser tanto mais ampla, quanto intensa for a inserção do objeto do direito de propriedade no contexto social”⁶. Esta liberdade na definição do conteúdo e extensão do direito de propriedade deverá, a exemplo do que ocorre com os demais direitos fundamentais, preservar – em cada caso e segundo os bens e valores ponderados - o denominado *núcleo essencial* do direito: a utilidade privada e principalmente o *direito de disposição*, não podendo o legislador, a pretexto de vincular socialmente a propriedade, disponibilizá-la única e exclusivamente a serviço do Estado ou da Comunidade. Identificam-se, aqui, duas situações bem definidas: medidas *restritivas* ou *conformativas* e medidas *expropriatórias* do direito de propriedade, cada uma com tratamento constitucional diverso.

Tem-se, no caso, um *aparente* conflito: o *direito individual à propriedade (particular)* deve ser mediado, de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto, com legítimas exigências de ordem comunitária, garantidas por regras de Direito Públco (universal). A singularidade da medida restritiva deverá resultar, para ser legítima, da solução dialética desses dois pólos segundo uma razão de proporcionalidade.

Excluo, desde logo, a assertiva de que as leis municipais que disciplinam a possibilidade de cobrança pelo uso de estacionamento em *shopping centers* [em Fortaleza, a lei municipal 9.190/2007] tenham caráter expropriatório ou criem qualquer restrição inconstitucional de direito administrativo ao uso normal da

⁴ Cf. MENDES, Gilmar. In: *Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1998, p. 154-159. Ver ainda: PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969*. 3^a. ed. RJ: Forense, 1987, p. 395.

⁵ Cf. MENDES, G. op. cit. p. 154-155.

⁶ MENDES, G. op. cit. p. 156.

propriedade. Maior acerto está em tratá-las como *leis restritivas ou conformadoras do exercício do direito segundo uma exigência de cunho social, posta na Lei Fundamental*.

O Supremo Tribunal Federal, assumindo a responsabilidade de exercer a função constitucional de guardião da Constituição desde quando instalado, não hesitou, *em pleno Estado Novo*, a deixar bem claro: *a propriedade nunca foi um "poder sem contraste", um "direito absoluto, incompatível com as exigências do consórcio civil"*. Analisando a constitucionalidade do Decreto-lei n. 25, de 30.11.37, que dispunha sobre a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, o Min. Orozimbo Nonato assim proclamou em seu voto:

É à luz da concepção constitucional da propriedade – direito relativo em que vive muito daquilo a que Duguit chamou dever social – que a meu ver, deve a questão dos autos ser solvida. (...) O que, ao meu ver, retira ao Decreto a balda de inconstitucional, é a própria concepção de propriedade na Constituição, que proclama a possibilidade de se dar ao conteúdo desse direito definição e, pois, limitação, em lei ordinária.⁷

A análise do modelo constitucional de proteção da propriedade como direito subjetivo público e como garantia institucional leva a concluir pela inafastável possibilidade e pela indeclinável exigência constitucional de *redefinição legal do seu conteúdo, imprimindo-lhe nova e imediata conformação* (STF, RE 94.020, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 104/269), *inclusive de caráter restritivo*. Desse modo, e seguindo as conclusões do Min. Gilmar Mendes, o legislador, a pretexto de dar nova conformação ao direito de propriedade:

- a) não pode *suprimir a utilidade privada do bem para seu titular (proteção ao núcleo essencial)*;
- b) ao disciplinar o modo de existência ou a forma do seu exercício, não pode tornar *impossível a aquisição ou o exercício desse direito*⁸.

O STF, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 94.020, de que foi Relator o Min. Moreira Alves, fixou a *tese jurídica* de que 1) não existe direito adquirido a regime jurídico de um instituto de direito; 2) ainda que se admita ser a propriedade um direito individual, a lei nova pode criar um pressuposto legal (*conditio iuris*) para a conservação desse direito, e estabelecer um prazo para o cumprimento desta *conditio*, sob pena de decadência do direito; 3) tal hipótese é a mesma daquela contida no Enunciado 170 da Súmula de jurisprudência do STF:

Com efeito, em matéria de direito adquirido, vigora o princípio - que este Tribunal tem assentado inúmeras vezes - de que não há direito adquirido a regime jurídico de um instituto de direito. Que isto dizer que, se a lei nova modificar regime jurídico de um instituto de direito (*como o é a propriedade, seja ela de coisa móvel ou imóvel ou de marca*), essa modificação se

⁷ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Apelação 7.377. Julgada em 17.06.1942. Rel. Min Castro Nunes. RDA n. 2, p. 100 (esp. p. 113). *Apud*, MENDES, Gilmar, *op.cit.*, p. 160, com citações de vários acórdãos posteriores no mesmo sentido.

⁸ Cf. MENDES, G., *op.cit.*, p. 163.

aplica de imediato.⁹

Pode-se ainda, sobre o assunto, colher as lições de André Ramos Tavares, quando se refere ao “caráter dúplice” do direito de propriedade:

Como direito individual, o instituto da propriedade, como categoria genérica, é garantido e não pode ser suprimido da atual ordem constitucional. Contudo, seu conteúdo já vem parcialmente delimitado pela própria Constituição, quando impõe a necessidade de que haja o atendimento de sua função social, assegurando-se a todos uma existência digna nos ditames da justiça social.¹⁰

Admita-se desde logo a existência de um contexto social-normativo *diverso* daquele em que inspirado o Código Civil de 1916: o direito de propriedade, no caso de que se cuida, não pode servir de escudo para que se aumente de forma desmedida o lucro da empresa, ao exigir-se uma prestação pecuniária sem causa: o *shopping center* deve manter e propiciar aos consumidores condições adequadas de tráfego, de pessoas e veículos, de higiene e de segurança, porque assim o impõe a sua própria existência e função no sistema econômico. A tutela do consumidor que deve ser feita pelo *shopping* não se destina, aqui, ao útil, ou ao belo; mas ao funcional, ao seguro, ao limpo e higiênico. A estética tem a ver com a relação comércio-cliente/consumidor, mas o *shopping*, enquanto empresa, não pode se furtar à presença do Poder Público, federal, estadual e municipal, na tutela do cidadão-consumidor.

Daí porque o direito de propriedade, no presente contexto, está vinculado à sua função social; intimamente conexo à sua função institucional. O significado do bem para o proprietário, aqui, não é exclusivo; também tem possuir significação para os usuários e consumidores.

Parece óbvio que a norma-princípio atinente à *função social da propriedade* vem juntar-se à moldura dogmático-constitucional em favor da constitucionalidade da proibição de cobrança pelo estacionamento dos consumidores. Dizer que a propriedade deve cumprir uma função social (CF, art. 5º, XXIII) é o mesmo que afirmar que a propriedade, enquanto direito fundamental (aspecto *estrutural*) tem a sua *legitimidade* aferida o tanto quanto mais o seu exercício cumpra funções destinadas à implementação dos ditames constitucionais de justiça social (aspecto funcional; CF, Art. 3º. e 170) – no caso vertente, com as exigências político-constitucionais de justiça social e de tutela ao consumidor. Trata-se de **mandamento constitucional** a ser observado e implementado na dialética de sua interpretação.

Pontes de Miranda, nessa ordem de idéias, manifesta entendimento consolidado desde a década de 30, do século passado: a Constituição Federal garante a propriedade como *instituição* fundamental à própria estabilidade das relações na comunidade política; mas essa mesma instituição é suscetível de mudanças e regulamentação, desde que implementadas por lei, a qual definirá

⁹ Cf. www.stf.gov.br

¹⁰ Cf. André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 611.

o seu conteúdo e os seus limites e regulará o seu exercício.¹¹

José Afonso da Silva¹², a seu turno, não permite que se tenham mais quaisquer dúvidas a respeito:

... não há como escapar ao sentido de que [a Constituição] só garante o direito de propriedade que atenda à sua função social"; "... a Constituição mesma já traça notáveis transformações na velha concepção de propriedade"; "... a propriedade não constitui uma instituição única, mas várias instituições diferenciadas em correlação com os diversos tipos de bens e de titulares....

Conclui o autor:

Em verdade, uma coisa é a propriedade pública, outra a propriedade social, e outra a propriedade privada. (...) No estado das concepções atuais, e da disciplina positiva do instituto, não se pode falar de um só tipo, mas se deve falar de tipos diversos de propriedade, cada um dos quais assume um aspecto característico. Cada qual dos tipos pode estar sujeito – e estará – a uma disciplina particular, especialmente porque, em relação a eles, o princípio da função social atua diversamente, tendo em vista a destinação do bem objeto da propriedade. Tudo isso, aliás, não é difícil de entender desde que tenhamos em mente que o regime jurídico da propriedade não é uma função do direito civil, mas de um complexo de normas administrativas, urbanísticas, empresariais (comerciais) e civis (certamente), sob fundamento das normas constitucionais.

A idéia de funcionalização da propriedade não é privilégio dos modernos. Trata-se de um modo de pensar a estrutura desta garantia fundamental que acompanha o desenvolvimento da História intelectual do Ocidente. Santo Tomás de Aquino já proclamava: a propriedade é instituto que se fundamenta na *lei natural*; corresponde à natureza humana, porquanto necessária à sua realização. Entretanto, a natural sociabilidade humana faz com que a *lei positiva* deva impor limites e restrições ao seu exercício abusivo ou desmedido. A idéia de função social entra em cena para limitar o direito de propriedade privada, que se exerce no interior de uma comunidade política.¹³

Nessa ordem de idéias, é importantíssimo ressaltar que a função social da propriedade, no contexto dos princípios gerais da ordem econômica, relaciona-se com a propriedade dos bens de produção, e se dirige exatamente ao exercício da atividade empresarial, pelo que, destacando o magistério de Eros Roberto

¹¹ Cf. PONTES DE MIRANDA, op. cit. p. 397.

¹² SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 4^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 712-713.

¹³ Cf. SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Summa Teologica. IIa. IIae.* q. 66. a. 2. Madri: Biblioteca de Autores Cristianos, 1956.

Grau, conclui José Afonso da Silva¹⁴: "... tanto vale falar de função social da propriedade dos bens de produção, como de função social da empresa, como de função social do poder econômico".

Estes conceitos, como parece óbvio, estão inseridos num contexto maior, qual seja, o de Estado Democrático e Social de Direito, onde o modo de produção capitalista relaciona-se dialeticamente com as exigências postas pela idéia de Justiça Social, sendo tarefa dos poderes constituídos adotar este modelo constitucional no desempenho de suas funções. Busca-se, aqui, erradicar o que Pontes de Miranda denominava "componente oligárquico da Constituição".

Não existe, no caso, conflito de princípios constitucionais no que se relaciona à propriedade e à sua função. Limitar e regulamentar não significa o mesmo que suprimir. Não obstante elencada no rol de direitos fundamentais (CF/88, art. 5º., *caput*), a propriedade é ontologicamente vinculada pela própria Constituição aos princípios da ordem econômica (Art. 170): erradica-se do âmbito do direito individual o seu componente quiratório (Min. Sepúlveda Pertence), relativizando o seu conceito e o seu significado e limitando o seu exercício, sujeitando-o aos princípios da ordem econômica, máxime ao atendimento de sua função social.¹⁵

O instituto da propriedade, como direito fundamental, não sofre mudanças em suas concepções definitórias essenciais; as determinações constitucionais e legais dizem respeito ao seu próprio conteúdo e aos limites do seu exercício. "Houve – pontifica Gilberto Bercovici¹⁶ -, inegavelmente, uma mudança do substrato da propriedade, apesar de as normas civis não se terem modificado". Muda-se a sua natureza econômica, para servir à idéia de função social, sem que tivesse sido necessária qualquer modificação nas leis civis. A funcionalização da propriedade e do conteúdo das relações privadas que daí decorrem, radica diretamente nos valores e princípios consagrados na Constituição Federal – valendo citar o Estatuto da Terra e o Estatuto da Cidade.

Calha lembrar a lição que se extrai do profundo comentário de Hans Spanner ao art. 20, par. 1º., da Lei Fundamental Alemã¹⁷: o fato de não estar expressamente definido na Lei Fundamental o princípio do Estado Social, a sua dedução a partir do modelo de Constituição desejado pelo Constituinte de 1948 impõe ao legislador democrático e demais poderes constituídos a obrigação constitucional de positivar normas de caráter social e inclusivo, que densifiquem o princípio, voltadas especialmente para a defesa dos economicamente mais fracos, daqueles que precisam de um Estado mais eficaz na redução

¹⁴Cf. SILVA, J. loc cit.

¹⁵Cf. SILVA, J. op. cit., p. 73.

¹⁶Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento. Uma Leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 144-145.

¹⁷Cf. SPANNER, Hans. In: *Sozialstaat und Besteuerung-Handwörterbuch des Stuerrechts und der Steuerwissenschaften*. 2. Auf. Bonn: Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1981, p.1228-1230.

das desigualdades sociais, buscando propiciar uma existência humana, em comunidade, que possa ser chamada de digna. Esse *indirizzo político* também se verifica na CF/88, quando se estabelecem os *objetivos fundamentais* da República Federativa do Brasil.

Cite-se, neste passo, Gustav Zagrebelsky

En el concepto de Estado Social de Derecho se expresa esta doble caracterización de la regulación constitucional de lo económico: constitucionalización de los derechos de propiedad y libre iniciativa (derechos-voluntad) y valoración por el Estado de exigencias de justicia, sea como protección de derechos de justicia, sea como afirmación inmediata de necesidades objetivas de alcance general.¹⁸

Confira-se, ao mesmo tempo, o que ensina Maria Teresa de Melo Ribeiro, acerca do *impacto* dos postulados do Estado Social no *âmbito* do Direito Público, máxime no Direito Administrativo:

O novo modelo de Estado assume, assim, o poder-dever de conformar a ordem social, por isso se fala em Estado Social. E se a nova realidade política se repercutiu no domínio constitucional, ao nível da organização, repartição e exercício do poder político, as principais modificações decorrentes do novo modelo de Estado vão ocorrer no domínio da organização e actividade administrativas, pois é sobre a Administração Pública que recai a responsabilidade de realizar e concretizar os novos objectivos do Estado.¹⁹

No caso vertente, as normas municipais não exigem dos *shopping centers* sacrifícios superiores ou maiores do que os benefícios coletivos almejados com a medida restritiva. Tal legislação possui forte e inolvidável conteúdo de justiça social, e põe limites a uma forma anormal de exercer o direito de propriedade, incompatível com a sua função social. A propriedade, a livre iniciativa e a empresa cedem, neste caso particular, ao interesse coletivo; vergam-se à tutela, pelo Estado, dos direitos dos *consumidores*, usuários do estacionamento, *clientela cativa do shopping*. Tem-se aqui a *função social da propriedade* nas vestes de um “dever fundamental” que decorre como consequência lógica do próprio direito fundamental - agora, porém, como *responsabilidade* social, individual ou coletiva.²⁰

Sendo assim, quando o particular extrapola, por uso anormal e abusivo, do direito à propriedade, atentando contra a sua função social, busca alcançar favorecimento indevido ou privilégios. Estes privilégios pretendidos obter e manter não encontram amparo no sistema conceitual do Direito justo, vão de encontro à natureza das coisas, e atentam contra a idéia geral de eqüidade;

¹⁸Cf. ZAGREBELSKY, Gustav. *El Derecho Díctil*. Valladolid: Trotta, 1999, p. 102.

¹⁹Cf. RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. *O Princípio da Imparcialidade da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 59.

²⁰Cf. CASALTA NABAIS, José. *O Dever Fundamental de pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 673.

abalam, de resto, as bases constitucionais em que estatuída a ordem econômica e social. Privilégios implicam desigualdades, agridem o princípio da isonomia e rompem o equilíbrio social e jurídico que ele tem por função manter. Destaque-se, por fim, o magistério de Eduardo Espínola: "... a lei não sanciona os direitos para a pura satisfação dos interesses egoísticos dos indivíduos; ela só lhes reconhece para um fim social, no interesse comum de todos".²¹

Em suma: *a propriedade e a empresa têm uma função social*; mas também são consideradas *per se* como *funções sociais*, de modo a só poder pensar a sua tutela segundo e em razão da respectiva função social; essa a dicção expressa do art. 14 da Lei Fundamental alemã, de 1948:

"Art. 14. (propriedade, direito de sucessão e expropriação) (1) A propriedade e o direito de sucessão hereditária são garantidos. O seu conteúdo e os seus limites são determinados por lei. (2) A propriedade obriga. O seu uso deve ao mesmo tempo servir para o bem estar geral".

Sendo assim, a intensidade da proteção a determinado direito de propriedade privada pode ser maior ou menor de acordo da relevância pública, social ou ambiental do bem, e de acordo com eventual restrição ou conflito com outros bens e interesses constitucionalmente protegidos. Considerando que o fundamento da direito de propriedade é constitucional, é a partir da Constituição mesma que o aplicador do Direito deve solucionar o caso concreto que lhe cabe apreciar. Se interpretar a Constituição significa dela extrair o máximo de liberdade, igualdade e justiça, interpretar o direito fundamental à propriedade significa também extrair e garantir o máximo de liberdade possível, mas vedando que esse *maximum* transforme o ser humano ou a esfera jurídica de outrem num *minimum*. A solução de conflitos na tutela e/ou conformação do direito de propriedade deve sempre buscar atingir, racionalmente, equilíbrio e proporcionalidade entre o individual e o social vedando o exercício anormal, abusivo ou desproporcional do direito de propriedade.

A questão no Supremo Tribunal Federal. O STF ainda não apreciou diretamente a tese jurídica em torno da *inconstitucionalidade material* de leis municipais que proíbem a cobrança de estacionamento por *shopping centers*, escolas e hospitais privados. A matéria sempre foi tratada pelo *prisma da inconstitucionalidade formal*²², não adentrando desse modo no debate em torno do confronto entre (1) o conteúdo da norma e os valores que ela busca concretizar e (2) as normas constitucionais que tutelam a propriedade, submetem-na à função social; as normas constitucionais relativas à ordem econômica e social;

²¹ Cf. ESPÍNOLA, Eduardo. *Posse, Propriedade, Compropriedade, Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: Conquista, 1956, p.236. Ver: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Demokratie als Verfassungsprinzip*. In: *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, 2^a ed, Frankfurt-am-Main, Suhrkamp, 1992, p. 293-295.

²² Ver, *exempli gratia*, ADI 2.448, Rel. Min. Sydney Sanches; Rel. Min.; ADI 1.918, Rel. Min. Maurício Corrêa; ADI(MC) 1.472, Rel. Min. Ilmar Galvão; ADI 1.623, Rel. Min. Moreira Alves.

as normas constitucionais relativas à autonomia privada.

Cabe, entretanto, expor as palavras do Min. Celso de Mello, em voto proferido na ADI 2.213-MC: “Não pretendo exaltar o direito de propriedade, nem reconhecer-lhe caráter absoluto, em face da irrecusável supremacia do interesse social”. Também no julgamento da ADI 2.396, de que foi Relatora a Min. Ellen Gracie, a Corte, por unanimidade de votos, fixou a tese jurídica de que os princípios jurídicos contidos no art. 170, caput, e inciso II a IV da Constituição Federal, “... não são aplicáveis isoladamente, mas se balançam e se conjugam para assegurar a ordem econômica que assegure a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

É de se destacar, porém, que a Corte, em diversas ocasiões, fixou teses jurídicas em torno da constitucionalidade de leis municipais que regulamentam:

- a. obrigatoriedade de instalação de serviços de segurança (RE 312.050-AgR, Rel. Min. Celso de Mello);
- b. tempo de espera em filas para atendimento ao público (RE 432.789, Rel. Min. Eros Grau);
- c. instalação de cadeiras de espera em locais de atendimento ao público (AI 506.487-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso);
- d. instalação de bebedouros e sanitários (RE 418.392-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, RE 208.383, Rel. Min. Néri da Silveira, AI 347.739, Rel. Min. Nelson Jobim).
- e. edificações ou construções realizadas em seu território (AgRg no Agravo de Instrumento 491.420, Rel. Min. Cesar Peluso).
- f. instalação de portas eletrônicas em imóveis destinados ao atendimento do público, para segurança de pessoas (RE 240.406, Rel. Min. Carlos Velloso, RTJ 189/1.150).

A Primeira Turma do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 397.094, manteve a jurisprudência consolidada. Tratava-se, neste caso, de *arguição de inconstitucionalidade de imposição, por lei municipal, de tempo de espera em fila dos usuários dos serviços prestados pelos cartórios*.

Entendeu a Turma julgadora que a lei municipal estava em perfeita sintonia com o art. 30, I, da CF (há competência legislativa do Município por se tratar de assunto de interesse local). No que tange ao aspecto material, ressaltou-se que TJDF decidiu a matéria sob o argumento de que a legislação municipal estava a proteger os direitos meta-individuais dos usuários-consumidores dos serviços notariais, ao fixar prazo razoável para atendimento, o que seria de competência municipal, presente o interesse local.

Interpretando o artigo 236 da CF/88, a Min. Carmen Lúcia, em seu voto, chamou a atenção para o fato de que a Constituição ao tratar da regulamentação

e da fiscalização da atividade notarial e da responsabilidade civil e criminal dos notários, refere-se, literalmente, apenas à lei:

Quando a Constituição, no parágrafo primeiro daquele artigo, apenas se refere à lei. Não se deixa apegada a uma única entidade da federação; caso contrário teria sido rompida uma estrutura que vinha sendo mantida pelo constituinte, até então, ao tratar deste assunto.

No que se refere à tutela dos direitos dos usuários, a Ministra Carmem Lúcia enfrentou diretamente o tema da constitucionalidade material da norma:

O advogado diz não existir relação de clientela – é claro que não – mas, de toda sorte, há uma relação que se estabelece com o usuário do serviço, que precisa ser assegurada pelas entidades, inclusive, neste caso, pelo Distrito Federal, sem que isso incorra em nenhuma afronta, ao meu ver, também da Constituição.

No mesmo sentido, entendeu o Min. Carlos Brito: “... o fato do cartório não ser pessoa jurídica não descharacteriza essa relação com sua clientela...”.

No julgamento da ADI 1.918-1, o Min. Sepúlveda Pertence, ainda que acolhendo a tese da inconstitucionalidade formal, adentrou no exame da constitucionalidade material de lei do Estado do Espírito Santo que limitava o valor das quantias cobradas pelo uso de estacionamentos em áreas particulares.

A inconstitucionalidade formal da lei estadual foi proclamada, entendendo o Pleno do STF que o legislador estadual havia regulado matéria de Direito Civil e adentrou em competência que também lhe seria vedada, no ano de 2001, para estabelecer normas gerais de Direito Urbanístico.

Entretanto, admitiu o Ministro Relator, Min. Maurício Corrêa, na discussão suscitada pelo Min. Sepúlveda Pertence, a possibilidade de ser considerada constitucional determinada lei federal que dispusesse sobre o *thema decidendum*, desde que houvesse interesse social.

Entendeu o Ministro Sepúlveda Pertence que eventual lei federal seria constitucional ao tratar de matéria, tendo em vista que o interesse social na regulação do direito de propriedade, radicava, naquele caso, na tutela da “clientela cativa” dos *shopping centers* ou supermercados. Essa relação entre os usuários-consumidores poderia ser objeto de regulamentação estatal, tendo em vista que a lei federal “... não cuida do negócio de estacionamento, mas de sua utilização por empresas que o explorem”, até mesmo porque “... a existência de estacionamento, nos centros urbanos, constitui uma forma intensamente eficaz de captação de clientela”.

No final, concluiu Sua Excelência que a questão da constitucionalidade da limitação da garantia constitucional da propriedade, desde que feita por lei federal, merecia um aprofundamento muito maior, que o caso não comportava. Na mesma

Sessão, o Min. Marco Aurélio vislumbrou inconstitucionalidade material em face de interferência do Estado na seara econômica, posto que apenas indicativa para o setor privado (CF, art. 174), e na própria liberdade de contratação.

No voto escrito, apresentado nos autos, o Min. Sepúlveda Pertence assim explicitou o seu pensamento:

A propriedade, que a Constituição garante, é um conceito institucional. Mantido o seu núcleo duro – a falarmos como os nossos mestres lusitanos – as limitações à propriedade e sua adequação à função social são questões deixadas ao legislador ordinário. Não se pode cobrir o uso e o abuso com a garantia constitucional da propriedade, esquecendo-se o imperativo da função social, do inciso seguinte do art. 5º. da Constituição, para deixar intocada uma concepção quiritária de domínio absoluto.

O Pleno do STF, desta vez na ADI 3710, da Relatoria do Min. Joaquim Barbosa, manteve o entendimento em torno da inconstitucionalidade formal, mas no que pertine à inconstitucionalidade material é possível identificar, pela leitura do Informativo/STF n. 455/2007, uma divergência em torno dos aspectos materiais e axiológicos de semelhantes normas.

As teses jurídicas em torno da questão da constitucionalidade material encontram-se definidas:

- I. é de interesse local e, portanto, de competência dos Municípios (CF, Art. 30, I), editar leis que visem ao bem estar social e à fiscalização do bom desempenho das atividades econômicas privadas, mesmo que o faça no exercício do poder de polícia a partir das regras substantivas gerais da União – “policiaamento administrativo do uso da propriedade e da atividade econômica dos particulares” (ADI 1.918);
- II. a intervenção municipal, ao vedar a cobrança pelo uso de estacionamento em estabelecimentos particulares, não trata de direito do consumidor, mas de direito civil e de direito comercial, pois “estabelece regras sobre elementos essenciais da propriedade” (ADI 1.918);
- III. ao utilizar o estacionamento, o usuário celebra um negócio jurídico com o shopping center, diretamente, ou com a empresa que o explora, não sendo de competência do Município legislar a respeito (ADI 1.918);
- IV. a intervenção do Poder Público na ordem econômica é indicativa para o setor privado a teor do Art. 174 da CF/88 (ADI 1.918)

A divergência se abre no momento em que a idéia, já assente, de que a Constituição não tolera o uso da propriedade sem que também se promova sua função social pode ser aplicado à situação de fato concreta, ora debatida: a cobrança pelo uso do estacionamento se insere no âmbito de uma relação *usuário/consumidor – shopping centers* que envolve, para além da garantia constitucional da propriedade, da tutela da autonomia privada e da liberdade econômica, a tutela de

direitos meta-individuais e do bem estar dos cidadãos-usuários - o que, presentes as normas constitucionais que exigem e impõem concretização direta pelo Estado, e as normas gerais urbanísticas – o Estatuto da Cidade, lei nacional – atrairia também a competência municipal, no sistema constitucional de repartição de competências, porquanto presente, na hipótese, o interesse local.

Parece-me clara a seguinte afirmação: a legislação que disciplina a cobrança pelo estacionamento em *shopping centers*, concretiza o princípio da função social da propriedade e os princípios constitucionais do urbanismo, em benefício da comunidade de municípios e da clientela dos *shopping centers*, cumprindo com as exigências de **adequação** (aptidão para atingir seus objetivos), **necessidade** (meio menos gravoso e eficaz para atingir os objetivos) e **justa medida** (sacrifício ao direito menor do que o benefício pretendido atingir com a restrição), todas integrantes da denominada *máxima de proporcionalidade*.²³

Não existe exclusão, nem interferência direta no exercício do direito de propriedade do *shopping center*. Ao contrário, e segundo a tese jurídica exposta pelo Min. Sepúlveda Pertence n ADI 1.918, "... não cuida do negócio de estacionamento, mas de sua utilização por empresas que o explorem", até mesmo porque "... a existência de estacionamento, nos centros urbanos, constitui uma forma intensamente eficaz de captação de clientela".

A proteção da clientela, pelo Poder Público - por lei ou pelo exercício do poder de polícia -, enquanto universo dos usuários habituais e aleatórios do estacionamento, é uma exigência que decorre da própria teleologia e estrutura axiológica do sistema jurídico brasileiro, interpretado a partir da Constituição. Ao vincular o acesso e saída do cliente-usuário ao pagamento pelo uso do estacionamento, o *shopping* praticamente institui um tributo e adota medidas coercitivas para que o pagamento entre em seus cofres. Mostra-se flagrantemente abusivo o exercício do direito de propriedade pelo *shopping*, sujeito, desse modo, à atuação do Poder Público, em qualquer de suas esferas.

Note-se, ainda, que do ponto-de-vista dos usuários, é impossível ir ao Shopping sem estacionamento; e, além, disso, do ponto de vista dos empresários, nos preços dos serviços cobrados já vêm inseridos as despesas com o estacionamento. Há, na cobrança pelo estacionamento, verdadeiro *bis in idem*, e, portanto, enriquecimento ilícito dos shoppings.

Note-se que a intervenção do Poder Público Municipal, mediante lei editada a partir de sua competência constitucional, para disciplinar ou mesmo impedir a cobrança pelo uso do estacionamento, não atinge o conteúdo essencial do direito de propriedade, muito menos a liberdade econômica ou de contratar. O interesse econômico, sob tutela, não é a liberdade geral ético-jurídica, mas o exercício abusivo do direito de propriedade, pelo *shopping* que busca obter vantagem indevida ao impor a cobrança pelo uso da vagas.

Parece óbvio afirmar que, ao pretender adentrar no espaço protegido

²³ Ver: decisão do Min. Gilmar Mendes na IF 2257/6-SP.

pelas barreiras de segurança, como forma de entrar no *shopping*, o usuário-consumidor não possui *bargaining power*²⁴: ou paga ou não entra; se entra, ou paga ou não sai. Não existe aqui a mínima expressão de autonomia ou liberdade de contratar, mas um negócio jurídico imposto pela vontade da parte economicamente mais forte. Há, desse modo, inegável interesse social e público em disciplinar a matéria a partir do modelo constitucional e das regras federais urbanísticas.

A entrada em vigor do Estatuto da Cidade – Lei Federal 10.257, de 10 de julho de 2001. Necessidade de revisão dos postulados da inconstitucionalidade formal. Incidência do Art. 30, I, da Constituição Federal. Das regras e princípios constitucionais, não se pode ter outra conclusão: o artigo 182 da CF/88 estabelece os princípios gerais e o direcionamento para a concretização constitucional e edição, por todas as entidades de direito público, de normas de ordem pública e de interesse social que regulamentam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

A Lei Nacional n. 10.207/2001, define toda a principiologia da política urbana em seus artigos 1º. a 4º. Depreende-se, desde logo, a exigência de atendimento ao interesse social e ao bem estar coletivo (“interesses e necessidades da população e características locais”) na aplicação de todas as regras do Estatuto da Cidade, podendo-se inferir, ao mesmo tempo, que os instrumentos de política urbana e gestão democrática das cidades, quando necessária a intervenção no domínio econômico, não são de ordem indicativa, mas de ordem vinculante para o poder público – aqui, devem ser interpretados e compatibilizados os artigos 170, 174 e 182 da CF/88.

O novo direito urbanístico brasileiro, imerso nos princípios do Estado Social, convoca toda as esferas de Governo à implementação das diretrizes gerais da política urbana e gestão democrática e coletiva das cidades. Em se tratando de competências constitucionais, o STF assentou o entendimento de que a competência privativa da União e as matérias próprias de competência concorrente e suplementar encontram supedâneo na tradição constitucional republicana de que é lícito ao Poder Público - União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios – exercer função legislativa, desde que observadas as restrições, limitações e exigências estabelecidas na Constituição. Não existe hierarquia entre estas entidades de direito público, mas repartição constitucional de competências:

Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 3035 / PR
- PARANÁ

Relator: Min. GILMAR MENDES

²⁴Cf. BAMHIZER, Daniel D.. Inequality of Bargaining Power. *University of Colorado Law Review*, Vol. 76, 2004; SCHMITT, Carl. *Nehmen/Teilen/Weiden*. In: FORSTHOFF, Ernst (hrsg) *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit. Aufsätze und Essays*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968, p. 95-113.

Julgamento: 06/04/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJ 14-10-2005 PP-00007 EMENT VOL-02209-1 PP-00152

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada contra a lei estadual paranaense de nº 14.162, de 27 de outubro de 2003, que estabelece vedação ao cultivo, a manipulação, a importação, a industrialização e a comercialização de organismos geneticamente modificados. 2. Alegada violação aos seguintes dispositivos constitucionais: art. 1º; art. 22, incisos I, VII, X e XI; art. 24, I e VI; art. 25 e art. 170, caput, inciso IV e parágrafo único. 3. Ofensa à competência privativa da União e das normas constitucionais relativas às matérias de competência legislativa concorrente. 4. Ação Julgada Procedente."

Recurso Extraordinário - RE 286789 / RS - RIO GRANDE DO SUL

Relatora: Min. Ellen Gracie

Julgamento: 08/03/2005 - Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação: DJ 08-04-2005 PP-00038 Ement vol-02186-03 PP-00446

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. COMPETÊNCIA ESTADUAL E DA UNIÃO. PROTEÇÃO À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE. LEI ESTADUAL DE CADASTRO DE AGROTÓXICOS, BIOCIDAS E PRODUTOS SANEANTES DOMISSANITÁRIOS. LEI Nº 7.747/2-RS. RP 1135. 1. A matéria do presente recurso já foi objeto de análise por esta Corte no julgamento da RP 1.135, quando, sob a égide da Carta pretérita, se examinou se a Lei 7.747/82-RS invadiu competência da União. Neste julgamento, o Plenário definiu o conceito de normas gerais a cargo da União e aparou as normas desta lei que superavam os limites da alçada estadual. 2. As conclusões ali assentadas permanecem válidas em face da Carta atual, porque as regras remanescentes não usurparam a competência federal. A Constituição em vigor, longe de revogar a lei ora impugnada, reforçou a participação dos estados na fiscalização do uso de produtos lesivos à saúde. 3. A lei em comento foi editada no exercício da competência supletiva conferida no parágrafo único do artigo 8º da CF/69 para os Estados legislarem sobre a proteção à saúde. Atribuição que permanece dividida entre Estados, Distrito Federal e a União (art. 24, XII da CF/88). 4.

Os produtos em tela, além de potencialmente prejudiciais à saúde humana, podem causar lesão ao meio ambiente. O Estado do Rio Grande do Sul, portanto, ao fiscalizar a sua comercialização, também desempenha competência outorgada nos artigos 23, VI e 24, VI da Constituição atual.²⁵. Recurso extraordinário conhecido e improvido.

Os parágrafos 2º. e 3º. do art. 24, da CF/88 dispõem acerca da competência suplementar dos Estados. Portanto o conceito constitucional de competência suplementar inclui a faculdade dos Estados legislarem em caso de lacuna legal onde deveria ter sido exercida competência legislativa da União. Os Estados *suprem* a deficiência decorrente deste vácuo normativo. Assim, quando os Estados legislarem para suprir uma lacuna da legislação geral federal estarão exercendo uma competência supletiva, adequando a normatização às peculiaridades regionais.

A competência dos Municípios em Direito Urbanístico (CF, Art. 30, VIII), neste sistema constitucional de repartição, está sujeita a normas federais e estaduais (CF, Art. 24, I e Art. 30, II). Quando a Constituição faculta ao Município suplementar a legislação federal e estadual no que couber, possibilita-lhe dispor "... especialmente sobre as matérias ali arroladas e aquelas a respeito da quais se reconheceu à União apenas a normatividade geral".²⁵ Por isso mesmo, o STF decidiu, na ADI 478-6, da Relatoria do Min. Carlos Velloso: "As normas das entidades políticas diversas – União e Estado-membro – deverão, entretanto, ser gerais, em forma de diretrizes, sob pena de tornarem inócuas a competência municipal, que constitui exercício da sua autonomia constitucional". (DJU 28.02.1997).

Nessa mesma ordem de idéias, a Min. Ellen Gracie, Relatora da ADI 2.396 (08 de maio de 2003), explicitou que

... o espaço de possibilidade de regramento pela legislação estadual, em casos de competência concorrente abre-se:

- a) toda vez que não haja legislação federal, quando então, mesmo sobre princípios gerais, poderá a legislação estadual dispor;
- b) quando, existente legislação federal que fixe os princípios gerais, caiba complementação ou suplementação para o preenchimento de lacunas, para aquilo que não corresponda à generalidade; ou ainda para a definição de peculiaridades regionais .

Acrescenta ainda que a legislação estadual deve ser "suplementar, da qual se espera que preencha vazios ou lacunas deixados pela legislação federal, não que venha dispor em diametral objeção a esta".

Tese jurídica similar foi construída na ADI 3.338, julgada em 03.08.2005 (Relator para o acórdão, o Min. Eros Grau-Informativo/STF 399): entendeu a Corte, na hipótese, que a lei distrital 3.460/2004, que instituiu o Programa

²⁵. Cf. SILVA, J. op. cit. p. 277.

de Inspeção e Manutenção de Veículos em uso no DF, não padecia de vício de constitucionalidade, até mesmo porque "... não versa sobre matéria de trânsito, mas apenas institui serviço para viabilizar a inspeção veicular relativa ao controle de emissão de gases poluentes e ruídos, visando, assim, à proteção do meio ambiente, de competência comum (CF, Art. 23, VI)".

A Corte decidiu, também, o alcance e o significado do princípio federativo, no sistema constitucional brasileiro:

EMENTA: I. Ação direta de constitucionalidade: seu cabimento - afirmado no STF desde 1926 - para questionar a compatibilidade de emenda constitucional com os limites formais ou materiais impostos pela Constituição ao poder constituinte derivado: precedente. (...)

1. A "forma federativa de Estado" - elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República - não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege. ".

ADI-MC 2024 / DF - DISTRITO FEDERAL

Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE

Julgamento: 27/10/1999 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação DJ 01-12-2000 PP-00070

Tércio Sampaio Ferraz Júnior entende ser necessária a análise do tema tendo-se como premissa básica o interesse prevalente na organização federativa, que apontaria, pelo disposto na Constituição Federal, no *caput* do art. 1º e no art. 3º que enfatiza a solidariedade e redução das desigualdades regionais, para um federalismo cooperativo, onde tem mais relevo a cooperação entre os entes federados do que à separação e independência recíproca entre eles.

Continua: tal colaboração tem por ponto básico e fundamental a necessidade da uniformização de certos interesses: "toda a matéria que extravase o interesse circunscrito de uma unidade (estadual, em face da União; municipal, em face do Estado) ou porque é comum (todos têm o mesmo interesse) ou porque envolve tipologias, conceituações que, se particularizadas num âmbito autônomo, engendrariam conflitos ou dificuldades no intercâmbio nacional, constitui matéria de norma geral".

A norma geral, por ser da União, passa a ter um caráter geral, limitando o campo para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios legislarem. Somente poderiam legislar para aperfeiçoar estas normas, ou seja, torná-las mais protetoras. Nunca para restringir as disposições gerais.²⁶

A doutrina alemã denomina esse modelo federativo de “*princípio do comportamento federativo amigável*”, onde todas as entidades federadas devem atuar, de forma harmônica e complementar, para realizar e concretizar os objetivos fundamentais e as determinações constitucionais que decorrem do princípio do Estado Democrático e Social de Direito.²⁷ Desse princípio, decorre outro: o da “*lealdade federativa*”, onde os membros da Federação têm o dever de cooperação recíproca no planejamento e na execução da políticas públicas.

Giovanni Clark, interpretando o papel dos Municípios no sistema constitucional de repartição de competências, mostra a posição mais atual da doutrina brasileira:

As competências concorrentes, isto é, legislativas, previstas pela Carta Política de 1988, também abrem caminho para o interventionismo econômico municipal. Isso acontece quando a Constituição Federal brasileira, em seu artigo 24, permite à União e aos Estados-membros legislar sobre certas matérias – à primeira, editar normas gerais, aos outros, suplementá-las para atender às suas peculiaridades – e ainda em seu artigo 30, incisos I e II, quando prevê a competência municipal para suplementar a legislação estadual e a federal no que couber, para atender aos interesses locais. Assim sendo, o Município pode legislar sobre as matérias do artigo 24 da CF para atender ao interesse local.²⁸

O modelo constitucional concreto de Federação no Brasil não pode excluir a competência legislativa do Município para, segundo o modelo constitucional (CF, Art. 182) e de normas gerais da União (Estatuto da Cidade) acerca do Direito Urbanístico, disciplinar o uso abusivo e anormal da propriedade, pelos *shopping centers*, quando instituem, em verdadeira afronta à respectiva função social, cobrança indevida pelo uso do estacionamento.

Esse novo modelo de federalismo urbanístico, impõe uma re-interpretação dos fatos à luz do sistema constitucional vigente, valendo citar também as teses jurídicas postas pelo STF nas ADI's 478, 1.472, 1.918, 3710: existem normas constitucionais (CF, Art. 5º, caput, Art. 170, incs. II e III; Art. 182) e normas legais federais (normas gerais – Estatuto da Cidade e Código de Defesa do Consumidor), que permitem e dão competência legislativa aos Municípios para, em caráter suplementar e, densificando legislação federal já existente, impedirem o uso anormal e abusivo da propriedade, disciplinando ou mesmo

²⁶ Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Normas Gerais e Competência Concorrente: uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 7, págs.16-20, 1994.

²⁷ Cf. VOGEL, Hans-Jochen. *Die Bundesstaatliche Ordnung des Grundgesetzes*. In: BENDA, Ernst. MAILHOFER, Werner. VOGEL, Hans-Vogel. (org). *Handbuch der Verfassungsrechts*. Berlim/New York: Walter de Gruyter, 1983, p. 818.

²⁸ Cf. CLARK, Giovanni. In: *O Município em face do Direito Econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 94-95.

proibindo a cobrança pelo uso do estacionamento.

Semelhante legislação não anula a liberdade de contratar, não intervém indevidamente na economia ou na esfera privada, nem restringe o núcleo essencial do direito de propriedade; restringe-o em benefício do interesse coletivo e social na utilização do estacionamento do shopping.

REFERÊNCIAS

- Brasil. Supremo Tribunal Federal. Apelação 7.377. Julgada em 17.06.1942. Rel. Min Castro Nunes. RDA n. 2, p. 100 (esp. p. 113). Apud , MENDES, Gilmar, op.cit., p. 160, com citações de vários acórdãos posteriores no mesmo sentido.
- BAMHIZER, Daniel D. Inequality of Bargaining Power. University of Colorado Law Review, Vol. 76, 2004.
- BERCOVICI, Gilberto. Constituição Econômica e Desenvolvimento. Uma Leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Demokratie als Verfassungsprinzip. In: Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, 2^a ed, Frankfurt-am-Main, Suhrkamp, 1992.
- CASALTA NABAIS, José. O Dever Fundamental de pagar Impostos. Coimbra: Almedina, 1998.
- CLARK, Giovanni. In: O Município em face do Direito Econômico. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- ESPÍNOLA, Eduardo. Posse, Propriedade, Compropriedade, Direitos Autorais. Rio de Janeiro: Conquista, 1956.
- FACHIN, Luiz Edson. A função social da posse e a propriedade contemporânea. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1988.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Normas Gerais e Competência Concorrente: uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. In: Revista Trimestral de Direito Público, nº 7, págs.16-20, 1994.
- MENDES, Gilmar. In: Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade. São Paulo: Celso Bastos, 1998, p. 154-159. Ver ainda: PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969. 3^a. ed. RJ: Forense, 1987.
- PERLINGERI, Perlinger. Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. RJ: Renovar, 1999.
- PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional n. 1 de 1969. tomo 5. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. O Princípio da Imparcialidade da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1996.

SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Summa Teologica*. IIa. IIae. q. 66. a. 2. Madri: Biblioteca de Autores Cristianos, 1956.

SCHMITT, Carl. Nehmen/Teilen/Weiden. In: FORSTHOFF, Ernst (hrsg) Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit. Aufsätze und Essays. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 4^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SPANNER, Hans. In: Sozialstaat und Besteuerung-Handwörterbuch des Stuerrechts und der Steuerwissenschaften. 2. Auf. Bonn: Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1981.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

VOGEL, Hans-Jochen. Die Bundesstaatliche Ordnung des Grundgesetzes. In: BENDA, Ernst. MAILHOFER, Werner. VOGEL, Hans-Vogel. (org). *Handbuch der Verfassungsrechts*. Berlim/New York: Walter de Gruyter, 1983, p. 818.

ZAGREBELSKY, Gustav. *El Derecho Dúctil*. Valladolid: Trotta, 1999.



A IMPORTÂNCIA DO SOPESAMENTO COMO INSTRUMENTO DA PROPORCIONALIDADE NA TEORIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Michel Pinheiro¹

RESUMO

O princípio da proporcionalidade assume cada vez mais a condição imprescindível de justificador da Teoria dos Direitos e Garantias Fundamentais. Primeiro, por se encontrar espalhado em todo o ordenamento jurídico, onde fundamenta incontáveis formas de limitação de excessos dos três Poderes da República, tanto na Constituição de 1988 como em seus microsistemas; segundo, como dirimente de conflitos entre princípios constitucionais, através do uso de seus três subprincípios. O sopesamento vem a ser, por sua vez, o instrumento de grande importância no instante de aplicação da maximização dos direitos fundamentais, tarefa difícil para os operadores do direito, agentes do Poder Executivo e legisladores diante da complexidade que envolve a necessidade de valoração de interesses.

Palavras-chave

Princípio. Proporcionalidade. Direitos. Garantias. Balancing. Otimização. Maximização

ABSTRACT

The principle of proportionality gets even more the essential of justifying the theory of Fundamental Rights and Writs. Firstly, it is disseminated all over the legal system, where it fundaments uncountable ways of limitation the excess of the three Republic Powers, as much as in the 1988 Constitutional as in its Microsystems. Secondly, it is a way to solve conflicts between constitutional principles using its three subprinciples. Balancing is for its turn an instrument of great importance in applying the maximization of the fundamental rights, which is a hard task for the law appliers and agents of the Executive Power and legislators before the complexity that involves the necessity of the valueing individual's interests.

Key-words

Principle. Proportionality. Rights. Writs. Balancing. Balancing. Optimizing. Maximization

¹ Especialista em Direito Processual Penal pela UFC. Juiz de direito em exercício no Juizado Especial Cível e Criminal de Tauá – Ceará.

1. INTRODUÇÃO

Após a metade do século XX, o mundo viu-se obrigado a repensar os fundamentos da ordem jurídica. Os horrores vivenciados na II Grande Guerra Mundial trouxeram aos países a necessidade de reeditar uma nova concepção afirmativa de direitos do homem, até então não tratada com a visão decorrente das crueldades vivenciadas.

Aprovou-se em 1945, logo após a vergonha do holocausto, a Carta das Nações Unidas, marcando o surgimento de uma nova ordem internacional tendente a estabelecer um modelo de conduta nas relações internacionais voltado à manutenção da paz e segurança entre as nações, incluindo a proteção aos direitos humanos, em sentido amplo.

Em seguida, em 1948, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, representando a carta de compromissos a serem seguidos pelos países para garantir a existência, com o mínimo de qualidade, do gênero humano. Dita Carta representou a constatação por parte da Organização das Nações Unidas de que o Estado, vez que outra, agia de forma abusiva, tornando-se necessário impor o poder a quem não respeitava direitos.

Mesmo não tendo o formato de um tratado com o escopo de vincular os países, a Declaração Universal dos Direitos do Homem teve por meta estabelecer um padrão mínimo de direitos humanos e liberdades fundamentais para reconhecimento universal, inaugurando-se uma nova linguagem sobre direitos.

Depois, vieram os Pactos Internacionais prescrevendo direitos e garantias, alguns com ampliação em relação à Declaração Universal. A Constituição brasileira de 1988, diferente do que ocorreu até o advento da Constituição de 1967 – mesmo com a Emenda de 1969 –, trouxe expressamente elenco de direitos e garantias fundamentais, incorporando diversos textos preconizados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos Pactos Internacionais aprovados e aderidos, promovendo a inclusão no ordenamento jurídico nacional.²

Portanto, o marco divisório entre a supremacia da lei e a supremacia da Constituição ocorreu com o final da *Guerra de Hitler*. Encerra-se a era dos códigos, onde as regras tinham a força, para ingresso na era dos princípios, tidos indubitavelmente como normas mais importantes. Nascia o Estado Constitucional Democrático como aperfeiçoamento do Estado de Direito.

A nova definição de norma jurídica fez surgir sua divisão entre regras e princípios³. Isto se deu por imperiosa permeação da fase do pós-positivismo

² A Constituição de 1988 foi bem ampliativa, pois prescreveu a possibilidade até mesmo da incorporação de outros Pactos cujos artigos não foram contemplados na própria Carta, conforme o § 2º do art. 5º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

³ Ronald Dworkin e Robert Alexy foram os autores que, na essência, fizeram a distinção entre os princípios e as regras: ambos classificados como normas. Tais autores vêm contribuindo para o amadurecimento científico da Teoria dos Direitos e Garantias Individuais, hoje em discussão em grande parte dos países de abertura constitucional-democrática.

onde uma teoria contemporânea de direito se tonifica pelo valor como prescrição a ser considerada objetivamente para interpretação.⁴ A regra, como antes concebida, continua a ser hipótese fática com previsão de consequência jurídica em caso de verificação de sua ocorrência.

Daí, nova concepção de interpretação constitucional foi necessária, capaz de extrair a força da Constituição em seu conjunto, prestigiando os princípios. Os métodos clássicos de interpretação idealizados por Savigny – próprios para interpretação das leis, conforme doutrina positivista-legalista, conhecidos como gramatical, sistemático, teleológico e histórico – já não mais atendiam às necessidades da compreensão do sentido das normas diante da existência dos princípios constitucionais.

Para Willis Santiago Guerra Filho, citando Gomes Canotilho, os princípios são identificados pelo mais elevado grau de abstração e vaguezza em sua formulação, pelo grau de determinabilidade de aplicação, implicando para isto a necessidade de intermediação normativa de outros princípios e regras, assim como pelo conteúdo de informação, que, no princípio, é bem maior que nas regras, vez que estas se reportam a fato específico determinado, enquanto nos princípios a referência é sobre valores, a permitir uma ampliação natural de conteúdo. Além disso, aos princípios é dada a natureza de existirem implicitamente no sistema normativo, condição esta impensável para as regras. E estas podem, diferentemente dos princípios, vivenciar circunstância de contradição com outras regras, em antinomia normativa, solucionada com o afastamento de uma delas. Os princípios, quando se colidem com outros, adotam o emprego de outros princípios de interpretação constitucional para, em cada caso, dizer qual deve ser aplicado sem desfazer o outro em essência.⁵

E é corrente majorante na doutrina constitucional contemporânea que os métodos de Savigny não são completamente aptos a solucionar o problema de eventuais colisões de direitos fundamentais dentro de um grau satisfatório de racionalidade. Assim, foram invocados alguns princípios para dar os meios de uma interpretação exclusivamente constitucional: o da unidade da Constituição – tomando-se este como conjunto indissociável de normas qualificadas do ordenamento jurídico –, o do efeito integrador – para dar interpretação que mais favoreça a integração social –, o da máxima efetividade – também chamado princípio da eficiência ou da interpretação efetiva –, o da força normativa da Constituição, o da conformidade funcional – em que se prestigia a repartição de funções entre os poderes estatais –, o da interpretação conforme a Constituição – para evitar que haja interpretações contrárias a algumas normas ainda que se

⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005, p. 67.

⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000 apud GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005, p. 76.

supervalorizem outras –, e o da concordância prática – também chamado de princípio da harmonização.⁶

Mas a necessidade de dirimir conflitos entre direitos vem fazendo emergir a importância do princípio da proporcionalidade na teoria dos direitos e garantias fundamentais.⁷ As formas de expressão conhecidas do recitado princípio serão vistas mais adiante, e a dificuldade de seu uso prático dá ensejo à apresentação de algumas formulações propositivas.

Alguns ícones da doutrina nacional – que servirão de fonte de pesquisa – vem ao longo dos últimos anos aperfeiçoando a sedimentação da teoria dos direitos fundamentais, buscando exemplos em casos reais para desvelar como o princípio da proporcionalidade deve solver as dúvidas advindas, apesar da pouca precisão dos tribunais em sua aplicação – bem aquém do esperado. Obras de Robert Alexy e Canotilho sobre o tema também devem merecer destaque, com foco na proporcionalidade.

2. DEFINIÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A noção de proporcionalidade como regra de aplicação de justiça veio de Aristóteles, quando lançou as noções de eqüidade e prudência para justificar a intenção de evitar os excessos, onde se defendia a limitação das ações do aplicador para garantir aquilo que a cada pessoa fosse devido. Era a chamada justiça distributiva.

Para Aristóteles⁸, o justo era uma das espécies do gênero “proporcional”, sendo a noção de proporcionalidade não meramente para definir quantidades numéricas, mas para dimensionar a quantidade em geral. Seria a proporção uma igualdade de razões, ou relação de grandezas de mesma espécie. E fazendo demonstração entre quatro elementos que se relacionam proporcionalmente, Aristóteles concluiu que o justo é o que é proporcional, pois o que é proporcional é de fato meio levando em conta a relação entre os extremos. Assim, inferiu que o injusto seria o que estava a violar a proporcionalidade.

Valeschka e Silva Braga⁹ faz referência ao que disse Ulpiano, quando “propalava a máxima de deveria ser dado a cada um aquilo que era seu e apenas aquilo que lhe cabia, não sendo sensato esperar que alguém suportasse mais

⁶ GUERRA FILHO, W. op. cit., p. 78-81.

⁷ Para o professor Francisco Géron Marques de Lima, as teorias dos direitos e garantias fundamentais já adquiriram seu *status* na enciclopédia jurídica, com farta doutrina a respeito. Porém, falta muito ainda para que os governos de muitos países criem ambientes fáticos, social e político férteis para permitir a germinação de tais direitos e garantias, com a prática se distanciando do ideal (cf. LIMA, Francisco Géron Marques de. Os deveres constitucionais: o cidadão responsável. In: BONAVIDES, Paulo. LIMA, Francisco Géron Marques de. BEDÊ, Fayga Silveira. (org) *Constituição e Democracia*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 140).

⁸ ARISTÓTELES. *Pensadores*. Livro V de Ética à Nicômano. São Paulo: Nova Cultura, 1996, p. 198.

⁹ BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da Proporcionalidade & da Razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 70.

do que é necessário para a obtenção do seu direito". Assim, é de se dizer que se torna fácil inferir que a proporcionalidade sempre formulará a noção de relação entre coisas ou idéias. Ou seja, deve haver comparação entre dois corpos ou assertivas para que se chegue à conclusão que um deve ser considerado mais que outro, guardadas as diferenças entre eles, ou para que seja dado equilíbrio aos dois, quando iguais, evitando excessos desmedidos.

Desta forma, tem a proporcionalidade um sentido de relação entre duas grandezas que devem ser comparáveis, a permitir uma noção inevitável de equilíbrio.

O professor Paulo Bonavides cita a posição do jurista Pierre Müller, quando este participou de assembléia da União Suíça de Juristas no ano de 1978. No evento asseverou que, em sentido amplo, o princípio da proporcionalidade seria é regra fundamental a ser exercida pelos que exercem e pelos que padecem o poder. E numa dimensão mais estreita, o princípio se caracterizaria pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo.¹⁰

Lembra ainda o professor Bonavides que Müller defendia que, na última acepção, há sempre violação do princípio da proporcionalidade quando, havendo arbítrio, os meios destinados a realizar um fim não seriam por si mesmos apropriados. Dita violação também ocorreria quando a desproporção entre meios e fins fosse manifesta.

Assim, teria o princípio da proporcionalidade – também já chamado de mandamento da proibição do excesso – a meta de limitar excessos através da análise do resultado da conexão entre meio e fim e a efetividade de uma ação, com a busca da exata medida, necessária e adequada a cada caso.

Lembrando da origem do princípio da proporcionalidade, que se deu propriamente no Direito Penal, cabe não olvidar a referência ao instituto da legítima defesa – de natureza jurídica penal – como exemplo modelar. A redação do art. 25 do Código Penal brasileiro resume a precisão a ser alcançada por quem pretende agir dentro da excludente da ilicitude: "Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem."

Pinçando alguns dos termos que marcam as características indispensáveis do instituto da legítima defesa, temos: 1º) o uso moderado dos meios é ação tida como prudente, comedida, circumspecta, não exagerada, não excessiva, razoável, equilibrada; 2º) meios necessários são entendidos como imprescindíveis, que não se pode dispensar, aquilo que se impõe como essencial, indispensável, inevitável, mas que é possível – e até previsível – o excesso na legítima defesa, que leva o agente à prática de crime doloso ou culposo; 3º) repele injusta agressão, circunstância esta que exige a ocorrência de um mal não justificado que autoriza, por si só, a reação de quem está a sofrer.

¹⁰MÜLLER, Pierre, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, v. 97, 1978, apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 393.

Porém, dois pontos merecem destaque para demonstrar a proporcionalidade na legítima defesa: 1º) Para o uso moderado é de se ter por certo que, havendo excesso na prudência que possa configurar exagero na atuação defensiva, inoculará a legítima defesa; 2º) Para a necessidade da medida, a certeza de que havendo outros meios que possam fazer dispensar outro mais gravoso também impedirá a classificação da atitude defensiva excludente do crime.

Cezar Roberto Bitencourt¹¹ lembra que embora se reconheça a legitimidade da reação pessoal – nas circunstâncias definidas pela lei –, o Estado exige que essa *legitimização excepcional* observe os limites da necessidade e da moderação. E a configuração de uma situação de legítima defesa está diretamente relacionada com a intensidade da agressão e com os meios de defesa disponíveis.

Para ele, necessários são os meios suficientes e indispensáveis para o eficaz exercício da defesa. E inexistindo outros meios, o único disponível poderá ser considerado necessário. Mas não pode chegar além do estritamente necessário.

E, tomando o exemplo do Direito Penal, a proporcionalidade deve ser observada tanto pelo legislador – quando vai aprovar projeto de lei que prescreve a fixação de pena para determinada conduta tipificada como crime – como para o juiz quando vai aplicar a pena, devendo fixá-la na forma do art. 59 do nosso Código Penal, onde impõe relevante dose de imprecisão quanto à quantidade que deve ser considerada adequada para o caso, a deixar ao juiz considerável liberdade de atuação.¹²

A jurisprudência alemã foi que melhor traçou o perfil moderno de princípio da proporcionalidade – de solucionadora de tensões entre princípios –, inclusive objetivando a limitação dos atos do Poder Público, identificando subdivisões para chamá-los subprincípios, termo aceito por grande parte da doutrina: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação – também chamada idoneidade – tem por fim o exame do grau de eficácia do meio escolhido e sua instrumentalidade para atingir o fim desejado. Examinam-se os vários meios disponíveis para escolher o mais seguro (critério qualitativo), o melhor e o mais intenso (critério quantitativo) para atingir o fim. É, portanto, verdadeira relação de causalidade – com toque de prudência – entre o meio e o escopo almejado.

A necessidade – também tida como exigibilidade – é a escolha do meio menos gravoso para o atingimento do fim desejado. Há, assim, possibilidade

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal* – parte geral. 6. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 261.

¹² O Art. 59 do nosso Código Penal tem a seguinte redação: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.” (Cf. BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 17 jun. 2007).

de perquirir uma escolha do meio que cause menor prejuízo, devendo ele prevalecer. E em caso de não haver como atingir o fim almejado sem violar qualquer direito – por ser a violação irresistível –, deve-se ao menos fazê-lo de modo menos perceptível ao menor número de pessoas, durante o menor lapso de tempo possível, em circunscrição delimitada ao máximo. Em se tratando-se de colisão de bens, escolher-se-á, para dirimir o conflito, o meio que menos represente a invasão aos direitos individuais, ou a menor agressividade – dentre os meios disponíveis – aos bens e valores constitucionalmente protegidos.

Proporcionalidade em sentido estrito vem procurar garantir a otimização do benefício com o mínimo de limitação. Cria-se, de fato, uma verdadeira relação de vantagens e desvantagens, onde se busca o máximo das primeiras com o mínimo das últimas. Mas, prudencialmente, somente será possível admitir o encargo se as vantagens superarem as desvantagens.

Importa destacar, no entanto, que a doutrina vem divergindo sobre a terminologia empregada para o princípio da proporcionalidade. Exemplo disso é que Fábio Corrêa Souza de Oliveira¹³ fez opção pelo nome de princípio da razoabilidade em vez de princípio da proporcionalidade, sob fundamento de que a proporcionalidade é um aspecto da razoabilidade e de que o termo razoabilidade é a consagrada pela legislação nacional.

Por sua vez, o respeitável constitucionalista Luis Roberto Barroso não faz distinção entre os termos proporcionalidade e razoabilidade, dizendo que eles são empregados de modo fungível¹⁴. E José Joaquim Gomes Canotilho faz a opção pelo termo *proibição de excesso* para tratar do princípio da proporcionalidade.¹⁵ José Sérgio da Silva Cristóvam vê como impropriedade terminológica a designação da proporcionalidade como princípio, optando pelo termo *máxima da proporcionalidade*.¹⁶

3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO FUNDAMENTO DO ESTADO DE DIREITO

É inegável o entendimento de que nossa Constituição é um sistema aberto de princípios, o que faz como ocorram momentos de tensão quando da aplicação de alguns deles em situações concretas. Mas impede destacar outra participação também de notada importância, decorrente do espraiamento do princípio da proporcionalidade por todo o ordenamento jurídico, circunstância que lhe faz agente de limitação de abusos ou excessos em todas as áreas, tanto públicas como privadas. Assim, é formada, por evidência manifesta, a conexão

¹³OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma Teoria dos Princípios: o Princípio Constitucional da Razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 88.

¹⁴BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 372.

¹⁵CANOTILHO, J.J. Gomes. op. cit., p. 266.

¹⁶CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba, Juruá, 2007, p. 193.

do princípio da proporcionalidade como fundamento do Estado de Direito com a função de dirimir conflitos entre direitos fundamentais.

Mesmo sendo antigo, tem o princípio da proporcionalidade se destacado no Direito Constitucional a partir da segunda metade do século XX. No verbo do professor Paulo Bonavides, dito princípio ascendeu e, jungido ao princípio da constitucionalidade, passou a ser analisado em conteúdo e alcance quando os direitos fundamentais foram guindados ao centro da gravidade da ordem jurídica, diferentemente com o que ocorreu com a legalidade, superada doutrinariamente.¹⁷ E o controle da proporcionalidade é, por natureza, expressão mesma do controle de constitucionalidade, convertendo-se em princípio constitucional da proporcionalidade. Como decorrência, o juiz passou a ter ascensão com a regra de proporcionalidade diante da possibilidade de aplicação da justiça material – lançando mão dos princípios constitucionais em detrimento de regras já vigentes e fazendo o controle de aplicação das normas – sem o abalo do princípio da separação dos poderes.

A noção de separação das funções de legislar, administrar e julgar idealizada por Montesquieu guarda, na essência, o ideal de limitação do uso do poder, antes concentrado quase exclusivamente no monarca – muitas das vezes convertido em tirano. Este repartimento buscou atingir o escopo de impedir os excessos – o arbítrio usado sem medida – que atingia de morte os direitos mínimos do gênero humano. Mas urge dizer: ditas funções não se livram dos exames de pertinência da necessidade, da adequação e da proporcionalidade.

Enfatiza o mestre Bonavides: “No segundo Estado de Direito o legislador já não é, porém, o soberano das épocas em que o princípio da *legalidade* se sobreponha, por ausência efetiva de controle, ao princípio da constitucionalidade.”¹⁸ Assumindo uma honrosa função de guarda eficaz dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade procura agir como barreira ao arbítrio mal empregado e ao poder do legislador, considerando que não se poderá estabelecer e promover os fins políticos sem a observância dos valores e dos princípios constitucionais, incluindo aqui a própria proporcionalidade. Daí lembra Guerra Filho que o princípio da proporcionalidade é referido como “o princípio dos princípios”, verdadeiro princípio ordenador do direito.¹⁹

Note-se, desta feita, que o princípio da proporcionalidade permeia toda a estrutura, inclusive instalando-se em vários ramos do direito – os chamados microssistemas repousantes no Direito Constitucional. Alguns exemplos se extraem, dentre muitos: no direito penal – como fora dito –, para orientar a fixação da penas; no direito tributário, para impedir desproporção entre valor de taxa e o respectivo serviço a ser prestado; no direito processual, onde se requer prudência na fixação de multa para desestimular o descumprimento de

¹⁷ BONAVIDES, P op.cit., p. 398.

¹⁸ BONAVIDES, P op. cit. p. 400.

¹⁹ GUERRA FILHO, W. op. cit. p. 85.

decisão judicial quando a ação tiver como objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer; no direito administrativo, para evitar gravame excessivo a particular, que possa inviabilizar determinada atividade econômica ou para aplicar pena adequada a servidor público que incorre em falta funcional; no direito eleitoral, para fixar o número de candidatos a cargos eletivos levando em conta o número de vagas; no direito civil, para permitir a fixação de pensão alimentícia, respeitando o binômio necessidade-possibilidade.

Para José Sérgio Cristóvam da Silva, a proporcionalidade na ordem constitucional brasileira seria “uma máxima implicitamente reconhecia pela Constituição, que decorre diretamente do Estado constitucional de direito, do regime e dos princípios que informam o nosso modelo constitucional”.²⁰ Para ele a aplicação da máxima da proporcionalidade não fica adstrita ao exame de leis ou atos administrativos restritivos de direitos dos cidadãos, gozando de abrangente âmbito de incidência como parâmetros efetivadores da justiça e da igualdade, pauta de sustentação dos direitos fundamentais e do próprio Estado constitucional.

Como direcionamento aos Poderes Executivo e Legislativo, deve o princípio da proporcionalidade orientar limitações para o atingimento dos fins do Estado. Sendo a proporcionalidade uma relação entre meios e fins, devem os Poderes procurar se utilizar dos meios menos gravosos, menos onerosos e mais eficientes para atingir o bem comum. E isto vale tanto para a função de legislar como para a função de conduzir a Administração Pública em todas as suas esferas.²¹

Ao Poder Executivo cabe a tarefa de administrar adotando as medidas necessárias – e afastando as desnecessárias –, adotando as medidas de forma adequada – e afastando as inadequadas –, sempre buscando o máximo de eficácia – tida aqui como pretensão de alto grau de efetivação dos objetivos – e, por fim, respeitar a pretensão de otimização – valorização no grau máximo – dos direitos fundamentais. Para os legisladores, este mesmo entendimento pode ser aplicado na elaboração das normas legais e quando da fiscalização dos atos do Executivo – função que deve ser executada com zelo para evitar abusos.

Se os critérios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito são os fiéis componentes do princípio da proporcionalidade, torna-se possível formular para o administrador público as pertinentes indagações: 1^{a)} a medida a ser adotada – qualquer que seja – é necessária para atingir o bem objetivado? 2^{a)} Há possibilidade de realizar a medida com menor custo – ou menor restrição – sem prejuízo da qualidade? Há outro meio menos gravoso ou restritivo que possa ser usado para se atingir o objetivo almejado?

²⁰ CRISTÓVAM, J. op. cit. p. 208.

²¹ No entanto, em todas as atividades onde permeiam as relações humanas cabe realizar o exercício da pertinência entre meios e fins. Por tal ilação, é possível dizer que a proporcionalidade está em tudo e pode ser usada para a busca do equilíbrio em incontáveis formas de expressão e manifestação social.

Já para o legislador, pode-se indagar: 1^{a)} A proposta legislativa é necessária para atingir o objetivo almejado? 2^{a)} Há possibilidade de regulamentar a matéria usando instrumento legislativo com menor restrição e sem prejuízo da integridade – ou intensidade – dos direitos envolvidos? 3^{a)} Há outro meio menos gravoso ou restritivo que possa ser usado para se atingir o fim perseguido?

J. J. Gomes Canotilho diz textualmente que o princípio da proibição do excesso – nome que ele usa alternativamente ao princípio da proporcionalidade – aplica-se a todas as espécies de atos dos poderes públicos, vinculando o *legislador*, a *administração* e a *jurisdição*. No entanto, no caso de controle da atividade do legislador há limites que podem levar os tribunais a examinar somente se a regulação legislativa é *manifestamente* inadequada ou se existe um *erro manifesto* de apreciação por parte do legislador.²²

E a ligação do Estado democrático de direito tem referência direta com o princípio da proporcionalidade quando se pretende restringir direitos. Exemplo claro é a liberdade de exercício de qualquer profissão – que tem destaque no art. 5º, XIII, da Constituição de 1988 –, condicionada às restrições impostas por lei, limitando a atividade do legislador diante do afastamento de restrições desnecessárias ou inadequadas, como ocorreu em decisão de caso que tramita no STF sobre o exercício da profissão de jornalista.²³ É um caso emblemático em que restrição ao exercício da profissão traria consequências para os profissionais que não se enquadravam nas exigências da lei que regulamenta a profissão e da sociedade, vez que esta tem o irrestrito direito à informação jornalística com a qualidade marcada pela diversidade.

Até mesmo a dignidade da pessoa humana – como objetivo primordial e permanente a todos que compõem a raça humana – tem sua relação intestina com a proporcionalidade, vez que atividades a serem exercidas pelo Estado e pela sociedade devem fazer o que for necessário e adequado para alcançar o bem comum, sempre observando a relação de meios e fins para evitar abusos e desperdícios que firam a dignidade, escopo possível na efetiva solidariedade.

²² CANOTILHO, J.J. op. cit., p. 272.

²³ A decisão foi proferida na ação cautelar tombada sob a sigla AC-MC-QO 1406/SP. Segundo o ministro Gilmar Mendes, “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”, garantindo a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social. E em seu despacho considerou suficientes as ponderações do procurador-geral da República no sentido de que “um número elevado de pessoas, que estavam a exercer (e ainda exercem) a atividade jornalística independentemente de registro no Ministério do Trabalho de curso superior, agora se acham tolhidas em seus direitos, impossibilitadas de exercer suas atividades”. Assim, concedeu efeito suspensivo ao recurso extraordinário, até julgamento final da ação pelo STF (Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC-MC-QO 1406 / SP. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>. Acesso em: 17 jun. 2007).

4. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO SOLUCIONADOR DE CONFLITOS ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A divisão de norma jurídica em princípios e regras alterou decisivamente o tratamento dado à Constituição, pois antes, quando do fortalecimento do positivismo, somente se tinham olhos para a *legalidade*, onde as regras existiam absolutas. Com os princípios, a Constituição assumiu lugar de destaque e os princípios passaram a atuar como normas que fundamentam as regras.

Tal fator é percebido diante da equivocada visão que alguns operadores do Direito ainda mantêm quando dão preferência à aplicação dos Códigos e das Leis aos casos concretos, sem a preocupação de consulta interpretativa aos preceitos contidos na Constituição. É herança do positivismo.

Entretanto, ainda hoje persiste o entendimento de que o eventual conflito entre regras é resolvido pelo critério da validade, em que uma delas perde por ser declarada inválida. O conflito entre princípios é resolvido de forma diferente. J.J. Gomes Canotilho expõe sobre ponderação e peso quando leciona sobre a colisão dos princípios:

A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a consequente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de *tensão* ou *antagonismo* entre os vários princípios e a necessidade [...] de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma “lógica do tudo ou nada”, antes podem ser objecto de ponderação e concordância prática, consoante o seu “peso” e as circunstâncias do caso.²⁴

Ou seja, o conflito entre princípios é dirimido pelo exercício da ponderação de bens – e consequente sopesamento –, também chamado *balancing*, em que devem aquilatar-se interesses. Os princípios possuem dimensão distinta das regras – a dimensão do peso ou importância. Para Ronald Dworkin:

Quando os princípios se intercruzam [...], aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia.²⁵

Não sendo dirimidos os conflitos no jogo do “tudo ou nada” – como é feito com as regras, onde a validade de uma significa a invalidade de outra, e uma

²⁴ CANOTILHO, J. J. op. cit. p. 1.182.

²⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

seria excluída de forma absoluta para que a outra tivesse a força exclusiva de norma válida –, os princípios são sopesados²⁶ para o fim de que seja minimizada a aplicação de um para a garantia da máxima aplicação do outro. Ou seja, um dos princípios deve ser retruído para que o outro seja consequentemente maximizado – aplicado em toda sua plenitude –,²⁷ o que faz surgir a necessidade de socorro ao princípio da proporcionalidade, por isto chamado também de princípio de otimização.

5. A IMPORTÂNCIA DO SOPESAMENTO COMO INSTRUMENTO DA PROPORCIONALIDADE NA TEORIA DOS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Necessário se faz abrir uma janela para procurar entender melhor os termos ponderação, maximizar, otimizar e sopesar. Ponderar significa considerar, medir, pesar, atribuir pesos para extração de uma média a uma grandeza ou uma função; maximizar tem por significado elevar ao máximo, superestimar, sobreestimar, fazer uma função assumir um valor máximo; otimizar tem por sinônimo tornar algo ótimo, aperfeiçoar algo a fim de que realize sua função no menor tempo ou no menor número de passos possível. De outro lado, sopesar teria o mesmo sentido de ponderar, descobrindo o valor dos pesos, para viabilizar o exercício ou ato de contrabalançar.

No entanto, antes é necessário tentar harmonizar os interesses fazendo uso do princípio da harmonização ou concordância prática – um dos princípios de interpretação exclusivamente constitucional. Por ele, cabe ao intérprete procurar aplicar, em intensidade máxima, os dois princípios que estão em aparente conflito. Só quando houver impossibilidade de conciliação, em que os dois podem até perder um pouco da força em favor da efetividade de ambos – momento onde se ativa o chamado princípio da cedência recíproca –, é que se deve seguir na ponderação de interesses ou bens e na aplicação do princípio da proporcionalidade.

O exercício mental que surge sempre que se tem dúvida sobre a predominância de um direito em relação a outro é o primeiro passo para a solução dos conflitos.²⁸ De ordem prática, podemos vislumbrar, dentre muitos, conflito entre o direito à vida e o direito de eutanásia, entre o direito à informação e o direito à privacidade, entre o direito à honra e o direito à publicidade, entre interesse público e interesse privado etc.

²⁶ Por opção terminológica, optou-se por fazer uso do termo *sopesar com* o fim de encontrar, ou identificar, a diferença entre os pesos de cada interesse ou direito fundamental – como, e. g., se faz, em uma comparação simétrica, com uso de uma balança mecânica, comumente usada para aferir a diferença entre o peso de uma laranja e uma maçã.

²⁷ BRAGA, V. op. cit. p. 138.

²⁸ Tal exercício é muito comum, pois o Direito não tem o poder de prever todas as situações fáticas que envolvem os relacionamentos humanos.

Robert Alexy²⁹, fazendo referência às ponderações do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, formulou a chamada lei da ponderação, que bem reflete o espírito do uso dos princípios, valendo para quaisquer tipos, cujo teor concebido *como a tônica do que se apresenta como inversamente proporcional, em fácil tradução: cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del outro.*³⁰

Mas para evitar que, na solução do conflito, um dos princípios possa sofrer um completo esvaziamento – ou aniquilamento –, cabe ao intérprete procurar garantir o mínimo de integridade para o chamado núcleo essencial, como se os princípios tivessem uma parte essencial intocável, conteúdo necessariamente mínimo insuscetível de violação.³¹

Valeschka e Silva Braga salienta que existem duas teorias sobre a existência do núcleo essencial: as teorias absolutas, que entendem se o núcleo essencial sua essência intocável, ou seja, seu conteúdo mínimo, em geral, intocável; e as teorias relativas, que defendem a restrição apenas quando imprescindível à efetivação de direitos e valores tidos como mais importantes. Mas, ela entende que mesmo com a restrição, o núcleo essencial seria sempre protegido, em qualquer hipótese.

Robert Alexy³² menciona que numerosas manifestações do Tribunal Constitucional Federal Alemão sugerem a suposição de que sustenta uma teoria absoluta, mas há outras que mostram o uso de teoria relativa, inclusive em que núcleo essencial é afetado. Alexy diz ainda que, pela teoria relativa, o núcleo essencial cai depois de uma ponderação e o art. 19.2 da Constituição Alemã tem efeito somente declaratório.

Tal conteúdo obtém um sentido que pode até ser equiparado às chamadas cláusulas pétreas da Constituição, vez que elas também são imodificáveis, irreformáveis, irremovíveis, sedimentados com rocha, intocáveis por processo ordinário de mudança constitucional, de reconhecida rigidez a constituir exceção em toda a ciência do Direito – ciência marcada pelo dinamismo das transformações sociais. Ou seja, somente o constituinte originário teria o condão de alterar as cláusulas pétreas e os núcleos essenciais dos direitos fundamentais.

E esta idéia de preservação do *núcleo essencial* pode ser vista no direito alemão, mais especificamente encontrado na Constituição da Alemanha, no seu art. 19.2³³ – que trata do respeito à essência dos direitos fundamentais:

²⁹ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 161.

³⁰Raquel Stumm fez a tradução desta forma: “Quanto maior é o grau da não-satisfação ou afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro”. STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade do direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 81.

³¹BRAGA, V. op. cit. 141.

³²ALEXY, R. op. cit., p. 288.

³³CONSTITUIÇÃO ALEMÃ. Disponível em: http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/03/Constituicao/art_19.html. Acessado em: 22 de abr. 2007.

“Em hipótese nenhuma um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência.”

E se a ponderação de interesses constitucionalmente protegidos – que são direitos fundamentais – pode levar a uma supervalorização de um em detrimento de outro, podemos dizer que o mínimo deve ser preservado para evitar a invalidade do princípio não prevalente naquele caso específico.

Robert Alexy³⁴ demonstra os passos da ponderação: 1º) comprovar o grau de não-cumprimento ou prejuízo de um dos princípios; 2º) comprovar a importância do cumprimento do outro princípio; 3º) comprovar se a importância do cumprimento do outro princípio justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro.

Diante do exercício da ponderação, vislumbra-se emergir na possibilidade de, hipoteticamente, adotar uma escala percentual de 0 a 100 para medir a intensidade de efetividade de cada princípio na colisão – como se existisse uma *tabela de intensidade*. Assim, poderíamos obter, como resultado para cada princípio envolvido em conflito, diversos números referenciais como: 70% para um e 30% para outro ou 90% para um e 10% para outro. Porém, para evitar a total invalidade de um, o mínimo a chegar seria: mais de 99% para um e um número maior que zero para o outro. Aqui estaria o *núcleo essencial*, indestrutível, e que seria sempre o grau mínimo obrigatório de efetividade do princípio não otimizado no caso concreto.³⁵

Mas há o argumento de que fixação em percentual tornar-se-ia inadequada diante da falta de precisão em fixar a exata medida, circunstância própria da ciência do direito que a difere da ciência da matemática – onde é possível precisar maior exatidão. No entanto, tome-se por possível vislumbrar outra forma de enxergar a intensidade de intervenção nos princípios de colisão, mais plausível talvez, como a fixação de intervalos de percentualidade, ou seja, e. g., a maximização de um direito fundamental acima de 80% e a intervenção para restringir no outro até próximo de 20%. Ou, noutra hipótese, a intervenção para minimizar um se faria no intervalo aproximado entre 20% e 50% enquanto a maximização do outro seria de 60% para 80%. Isto, por certo, reduzia imprecisão eventualmente apregoada.

Robert Alexy, mencionado sobre a fase de aplicação da proporcionalidade estrita, optou por dar graus de intensidade da intervenção a direitos fundamentais na classificação tripartite em “leve”, “médio” e “grave”,³⁶ escala criada para de minorar a imprecisão do exercício de ponderação.

³⁴ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007, p. 133.

³⁵ Alexy, preferindo uma escala que aponte os graus “leve”, “médio” e “grave”, para uma proibição completa de venda de todos os produtos de tabaco, atribui, como intervenção, o grau “grave”, diante da vedação em relação a pessoas que tem profissão ligada à produção do mesmo tabaco – com ferimento ao princípio da liberdade de profissão (cf. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007, p. 133).

³⁶ ALEXY, R. op. cit., p. 133.

Porém, tal escala de graus – quanto à divisão em três possibilidades – não atende às dificuldades. Pode se dizer que se a intervenção for tida em intensidade moderada – no grau médio –, a compreensão de prevalência de qual dos dois direitos fundamentais que se revelam em conflito não será muito fácil diante de um *empate* a que podemos chamar de *técnico*, vez que persistirá a imprecisão quanto à exata definição do *quantum* da intensidade.

Portanto, a adoção da proposta de Alexy ficará melhor se ampliarmos os graus de intensidade com inclusão de mais faixas de classificação na escala, o que ora pode ser proposto, elevando-se para sete possibilidades: “levíssima”, “leve”, “mesoleve”, “médio”, “mesograve”, “grave” e “gravíssima”.

Diante do aparente conflito, há que se encontrar um meio permita dirimirlo, onde o confronto de interesses e bens jurídicos requer juízo de solução para concluir qual dos princípios deverá prevalecer e em que medida, sempre com a preocupação quanto ao mínimo de efetividade do outro não otimizado naquele caso concreto, a evitar-lhe o sacrifício total. Aqui se serve do princípio da proporcionalidade, informando o que é inversamente proporcional: quanto mais um princípio for intensificado, menos o outro o será.

Se houver possibilidade da harmonização – convivência pacífica dos dois princípios com o máximo de efetividade –, o caso está solucionado: ambos terão sobrevivência. Mas se um tiver de ser sacrificado, busca-se a solução nos subprincípios do princípio da proporcionalidade – em verdadeiro exercício de interpretação.³⁷

Sendo assim, inicia-se pelo princípio da necessidade. Ou seja, perquire-se se existe outro modo menos invasivo – ou menos intenso – de conseguir o resultado. Não havendo outro meio, passa-se ao subprincípio da adequação. Neste, pode-se questionar se a invasão – ou a intensidade – é adequada, ou seja, mais segura e mais ajustada ao caso.

Em caso de se verem superados dos dois subprincípios, chega a vez da proporcionalidade propriamente dita. Neste caso, busca-se delimitar a intervenção na regra de procurar preservar os dois princípios, com exercício de ponderação – onde se atribui peso a cada um deles – para concluir qual deles vai se sobrepor ao outro, prevalecer sobre o outro. Aqui é que deve surgir a regra da proporção inversa, ou seja, a intensidade de otimização de um princípio sendo inversamente proporcional à perda de força do outro submetido a eventual confronto.

A tensão, então, é resolvida pela ponderação de interesses, com inserção do sopesamento para precisar o equilíbrio. Raquel Stumm³⁸ observa que: “Os princípios *prima facie* possui sempre pesos relativos e pela necessidade de

³⁷ É evidente que havendo colisão entre dois princípios, cabe sempre o exame de como se dará a solução quando do caso concreto. Isto é certo porque pode ocorrer que, em determinada situação fática, haja otimização de um princípio em detrimento de outro, mas, em outra situação, aquele que perdeu força pode ser otimizado.

³⁸ STUMM, R. op. cit. p. 81.

otimizar as possibilidades jurídicas, eles só podem ser restringidos à medida que não sejam afetados mais do que o necessário para aplicação do outro.”

Mas é de se inferir que, eventualmente, pode-se perquirir sobre a possibilidade de que um direito fundamental seja totalmente aniquilado. Esta constatação é tida no exemplo da legítima defesa, onde duas vidas estão em jogo e uma delas é encerrada por alguém que adota a atitude defensiva inevitável, necessariamente com observância da moderação. A morte de quem estava agredindo foi a medida necessária e adequada para evitar a morte de outro, que apenas se defendeu.³⁹

A análise da verificação da necessidade e da adequação é exigência da compleição da defesa legítima, pois somente ela se dará quando os meios empregados para autodefesa forem imprescindíveis e moderados. A ausência de imprescindibilidade é causa de descaracterização do instituto, enquanto a falta de moderação revela inadequação, podendo o agente responder pelo excesso.

6. CONCLUSÃO

No referido estudo percebemos que o princípio da proporcionalidade está presente no ordenamento jurídico objetivando limitar excessos dos três Poderes. Qualquer limitação a direito fundamental encontra restrição diante da máxima, preconizada no Art. 5, inc. II, da Constituição de 1988, de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. O princípio proporcionalidade entraria em ação para impor restrições ou para restringir as restrições.

Espraiado pelo ordenamento jurídico, o princípio da proporcionalidade conduziria os agentes do Executivo, do Legislativo e do Judiciário na busca das justas medidas para fundamentar socialmente a existência destas funções, fazendo uso do que é necessário e adequado em praticamente todas as suas formas de manifestação. Além disso, é possível sempre realizar um comando onde se deve aquilatar a relação de vantagens e desvantagens na prática dos atos, ponto que, na prática, facilita a compreensão da técnica de relação entre meios e respectivos fins.

Noutro foco, o princípio da proporcionalidade é utilizado como dirimidor de conflitos entre interesses constitucionais legítimos. A harmonização é fase que tende a preceder o conflito concreto, mas quando os princípios constitucionais estão eventualmente em efetiva colisão, o princípio da proporcionalidade assume a condição de instrumento de ativação da ponderação, informando – pelo sopesamento – qual deles deve ser aplicado, maximizando-o, em detrimento do outro que vai ser, para aquele caso específico, minimizado.

³⁹ A análise da atitude defensiva é feita sempre no processo penal, podendo o juiz absolver liminarmente quando patente a verificação dos requisitos do instituto ou quando confirmada pelo Conselho de sentença formado pelos jurados escolhido no julgamento.

Na tensão entre os princípios não se deve esquecer o chamado princípio da cedência recíproca, aquele que mostra como os princípios devem ceder, ao menos um pouco, no momento em que estão em colisão. Na aplicação do princípio da proporcionalidade, encontrado qual deve ser o princípio a ser aplicado otimizadamente, haverá retrocessão na força do outro não maximizado.

O sopesamento apresenta-se como importante instrumento da proporcionalidade para aquilatar a exata medida em que os princípios devem se relacionar, procurando sempre evitar que um deles se perca por completo no confronto.

No campo prático, há ainda muita dificuldade entre os operadores do direito em fixar o peso de cada interesse que se revela em conflito, diante da reconhecida incerteza de quanto eles poderiam representar enquanto valores socialmente considerados. Assim, quanto mais próxima for a possibilidade de se fixar o peso de cada direito posto em conflito, maior será a facilidade de solucionar as dúvidas que devem levar à otimização.

Eventualmente, pode-se vislumbrar a possibilidade de ocorrer aniquilamento de um direito fundamental quando em conflito real com outro, a exemplo do que ocorre no caso da defesa legítima. Neste caso, uma vida desaparece para que outra se mantenha, desde que ocorra necessidade e moderação na atitude de quem se defende da agressão injusta.

7. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

ARISTÓTELES. *Pensadores*. Livro V de Ética à Nicômano. São Paulo: Nova Cultura, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da Proporcionalidade & da Razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2004.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 17 jun. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC-MC-QO 1406/SP. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>. Acesso em: 17 jun. 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal – parte geral*. 6. ed. São Paulo: RT, 2000.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba, Juruá, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. Os deveres constitucionais: o cidadão responsável. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Maques de; BEDÊ, Fayga Silveira. (org) *Constituição e Democracia*. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma Teoria dos Princípios: o Princípio Constitucional da Razoabilidade*. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2003.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.



DIREITO SUBJETIVO COMO ARTEFATO HISTÓRICO-EVOLUTIVO: ELEMENTOS PARA UMA COMPREENSÃO DE SUA ESPECIFICIDADE MODERNA

Paulo Sávio Peixoto Maia¹

RESUMO

Este artigo busca compreender a conexão existente entre o conceito de direito subjetivo e a modernidade. Para tanto, analisar-se-á inicialmente a estrutura da sociedade pré-moderna, tentando situar nesse contexto a antiga semântica de direito subjetivo. Em seguida, observaremos a construção, por Immanuel Kant, do conceito de ação e seu elo com a idéia de um sujeito autônomo. Após, veremos como o sujeito kantiano foi recepcionado pela Pandectística alemã do séc. XIX. Com isso, teremos elementos suficientes para uma comparação entre as semânticas pré-moderna e moderna de direito subjetivo, o que nos permitirá sustentar – se obtivermos êxito – a conexão existente entre o conceito de “direito subjetivo” e a modernidade.

Palavras-chave

Direito subjetivo. Kant. Modernidade.

ABSTRACT

This essay seeks to comprehend the connection between the subjective right's concept and the modernity. For, we will analyze, in a first step, the pre-modern society's structure to try to contextualize the old subjective right's semantic. In a second moment, we will observe the construction of the concept of action – by Immanuel Kant – and its link with the idea of an autonomous subject. Further, we will see how the kantian subject was received by the German Pandectistic of 19th Century. Therefore, we will have some elements to do one comparison between the pre-modern and modern subjective right's semantic. We hope that this procedure will support us to demonstrate the connection that exists between modernity and the subjective right's concept.

Key-words

Subjective right. Kant. Modernity.

¹ Bacharel e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Pesquisador Associado ao Grupo “Sociedade, Tempo e Direito” (UnB/CNPq).

1. INTRODUÇÃO

Tão logo se inicia – na virada do século XVIII para o século XIX – o processo histórico que estabelece os traços característicos da modernidade, podemos observar autores que se valiam de “diferenças” para compreender a especificidade de um modo de organização social enfaticamente inédito em termos históricos. Usualmente, as observações da nova arquitetura política e constitucional se orientavam a partir da diferença entre “antigos” e “modernos”. Nesse diapasão, o iluminista escocês Adam Ferguson, em 1767, inaugura esse novo estilo afirmando que “para os gregos antigos – ou romanos – o indivíduo era nada, e o público era tudo. Para o moderno, em várias nações da Europa, o indivíduo é tudo e o público nada”².

Dessa forma, a sociedade moderna, em seu início, é compreendida como uma sociedade de indivíduos, de sujeitos que protagonizam a ordem social. Até por isso, o conceito de *direito subjetivo* passa a ocupar um papel de destaque na teoria do direito. A partir de então, se entende que “os direitos, antes concedidos pela bondade do soberano, passam a pertencer à essência do indivíduo”³. Tudo isso em notória consonância com os ideais das Revoluções Americana e Francesa, como demonstram as suas declarações de direitos. Como demonstrou Horst Dippel – a partir de um exame de um vasto número de Constituições do século XIX – a exigência de um reconhecimento aos direitos subjetivos passa a ser incorporada pelos constitucionalistas como um elemento irrenunciável de um Estado de Direito, um Estado que submete o exercício de seu poder às prescrições do constitucionalismo moderno⁴.

Isso parece apontar para um nexo interno entre “modernidade” e o “conceito de direito subjetivo”. Com efeito, tal afirmação é deveras contraintuitiva: quando procuram explicar a “origem histórica” do direito subjetivo, os manuais de direito civil, por exemplo, não hesitam em ir até o direito romano. Contudo, a história do “direito subjetivo”, de um direito que é próprio aos cidadãos de um Estado de Direito, parece ser menos longa – ainda que a pré-modernidade tenha fornecido importantes antecipações conceituais. Com o auxílio metodológico da teoria da sociedade de Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi, este trabalho procura situar a mudança conceitual de “direito subjetivo” e a inovação política que ele expressa e constitui, tematizando a conexão entre *estrutura da sociedade e semântica*, isto é, a forma como uma sociedade se organiza e o patrimônio conceitual que a descreve⁵.

² FERGUSON, Adam. *An Essay on the History of Civil Society* (1767). Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 57: “To the Ancient Greek, or the Roman, the individual was nothing, and the public was every thing. To the modern, in too many nations of Europe, the individual is every thing and the public nothing.”

³ ARANHA, Márcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 90.

⁴ DIPPEL, Horst. Modern constitutionalism: an introduction to a history in need of writing. In: *The Legal History Review*. Vol 73, nº 1. Leiden: Brill Academic Publishers, Fevereiro de 2005, p. 154-156. No mesmo sentido: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Lisboa: Almedina, 1995, p. 46.

⁵ Fundamental para o assunto: LUHMANN, Niklas. *Struttura della società e semantica*. Roma, Bari: Laterza, 1983.

Assim, de início, teceremos algumas palavras acerca da estrutura da sociedade pré-moderna, tentando situar nesse contexto a antiga semântica de direito subjetivo. Em seguida, observaremos a construção, por Immanuel Kant, do conceito de ação e seu elo com a idéia de um sujeito autônomo. Após, veremos como o sujeito kantiano foi recepcionado pela Pandectística alemã do séc. XIX. Com isso, teremos elementos suficientes para uma comparação entre as semânticas pré-moderna e moderna de direito subjetivo, o que nos permitirá sustentar – se obtivermos êxito – a conexão existente entre o conceito de “direito subjetivo” e a modernidade.

2. A ESTRUTURA DA SOCIEDADE PRÉ-MODERNA E SUA SEMÂNTICA DE “DIREITO SUBJETIVO”

A *teoria da diferenciação da sociedade*⁶ nos serve de marco teórico nessa tarefa de verificar o papel evolutivo do artefato “direito subjetivo”. Analisar a sociedade por uma perspectiva *diferencial* significa verificar como os “diferentes tipos históricos de sociedade podem ser distinguidos”⁷. Para demarcar essa *diferença*, essa maneira peculiar que caracteriza uma sociedade, devemos observar de que modo é construída a sua unidade; notar qual critério orienta a sua diferenciação interna⁸.

Até os últimos anos do século XVIII – oportunidade em que é iniciado o processo histórico que deu início à modernidade – a sociedade européia se pautava em uma *diferenciação por estratos*, conceito que designa uma sociedade que “tem a sua estrutura fundamental na distinção de duas partes, isto é na distinção entre nobreza e povo comum”⁹. A estratificação se caracteriza por uma distribuição iníqua de riqueza, de poder, em suma: desigualdade nas chances de comunicação.¹⁰ Há uma nítida separação entre superior e inferior, entre tarefas e funções que são próprias a cada estrato e que são prestigiosas para o estrato superior¹¹, que consegue se diferenciar do restante da sociedade mediante um fechamento conseguido pela prática de endogamia¹², em grandes linhas.

⁶ Para uma introdução ao projeto epistemológico de Niklas Luhmann e a suas teses acerca da diferenciação da sociedade, Cf. ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 184-197.

⁷ LUHMANN, Niklas. A sociedade mundial como sistema social *Lua Nova*, nº 47, p. 188. Note que em Luhmann não há uma grande narrativa, não existe uma sucessão de estágios, de épocas históricas que leva a sociedade a um futuro previsível. As formas de diferenciação não se excluem mutuamente; o decisivo será o primado exercido por uma diferenciação ou outra.

⁸ LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales: lineamientos para una teoría general*. 2^a ed. Barcelona, México, Santafé de Bogotá: Anthropos, Universidad Iberoamericana, Pontifícia Universidad Javeriana, 1998, p. 182- 186, principalmente.

⁹ LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*. 6^a ed. Milano: Franco Angeli, 1994, p. 256.

¹⁰ LUHMANN, Niklas. The Differentiation of society. In: *The Differentiation of society*. New York: Columbia University Press, 1982, p. 234.

¹¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 204 e 205.

¹² LUHMANN, N. DE GIORGI, R. op. cit. (1994), p. 282.

Todas as possibilidades do indivíduo dependiam do seu estrato de origem, pois “a estratificação regula a inclusão dos homens na sociedade pelo fato que ela, referida aos sistemas parciais, fixa inclusões e exclusões”¹³. Assim, cada ser humano era considerado pertencente ao estrato de onde se originava, independentemente de seus atributos individuais, o que tornava a inclusão parcial, pois condicionada por critérios *ad hominem*. E daí, os estratos eram sistemas parciais.

Por tudo isso, no interior de uma *diferenciação por estratos* era incabível a idéia de um direito subjetivo, de um direito concebido como algo pertencente a um indivíduo. Até porque a essa época o direito era compreendido, consoante afirmou Menelick de Carvalho Netto, como “um amálgama normativo indiferenciado de religião, direito, moral, tradição e costumes transcendentalmente justificados e que essencialmente não se discerniam”¹⁴. Como havia um conjunto de normas próprias a cada estamento, e que aparecia como um feixe de direitos e deveres inerentes a cada um destes sistemas parciais, o direito era aplicado “casuisticamente como normas concretas e individuais, e não como um único ordenamento jurídico integrado por normas gerais e abstratas válidas para todos”¹⁵. A sociedade, assim, era um todo que antecedia as partes, sendo que as partes só tinham sentido quando incluídas no todo¹⁶.

A tese de Luhmann é de que a forma de vigência que o direito manifesta guarda relação com a estrutura da sociedade na qual ele se insere. Assim, o direito em uma sociedade estratificada tem como característica a sua construção também estratificada, que limita o âmbito de variação do direito: existe uma parte do direito que é imutável, o *núcleo imanente*. Tal núcleo pode ser representado pelas semânticas que descrevem o direito pelas formas mais variadas: *physis/nomos*, *lex naturalis/lex positiva*, entre outras. Nessas distinções, a parte “secular”, “positiva”, é limitada por uma consonância hierárquica a uma *noção normativa de natureza*. O direito que se desvia disso é considerado um atentado à ordem natural¹⁷. E como a sociedade teve que esperar até a modernidade (a partir do século XVIII) para conhecer a diferenciação plena entre moral, direito, política e religião, o material normativo pré-moderno tem sua vigência condicionada àquilo que é justo, moralmente correto e conforme à *recta rationis*, à *aequitas naturalis*, em suma: a essa idéia normativa de natureza¹⁸.

¹³ LUHMANN, N. DE GIORGI, R. op. cit. (1994), p. 283.

¹⁴ CARVALHO NETTO, Menelick. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, nº 6. Brasília: UnB, 2º semestre de 1998, p. 237.

¹⁵ CARVALHO NETTO, M. op. cit. p. 238.

¹⁶ O argumento se inicia com Aristóteles, mas vai ser utilizado até o surgimento das constituições, na virada do século XVIII para o XIX (não por acaso, o surgimento da diferenciação funcional). Cf. STOURZH, Gerald. Constitution: changing meanings of the term from the early Seventeenth to the late Eighteenth Century. In: BALL, Terence. POCOCK, John (orgs.). *Conceptual change and the Constitution*. Lawrence: University Press of Kansas, 1988, pp. 35-54. Para um exemplo da utilização desse topos em Aristóteles, Cf. ARISTÓTELES. *Política*. 3ª ed. Brasília: UnB, 1997, 1254a, por exemplo.

¹⁷ LUHMANN, N. op. cit. (1983) p. 221 e ss.

¹⁸ Um exemplo é as *Institutas de Justiniano*: “a jurisprudência é o conhecimento das coisas divinas e humanas, do justo e do injusto” (I, § 1º); a divisão entre direito natural, das gentes e civil também era uma característica (Título II). JUSTINIANUS. *Institutas do Imperador Justiniano*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 21-23.

Na Idade Média, o conceito de direito de Tomás de Aquino (1224-1274) exemplifica de modo perfeito esse modelo de construção hierárquica do direito: quando o *Doctor Angelicus* classifica as modalidades de lei, podemos observar, na Suma Teológica, o escalonamento entre lei eterna, lei divina, lei natural e lei humana¹⁹. O que é fundamental para nossos fins é ver que a lei humana, que rege a esfera do mundano, se submete ao plano do divino, o que se mostra em plena sintonia com a tese tomista de subordinação da filosofia à teologia, por terem um mesmo Deus como *ultima ratio*²⁰.

Existe uma crença de que o antropocentrismo do Renascimento rompeu com esse estado de coisas, e no lugar da ordem objetiva da natureza, surgiu o sujeito que a partir do *cogito* pode duvidar de tudo, e, assim, adquire realidade autônoma, pois recusa sua passividade ante a natureza²¹. Na teoria do direito isso costuma ser descrito como a passagem do direito natural teológico para o direito natural racionalista²². Todavia, uma análise – ainda que rápida e sem pretensão de exaustividade – de alguns autores da época nos possibilitará ver a continuidade das descrições do direito de maneira hierarquizada, o que é reflexo de uma sociedade dividida em *ordines*, e que excluem a noção de indivíduo, por conseqüência.

Começaremos com a difundida tese de John Finnis, que afirma que quando Francisco de Suárez (1548-1617) usa o termo *ius*, – no *De legibus ac de legislatore* (1612) – esse direito que se coloca à disposição do indivíduo não se porta como um reflexo da ordem do todo, mas como faculdade individual²³. E assim, na escolástica tardia espanhola, já teria ocorrido um suposto rompimento metodológico com o “objetivismo medieval”. Não foi bem assim, contudo.

Quando Suárez afirma, no *De legibus* (I, 2, 5), que “pode chamar-se de *ius* o poder moral que cada um tem sobre o seu e sobre o que se lhe deve”, é para depois (I, 2, 6) definir o *ius* como *lex*²⁴. Era um procedimento característico da escolástica espanhola colocar a natureza das coisas como algo anterior à vontade divina. Mas não se pode ver ainda aí um movimento secularizante consciente: era apenas um expediente dogmático para refutar o voluntarismo

¹⁹ S. *Th. I-II*, q. 91. Edição utilizada: TOMÁS DE AQUINO. *Suma de Teología* (5 vol.). 2^a ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1994.

²⁰ GILSON, Etienne. *A filosofia na Idade Média*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 655-656.

²¹ Esse tipo de abordagem tem como fundamento uma contraposição acirrada entre Idade Média e Renascimento que é cada vez mais desautorizada pela historiografia contemporânea. Cf. FRANCO JR. Hilário. *A Idade Média: nascimento do Ocidente*. São Paulo: Brasiliense, 1999, p. 17-24, em que é questionada a concepção de que a Idade Média foi um tempo obscuro, uma escuridão encarnada como *tempus medium*, que só o Iluminismo poderia aclarar. Na verdade as invenções usualmente apontadas como modernas possuem pressupostos medievais (p. 14). De modo que as novidades do século XV são mais bem compreendidas quando vistas não como feitos precursores de novos tempos, mas como o aperfeiçoamento de algo mais antigo, segundo: HUIZINGA, Johan. *O declínio da Idade Média*. 2^a ed. Lisboa: Ulisseia, 1985, p. 7. Devo essas observações às aulas de História do Direito do Prof. Cristiano Paixão.

²² FASSÒ, Guido. *Storia della filosofia del diritto II: l'età moderna*. Bolonha: Il Mulino, 1968, p. 109.

²³ FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. Oxford e New York: Clarendon Press, 1980, p. 206-208.

²⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 187.

teológico dos nominalistas²⁵. Dessa forma, o objetivismo axiológico continua, e o “direito subjetivo”, a *facultas agendi* do indivíduo, é na verdade um reflexo de uma ordem natural objetiva, a *lex*, anterior ao indivíduo, como é comum na pré-modernidade. Logo, o subjetivo ainda é objetivo.

No *De jure belli ac pacis* (1645), Hugo Grotius (1583-1645), por sua vez, afirma que o “direito não significa aqui outra coisa senão aquilo que é justo: negando, mais pelo significado do que pela palavra, que seja direito aquilo que é injusto”²⁶ (I, I, III, 1). Como concede Grotius, existe uma outra dimensão desse conceito de direito, uma noção de direito subjetivo: “é diferente desta significação de direito a outra – porém derivada desta – *que se refere à pessoa*: direito é a qualidade moral correspondente à pessoa, para possuir ou fazer algo de forma justa”²⁷ (enfatizamos).

O condicionamento do exercício do direito subjetivo à ordem normativa que deriva da natureza ainda se revela presente: o direito como “qualidade moral” (*qualitas moralis personae competens*) depende de seu exercício justo. É de se questionar, então, a afirmação de Guido Fassò, de que após Grotius o direito se coloca totalmente na esfera de disponibilidade do sujeito²⁸.

Em Samuel Pufendorf (1632-1694) o direito subjetivo²⁹ se mantém na sua trilha pré-moderna. Para ele, a despeito da imprecisão conceitual da palavra “direito subjetivo” (*ius*), ela é utilizada de maneira mais adequada como “a *qualidade moral* pela qual nós tanto comandamos pessoas ou possuímos coisas *corretamente*, como pela qual coisas são devidas a nós”³⁰ (enfatizamos). Como Pufendorf mesmo acredita, “o termo ‘direito subjetivo’ todavia, deixa uma indicação adequada e clara que a *qualidade* foi *corretamente* adquirida e que é agora *corretamente* possuída”³¹. Deparamo-nos, mais uma vez, com a submissão da legitimidade do exercício do direito subjetivo à correção com a natureza, com a moral: tal como a relação entre crime e pecado nos escritos de direito penal de Pufendorf³².

²⁵ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 297 e 298, nota de rodapé 72.

²⁶ GRÓCIO, Hugo. *Del derecho de la guerra y de la paz I*. Trad. do Latim por Jaime Ripoll. Madri: Reus, 1925, p. 46.

²⁷ GRÓCIO, H. op. cit. p. 47, (I,I,IV).

²⁸ FASSÒ, G.. op. cit. p. 110.

²⁹ *Right* na tradução inglesa é um termo que no âmbito lingüístico inglês significa direito subjetivo, em contraposição a *Law*, que denota direito em sentido objetivo. É realmente a tradução mais adequada para *ius*.

³⁰ PUFENDORF, Samuel. Elements of universal Jurisprudence in two books. In: CARR, Craig (org.). *The Political writings of Samuel Pufendorf*. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 46 (I, def. 8, 1)

³¹ Id., Ibid., p. 46 (I, def. 8, 2)

³² Como eruditamente expõe Vanda Fiorillo, a submissão da categoria “crime” ao critério “pecado” é um traço forte da escolástica, que exemplifica a pretensão de subordinação da filosofia à teologia (p. 3). Na obra de Pufendorf é possível vislumbrar um elemento de união entre esses dois conceitos, uma vez que “ambos os comportamentos se qualificam por sua incongruência em relação à norma” (p. 9). A noção de *imputatio* em Pufendorf tem um amplo potencial secularizante, ainda mais quando há a diferença entre uma imputação na esfera do sagrado, a *imputatio ex gratia* (=

No coerente sistema de pensamento de Gottfried W. Leibniz (1646-1716) vemos que o “seu conceito básico é o de *qualitas moralis*, onde entram o ‘direito’ (em sentido subjetivo) e a ‘obrigação’”³³. Assim, a tradição semântica expressa em Grotius e Pufendorf é ainda seguida, não obstante a significativa revolução copernicana iniciada por Leibniz ao considerar o direito como um conjunto de proposições que ligam um sujeito a um predicado, tal como uma proposição matemática³⁴. A *idée fixe* de dar certeza à aplicação normativa, que acompanha toda a obra de Leibniz, leva à concepção de que o direito “não depende dos fatos, mas unicamente da razão”³⁵. Aqui, um sujeito autônomo ainda não é a unidade de análise, pois a busca pela generalidade e abstratividade faz entender a justiça como aquilo que é independente do particular, e, assim, reflexo de uma verdade axiomática em analogia aos números, conforme descrito nos *Elementa juris naturalis* (1670)³⁶. O ponto de partida ainda se situa fora do indivíduo, muito embora a natureza, aqui, esteja travestida sob a alcunha de “razão”.

Já Christian Thomasius (1655-1728) vai se esforçar para construir uma separação radical entre o direito e a ética, condenando esta última a se colocar exclusivamente no foro íntimo do indivíduo. Dessa maneira o postulado central do jusnaturalismo, a noção normativa de natureza existente de forma objetiva, estaria condenado a ser uma realidade psicológica, mas não uma realidade exterior³⁷. É fácil identificar o elemento de teologia política luterana existente aí. Por outro lado, entretanto, o luteranismo de Thomasius vai obrigar-lo a entender o direito subjetivo como uma concessão do soberano. É desta forma que aparece, nos *Fundamenta juris naturae et gentium* (1705), a velha concepção de que o direito subjetivo é *qualitas moralis personae competens*, mas essa *qualitas* só existe *ex concessione superioris*³⁸. Assim, por maior que tenha sido o esforço para separar direito e moral, o direito aparece ainda como “dever moral obrigatório”³⁹: um flagrante paradoxo.

Tal noção hierarquizada da normatividade pode ser vista também em autores brasileiros. Tomás Antônio Gonzaga (1744-1810), bacharel por Coimbra, concebe a lei como “uma regra dos atos morais prescrita pelo superior aos súditos para os obrigar

pecado) e a *imputatio ex delito* (=crime). Todavia, falar de uma secularização plena aqui é difícil, haja vista que Pufendorf cita (p. 17), como embasamento, uma passagem da Epístola de Paulo aos Romanos (5, 12-21). Cf. FIORILLO, Vanda. “Delitto e peccato nel giusnaturalismo di Samuel Pufendorf”. In: *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*. IV Serie, Vol. LXII. Milano: Giuffrè, janeiro-março de 1995, pp. 3-24.

³³ BRETON, Mario. La investigación del ‘tiempo clásico. In: *Derecho y tiempo en la tradición europea*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 101.

³⁴ TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*. Bolonha: Il Mulino, 2003, p. 133.

³⁵ BRETON, M. op. cit. p. 101.

³⁶ BRETON, M. op. cit. p. 102, em que há um trecho transcrito.

³⁷ WIEACKER, F. op. cit. p. 358-359.

³⁸ DE GIORGI, Raffaele. Semântica da idéia de direito subjetivo. In: *Direito, democracia e risco – vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 104.

³⁹ WIEACKER, F. op. cit. p. 359.

a comporem conforme ela as suas ações”⁴⁰. Enxergamos nessa passagem, mais uma vez, a preocupação, muito cara aos autores pré-modernos, de confeccionar uma precedência hierárquica entre o direito positivo e o direito natural/divino. O que fica mais claro ainda aqui: “a lei deve ser honesta. Deus deu o poder aos homens para que estes estabeleçam coisas que não sejam lícitas e honestas?”⁴¹

Destarte, as descrições do sistema do direito nos séculos XVI e XVII ainda não mostram a possibilidade de um sujeito “autonomamente” se valer de seus interesses, independentemente da natureza. Para isso, o Ocidente teve que esperar até o final do século XVIII, quando surge a diferenciação funcional e o direito se torna auto-referente, com a dissolução das *ordines*. Para enxergar essa inovação política, debruçar-nos-emos sobre uma mudança conceitual⁴². A seguir, utilizaremos Kant como uma fonte histórica⁴³, para captar o novo significado conceitual que “sujeito” passa a ter, o que será feito mediante sua relação com outro conceito⁴⁴, o de *ação*⁴⁵.

3. KANT E O SUJEITO TRANSCENDENTAL QUE ATRAVÉS DA AÇÃO CONSERVA A RAZÃO

O surgimento da idéia de um direito como atributo de um sujeito autônomo é conexo com o princípio da conservação de si por meio da ação⁴⁶. Em Kant a ação é racional porque deriva de uma vontade livre do indivíduo, sempre pressuposto como um ser racional⁴⁷. É fácil perceber o eco tautológico de tal afirmativa. Como Kant chegou até ela?

O primeiro passo nessa reconstrução é no sentido de demarcar, em Kant, a diferença entre as leis da liberdade e as leis da necessidade. As últimas regem os acontecimentos na seara da natureza, do mundo físico; já as leis da liberdade são as leis morais, entendidas como as que disciplinam o agir do homem⁴⁸. Influenciado pela noção de causalidade da mecânica newtoniana⁴⁹, Kant

⁴⁰ GONZAGA, Tomás Antônio. *Tratado de direito natural* (1772). São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 183.

⁴¹ GONZAGA, T. op. cit. p. 185.

⁴² Para maiores esclarecimentos, Cf. FARR, James. Understanding conceptual change politically. In: BALL, Terence *et alli*. *Political innovation and conceptual change*. New York: Cambridge University Press, 1995, pp. 24-49.

⁴³ O procedimento de se tomar textos clássicos como fonte histórica, é referendado pela *Begriffsgeschichte*: Cf. KOSELLECK, Reinhart. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. In: *Estudos Históricos*. Vol. 5, nº 10. Rio de Janeiro: FGV, 1992, p. 145.

⁴⁴ Conforme salienta James Farr, não se pode falar da história de um conceito sem se referir a outros conceitos, pois não são realidades “isoláveis”. Cf. FARR, J. op. cit. p. 38.

⁴⁵ DE GIORGI, Raffaele. L’azione come artefatto storico-evolutivo. In: *Sociologia del diritto*. XXIX, nº 3. Milano: Franco Angeli, 2002. Há excelente tradução para o português realizada por Renato Bigliazz, ainda inédita, da qual nos valeremos quando efetuarmos transcrições.

⁴⁶ DE GIORGI, R. op. cit. (1998), p. 102.

⁴⁷ DE GIORGI, R. op. cit. (2002), p. 63.

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. 4ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 53.

deslocará a causalidade para o âmbito do sujeito⁵⁰ – e consegue. Só que, para Kant, a causalidade do sujeito racional é diversa da causalidade natural, pois se expressa sob o signo da *vontade* e tem a *liberdade* como principal propriedade.

Por ser livre, a vontade não admite condicionantes, o que a difere da causalidade dos seres irracionais, que possuem necessidades naturais oriundas de “causas estranhas” ao ser⁵¹. A liberdade da vontade é a *autonomia da vontade*, que consiste na faculdade de dar leis a si mesmo⁵². O fundamento da liberdade do sujeito, a autonomia, é seguir o imperativo categórico: ao obedecer-lhe, a ação do sujeito racional não está a seguir nenhuma necessidade instrumental, de meio-fim (um eventual imperativo hipotético)⁵³. Como o imperativo categórico não contém nada além da necessidade da observação universalizante de uma lei do agir em relação à qual a máxima da ação deve ser conforme⁵⁴, Kant pôde definir o imperativo categórico como sendo um único: “age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”⁵⁵.

Uma vez que a liberdade é a propriedade da causalidade dos seres racionais, Kant declara que “o conceito de causalidade traz consigo o de *leis*”, sem as quais não se poderia falar de uma causa e de um efeito⁵⁶. Portanto, a liberdade também tem que seguir uma lei: a da autonomia da vontade, e, destarte, o imperativo categórico⁵⁷; e assim – com a idéia de causalidade – voltamos ao início da reconstrução do argumento de Kant. Uma circularidade manifesta, que Kant rompe ao prescrever a liberdade como propriedade da vontade de todo ser racional⁵⁸ (embora isso não possa ser verificado empiricamente, pois é uma proposição *a priori*⁵⁹). Segundo sua *Grudlegung zur Metaphysik der Sitten* (1786):

Tudo na natureza age segundo leis. Só um *ser racional* tem a capacidade de *agir* segundo a representação das leis, isto é, segundo princípios, ou:

⁴⁹ No que toca à influência da física de Newton no pensamento de Kant, há um trecho da *Doutrina do Direito (Rechtslehre)* que parece elucidativo, tão impressionante é a circulação de sentido. Ao sustentar a mútua ligação entre direito e obrigação, Kant lembra “a analogia da possibilidade livre dos movimentos livres (*sic*) dos corpos submetidos à lei da igualdade da ação e da reação”. Cf. KANT, Immanuel. *Doutrina do direito* (1797). 2^a ed. São Paulo: Ed. Ícone, 1993, p. 48 (a tradução, como se pode ver ainda que nesta breve transcrição, não é das melhores).

⁵⁰ DE GIORGI, R. op. cit. (2002) p. 65. Cf. a argumentação de Kant em favor da “possibilidade da causalidade mediante liberdade, em união com a lei universal da necessidade natural”, em: KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 341 e ss.

⁵¹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 1995, p. 93.

⁵² KANT, I. op. cit. (1995), p. 85.

⁵³ KANT, I. op. cit (1995), p. 73 e 74.

⁵⁴ KANT, I. op. cit. (1995) p. 58 e 59.

⁵⁵ KANT, I. op. cit. (1995), p. 59.

⁵⁶ KANT, I. op. cit. (1995), p. 93.

⁵⁷ KANT, I. op. cit. (1995), p. 94.

⁵⁸ KANT, I. op. cit. (1995), p. 95.

⁵⁹ Essa estratégia para ocultar o paradoxo era formulada da seguinte forma, *litteris*: por “conhecimentos *a priori* entenderemos não os que ocorrem de modo independente desta ou daquela experiência, mas *absolutamente* independente de toda a experiência”. KANT, I. op. cit. (1996), p. 54 (grifos no original).

só ele tem uma *vontade*. Como para derivar as *ações* das leis é *necessária a razão*, a vontade não é outra coisa senão razão prática. Se a *razão determina infalivelmente a vontade, as ações de um tal ser (...)*, a *vontade* é a faculdade de escolher só aquilo que a *razão*, independentemente da inclinação, reconhece como praticamente necessário, quer dizer como bom.⁶⁰ (enfatizamos)

Pelo exposto acima notamos que: (i) só o ser racional pode agir segundo as leis, ou seja, só ele tem vontade; (ii) para o sujeito agir é necessária a razão; (iii) a razão determina a vontade, o agir do sujeito. A partir disso vemos que a construção de Kant é manifestamente tautológica, e portanto paradoxal⁶¹, e poderia ser exposta da seguinte forma: *somente o ser racional que age racionalmente tem vontade determinada pela razão*.

No plano ético, da ação, o sujeito atinge sua racionalidade quando auto-reflete a universalidade do imperativo categórico, ou seja, quando sua ação leva em conta os outros indivíduos, por pretender que sua ação seja uma lei universal⁶². É daí que emerge a noção, bem célebre, de *Reino dos Fins*, um imperativo categórico que ordena que todos os seres humanos jamais tratem uns aos outros como meios, uma vez que cada um é um fim em si mesmo⁶³.

Temos, assim, a noção de que o sujeito racional é o verdadeiro centro da sociedade, e não as *ordines*: o indivíduo é um fim em si mesmo e se desprende da menoridade tutelada pela natureza⁶⁴. Aqui localizamos uma mudança conceitual em *subjectum*: ele deixa de significar “aquele que está submetido a algo ou alguém”⁶⁵ para significar o protagonista da ordem social. Isso vai exigir uma mudança conceitual na categoria de direito subjetivo, que já se pode ver em Kant, e na Escola das Pandectas⁶⁶.

⁶⁰ KANT, I. Immanuel I. op. cit. (1995), p. 47.

⁶¹ Aclaremos os pressupostos desta declaração. Segundo Juliana Neuenschwander (p. 51), um paradoxo não é uma “simples contradição entre duas proposições, mas é antes de tudo uma implicação de dependência entre duas proposições que, reciprocamente, se negam. Por isso não aparece sob a forma ‘A = não A’, mas sim como ‘A porque não A’; nem sob a forma ‘A=A’, mas sim sob a forma ‘A porque A’. Isto é auto-referência, e a tautologia nada mais é que auto-referência pura”. Cf. MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos princípios gerais do direito pela Corte de Justiça Européia*. Dissertação de mestrado apresentada no CPGD da UFSC. Florianópolis: 1994 (manuscrito inédito).

⁶² LIMA, Carlos Roberto Cirne. O dever-ser – Kant e Hegel. In: *Filosofia Política*. Nº 4. Porto Alegre: L & PM, 1987, p. 68.

⁶³ KANT, I. I. op. cit. (1995), p. 76.

⁶⁴ KANT, Immanuel. “Resposta à pergunta: o que é o Iluminismo?” (1794). In: *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2004, p. 11.

⁶⁵ Koselleck fornece uma excelente documentação do uso pré-moderno de *subjectum*. Quando Pierre Bayle, em 1695, se referia ao “*bon sujet de la République*”, ele significava, com isso, o “bom súdito”, aquele que é leal ao soberano, a quem ele estava sujeito. Cf. KOSELLECK, Reinhart. *Critica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês*. Trad. Luciana Castelo-Branco. Rio de Janeiro: EDUERJ, Contraponto, 1999, p. 100.

⁶⁶ Assim, bem explicado, não sustentamos que as considerações de Kant – e sua apropriação pela Pandectística – sejam a “causa” para o surgimento da noção moderna de direito subjetivo. Longe disso. Kant e as Pandectas apenas nos servem como um referencial histórico.

4. UM CONCEITO MODERNO DE DIREITO SUBJETIVO: KANT E A ESCOLA DAS PANDECTAS

As considerações tecidas acima a respeito do conceito kantiano de autonomia moral demonstram como o “sujeito racional” foi fundamentado. Mas elas se referem ao plano moral. O direito em Kant não é *autonomia*, mas *heteronomia*, que ocorre quando é imposta à vontade do sujeito autônomo outra lei que não a máxima universalizante da ação expressa no imperativo categórico⁶⁷. O direito é a heteronomia por excelência, pois “é inseparável (...) da faculdade de obrigar ao que se opõe a seu livre exercício”⁶⁸. E de acordo como a heteronomia aparece é que o direito será *público* (disciplina uma relação de *subordinação* entre entes de níveis diferentes, ou seja, Estado e indivíduo) ou privado (rege relações de *coordenação* entre sujeitos iguais)⁶⁹.

A noção de direito em Kant diz respeito à regulação de relações *exteriores* entre pessoas, de modo que a vontade do individual não consista em um obstáculo para a liberdade dos outros indivíduos de um ponto de vista meramente *formal*, a-conteudístico⁷⁰. Nestes termos, o direito possui uma lei universal: “Age exteriormente de maneira que o livre uso do seu arbítrio possa conciliar-se com a liberdade de todos segundo uma lei universal”⁷¹.

Assim, podemos perceber que há a necessidade do direito ser coativo, pois, com Bobbio, “ainda que antitética com relação à liberdade, a coação é necessária para a conservação da liberdade”⁷². Se mantivermos em mente (i) a noção de direito como a regulação das condutas humanas exteriores e (ii) a lei universal do direito que exige o respeito aos outros sujeitos, que são fins em si mesmos, podemos vislumbrar que a idéia de *autodelimitação* é a síntese do conceito de direito de Kant. Assim, todos são mutuamente iguais, e a intersubjetividade, daí resultante como somatório das ações de sujeitos racionais que se autoconservam, acaba por conservar também a razão⁷³.

Desta maneira é adequada a proposta de Bobbio que define o direito subjetivo em Kant como “o conjunto das minhas liberdades externas limitadas pelas outras liberdades externas, ou seja, como o conjunto das minhas faculdades de agir nos limites da minha esfera de liberdade, e dos poderes de obrigar os outros a respeitar esta minha liberdade.”⁷⁴ Diante do exposto, o *direito subjetivo*

⁶⁷ KANT, I. op. cit. (1995), p. 86.

⁶⁸ KANT, I. op. cit. (1993), p. 48. Essa obra consiste na primeira parte da posteriormente aparecida *Metafísica dos Costumes*.

⁶⁹ BOBBIO, N. op. cit. (1997), p. 83.

⁷⁰ KANT, I. op. cit. (1993), p. 45. Como consequência, a legalidade não é resistível. O questionamento de conteúdo somente diz respeito à legislação interna, ou seja, a moralidade. A legislação externa não se submete a tal procedimento. Cf. CATHREIN, Victor. *Filosofía del Derecho*. Madrid: Reus, 1958, p. 270.

⁷¹ KANT, I. op. cit. (1993) p. 47.

⁷² BOBBIO, N. op. cit. (1997), p. 78.

⁷³ DE GIORGI, R. op. cit. (2002), p. 67.

⁷⁴ BOBBIO, N. op. cit. (1997), p. 96.

segundo Kant pode ser definido como a *delimitação do agir de acordo com a lei universal do direito, por meios coativos, levando em consideração relações intersubjetivas de coordenação entre sujeitos racionais*.

Essa noção de direito subjetivo de Kant como a “delimitação da liberdade de agir dos sujeitos racionais ainda que pela coação”, é encontrada na então nascente civilística alemã. Toda a construção da Escola das Pandectas será no sentido de harmonizar os atributos metafísicos do sujeito kantiano, enquanto entidade que mediante sua ação conserva o mundo, com as prerrogativas de um *Estado* que então nascia⁷⁵. A sociedade necessitava de construções jurídicas que fomentassem uma separação entre o *público*, reduzido ao Estado que regula “a distribuição equânime de oportunidades e benefícios”⁷⁶ e o *privado*, palco de atuação do sujeito racional.

Nesse sentido, o esforço de Savigny não difere da Jurisprudência dos Conceitos. Esta última vai erigir sua característica *genealogia dos conceitos* a partir da radicalização do *elemento sistemático* existente em Savigny na sua *juristische Methodenlehre* (1803), em detrimento do *elemento histórico*, do *System des heutigen römischen Rechts* (1840-1849)⁷⁷. É aí que se forma uma unidade metodológica, em que verificamos que a noção de direito subjetivo em Savigny, Puchta e Windscheid girarão ao redor de um mesmo núcleo: o sujeito kantiano que pela ação conserva a razão.

No caso de Savigny, isso é explicitado quando o civilista alemão define a *relação de direito*. É então que o direito subjetivo aparece como um poder do indivíduo:

O direito (...) é por nós concebido como um poder do indivíduo. Nos limites deste poder, reina a vontade do indivíduo, e reina com o consentimento de todos. A tal poder – ou faculdade – nós chamamos de *direito*; outros, de direito em sentido subjetivo⁷⁸.

Dessa forma, Savigny, de forma estrita, sequer se dá o trabalho de traçar uma diferença entre direito objetivo/subjetivo – que é típico da teoria do direito.

⁷⁵ DE GIORGI, Raffaele. “Semântica da idéia de direito subjetivo”, p. 105. Quanto à constrição da Pandectística a temas meramente de direito privado, isso é cada vez mais questionado. Para uma demonstração das “implicações constitucionais” das observações de Savigny, Cf. BEAUD, Olivier. *Le cas Savigny ou un constitutionnalisme allemand sans l’Etat de droit*. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’Etat de droit: Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 149-176.

⁷⁶ ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. In: OLIVEIRA PEREIRA, Cláudia Fernanda (org.). *O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 36.

⁷⁷ A tensão entre elemento histórico e sistemático tem por expressão a contraposição entre regra e instituto. Segundo a leitura mais corrente, Savigny não consegue, no *Sistema*, demonstrar com clareza a subordinação da regra ao instituto. Assim, a pandectística vai radicalizar o elemento histórico (regra). Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 18-19.

⁷⁸ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema del derecho romano actual I*. Madri: F. Góngora y Compañía, 1878, p. 25.

Ele afirma que “outros” chamam esse poder do indivíduo de direito em sentido subjetivo: Savigny não precisa fazê-lo, porquanto o direito seria uma emanação da vontade do indivíduo. Daí direito para Savigny é sempre subjetivo. De igual modo, a transcrição acima mostra como o conceito de direito subjetivo expresso por Savigny já se situa no plano moderno. Não há aqui nenhuma pretensão de correção do direito subjetivo em relação a uma ordem transcendente, a um direito natural. A preocupação é outra, tão kantiana⁷⁹ quanto moderna, qual seja a de como a liberdade individual pode coexistir com a liberdade de todos os outros⁸⁰.

Foi com o estabelecimento de tais premissas que a Pandectística erigi a sua característica *genealogia dos conceitos*. Georg Friedrich Puchta, que foi aluno de Savigny, mostra em passagens do seu *Cursus der Institutionen* (1865) as mesmas preocupações de seu mestre quanto ao conceito de direito subjetivo. Segundo precisado por Raffaele De Giorgi, para Puchta o princípio do direito é a liberdade; a liberdade é a negação da necessidade, que permite o contingente, que permite *escolhas*⁸¹. O indivíduo livre seria o que pode fazer escolhas, que pode querer, ou seja, “da perspectiva do direito, liberdade é esta potencialidade reconhecida do querer. O indivíduo, agora, é sujeito de direito”⁸². O direito reconhece a vontade dos que são mutuamente livres. Assim, o direito que é próprio ao indivíduo livre, o direito subjetivo, não é determinado pela natureza, por um núcleo imanente.

Por sua vez, Bernhard Windscheid define o direito subjetivo, nas suas *Pandekten* (1^a ed., 1862)⁸³ como o “poder da vontade outorgado pela ordem jurídica”⁸⁴. Tal determinação de que esse “poder da vontade” deva ser previsto pelo ordenamento jurídico, tem a função de conferir meios coativos para o titular do direito fazer valer a sua vontade⁸⁵, ou seja, para que a sua autonomia da vontade seja efetiva. Percebemos mais uma vez a similaridade de sentido dessa definição com

⁷⁹ Para uma exposição mais completa, e que demonstra a influência de Kant em Savigny, Cf. WIEACKER, F. op. cit. p. 402, 403, 420, 422, e, especialmente, p. 427-428, de onde lê-se o seguinte excerto: “as definições de direito subjetivo, de autonomia privada, de negócio jurídico e de vontade negocial dadas por Savigny correspondem à exigência posta por Kant daquela liberdade que pudesse coexistir com a liberdade de todos os outros”.

⁸⁰ SAVIGNY, F. op. cit. p. 222-223: “Para que os seres livres, postos dessa maneira em relação, possam ajudar-se mutuamente, e não paralisar nunca o desenvolvimento de sua atividade, é necessário que uma linha invisível de separação determine os limites dentro dos quais o desenvolvimento paralelo dos indivíduos encontre segurança e independência: pois bem, a regra que fixa esses limites e que garante essa liberdade se chama direito; e aqui se revela a característica que relaciona e distingue o direito da moral, não cumprindo diretamente seus preceitos, mas sim assegurando ao indivíduo o exercício de seu livre arbítrio (...).”

⁸¹ DE GIORGI, R. op. cit. (1979), p. 45-46. Cf. as considerações de Raffaele De Giorgi acerca da concepção de direito de Georg Friedrich Puchta como a “concessão da igualdade para aqueles que são imanentemente desiguais” às p. 45-57.

⁸² DE GIORGI, R. op. cit. (1979), p. 46.

⁸³ Essa impressionante compilação doutrinária vigeu como fonte do direito até a publicação do *Bürgerliches Gesetzbuch*, em 1900. Cf. WIEACKER, F. op. cit. p. 510.

⁸⁴ WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle Pandette*. Trad. Carlo Fadda e Paolo Bensa. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinense: 1925, p. 108.

⁸⁵ WINDSCHEID, B. op. cit. p. 109-110.

o conceito de direito subjetivo de Kant, qual seja, a delimitação do agir do sujeito racional com a possibilidade de uso da coação para viabilizar a liberdade.

As noções de direito subjetivo em Savigny, Puchta e Windscheid mostram algo a mais que a influência da filosofia crítica de Kant na Pandectística. Caso aceitemos os textos de Kant como uma fonte histórica que testemunha a passagem de uma sociedade dividida por rígidas *ordines* para uma sociedade moderna, as observações da Pandectística podem ser entendidas como uma expressão palpável da mudança conceitual que “direito subjetivo” sofreu com o advento da inovação política trazida e expressa pela modernidade. A função do direito subjetivo, na modernidade, aparece de forma dissociada da fundamentação de uma ordem social estática de *ordines*, e até por isso não se submete a uma noção normativa de natureza. Cabe então, por fim, oferecer subsídios para uma compreensão do nexo interno existente entre direito subjetivo e modernidade.

5. DIREITO SUBJETIVO E MODERNIDADE: UMA INTERPRETAÇÃO FUNCIONAL

Para mensurar a amplitude de tal mudança conceitual é proveitoso lançar um olhar sob a relação que essa nova semântica de direito subjetivo tem com a estrutura da sociedade, que ao tempo (final do século XVIII) passava a se diferenciar por funções.

Com o advento da *diferenciação funcional*, a hierarquização se enfraquece paulatinamente e a comunicação não mais se restringe a um âmbito isolado. O padrão de diferenciação deixa de ser o estrato e passa a ser a função⁸⁶. Assim, direito, religião, política, economia, a arte, se diferenciam uns em relação aos outros enquanto sistemas com funções próprias, exclusivas, e começam a operar auto-referencialmente, com base em suas próprias estruturas e eventos comunicativos⁸⁷. Como consequência, ocorreu a “incorporação da população global às prestações dos diversos sistemas funcionais da sociedade”⁸⁸, independente de critérios *ad hominem*.

Consoante aduz Gert Verschraegen, podemos vislumbrar uma conexão entre a diferenciação funcional e o surgimento dos direitos subjetivos⁸⁹. Se, de um lado, o advento da diferenciação funcional proporcionou a inclusão generalizada dos indivíduos nos diversos âmbitos funcionais (isto é, o desprendimento do indivíduo em relação aos estratos), por outro lado a construção do indivíduo

⁸⁶ LUHMANN, Niklas. A sociedade mundial como sistema social. *Lua Nova*. Nº 47. São Paulo: Cedec, 1999, p. 189.

⁸⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 116.

⁸⁸ LUHMANN, Niklas. *Teoría Política en el Estado de Bienestar*. Madrid: Alianza Universidad: 1997, p. 47.

⁸⁹ VERSCHRAEGEN, Gert. Human Rights and modern Society: a sociological analysis from the perspective of systems theory. In: *Journal of Law and Society*. Vol. 29, nº 2. Oxford: Blackwell Publishers, Junho de 2002, p. 264-269 (especificamente, p. 266).

pode ser entendida como um fator relevante para a passagem de uma sociedade estratificada para a atual, que é diferenciada por funções⁹⁰.

O grau de complexidade da sociedade moderna produzido pela diferenciação funcional requereu um direito capaz de fornecer mecanismos também cada vez mais abstratos para reger as relações sociais, um direito que lhe pudesse proporcionar *variação estrutural*⁹¹. Os direitos subjetivos cumprem essa função, uma vez que aparecem como uma “compensação” à perda dessa posição social fixa⁹², e funcionam como o meio apto a formular a inclusão generalizada em todos os sistemas funcionalmente diferenciados. Seu contributo foi poder garantir *situações jurídicas* para os particulares sem ser necessária uma mobilização de todo o feixe de direitos e deveres (ou: privilégios, *privus* particular; *legis*, lei) imanentes à ordem da qual um indivíduo era pertencente⁹³: sua referência, seu ponto de imputação, é o sujeito autônomo, não um estrato.

É assim que o direito se liberta do “amálgama indiferenciado” que o delimitava e passou a ser aplicado de forma universalista, isto é, independente de considerações pessoais⁹⁴. A base de vigência do direito não é mais a natureza, e sim uma *decisão*, que faz com que ele seja aplicável a todos independentemente de critérios de nascença: a isso se chama positividade do direito⁹⁵. Com o direito positivo, a sociedade passa a se dotar de um mecanismo que suporta a estruturação de um elevado grau de complexidade. Com a modernidade, o direito válido não se coloca em posição de submissão a um direito natural, uma ordem concreta de valores⁹⁶. Com a positividade do direito, “o ilícito de hoje pode ser o lícito de amanhã. O lícito de hoje pode ter sido o ilícito de ontem”⁹⁷. A questão da *validade* do direito, portanto, passa a ser guiada unicamente pela contingência. Quando levamos na devida conta que a positividade é um traço central do direito moderno, e que o direito subjetivo joga um papel decisivo para a implementação desse estilo de vigência do direito, verificamos, concomitantemente, o nexo interno existente entre modernidade e direito subjetivo.

⁹⁰ Nesse sentido, inclusive: LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del sistema giuridico*. In: DE GIORGI, Raffaele (ed). *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*. Bolonha: Il Mulino, 1990, p. 69.

⁹¹ LUHMANN, N. op. cit (1990), p. 309.

⁹² VERSCHRAEGEN, G. op. cit. p. 267.

⁹³ Cf. LUHMANN, N. op. cit. (1990), p. 309-310.

⁹⁴ LUHMANN, N. op. cit. (1990), p. 87. Cf. DE GIORGI, Raffaele. “Modelos jurídicos de igualdade e equidade”. In: *Direito, democracia e risco – vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 113 e ss.

⁹⁵ Cf. LUHMANN, N. op. cit. (1990), p. 103-146. Cf. ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. *Modernidade, tempo e direito*, p. 264 e ss.

⁹⁶ Quer dizer, menos para as Cortes Constitucionais da Europa e América Latina, que copiam cegamente o manifesto anacronismo da “ordem concreta de valores” professada pelo Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), no qual juízes se portam tal qual escabiosos medievais que deduzem os valores a serem impostos a uma sociedade a partir de uma contemplação de uma *ordo naturalis*.

⁹⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Aos que não vêem que não vêem aquilo que não vêem”: sobre fantasmas vivos e a observação do direito como sistema diferenciado”. In: DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. Trad. Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 22.

Por tudo isso, o direito subjetivo pode ser visto como um artefato que expressa e viabiliza uma sociedade que inventou a igualdade formal, que dissolveu uma sociedade organizada por castas, *ordines*, que tinham um conjunto de regras para cada estamento⁹⁸. Nisso consiste o seu papel evolutivo. Após essa mudança conceitual, não só o direito privado, mas também a teoria política e o direito constitucional passam a encampar esse novo significado como um pressuposto, como mostra o exemplo de Hegel, nas *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1820) ao afirmar que “o direito da liberdade subjetiva constitui o ponto crítico e central da diferença entre a Antiguidade e os tempos modernos”⁹⁹.

A estrutura de uma sociedade diferenciada funcionalmente ensejou essa inovação conceitual e, reciprocamente, essa mudança conceitual possibilitou tal “mutação política”. Por isso a noção de direito subjetivo não pode remontar para Roma ou para o Medievo, pois não havia a necessidade da criação de uma igualdade formal, ou, como nos apraz, uma diferenciação funcional.

6. REFERÊNCIAS

- ARANHA, Márcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. In: OLIVEIRA PEREIRA, Cláudia Fernanda (org.). *O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- ARISTÓTELES. *Política*. 3^a ed. Brasília: UnB, 1997.
- BEAUD, Olivier. Le cas Savigny ou un constitutionnalisme allemand sans l’État de droit. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’État de droit: Le Rechtsstaat dans l’historie intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 149-176.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. 4^a ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- BRETONE, Mario. *História do direito romano*. Lisboa: Estampa, 1998.
- _____. La investigación del ‘tiempo clásico’. In: *Derecho y tiempo en la tradición europea*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

⁹⁸ SCHIERA, Pierangelo. Sociedade de estados, de ordens ou corporativa. In: HESPAÑHA, Antonio Manuel (org.). *Poder e instituições na Europa do Antigo Regime*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 148.

⁹⁹ HEGEL, Georg W. F. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, § 124, nota.

_____. 'Aos que não vêm que não vêm aquilo que não vêm': sobre fantasmas vivos e a observação do direito como sistema diferenciado". In: DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. Trad. Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Lisboa: Almedina, 1995.

CARVALHO NETTO, Menelick. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, nº 6. Brasília: Ed. UnB, 2º semestre de 1998.

CATHREIN, Victor. *Filosofia del Derecho*. Madri: Reus, 1958.

DE GIORGI, Raffaele. *Scienza del diritto e legittimazione: critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann*. Bari: De Donato, 1979.

_____. Semântica da idéia de direito subjetivo. In: *Direito, democracia e risco – vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor: 1998.

_____. Modelos jurídicos de igualdade e eqüidade. In: *Direito, democracia e risco – vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. L'azione come artefatto storico-evolutivo. In: *Sociologia del diritto*. XXIX, nº 3. Milano: Franco Angeli, 2002.

DIPPEL, Horst. Modern constitutionalism: an introduction to a history in need of writing. In: *The Legal History Review*. Vol 73, nº 1, p. 153-170. Leiden: Brill Academic Publishers, Fevereiro de 2005.

FARR, James. Understanding conceptual change politically. In: BALL, Terence et alli. *Political innovation and conceptual change*. New York: Cambridge University Press, 1995.

FASSÒ, Guido. *Storia della filosofia del diritto II: l'età moderna*. Bolonha: Il Mulino, 1968.

FERGUSON, Adam. *An Essay on the History of Civil Society* (1767). Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. Oxford e New York: Clarendon Press, 1980.

FIORILLO, Vanda. Delitto e peccato nel giusnaturalismo di Samuel Pufendorf. *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*. IV Serie, Vol. LXII, p. 3 a 24. Milano: Giuffrè, janeiro-março de 1995.

GILSON, Etienne. *A filosofia na Idade Média*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GONZAGA, Tomás Antônio. *Tratado de direito natural* (1772). São Paulo: Martins Fontes, 2004.

GRÓCIO, Hugo. *Del derecho de la guerra y de la paz I*. Trad. do Latim por Jaime Ripoll. Madrid: Editorial Reus, 1925.

HEGEL, Georg W. F. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica européia*. Lisboa: Europa-América, 1997.

HUIZINGA, Johan. *O Declínio da Idade Média*. Lisboa: Ulisseia, s/d.

JUSTINIANUS. *Institutas do Imperador Justiniano*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

_____. *Doutrina do direito*. 2ª ed. São Paulo: Ícone, 1993.

_____. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 1995.

_____. Resposta à pergunta: o que é o Iluminismo?. In: *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2004.

KOSELLECK, Reinhart. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. *Estudos Históricos*. Vol. 5, nº 10. Rio de Janeiro: FGV, 1992.

_____. *Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês*. Trad. Luciana Castelo-Branco. Rio de Janeiro: EDUERJ; Contraponto, 1999.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Carlos Roberto Cirne. O dever-ser – Kant e Hegel *Filosofia Política*. Nº 4, p. 66-87. Porto Alegre: L & PM, 1987.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LUHMANN, Niklas. Sulla funzione dei "diritti soggettivi. In: *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*. Ed. Raffaele De Giorgi. Bolonha: Il Mulino, 1990.

_____. La positività del diritto come presupposto di una società moderna. In: *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*. Ed. Raffaele De Giorgi. Bolonha: Il Mulino, 1990.

_____. La differenziazione del sistema giuridico. In: *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*. Ed. Raffaele De Giorgi. Bolonha: Il Mulino, 1990.

_____. La funzione del diritto: sicurezza delle aspettative o guida del comportamento?. In: *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*. Ed. Raffaele De Giorgi. Bolonha: Il Mulino, 1990.

_____. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983 (Trad. Gustavo Bayer).

- _____. *Sistemas Sociales: Lineamientos para una teoría general*. 2^a ed. Barcelona, Ciudad de México, Santafé de Bogotá: Anthropos, Universidad Iberoamericana, Pontifícia Universidad Javeriana, 1998.
- _____. The differentiation of society. In: *The differentiation of society*. New York: Columbia University Press, 1982.
- _____. A sociedade mundial como sistema social. *Lua Nova*. Nº 47. São Paulo: Cedec, 1999.
- _____. *Teoría Política en el Estado de Bienestar*. Madri: Alianza Universidad: 1997.
- _____. *Struttura della società e semantica*. Roma, Bari: Laterza, 1983.
- _____. DE GIORGIO, Raffaele *Teoria della Società*. 6^a ed. Milano: Franco Angeli, 1994.
- NEUSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. *O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos princípios gerais do direito pela Corte de Justiça Européia*. Dissertação de mestrado apresentada no CPGD da UFSC. Florianópolis: 1994 (manuscrito inédito).
- PUFENDORF, Samuel. Elements of universal Jurisprudence in two books. In: CARR, Craig (org.). *The Political writings of Samuel Pufendorf*. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema del derecho romano actual I*. Madri: F. Góngora y Compañía, 1878.
- SCHIERA, Pierangelo. Sociedade de estados, de ordens ou corporativa. In: HESPANHA, Antonio Manuel (org.). *Poder e instituições na Europa do Antigo Regime*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.
- STOURZH, Gerald. *Constitution: changing meanings of the term from the early Seventeenth to the late Eighteenth Century*. In: BALL, Terence. POCOCK, John (orgs.). *Conceptual change and the Constitution*. Lawrence: University Press of Kansas, 1988.
- TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna: absolutismo e codificazione del diritto*. Bolonha: Il Mulino, 2003.
- TOMÁS DE AQUINO. *Suma de Teología* (5 vols.). 2^a ed. Madri: Biblioteca de Autores Cristianos, 1994.
- VERSCHRAEGEN, Gert. Human Rights and modern Society: a sociological analysis from the perspective of systems theory. *Journal of Law and Society*. Vol. 29, nº 2. Oxford: Blakwell Publishers, jun 2002.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.
- WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle Pandette*. Trad. Carlo Fadda e Paolo Bensa. Torino: Unione Tipografico-editrice torinense: 1925.



VISÕES CONVERGENTES ENTRE FORMANDOS DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ E MAGISTRADOS EM CURSOS DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*

*Raimundo Helio Leite*¹
*Rui Verlaine Oliveira Moreira*²

RESUMO

Este ensaio analisa depoimentos de formandos de um curso de graduação em Direito e de magistrados que freqüentaram cursos de especialização e aperfeiçoamento *lato sensu*. Nele mostram-se convergências entre as visões desses dois tipos de depoentes sobre aspectos comuns da formação recebida. A constatação básica é que elementos do processo ensino-aprendizagem, que estão presentes há muito tempo na formação dos profissionais da área jurídica, ainda persistem nas experiências vivenciadas pelos participantes do estudo. Levanta-se, ainda, a questão da existência de intersubjetividade em pesquisas predominantemente qualitativas.

Palavra-chaves

Graduação. Especialização. Aperfeiçoamento. Magistrados. Intersubjetividade.

ABSTRACT

This paper analyzes interviews of students of a Law School undergraduate course and magistrates who frequented specialization courses and improvement *lato sensu* courses. The investigation shows convergences among the visions of those who participate in the study about common aspects of the received professional formation. The basic finding is that elements of the teaching-learning process, that are present since a long time in the formation of the juridical profession, still persist in the experiences lived by the participants of the study. The polemic point of existence of intersubjectivity in predominantly qualitative research is discussed.

Key-words

Undergraduate. Specialization. Improvement. Magistrates. Intersubjectivity.

¹ Professor Doutor do Curso de Mestrado em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

² Professor Doutor do Curso de Mestrado em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

1. INTRODUÇÃO

O ensino jurídico surgiu, no Brasil, em 1827, com o objetivo principal de formar as elites brasileiras para assumirem a administração imperial. A Lei de 11 de agosto de 1827, decretada pela Assembléia Geral e sancionada pelo Imperador Dom Pedro I, possibilitou o funcionamento das escolas de Direito de Olinda e de São Paulo.

O modelo adotado, que tinha como objetivo maior, segundo Paim³ “(...) a formação de quadros autóctones para compor a administração do jovem país emancipado (...)”, mas sem dispor de uma proposta pedagógica eficiente, fez surgir as primeiras críticas sobre o preparo acadêmico e prático das elites jurídicas.

Em 1869, promoveu-se uma reforma na tentativa de dar resposta às críticas que floresciam na área de Direito e Medicina. Por atuais e importantes, sob o ponto de vista pedagógico e histórico, traz-se à colação as observações de Ribeiro, a esse respeito:

(...) freqüentes queixas quanto ao mau preparo dos alunos, ao critério “liberal” de aprovação e à falta de assiduidade dos professores, principalmente dos cursos jurídico e médico, pela necessidade de completarem o orçamento com outras atividades (...)⁴.

Esse excerto mostra que muitos dos problemas atuais do sistema educacional brasileiro são recorrentes desde há um longo tempo.

Uma questão que esteve na raiz dos problemas didáticos e filosóficos do ensino de direito foi a posição adotada em relação a como lecionar Direito Romano. Após uma longa e profícua discussão sobre essa temática, Bastos conclui:

(...) sempre que se pensava que o advogado deveria ser um bacharel mais voltado para as questões da origem do conhecimento jurídico, incentivava-se a questão do ensino do Direito Romano e, quando se pretendia abrir sua formação para as questões gerais do Estado e da sociedade, incentivava o aprendizado do Direito Público (...)⁵.

Foi em torno dessa questão que surgiria, no início da República, uma proposta inovadora feita por Rui Barbosa, esposando o ensino de Sociologia no currículo de direito. Fazendo um diagnóstico, ele expõe as razões para sua proposta, transcritas por Rocha, que dá às mesmas um cunho atual:

Os programas e métodos utilizados pelos cursos jurídicos, quando existem, são totalmente ultrapassados. Este fato não é nenhuma novidade. Já Rui Barbosa afirmava este problema em seu balanço da educação imperial, feito em 1822, “reforma nos métodos e

³ PAIM, Antônio. *História das idéias filosóficas no Brasil*. São Paulo: Convívio, 1984, p.170.

⁴ RIBEIRO, Maria Luisa Santos. *História da educação brasileira: a organização escolar*, 13 ed. São Paulo: Autores Associados, 1993, p.56.

⁵ BASTOS, Aurélio Wander. O ensino jurídico no Brasil e as suas personalidades históricas – Uma recuperação de seu passado para reconhecer seu futuro. In: OAB: 170 anos de cursos jurídicos no Brasil. Brasília: OAB, Conselho Federal, 1997, p. 38.

reforma nos mestres: eis, numa expressão completa, a reforma escolar inteira (...) é necessário renovar-se o método, orgânica, substancialmente, em nossas escolas. Ou melhor, é preciso antes criar o método: porque aquele que existe entre nós não é um método de ensinar; é, ao contrário, o método de não aprender (...)”⁶.

Esse tipo de problema teve continuidade no sistema educacional brasileiro de modo geral e, em particular, nos cursos de graduação em Direito. Na década de 90, a Ordem dos Advogados do Brasil empreendeu uma campanha no país pela melhoria do ensino jurídico e promoveu vários seminários regionais e um nacional, ocasião em que foram consolidadas as propostas da comunidade jurídica. Essas propostas foram tomadas como base para a edição da Resolução N° 18, a qual implantou um novo currículo para o curso de direito. Paralelamente a isso, a OAB reformulou o Exame de Ordem, introduzindo modificações reclamadas pela comunidade de juristas.

O ensino jurídico, no Ceará, padeceu dos mesmos problemas pedagógicos e históricos enfrentados no Brasil, especialmente, por se tratar de um estado periférico. Como se verá, a seguir, em primeiro lugar, foram implantados os serviços judiciais no Estado do Ceará, para só mais tarde surgir a atividade de ensino com a criação da Faculdade de Direito do Ceará, em 1903. A Justiça, no Ceará, foi implantada pela Ordem Régia de 13 de fevereiro de 1699, subordinada à Relação da Bahia, conforme De Vasconcelos:

A mencionada Ordem Régia expressou a resolução real, com base nas informações recebidas na Corte, de que se criasse em Vila do Ceará [...] na forma praticada na Bahia, (...) para por este meio se evitarem muitos prejuízos que (...) se experimentavam por falta de terem em seu governo aqueles moradores do Ceará modo de Justiça (...)?.

Vê-se que essa Ordem, além de criar a Vila do Ceará, implantou o serviço judiciário, subordinado à Bahia. O exercício inicial da advocacia no Ceará não tem base histórica segura, visto que De Vasconcelos, a respeito, menciona o seguinte:

A primeira provisão para o exercício da advocacia nesta parte do Brasil (o Ceará) pode ter sido a expedida pelo Capitão-Mor Francisco Duarte de Vasconcelos para o Licenciado Manuel de Miranda de Vasconcelos em 10 de maio de 1712, como está assinalado nas “Datas e Fatos.”, do Barão de Studart citadas, ignorando-se, porém, o exercício de sua atividade, talvez mais a serviço daquele militar, em questões que envolvem com Vereadores a propósito do local da Vila mandada estabelecer pela Ordem Régia de 13 de fevereiro de 1699 (...)⁸.

Observe-se que, se verdadeira essa provisão, ela aconteceu 13 anos após

⁶ ROCHA, Leonel Severo. A Racionalidade Jurídica e o Ensino Jurídico. In: Ordem dos Advogados do Brasil. Conselho Federal. *Ensino jurídico OAB: Diagnóstico, perspectivas e propostas*. Brasília: OAB, 1992, p.182-183.

⁷ VASCONCELOS, Abner Carneiro Leão de. *História Jurídica do Ceará*. 2. ed. Fortaleza: Imprensa Oficial do Ceará - IOCE, 1987, p. 44-45.

⁸ Idem, p.48.

a implantação da Justiça no Ceará. Registre-se, por oportuno, que o exercício da advocacia, à época, podia ser feito por provisão para os Licenciados, por falta de pessoal formado em Direito. Com efeito, o primeiro cearense a estudar Direito em Coimbra foi Antonio José Machão, somente em 1822.

Essa situação de deficiência na formação iria, pouco a pouco, sendo superada a partir da criação das Escolas de Direito de Olinda e Recife, e com a vinda de profissionais de direito de outros estados.

Esse rápido escorço histórico teve por objetivo mostrar que alguns problemas históricos ligados à formação de juristas ainda existem em instituições de ensino jurídico do Ceará, tanto em curso de graduação quanto de pós-graduação.

Para atingir esse objetivo serão analisadas avaliações qualitativas feitas por participantes dos cursos de especialização e aperfeiçoamento lecionados na Escola de Superior da Magistratura do Estado do Ceará, no período de 1995 a 2002, e respostas de formandos da Faculdade Direito da Universidade Federal do Ceará, que cursavam o segundo semestre de 2004 sobre a formação recebida, coletados por meio de um questionário aberto.

2. O MOVIMENTO PENDULAR ENTRE A AVALIAÇÃO PREDOMINANTEMENTE QUALITATIVA E A QUANTIFICAÇÃO DE DADOS

O material mostrado neste estudo provém de duas fontes: 1) dados qualitativos foram coletados por Leite (2004) para a elaboração de sua tese de doutorado, por meio da aplicação de entrevista semi-estruturada, numa amostra de 60 alunos do universo composto por 522 alunos que participaram dos cursos de aperfeiçoamento e de especialização ofertados pela Escola Superior da Magistratura do Estado Ceará (ESMEC), no período de 1995 a 2002. Os depoentes magistrados serão referenciados pela letra M; 2) as respostas dos formandos foram coletadas via aplicação de um questionário aberto aplicado em alunos 45 voluntários (64,3%) do total dos 70 formandos do semestre 2004.2, que se dispuseram a responder às perguntas abertas, enfocando a formação recebida. Nesta segunda fonte, as respostas foram quantificadas, cujos depoimentos serão referenciados com a letra A. Para cada referência será escolhido um formando do grupo do qual ele faz parte.

Vê-se, portanto, que metodologicamente as duas abordagens, embora partam de questões abertas, são diferentes em sua natureza, na medida em as respostas dos formandos foram quantificadas.

Ao se confrontar as duas fontes de dados, constata-se que há variáveis comuns avaliadas pelos dois grupos sobre aspectos do processo ensino-aprendizagem. Embora esses dados tenham sido colhidos em épocas diferentes e com a mesma técnica de coleta (entrevista semi-estruturada e questionário aberto), os resultados dos formandos foram quantificados. Este ensaio mostra como as visões dos alunos convergem nas duas abordagens. Apresentam-se, inicialmente, os dados qualitativos dos magistrados.

2.1. A modalidade na transmissão do conteúdo programático

A ênfase na abordagem teórica foi o aspecto mais marcante assinalado pelos dois grupos estudados. Os magistrados salientaram que

“[...] as aulas eram do tipo das lecionadas em faculdade [...] Tinha uns que ficavam dando aquela aula teórica, expositiva, enquanto outros traziam textos” (M21).

Ao se analisar o ANEXO A, deduz-se que 37,8% expressaram a mesma opinião, quanto à valorização da aula teórica, como forma de transmitir conhecimentos, como se deduz da constatação segundo a qual

“[...] no campo da teorização, a faculdade não deixa nada a desejar” (A29)

Ademais disso, esse mesmo grupo lembrou que

“[...] falta maior direcionamento dos alunos para a prática forense [...]” (A19).

O confronto das opiniões de magistrados e formandos revela uma convergência interessante a respeito do tema teoria *versus* prática: a importância que ambos os grupos de participantes deste estudo dão ao professor que alia a teoria à prática.

Quanto às críticas em relação à didática teórica desenvolvida em sala, um magistrado ressalta que somente a teoria não é o único requisito para lecionar, ao expressar seu ponto de vista:

“[...] entendo que alguns professores não deveriam ensinar, apesar de poderem até ter muita teoria, mas, na hora de repassar, ficam contando casos que tiveram e era só isso que acontecia na aula” (M26).

Esse magistrado lembra, por oportuno, que os casos abordados em sala de aula devem ter relação direta com os aspectos teóricos tratados.

Além de teóricas, as aulas se limitavam a exposições de temas, desprezando o variado número de recursos pedagógicos que poderiam ser utilizados. Dois magistrados resumiram a tendência do emprego da aula expositiva, na qual o professor expõe e o aluno se limita a ouvir, como recurso didático observada nos cursos jurídicos; mas

“[...] havia professores que gostam [gostavam] mais de se sentar e falar [...]” (M03, M13).

Dentre os formandos, 47%, como se deduz do ANEXO A, expressaram a opinião segundo a qual

“[...] as aulas são ministradas de forma muito tradicional [...] muito voltadas para o positivismo [...]” (A02).

Esses depoentes aliam duas características básicas e recorrentes do ensino jurídico: a forma tradicional de ensinar (aula teórica) e de interpretar.

Isso significa dizer que o traço teórico permeia a formação dos profissionais do Direito nos dois níveis analisados.

Como contraponto à tradicionalidade do ensino jurídico, magistrados salientaram a necessidade de tomar consciência de que vivem em uma nova era, razão pela qual a formação do profissional do direito não pode ficar restrita aos assuntos de natureza técnica, na medida em que

“[...] hoje, depois do início da era da globalização, não se pode mais abster dessa realidade” (M11).

“[...] nós estamos aquém, ou seja, nós não estamos acompanhando a evolução da história, da tecnologia, da ciência, nós estamos muito perdidos ainda. Eu tomei, assim, mais consciência dessa nossa necessidade de estudar cada vez mais a Ciência Jurídica, em virtude dela estar muito atrasada em relação às outras ciências” (M09).

Como visto, a aula tradicional foi tema recorrente em ambos os grupos. Mesmo nesta modalidade de aula tradicional, é possível o professor favorecer a participação dos alunos. Existem formas simples para provocar discussão e debates entre os discentes a partir de perguntas e questões sobre casos e procedimentos práticos que tenham relação com o assunto teórico exposto.

Alguns depoentes dos dois grupos insistiram na necessidade de maior participação nas aulas. De sua parte os magistrados indicaram que

“[...] as aulas poderiam ser dadas de uma maneira que pudesse explorar mais a participação direta do aluno do curso nas exposições. Houve debates, mas de uma maneira muito restrita” (M23).

“[...] em se tratando de um curso de especialização, os temas tratados deveriam ser temas do dia-a-dia, da prática dos juízes e dos alunos [...] a boa prática vem do acabamento de uma boa teoria” (M44).

“[...] eventualmente, um ou outro colega traz um caso prático, mas isso não é o norte, não é uma metodologia do todos os professores” (D11).

“[...] porque, quando a gente passa no concurso de juiz, devia antes de começar logo na prática, era ter aula aqui [na ESMEC], era pra mostrar como é um processo, como é que se despacha, quem despacha, tudo isso, mas não tem. Tem juiz que passa vergonha na comarca, quando vai fazer o primeiro despacho de uma Precatória, isso é um absurdo” (M09).

Observe-se que o último depoente desce a detalhes de sua falta de domínio sobre conhecimentos práticos necessários ao exercício de suas atividades profissionais. É fácil deduzir que a discussão em sala de aula sobre um processo complexo, ou sobre a preparação de um júri, pode suscitar muita discussão.

Sobre esse tema, como se pode calcular a partir dos depoimentos do ANEXO A, 37,7% dos formandos entendem que poderiam adquirir mais conhecimentos práticos se sua participação em sala de aula incluísse

“[...] simulações de júris, grupos de estudo [...]” (A44).

2. 2. Diversidade e multiplicidade de métodos adotados pelos professores

Como visto, a aula expositiva ainda predomina como estratégia didática nos cursos examinados, de acordo com a visão dos depoentes. Como se sabe, todavia, há atualmente um variado número de recursos pedagógicos que podem ser utilizados em sala de aula. O giz e o quadro negro continuam disponíveis, mas a estes podem ser adicionados outros recursos, especialmente os trazidos pelas tecnologias de informação, que não foram empregados nos cursos avaliados.

Apesar de predominante, à aula expositiva se juntavam outros métodos de ensino, possibilitando certa diversidade de abordagens, conforme anotam os depoimentos dos magistrados a seguir:

“[...] cada professor tinha um método diferente” (M03, M02).

A mesma idéia de diversidade de métodos de ensino é expressa por 44,4% dos formandos entrevistados, ao assinalarem que

“[...] há diversos métodos de ensinar escolhidos por cada professor [...]” (A27).

Os depoimentos não deixam a menor dúvida quanto à variedade de métodos de ensino posta em prática pelos professores. Essa diversidade não é ruim em si mesma. Nota-se, todavia, que as variações metodológicas, como o debate e a participação dos alunos em sala de aula, não se faziam do modo desejado, isto é, com estudo de casos reais ou simulados, análise de problemas e procedimentos jurídicos, distribuição de roteiros com perguntas orientadoras para estudo em equipe, por exemplo. Como salientado pelos dois grupos, o tempo dedicado aos debates foi também insuficiente. Em resumo, não havia programação pedagógica adequada, de modo que a cada atividade fosse destinado o tempo necessário para que sua execução se tornasse eficaz com vista à aprendizagem.

2.3. Convergência e elemento comum: a intersubjetividade

O que há a destacar na comparação dos depoimentos é a identificação de elementos e traços comuns expressos por formulações semânticas diferentes. Isso suscita a discussão quanto à *existência de intersubjetividade* nesse tipo de pesquisa. Com efeito, a questão que se levanta é: como pessoas diferentes expressam as mesmas opiniões, quando submetidas a perguntas diferentes enfocando os mesmos ângulos de um fenômeno? A constatação desse tipo de convergência remete a um tema polêmico: a *existência de intersubjetividade* na pesquisa predominantemente qualitativa.

A intersubjetividade se revela entre os depoentes e é captada pelo pesquisador. Nessa apreensão, o que ele busca é: “(...) reconhecer a uniformidade, a regularidade, a lealdade, a legalidade, que tornam previsíveis os fenômenos e processos individuais”⁹.

⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. vol. I, Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: [s.ed], 1997, p.40.

É evidente que “(...) a uniformidade, a regularidade (...)”, que são detectadas nas ciências humanas, não têm as mesmas características daquelas encontradas no mundo das ciências naturais, na medida em que elas são de natureza diferente nesses dois mundos. Mas há métodos de identificá-las com segurança e rigor.

Isso se tornou realidade após longa caminhada investigativa que culminou com a unificação na forma de interpretar o que há de subjetivo nas ciências morais, possibilitando o *estabelecimento de intersubjetividade* entre sujeitos que visam, intencionalmente, objetos que possuem a mesma essência. Para tanto, existem métodos de pesquisa de conceituados autores como Gadamer¹⁰, Husserl¹¹, Heidegger¹², Merleau-Ponty¹³ e Ricoeur¹⁴, cujo rigor preenche as exigências de qualquer ciência. Trata-se de saber usá-los, adequadamente, para alcançar os objetivos científicos buscados.

Gaston Bachelard (1884-1963), uma das inteligências luminosas do séc. XX, descobriu, na riqueza da experiência de cada um de nós a razão do progresso do *novo espírito científico* e da criação sempre necessária de métodos novos a partir da experiência:

Os conceitos e os métodos, tudo é função do domínio da experiência; todo o pensamento científico deve mudar diante de uma experiência nova; um discurso sobre o método científico será sempre um discurso de circunstância, não descreverá uma constituição definitiva do espírito científico¹⁵.

Na contemporaneidade, o filósofo e sociólogo francês Edgar Morin (1921) reforça a idéia sempre presente da necessidade de pensar a diversidade e a complexidade do real:

Antes de mais, creio que temos necessidade de macroconceitos. [...] temos necessidade de pensar por constelações e solidariedade de conceitos [...] os conceitos não se definem nunca pelas suas fronteiras, mas a partir do seu núcleo. [...] As fronteiras são sempre vagas, são sempre interferentes. É preciso pois procurar definir o coração, e esta definição exige frequentemente macroconceitos¹⁶.

O dualismo metodológico, imposto por regras rígidas de procedimentos cognitivos, dá lugar à abertura de mente, ancorada em operações dialógicas, recursivas e hologramáticas, à consciência do inacabamento do saber

¹⁰ GADAMER, H. op.cit.

¹¹ HUSSERL, Edmund. A idéia da fenomenologia. Lisboa: Edições 70, 1990.

¹² MARTIN, H. *Ser e tempo*. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

¹³ MERLEAU-PONTY, M. *Fenomenologia da Percepção*. Tradução de Reginaldo Di Piero. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971.

¹⁴ RICOEUR, P. *Hermeneutics and the human sciences: essays on language, action and interpretation*. Trad. John B. Thompson. New York: Cambridge University Press, 2005.

¹⁵ BACHELARD, Gaston. *O novo espírito científico*. 2 ed. Trad. Juvenal Haline Júnior. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p.121.

¹⁶ MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento Complexo*. 2 ed. Trad. Dulce Matos. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p.106.

compartilhado e renovado, próprio de uma época, cujos modelos tradicionais já não atendem às vicissitudes de uma sociedade exigente e planetária.

Não se pretende com isso anular o rigor, a precisão e a coerência, inerentes a um pensamento bem elaborado, característico da científicidade por tanto tempo defendida, nem tão pouco impedir a fecundidade e a criatividade, essenciais a um pensamento inovador e explorador de uma experiência rica e diversificada, conforme leciona Morin:

O pensamento complexo não se recusa de modo algum a clareza, a ordem, o determinismo. Acha-os insuficientes, sabe que não se pode programar a descoberta, o conhecimento, nem a ação (...). O que o pensamento pode fazer, é dar a cada um um memorando, uma marca, que lembre: 'não esqueça que o novo pode surgir e, de qualquer modo, vai surgir'¹⁷.

Em que pese o fato de os métodos e as idéias referenciados serem largamente empregados nas ciências humanas, há críticas e críticos sobre eles, da mesma forma como os há sobre os métodos adotados nas ciências naturais.

Especificamente sobre as abordagens quantitativas, pode-se argumentar que elas não possuem objetividade irrestrita, pois no mundo micro os fenômenos não se passam como no macro. Com a descoberta do mundo micro, especialmente o mundo quântico, as coisas mudaram muito. Nesse domínio, cujos precursores foram Max Planck (1858-1947), Niels Bohr (1885-1962), Erwin Schrödinger (1887-1961) e Werner Heisenberg (1901-1976), a Física Clássica não funciona. Com efeito, como leciona Marcelo Glaser¹⁸, a "(...) teoria quântica abandona certas premissas básicas da física clássica como, por exemplo, o conceito de trajetória (...) no mundo quântico, a noção de caminho torna-se difusa, junto com a própria existência"¹⁹. Isso significa dizer que não se sabe determinar, de forma segura, a posição, a velocidade e a natureza própria da partícula quântica, isto é, ela pode ser uma onda de luz ou matéria, dependendo de sua posição e velocidade. Desta forma, pode-se afirmar que no mundo micro não se dá a regularidade apreendida pelo raciocínio indutivo, embora ela esteja lá. Nem por isso esse ramo científico perde o *status* de ciência.

Vê-se, portanto, semelhanças na zona cinzenta da incerteza científica entre os dois campos do saber. A complexidade do micro quântico existe, igualmente, no mundo das ciências sociais, onde o caminho em busca da verdade também é difuso, em virtude da historicidade da existência humana ser tão imprevisível quanto a provável trajetória de uma partícula quântica.

As reflexões apresentadas aqui pretendem mostrar sucintamente que a

¹⁷ Idem, p.121.

¹⁸ GLASER, Marcelo. A realidade e o quantum. *Folha de São Paulo*, Caderno Mais!, Domingo, 5 jan. 2003, p.18.

¹⁹ Marcelo Glaser, físico brasileiro, radicado nos Estados Unidos da América, é professor de Física Teórica do Dartmouth College, em Hannover (EUA).

intersubjetividade é possível de ser atingida, na medida em que convergências de visões e opiniões subjetivas foram reveladas entre sujeitos que, sem *pré-conceitos*, visaram intencional e espontaneamente ângulos do mesmo objeto.

3. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Este breve trabalho finaliza com três idéias interessantes. A primeira, de cunho prático, é que ainda existe, em grau preocupante, a reprodução de métodos e estratégias de ensino tradicional, reconhecidos por formandos e magistrados, como inadequados para as exigências de sua formação na atualidade.

A segunda destaca a multiplicidade e a diversidade de métodos de ensino, adotados no discorrer das disciplinas dos cursos de graduação e pós-graduação, o que já revela uma tendência das reflexões metodológicas e epistemológicas que começam a permear a atividade do ensino jurídico.

A terceira remete para aspectos teóricos ligados à discussão das abordagens qualitativa e quantitativa. Trata-se do *problema da intersubjetividade*. Embora baseado em poucos dados, este ensaio revela que ela pode se estabelecer entre sujeitos sem a intermediação de modelos, métodos ou instrumentos quantitativos. Com efeito, depoimentos diferentes, de pessoas sem qualquer tipo de contato, e sem indução direta, chegaram à apreensão dos mesmos ângulos do fenômeno que descreveram e avaliaram de forma semelhante.

Fica, pois, posta, para estudos mais aprofundados, a *questão da intersubjetividade* na pesquisa predominantemente qualitativa, cuja possibilidade de existência foi aqui incipientemente mostrada.

4. REFERÊNCIAS

BACHELARD, Gaston. *O novo espírito científico*. 2 ed. Trad. Juvenal Haline Júnior. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

BASTOS, Aurélio Wander. O ensino jurídico no Brasil e as suas personalidades históricas – Uma recuperação de seu passado para reconhecer seu futuro. In: OAB: 170 anos de cursos jurídicos no Brasil. Brasília: OAB, Conselho Federal, 1997.

DE VASCONCELOS, Abner Carneiro Leão. *História Jurídica do Ceará*. 2. ed. Fortaleza: Imprensa Oficial do Ceará - IOCE, 1987, p. 44-45.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. vol. I, Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: [s.ed], 1997.

GLASER, Marcelo. A realidade e o quantum. *Folha de São Paulo*, Caderno Mais!, Domingo, 5 jan. 2003.

HUSSERL, Edmund. A idéia da fenomenologia. Lisboa: Edições 70, 1990.

MARTIN, H. *Ser e tempo*. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

MERLEAU-PONTY, M. *Fenomenologia da Percepção*. Tradução de Reginaldo Di Piero. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento Complexo*. 2 ed. Trad. Dulce Matos. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PAIM, Antônio. *História das idéias filosóficas no Brasil*. São Paulo: Convívio, 1984.

RIBEIRO, Maria Luisa Santos. *História da educação brasileira: a organização escolar*, 13 ed. São Paulo: Autores Associados, 1993.

RICOEUR, P. *Hermeneutics and the human sciences: essays on language, action and interpretation*. Trad. John B. Thompson. New York: Cambridge University Press, 2005.

ROCHA, Leonel Severo. A Racionalidade Jurídica e o Ensino Jurídico. In: Ordem dos Advogados do Brasil. Conselho Federal. *Ensino jurídico OAB: Diagnóstico, perspectivas e propostas*. Brasília: OAB, 1992, p.182-183.

ANEXO A

Avaliação profissional segundo formandos do curso de graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará

Modalidades de ministrar as aulas	Formandos
“[...] acho que deveria haver menos teoria e mais incentivo à prática [...] se as regras não forem praticadas, logo caem no esquecimento [...]”.	A01, A02, A03, A05, A07, A12, A16, A23, A24, A25, A28, A29, A34, A41, A04, A43
“[...] no campo da teorização, a faculdade não deixa nada a desejar, mas faltam simulações de júris, grupos de estudo, e maior direcionamento dos alunos para a prática forense [...]”.	A29, A19, A44, A45, A35, A44, A43, A02, A16, A22, A30, A41 A35, A31, A10, A12, A15
“[...] o ensino jurídico precisa ser atualizado às necessidades do mundo moderno [...]”.	A02, A16, A22, A30, A41 A35, A31, A19, A45
“[...] as aulas são ministradas de forma muito tradicional e muito voltadas para o positivismo [...] limitamos nosso aprendizado às leis [...]”.	A02, A15, A16, A22, A30, A41, A25, A03, A05, A07, A12, A16, A23, A24, A25, A28, A29, A34, A41, A04, A45
“[...] há diversos métodos de ensinar escolhidos por cada professor [...]”.	A27, A16, A41, A02, A05, A29, A28, A05, A07, A12, A16, A23, A24, A25, A28, A29, A34, A41, A04, A43



OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A MICROEMPRESA NA ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA

Vanessa Oliveira Batista¹

RESUMO

O presente artigo aborda a questão da nova ordem mundial em sua relação com os princípios constitucionais relativos à ordem econômica. Trata-se da análise deste tema à luz da Constituição Brasileira de 1988, especialmente no que se refere às micro e pequenas empresas.

Palavras-Chave

Princípios Constitucionais. Ordem Econômica. Micro e Pequenas Empresas.

ABSTRACT

This essay approaches the question of the new global order in its relation with the constitutional principles relative to the economic order. It is an analysis of the subject in the light of the Brazilian Constitution, specially, in relation to small and micro business.

Key-words

Constitutional Principles. Economical Constitution. Micro Business.

1. O PAPEL DOS PRINCÍPIOS DIANTE DA NOVA ORDEM ECONÔMICA MUNDIAL

Para abordarmos o tema empresarial no mundo contemporâneo devemos, obrigatoriamente, refletir sobre as mudanças operadas nos sistemas produtivo e financeiro nas últimas décadas. De sistemas nacionais atomizados, eles se integraram, enfraquecendo o poder de controle por parte do Estado, que não mais é o senhor dos fluxos internacionais de capitais através de seus bancos centrais, e que tampouco controla os setores econômicos funcionalmente especializados. Diante deste fenômeno, observamos a uma ampliação de ordens normativas, que levam o Estado a um impasse: se por um lado ele não mais regula a sociedade e a sua economia por instrumentos jurídicos tradicionais, em virtude dos mercados transnacionais e da complexidade dos diferentes setores econômicos, por outro lado ele regula centralizada e diretamente as situações sociais e econômicas, em função da pluralidade de fontes materiais de direito, uma vez que a cada dia as

¹ Mestre e Doutora em Direito Constitucional pela UFMG. Professora Adjunta de Direito Constitucional da FND/UFRJ.

tradicionalas normas jurídicas abstratas, genéricas e impessoais são substituídas por normas particularizantes, com fins específicos, que competem com o ordenamento estatal. Tanto é assim que vem acontecendo que o Estado muitas vezes se vê obrigado a negociar com forças econômicas que ultrapassam suas fronteiras nacionais, e que condicionam seus investimentos à aceitação de regras, procedimentos e mecanismos particulares de solução de conflitos.

Temos, pois, que o Estado está diante de uma soberania compartilhada e que, sem ela, pode ficar à margem da economia globalizada, o que não é desejável. Com este quadro, ele tem optado, muitas vezes, por rever sua política legislativa e por reestruturar seu direito positivo, redimensionando a jurisdição de suas instituições judiciais. Para isto se vale de estratégias de desregulamentação, de desconstitucionalização, de implementação do fim dos monopólios públicos. Sua justificativa reside no “custo/benefício” avaliado por governantes e legisladores. Quanto mais se tenta disciplinar e intervir, menos eficazes são os resultados, menos conseguem manter a coerência interna e a organicidade do sistema jurídico interno. A consequência deste processo de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização não conduz, porém, a um vazio jurídico. Ele abre, isto sim, um caminho para a articulação de complexos sistemas e subsistemas socioeconômicos internos e externos. Assim, boa parte do direito positivo nacional vem sendo internacionalizada através da expansão da *lex mercatoria* e do *direito da produção*, em função, principalmente, das relações dessas com as normas oriundas dos organismos multilaterais. Por outro lado, os detentores do poder econômico vêm enfraquecendo a força estatal, por meio da criação feroz de normas privadas no âmbito infra-nacional, uma vez que cada corporação empresarial tem a tendência de criar regras que lhe são necessárias, além de necessitar jurisdic平izar seu espaço de atuação segundo suas conveniências.

Temos, pois, que a desregulamentação no nível estatal significa a *relegalização* no nível dos próprios sistemas econômicos. Ou seja, as organizações privadas necessitam se *re-regulamentar* para serem capazes de investir de forma produtiva, oferecer empregos, impor comportamentos, gerar receitas tributárias etc. Destarte, o ordenamento jurídico tal qual hoje conhecemos é destituído de exclusividade e de centralidade, formado por normas de comportamento, normas de organização e por normas pragmáticas que se interpenetram continuamente e produzem micro sistemas normativos na esfera do ordenamento estatal. Essas cadeias normativas são caracterizadas por uma extrema pluralidade e heterogeneidade de regras, são provisórias e mutáveis, porque acolhem as mais diversas pretensões, muitas vezes contraditórias e excludentes. O ordenamento contemporâneo, portanto, não mais recepciona a idéia de interesses gerais e universais, não é mais regido por um princípio totalizador cujo papel é o de compor, integrar, e harmonizar interesses específicos. A idéia da “universalidade” é mera retórica, diferente do que ocorria no advento do Estado constitucional, da democracia liberal e representativa, das declarações de direitos².

² Cf. FARIA, José Eduardo Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão. Disponível em <http://www.artigosonline.com.br>. Acesso em: 20 ag 2005

É nesse contexto de globalização econômica que ganha força a discussão jurídica acerca dos princípios. Na verdade, eles são os enunciados que, implícita ou explicitamente, norteiam a aplicação do Direito, seja em sede constitucional, seja em sede legal, seja em sede infralegal. Os princípios são a origem, a base do sistema jurídico. Nas palavras de Bandeira de Mello, são os “mandamentos nucleares do sistema”³, que se irradiam por todo o ordenamento. São normas de estrutura, não de conduta propriamente. Para Dworkin os princípios se distinguem das regras por terem os primeiros uma estrutura que permite sua harmoniosa convivência em caso de se contraporem, enquanto às regras se aplica o princípio do “tudo ou nada”. Princípios têm peso, regras são funcionais. Para Alexy, eles são “mandamentos de otimização” do sistema.

Certo é que os princípios constitucionais são especiais, pois dirigem todas as normas vigentes, levando à motivação e alteração da conduta social, agregando as normas à sua volta com a finalidade de conduzir sua interpretação. Tal função, considerando que incontestavelmente os princípios constitucionais são de obediência obrigatória, é de fundamental importância num mundo em que, como vimos, o Estado não mais detém o monopólio da regulamentação de condutas.

2. O CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA

Tendo situado e qualificados os princípios, cabe agora conceituar o que se chama de “constituição econômica”. Como é bem sabido, a primeira constituição a tratar da questão econômica foi a Constituição alemã de 1919, a “Constituição de Weimar”, que continha um capítulo inteiro dedicado ao tema. A partir daí os Estados nacionais passaram a incorporar em seus textos constitucionais diretrizes da intervenção estatal no domínio econômico.

Com a incorporação dessa temática o Estado passa a adotar uma postura ativa em direção da efetivação dos direitos do cidadão, o que intensifica a necessidade de uma compreensão contextualizada e diferenciada dos princípios constitucionais da Ordem Econômica. A Constituição Federal Brasileira de 1988 trata da matéria no título VII, Capítulo I, onde estão designados os princípios e limites da atividade econômica.

A idéia de trabalhar com a inscrição de uma “ordem econômica” no texto constitucional está sempre envolta de forte carga ideológica. Eros Grau, ao comentar Vital Moreira, esclarece, porém, que a ordem econômica pode ter diversos significados, mas no mundo jurídico seu conceito está necessariamente relacionado com o *dever ser*, para se aproximar o conceito de ordem econômica constitucional daquele de Constituição Econômica⁴. Ou seja, a ordem econômica sob o manto do dever ser é a parcela que regrava normativamente as questões

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13^a ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 216.

⁴ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4^a Ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

econômicas, que institucionalizam uma determinada ordem econômica (mundo do ser), o que a afasta das questões ideológicas e a torna um reflexo das tendências históricas do Estado.

Portanto, a Ordem Econômica Constitucional é o conjunto de normas ou instituições jurídicas que realizam uma determinação legal no sentido concreto, regulando os limites da atuação do estado e da iniciativa privada

3. OS PRINCÍPIOS NA ORDEM ECONÔMICA DE 1988

O artigo 170 da Constituição Federal de 1988 enuncia os princípios que regem a ordem econômica. Todas as disposições normativas devem pautar-se por seus princípios orientadores na sua interpretação.

A essência do texto constitucional brasileiro reside na consagração de um Estado Democrático de Direito, que tem por escopo o dever de implementar e compreender uma Constituição Econômica, sendo esta voltada para a garantia da **dignidade da pessoa humana**, para a realização da justiça social e para a realização do pleno emprego.

De todos os princípios consagrados no texto constitucional brasileiro, a dignidade humana é a que, por excelência, representa um fim em si mesmo. Em relação a ela o Estado tem tanto os deveres negativos de se abster de ação ou omissão que a violem, quanto tem deveres positivos, quais sejam os de assumir condutas que promovam a dignidade humana. Esta é, na verdade, a diretriz a partir da qual devem ser analisados todos os princípios da Ordem Econômica. Mais que isto, como bem observa Washington Peluso Albino de Souza, o objetivo da ordem constitucional ao acolher o princípio da dignidade humana é o de '*assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social*', seguindo-se-lhes, então, os 'princípios' a serem observados, por entender que a dignidade, mais que princípio, constitui-se em **fundamento e objetivo** da ordem constitucional. Diz o eminent autor que, "ao tratar dos 'princípios gerais', o legislador situou, no primeiro artigo (art.170) do Cap. I, a preocupação para com os seus 'fundamentos' e os princípios a serem observados"⁵. Como fundamentos da 'ordem econômica' nomeia 'a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa'.

A **valorização do trabalho**, estabelecida como princípio fundamental no caput do artigo 170, é, como vimos, norma que configura a estrutura do sistema constitucional brasileiro. Significa que todos têm direito ao trabalho, mas ao trabalho digno e adequado, que atenda à sua concepção pessoal de adequação física, psicológica e moral. Proibido, pois o trabalho que implique em degradação do ser humano, criminalizado, portanto, o trabalho escravo. O direito ao trabalho leva ao dever do Estado de promover, direta ou indiretamente, intervenções na

⁵ SOUZA, Washington Peluso Albino de. A experiência brasileira de constituição econômica. *Revista de Informação Legislativa*. nº 102, p. 29-32. Brasília: Senado Federal: abr./jul. 1989.

ordem econômica para que se cumpra o ditame constitucional. Faz-se essencial essa possibilidade, como já vimos, diante de um mundo em que as regras privadas proliferam, devido à perda, por parte do Estado, do monopólio de regulamentar todas as condutas.

Neste sentido, a Constituição busca a valorização do trabalho humano, em conjunto com o **princípio da livre iniciativa**, ou seja, é garantido ao empreendedor instalar e realizar seus investimentos, competir lealmente nos mercados e auferir lucros, desde que o faça sem abusos. A livre iniciativa, conforme constante da CF1988, temos seguintes desdobramentos:

1. liberdade de instalação e alocação de investimentos;
2. liberdade de competição;
3. liberdade de gestão.

Cada empresário é livre para decidir autonomamente, mas sua liberdade não é absoluta. Devem ser respeitados os *limites jurídicos*, que prevêem os setores exclusivos do Estado, como serviços públicos e monopólios do petróleo e de minerais nucleares; os *limites econômicos*, os denominados “monopólios naturais”, que compreendem obstáculos tecnológicos (ex: ondas de telefonia celular) ou físicos (portos e aeroportos) para a atuação de mais de um agente econômico; os *limites socioculturais*, que se relacionam com os princípios da dignidade humana e da valorização do trabalho, aqui compreendidos, por exemplo, negócios que explorem a exibição de seres humanos de forma humilhante.

A intervenção do Estado na economia configura-se pois de forma subsidiária e como limite de natureza constitucional à atuação abusiva da iniciativa privada. Tendo o Estado mudado em função do contexto mundial que já analisamos, ele não mais exerce uma soberania absoluta, especialmente na esfera econômica. Não deixou, porém, de ter a função precípua de regular as relações desse setor perante o processo de globalização. Dois pontos importantes dessa discussão são a defesa da concorrência e a supranacionalidade das regras que se direcionam para a formação dos blocos econômicos, como o Mercosul, responsáveis, em boa medida, pelo redirecionamento das economias nacionais. Nesse norte, necessário se faz construir novos instrumentos jurídicos que possibilitem a interpenetração econômica e ao mesmo tempo preservem a livre concorrência no mercado nacional, a fim de garantir ao país as possibilidades de manutenção de sua autodeterminação. No mundo contemporâneo, a aplicação dos princípios constitucionais se relacionam com a proposta de interpretar e aplicar a legislação nacional a casos típicos da globalização, como, por exemplo, as fusões internacionais, com a finalidade de não afetar seriamente a soberania nacional e ainda manter a livre concorrência.

O **princípio da função social da propriedade** é outro enunciado que tem por escopo assegurar os interesses da sociedade, não apenas do proprietário individual. No capítulo da Ordem Econômica a propriedade econômica, os

bens e fatores de produção devem atender a um objetivo que ultrapassa a exclusividade do proprietário.

O princípio da livre concorrência é de importância capital para a sobrevivência de uma economia de mercado calcada na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa. Sua função é a de proteger a economia do país tanto no âmbito interno quanto no internacional, especialmente no mundo globalizado, em que oligopólios e monopólios podem ameaçar o crescimento econômico ou diminuir as possibilidades de realização da justiça social. Há hoje um verdadeiro regime normativo da concorrência, voltado para o restabelecimento das condições do mercado livre. Este princípio constitucional autoriza a intervenção ativa no mercado, bem como traça a possibilidade de se eliminar imperfeições.

Com isto protege-se o consumidor, primeiro a ser prejudicado pelas disfunções da livre concorrência. Temos, portanto, que na Ordem Econômica brasileira privilegia-se a livre iniciativa, mas com **respeito aos consumidores**, que lhe dão suporte e razão de ser.

Consagra-se ainda o princípio da **proteção ao meio ambiente**, a fim de que a exploração dos recursos naturais, necessária ao desenvolvimento econômico do país, seja baseada no desenvolvimento sustentável, em oposição à devastação ambiental.

Ao tratar do princípio da **redução das desigualdades regionais**, deve-se entender que os benefícios do desenvolvimento econômico e as estruturas normativas criadas para dar suporte a este crescimento devem estar voltadas também para a redução das desigualdades em todas as regiões de nosso país, procurando, através de políticas públicas e incentivos, reduzir as diferenças entre as regiões.

Por fim, tem-se o princípio da **busca do pleno emprego e o do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país**.

O primeiro coaduna-se com a meta desenvolvimentista e redistributiva de renda, em que um Estado precisa se desenvolver, porém, buscando a justiça social e uma melhor distribuição de renda, situação que, indubitavelmente, leva à busca do pleno emprego como norma de caráter principiológico. A segunda situação, o favorecimento às pequenas empresas, revela a necessidade de se proteger os organismos micro empresariais que possuem menos condições de competitividade que as grandes empresas.

O princípio de proteção às pequenas empresas nacionais estabelece, na verdade, o dever imposto ao Estado brasileiro de promover-lhes o fomento e o incentivo. A política de fomento é uma forma de ação econômica instalada após a Segunda Grande Guerra, cujo desenvolvimento se deu especialmente na década de 1970. A análise jurídica deste instituto leva à conclusão de que se trata de instrumento típico do Estado Social de Direito. No Brasil são exemplos

do cumprimento desse princípio os *Estatuto Jurídico da Microempresas*, o *Regime Tributário das Micro e Pequenas Empresas*, bem como a *Lei 8666/96* (licitações e contratos administrativos), que possuem dispositivos que dão cumprimento a este princípio constitucional expresso.

4. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA ORDEM ECONÔMICA E SUA RELAÇÃO COM OS PEQUENOS NEGÓCIOS

As micro e pequenas empresas constituem hoje um dos mais importantes segmentos da economia mundial, sendo responsáveis pela grande maioria dos postos de trabalho e do total de empresas de qualquer país. São o verdadeiro ponto de sustentação da livre iniciativa e da democracia. No Brasil elas têm importante papel como fonte de empregos, pois absorvem a maior parte da mão de obra desocupada devido às demissões das grandes corporações.

Além de sua função social, as micro e pequenas empresas se caracterizam por se adaptarem mais facilmente a novas situações econômicas, absorvendo de forma mais fácil as inovações tecnológicas. Têm ainda como vantagem o fato de que estimulam o empreendedorismo, criam empregos e promovem o desenvolvimento regional de forma mais eficaz. São, em suma, mais ágeis e mais aptas a se movimentar no mercado e fazer inovações. Para se ter uma idéia, alguns dos produtos mais utilizados no mundo moderno foram criados, ao longo do século XX, dentro das pequenas empresas, tais como o ar condicionado, o aerosol, o avião, o helicóptero, o marca passo, o computador pessoal e a câmera instantânea.

É através do número de micro e pequeno negócios que se mede o desenvolvimento social e econômico de um país. Há, portanto, que se criar um ambiente adequado para que esses empreendimentos proliferem, como política de crédito e política tributária, dentre outros tipos de incentivo. Não por acaso o vencedor do Premio Nobel da Paz de 2006 foi merecedor da condecoração por estabelecer um sistema de crédito eficaz para que a população de baixa renda em seu país, a Índia, pudesse montar seu próprio micro estabelecimento, promovendo, com isto, maior distribuição de renda e minorando o desemprego entre a classe mais pobre. Ou seja, efetivando direitos!

O tratamento dado às pequenas e microempresas, portanto, deve ser política pública permanente e uniforme, a fim de se evitar a contraposição dos pequenos negócios ao poder econômico das grandes corporações. O fomento a essas iniciativas tem se demonstrado essencial para aumentar a competitividade nacional. Apoiar as microempresas é autenticamente política de Estado, devendo estar inserida na estrutura institucional.

No Brasil, o tratamento favorecido a esse segmento está amparado na Constituição Federal de 1988. Como já visto, trata-se de princípio constitucional, insculpido no artigo 170, inciso IX e desenvolvido no artigo 179, que prevê tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno

porte, que devem ser incentivadas por todas as entidades da Federação, através da simplificação, eliminação ou redução de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias. Trata-se da atuação do poder estatal na economia, uma intervenção no domínio econômico, por meio da concessão de incentivos, normatizando e regulando a atividade econômica, com o intuito de incentivar a economia. É o que chamamos de *fomento*.

A lei a regulamentar esse dispositivo constitucional deve ter por objetivo, portanto, reduzir as desigualdades e anomalias diversas, na medida em que devem se converter em verdadeiros instrumentos de correção das contradições dos interesses privados.

Ao lado dos princípios da livre iniciativa, da valorização do trabalho humano, da justiça social, da soberania nacional econômica, da livre concorrência e da redução das desigualdades regionais e sociais, o inciso IX do artigo 170 da Constituição é um princípio constitucional que baliza o tratamento diferenciado, favorecido e simplificado aos micro e pequenos negócios.

Em outras palavras, qualquer cidadão, desde que em ambiente favorável, pode criar seu micro negócio e trabalhar para seu sustento e de seus familiares, consolidando assim a livre iniciativa, escolhendo livremente sua atividade econômica, e valorizando o trabalho humano, com justiça social. Dado relevante neste sentido é que grande parte desses negócios é implementado pelo empresário com a ajuda de seus familiares. A capilaridade desses empreendimentos tem o dom de aguçar a cadeia competitiva comercial, movimentando a economia e fortalecendo a soberania nacional econômica.

Há que se notar, portanto, que a conjugação dos artigos 170 e 179 leva à conclusão de que a lei deve limitar as ações estatais, cabendo ao Poder Público exercer suas atividades de incentivo por meio de atos administrativos e se valendo de seu poder discricionário para cumprir o mandamento constitucional. Assim, o governo brasileiro, desde a promulgação da CF1988 ficou submetido ao mandamento segundo o qual deve adotar medidas de incentivo ao segmento das micro e pequenas empresas.

Para analisar e guiar a ação estatal nesse sentido é interessante examinar o **princípio da isonomia**, consagrado na Constituição nos termos do artigo 5º, *caput*. A isonomia traz consigo a possibilidade de discriminação. Nos dizeres de Bandeira de Mello, pode-se discriminar sempre que haja um vínculo lógico entre o fator de discrimen e os interesses constitucionalmente protegidos. Assim, podemos assegurar, do ponto de vista constitucional, que o **tratamento diferenciado** dos pequenos negócios deve ser preponderante nas ações do Estado. Não se trata aqui de dispositivo discriminatório viciado, posto que não surge a partir de preferências subjetivas ou escolhas pessoais do administrador ou do legislador, mas de simples atendimento a dispositivo constitucional. O que importa é a finalidade objetivada pela discriminação.

Na mesma direção deve ser feita a leitura do artigo 150, II, da Constituição Federal, no que se refere ao direito tributário:

(...) é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir tratamento desigual entre os contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

Ora, os micro e pequenos negócios não estão na mesma situação que as grandes corporações. Suas condições de obtenção de crédito são menos favoráveis, assim como menor é sua possibilidade de oferecer garantias e usufruir das vantagens de uma economia de grande escala. Para Misabel Derzi a isonomia em relação ao direito tributário deve ser formulada de forma positiva, pois

a questão torna-se tanto mais importante quanto se sabe que, na ordem dos fatos, a desigualdade econômica é dado inegável, com ela convive e dela se alimenta o sistema capitalista, suporte e estrutura do atual regime jurídico.⁶

Para cumprir com eficiência o mandamento constitucional, portanto, o Estado deve implementar o tratamento diferenciado, por meio da adoção de medidas que contemplam todas as situações de incentivo aos pequenos negócios.

Destarte, importante é o princípio da capacidade contributiva, expresso no artigo 145,§1º do texto constitucional. Segundo este dispositivo, a cobrança de impostos deve atender à capacidade do sujeito, seja ele pessoa física ou jurídica. Para Sacha Calmon o constituinte brasileiro, ao expressar literalmente esse princípio constitucional, coloca-o como complementar ao princípio da isonomia tributária⁷. A capacidade contributiva é um dos pilares de nosso Sistema Tributário Nacional. Em decorrência deste instituto, portanto, temos a valorização do contribuinte, por meio da personalização dos impostos. O fato gerador desses tributos se vincula às suas condições individuais, aumentando ou diminuindo sua contribuição, como no caso do Simples.

Para finalizar, gostaria de fazer uma expressa referência a um famoso professor da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ, o jurista San Tiago Dantas, muito adequada para o tema abordado nessa exposição:

Quanto mais progridem e se organizam as coletividades, maior é o grau de diferenciação a que atinge seu sistema legislativo. A lei raramente colhe no mesmo comando todos os indivíduos, quase sempre atende a diferenças de sexo, de profissão, de atividade, de situação econômica, de posição jurídica, de direito anterior; raramente regula do mesmo modo a situação de todos os bens, quase sempre se distingue conforme a natureza, a utilidade, a raridade,

⁶ DERZI, Misabel de Abreu e COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 61.

⁷ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001.

a intensidade de valia que ofereceu a todos; raramente qualifica de um modo único as múltiplas ocorrências de um mesmo fato, quase sempre os distingue conforme as circunstâncias em que se produzem, ou conforme a repercussão que tem no interesse geral.⁸

5. REFERÊNCIAS

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001.

DANTAS, F. C. San Tiago. Igualdade perante a lei e due process of law : contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo. *Revista Forense* v. 116. São Paulo: Forense, 1948.

DERZI, Misabel de Abreu e COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana*. São Paulo: Saraiva, 1982.

FARIA, José Eduardo Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão. Disponível em <http://www.artigosonline.com.br>. Acesso em: 20 ag 2005

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4^a Ed., rev. e atul. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13^a ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. A experiência brasileira de constituição econômica. *Revista de Informação Legislativa*. n^o 102, p. 29-32. Brasília: Senado Federal: abr/jul. 1989.

⁸ DANTAS, F. C. San Tiago. Igualdade perante a lei e due process of law : contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo. *Revista Forense* v. 116. São Paulo: Forense, 1948.

DOCTRINA ESTRANGEIRA



MULTICULTURALISMO: CONCILIANDO DIVERSIDADE CULTURAL E IDENTIDADE NACIONAL NO CANADÁ

Ana Maria D'Ávila Lopes¹

RESUMO

Neste artigo discute se a identidade nacional é fundamental para o progresso de um Estado. Para tal, analisa-se a realidade canadense, exemplo paradigmático de sociedade multicultural.

Palavras-chave

Multiculturalismo. Identidade Nacional. Minorias. Diversidade. Pluralismo. Cidadania

ABSTRACT

This paper discusses if national identity is essential for the State's progress. Thus, it is analyzed the Canadian reality, paradigmatic example of multicultural society

Key-words

Multiculturalism. National identity. Minorities. Diversity. Pluralism. Citizenship

1. INTRODUÇÃO

A globalização designa uma intricada realidade de mutações sociais, culturais, políticas e econômicas, cujas repercussões ainda não podem ser totalmente dimensionadas, mas que já vêm abalando os alicerces conceituais da cultura jurídica ocidental.

Neste mundo globalizado, onde a diversidade cultural - ressaltada pela mídia e auxiliada pelos avanços dos meios de transporte - exsurge na sua plenitude, levantam-se interrogações sobre a viável manutenção das fronteiras geográficas, ideológicas e axiológicas em que os estados soberanos, ideados pelo Liberalismo, se resguardaram durante séculos para ignorar os direitos das minorias e, contra o qual, o Multiculturalismo vem lutando.

Pensar em Multiculturalismo nos leva inevitavelmente ao Canadá, onde a

¹ Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora do Curso de Mestrado da Universidade Federal do Ceará. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq.

presença da diversidade cultural emerge cada dia com maior força, evidenciando nitidamente a necessidade de discutir conceitos jurídicos até então considerados definitivos, quando na ciência não pode existir nada assim considerado.

Nesse contexto, Mikhaël Elbaz e Denis Helly² perguntam se é possível falar de uma cidadania como unicamente jurídica e política, ou se a cidadania pode ser também entendida como uma forma de compartilhar a herança e o patrimônio histórico cultural de uma sociedade. Qual é, questionam os referidos autores, a natureza do sentimento de fidelidade de um indivíduo em relação ao Estado a que jurídica e politicamente pertencem? Num Estado caracterizado pelo pluralismo cultural, é possível falar de identidade nacional? É possível conciliar diversidade cultural e bem comum? Que políticas públicas são necessárias para garantir o respeito às minorias e simultaneamente fortalecer a unidade nacional?

Para responder esses questionamentos, neste trabalho será, inicialmente, analisado o conceito de cidadania para, posteriormente, discutir os pressupostos básicos da teoria do Multiculturalismo. Finalmente, a experiência da sociedade multicultural canadense será analisada como forma de ilustrar a proposta teórica deste artigo.

2. REVISANDO O CONCEITO DE CIDADANIA

Pablo Sánchez León³ afirma que a nossa percepção do que era a cidadania grega está ofuscada pela idéia atual que temos de democracia. A grande maioria dos atuais estudos sobre os significados e alcances dos termos *cidadania* e *democracia* estão fortemente impregnados das influências teóricas do liberalismo moderno, cuja concepção sobre os mesmos difere enormemente da dos atenienses. Daí a dificuldade para entender os motivos do êxito da democracia grega, além da grande quantidade de tentativas frustradas da sua implementação no mundo globalizado do século XXI.

A democracia era para os gregos o governo do *demos*, composto pela população pertencente às diferentes *deme* ou aldeias do campo e circunscrições urbanas da Ática do século V a. C. A pertença a uma *deme* era hereditária e independente do lugar de residência. Apenas os homens, maiores de 18 anos, das diferentes *deme*, eram os que podiam participar na Assembléia, corpo soberano da *polis*. Estrangeiros, mulheres, escravos e filhos não emancipados estavam excluídos da participação política.

Na Assembléia, a participação era individual, haja vista a expressa proibição da formação de partidos políticos. Também não existia nada parecido com uma

² ELBAZ, Mikhaël. HELLY, Denise. *Globalización, ciudadanía y multiculturalismo*. Granada: Maristán, 2002, p. 13.

³ SÁNCHEZ LEÓN, Pablo. La ciudadanía que hemos perdido: el *zón politikón* en perspectiva histórica. In: PÉREZ LEDESMA, Manuel. *Ciudadanía y democracia*. Madri: Pablo Iglesias, 2000, p. 38 e ss.

oposição, pois o governo não era baseado em critérios ideológicos nem partidários. No lugar de líderes, na Assembléia eram nomeados oradores (*rhetores*), que se encarregavam apenas de organizar os debates e ordenar as votações.

Nessa realidade política, sem partidos nem líderes, é difícil entender o êxito da democracia grega a partir da nossa atual concepção de democracia, que depende fortemente do jogo político das diferentes ideologias existentes na sociedade. É isso que leva a Sánchez León perguntar:

¿Cómo es posible que, sobre la base de un sistema asambleario estricto, Atenas pudiera mantener no solo un orden político estable, sino además tomar decisiones y mantener la cohesión colectiva y la cooperación para hacer frente a amenazas exteriores de extrema gravedad y expandir su influencia cultural, económica, política e incluso militar por regiones limítrofes? ¿Cómo, en definitiva, funcionaba ese sistema político sin sumir el orden ciudadano entero en el más absoluto caos e ineficacia?⁴

A explicação baseada apenas no interesse pessoal dos gregos na participação na Assembléia tem sido rejeitada, devido a que o argumento utilitarista é incapaz de explicar porquê as pessoas participavam de uma atividade que demandava tempo e dinheiro e cujas expectativas de benefícios pessoais eram irrigúrias.

Na verdade, a cidadania grega proporcionava mais do que o direito de participar na Assembléia, pois afetava à vida social como um todo. A pertença a uma *deme* dava o direito de participar nos cultos, ser eleito para o júri, ocupar cargos públicos, possuir e receber terra, e perceber retribuições estatais. O Estado, a *polis*, eram seus cidadãos. Não existia em Grécia a separação de cidadão/homem presente na ideologia liberal do século XVIII.

A esses direitos eram indissociavelmente acrescentados os deveres de obediência às leis e a de ser útil (*chrēsimos*) à *pólis*, reforçando a noção de virtude cívica.

O espírito cívico (*aidós*) permitia a rede de trocas recíprocas entre os membros da cidade. A unidade e a reciprocidade são elementos fundamentais da noção grega de cidadania. Entretanto, não se trata aqui de um simples intercâmbio de bens e serviços, mas de um intercâmbio baseado em valores compartilhados que geram uma ordem social coesa e unitária (*metadosis*). Participar da Assembléia não tem apenas uma natureza política, mas, por detrás, está presente o sentimento de empatia com o outro, de irmandade (*philiai*). A amizade é a base da ação social que, transladada à política, se transforma na fonte de uma permanente auto-obrigação cidadã e é, justamente, esse sentimento que irá começar a se perder com a dominação romana, até perder-se totalmente com o individualismo propugnado pelo Liberalismo, do século XVIII, e ainda fortemente arraigado na cultura ocidental.

⁴ SÁNCHEZ LEÓN, P. op. cit. p. 43.

No atual mundo globalizado e individualista, onde se busca mais excluir do que incluir o outro, como pretender implantar uma cidadania nos moldes da Grécia clássica?

3. O MULTICULTURALISMO COMO RESPOSTA A UM MUNDO GLOBALIZADO

O Multiculturalismo – também chamado de pluralismo cultural ou cosmopolitismo – tenta conciliar o reconhecimento e respeito à diversidade cultural presente em todas as sociedades, com a virtude cívica necessária para o êxito de toda comunidade como tal. Com efeito, o Multiculturalismo busca mostrar que o Outro não é meu inimigo⁵ e que, ainda que diferentes, é possível construir uma comunidade exitosa.

Mikhaël Elbaz⁶, pela sua vez, ensina que *Multiculturalismo* é um conceito e uma ideologia, cuja polissemia somente pode ser entendida no âmbito da desestruturação da narração nacional, sob os efeitos da globalização. Nesse sentido, o Multiculturalismo pode ser entendido de diferentes formas, assim:

3.1. O Multiculturalismo comunal e corporativo

O Multiculturalismo comunal e corporativo deriva da lógica da politização da luta entravada pelas minorias na busca pelos seus direitos historicamente negados. É esta uma lógica que ao mesmo tempo é pragmática e instrumental, na medida em que objetiva criar novos titulares de direitos. O reconhecimento pelo Estado da diversidade cultural e dos direitos das minorias passa inevitavelmente pela mediação institucionalizada de uma elite saída da própria minoria. Este tipo de Multiculturalismo provoca tanto apoios como rejeições, haja vista colocar em discussão as dicotomias: espaço público/privado, universalismo/relativismo de valores, direitos individuais/coletivos, objetivismo/subjetivismo.

Semprini⁷ chama essas dicotomias de “aporias conceituais”, afirmando que as diferenças entre a epistemologia multiculturalista e a monoculturalista tornam difícil qualquer mediação dialética, transformando as controvérsias decorrentes desse choque em quatro principais aporias conceituais:

- a. essencialismo versus construtivismo: a noção de essencialismo é utilizada pelos defensores do Monoculturalismo para sustentar que as minorias e suas identidades são dados objetivos da realidade social, “peças imóveis do mosaico social”. Diferentemente, no enfoque construtivista, endossado pelos multiculturalistas, as identidades minoritárias são o produto da própria evolução histórica da sociedade, num contínuo processo dinâmico e transformador.

⁵ Cf. SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Petrópolis: Vozes, 1992.

⁶ ELBAZ, Mikhaël. El inestimable vínculo cívico en la sociedad-mundo. In: ELBAZ, Mikhaël. HELLY, Denise. *Globalización, ciudadanía y multiculturalismo*. Granada: Maristán, 2002, p. 27.

⁷ SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo*. Bauru: Edusc, 1999, p. 90 e ss.

Os monoculturalistas utilizam o enfoque essencialista como argumento para legitimar o *status quo* e justificar qualquer oposição a mudanças. Uma das manifestações teóricas do essencialismo é o genético, “para o qual cada grupo humano está condicionado definitivamente quanto à sua inteligência e em seu potencial de mobilidade social conforme seu patrimônio genético”⁸. Nesta linha de pensamento, o prêmio Nobel de Medicina James Watson pronunciou-se ao atribuir como causa do atraso do continente africano a menor – segundo ele – capacidade intelectual dos negros. Afirmação pela qual teve que posteriormente se desculpar⁹.

- b. universalismo versus relativismo: o universalismo defende a existência de valores e julgamentos morais absolutos. Ensina Semprini que a “utopia universalista nasce com o Iluminismo, concretiza-se nas revoluções americana e francesa e é traduzida politicamente nas instituições democráticas”¹⁰. Contrariamente, os relativistas afirmam “a impossibilidade de estabelecer um ponto de vista único e universal sobre o conhecimento, a moral, a justiça, ao menos na medida em que existam grupos sociais ou minorias com finalidades e projetos de sociedade diferentes”¹¹. Para os multiculturalistas, o universalismo é uma violência, haja vista pretender eliminar a diferença e impor um ponto de vista particular apresentado como universal.
- c. igualdade versus diferença: a igualdade é a base da utopia universalista que, ignorando as desigualdades econômicas, culturais e sociais dos indivíduos, prevê direitos cuja real eficácia se perde no formalismo, favorecendo e fortalecendo a maioria. Para os multiculturalistas, o espaço social é heterogêneo. Dessa forma, qualquer aplicação de uma lei que seja cega às diferenças existentes entre os indivíduos e os trate como se estivessem em igualdade de condições estará sendo claramente discriminatória.
- d. reconhecimento subjetivo versus mérito objetivo: os multiculturalistas salientam a importância do reconhecimento para ajudar a fortalecer a auto-estima dos membros dos grupos minoritários. Esse reconhecimento é concretizado através da adoção de livros didáticos e programas de ensino nos quais é resgatada a contribuição histórico-social das minorias e, especialmente, se concretiza por meio de ações afirmativas, como as cotas educacionais. Esta perspectiva é fortemente criticada pelos monoculturalistas, que defendem a política do mérito, ressaltando o aspecto positivo da competência e reivindicando critérios objetivos de avaliação.

⁸ SEMPRINI, A. op.cit. p. 91.

⁹ Cf. BBCBrasil. *Nobel se desculpa por declarações sobre inteligência negra*. Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2007/10/071019_geneticistadesculpa_fp.shtml. Acesso em: 07 nov 2007.

¹⁰ SEMPRINI, A, op. cit. p. 92.

¹¹ Loc. cit.

Semprini¹² qualifica estas quatro aporias como oposições para justamente salientar seu caráter conflitual e aparentemente insolúvel, e cuja análise exige uma visão de conjunto e interdisciplinar.

3.2. O Multiculturalismo como ideologia política

O Multiculturalismo como ideologia política busca se apoiar menos no Estado do que contestar o monoculturalismo. Nesta perspectiva, o ressentimento multiculturalista é contra o eurocentrismo e o androcentrismo, demandando uma re-leitura da história e a desconstrução da comunidade do saber. Busca-se, assim, partir da noção da existência de humanos diferenciados e não de um ideal de igualdade, que oculta versões e interpretações da diferença fundadas numa unidade imaginária.

Numa análise da sociedade americana, Semprini afirma que desde a Declaração da Independência dos Estados Unidos, as elites políticas e culturais do país provinham da tradição puritana e anglo-saxônica, condicionando o ulterior desenvolvimento americano. Assim, acrescenta que “a alma do país permaneceu branca, anglosaxônica e protestante (WASP)”¹³, deflagrando a concepção do modelo de cidadão americano como o homem, branco-anglosaxão e protestante, excluindo-se, como tal, a qualquer indivíduo que não reunisse essas qualidades.

3.3. O Multiculturalismo e a Síndrome Benetton

O Multiculturalismo e a *Síndrome Benetton* refere-se à mercantilização da cultura. O mundo como um bazar faz temer a *babelização* da cultura, mas assinala simultaneamente a capacidade da re-interpretação contextualizada dos produtores e receptores das mensagens e dos bens. O mundo tem se convertido numa aldeia global, caracterizando-se como um mosaico de sabores, sons e cheiros, que mostra que o Multiculturalismo não necessariamente significa pluralismo cultural, mas, às vezes, reduz a cultura a uma única adaptada as exigências locais.

Elbaz¹⁴ afirma que a generalização deste Multiculturalismo nas grandes cidades pode dificultar ainda mais a convivência de populações heterogêneas devido à falta de um referencial comum que as permita viver juntas.

Após a análise dos três modelos, Elbaz¹⁵ resume o Multiculturalismo a duas proposições:

- *apesar das nossas diferenças, todos somos humanos*, afirmação derivada

¹² Ibidem, p. 95.

¹³ Ibidem, p. 24.

¹⁴ ELBAZ, M. op.cit. p. 31.

¹⁵ Ibidem, p. 32.

da concepção pauliana fundadora do universalismo cristão, que reconhece a alteridade como parte interna da humanidade;

*- é graças às nossas diferenças que podemos aceder à humanidade, proposição decorrente da "lectura herderiana del mundo, que presume que todo conjunto humano tiene un *Geist*, una singularidad que tiene derecho a preservarse y a transmitirse"*¹⁶.

Nesse contexto, o questionamento que se levanta é se é necessário escolher entre um universalismo abstrato ou um universalismo reiterativo da tribo universalizante. Para Elbaz¹⁷, é possível não ter que optar, na medida em que o problema da sociedade atual está mais centrada na crise da cidadania, que demanda, pela sua vez, a re-humanização do espaço cívico e civil no qual se vive.

4. MULTICULTURALISMO E IDENTIDADE NACIONAL NO CANADÁ

Bourque e Duchastel¹⁸ ensinam que não é possível estudar o impacto das reivindicações das minorias sem uma referência às condições históricas que deflagraram a escolha do regime político e a criação da comunidade nacional na qual estão inseridas. Assim, uma breve referência histórica da formação da sociedade multicultural canadense será a seguir feita.

Em 1867, quando a confederação foi adotada, o Canadá apresentava-se como um Estado nacional truncado, na medida em que não possuía soberania, salvo para decidir questões internas. Apenas em 1931, graças ao Estatuto de Westminster que irá adquirir competência para tratar matéria internacional, sendo que, somente em 1946, que a existência de uma "cidadania canadense" irá reconhecer-se. Finalmente, em 1982, sua Constituição vai ser promulgada¹⁹.

Desde o início de esse novo Estado soberano, debateu-se sobre como moldar seu regime político sem cair nos excessos da democracia americana. Assim, adotou-se uma forma de estado federal, mas com características de centralização. Criou-se um Senado não eleito para limitar o exercício da democracia representativa. Estabeleceu-se a submissão de todas as leis à sanção real, por intermédio do governador geral e dos governadores delegados provinciais representantes, todos eles, da coroa britânica. O conjunto dessas ações conservadoras marcaria a história política canadense, "haciendo problemática la construcción de una verdadera identidad canadiense y, más tarde,

¹⁶ Ibidem, p. 33.

¹⁷ Loc. cit.

¹⁸ BOURQUE, Gilles. DUCHASTEL, Jules. Multiculturalismo, pluralismo y comunidad política: el Canadá y el Quebec. In: ELBAZ, Mikhaël. HELLY, Denise. *Globalización, ciudadanía y multiculturalismo*. Granada: Maristán, 2002, p. 171 e ss.

¹⁹ Cf. LOPES, Ana Maria D' Ávila. A Carta canadense de direitos e liberdades. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.

preparando la constitucionalización de los conflictos políticos”²⁰.

A Confederação canadense, criada em 1867, herdou os problemas nacionais não resolvidos durante sua vida como colônia. Com efeito, a “Ata da América do Norte Britânica” não reconheceu a existência de uma nação francesa distinta à da origem britânica²¹. Os povos autóctones, pela sua vez, foram regulados por uma lei de exceção de natureza colonial (a “Lei dos Índios”), que lhes negou a cidadania até 1960. Estes problemas mostram como, pelo menos constitucionalmente, ignorou-se que o Canadá era um Estado multinacional.

Não se deve esquecer, por outro lado, que a criação da Confederação obedeceu mais a interesses econômicos do que a um espírito anti-colonial de independência, daí que o que terminou sendo criado fosse um Estado inacabado.

Somente com o fim da Segunda Guerra Mundial, e o surgimento do Estado de Bem-estar que, pelo menos no lado inglês do Canadá, começou-se a consolidar uma identidade nacional. Contudo, esse “nacionalismo” não se apoiou numa comunidade política plenamente construída, mas na existência de um governo central que conferia benefícios sociais por todos os cantos do país. Assim, a nova identidade canadense adotou o rosto de uma cidadania social, ignorando as reivindicações nacionalistas dos francófonos e indígenas presentes no seu território.

Essa situação deflagrou, a partir dos anos sessenta, a discussão sobre a necessidade da criação de uma constituição canadense, na qual os temas sobre a soberania estatal e as reivindicações das minorias francófonas e indígenas alcançassem nível e relevância constitucional.

Esta tendencia a la constitucionalización de las luchas provocó una transformación significativa de la identidad canadiense que se había afirmado a partir de la Segunda Guerra Mundial: en contra de una ideología nacional centrada en la promoción de una ciudadanía universalista, se afirmará progresivamente una referencia identitaria que reposa sobre la defensa y la ilustración de una ciudadanía particularista.²²

Os anos sessenta representam, assim, um momento essencial para entender a transformação desse inicial nacionalismo canadense, onde o Multiculturalismo apresentou-se não apenas como uma resposta, mas como o marco teórico que iria moldar as discussões.

Nesse contexto, o governo federal teve que enfrentar os protestos dos indígenas e dos francófonos que não se contentaram com, no primeiro caso, a concessão da cidadania canadense, e, no segundo caso, o reconhecimento do francês como língua oficial, mas que lutavam pelo reconhecimento do Canadá como um Estado multinacional.

²⁰ BOURQUE, G. DUCHASTEL, J. op. cit. p. 173.

²¹ Cf. HOGG, Peter. *W. Constitutional Law of Canada*. 4 ed. Scarborough: Carswell, 1997.

²² BOURQUE, G. DUCHASTEL, J. op. cit. p. 175.

No entanto, a adoção do bilingüismo no Canadá, sob a direção de Pierre Elliot Trudeau, teve sim importantes repercussões, pois significou o reconhecimento legal da existência de grupos com direitos particulares, ou seja, o reconhecimento oficial da multiplicidade de culturas, constituindo o passo inicial para a discussão de se se reconheciam direitos lingüísticos, por que não reconhecer outros direitos culturais das minorias?

À par desses debates, outros grupos sociais minoritários (mulheres, homossexuais, idosos, etc.), uniram-se à luta pelo reconhecimento constitucional dos direitos das minorias.

A primeira constituição canadense foi promulgada em 1982, juntamente com a Carta de Direitos e Liberdades, onde é possível encontrar os clássicos direitos universalistas individuais, os políticos, os sociais e os direitos das minorias, o que se apresenta como uma relativa contradição, haja vista a dificuldade de conciliar os direitos individuais com os direitos coletivos das minorias.

Nesse contexto, de sociedade multinacional e multiétnica²³ questiona-se se é possível falar numa identidade nacional canadense, e se sua existência é primordial para o êxito desse Estado.

Lembre-se que o êxito da democracia grega residia no sentimento de pertença/ identidade do cidadão à/com a sua comunidade o que, pela sua vez, exigia a prática da virtude cívica, que o fazia participar e contribuir com o desenvolvimento da sua comunidade

No Canadá, onde não apenas coexistem nações diferentes, mas cujos direitos a ser e permanecer diferentes se encontram garantidos, pergunta-se se é possível falar de uma identidade nacional. É a identidade nacional elemento de definição de virtude cívica? Ou, talvez, a pergunta correta não seja essa, senão questionar se a identidade nacional pode continuar sendo definida como o sentimento de pertença a um grupo com iguais tradições, língua, religião, costumes, etc. É possível falar de identidade nacional em estados multiculturais?

Responder essas interrogantes nos leva inevitavelmente a dois posicionamentos a respeito do significado de cidadania. O primeiro, o liberal, defende que para agir como cidadão é preciso pertencer previamente a um

²³ Kymlicka distingue dois modelos de Estados multiculturais: a) o Estado multiétnico: correspondente ao Estado onde convivem mais de uma nação produto de um processo de imigração como, por exemplo, os Estados Unidos, Canadá e Austrália. Os imigrantes não ocupam terras natais. No entanto, podem se tornar grupos considerados minoritários, com a condição de que se estabeleçam conjuntamente e obtenham competências de auto-governo; b) o Estado multinacional: no qual coexistem mais de uma nação devido a um processo de convivência involuntária (invasão, conquista ou cessão) ou voluntária (formação de uma federação) de diferentes povos. As minorias deste tipo de estados são basicamente nações que existiam originariamente no território do estado, passando a conviver com outras nações que chegaram posteriormente, como é o caso dos aborígenes e dos francófonos canadenses. KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós, 1996, p. 14.

regime de filiação, a um sistema compartilhado de crenças e valores. O segundo, o comunitarista, privilegia a comunidade, entendida como tudo aquilo que os indivíduos, além das diferenças de origem, sexo, língua ou religião, têm em comum. O universalismo do vínculo comunitário é o que todos possuem em comum e o que os torna cidadãos²⁴.

Essas duas posições coincidem na definição de cidadania em termos de pertença, o que, pela sua vez, a reduz à ideia de *status*, haja vista se centrar na noção de cidadão como aquele qualificado para agir na comunidade. Essa é a concepção clássica de cidadania, tanto na sua vertente liberal como na comunitária.

A pertença está também presente na definição de cidadão na democracia grega. Entretanto, pertencer a uma *deme* não era suficiente para ser considerado cidadão. A cidadania era também um agir, e não simplesmente um estado – *status* – concedido com o nascimento. É essa noção de cidadania a defendida pelo republicanismo, que a entende como a participação do cidadão no comum da comunidade à que pertence.

Nesse marco teórico é que o Canadá vem erguendo-se como um Estado democrático, no qual a cidadania adquire dimensão diferente à concebida pelo liberalismo, que a identifica como um *status* e a condiciona à pertença a uma nação homogênea.

No Canadá, a preocupação pela consolidação de um Estado multicultural coeso é vislumbrada através das diferentes políticas públicas que vêm sendo implementadas para a efetivação dos direitos das minorias nacionais e étnicas. Assim, Kymlicka²⁵ identifica as seguintes:

- a. programas de ação positiva que buscam acrescentar a representação das minorias visíveis nas principais instituições educativas e econômicas;
- b. representação especial das minorias visíveis no Parlamento;
- c. revisão do currículum de história e literatura das escolas públicas visando dar um maior reconhecimento às contribuições das minorias etnoculturais;
- d. horários de trabalho flexíveis para adaptá-los às crenças religiosas dos grupos imigrantes;
- e. programas educativos anti-racistas;
- f. programas para integrar os imigrantes e seus filhos à sociedade canadense;
- g. sanções severas às manifestações racistas nos locais de trabalhos e escolas;

²⁴ Cf. RANCIÈRE, Jacques. Ciudadanía, cultura e política. In: ELBAZ, Mikhaël. HELLY, Denise. *Globalización, ciudadanía y multiculturalismo*. Granada: Maristán, 2002, p. 73.

²⁵ KYMLICKA, Will. *Finding our way: rethinking ethnocultural relations in Canada*. Toronto: Oxford University Press, 1998, p.42.

- h. capacitação da polícia, servidores públicos e profissionais da saúde sobre como reconhecer e tratar as necessidades especiais das minorias;
- i. regulação dos meios de comunicação para evitar a difusão de estereótipos;
- j. financiamento governamental dos eventos culturais das minorias e programas de estudos étnicos;
- k. prestação de alguns serviços públicos essenciais aos imigrantes adultos na sua língua materna;
- l. programas de educação bilíngüe para os filhos de imigrantes;
- m. escolas públicas dirigidas a estudantes negros que tiveram problemas em escolas racialmente integradas.

Estas políticas públicas são a comprovação do reconhecimento do Canadá como um Estado multicultural, no qual se busca que as minorias possam superar os obstáculos que dificultem sua participação como cidadãos.

Como afirma Wayne Norman²⁶, hoje não é suficiente que as políticas públicas atendam à justiça das suas instituições e aos direitos que as definem, mas devem também atender às virtudes da cidadania, que não pode ser mais considerada como um pacote de direitos e liberdades, mas deve incluir virtudes, responsabilidades, atitudes e identidades.

5. CONCLUSÃO

O mundo globalizado do século XXI reclama espaços públicos e democráticos que permitam a participação de todos os membros da sociedade. A construção e o fortalecimento de um Estado democrático exigem não apenas o reconhecimento das suas minorias, mas a implementação de políticas públicas especiais que possam garantir sua real participação na vida política do seu Estado, haja vista que cidadania não é um *status*, mas um agir em prol do bem da comunidade.

O Canadá constitui valioso exemplo de Estado multicultural que vem conseguindo conciliar diversidade cultural e identidade nacional. Há, sem dúvida, ainda muito por fazer, mas não pode desconhecer-se que o Canadá tem dado o passo fundamental de mostrar que ser diferente não significa ser inimigo.

²⁶ NORMAN, Wayne. Justicia y estabilidad política en el Estado multicultural. Lecciones de la teoría y la práctica de Canadá. In: ELBAZ, Mikhaël. HELLY, Denise. *Globalización, ciudadanía y multiculturalismo*. Granada: Maristán, 2002, p.120.

6. REFERÊNCIAS

- BBCBrasil. *Nobel se desculpa por declarações sobre inteligência negra*. Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2007/10/071019_geneticistadesculpa_fp.shtml. Acesso em: 07 nov 2007.
- BOURQUE, Gilles. DUCHASTEL, Jules. Multiculturalismo, pluralismo y comunidad política: el Canadá y el Quebec. In: ELBAZ, Mikhaël. HELLY, Denise. *Globalización, ciudadanía y multiculturalismo*. Granada: Maristán, 2002.
- ELBAZ, Mikhaël. El inestimable vínculo cívico en la sociedad-mundo. In: ELBAZ, Mikhaël. HELLY, Denise. *Globalización, ciudadanía y multiculturalismo*. Granada: Maristán, 2002.
- ELBAZ, Mikhaël. HELLY, Denise. *Globalización, ciudadanía y multiculturalismo*. Granada: Maristán, 2002.
- HOGG, Peter. W. *Constitutional Law of Canada*. 4 ed. Scarborough: Carswell, 1997.
- KYMLICKA, Will. *Finding our way: rethinking ethnocultural relations in Canada*. Toronto: Oxford University Press, 1998.
- _____. *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós, 1996.
- LOPES, Ana Maria D'Avila. A Carta canadense de direitos e liberdades. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NORMAN, Wayne. Justicia y estabilidad política en el Estado multicultural. Lecciones de la teoría y la práctica de Canadá. In: ELBAZ, Mikhaël. HELLY, Denise. *Globalización, ciudadanía y multiculturalismo*. Granada: Maristán, 2002.
- RANCIÈRE, Jacques. Ciudadanía, cultura e política. In: ELBAZ, Mikhaël. HELLY, Denise. *Globalización, ciudadanía y multiculturalismo*. Granada: Maristán, 2002.
- SÁNCHEZ LEÓN, Pablo. La ciudadanía que hemos perdido: el *zóon politikón* en perspectiva histórica. In: PÈRÉZ LEDESMA, Manuel. *Ciudadanía y democracia*. Madrid: Pablo Iglesias, 2000.
- SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Petrópolis: Vozes, 1992.
- SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo*. Bauru: Edusc, 1999.



NOTARIADO Y JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Antonio Fernández de Buján¹

RESUMEN

El presente estudio analiza a reforma que viene siendo realizada en España sobre la jurisdicción voluntaria e o papel que o notariado cumple en ella. Así, son desarrollados temas como: perspectiva histórica, regulación vigente, propuestas de futuro y Derecho comparado, sobre el citado asunto.

Palabras-clave

Notariado. Jurisdicción voluntaria. Derecho español.

RESUMO

O presente trabalho analisa a reforma que vem sendo realizada na Espanha sobre a jurisdição voluntária e o papel que os cartórios de registros cumprem nela. Nesse sentido, são desenvolvidos temas como: perspectiva histórica, regulação vigente, propostas para o futuro e Direito comparado, sobre o mencionado assunto.

Palavras-chave

Cartório de Registros. Jurisdição voluntária. Direito espanhol.

1. INTRODUCCIÓN

El pasado veinte de octubre, el Consejo de Ministros de España aprobó la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, JV, para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona, en materia civil y mercantil. En el marco del Estado constitucional de Derecho, la reforma de la JV era una de las piezas que quedaba todavía por encajar en el organigrama de la Administración de Justicia, dado que el legislador de la Ley Procesal Civil Española del año 2000, había optado, en lo que constituye la primera novedad respecto de las leyes procesales anteriores, por regular la JV en una Ley específica, siguiendo también en este punto el modelo constitucional alemán²

¹ Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid.

² Vid, entre otros autores, en relación con las más recientes aportaciones en la materia: Fernández de Buján, *La Jurisdicción Voluntaria*. Madrid 2001; Id. *La reforma de la Jurisdicción Voluntaria :problemas, interrogantes, soluciones*, La Ley,23-3-2005; Id. *El nuevo perfil de la Jurisdicción Voluntaria en el Anteproyecto de Ley de octubre de 2005*. De la tutela de relaciones jurídico

privadas a la protección de intereses generales, públicos o sociales. La Ley, 8-6-2006 Id.La Jurisdicción Voluntaria.El Anteproyecto de junio de 2006,en El Notario del siglo XXI, agosto de 2006; De Prada González, En torno a la futura ley de jurisdicción voluntaria,en El Notario del siglo XXI,diciembre 2005; Seoane Cacharrón, Breve examen crítico del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria del Ministerio de Justicia de 1 de junio de 2006, La Ley, 28-9-2006 , y la bibliografía citada .en estos estudios.

Vid de forma especial en la doctrina española :

RAMOS MENDEZ, *La Jurisdicción Voluntaria en negocios de comercio*. Madrid 1978; Id. *Derecho procesal civil*. T.II, Barcelona 1992, pp 1289ss ; ALMAGRO, con Cortés Domínguez, Gimeno Sendra y Moreno Catena, en *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Vol II, pp.535-593; y GONZALEZ POVEDA, *Jurisdicción Voluntaria*, 3^a Ed, Pamplona 1997.;AA.VV. *JURISDICCIÓN VOLUNTARIA*, Coordinador GONZALEZ POVEDA, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1997.

Vid.,asimismo en la doctrina española: ALVAREZ-CASTELLANOS, *El proceso de jurisdicción voluntaria*, Revista de Derecho Procesal, 1945, pp.331-353. GIMENO GAMARRA, *Ensayo de una teoría general sobre jurisdicción voluntaria*, ACD, 1953, pp. 5 ss.; CARRERAS, *Eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria*, en Estudios de Derecho Procesal, 1962; PRIETO CASTRO, *Reflexiones doctrinales y legales sobre la jurisdicción voluntaria*, en Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal, Madrid 1964, pp. 585 ss.; FONT BOIX, *El Notariado y la jurisdicción voluntaria*, Academia Matritense del Notariado, T. XV, 1967, pp. 272-295; SERRA, *Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria*, en Estudios de Derecho Procesal, Barcelona 1969, pp. 619 ss.; ALCALÁ-ZAMORA, *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso*, México 1974, tomo 1, pp. 115 ss; GOMEZ ORBANEJA, Y HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Civil*, 8^a ed. Madrid 1976.RAMOS MÉNDEZ, *La jurisdicción voluntaria en negocios de comercio*, Madrid 1978; ALMAGRO, *El Secretario Judicial y la futura Jurisdicción Voluntaria. III*, J.FPJ., Madrid 1987, pp. 65-72; MUÑOZ ROJAS, *Sobre la jurisdicción voluntaria*, Actualidad Civil, nº 9, 1989; Id., Actualidad Civil, nº 39, 1990; PEDRAZ, *Constitución, Jurisdicción, Proceso*, 1990. FAIRÉN, *Jurisdicción voluntaria, Juicios sumarios: las confusiones de la historia y su evolución*, BICAM, 2/ 1990, pp.19-34; Id. *Sobre el paso de la jurisdicción voluntaria a la contenciosa. El artículo 1817 de la LEC y la problemática actual*, ADC, 1991, pp. 947-969; DIEZ-PICAZO, L.M., *Régimen constitucional del poder judicial*, Madrid 1991; GOMEZ DE LIANO, *Derecho Procesal Civil*, 2ed.,Oviedo 1992, pp 566 ss.;MARTÍN OSTOS, *Hacia un nuevo Secretario Judicial español. La Ley nº 2946, 25-2-1992*; ALMAGRO, con CORTÉS DOMÍNGUEZ, GIMENO SERRA y MORENO CATENA, en *Derecho Procesal II*, vol. I, *Parte General. Proceso Civil*. Valencia 1992, pp. 535-593; AUGER, *Reforma de la jurisdicción voluntaria*, Anales Academia Matritense del Notariado, 1992, pp. 7-27; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil. t. III*, Barcelona 1992, pp. 1289 ss.; BELLOCH, *Notas en torno al Notariado y la jurisdicción voluntaria*, Revista Jurídica del Notariado 1992, pp. 9-42.; GÓMEZ FERRER, *Ejercicio de la jurisdicción voluntaria por el notariado*, R.J.N., 1993, pp. 9-178; ORTIZ NAVARRETE, *Procesos y expedientes de jurisdicción voluntaria sobre menores en la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor*, Actualidad Laboral 1996; DE PRADA, *Intervención judicial en el ejercicio de la patria potestad a través del procedimiento de la D.T. 10^a de la Ley 19/1981*, Derecho Judicial, 1996, pp.57 ss ;GONZÁLEZ POVEDA, *Jurisdicción voluntaria*, 3^a ed., Pamplona 1997; JUAN SÁNCHEZ, en ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi 2001, pp. 85-97, SÁNCHEZ BARRILAO, *Las funciones jurisdiccionales de jueces en garantía de derechos*, Madrid 2002; DE LA OLIVA, con I. DIEZ-PICAZO, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Madrid 2001, pp. 229 ss.; DE LA OLIVA ,I. DIEZ-PICAZO y VEGAS TORRES, *Derecho Procesal. Introducción*. Madrid 2002; SEOANE CACHARRÓN, *El Secretario Judicial ante la futura ley sobre la jurisdicción voluntaria*, Revista del Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, 2003, nº 3, pp. 91-108; MONTERO AROCA, con GOMEZ COLOMER, MONTÓN Y BARONA, *Derecho Jurisdiccional VI, Parte General y VII. Proceso civil*, Valencia 2005,GOMEZ COLOMER, pp 859ss; LIÉBANA ORTIZ, *Notas para el estudio de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria*, Redur,3,2005,pp.163-182.; Ramos Mendez, Cuanta dosis de Jurisdicción Voluntaria Necesitamos , Justicia 2006, pp 7-25, Rodríguez Adrados, A., *El Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, n. 36, Madrid 2006, pp.93-123 .

Vid en la doctrina extranjera: Habscheid ,*Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 7^a ed., „München 1983;Denti, *La giurisdizione voluntaria revisitata*,Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile 1987 y en Studi in onore di E.Allorio, Milano 1989;Allorio, *Saggio polemico sulla giurisdizione*

La ley de Enjuiciamiento Civil, LEC, por la que se rige la jurisdicción contenciosa, establece en su Disposición Final 18^a que: "En el plazo de un año, a contar de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de Ley sobre jurisdicción voluntaria". El cumplimiento del mandato del legislador, impregnado de voluntarismo político, en lo atinente al breve plazo previsto, ante la magnitud y complejidad de la tarea, se inicia, en el año 2002, con la constitución, en el seno de la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación, máximo órgano asesor del Ministerio de Justicia en las tareas prelegislativas, de una Ponencia, compuesta de siete miembros, a la que se encarga la elaboración de un texto preparatorio de Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria.

En junio de 2005, la Ponencia concluye su Propuesta de Anteproyecto, con un contenido de 308 artículos y Diez Disposiciones Complementarias, "valoradas y tenidas muy en cuenta- conforme se afirma en su Exposición de Motivos- las observaciones que a su articulado le fueron formuladas por las Secciones de Derecho Mercantil y de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación".

El texto normativo elaborado por la Ponencia, es publicado en el Boletín Informativo del Ministerio de Justicia en octubre del año 2005 como Anteproyecto de Jurisdicción Voluntaria: "como texto preliminar de una nueva regulación de la jurisdicción voluntaria, sin duda necesaria, por lo que se hace pública por su evidente interés para la comunidad jurídica, al objeto de propiciar su conocimiento y libre discusión", según se afirma en la Nota Editorial, que antecede a la Memoria Explicativa que acompaña al texto normativo, integrado por una Exposición de Motivos, 306 artículos y 10 Disposiciones Complementarias.

La puesta en marcha de la maquinaria legislativa, a partir de este primer paso relevante del prelegislador, continua con la revisión interna en el Ministerio de Justicia de la Propuesta de la Ponencia y su materialización en el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, aprobado en Consejo de Ministros de 2 de junio de 2006, e integrado por una Exposición de Motivos, ciento ochenta y cuatro artículos, repartidos en nueve Títulos, y dieciocho Disposiciones Complementarias, de las cuales ocho son adicionales, una transitoria, una derogatoria y ocho finales.

El Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, para facilitar y agilizar

voluntaria,Revista T.de Diritto e Procedura Civile,1948;Fazzalari,La giurisdizione volontaria, Padova 1953; Micheli,voce Camera di Consiglio, en En. Dir. Milano 1958,volV; Januzzi, Manuale della volontaria giurisdizione,Milano 2000; Santarcangelo,La Volontaria Giurisdizione I y II, 2003 y la bibliografía allí citada, y con carácter general,las contribuciones contenidas en Atti del XVII Convegno Nazionale del Processo Civile, Palermo 1989.

la tutela y garantía de los derechos de la persona en materia civil y mercantil, consta de una Exposición de Motivos, 202 artículos, distribuidos en X Títulos y 17 Disposiciones Complementarias y reproduce, con escasas y acertadas variaciones, el texto del Anteproyecto de Ley de junio de 2006³.

³ Vid. asimismo sobre Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano y en Derecho Procesal vigente:

FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, Madrid, 3^a ed. 1999, prólogo de M. Amelotti; Id., A propósito de la competencia en materia de *iurisdictio voluntaria* en Derecho Romano, *Revista de Derecho Notarial y A.A.M.N.*, T. XXVIII pp. 95-134; Id., *Diferencias entre los actos de iurisdictio contenciosa y iurisdictio voluntaria en Derecho Romano*, *Estudios Homenaje a A. D'Ors*, vol. I, Pamplona, 1987, pp. 427-457; Id., Consideraciones acerca del carácter clásico y jurisdiccional de la denominada por Marciano "Iurisdictio voluntaria", en D. 1.16.2, pr., *Estudios Homenaje a Juan Iglesias*, Madrid, 1987, pp. 197-215; Id., "La Jurisdicción Voluntaria", Ed. Civitas, Madrid, 2001; Id., *Jurisdicción voluntaria 2001*. La jurisdicción voluntaria en la encrucijada: su conexión con el nuevo modelo procesal de la LEC del año 2000, Derecho y Opinión, Córdoba, 2000, pp.329-342; Id., *La jurisdicción voluntaria: racionalización y redistribución de competencias*, Libro Homenaje a Sánchez Mera, Madrid 2002, pp. 1997-2036; Id., *La Jurisdicción Voluntaria: una reforma legislativa pendiente*. *Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia*, vol. IV, 2002, pp. 537-606; Id., *Noción de iurisdictio y etapas. Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria*. Portal electrónico de Derecho, IUSTEL, 2002; Id., *Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria: una propuesta de futuro*, Anuario de Derecho de la U.A.M., vol. 3, 2001, pp. 89-149; Id., *Consideraciones de lege ferenda en materia de jurisdicción voluntaria y Anteproyecto de Jurisdicción Voluntaria*, *Revista del Colegio de abogados de Lugo*, 2001, pp. 22-24; Id., A propósito del futuro Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, *Revista del Colegio de abogados de Lugo*, 2001, 2002, pp. 18-22. Id., *Jurisdicción Voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa*, *Actualidad Civil*, nº 36, 2001, pp. 1277-1306; Id., *Jurisdicción voluntaria: sanción constitucional*, nº 37, *Actualidad Civil* 2001, pp. 1317-1341; Id., *La reforma legislativa de la jurisdicción voluntaria: reflexiones de presente y perspectivas de futuro*, *Derecho de los Negocios*, nº 163, 2004, pp. 5-15; Id., *Jurisdicción Voluntaria: Historia (I)*, *Tribuna Pública, Mercados, Voz de Galicia*, 12-09-2004; Id., *Problemas (II)*, *Tribuna Pública, Mercados, Voz de Galicia*, 17-09-2004; Id., *Interrogantes (III)* *Tribuna Pública, Mercados, Voz de Galicia*, 26-09-2004; Id., *Soluciones (IV)*, *Tribuna Pública, Mercados, Voz de Galicia*, 3-10-2004; Id., *Jurisdicción voluntaria: reflexiones de presente y futuro*. *Estudios Homenaje Manuel Albaladejo*, tomo I, 2004, pp. 1655-1691; Id., *La hora de la Jurisdicción Voluntaria*. *Estudios Homenaje a Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 1901-1921; Id., *La reforma de la Jurisdicción voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones*, *La Ley 23 de marzo de 2005*, pp.1-9; Id., *Jurisdicción Voluntaria*, ABC. 21-5-2005; Id., *La reforma de la jurisdicción voluntaria*, *Otrosí, Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, septiembre de 2005, pp.16-19; Id., *Los profesionales del derecho y la jurisdicción voluntaria*. Ponencia General presentada en el XVII Congreso Nacional de Profesores de Derecho Romano de la República Argentina, General Roca, La Patagonia, Octubre de 2005; Id., *La protección patrimonial de los discapacitados y la jurisdicción voluntaria a la luz de lo previsto en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre*, Ponencia presentada en el II Congreso Regional sobre Protección Jurídica del Discapacitado, Burgos, noviembre de 2005, en prensa; Id., "Reflexiones sobre el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria", *Estudios Homenaje al Prof. J. González Campos* en prensa; Id. El nuevo perfil de la jurisdicción voluntaria en el anteproyecto de ley de octubre de 2005, *La Ley*, 8 de junio 2005; Id. La jurisdicción voluntaria , El Anteproyecto de junio de 2006. El Notario del siglo XXI, agosto 2006.; El procedimiento de jurisdicción voluntaria común a jueces y secretarios , en *Economist & Jurist*, en prensa; Competencias notariales en el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, en *El Notario del siglo XXI*, XI, enero-febrero 2007, pp 60 ss.

2. DESJUDICIALIZACIÓN, REDISTRIBUCIÓN Y RACIONALIZACIÓN DE COMPETENCIAS. EL PROTAGONISMO HISTÓRICO DEL NOTARIADO EN MATERIA DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

La sustancial modificación del marco competencial se configura como la más relevante novedad de la reforma: se deslinda entre las competencias que continúan atribuidas a los Jueces y aquellas otras que, en el ámbito de la propia JV, se atribuyen a Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, y se procede a la redistribución de competencias entre Jueces y Secretarios Judiciales, en el seno del órgano jurisdiccional. La desjudicialización de procedimientos, y su atribución con carácter alternativo a Secretarios Judiciales, Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles se produce en materia de derechos reales, obligaciones, sucesiones, derecho mercantil y derecho marítimo. Se trata de supuestos atribuidos a los jueces, en atención a, en su momento, explicables decisiones de oportunidad, tradición histórica, orden público u ordenación del sistema, que no continúan vigentes en el momento actual, por lo que han sido objeto de traslado competencial, con carácter general, a los Secretarios Judiciales, como reconocidos expertos en derecho procesal y en atención a su configuración como Cuerpo superior jurídico y único, de carácter nacional, al servicio de la Administración de Justicia, y a Notarios y a Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en atención a su especialización, a su consideración de relevantes operadores jurídicos en el orden extraprocesal, y a la paz social y seguridad jurídica preventiva que supone su intervención como garantes de la legalidad

La configuración institucional de los Notarios como agentes de la JV, y por ende la posibilidad que se reconoce a los justiciables para acudir de forma opcional a la actuación notarial, entre uno de los varios operadores jurídicos posibles, en determinadas materias, constituye por todo ello uno de los núcleos esenciales del texto prelegislativo, lo que supone, por otra parte, no sólo devolver a estos funcionarios públicos, al propio tiempo que profesionales del derecho, un protagonismo en esta materia que ya les había sido atribuido por la historia, sino también el reconocimiento de una titularidad que les corresponde por su propia naturaleza, en atención al desempeño de funciones de autenticación, notificación, documentación y garantía de derechos, lo que hace que el notario actual, en palabras de Rodríguez Adrados, no sea un mero fedatario público, sino que ejerce un oficio público en cuanto a su función certificante y autorizante, al propio tiempo que realiza un juicio de legalidad del acto en que interviene y de asesoramiento de los intervenientes, con sometimiento al control o revisión judicial.

A lo largo de los siglos IX al XII, en todos los países europeos y singularmente en Inglaterra, Francia, Alemania en Inglaterra, así como en España a partir del siglo XIII, se produce una evolución jurídica consistente en que una parte importante de las actuaciones negociales de JV se realizaban ante los notarios que estaban adscritos a los tribunales tanto laicos, como eclesiásticos. De forma especial, a partir del siglo XII, el conocimiento y resolución de una

parte importante de supuestos de JV que se sustanciaban ante los jueces se atribuyó a los Notarios, que se configuran como el órgano por excelencia de la JV en la Europa del medioevo ⁴

3. EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO DE COMPETENCIAS. EL PROBLEMA DE LA TERMINOLOGÍA. LAS COMPETENCIAS NOTARIALES DE LOS CÓNSULES

En relación con la terminología utilizada en el ámbito administrativo de competencias que en la materia se atribuye a los Notarios, cabe señalar que, si bien el término Jurisdicción, entendido en sentido técnico, debería reservarse en puridad para hacer referencia a los titulares de potestad jurisdiccional, Jueces y Magistrados, así como otros órganos expresamente previstos en la Constitución, por lo que la denominación más apropiada para referirse a la titularidad de estos profesionales sería: "competencias notariales en garantía de derechos" y, en este sentido me he pronunciado en anteriores estudios, creo que resulta asimismo razonable argumentar, situándose dentro de la propia lógica que opera en el interior del sistema que se pretende modificar, y que, en definitiva, determina su progreso, que la asimilación de las actuaciones propias de los distintos operadores jurídicos en el marco exclusivo del ejercicio pacífico de los derechos, unido al hecho del reconocimiento de competencias en la materia a estos operadores jurídicos en distintas etapas históricas, podrían

⁴ Vid. sobre jurisdicción voluntaria notarial en : FONT BOIX, *El notariado y la jurisdicción voluntaria*, en Academia Matritense del Notariado, t. XV, 1967, pp.; ALMAGRO, *Derecho Procesal*, cit., pp. 530 ss.; SOLIS VILLA, *La defensa de los consumidores y la función notarial*, Estudios Academia Sevillana del Notariado, Madrid 1998; RODRÍGUEZ ADRADOS, *Borrador para un Proyecto de Ley de jurisdicción voluntaria notarial y de modificación de determinados artículos del Código Civil, de la LEC y de la LH*, Agosto 1991, Inédito, reseñado y consultado en el estudio de Gómez-Ferrer; GÓMEZ-FERRER, *Ejercicio de la Jurisdicción Voluntaria por el Notario*, Revista Jurídica del Notariado, 1993, pp.9-178; GÓMEZ COLOMER, con MONTERO, MONTÓN y BARONA, cit., p.903; AUGER, *Reforma de la Jurisdicción Voluntaria*, Anales de la Academia Matritense y del Notariado, 33, 1992, pp. 7-27; BELLOCH, J.A, *Notas en torno al Notariado y la Jurisdicción voluntaria*, Revista Jurídica del Notariado, 1993, pp. 9-42; FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., *Jurisdicción Voluntaria*,cit., pp. 141-162. RODRÍGUEZ ADRADOS, *Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial*, RDN, XLI-XLII, jul-dcb. 1963, pp 71-183; Id., *Formación del instrumento público, validez, eficacia y libre circulación del negocio jurídico así documentado, incluso en las relaciones de Derecho Internacional Privado*, RDN, XCIVI-XCVIII, jul-dcb 1977, pp. 109-38; Id., *La persistencia histórica de la oralidad en la escritura pública*, Madrid, 1996, pp. 177 ss. NÚÑEZ LAGOS, *Hechos y derechos en el documento público*, Madrid 1950, pp. 414 ss.; DE LA CÁMARA, *Valor jurídico y aplicaciones de las actas notariales de notoriedad en Derecho español*, Madrid, 1950; RODRÍGUEZ ADRADOS, *Cuestiones de técnica notarial en materia de actas*, RDN, CXXXVI, abril-junio, 1987. MARÍN LOPEZ, *Derecho de sucesiones y jurisdicción voluntaria*, Comunicación presentada en las XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil en febrero de 2206, en prensa; DE PRADA GONZALEZ, *En torno a la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria*, El Notario del siglo XXI,n.4 M ADRID 2006, pp 21 a 24:CAMPO GUERRI, *Notariado y Jurisdicción Voluntaria*, El Notario del siglo XXI, n.6, Madrid 2006,pp.144-147; Rodríguez Adrados, *EL principio de veracidad*, El Notario del siglo XXI, n.9,sep\oct .2006 ,pp. 26 ss ; Id *El Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, n. 36, Madrid 2006, pp.93-123 .

resultar elementos a valorar en orden al mantenimiento de la terminología utilizada en el texto prelegislativo.

Ahora bien, la posibilidad de atribuir la competencia para conocer y resolver expedientes de JV, “a otro funcionario designado- en la misma posición que se otorga al Juez, Secretario Judicial, Notario y Registrador- para la administración o tutela de cuestiones de derecho civil o mercantil en las que no exista contraposición entre los interesados”, conforme a los artículos 1.2 y 13.2, del Proyecto, supone introducir una cláusula genérica que podría materializarse en el nombramiento de funcionarios, sin más especificaciones, a los que se atribuyese la titularidad en el futuro en supuestos de JV. Se corre con ello el riesgo innecesario de desnaturalizar el término jurisdicción aplicado a la competencia del funcionario designado, lo que no sucede, como he intentado explicar, con la utilización de la expresión Jurisdicción Voluntaria referida a Secretarios Judiciales, Notarios y Registradores, por razones históricas, de derecho comparado y de ubicación funcional en el seno del propio órgano jurisdiccional.

Parecería por ello más conveniente que en vez de prever una lista abierta de funcionarios en la Ley Marco reguladora de la JV, se atribuyan competencias específicas, en la propia Ley de JV o en otras disposiciones legislativas, a funcionarios singulares, como los Cónsules o los Registradores de Bienes Muebles, como así se establece en el caso de los Registradores de Bienes Muebles en la Disposición Final segunda, 13º, por la que se modifica el art. 274 de la LH, conforme al cual: “...Los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles tienen el carácter de funcionarios públicos para todos los efectos legales..... En su condición de funcionarios públicos ejercerán aquéllas funciones en materia de jurisdicción voluntaria que la legislación específica les atribuya.....”.

En relación con los Cónsules, su competencia viene prevista en el Procedimiento denominado “Protesta de Mar e incidencias de viaje”, art. 190.1: “En los casos en que la legislación aplicable exija que el capitán al llegar al puerto de destino haga constar algunas incidencias del viaje, deberá hacerlo ante la Capitanía Marítima, de acuerdo con lo dispuesto en la ley general de navegación marítima .Si se tratara de un país extranjero ante el cónsul español”.

En el sentido expresado, a mi juicio, la competencia de los cónsules en materia de JV podría asimismo haberse previsto:

- a. En relación con la regulación de la competencia en materia de Derecho Internacional, correspondiente al Título II, Capítulo II, arts. 9 a 11;
- b. En materia de declaración de herederos abintestato, el Anteproyecto de 2005, preveía en el art. 286.3 que: “ Cuando el causante no hubiera tenido en ningún momento su domicilio en España, se podrá realizar la declaración de herederos mediante acta de notoriedad por el cónsul de su domicilio”, se trataba con ello de colmar una laguna legal que afectaba

a los españoles que, residentes en el extranjero, no hubieran tenido en ningún momento residencia en España;

- c. Se prevé la intervención de los Cónsules en materia de testamentos cerrados u ológrafos, en la nueva redacción que se propone del art. 736 C.C., en la Disposición Final Primera, 9º: "El agente diplomático o funcionario consular en cuyo poder hubiera depositado su testamento ológrafo o cerrado un español, lo remitirá al Ministerio encargado de asuntos exteriores una vez conocido el fallecimiento del testador, junto con el certificado de defunción, si obra en su poder". Dado que el Cónsul, en estos casos, cumple una función notarial, podría reconocérsele competencia para proceder a la apertura y adveración del testamento. Las novedades que introduce el texto del art. 736 son: la sustitución de "agente consular" por "agente diplomático o consular", "Ministerio de Estado" por "Ministerio encargado de asuntos exteriores" y la obligación del Ministerio de Estado de "publicar en el BOE la noticia del fallecimiento", se sustituye por la obligación del Ministerio de "remitir el testamento al Juzgado".
- d. En materia de Derecho marítimo, en el Procedimiento denominado "Depósito y venta de mercancías y equipajes en el transporte marítimo", procedería la atribución de competencia a los cónsules en aquellos casos en los que el lugar en que concluya el transporte esté en un país extranjero.

En el Anteproyecto de 2005, se preveía asimismo la competencia del cónsul en los procedimientos de Enajenación de efectos mercantiles alterados o averiados, arts. 284 y 285 y de Autorización judicial para la venta del buque, arts. 304 a 306, ambos suprimidos en el Proyecto de Ley.

4. COMPETENCIAS NOTARIALES PREVISTAS EN EL PROYECTO

En relación con la asignación de competencias específicas relacionadas con el Notariado y atribuidas a los distintos operadores jurídicos en el Proyecto de Ley, procederé a realizar alguna observación por si resultase susceptible de ser tomada en consideración:

A. Las competencias compartidas se conforman:

En definitiva, el número de expedientes cuya competencia se atribuye a los Notarios en el Proyecto, asciende a un total de veinticinco.

En relación con el Expediente de dominio, arts. 114 a 118, cabe destacar:

- la ampliación el marco competencial a Secretarios Judiciales, Notarios y Registradores Mercantiles, al que ya he aludido en un apartado anterior.
- el traslado de la regulación contenida en la Ley Hipotecaria al texto del Proyecto como un procedimiento específico.

- la supresión de la intervención del Ministerio Fiscal, lo que cabe entender en consonancia con lo que supone una modificación relevante respecto de lo previsto en el actual 1815 LEC 1881, y al A.2005 que establece la intervención del Ministerio fiscal cuando el procedimiento afecte a intereses públicos, lo que podría plantearse si en el expediente se viesen afectados intereses de ausentes o de personas en paradero desconocido o propiedades públicas, si bien hay que hacer constar que en el Informe del Consejo Fiscal se justifica la supresión de la intervención del Fiscal en estos supuestos, en atención a: "que dichos expedientes atañen meramente a intereses privados y así lo pone de manifiesto el hecho de que no esté prevista la intervención del Fiscal en el ulterior proceso contencioso si se llega a entablar contienda".

Se ha trasladado asimismo la regulación del Expediente de regulación de cargas y gravámenes -respecto de la que cabe, en líneas generales, extender la exposición formulada respecto del expediente anterior- contenida en la Ley Hipotecaria, al texto normativo del Proyecto, arts.119 a 122.

En relación con la consignación, arts. 125 a 127, se reconoce la competencia del Secretario Judicial y del Notario, si bien hubiera sido deseable haber mantenido la propuesta de modificación del art. 1178 CC, formulada por el A. 2005, en orden a la previsión de actuación notarial. En todo caso, es competencia del Notario declarar, en su caso, bien hecha la consignación, es decir, cumplidos los requisitos de identidad e integridad de la prestación, si bien sólo el Secretario podrá declarar cancelada la obligación, conforme al art. 127.3 del Proyecto.

En relación con los procedimientos en materia de sucesiones, a lo ya observado con anterioridad, cabría añadir que el procedimiento de protocolización del testamento ológrafo ha sido trasladado del Código Civil al Proyecto de Ley de JV, arts. 144 a 148, y que se ha suprimido, sin que ello esté justificado, a mi juicio, en la tramitación del expediente, la referencia a la oposición, del párrafo segundo del actual art. 693 CC, conforme al cual: "Cualquiera que sea la resolución del Juez, se llevará a efecto, no obstante oposición, quedando a salvo el derecho de los interesados para ejercitárolo en el juicio que corresponda".

La temática sucesoria en el A. de 2005 y en el Proyecto de Ley, ha sido, respectivamente, estudiada con detalle, por Juan José Marín, en una comunicación presentada a las XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, en Cantabria, febrero de 2006 y José María De Prada, en Ponencia presentada en el Colegio Notarial de Madrid en octubre de 2006, ambas en prensa, y que he podido consultar por cortesía de los autores.

En relación con los procedimientos de derecho mercantil y de derecho marítimo, me remito, asimismo, a lo ya expuesto, al respecto, en diversos apartados del presente estudio.

B. Parecen más propias de la competencia judicial, en garantía de derechos, sin reserva jurisdiccional, que de la competencia de los Secretarios Judiciales o Notarios:

- a. La fijación del plazo para el cumplimiento de una obligación (arts. 123 y 124);
- b. La valoración de las cuentas del albacea (art. 153);
- c. La autorización para que el albacea pueda efectuar actos de disposición sobre bienes de la herencia (art. 155,4º).

Se trata de actuaciones que, por su propia naturaleza, parecen refractarias, conforme a la actual posición de estos operadores jurídicos en el Ordenamiento, con la función notarial o la propia del secretario judicial.

C. Parece razonable que se atribuya a los Secretarios Judiciales la competencia compartida con los Notarios en materia de Declaraciones de herederos abintestato a favor de los ascendientes, descendientes y cónyuge viudo. La exclusividad competencial en esta materia a favor de los Notarios, en el contexto actual de competencias compartidas entre estos dos operadores jurídicos, titulares de la fe pública judicial los Secretarios y de la fe pública extrajudicial los Notarios, no parece estar justificada , por lo que la disposición de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de la Reforma Procesal, que modifica en este sentido el art. 979 de la LEC de 1881, para atribuir a los Notarios, en sustitución de los Jueces , la mencionada competencia exclusiva, y que ciertamente resultó un acierto, en atención a casi nula conflictividad producida al respecto desde su entrada en vigor, debería ser revisada en el sentido de reconocer la competencia compartida a Notarios y Secretarios Judiciales en relación con los herederos abintestato de toda condición, como así se había previsto en la regulación del procedimiento específico, arts. 186 a 191, del Anteproyecto de 2005.

D. En sentido contrario al indicado, de supresión de la exclusividad notarial, el Proyecto modifica la regulación que en materia de testamento cerrado había previsto el Anteproyecto de 2005, conforme al cual cuando el testamento cerrado estaba depositado en el Archivo de un Notario le correspondía a éste en exclusiva la apertura, adveración y protocolización del mismo, y de conformidad con este tenor se modificaba el art. 712 del CC , mientras que en los supuestos en que el testamento había quedado en poder del testador o de una tercera persona, quien tuviese el testamento en su poder podía optar por acudir a un Notario o al Juzgado para proceder a su presentación , adveración y , en su caso, posterior protocolización, y así se preveía en la modificación del art. 714 del CC.

Pues bien, conforme a la regulación prevista en el Proyecto, desaparece la exclusividad competencial del Notario que tenga en su archivo el testamento para proceder a su adveración y apertura y el interesado podrá optar por otro Notario o por el Secretario Judicial competente para la realización de las formalidades

requeridas, art. 712 . Sin embargo, aunque no se prevé de forma expresa, parece evidente, y será lo más frecuente, que el interesado que opte por el cauce notarial, puede decidir que sea el propio Notario que ha autorizado su otorgamiento, quien proceda a la adveración, apertura y protocolización del testamento.

Ahora bien, en la Memoria Justificativa del Proyecto, de 19 /10 /2006, apartado IV, al igual que en la Memoria Justificativa del Anteproyecto de Ley, de 1 /6 /2006, apartado V, parece que por error, se continua distinguiendo entre aquellos supuestos en los que el testamento cerrado está depositado en el Archivo del Notario, en los que se reconoce a éste la competencia exclusiva para su adveración y apertura y aquellos supuestos en que el testamento no se encuentra en el Protocolo notarial, en los que el interesado podrá optar por acudir a la intervención del Notario o a la del Secretario Judicial.

E. La exclusividad de la competencia de los Secretarios Judiciales se articula, asimismo, en el Proyecto en relación con los siguientes supuestos:

- a. Subastas judiciales no ejecutivas, arts. 128 a133;
- b. Declaración de extinción de la obligación en la consignación, conforme al art. 127, 3;
- c. Robo, hurto o extravío o destrucción del título al portador, arts. 177 a 180;
- d. Orden de venta de bienes o efectos depositados, conforme al art. 186, en el procedimiento de depósitos en materia mercantil;
- e. Nombramiento de perito en los contratos de seguros, arts. 187 y 188;
- f. Protesta de mar e incidencias de viaje, arts.190 y 191;
- g. Liquidación judicial de avería gruesa, arts.192 a 197.

A la crítica relativa a la exclusión de la competencia notarial en los supuestos de subastas judiciales no ejecutivas y de Protestas de mar e incidencias de viaje, me referiré en el apartado correspondiente a la posible ampliación de la competencia notarial en la materia.

La conciliación se atribuye en exclusiva asimismo al Secretario Judicial, salvo en aquellos supuestos que el requerido tenga su domicilio en un municipio donde no exista Juzgado de Primera Instancia o Mercantil, cuando se trate de materias de su competencia, en cuyo caso será competente para conocer del acto de conciliación el Juez de Paz, conforme al art. 30 .

No se prevén competencias compartidas con ningún otro operador jurídico, en los supuestos de actos de JV cuyo conocimiento y resolución se atribuye a los Jueces.

5. COMPETENCIAS SUSCEPTIBLES DE SER ATRIBUIDAS AL NOTARIADO

En relación con la atribución de competencias a los Notarios, cabe

señalar que al amplio reconocimiento que al respecto se materializa en el texto del Proyecto, en materia de derechos reales, obligaciones, sucesiones, derecho mercantil y derecho marítimo ,a salvo de las reservas formuladas, en materia de plazo para el cumplimiento de la obligación y en aspectos puntuales en sede de albaceazgo cabría, no obstante, a mi juicio, la adición al texto definitivo de una serie de supuestos, a los que ya me he referido en anteriores estudios, susceptibles de ser incluidos en la órbita de la función notarial, sin perjuicio de la competencia compartida con los Secretarios Judiciales:

- a. La presencia y documentación que requiere un matrimonio civil, es una función propia de la labor del Notario y del Secretario Judicial;
- b. La separación y divorcio por mutuo consenso, podría asimismo formalizarse ante Notario o Secretario judicial, salvo la aprobación del convenio regulador, en los casos de existencia de menores de edad o incapacitados, que deberá ser aprobado por el Juez;
- c. En las uniones de hecho podría regularse la función acreditadora y documentadora del Notario respecto a la existencia real de la convivencia y al tiempo de relación previo a tal acto de constatación;
- d. En materia de adopción de mayores de edad y de menores emancipados;
- e. La reconciliación que el art. 84 del CC. exige que los cónyuges pongan en conocimiento del Juez, a fin de poner término al procedimiento de separación y dejar sin efecto ulterior lo en él resuelto, podría acreditarse mediante acta notarial;
- f. La formalización de inventarios prevista en diversos textos del Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil y atribuida al Juez, encaja mejor en la función propia de los Notarios y Secretarios Judiciales. Al efecto, en el Anteproyecto de 2005 se había regulado en el artículo 15, ubicado en sede de procedimiento general, la práctica del inventario de bienes;
- g. La posesión judicial de bienes a favor de quienes los hubieren adquirido por herencia, si no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario- es decir, el tradicional interdicto de adquirir la posesión, conforme a la denominación clásica sustituida, a mi juicio, de forma equivocada, por una larga perífrasis, en el art. 250.3 LEC- podría atribuirse al Notariado y a los Secretarios Judiciales, como expediente de JV;
- h. La posesión judicial en los casos en que no proceda el interdicto de adquirir, que conforme a la previsión del Proyecto, pasaría a la competencia de los Secretarios Judiciales, art. 13.3, es asimismo materia cuyo conocimiento y resolución debería atribuirse, de forma compartida, a Notarios y Secretarios Judiciales;
- i. Las subastas judiciales no ejecutivas, arts. 128 a 133 del Proyecto, atribuidas en exclusiva a los Secretarios Judiciales, constituyen asimismo actuaciones propias de la función notarial, al igual que ya sucede respecto a la

realización extrajudicial ejecutiva de bienes de naturaleza diversa, por lo que convendría establecer su carácter de expediente compartido por ambos operadores jurídicos. Se trataría con ello de En este sentido, se establecía en el Anteproyecto de 2005 , art. 171.3 que: "Salvo que la Ley o el tribunal que la hayan ordenado expresamente dispongan lo contrario, los interesados podrán instar la enajenación en subasta notarial, inicialmente o en cualquier momento anterior al anuncio de la subasta. En tal caso, se sobreseerá el expediente judicial de subasta si se hubiere iniciado";

- j. La protocolización de memorias testamentarias, en los derechos civiles especiales en los que exista como institución propia;
- k. La manifestación del heredero, que se hubiese reservado el derecho de deliberar, relativa a la aceptación o el repudio de la herencia, a la que se refiere el art. 1019 CC, deberá realizarse ante el Secretario Judicial, y debería preverse asimismo la competencia notarial;
- l. Los testamentos militar y marítimo, arts. 716 a 721 y 722 a 731 CC, o determinadas manifestaciones testamentarias de Derecho Civil de Comunidades Autónomas, en los que no ha intervenido el Notario, requieren la acreditación de su autenticidad y la comprobación del cumplimiento de los requisitos y formalidades legales, lo que constituye una función propia de la actuación notarial. Lo mismo cabría afirmar del testamento realizado en peligro de muerte inminente, en tiempo de epidemia, arts. 700 a 704 CC, o en caso de naufragio, art. 731 CC, en los que la actuación consistente en autenticar, calificar y documentar las afirmaciones de los testigos, constituyen una función propia de la actuación notarial, como sucede, en general, en una materia, como la testamentaria, esencialmente notarial desde el originario derecho romano, en el que tabeliones eran juristas prácticos especializados en testamentos y contratos.
- m. El procedimiento de protesta de mar e incidencias de viaje, arts. 190 y 191 del Proyecto, en cuanto que se trata de un acto de documentación y presencia, propio de la función notarial.

6. LA REFORMA DEL ART. 1 DE LA LEY DEL NOTARIADO

El nuevo marco normativo de atribución de competencias en materia de jurisdicción voluntaria a Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles se contiene en las propuestas de modificación de artículos correspondientes a:

- a. La Ley del Notariado, art.1 , en relación con los Notarios: ".....Igualmente como funcionario público, ejercerá aquellas funciones en materia de jurisdicción voluntaria que según la legislación específica se le atribuyan", conforme a la Disposición final tercera, si bien cabe señalar que en el caso de los Notarios que el actual art. 3 del Reglamento Notarial ya les designa como órganos de la Jurisdicción Voluntaria;

- b. La Ley Hipotecaria, art. 274.3, en relación con los Registradores de la Propiedad, "En su condición de funcionarios públicos ejercerán aquellas funciones de jurisdicción voluntaria que la legislación específica les atribuya", conforme a la Disposición final segunda, apartado trece;
- c. El Código de Comercio, art 16.3, en relación con los Registradores Mercantiles: "Como funcionario público, el Registrador Mercantil administrará los expedientes de jurisdicción voluntaria que le atribuya el ordenamiento", conforme a la Disposición final cuarta;

Objeto de especial análisis, merece, a mi juicio por su parte, la Disposición Adicional tercera, por la que se modifica el art. 1 de la Ley de Organización del Notariado, y ello en atención a que supone un cambio relevante respecto al actual contenido del art. 1;

En el párrafo segundo del citado artículo se establece: "Como funcionario público-se refiere al Notario- ejerce la fe pública notarial que implica la obligación de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de aquéllos. Igualmente como funcionario público, ejercerá aquellas funciones en materia de jurisdicción voluntaria que según la legislación específica se le atribuyan".

A mi juicio, sería conveniente reconsiderar la redacción de este párrafo, en el sentido de:

- a. Ajustar mejor la extensión que se atribuye a la fe pública en la reforma;
- b. Introducir la referencia a los contratos y demás actos extrajudiciales, contenida en el vigente art. 1 de la Ley del Notariado.

El objeto de la dación de fe se refiere a hechos, perceptibles, percibidos y recogidos como tales por el Notario en el documento que otorga. En tal consideración cabe enmarcar la identidad de los otorgantes y la declaración de que el consentimiento ha sido libremente prestado, a lo que cabría añadir que –a juicio del Notario – el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes, dado que en estos casos parece más bien que estamos, más que ante un ejercicio de la dación de fe en sentido técnico, ante un juicio o una calificación notarial, que podrá ser adecuada o desacertada.

En definitiva, la propuesta que formulo de revisión del citado párrafo se concretaría en la siguiente redacción del mismo: "Como funcionario público el Notario ejerce la fe pública notarial , conforme a las leyes de los contratos y demás actos extrajudiciales, lo que implica la obligación de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que , a su juicio, el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de aquellos. Igualmente como funcionario público, ejercerá aquellas funciones en materia de jurisdicción voluntaria que según la legislación específica se le atribuyan".

En un reciente estudio sobre Los Principios Notariales, ha escrito, al respecto, Rodríguez Adrados, que la veracidad no comprende la totalidad del documento, porque la verdad, como su contrario la falsedad, solo son predicables de aquellas declaraciones del Notario o de los comparecientes relativas a hechos", incluidos los actos y negocios jurídicos; las calificaciones, los juicios del Notario, no son verdaderos ni falsos, sino acertados o erróneos. La teoría de la fe pública es insuficiente para explicar el Notariado.

El amplio reconocimiento de competencias al Notariado en materia de Jurisdicción Voluntaria, supondrá la necesidad de que el Notario realice, según los casos, los juicios de legalidad, notoriedad y oportunidad que resulten precisos para el cumplimiento de la función que la ley le atribuya.

Debería finalmente, a mi juicio, armonizarse la dicción legal respecto a la inspección de la Dirección General de los Registros y del Notariado en el ámbito de las competencias atribuidas a Notarios y Registradores en materia de Jurisdicción Voluntaria, dado que mientras que en relación con los Registradores se afirma en la propuesta de reforma del art. 274 de la LH que ".....La Dirección General de los Registros y del Notariado ejercerá la inspección en el ámbito de las competencias que se le atribuyan en expedientes de jurisdicción voluntaria", en relación con los notarios se agrega que la inspección se ejercerá "muy especialmente" en esta materia, y no parece justificada la precisión, conforme a la propuesta de modificación del art. 1 de la Ley del Notariado: ".....La Dirección General de los Registros y del Notariado ejerce la inspección de los notarios en el ejercicio de su función pública y muy especialmente en el ámbito de las competencias que se le atribuyan en los expedientes de jurisdicción voluntaria".

7. DE LA NORMATIVA DE LAS DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS ATINENTE AL NOTARIADO

En la Disposición Adicional 1^a establece que las referencias a asuntos (sería más: actos) de JV en normas de fecha anterior a esta Ley, a la LEC, se entenderán hechas a la presente Ley .Asimismo que las referencias a las competencias del Juez, que efectúen leyes de fecha anterior a la presente, se entenderán hechas al Juez o al Secretario Judicial.

En las Disposiciones Adicionales 2^o, 3^o y 4^o, se mencionan diversos expedientes dispersos en distintos cuerpos legales del Ordenamiento - singularmente la Ley Hipotecaria, el Reglamento Hipotecario, el Código de Comercio, la Ley de Sociedades Anónimas, la Ley de Responsabilidad Limitada y el Reglamento del Registro Mercantil-, que no se ha considerado oportuno trasladar como procedimientos específicos al texto normativo del Proyecto, y cuya titularidad se atribuye- sin perjuicio de la competencia de los Secretarios Judiciales, que se conforman como el titular de referencia- de forma singular o compartida a Notarios y Registradores de la Propiedad y Registradores Mercantiles.

En la Disposición Finales 1^a a 6^º se modifican determinados artículos: en la 1^a del Código Civil, en la 2^a de la Ley Hipotecaria, en la 3^a de la Ley del Notariado, en la 4^a del Código de Comercio, en la 5^a de la Ley del Contrato de Seguro y en la 6^a de la Ley de Sociedades Anónimas.

En la Disposición Final 7^a se prevé: el Título Competencial: art. 149.1.6^a CE en materia de legislación procesal, art. 149.1.8^a CE, en materia de legislación civil y de ordenación de los registros e instrumentos públicos, art. 149.1.6^a CE, en materia de legislación mercantil.

En la Disposición Final 8^a se prevé que Ley entrará en vigor de la Ley al año de su publicación en el BOE, salvo las disposiciones contenidas en la esta Ley que atribuyen competencia a los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, que “sólo adquirirán vigencia si el Gobierno aprueba los aranceles de derechos a que se refiere la disposición adicional quinta de esta Ley”, si bien parece que hubiera sido más apropiada la fórmula “que sólo adquirirán vigencia cuando el Gobierno apruebe los aranceles.....”.

Se establece, finalmente, en el apartado 3 de la Disposición Final 8^a que: “El Título X de la presente Ley- referido al Derecho Marítimo – entrará en vigor en la misma fecha en que lo haga la ley general de navegación marítima, si ésta se produjera después de transcurrido el plazo referido en el párrafo primero de esta disposición”.



COMMON-LAW MARRIAGE IN THE CONTEMPORARY UNITED STATES

Charles D. Cole¹

ABSTRACT

This article will offer a short history of common-law marriage in the United States as well as the current use of the concept. The article will also offer information concerning requisites for a valid Common-law marriage relationship to be established, with some reference to typical cases in the United States.

Key-words

Marriage. Common Law. Marital relationship

RESUMO

Este artigo apresenta uma breve referência histórica a respeito do casamento no Common Law americano, assim como desenvolve o uso comum do seu conceito. O artigo também apresenta os requisitos necessários para a celebração válida do casamento no Common-Law, fazendo-se referência a casos concretos presentes na jurisprudência dos Estados Unidos.

Palavras-chave

Casamento. Common Law. Relação marital

1. HISTORY AND CURRENT STATUS OF COMMON-LAW MARRIAGE IN THE UNITED STATES

Common-law marriage had its origin in the informal forms of marriage known in Europe prior to the reformation. Prior to the Council of Trent in 1563 marriage was regarded as a private affair rather than a matter in which legal institutions had an interest. Other than in situations involving noble or very wealthy families, where a great deal of wealth was at stake in the union of their children, marriage tended to be entered into with a minimum of formality. Two persons, perhaps in the presence of other members of their community,

¹ B.S. 1960, Auburn University; J.D. 1966, Cumberland School of Law, Samford University; LL.M. 1971, New York University; Beeson Professor of Law, and Director, Master of Comparative Law Program and International Programs, Cumberland School of Law, Samford University.

would agree to be married and then simply live together as husband and wife.² The essence of the institution of marriage at the time was a combination of the agreement of the parties, cohabitation as man and wife, and community recognition of their status.³

Marriage was regarded as a private contract based upon natural law among the leadership of the Roman Catholic Church prior to 1563. In fact, when the Council of Trent promulgated the 1563 decree, making the validity of marriage depend upon its being performed in the presence of a priest and before two witnesses, the decree was opposed by 56 prelates, who were of the opinion that the church had no power to nullify the effect of a sacrament based on natural law.⁴

Even after formal marriage, validated by church authorities or the State, became accepted on the European Continent, informal marriage continued to exist as an institution in England until abolished by Parliamentary Act in 1753. Therefore, one should recognize that the requirement of formal marriage is a relatively recent requirement of Anglo-American law.

With the establishment of English Common-Law in the American colonies the common-law marriage was transferred to North America. In the Massachusetts Bay Colony, settled by the Puritans,⁵ elaborate laws concerning marriage were enacted, requiring licensing, registration and formal ceremony. Thus, common-law marriages were not allowed in the Massachusetts Bay Colony because of the influence of the Puritans.

Other states such as New York, not controlled by the Puritans, based their reception to informal marriage on the English Common-Law. Many of the colonies in North America were established before the Act of Parliament abolishing common-law marriages in 1753 in England, and in any event, the Parliamentary Act in question did not apply to the colonies, thus the American colonies continued to evolve recognizing the validity of common law marriage.

Chancellor Kent wrote an opinion in 1809 holding a common-law marriage valid in New York because, asserted the Chancellor, such was consistent with

² B.S. 1960, Auburn University; J.D. 1966, Cumberland School of Law, Samford University; LL.M. 1971, New York University; Beeson Professor of Law, and Director, Master of Comparative Law Program and International Programs, Cumberland School of Law, Samford University. BOWMAN, Cynthia Grant. A Feminist Proposal to Bring Back Common Law Marriage. 75 OR. L.REV. 709, 718 (1996).

³ *Id.*

⁴ *Id.* at 718-19.

⁵ See FRIEDMAN, Lawrence M. *A history of American Law*. 2d. ed. New York: Simon & Schuster, 1985; BLOOMFIELD, Maxwell. *American Lawyers in a changing society*. Cambridge:, Harvard University Press, 1976.

English Common-law.⁶ He also repeated this view in his commentaries on American law. Chancellor Kent is credited with establishing the common-law marriage doctrine in the United States.

A majority of the States of the United States recognized common-law marriage in 1920; however, in 1998 only eleven states and the District of Columbia allow the concept to serve as a basis for a valid marital union to come into existence.⁷ The eleven states, in addition to the District of Columbia are: Alabama, Colorado, Idaho, Iowa, Kansas, Montana, Pennsylvania, Rhode Island, South Carolina, Texas and Utah. One must recognize, however, that the doctrine allowing common-law marriage affects persons residing outside the eleven states and the District of Columbia because the validity of a marriage in the United States is generally determined by the laws of the forum in which the marriage was celebrated.⁸ Thus, a common-law marriage entered into in a jurisdiction recognizing common-law marriage between persons then domiciled in that jurisdiction will be recognized by a jurisdiction which does not allow the creation of a common-law marriage if the couple subsequently moves to the latter jurisdiction.

2. REQUIRED ELEMENTS FOR ESTABLISHMENT OF A COMMON-LAW MARRIAGE AND EXAMPLES OF CURRENT APPLICATION

2.1. Requisites

A common-law marriage is generally described as having four elements:

⁶ See *Fenton v. Reed*, 4 Johns. 52 (N.Y. 1809).

⁷ See *Bowman*, *supra* note 3 at 716. Several other States have, by statute, modified the requisites for a common-law marriage and recognize the validity of a statutory union similar to a common-law marriage.

⁸ See. Restatement of The Law, Second, Conflict of Laws (1971), American Law Institute – Rules and Principles:

§ 187 LAW OF THE STATES CHOSEN BY THE PARTIES

(1) The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied if the particular issue is one which the parties could have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue.

(2) The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied, even if the particular issue is one which the parties could not have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue unless either:

(a) the chosen state has no substantial relationship to the parties or the transaction and there is no other reasonable basis for the parties' choice, or

(b) application of the law of the chosen state would be contrary to a fundamental policy of a state which has a materially greater interest than the chosen state in the determination of the particular issue and which, under the rule of § 188, would be the state of the applicable law in the absence of an effective choice of law by the parties.

(...)

- a. the parties must have the capacity to enter into the marital contract;⁹
- b. the parties must enter into a present agreement to be married (*per verba de presenti*) rather than an agreement to marry in the future;¹⁰
- c. the parties must cohabit (no specific period of cohabitation is required) in order to be married;¹¹ and,
- d. the most important requisite, the parties must hold themselves out to the community as husband and wife, consequently having the reputation among family, friends and neighbors as husband and wife.¹²

Judicial precedent generally recognizes there cannot be a secret, or clandestine, common-law marriage. A party alleging a common-law marriage must present witnesses who knew the couple as husband and wife. Documents such as letters exchanged between the two, hotel registers, hospital and medical records, income tax returns, joint checking accounts and other such evidence of the relationship can be used.

2.2. Examples of current application

The most typical of contemporary common-law marriage cases involves situations where the parties live together after going through a formal divorce

⁹ See Adams v. Boan, 559 So. 2d 1084 (Ala. 1990) (sixteen year old female has capacity to create a common law marriage without the consent of her parents); Copeland v. Richardson, 551 So. 2d 353 (Ala. 1989) (parties that previously had been married to each other have capacity to create common law marriage without any formal ceremony); Aaberg v. Aaberg, 521 So. 2d 1375, 1376 (Ala. 1989); Coleman v. Aubert, 531 So. 2d 881, 883 (Ala. 1988); Rickard v. Trousdale, 508 So. 2d 260, 261 (Ala. 1987); Piel v. Brown, 361 So. 2d 90, 93 (Ala. 1978).

¹⁰ See Adams, 559 So. 2d at 1086, 1087 (once consent is given, it is only irrevocable by death or divorce, but not by an extramarital affair); Copeland, 551 So. 2d at 355 (parties married previously to each other face no special burden to create a common law marriage); Coleman, 531 So. 2d at 882; Aaberg, 512 So. 2d at 1376; Etheridge v. Yeager, 465 So. 2d 378, 379-80 (Ala. 1985) (no formal ceremony or particular words are necessary but words of present assent are required at the time agreement to marriage took effect); Mills v. Bose, 435 So. 2d 1264, 1265 (Ala. 1983) (parties need not know legal effects of common law marriage at time mutual assent is given); Piel, 361 So. 2d 90, 93-4 (agreement can be inferred from circumstances); Skipworth v. Skipworth, 360 So. 2d 975, 976 (Ala. 1978) (lack of agreement cannot be inferred from intention of parties to obtain formal marriage); Krug v. Krug, 292 Ala. 498, 29 So. 2d 715, 718 (19974) (agreement to marriage must be "permanent and exclusive of all others"); Beck v. Beck, 286 Ala. 692, 246 So. 2d 420, 425 (1971).

¹¹ See Adams, at 1086; Copeland, at 354; Coleman, at 882; Aaberg, at 1376; Rickard, at 260; Etheridge, at 380; Mills, at 1265; Piel, at 93; Skipworth, at 977; Krug, at 718 (period of cohabitation can be very short if spouse is on combat duty during involuntary separation); Beck, at 428 (sexual intercourse is not required to comply with cohabitation).

¹² See Adams, at 1086, 1088 (failure to file joint tax returns during the "holding out" requirement); Copeland, at 354; Coleman, at 882; Aaberg, at 1376 (woman need not take last name of husband to meet the "holding out" requirement); Rickard, 508 So. 2d at 261; Etheridge, 465 So. 2d at 379; Mills, 435 So. 2d at 1265; Piel, at 95; Skipworth, 360 So. 2d at 977; Krug, 29 So. 2d at 718; Beck, 246 So. 2d at 425.

from a formalized marriage. In *Copeland v. Richardson*,¹³ the parties were formally married in 1974 and lived together until 1981, when they were divorced. The former wife, Betty, moved back to live with her former husband, William, a year later in 1982 and continued to live with him until his death in 1987. After William's death his daughter by a prior marriage sought authority to probate his estate and Betty also sought the right as William's common-law wife.

The trial and appellate court held that a valid common-law marriage existed, stating that:

[t]his Court has recognized valid common-law marriages between parties who were once formally married to each other, when the proof has been sufficient to establish common-law relationships.¹⁴

Here the evidence, with the common-law widow testifying, was that William asked her to "come and be my wife."¹⁵ Several witnesses testified that William and Betty were recognized in the community as husband and wife, with William speaking of Betty as his wife on several occasions. They maintained a joint bank account and traveled together and also shared mutual duties for approximately five years after their formal divorce. This evidence was found to be satisfactory proof of a common-law marriage and the common-law widow prevailed. The most important requisite for common-law marriage was found to be present, the couple held themselves out to the community as husband and wife and, therefore, had the reputation as husband and wife among family, friends and neighbors.

Another interesting Alabama case, *Mills v. Livingston*,¹⁶ held that "a lawful common-law marriage is formed without regard to what the parties consider the legal effect to be."¹⁷ The Court, citing earlier precedent, asserted that:

the requirements in this state for a valid common-law marriage have been outlined numerous times by this court. No ceremony and no particular words are necessary. Instead, there must first have been a present agreement, that is, a mutual understanding to enter at the time into the marriage relationship, permanent and exclusive of all others. This agreement must be followed by public recognition of the existence of the 'marriage' and cohabitation or mutual assumption openly of marital duties and obligations."¹⁸

Another Alabama case, *Aaberg v. Aaberg*,¹⁹ related to a "living together

¹³ 551 So. 2d 353 (1989).

¹⁴ *Id.* at 355 (citing *Skipworth*, 360 So. 2d 975; *Huffmaster v. Huffmaster*, 188 So. 2d 552 (Ala. 1966)).

¹⁵ *Id.*

¹⁶ 435 So. 2d 1264 (Ala. 1983).

¹⁷ *Id.* at 1265 (quoting *Smith v. Smith*, 247 Ala. 213, 217, 23 So. 2d 605, 609 (1945); *White v. White*, 225 Ala. 155, 157, 142 So. 524, 525 (1932)).

¹⁸ *Id.* at 1265 (quoting *Beck v. Beck*, 286 Ala. 692, 697-98, 246 So. 2d 420, 425-426 (1971))

¹⁹ 512 So. 2d 1375 (Ala. 1987).

with intent to be married" when the "husband" was validly married to another woman at the time he began his relationship with his common-law wife.²⁰ The common-law husband and wife lived together for eleven years. The common-law husband obtained a divorce from his first "ceremonial" wife three years after he began living with his common-law wife. The Alabama Supreme Court held that a valid common-law marriage came into existence when the previous marriage ended. The testimony was very strong that the two persons treated each other as husband and wife and the Supreme Court of Alabama sustained the common-law marriage.

The Alabama Supreme Court noted in an earlier case that "it is a well-settled rule that if parties in good faith marry, when in fact a legal impediment exists to their marriage, and they continue to cohabit as man and wife after the removal of the impediment to their lawful union, the law presumes a valid common-law marriage."²¹ This presumption has sustained a common-law marriage where the common-law husband and wife did not cohabit after the impediment was removed²² because the husband was serving in, and later was killed, in Viet Nam. The parties did, however, continue to correspond and provide for each other as husband and wife both before and after the impediment was removed.

In regard to the "cohabitation" requirement the Alabama Supreme Court has held that:

we think it may or may not, under the circumstances of the case, include sexual activity, but it does include such things as eating together, sharing household duties, payment of household expenses, holding themselves out as man and wife, and all of the numerous day-to-day mutual existence of married persons. We have said that in determining whether a relationship between a man and a woman amounts to a common-law marriage, the courts must determine each case on its own particular facts, having regard to the circumstances of the parties.²³

In regard to the present agreement requisite, the Alabama Court, in *Skipworth v. Skipworth*,²⁴ held that a husband and wife who had been divorced from a ceremonial marriage and shortly thereafter "forgave each other," returning to marital relations for 12 years until his death, had a valid common-law marriage. The Court noted that in many instances "present agreement" is

²⁰ The common law has held that there can be no common law marriage where there is a prior impediment to marriage. *See In re Estate of Fisher*, 176 N.W.2d 801, 804 (Iowa 1970) (a common law marriage could not have taken place until after existing marriage was terminated *via* divorce).

²¹ *See King v. King*, 269 Ala. 468, 114 So. 2d 145, 147 (1959) citing *Barnett v. Barnett*, 262 Ala. 655, 80 So. 2d 626 (1955).

²² *See Krug v. Krug*, 296 So. 2d 715, 719 (1974).

²³ *Beck v. Beck*, 246 So. 2d 420, 427 (1971).

²⁴ 360 So. 2d 975 (1978).

simply inferred from cohabitation and public recognition.²⁵

Recognition of the common-law marriage doctrine protects the interests of both women and men who have been involved in informal marriages, especially the poor and uneducated. Today in America the social welfare benefits available to surviving spouses depend upon proof of valid marriages and the common-law marriage doctrine satisfies the validity requisite. Hence, this author is of the opinion that the common-law marriage doctrine serves as a valid safety net for deserving individuals and couples who have lived together as husband and wife without the benefit of a formal marriage ceremony.

3. THE PUTATIVE MARRIAGE DOCTRINE

The putative marriage doctrine protects the innocent party in a marriage which has been formally celebrated and is commonly assumed to be valid. The doctrine is designed to provide all the civil effects, i.e., the rights, privileges, and benefits, which are applicable to a legal marriage for parties to a void marriage when one or both of them had a good faith belief that the ceremonial marriage which was celebrated was legal and valid.

A putative marriage is a marriage which has been solemnized in proper form and celebrated in good faith by one or both of the parties but which, due to some legal defect, is either void or voidable. The doctrine developed from the Canon Law as an answer to protection of persons who went through a marriage ceremony in the good faith belief that the marriage was valid, when it was actually void because of some impediment, such as incapacity or prior outstanding valid marriage of one of the parties.

The doctrine developed solely in civil law jurisdictions (e.g., Spain & France) and has been a part of the family law of the State of Louisiana from the beginning of western occupation, codified in the Louisiana Civil Code since 1808.

The Spanish civil law rule governing putative marriages has affected not only the law of Louisiana, but the law of Texas and California as well.²⁶ Although Texas abolished Spanish law in 1840, upon becoming independent from Mexico, the Texas court in 1975 held that a putative spouse has all the incidents of a legal marriage as far as property division is concerned.²⁷

The California putative marriage doctrine has also been preserved in the law, although the cases refer to equity and fundamental fairness as their foundation, rather than to California's Spanish legal culture. In fact, many states have recognized the putative marriage doctrine to protect the rights of

²⁵ *Id.* at 977 (citing *Huffmaster v. Huffmaster*, 279 Ala. 594, 188 So. 2d 552 (1966)).

²⁶ Christoper L. Blakesley, "The Putative Marriage Doctrine," 60 TUL. L. REV. 1, 9-10 (1985).

²⁷ See *Davis v. Davis*, 521 S.W. 2d 603, 605 (Tex. 1975).

innocent parties to a void marriage. Recently, several American states, including Illinois, Colorado, Minnesota, and Montana, have adopted the putative marriage doctrine by statute.²⁸ This is consistent with the Uniform Marriage and Divorce Act, Section 209, which enthusiastically recommends adoption of the putative marriage doctrine.²⁹

“Good faith” is the most important element of the putative marriage doctrine. Good faith consists of being unaware of the cause which prevents the formation of the marriage or the defects in its celebration which caused its nullity. All States of the United States which recognize the putative marriage doctrine, or a variation thereof, have adopted the Spanish view which provides that the civil benefits which flow to the good faith putative spouse stop once either husband or wife has acquired knowledge of the cause of invalidity of the marriage or obtained enough evidence to require investigation and has failed to investigate.³⁰ Even so, contemporary American courts generally go to great lengths to find good faith to sustain property rights for a putative spouse.

Contra to common-law marriage, the putative marriage doctrine requires that some sort of ceremony must take place to allow a putative marriage to exist. The European sources of the putative marriage doctrine require a ceremony and the Louisiana Civil Code also appears to require one.³¹ Generally, most American States that do not recognize common-law marriage also require a marriage ceremony as a prerequisite to a putative marriage being established.³² States which recognize common-law marriage do not, however, require a ceremony to use the putative marriage doctrine.³³

Currently in the United States Louisiana is the only State that applies the classic putative marriage doctrine, i.e., it establishes the community property regime that exists in a valid marriage. In Louisiana the putative spouses each have a right to an undivided one-half interest in the property gained during the marriage.³⁴

This application of the putative marriage doctrine is not followed in Texas and California, two of the other States of Spanish heritage which have community property concepts. Generally, all States other than Louisiana utilize equitable principles to reach substantially similar relief.

4. CONCLUSION

One should recognize that State law in the United States does not universally allow the good faith party to a putative marriage to receive all the

²⁸ Blakesley, *supra* note 27, at 16.

²⁹ Unif. Marriage and Divorce Act § 209, 9A U.L.A. 116 (1979).

³⁰ Blakesley, *supra* note 27, at 21.

³¹ Blakesley, *supra* note 27, at 23 (quoting LA. CIV. CODE ARTS. 117-118).

³² *Id.* at 25.

³³ *Id.* at 27.

³⁴ *Id.* at 31.

benefits or rights which flow to a party of a valid marriage. Some States that follow the putative marriage doctrine deny alimony rights, others deny an equal division of the marital property or deny the right to dower.³⁵ Even so, most states, whether evolving from the civil law tradition or applying equitable relief, recognize that a good faith party to an invalid marriage is entitled to either alimony or at least some portion of the property acquired during the supposed marriage. Relief in a common-law marriage jurisdiction is, however, more consistent and in many cases, easier to prove. The common-law marriage doctrine provides the most comprehensive basis for relief for couples who cohabit with the intent to be married in common-law culture jurisdictions and should continue to be available to good faith men and women who cohabit and intend to live together as husband and wife.

5. REFERENCES

- BLOOMFIELD, Maxwell. *American Lawyers in a changing society*. Cambridge: Harvard University Press, 1976
- BOWMAN, Cynthia Grant. *A Feminist Proposal to Bring Back Common Law Marriage*. 75 OR. L.REV. 709, 718 (1996).
- FRIEDMAN, Lawrence M. *A history of American Law*. 2d. ed. New York: Simon & Schuster, 1985.

³⁵ Dower has been historically recognized in common law legal cultures as a concept which provides a life estate for widows in the real estate of the deceased husband in varying percentages, depending upon the share of the widow recognized in the particular state. Contemporary treatment of the concept, by statute, provides benefits in varying percentages throughout the United States, to the surviving spouse, not limited to the widow.



DISSERTAÇÕES DEFENDIDAS DE AGOSTO A DEZEMBRO DE 2007

1. ALUNO(A): RERISON STÊNIO DO NASCIMENTO

TÍTULO: "A TRANSCEDÊNCIA NO RECURSO DE REVISTA: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL DO NOVEL PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE"

ORIENTADOR(A): PROF. MARCELO LIMA GUERRA
COMISSÃO EXAMINADORA:

PROF(A): DOUTOR MARCELO LIMA GUERRA – DA UFC

PROF(A): DOUTOR SÉRGIO TORRES TEIXEIRA – DA UFPE

PROF(A): DOUTOR JUVÊNCIO VASCONCELOS VIANA – DA UFC

DATA A DEFESA: 02 DE AGOSTO DE 2007

2. ALUNO(A): FABRÍCIO BARBOSA BARROS

TÍTULO: "O RECURSO EXTRAORDINÁRIO E A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS"

ORIENTADOR(A): PROF^a. ANA MARIA D'AVILA LOPES
COMISSÃO EXAMINADORA:

PROF(A): DOUTORA ANA MARIA D'AVILA LOPES – DA UFC

PROF(A): DOUTOR MENELICK DE CARVALHO NETTO – DA UnB

PROF(A): DOUTOR MARCIO AUGUSTO DE VASCONCELOS DINIZ - DA UFC

DATA A DEFESA: 03 DE AGOSTO DE 2007

3. ALUNO(A): PAULA EMÍLIA MOURA ARAGÃO DE SOUSA BRASIL

TÍTULO: "A TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO: REPRESSÃO DA DEMORA E REPARAÇÃO DO DANO DECORRENTE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO"

ORIENTADOR(A): PROF. SAMUEL MIRANDA ARRUDA
COMISSÃO EXAMINADORA:

PROF(A): DOUTOR SAMUEL MIRANDA ARRUDA – DA UFC

PROF(A): DOUTORA MARGARIDA DE OLIVEIRA CANTARELLI – DA UFPE

PROF(A): DOUTOR MARCELO LIMA GUERRA - DA UFC

DATA A DEFESA: 10 DE AGOSTO DE 2007

4. ALUNO(A): MARCELO DE MIRANDA MONT'ALVERNE

TÍTULO: "CIDADANIA E GESTÃO FISCAL: A EFETIVIDADE DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO"

ORIENTADOR(A): PROFª. DENISE LUCENA CAVALCANTE
COMISSÃO EXAMINADORA:

PROF(A): DOUTORA DENISE LUCENA CAVALCANTE – DA UFC

PROF(A): DOUTORA MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO E MENDONÇA – DA UNIFOR

PROF(A): LIVRE DOCENTE RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO – DA UFC
DATA A DEFESA: 13 DE AGOSTO DE 2007

5. ALUNO(A): RAUL CARNEIRO NEPOMUCENO

TÍTULO: "HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL E RAZOABILIDADE"

ORIENTADOR(A): PROF. REGENALDO RODRIGUES DA COSTA
COMISSÃO EXAMINADORA:

PROF(A): DOUTOR REGENALDO RODRIGUES DA COSTA – DA UFC

PROF(A): DOUTORA UINIE CAMINHA – DA UNIFOR

PROF(A): LIVRE DOCENTE RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO - DA UFC
DATA A DEFESA: 14 DE AGOSTO DE 2007

6. ALUNO(A): YURI CAVALCANTE MAGALHÃES

TÍTULO: "ASPECTOS DA JUSTIÇA MILITAR SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988"

ORIENTADOR(A): PROF. FRANCISCO LUCIANO LIMA RODRIGUES
COMISSÃO EXAMINADORA:

PROF(A): DOUTOR FRANCISCO LUCIANO LIMA RODRIGUES – DA UNIFOR

PROF(A): DOUTORA LÊDA ROUQUAYROL GUILLEMETTE – DA UNIVERSITÉ DU HAVRE (FRANÇA)

PROF(A): LIVRE DOCENTE RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO - DA UFC
DATA A DEFESA: 16 DE AGOSTO DE 2007

7. ALUNO(A): MICHELE ALENCAR DA CRUZ

TÍTULO: "O PAPEL DAS FINANÇAS PÚBLICAS NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS"

ORIENTADOR(A): PROFª. DENISE LUCENA CAVALCANTE
COMISSÃO EXAMINADORA:

PROF(A): DOUTORA DENISE LUCENA CAVALCANTE – DA UFC

PROF(A): DOUTORA LEDA ROUQUAYROL GUILLEMETTE – DA UNIVERSITÉ DU HAVRE (FRANÇA)

PROF(A): LIVRE DOCENTE RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO - DA UFC
DATA A DEFESA: 17 DE AGOSTO DE 2007

8. ALUNO(A): ALEXANDRE RODRIGUES DE ALBUQUERQUE

TÍTULO: "O ESTADO COMO TITULAR DE REPARAÇÃO POR DANO

MORAL"

ORIENTADOR(A): PROF. FRANCISCO LUCIANO LIMA RODRIGUES
COMISSÃO EXAMINADORA:

PROF(A): DOUTOR FRANCISCO LUCIANO LIMA RODRIGUES – DA UNIFOR

PROF(A): DOUTOR JUVÊNCIO VASCONCELOS VIANA – DA UFC

PROF(A): LIVRE DOCENTE RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO - DA UFC

DATA A DEFESA: 17 DE AGOSTO DE 2007

9. ALUNO(A): CARLOS MARDEN CABRAL COUTINHO

TÍTULO: "HERMENÉUTICA SOCIAL: UMA PROPOSTA PELA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS "

ORIENTADOR(A): PROF. FRANCISCO GÉRSON MARQUES DE LIMA
COMISSÃO EXAMINADORA:

PROF(A): DOUTOR FRANCISCO GÉRSON MARQUES DE LIMA – DA UFC E DA FAC.

CHRISTUS

PROF(A): DOUTOR ALEXANDRE ANTONIO BRUNO DA SILVA – DA FACULDADE CHRISTUS

PROF(A): NOTÓRIO SABER HUGO DE BRITO MACHADO - DA UFC
DATA A DEFESA: 20 DE AGOSTO DE 2007

10. ALUNO(A): FRANCISCO ALEXANDRE COLARES MELO CARLOS

TÍTULO: "DEMOCRACIA E CIDADANIA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO"

ORIENTADOR(A): PROF. RAIMUNDO HÉLIO LEITE

COMISSÃO EXAMINADORA:

PROF(A): DOUTOR RAIMUNDO HÉLIO LEITE – DA UFC

PROF(A): DOUTORA MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO E MENDONÇA – DA UNIFOR

PROF(A): DOUTOR RUI VERLAINE OLIVEIRA MOREIRA - DA UFC

DATA A DEFESA: 20 DE AGOSTO DE 2007

11. ALUNO(A): LEILIANE FREITAS ALMEIDA WENZEL

TÍTULO: "PRINCÍPIO DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS"

ORIENTADOR(A): PROF. RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO

COMISSÃO EXAMINADORA:

PROF(A): LIVRE DOCENTE RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO - DA UFC

PROF(A): DOUTORA MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO E MENDONÇA – DA UNIFOR

PROF(A): DOUTOR FRANCISCO RÉGIS FROTA ARAÚJO

DATA A DEFESA: 20 DE AGOSTO DE 2007

12. ALUNO(A): RUI BARROS LEAL FARIAS

TÍTULO: "O EXAME DA CONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DOS PARAÍSOS FISCAIS COMO INSTRUMENTO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO"

ORIENTADOR(A): PROFª. DENISE LUCENA CAVALCANTE
COMISSÃO EXAMINADORA:

PROF(A): DOUTORA DENISE LUCENA CAVALCANTE - DA UFC

PROF(A): DOUTOR CARLOS CÉSAR SOUSA CINTRA – DA FACULDADE CHRISTUS

PROF(A): LIVRE DOCENTE RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO – DA UFC

DATA A DEFESA: 14 DE SETEMBRO DE 2007

13. ALUNO(A): PAULO HENRIQUE GONÇALVES PORTELA

TÍTULO: "TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS DO BRASIL"

ORIENTADOR(A): PROF. FRANCISCO GÉRSON MARQUES DE LIMA
COMISSÃO EXAMINADORA:

PROF(A): DOUTOR FRANCISCO GÉRSON MARQUES DE LIMA - DA UFC E DA FAC.

CHRISTUS

PROF(A): DOUTORA THERESA RAQUEL COUTO CORREIA – DA UNIFOR E DA FAC.

CHRISTUS

PROF(A): DOUTOR JOÃO LUIS NOGUEIRA MATIAS – DA UFC

DATA A DEFESA: 18 DE SETEMBRO DE 2007

14. ALUNO(A): FRANCISCA VERUSCHKA CARNEIRO CATONHO

TÍTULO: "OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LIVRE INICIATIVA E À LIVRE CONCORRÊNCIA."

ORIENTADOR(A): PROF. JOAO LUIS NOGUEIRA MATIAS

COMISSÃO EXAMINADORA:

PROF(A): DOUTOR JOAO LUIS NOGUEIRA MATIAS - DA UFC

PROF (A): DOUTORA MARIA VITAL DA ROCHA – DA FA7

PROF(A): DOUTOR RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO – DA UFC

DATA A DEFESA: 23 DE OUTUBRO DE 2007

15. ALUNO(A): ADRIANO PESSOA DA COSTA

TÍTULO: "DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE PARTICULARS NA ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA."

ORIENTADOR(A): PROF. MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA
COMISSÃO EXAMINADORA:

PROF(A): DOUTOR MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA
– DA UNIFOR

PROF(A): DOUTOR MARCIO AUGUSTO DE VASCONCELOS DINIZ
– DA UFC

PROF(A): DOUTOR FRANCISCO RÉGIS FROTA ARAÚJO – DA UFC
DATA A DEFESA: 31 DE OUTUBRO DE 2007

16. ALUNO(A): KATHARINE SANTOS VIEIRA

TÍTULO: "DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO ATUANTE, À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988"

ORIENTADOR: PROF RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO

COMISSÃO EXAMINADORA:

PROF(A): RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO

PROF(A): DOUTORA DENISE LUCENA CAVALCANTE - UFC

PROF(A): DOUTORA MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO E MENDONÇA - UNIFOR

DEFESA: 11 DE DEZEMBRO DE 2007



NORMAS DE PUBLICAÇÃO

1. Os trabalhos para publicação na Revista NOMOS deverão ser preferencialmente inéditos, caso não sejam, deverão ser indicados os dados da publicação anterior.

2. Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos gravados em CD, acompanhadas de prova impressa. Recomendamos a utilização do processador de texto Microsoft Word.

3. Os trabalhos deverão ter preferencialmente entre 10 e 30 laudas. Os parágrafos devem ser alinhados à esquerda. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador [TAB] para determinar os parágrafos: o próprio [ENTER] já determina, automaticamente, a sua abertura. Como fonte, usar o Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinhas 1,5; as margens superior e inferior 2,5 cm e as laterais 3,0 cm. O tamanho do papel deve ser A4.

4. Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha onde se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço profissional, telefone, fax e e-mail, situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida.

5. As citações deverão ser feitas nas notas de rodapé.

6. As referências bibliográficas deverão ser feitas da seguinte forma: 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.

Exemplo:

CAVALCANTE, Denise Lucena. *Crédito tributário – a função do cidadão contribuinte*. São Paulo: Malheiros, 2004.

7. Os trabalhos deverão ser precedidos de resumo em português e inglês, bem como, com a indicação das palavras chaves.

8. Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de itálico. Jamais deve ser usado a sublinha. Citações de texto de outros

autores deverão ser feitas entre aspas, sem uso de itálico.

9. Não serão devidos direitos autorais ou qualquer remuneração pela publicação dos trabalhos na Revista NOMOS. O autor receberá gratuitamente um exemplar da revista onde seu trabalho tenha sido publicado.

10. Os trabalhos recebidos e não publicados não serão devolvidos, podendo ser publicados em outros números da Revista NOMOS, desde que autorizado pelo autor.

11. Os trabalhos devem ser encaminhados para o seguinte endereço: FACULDADE DE DIREITO – COORDENAÇÃO DO MESTRADO – Praça Clóvis Beviláqua s/n – Centro – Fortaleza-Ceará - Brasil CEP 60.035-180.

Telefone/fax: (55-85) 3366.7850

E-mail: pgdir@ufc.br



Gráfica e Editora LCR Ltda
Rua Israel Bezerra, 633 - Fone: (85)3272-7844
Bairro: Dionísio Torres
Fortaleza - Ceará