

# Revista Opini3o Jur3dica



Ficha Catalográfica

**Opinião Jurídica** – Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus  
- n. 12, ano VIII, 2010

© Faculdade Christus, 2010

---

Opinião Jurídica  
- [n. 12] –  
Fortaleza: – Faculdade Christus.  
[2010]-  
v.  
I. Direito

CDD : 340

---

Dados internacionais de catalogação na publicação (CIP).

FACULDADE CHRISTUS

REVISTA  
OPINIÃO JURÍDICA



Fortaleza, 2010

**Opinião Jurídica**  
Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus  
n. 12, ano 08, 2010

**Diretor**

Prof. M. Sc. Roberto de Carvalho Rocha

**Mantenedor**

Estevão de Carvalho Rocha

**Coordenadora-Geral do Curso de Direito**

Profa. M. Sc. Gabrielle Bezerra Sales

**Coordenadora de Pesquisa e Monografia do Curso de Direito**

Profa. M. Sc. Gretha Leite

**Editora-Responsável pela Revista Opinião Jurídica**

Profa. Dra. Fayga Silveira Bedê

**Comissão Editorial**

Prof. M. Sc. Roberto de Carvalho Rocha

Profa. M. Sc. Gabrielle Bezerra Sales

Profa. Dra. Fayga Silveira Bedê

Profa. Dra. Cláudia Sousa Leitão

Profa. M. Sc. Gretha Leite Maia

Prof. Dr. Etienne Picard (Paris I - Sorbonne)

Prof. Dr. João Maurício Adeodato (UFPE)

Prof. Dr. Friedrich Müller (Universidade de Heidelberg - Alemanha)

Prof. Dr. Paulo Bonavides (UFC)

Prof. Dr. Willis Santiago Guerra Filho (UNIRIO)

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues (UFSC)

Prof. Dr. Roberto da Silva Fragale Filho (UFF)

Prof. Dr. João Luís Nogueira Matias (UFC)

**Bibliotecária**

Tusnelda Maria Barbosa

**Capa**

Ivina Lima Verde

**Coordenação de Design**

Jonatas Barros (*John*)

**Programação Visual / Diagramação**

Daniel Veras

**Correspondência**

Faculdade Christus

Coordenação-Geral do Curso de Direito

Avenida Dom Luís, 911 – 5º andar

Aldeota – CEP 60.160-230

Fortaleza – Ceará

Telefone: (0\*\*85) 3461.2020

e-mail: revistaopiniaojuridica@gmail.com

**Impressão**

Gráfica e Editora LCR Ltda.

Rua Israel Bezerra, 633 - Dionísio Torres

CEP 60.135-460 - Fortaleza – Ceará

Telefone: (0\*\*85) 3272.7844 - Fax: (0\*\*85) 3272.6069

Site: [www.graficalcr.com.br](http://www.graficalcr.com.br) – e-mail: [atendimento01@graficalcr.com.br](mailto:atendimento01@graficalcr.com.br)

**Tiragem mínima**

400 exemplares

## APRESENTAÇÃO

A Revista Opinião Jurídica chega ao seu décimo segundo número, cumprindo rigorosamente os critérios do Programa Qualis, da CAPES. Para essa edição, primeira do triênio 2010/2012, reservamos 18 artigos, cujos temas – de indiscutível relevância – estão abraçados por nossas linhas de pesquisa. Contamos com 6 trabalhos oriundos de outros Estados ou Países, o que contabiliza 1/3 de exogenia da produção. Nesse sentido, destacamos as contribuições de Freddie Didier Jr. (BA) e Társis Cerqueira (BA), na doutrina nacional. No âmbito da doutrina estrangeira, destaques para os artigos portugueses de Paulo Ferreira da Cunha, Carla Amado Gomes e Luis Carlos Batista, bem como para o artigo de Fabrice Bin (França).

Nesse sentido, o sistema de dúplice avaliação cega foi amplamente adotado. À exceção de 16,66% de autores convidados, 15 trabalhos foram submetidos ao crivo de 30 pareceristas cegos, sendo 14 do Ceará e 16 de outros seis Estados da Federação (SC/ PR/RS/SP/MA/BA). Desse modo, atingimos o patamar de mais de 50% de exogenia, no contexto de um amplo quadro de colaboradores. Quando o mesmo artigo foi avaliado por mais de dois pareceristas, acolhemos a posição predominante.

Como estávamos com o periódico ainda em atraso, os pilotes dessa edificante tarefa de atualização da Opinião Jurídica foram, indene de dúvidas: a pontualidade, a diligência, a eficácia e o espírito de colaboração acadêmica de nosso quadro de avaliadores. Pedra angular dessa vitória: a eles devemos a conquista da tempestividade, nesse março de 2011, tão prenhe de promessas, em que nos colocamos, novamente, no caminho da requalificação junto à CAPES.

Agradecemos imensamente a todos os professores da casa, que permanecem sonhando e dividindo conosco o brilho de sua expertise. São eles: Christianny Diógenes Maia, Clovis Renato Costa Farias, Jânio Pereira da Cunha, Juraci Mourão Lopes Filho, Nagibe de Melo Jorge Neto e Tércio Aragão Brillhante. Registramos, ainda, as preciosas contribuições de: Daniel Viana Teixeira; Elisianne Campos de Melo Soares e Geovana Maria Cartaxo de Arruda Freire; e Nathalie Carvalho Cândido.

Nossos agradecimentos aos estudantes e professores que se lançaram na desafiadora tarefa de construir conhecimento de forma democrática e cooperativa. São eles: Fayga Silveira Bedê, Carla Marques Diógenes, Valéria Alves de Lima, Rebeca Guerreiro e Juliane Pires Moraes; Germana Parente Neiva Belchior e Mirna Jacinto Moura; Gretha Leite Maia e Victor Menezes Barros. São co-autores em artigos suscitados pelos programas de iniciação científica, monitoria e grupos de estudo promovidos pela Faculdade Christus. A Revista

Opinião Jurídica têm a honra de constituir um dos espaços de divulgação dos resultados desses projetos. Culminando esse cardápio de possibilidades intelectivas e imaginativas, temos a charmosa entrevista com o jurista cearense Martônio Mont'Alverne Barreto Lima, prestada a Tércio Aragão Brilhante.

Como não poderia deixar de ser, registramos nossa gratidão pelo apoio incondicional de Paulo Henrique Portela (elaboração e revisão de abstracts), Stela Márcia Vasconcellos (formatação); Daniel Veras (diagramação) e pelo apoio institucional de Estevão de Carvalho Rocha, Vânia Costa e Tusnelda Barbosa.

Por fim, agradecimentos especiais a Tércio Aragão Brilhante, Germana Parente Neiva Belchior e Rodrigo Saraiva Marinho, pelo auxílio luxuoso que prestaram, renovadamente, ao sucesso da Opinião Jurídica.

E são tantos e tanto, a agradecermos, que seria necessária outra revista para bem fazê-lo.

Finalmente, estamos em dia.

Na ordem do dia.

Divirtam-se.

GABRIELLE BEZERRA SALES

*Coordenadora-Geral do Curso de Direito da Faculdade Christus*

FAYGA SILVEIRA BEDÊ

*Editora-Responsável pela Revista Opinião Jurídica*

# SUMÁRIO

## APRESENTAÇÃO

### PRIMEIRA PARTE – DOCTRINA NACIONAL

- Assessoria jurídica popular e acesso à justiça ..... 9**  
*Christianny Diógenes Maia*
- O papel dos movimentos sociais como ferramenta de justiça e emancipação social: um diálogo entre Boaventura de Sousa Santos e Zygmunt Bauman..... 28**  
*Clovis Renato Costa Farias*
- Democracia sob a ética capitalista ..... 49**  
*Daniel Viana Teixeira*
- Transformações dos direitos autorais face às novas tecnologias ..... 79**  
*Elisianne Campos de Melo Soares e Geovana Maria Cartaxo de Arruda Freire*
- Disciplinas propedêuticas no contexto de um ensino jurídico pós-moderno: desafios e soluções ..... 98**  
*Fayga Silveira Bedê, Carla Marques Diógenes, Valéria Alves de Lima, Rebeca Guerreiro e Juliane Pires Morais*
- Cláusulas gerais processuais ..... 118**  
*Fredie Didier Jr.*
- Os desafios do magistrado no pós-positivismo a partir dos fundamentos filosóficos da hermenêutica..... 131**  
*Germana Parente Neiva Belchior e Mirna Jacinto Moura*
- A experiência do orçamento participativo no município de Fortaleza..... 156**  
*Gretha Leite Maia e Victor Menezes Barros*
- As súmulas de jurisprudência e o prazo da prisão cautelar: uma questão de (in) constitucionalidade ..... 170**  
*Jânio Pereira da Cunha*
- A democracia na administração pública e no Direito Administrativo brasileiro ... 190**  
*Juraci Mourão Lopes Filho*

Estado e direito no pensamento de Hans Kelsen ..... 210  
*Nagibe de Melo Jorge Neto*

O direito ao conhecimento da origem genética e as técnicas de reprodução medicamente assistida heteróloga ..... 220  
*Nathalie Carvalho Cândido*

Acesso à justiça. Novíssima reflexão à luz dos processos repetitivos ..... 242  
*Társis Silva de Cerqueira*

O preenchimento dos conceitos indeterminados nos tipos disciplinares: considerações sobre uniformização, regime de sujeição especial e discricionariedade ..... 259  
*Tércio Aragão Brilhante*

## SEGUNDA PARTE – DOCTRINA ESTRANGEIRA

The (green) heart of the matter: a vertente procedimental da tutela do ambiente e a revisão da lei de bases do ambiente ..... 273  
*Carla Amado Gomes*

La charte constitutionnelle de l’environnement devant les juges constitutionnels et administratifs français ..... 287  
*Fabrice Bin*

O direito subjectivo ao ambiente: um artifício legislativo e jurisdicional ..... 308  
*Luis Carlos Batista*

O avesso dos direitos humanos para uma história pensada da escravatura ..... 330  
*Paulo Ferreira da Cunha*

## TERCEIRA PARTE – ENTREVISTA

Com Martônio Mont’Alverne Barreto Lima ..... 346  
*Por Tércio Aragão Brilhante*

NORMAS DE PUBLICAÇÃO ..... 355



# ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR E ACESSO À JUSTIÇA

*Christianny Diógenes Maia\**

## RESUMO

Atualmente, a idéia de acesso à justiça significa mais do que o acesso formal ao Judiciário, compreendendo o direito a um processo jurisdicional justo e efetivo, que garanta a todos a tutela de seus direitos. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 acolheu esse novo conceito de acesso à justiça, demonstrando uma preocupação com a criação de um acesso igualitário e eficiente para todos, através de um sistema jurídico mais moderno, prevendo um conjunto de direitos e garantias que completam esse amplo significado do acesso à justiça. No entanto, apesar das preocupações e inovações previstas na Constituição Federal e em leis infraconstitucionais, o que se percebe na realidade é que esse direito ainda carece de efetividade. Nesse contexto, surge a Assessoria Jurídica Popular - AJP, um movimento jurídico recente, que se coloca a serviço da luta das classes oprimidas por uma vida digna para todos, compreendendo o Direito como um instrumento de transformação social e emancipação humana que possui dentre seus pressupostos uma concepção democratizante de acesso à justiça, entendendo este direito fundamental como o próprio direito a ter justiça, ou seja, pode-se alcançar a justiça em outros espaços sociais, ou de poder, além do Judiciário.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça. Assessoria Jurídica Popular. Poder Judiciário.

## 1 INTRODUÇÃO

Em uma sociedade marcada por desigualdades econômicas, sociais, políticas e culturais, bem como por constantes violações à dignidade da pessoa humana e ineficácia dos direitos fundamentais, percebemos a necessidade de uma maior organização popular para a luta por garantia de direitos e por uma sociedade mais justa e igual para todos.

Nesse contexto, é inquestionável a responsabilidade social dos profissionais do Direito na transformação da realidade por meio de ações organizadas em conjunto com os novos sujeitos coletivos de direito.

---

\* Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Professora de Direito Constitucional e de Direitos Humanos e Fundamentais da Faculdade Christus, colaboradora do Escritório de Direitos Humanos – EDH da mesma Faculdade.

A atuação jurídica tradicional, de cunho positivista e formalista, mostra-se incapaz de oferecer soluções satisfatórias e eficientes às atuais necessidades decorrentes dos novos tipos de conflitos sociais, especialmente demandas coletivas que envolvem direitos sociais. Com efeito, essas necessidades também geram novas práticas e saberes que, conseqüentemente, exigem profissionais jurídicos com outro padrão ético, político e ideológico, o que reforça a necessidade de construção de uma prática inovadora. Diante de tal realidade, surge a Assessoria Jurídica Popular – AJP, movimento jurídico recente, que se coloca a serviço da luta das classes oprimidas por uma vida digna.

Destacamos como novidade atribuída a essa prática, o papel das assessorias jurídicas populares universitárias, citadas por Santos (2007), como exemplos de experiências necessárias para uma revolução democrática da Justiça, que, nos últimos anos, têm contribuído para uma formação de profissionais jurídicos com um perfil diferenciado, mais humano, mais político e social, mais engajado com as lutas populares por efetivação de direitos. São advogados populares, professores, juízes, promotores, procuradores, etc. que possuem uma ética profissional comprometida com a defesa e a promoção dos direitos fundamentais e com uma sociedade mais justa e fraterna, bem diferente do profissional tradicional dos cursos de Direito, que possuem, em boa parte, um perfil elitista, individualista, capitalista e positivista.

Ao lado das assessorias jurídicas universitárias, encontra-se a advocacia popular, práticas que compreendem a Assessoria Jurídica Popular e que, segundo Santos (2007) representam importantes iniciativas para a materialização do direito fundamental de acesso à justiça, direito este que representa o mais básico dos direitos humanos, em um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.<sup>1</sup>

Percebemos, portanto, o desafio que se impõe ao Estado e à Sociedade em materializar esta garantia fundamental. Nesse sentido, elaboramos o presente artigo, fruto das pesquisas desenvolvidas para nossa dissertação de mestrado.

O objetivo de nosso trabalho é apresentar a Assessoria Jurídica Popular, destacando um dos seus pressupostos, qual seja: a concepção ampla e democrática que o movimento possui acerca do direito fundamental de acesso à justiça. Assim, o artigo discorre, inicialmente, sobre a AJP, em seguida aborda algumas considerações sobre o acesso à justiça, considerando a realidade brasileira, em uma perspectiva crítica, sob o prisma da Sociologia do Direito. Por fim, ressaltamos a relação entre a Assessoria Jurídica Popular e o acesso à justiça.

## 2 ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR

Tendo como referenciais teóricos as Teorias Críticas Jurídicas e o Direito Alternativo, surge a Assessoria Jurídica Popular – AJP, um movimento jurídico recente, de estudantes e operadores do direito, que há poucos anos, vem se consolidando como uma alternativa à prática jurídica tradicional, demonstrando que é possível operar o Direito em uma perspectiva emancipatória<sup>2</sup> e transformadora.

Ao entender o Direito como um instrumento de transformação social<sup>3</sup>, a Assessoria Jurídica Popular assume o compromisso com um projeto emancipatório das classes populares. Pois, se o Direito pode ser opressor quando a serviço dos interesses das elites, também pode ser libertário, se utilizado pelos setores excluídos em suas lutas por conquistas e efetivação de direitos. Dessa forma, paulatinamente, a sociedade vai se transformando em um ambiente mais justo e democrático.

Ora, o Direito constitui-se como um espaço de disputa de interesses sociais, estando sempre a serviço de uma classe, ou de um grupo e, na maioria das vezes, a serviço dos setores dominantes. No entanto, embora se parta de uma análise marxista da sociedade<sup>4</sup> e da crítica ao Direito, como um instrumento opressor, compreende-se que o Direito pode ser libertário, à medida que as classes populares organizadas possam conquistar direitos, através das suas lutas. Afinal, como afirma Sant'anna<sup>5</sup>: “A práxis sócio-política revela que o Direito nasce das lutas sociais, do desejo permanente de libertação. Manifesta-se, pois, ao longo da história, como liberdade conquistada em permanente transformação”.

Nesse sentido, destacamos o inestimável significado atribuído por Lyra Filho<sup>6</sup> ao Direito:

Direito é processo, dentro do processo histórico, não é coisa feita, perfeita e acabada: é aquele vir-a-ser que se enriquece nos movimentos de libertação das classes e grupos ascendentes e que define nas explorações e opressões que o contradizem, mas de cujas próprias contradições brotarão as novas conquistas.

Coube, então, ao advogado do movimento popular: “utilizar o regramento estatal até os limites máximos de suas contradições” e “romper a própria rigidez do dogmatismo positivista e formalista”<sup>7</sup> para alcançar uma atuação jurídica que atendesse aos interesses dos novos atores sociais, delimitando a noção de assessoria jurídica popular.

Nesse contexto, a Assessoria Jurídica Popular vem sendo construída, sobretudo, na prática das entidades que defendem e promovem os direitos humanos e fundamentais dos novos sujeitos coletivos de direito.

A expressão “novos sujeitos coletivos de Direito”, por sua vez, surge da necessidade de identificar os atores sociais que, sobretudo a partir do processo de redemocratização do Estado brasileiro, impulsionaram as mudanças sociais e as lutas pelo reconhecimento e efetividade dos direitos fundamentais.

A promoção e o reconhecimento dos direitos humanos, bem como a efetividade dos direitos fundamentais, constituem alguns dos principais objetivos da Assessoria Jurídica Popular<sup>8</sup>, que compreende os direitos humanos como direito em construção, direito insurgente<sup>9</sup>, oriundo das lutas populares. Nesse sentido, os novos sujeitos coletivos de direito, representados, na maioria das vezes, pelos mo-

vimentos populares organizados, assumem um papel fundamental na consolidação de tais direitos. É, dessa forma, que a AJP se apresenta como forte instrumento na luta dos setores populares por uma sociedade mais justa e igual.

É notória a relação entre o movimento de Assessoria Jurídica Popular e a defesa e promoção dos Direitos Humanos e Fundamentais. Pois, é exatamente nesses espaços de luta que atuam os serviços legais inovadores, assessorando os movimentos e as camadas populares na busca pela efetivação de seus direitos. Sobre isso, Luz<sup>10</sup>ressalta que:

A ampliação do “cardápio” de direitos e de garantias fundamentais, como exposto na descrição do marco constitucional, no final da década de 80, a nova legitimação processual coletiva, a crescente institucionalização dos Novos Movimentos Sociais, na década de 80, ao lado do surgimento de correntes críticas na magistratura e na academia, podem ser destacados como fatores que contribuíram fortemente para a abertura de alguns canais de atuação de entidades especificamente voltadas à questão do apoio jurídico popular.

A Assessoria Jurídica Popular – AJP se desenvolve no meio acadêmico (nas universidades) através de projetos de extensão universitária e na sociedade através da assessoria a movimentos populares, sindicatos ou organizações não governamentais, sempre ligada à temática dos direitos humanos e fundamentais. Entretanto, é importante esclarecermos que não se trata de uma teoria ou escola, mas de um movimento que há poucos anos, vem se consolidando como uma alternativa à prática jurídica tradicional, demonstrando que é possível operar o Direito em uma perspectiva emancipatória e transformadora.

Compreendemos, portanto, a AJP como um movimento, devido ao grau de organização, mobilização e articulação das entidades que desenvolvem essa prática jurídica inovadora. Tais entidades ou grupos se organizam em redes, seguindo uma tendência caracterizadora dos novos movimentos sociais, como afirma Scherer-Warren.<sup>11</sup> Trata-se, no entanto, de um movimento jurídico, que não deve ser confundido com os movimentos populares assessorados.

Para uma melhor compreensão da Assessoria Jurídica Popular, são necessárias, algumas explicações sobre as terminologias ou tipologias que estão relacionadas ao tema em estudo. Inicialmente, lembramos que é comum encontrarmos na literatura jurídica, especialmente na estrangeira, o termo serviços legais para designar as práticas de auxílio jurídico gratuito, englobando as entidades públicas (como os serviços prestados pela Defensoria Pública) ou privadas, originários de contextos e locais distintos e, não raro, com práticas e objetivos políticos diversos e contraditórios entre si.<sup>12</sup>

O *Instituto Latino Americano de Serviços Legais Alternativos* – ILSA, da Colômbia, utiliza-se do termo serviços legais alternativos para se referir ao que aqui chamamos de Assessoria Jurídica Popular. Ressaltamos a contri-

buição do ILSA, sobretudo, através da revista *El Otro Derecho*, importante veículo de divulgação das idéias críticas do Direito e das práticas jurídicas alternativas. Encontra-se, em tal revista, a definição que o Instituto atribui aos “serviços legais alternativos”, como sendo: “aqueles grupos de apoio jurídico popular que buscam defender interesses coletivos mediante a organização comunitária e a capacitação legal orientada até a mobilização e a auto-organização.”<sup>13</sup>

O professor Campilongo<sup>14</sup> em texto clássico para a Assessoria Jurídica Popular, apresentado em umas das excelentes publicações do já extinto Instituto Apoio Jurídico Popular – AJUP, intitulado: *Assistência Jurídica e realidade social: apontamentos para uma tipologia dos serviços legais*, expõe as características e as diferenças entre os serviços legais tradicionais e os serviços legais inovadores, que podem ser identificados, respectivamente, com a Assistência Judiciária Gratuita e a Assessoria Jurídica Popular, cujas peculiaridades serão desenvolvidas em um tópico mais adiante. O eminente professor, portanto, refere-se à Assessoria Jurídica Popular como sendo uma espécie do gênero serviços legais. Mas, conforme lembra LUZ:<sup>15</sup>

Até mesmo a gratuidade de tais serviços, elemento aparentemente unificador das diversas entidades identificadas por essa denominação, não se apresenta, por si só, como fator capaz de definir um “modelo paradigmático”, a partir do qual o fenômeno da Assessoria Jurídica Popular possa ser identificado. Outrossim, sendo aderido à expressão genérica “serviço legal” o qualitativo “popular”, cresce ainda mais a indeterminação do fenômeno que, aparentemente, estaria apenas circunscrito numa ampla área de atuação forense “pro bono”, voltada para a ajuda altruísta e desinteressada de litigantes necessitados.

Daí a necessidade de consolidarmos na literatura jurídica o termo Assessoria Jurídica Popular, já que a referida expressão possui um significado próprio, ao passo que a terminologia dos serviços legais é bem genérica e está longe de esgotar todo o conteúdo da AJP.

Ademais, a dogmática jurídica tradicional analisa o tema dos serviços legais em uma perspectiva mais processual, ligada a uma discussão do acesso formal à Justiça, concentrando-se apenas no estudo dos meios jurídicos de postulação, em sentido estrito, operando no campo estrito da exegese do Direito Positivo, na maioria das vezes sob a ótica monista.<sup>16</sup> Tais estudos se referem, muitas vezes, somente aos serviços de assistência judiciária que prestam seu auxílio à população sem condições de pagar um advogado particular, dessa forma, não adentram no campo da Sociologia Jurídica Crítica, na qual se insere o âmbito de atuação da Assessoria Jurídica Popular, tampouco investigam o movimento em outros ramos das ciências, como a Educação Popular, a Ciência Política ou a própria Filosofia do Direito, estudos necessários para a compreensão da AJP.

Apesar de incipiente a bibliografia sobre o movimento de Assessoria Jurídica Popular, é possível identificarmos algumas de suas características, dentre as quais destacamos: a) a opção por atuar em demandas coletivas, ou que possuam uma repercussão social; b) a “desmistificação” do Direito e a perspectiva emancipatória e participativa com que o litígio é trabalhado, envolvendo os sujeitos de Direito no processo; e, c) a interdisciplinaridade.

Podemos também estabelecer alguns pressupostos desta prática jurídica inovadora, tais como: a) a compreensão do Direito como um instrumento de transformação social; b) um amplo acesso à justiça, encarado não apenas como o acesso ao Judiciário, mas sim abrangendo todos os meios legítimos para se alcançar a Justiça; c) um pluralismo jurídico comunitário-participativo<sup>17</sup>, como projeto emancipatório dos “novos sujeitos coletivos de Direito”, baseado nos valores de legitimidade, democracia, descentralização, participação, justiça, satisfação das necessidades, entre outros; e, d) a educação jurídica popular em direitos humanos, como abordagem pedagógica para um processo libertador de conscientização.

Certamente, para um melhor entendimento sobre a AJP, é fundamental conhecermos os seus fundamentos, as suas justificativas e os seus pressupostos<sup>18</sup>, no entanto, para o presente trabalho é impossível abranger tantos aspectos, de modo que, o nosso objetivo, com este artigo, é destacar o pressuposto do acesso à justiça, em uma perspectiva ampla e democrática, conforme passaremos a analisar.

### 3 ACESSO À JUSTIÇA

No âmbito do Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça se revela como um dos mais importantes direitos fundamentais, sendo desafio dos sistemas jurídicos modernos a criação de mecanismos que diminuam os obstáculos que dificultam ou impossibilitam a sua efetivação. Conforme ensina Cappelletti e Garth:<sup>19</sup>

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Nos séculos XVIII e XIX, nos estados liberais burgueses, o direito de acesso à justiça era compreendido apenas em seu aspecto formal, correspondendo a uma igualdade também apenas formal, mas não efetiva.<sup>20</sup>

Atualmente, a idéia de acesso à justiça significa mais do que o acesso formal ao Judiciário, ou seja, mais do que o direito de peticionar, compreendendo o direito a um processo jurisdicional justo e efetivo, que garanta a todos a tutela dos direitos. Nesse sentido, Cappelletti e Garth<sup>21</sup> lecionam que:

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem rei-

vindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Nessa mesma linha de raciocínio, Rodrigues<sup>22</sup> destaca que são atribuídos dois sentidos fundamentais ao termo acesso à justiça:

O primeiro, atribuindo ao significante justiça o mesmo sentido e conteúdo que o de Poder Judiciário, torna sinônimas as expressões acesso à justiça e acesso ao Judiciário; o segundo, partindo de uma visão axiológica da expressão justiça, compreende o acesso a ela como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano.

Por sua vez, Watanabe<sup>23</sup> propõe que: “a problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”.

Os estudos de Cappelletti e Garth<sup>24</sup> identificam algumas propostas que contribuíram (ou deveriam contribuir) para a materialização do acesso à Justiça, por meio de um movimento nesse sentido, que ocorreu de forma crescente em diversos Estados contemporâneos. Tal movimento é dividido em três ondas pelos autores.

A assistência judiciária para os pobres é apontada por Cappelletti e Garth<sup>25</sup> como sendo a primeira “onda” desse movimento novo por um efetivo acesso à justiça, ao passo que a segunda “onda” diz respeito às formas de representação jurídica para os interesses difusos. Já a terceira “onda” de reformas, segundo os referidos autores:

Inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, *mas vai além*. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos ‘o enfoque do acesso à Justiça’ por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso.<sup>26</sup>

Essa terceira onda de reformas previstas por Cappelletti e Garth para melhorar o acesso à justiça compreende, por exemplo, eliminação das custas judiciais, conciliação judicial, solução de litígios fora do Judiciário, a exemplo da Arbitragem e Conciliação, criação de tribunais especializados, como os juizados especiais de pequenas causas, “tribunais de vizinhanças<sup>27</sup>” para solucionar divergências na comunidade.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 acolheu esse novo conceito de acesso à justiça, demonstrando uma preocupação com a criação de um acesso igualitário e eficiente para todos, através de um sistema jurídico mais moderno, prevendo um conjunto de direitos e garantias que completam esse amplo significado do acesso à justiça.

Entre esses direitos e garantias constitucionais relacionados ao acesso à justiça, registra-se a criação das Defensorias Públicas, que prestam uma assistência jurídica gratuita aos mais necessitados e a previsão dos juizados especiais cíveis e criminais, posteriormente instituídos pelas leis nº 9.099/95 (no âmbito da Justiça Comum) e nº 10.259/01 (no âmbito da Justiça Federal), aos quais compete conciliar e julgar as causas civis de menor complexidade e as penais de menor potencial ofensivo, estabelecendo um rito simplificado, em apreço à celeridade, oralidade e economia processuais, adotando o princípio da gratuidade processual no primeiro grau de jurisdição. Além dos já citados, ressalta-se o próprio “direito de peticionar”, previsto na Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso XXXV, objetivando assegurar às pessoas o acesso ao Poder Judiciário.

A institucionalização da Defensoria Pública pela atual Constituição (art. 134, CF/88) revela a intenção do Constituinte Originário em efetivar a promessa da assistência judiciária aos necessitados, reforçando o direito fundamental de acesso à justiça. Ressaltamos que a Constituição Federal de 1988 amplia a atuação da Defensoria ao se referir a uma assistência judiciária, integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, inciso LXXIV, CF/88), incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados (art. 134, *caput*, CF/88). Evidenciando-se, assim, a Defensoria Pública como uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado (art. 134, *caput*, CF/88) e ao efetivo acesso à justiça. Destacamos, também, as recentes reformas no sentido de fortalecer a atuação da Defensoria Pública, por meio da EC 45/2005, com a inserção do §2º no art. 134, que assegurou às Defensorias Públicas Estaduais, a autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos por estas leis e, ainda, a Lei 11.448/2007 que legitima a Defensoria Pública para a propositura da Ação Civil Pública.

Outro aspecto constitucional inovador e progressista, que contribui para o efetivo acesso à justiça, diz respeito aos instrumentos de proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos<sup>28</sup>, tais como o mandado de segurança coletivo, a ação popular e ação civil pública. A Constituição Federal de 1988 avançou nesse sentido, também, ao reconhecer a legitimidade das entidades de classe e associações para defender os interesses dos seus membros, enfatizando a tendência da coletivização dos conflitos apresentados ao Judiciário.

No entanto, apesar das preocupações e inovações previstas na Constituição Federal e em leis infraconstitucionais, o que se percebe na realidade é que esse direito ainda carece de efetividade.



A falta de acesso à justiça não pode ser compreendida dissociada da realidade social. As pesquisas realizadas pela Sociologia do Direito<sup>29</sup> constataam a presença de barreiras econômicas, sociais, pessoais e jurídicas que prejudicam a concretização desse direito. Portanto, mesmo com as inovações legais, na prática, essas barreiras contribuem para que não haja esse acesso à justiça, e havendo, não se verifique de forma igual a todos.

As **barreiras econômicas** encontram-se nos altos custos do processo, intimidando, sobretudo, as classes de baixa renda, que desistem da proteção judiciária por não poderem pagar as despesas ou porque não é satisfatória a relação entre o custo do processo e o benefício esperado<sup>30</sup>

Nessa mesma esteira de raciocínio, Santos<sup>31</sup> afirma o seguinte:

Quanto aos obstáculos econômicos, verificou-se que nas sociedades capitalistas em geral os custos da litigação eram muito elevados e que a relação entre o valor da causa e o custo da sua litigação aumentava à medida que baixava o valor da causa.

Estudos revelam que a justiça civil é cara para os cidadãos em geral mas revelam sobretudo que a justiça civil é proporcionalmente mais cara para os cidadãos economicamente mais débeis. É que são eles fundamentalmente os protagonistas e os interessados nas ações de menor valor e é nessas ações que a justiça é proporcionalmente mais cara, **o que configura um fenômeno da dupla vitimização das classes populares face à administração da justiça.** (grifo nosso)

Sabadell<sup>32</sup> ressalta que, enquanto 70% da população dos estados de São Paulo e Rio de Janeiro não têm acesso à justiça civil, a população carente constitui a principal “clientela” do sistema penal<sup>33</sup>. Ainda segundo a autora, tal situação, condicionada pela forte desigualdade social, é frequentemente analisada como negação da cidadania.

Além disso, a lentidão processual é outro fator que onera o processo, sendo, proporcionalmente, mais gravoso para os cidadãos de menos recursos, havendo, portanto, uma tripla vitimização desses sujeitos.<sup>34</sup>

Quanto aos **obstáculos pessoais**, destaca-se a falta de informação acerca dos direitos e os seus mecanismos de proteção, inclusive sobre a existência de uma assistência judiciária gratuita. Mais uma vez, tais barreiras atingem principalmente os setores populares, como lembra o sociólogo português:

Os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer um problema que os afeta como sendo problema jurídico. Podem ignorar os direitos em jogo ou ignorar as possibilidades de reparação jurídica.<sup>35</sup>

Por outro lado, as **barreiras sociais** consistem nas “desconfianças” do sistema judiciário, afinal, não são raros os casos de corrupção envolvendo operadores do Direito, de modo que, cada vez mais, percebe-se a insegurança por parte dos jurisdicionados em relação a uma possível conquista judicial.

Esses obstáculos sociais são também agravados para as classes baixas, conforme ressalta Santos:<sup>36</sup>

Estudos revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estado social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas fatores econômicos, mas também fatores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades econômicas.

O medo de romper relações e sofrer represálias, quando o processo impenetrado é contra algum conhecido ou alguém “poderoso”, representa outro aspecto social que dificulta o acesso à justiça.<sup>37</sup> Embora reconheçam a violação de um direito, os indivíduos das classes baixas hesitam muito mais que os outros em recorrer aos tribunais mesmo quando percebem estar perante um problema legal.<sup>38</sup>

As **barreiras jurídicas** estão relacionadas às regras de organização do processo e de funcionamento do Poder Judiciário, tais como a excessiva duração do processo; a distância geográfica do tribunal<sup>39</sup>; o número limitado de juízes, promotores e serventuários da justiça.<sup>40</sup> Citamos também, a estrutura burocratizada do serviço público, a linguagem, as vestimentas e a postura dos operadores jurídicos que transitam nos fóruns, como fatores que contribuem para o quadro de isolamento sócio-cultural do homem comum que busca a devida tutela jurisdicional, drama este tão bem retratado por Franz Kafka, em *O Processo*.

Poderíamos destacar, ainda, como barreiras ao acesso à justiça, questões ideológicas, como a concepção elitista, privatista e positivista que predomina na mentalidade do Judiciário e obstáculos políticos, percebidos na prática, em algumas situações, como a não-independência do Judiciário em relação aos outros Poderes ou aos setores econômicos fortes.

Arrematando o tema, Rodrigues<sup>41</sup> conclui que:

O Poder Judiciário possui alguns problemas estruturais e históricos que interferem diretamente na questão do acesso à justiça. Entre eles se pode destacar: a morosidade existente na prestação jurisdicional; a carência de recursos materiais e humanos; a ausência de autonomia efetiva em relação ao Executivo e ao Legislativo; a centralização geográfica de suas instalações, dificultando o acesso de quem mora nas periferias; o corporativismo de seus membros; e a inexistência de instrumentos de controle externo por parte da sociedade.

Desde os anos 1950, a Sociologia Jurídica realiza pesquisas de opinião pública sobre o sentimento da população em relação ao sistema jurídico, conforme Sabadell (2002, p. 208), a maior parte dessas pesquisas chega às seguintes conclusões: “a população não possui um bom conhecimento do sistema jurídico, não confia no mesmo e tem uma imagem muito negativa de seus atores”.

Por essa razão, boa parte dos conflitos sociais não é levada ao Judiciário. Muitos são resolvidos entre as próprias partes, através de negociações diretas, outros são solucionados com a ajuda de terceiros, através da conciliação<sup>42</sup>, mediação<sup>43</sup> ou arbitragem<sup>44</sup>.

Tais formas de resolução de conflitos são mais céleres, menos onerosas e menos “traumáticas” para os litigantes. Porém, é preciso atentar para a igualdade material das partes, pois, a ausência deste requisito pode pressionar a parte em situação inferior a ceder e aceitar forçosamente um acordo. Observado esse pressuposto, pensamos que os citados meios extra-judiciais de solução dos conflitos são importantes na busca por efetivo acesso à justiça, já que vivemos em um contexto pluralista<sup>45</sup>, em que o acesso à justiça não deve se limitar à tutela de direitos no âmbito do Poder Judiciário ou dos órgãos institucionais.

O conjunto desses fatores que obstaculariza o acesso à justiça revela o quanto é complexa a discriminação jurídico-social, que vai além das condicionantes econômicas, envolvendo também, como vimos, aspectos sociais, pessoais e culturais, resultantes de processos de socialização e de interiorização dos valores dominantes.<sup>46</sup>

No entanto, a maior parte das medidas adotadas pelo Estado para minimizar o problema do acesso à justiça é de cunho eminentemente econômico, não atacando os obstáculos sociais e pessoais. A própria assistência judiciária apresenta limitações que, segundo Santos,<sup>47</sup> consistem na ausência de uma educação jurídica dos cidadãos sobre os novos direitos sociais dos trabalhadores, consumidores, jovens, mulheres etc. e na concepção individualista, que separa os problemas dos cidadãos dos problemas coletivos das classes sociais subordinadas. E mesmo com as mudanças constitucionais e infraconstitucionais, citadas anteriormente, que fortaleceram o papel da assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública, na prática, o que percebemos é uma enorme carência de infra-estrutura, que vai desde o número insuficiente de defensores públicos à falta de pessoal para assessorá-los<sup>48</sup>. Portanto, as Defensorias devem ser estimuladas, como também devem ser valorizadas outras iniciativas sociais, que segundo Santos<sup>49</sup> são essenciais ao acesso à justiça, tais como as assessorias jurídicas universitárias e a advocacia popular, práticas que compreendem a Assessoria Jurídica Popular.

#### 4 ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR E ACESSO À JUSTIÇA

A Assessoria Jurídica Popular também entende que o Poder Judiciário não é a única instância de resolução dos conflitos. Além de valorizar os citados meios informais, especialmente a negociação direta ou a mediação, nos casos

que envolvem pequenos conflitos, a Assessoria Jurídica Popular considera importantes as esferas do Poder Executivo e do Poder Legislativo, para a expansão e conquista de novos direitos, bem como para efetivação dos já existentes, uma vez que as políticas públicas garantidoras de alguns direitos fundamentais passam necessariamente por esses poderes.

Como conquista de direitos através do Poder Executivo e a partir de um trabalho de Assessoria Jurídica Popular, podemos citar, por exemplo, uma parceria entre o FEPRAF – Fórum em Defesa da Educação da Praia do Futuro, o CEDECA – Centro de Defesa da Criança e do Adolescente do Ceará, o CAJU – Centro de Assessoria Jurídica Universitária e demais movimentos sociais e entidades da sociedade civil, que, na luta pelo direito à educação, conseguiram junto ao Poder Municipal um transporte escolar para conduzir os estudantes da Praia do Futuro às suas escolas, como medida emergencial, enquanto não é construída a escola daquela região, demanda que já foi, inclusive, incluída no Orçamento Participativo<sup>50</sup>.

Junto ao Poder Legislativo, também, podem-se obter importantes conquistas para a concretização de alguns direitos. As leis promulgadas a partir de reivindicações populares são bons exemplos da organização social nesse sentido. A inclusão do direito à moradia no rol constitucional dos direitos sociais fundamentais (art. 6º), através da Emenda Constitucional nº26/2000 e a promulgação do Estatuto da Cidade, em 2001, são frutos da organização e das pressões do Movimento Nacional pela Reforma Urbana. A Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, também é um bom exemplo de reivindicação social, por parte do movimento de direitos humanos.

É importante esclarecer que, mesmo considerando outras instâncias como espaços de luta para a conquista de direitos, o Poder Judiciário continua sendo a esfera preferencial para as demandas da Assessoria Jurídica Popular, que tratam essencialmente de direitos públicos, muitas vezes negados pelo próprio Estado.

Ademais, o acesso ao Judiciário consiste em uma estratégia de luta da AJP, ao provocar o referido poder a se posicionar diante das novas demandas apresentadas pelos movimentos sociais, instigando-o a reconhecer novos direitos, gerando, assim, possibilidades de mudança na sociedade através e a partir do Direito.

Tal estratégia corresponde à atuação dentro do campo da *legalidade relida*<sup>51</sup>, que se destina à construção, “por dentro” do sistema, de uma hermenêutica capaz de denunciar o modelo legal tradicional.<sup>52</sup>

Esse trabalho mais diretamente ligado ao Poder Judiciário, tem instigado os juízes a refletirem diante de novas demandas populares, provocando o surgimento de uma cultura jurídica crítica a partir dessas ações, contribuindo, assim, de forma indireta para a consolidação da Nova Hermenêutica Constitucional. Com efeito, tais litígios têm alcançado alguns resultados positivos, a exemplo da união de homossexuais, cuja posição adotada por alguns juízes e

tribunais tem sido de reconhecer que a referida ligação gera direitos para os companheiros, da mesma maneira que uma união estável entre heterossexuais<sup>53</sup>. Além desse caso, muitos outros poderiam ser citados, como algumas vitórias no âmbito do Direito Agrário registradas por Strozake.<sup>54</sup>

Desse modo, o Judiciário ocupa um *locus* fundamental nessa luta por direitos, em grande parte legitimada no texto constitucional de 1988. Nesse sentido, Andrade:<sup>55</sup>

Simultaneamente, a sociedade civil começou a organizar-se e a trazer ao Poder Judiciário reivindicações não resolvidas pelos outros Poderes; todas, até então, consideradas políticas, econômicas ou sociais, não jurídicas. São exemplos, as questões de terra (ocupações políticas), dos salários (grandes conflitos coletivos e greves – sistema econômico) e, inclusive, pedidos de indenizações por mortes ocasionadas pelo regime anterior (política). **A população politizou o judiciário, transformando as lides jurídicas de demandas só interindividuais em conflitos coletivos classistas.** (grifo nosso)

Diante dessas perspectivas, a cidadania - verdadeiro pressuposto de um efetivo acesso à justiça - passa a ser compreendida como algo a ser conquistado continuamente, no dia-a-dia, a partir da ação coletiva organizada, e não mais como uma utopia ou retórica.

O acesso à justiça consiste em um pressuposto da Assessoria Jurídica Popular, que, por sua vez, assume um papel importante da efetivação daquele. O principal objetivo da AJP é a efetividade e a garantia dos direitos fundamentais. Dessa forma, para que possamos viver em uma sociedade verdadeiramente justa, o acesso à justiça é essencial nesse processo de luta por direitos.

No entanto, para a concretização do acesso à justiça é necessário, ainda, um bom conhecimento das normas jurídicas que protegem e garantem esse direito, através de um processo de conscientização e organização popular, pois, como vimos, um dos obstáculos ao acesso à justiça consiste na barreira pessoal, consequência da falta de informação acerca dos direitos e seus mecanismos de proteção.

Sob esse prisma, Assessoria Jurídica Popular assume um importante papel na efetividade do acesso à justiça, visto que, diferentemente da assistência judiciária criticada acima por Santos,<sup>56</sup> a AJP pauta suas ações em uma educação popular em direitos humanos, também constitui um dos pressuposto desse movimento.

Ressaltamos, também, o papel das assessorias jurídicas universitárias na formação de um profissional jurídico com um perfil mais humanista, mais sensível às demandas populares e mais engajado com a luta pela efetivação dos direitos fundamentais, contribuindo, assim, ainda que indiretamente, para uma sensível mudança na postura do profissional jurídico que tradicionalmente possui uma visão elitista, individualista e positivista, fato que constitui uma barreira ideológica ao acesso à justiça, conforme já dito.

Além disso, a Assessoria Jurídica Popular trabalha com ações coletivas, em uma perspectiva emancipatória dos novos sujeitos de direito, comprometida com a satisfação dos anseios da sociedade e com a concretização dos direitos fundamentais, sustentáculo da fórmula política do Estado Democrático de Direito. Parte dessas ações compreende as defesas desses sujeitos, que, constantemente, são criminalizados pela mídia e pela elite, sobretudo, quando o direito em questão é um bem patrimonial<sup>57</sup>, como a propriedade rural ou urbana. Outras ações judiciais comumente impetradas são as que protegem os direitos sociais, como o direito à moradia (através da usucapião coletiva), o direito à educação, ao meio ambiente etc. (através, por exemplo, de ações civis públicas).

Nesse contexto, é que entendemos o acesso à justiça de forma ampla e democrática. De modo que, para a Assessoria Jurídica Popular, a Justiça não se confunde com o Judiciário; o direito de acesso à Justiça compreende o próprio direito a ter Justiça, que pode (e deve) ser buscada em outros espaços, além do Poder Judiciário.

## 5 CONCLUSÃO

No âmbito do Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça – que teve seu conceito redimensionado para uma noção mais ampla, que implica não só o acesso ao judiciário, mas sim o acesso a um processo justo e efetivo – revela-se como um dos mais importantes direitos fundamentais, sendo um dos maiores desafios dos sistemas jurídicos modernos a concretização deste direito.

Nesse sentido, percebemos um movimento crescente de estratégias para facilitar o acesso à justiça, denominadas de ondas por Cappelletti e Garth.<sup>58</sup> No entanto, apesar de vários países criarem mecanismos com o intuito de minimizar a ineficácia do acesso à justiça, como no caso do Brasil, ainda percebemos que muito ainda há que ser feito para que se diminuam as barreiras econômicas, sociais, pessoais, jurídicas e políticas que inviabilizam uma verdadeira aplicação do acesso à justiça.

Nesse contexto, destacamos a Assessoria Jurídica Popular, uma prática jurídica alternativa, cuja essência encontra-se na abordagem emancipatória em que baseia suas ações e no fundamento do Direito entendido como instrumento de transformação social, bem como no compromisso do assessor jurídico popular com a luta das classes populares em defesa e promoção dos direitos humanos e fundamentais, por uma sociedade mais justa, mais igual e mais humana.

Possuindo, como um de seus pressupostos, a compreensão ampla de acesso à justiça, encarado não apenas como o acesso ao Judiciário, mas sim abrangendo todos os meios legítimos e democráticos para se alcançar a Justiça, a Assessoria Jurídica Popular consolida-se como uma importante estratégia de acesso à justiça, sobretudo daqueles mais necessitados, que são as principais vítimas da negação desse direito.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Lédio Rosa de. **O que é Direito Alternativo**. Florianópolis: Habitus, 2001.
- ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. **Direito Moderno e mudança social: ensaios de sociologia jurídica**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997.
- BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. In: SALES, Lília Maia de Moraes. **Estudo sobre mediação e arbitragem**. Fortaleza: ABC, 2003.
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 395904/RS. Relator Min. Hélio Quaglia Barbosa, 6.T. DJ de 06.02.2006, p. 365. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/jurisprudência>>. Acesso em: 24 mai. 2006.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. Assistência jurídica e realidade social: apontamentos para uma tipologia dos serviços legais. In: AJUP - Instituto de Apoio Jurídico Popular. **Discutindo a assessoria popular**. Rio de Janeiro: FASE, 1991.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. In: NORTHFEET, Ellen Gracie (Trad.). **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- KAFKA, Franz. **O processo**. São Paulo: Editora Círculo do Livro, 1963.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.
- LUZ, Vladimir de Carvalho. **Assessoria jurídica popular no Brasil**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, 2005.
- LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1982.
- MAIA, Christianny Diógenes. **Assessoria Jurídica Popular: teoria e prática emancipatória**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Ceará – UFC, 2007.
- PRESSBURGER, Miguel. A construção do estado de direito e as assessorias jurídicas populares. **Discutindo a assessoria popular**. Rio de Janeiro: AJUP - Instituto de Apoio Jurídico Popular/FASE, 1991.
- ROCHA, José de Albuquerque. Instituições arbitrais. In: SALES, Lília Maia de Moraes (Org.). **Estudos sobre mediação e arbitragem**. Fortaleza: ABC Editora, 2003.
- RODRIGUES, Horácio Wanderley. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SALES, Lília Maia de Moraes. A mediação de conflitos e a pacificação social.



In: **Estudos sobre mediação e arbitragem**. Fortaleza: ABC Editora, 2003.

SANT'ANNA, Alayde. Por uma teoria jurídica da libertação. In: SOUSA, José Geraldo (Org.). **Introdução crítica ao direito**. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1993, v. 1.

SANTOS, Boaventura de Souza. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo. (Org.) **Introdução crítica ao direito**. 4. ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1993, v. 1.

\_\_\_\_\_. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Justiça: a função social do judiciário**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1997.

\_\_\_\_\_. **Para uma revolução democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SCHERER-WARREN, Ilse. **Rede de movimentos sociais**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

STROZAKE, Juvelino José (Org.). **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: RT, 2000.

\_\_\_\_\_. **Questões agrárias: julgados comentados e pareceres**. São Paulo: Editora Método, 2002.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. (coord.). **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988, p. 128-135.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Saraiva, 2001a.

\_\_\_\_\_. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. São Paulo: Alfa Omega, 2001b.

- 1 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. In: NORTHFEET, Ellen Gracie (Trad.). **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 12.
- 2 A palavra emancipação ou emancipatória utilizada neste artigo caracteriza a abordagem desenvolvida pela AJP ao trabalhar o Direito, valendo-se da Educação Popular como método pedagógico para uma Educação Jurídica em Direitos Humanos junto aos movimentos assessorados. Neste sentido, significa que a AJP atua envolvendo as pessoas assessoradas como os verdadeiros protagonistas da luta por direitos, e não como clientes ou assistidos, propiciando um empoderamento desses sujeitos.
- 3 Historicamente, o Direito reflete um caráter conservador, mantenedor do *status quo*. Na realidade, porém, o Direito se relaciona de forma dialógica com a sociedade, ou seja, ao mesmo tempo em que é produto de um contexto sócio-cultural, também influi na situação social, exercendo, assim, um duplo papel dentro da sociedade: ativo e passivo. Assume, dessa maneira, uma função reformadora, podendo agir como um instrumento de mudanças sociais.
- 4 Quanto à análise marxista da sociedade, referimos-nos ao método dialético marxista, a história da luta de classes, bem como seus estudos sobre a sociedade capitalista, que é opressora, e a idéia que Marx tem do Direito como um instrumento de manutenção do *status quo* da classe burguesa.
- 5 SANT'ANNA, Alayde. Por uma teoria jurídica da libertação. In: SOUSA, José Geraldo (Org.). **Introdução crítica ao direito**. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1993, v. 1, p. 27.
- 6 LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1982, p. 86)
- 7 PRESSBURGER, Miguel. A construção do estado de direito e as assessorias jurídicas populares. **Discutindo**



- a assessoria popular. Rio de Janeiro: AJUP - Instituto de Apoio Jurídico Popular/FASE, 1991, p. 36)
- 8 Quanto à definição de direitos humanos, tomamos a lição de Ana Maria Dávila Lopes (LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 41.) ao ensinar que “são princípios que resumem a concepção de uma convivência digna, livre e igual de todos os seres humanos, válidos para todos os povos e em todos os tempos”, por outro lado a autora afirma que os direitos fundamentais “podem ser definidos como os princípios jurídica e positivamente vigentes em uma ordem constitucional que traduzem a concepção de dignidade humana de uma sociedade e legitimam o sistema jurídico estatal” (Ibid., p. 35).
  - 9 A expressão “direito insurgente”, utilizada por Wolkmer refere-se ao direito “em surgimento”, “em construção”, oriundo das lutas populares. WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. São Paulo: Alfa Omega, 2001b.
  - 10 LUZ, Vladimir de Carvalho. **Assessoria jurídica popular no Brasil**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, 2005, p. 134.
  - 11 SCHERER-WARREN, Ilse. **Rede de movimentos sociais**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 119.
  - 12 LUZ, op. cit., p. 22.
  - 13 (ROJAS HURTADO, 1989 apud WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Saraiva, 2001a, p. 69.
  - 14 CAMPILONGO, Celso Fernandes. Assistência jurídica e realidade social: apontamentos para uma tipologia dos serviços legais. In: AJUP - Instituto de Apoio Jurídico Popular. **Discutindo a assessoria popular**. Rio de Janeiro: FASE, 1991.
  - 15 LUZ, op. cit., p. 22.
  - 16 Ibid., p. 25.
  - 17 Pluralismo Jurídico Comunitário Participativo é aquele que se encontra necessariamente comprometido com a atuação de novos sujeitos coletivos (legitimidade dos atores), com a satisfação das necessidades humanas essenciais (“fundamentos materiais”) e com o processo político democrático de descentralização, participação e controle comunitário (estratégias). Soma-se ainda a inserção do pluralismo jurídico com certos “fundamentos formais” como a materialização de uma “ética concreta da alteridade” e a construção de processos atinentes a uma “racionalidade emancipatória”, ambos capazes de traduzir a diversidade e a diferença das formas de vida cotidianas, a identidade, informalidade e autonomia dos agentes legitimadores. (WOLKMER, 2001b, op. cit., p. 230-231).
  - 18 Os fundamentos, referenciais teóricos, características e pressupostos da AJJ, encontram-se desenvolvidos em: MAIA, Christianny Diógenes. **Assessoria Jurídica Popular: teoria e prática emancipatória**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Ceará - UFC, 2007.
  - 19 CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 12.
  - 20 Ibid., p. 9.
  - 21 Ibid., p. 8
  - 22 RODRIGUES, Horácio Wanderley. **Acesso à justiça no direito procesual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 28.
  - 23 WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. (coord.). **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988, p. 128-135, p. 128.
  - 24 CAPPELLETTI; GARTH, op. cit.
  - 25 Ibid., p. 31.
  - 26 Ibid., p. 67-68.
  - 27 A tônica dessas instituições, segundo os referidos autores, está no envolvimento da comunidade, na facilitação de acordos sobre querelas locais e, de modo geral, na restauração de relacionamentos permanentes e da harmonia na comunidade (Ibid., p. 114), cuja finalidade, além de afastar dos tribunais questões menores, consiste em criar um órgão acolhedor para as pessoas comuns que não teriam condições de levar seus conflitos aos tribunais, esperando-se com essa forma descentralizada, participatória e informal, estimular a discussão na comunidade sobre situações que as relações comunitárias estejam em ponto de colapso, servindo, ainda para educar a vizinhança sobre a natureza, origem e soluções para os conflitos que os assediam (Ibid., p. 115).
  - 28 O conceito de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos consagrado no sistema jurídico brasileiro foi estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor (8.078/90), em seu artigo 81, *in verbis*: “I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a

- parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.
- 29 Sobre esses obstáculos ao acesso à justiça, utilizaremos as lições de Santos (1997) e de Sabadell (2002), além dos ensinamentos de Cappelletti e Garth (1988).
- 30 SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 202.
- 31 SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Justiça: a função social do judiciário**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1997, p. 46.
- 32 SABADELL, op. cit., p. 184.
- 33 Nesse sentido, o censo penitenciário de 1993 indicou que 98% dos presos não têm condições econômicas para contratar um advogado (Ibid., p. 184). Já passados 13 anos do censo, pensamos que pouca coisa mudou em relação a essa lamentável situação.
- 34 SANTOS, op. cit., p. 46.
- 35 Ibid., p. 48.
- 36 Ibid., p. 48
- 37 (SABADELL, op. cit., p. 202.
- 38 SANTOS, op. cit., p. 48.
- 39 É comum verificar-se, principalmente nas grandes cidades, o distanciamento entre a localização dos tribunais e os bairros mais desfavorecidos, como, por exemplo, o Fórum Clóvis Beviláqua, que antes funcionava em um prédio “simples” no Centro de Fortaleza, portanto, mais acessível à população de baixa renda e, atualmente, localiza-se em uma área nobre da cidade, em uma estrutura imponente.
- 40 SABADELL, op. cit., p. 202.
- 41 RODRIGUES, op. cit., p. 46.
- 42 Embora seja comum as expressões “conciliação” e “mediação” serem utilizadas como sinônimos, Braga Neto afirma que: “A conciliação é um procedimento mais célere. Na maioria dos casos se restringe a apenas uma reunião entre as partes e o conciliador. É muito eficaz para conflitos onde não existe interrelação entre as partes”. BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. In: SALES, Lília Maia de Moraes. **Estudo sobre mediação e arbitragem**. Fortaleza: ABC, 2003, p. 22.
- 43 “Mediação representa um meio consensual de solução de conflitos no qual um terceiro imparcial e de confiança das partes – mediador – facilite o diálogo entre estas possibilitando uma solução pacífica para a controvérsia”. SALES, Lília Maia de Moraes. A mediação de conflitos e a pacificação social. In: **Estudos sobre mediação e arbitragem**. Fortaleza: ABC Editora, 2003, p. 131.
- 44 “A arbitragem pode ser definida como um meio de resolver litígios civis, atuais ou futuros, sobre direitos patrimoniais disponíveis através de árbitro ou árbitros privados, escolhidos pelas partes, cujas decisões produzem os mesmos efeitos jurídicos das sentenças proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário.” ROCHA, José de Albuquerque. Instituições arbitrais. In: SALES, Lília Maia de Moraes (Org.). **Estudos sobre mediação e arbitragem**. Fortaleza: ABC Editora, 2003, p. 96-97.
- 45 Nessa situação de pluralidade jurídica, é comum encontrarmos nas próprias comunidades formas de solução de conflitos, criadas pelos próprios moradores, como em *Pasárgada*, nome fictício atribuído por Boaventura Santos a uma favela do Rio de Janeiro, onde o sociólogo pesquisou sobre o Pluralismo Jurídico. SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo. (Org.) **Introdução crítica ao direito**. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1993, v. 1.
- 46 SANTOS, 1997, op. cit., p. 49.
- 47 Ibid., p. 50.
- 48 A título de ilustração, destacamos os dados apresentados por Santos: “A cobertura dos serviços das Defensorias Públicas estaduais corresponde a 39,7% do total de comarcas existentes no país. Apenas em 6 unidades da Federação todas as comarcas são cobertas pelos serviços prestados pela Defensoria Pública. Acresce que os serviços da Defensoria são, em regra, menos abrangentes nas unidades da Federação com os piores indicadores sociais. Por fim, nas defensorias dos estados e do Distrito Federal, há em média um defensor público para cada 83.222 destinatários potenciais de seus serviços”. SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007, p. 48.
- 49 Santos, 1997, op. cit.
- 50 Para maiores informações, consultar o Relatório de Acompanhamento da Matrícula em Fortaleza – 2006, disponível em: <<http://www.cedecaceara.org.br>>.
- 51 Terminologia trabalhada pelo professor Arruda Junior ao propugnar uma nova tipologia das práticas jurídicas emancipatórias nos campos da *legalidade relida*, da *legalidade sonogada* e da *legalidade negada*.

- ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. **Direito Moderno e mudança social: ensaios de sociologia jurídica**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997.
- 52 LUZ, op. cit., p. 35.
- 53 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 395904/RS. Relator Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, 6.T.DJ de 06.02.2006 p. 365. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/jurisprudência>>. Acesso em: 24 mai. 2006.
- 54 STROZAKE, Juvelino José (Org.). **Questões agrárias: julgados comentados e pareceres**. São Paulo: Editora Método, 2002.
- 55 ANDRADE, Lédio Rosa de. **O que é Direito Alternativo**. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 23-24
- 56 Santos, 1997, op. cit., p. 50.
- 57 Bem patrimonial para o latifundiário ou para o especulador, mas, para os sem-terra ou os sem-teto, tais bens representam a própria subsistência, a própria dignidade.
- 58 CAPPELLETTI; GARTH, op. cit.

## POPULAR JURIDICAL ADVISORY AND ACCESS TO JUSTICE

### ABSTRACT

In present days, the notion of access to Justice comprises more than formal access to the Judiciary, also including the right to a fair and efficient judicial procedure, in order to assure the protection of the rights of everyone. In Brazil, the 1988 Constitution adopted this new conception of access to Justice, thus expressing a concern with the creation of more efficient and equitable possibilities of access to the Judiciary for every citizen, that would be possible through the availability of a more modern juridical system and by the offering of rights and guarantees, in order to completely shape this newer and broader meaning of access to Justice. Notwithstanding, the concerns and innovations brought into force by the Constitution and new Brazilian laws were not sufficient to grant real efficacy to the right of access to Justice. In this context, a new movement emerges, the Popular Juridical Advisory, aimed at contributing to promoting life with dignity for everyone, using Law as an instrument of social change and human emancipation and resorting to a democratic notion of the right of access to Justice, which is perceived by the author as the very right to justice, that is to say, the right to justice in other social spaces, besides the Judiciary.

**Keywords:** Access to Justice. Popular Juridical Advisory. Judiciary.

# O PAPEL DOS MOVIMENTOS SOCIAIS COMO FERRAMENTA DE JUSTIÇA E EMANCIPAÇÃO SOCIAL: UM DIÁLOGO ENTRE BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS E ZYGMUNT BAUMAN

*Clovis Renato Costa Farias\**

## RESUMO

O presente trabalho pretende demonstrar a força que têm os movimentos organizados nas pautas por melhorias sociais na efetivação dos direitos ao trabalho digno, como ferramenta de justiça e emancipação social, o que se fará apoiado em parte da produção de Boaventura de Sousa Santos e Zygmunt Bauman referentes principalmente à modernidade, aos indivíduos e à emancipação social. Intenta-se, para tanto, difundir a importância de tais movimentos, os problemas na organização e na formação de guerreiros para os embates sociais, bem como a possibilidade que tais movimentos têm de colaborar para a emancipação individual e social. O que se fará com base em dados teóricos e empíricos ligados à realidade contemporânea dos trabalhadores em seu contexto social, que não se esgota no labor para a sobrevivência ou na busca por ele, mas amplia-se e se enlaça a todas as relações sociais de modo amplo.

**Palavras-chave:** Movimentos sociais. Direito ao trabalho. Dignidade da pessoa humana. Emancipação. Justiça social.

## INTRODUÇÃO

Abordar as lutas oriundas e decorrentes das relações de trabalho na contemporaneidade como ferramenta para a realização da justiça e emancipação individual e social é um desafio diante das dificuldades ligadas às relações laborais (decorrentes da supervalorização do lucro em detrimento da dignidade dos trabalhadores), dos problemas da modernidade (instigadora do individualismo e do consumismo) e dos reveses pelos quais tem passado o sindicalismo (carente de recursos humanos e financeiros aptos a viabilizar plenamente suas atividades, especialmente nos setores da iniciativa privada).

\* Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará – UFC, Especialista em Direito e Processo do Trabalho, Membro do GRUPE (Grupo de Estudos e Defesa do Direito do Trabalho e do Processo Trabalhista) e do Grupo de Estudos Boaventura no Ceará. Professor de Sociologia Jurídica, Constitucional, Direito do Trabalho e Processo Trabalhista, Professor da Faculdade Christus.

Provocação que se torna fundamental quando se intenta resgatar os valores que embasam a nação para a concretização da justiça e da emancipação na sociedade, tomando-se como fundamento o trabalho digno em que se insere ou almeja se inserir o povo brasileiro, fonte de todo o poder da República Federativa do Brasil, como postado na Carta Política de 1988 (art. 1º, III, IV e § 1º). Algo realçado pela importância que o constituinte originário conferiu ao labor, dedicando-lhe todo um título nos disputados 250 artigos da Constituição (Título VIII, Da Ordem Social, Capítulo I), no qual se ressalta que a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193).

Dessa maneira, o papel dos movimentos para a conquista, manutenção e aprimoramento de melhorias relacionadas com o direito “ao trabalho” (direito fundamental) e “do trabalho” (ramo do Direito), a ser desempenhado de forma digna, é importantíssimo diante da ebulição atual de problemas que têm envolvido toda a sociedade, ultrapassando o local da prestação laboral, enraizando-se na *psiquê* individual e coletiva, modificando hábitos e produzindo novos e nefastos fatos sociais.

Movimentos antes entendidos somente como do operariado para defesa dos interesses políticos e econômicos ligados às relações de trabalho, conhecido como trabalhismo, mas que necessitou ampliar e diversificar os aliados em razão da progressiva desvantagem dos obreiros frente às exigências do mercado e da grande desmobilização operária, resultante da modernidade consumista. Assim, atualmente, as lutas de classe apoiam-se na organização sindical (sindicatos, federações, confederações, centrais e associações de trabalhadores); no sistema de proteção ao trabalhador, mantido para minimizar a desigualdade de forças na barganha pela melhoria das condições laborais, em grande parte, custeado e disciplinado pelo Estado, no qual se incluem a Justiça do Trabalho, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério do Trabalho e Emprego e os fundos próprios de custeio como o Fundo de Amparo ao Trabalhador; e na sociedade civil, em razão do intrincamento das pautas de luta, dado o caráter híbrido que envolve tais movimentos, ao mesclar questões laborais, familiares, governamentais, dentre outras, de formas difusas e coletivas. Situação ampliada pelas necessidades dos intervenientes na defesa da dignidade humana, mas que ainda carece de força para combater o mercado na modernidade.

No contexto contemporâneo, como assevera Bauman, há uma nova ordem fincada em termos econômicos, imune a quaisquer outros desafios heterônomos, tais como embaraços políticos, éticos e culturais. Para tanto, tal modernidade tem-se ocupado de “*derreter os sólidos*”, ou seja, “*eliminar as obrigações irrelevantes que impediam a via do cálculo racional dos efeitos*”<sup>1</sup>, e conclui:

[...] como dizia Max Weber, libertar a empresa de negócios dos grilhões dos deveres para com a família e o lar e da densa trama das obrigações éticas; ou, como preferiria Thomas Carlyle, dentre os vários laços subjacentes às responsabilidades humanas mútuas, deixar restar somente o ‘nexo dinheiro’. Por isso mesmo, essa forma de ‘derreter os sólidos’ deixava toda a complexa rede de relações sociais no ar – nua, desprotegida, desarmada e exposta,

impotente para residir às regras de ação e aos critérios de racionalidade inspirados pelos negócios, quanto mais para competir efetivamente com eles.”<sup>2</sup>

Dessarte, emergem as lutas dos trabalhadores como ferramentas aptas para a realização da justiça social, exatamente por embasarem-se em valores sólidos que englobam toda a sociedade, instigarem a atuação coletiva e primarem pela dignidade humana, que não se reduz a um ambiente de trabalho saudável moral e fisicamente, mas adere ao patrimônio e materializa o bem estar das pessoas. Interferem em questões como o tempo de contato entre as famílias, o lazer, o consumo, a capacitação e a emancipação individual, viabilizadora da liberdade, da observação da importância da convivência em sociedade e do agir coletivo.

## **REVALORIZAÇÃO E MAIOR ADESÃO SOCIAL ÀS LUTAS COLETIVAS E A UTILIZAÇÃO DE INSTRUMENTOS HEGEMÔNICOS DE FORMA CONTRA-HEGEMÔNICA**

Os movimentos sobressaem-se como boas vias para solucionar grande parte dos problemas da contemporaneidade, engendrados diante da alienação dos participantes, uma vez que “a tarefa de construir uma nova ordem e melhor para substituir a velha ordem defeituosa não está hoje na agenda”<sup>3</sup>.

Nas lutas dos trabalhadores, exige-se engajamento, embates por melhorias sociais, e foge-se de “técnicas que permitem que o sistema e os agentes livres se mantenham desengajados e que se desencontrem em vez de encontrar-se”<sup>4</sup>. São capazes de proporcionar a emancipação social no atual período de desregulamentação e flexibilização em avanço contínuo, verdadeira transição social, que tem revelado as falhas do Direito como ferramenta apta para tal emancipação, como destaca Santos:

Nos últimos vinte anos, este paradigma político entrou numa crise que teve impactos tanto sobre a estratégia reformista como sobre a estratégia revolucionária. A crise do reformismo, que, nos países centrais, assumiu a forma de crise do Estado-providência e, nos países periféricos e semi-periféricos, tomou a forma de crise do Estado desenvolvimentista – através de ajustamentos estruturais e de cortes drásticos nas já de si incipientes despesas especiais do Estado –, significou, em termos políticos, o ressurgimento do conservadorismo e o levantamento de uma maré ideológica contra a agenda inclusão gradual e crescente no contrato social, a qual, embora de modos diversos, era comum ao demo-liberalismo e ao demo-socialismo. Deste modo, parecia (e parece) bloqueada a via legal para a emancipação social. Apesar de estruturalmente limitada, essa via – uma promessa emancipatória regulada pelo Estado capitalista e, por conseguinte, conciliável com as necessidades incessantes e intrinsecamente polarizadoras de acumulação do capitalismo – foi, nos países centrais, a explicação, ao longo de muitas décadas, para

a compatibilidade existente entre o capitalismo – sempre hostil à redistribuição demo-liberais ou demo-socialistas. O colapso desta estratégia levou à desintegração da tensão, já muito atenuada, entre a regulação social e a emancipação social. Mas, uma vez que a tensão habitava o modelo político no seu todo, a desintegração da emancipação social acarretou consigo a desintegração da regulação social. Daí a dupla crise de regulação e de emancipação em que nos encontramos hoje, uma crise em que o conservadorismo floresce sob o nome enganador de neoliberalismo.<sup>5</sup>

Entrementes, diante do descompasso de forças entre o capital e o trabalho e das crises próprias da modernidade, é imprescindível a adesão maciça da sociedade, verdadeira “fábrica de significados”<sup>6</sup>, que comumente vem sendo convencida por instrumentos da globalização hegemônica de que tudo está sob controle, que inexistem imbrólios laborais, ou que há impasses insolúveis para todos e para sempre, disseminando o senso de impotência nos indivíduos, postados como responsáveis. No mesmo sentido, Santos<sup>7</sup> sinaliza que toda e qualquer discussão acerca da emancipação social se vê suprimida pela globalização neoliberal, uma vez que, segundo esta, a ordem e a sociedade boas já estão conosco, carecendo apenas consolidação, o que é impossível e desperdiça enormemente as experiências proporcionadas pela convivência em sociedade.

Tem-se tolhido a energia da transcendência, como propalado por Bauman, que mantém a “ordem social” em movimento, diante da rotulação de determinados significados, nos quais se incluem as lutas de classe, como se pode destacar:

[...] os significados da vida não podem ser separados em ‘corretos’ e ‘incorretos’, ‘verdadeiros’ ou ‘fraudentos’. Eles trazem satisfações que diferem em completude, profundidade e duração emocional, mas todos ficam aquém da genuína e necessária satisfação.<sup>8</sup>

Para tanto, urge a divulgação dos reais significados das lutas que começam nas relações de trabalho mantidas ou pretendidas, não divulgadas enfaticamente, mas intencionalmente produzidos como inexistentes por instrumento da globalização hegemônica. Santos afirma que, em resumo, a globalização hegemônica neoliberal atingiu um paradigma jurídico e político que tem um âmbito global, inspirado numa visão altamente seletiva da tradição ocidental, de forma que tal paradigma está em vias de ser imposto em todo o sistema-mundo. Conclui que a questão da relação entre o direito e a emancipação social, não obstante ser, historicamente, uma questão ocidental, pode agora vir a transformar-se numa questão global.<sup>9</sup> Situação universalizante que reduz em muito a significação da emancipação social, desperdiçando experiências contrárias ou que possam interagir com tal paradigma global.

O mercado desvirtua propositalmente o foco dos movimentos para a sociedade, apregoando-os como inexistentes ou de fácil solução, e rotula os reivindicantes como insufladores para deslegitimar as lideranças e fragilizar as lutas invitadas. Investe-se na mídia para bombardear a sociedade com a en-



fatização dos problemas que envolvem atualmente o sindicalismo tais como a interferência de interesses político-partidários, aspirações individuais por parte dos partícipes ativos, corrupção interna, dentre outros, encobrindo os entresos geradores dos conflitos e modificando o rumo dos debates.

Postura que clama por um combate com igualdade de armas, robustecendo os movimentos sociais, utilizando-se dos instrumentos hegemônicos, tais como a mídia, de forma contra-hegemônica, para divulgar as pautas reivindicadas, arregimentar os trabalhadores e fortalecer o movimento na luta centrada na conquista das pautas propostas. Em decorrência, legitima os movimentos, atrai mais associados e oxigena o comando das entidades, caminho mais eficaz para minimizar as feridas que depõem contra o sindicalismo, uma vez que a falta de engajamento nos assuntos que envolvem a coletividade é que tem permitido o florescimento de ervas daninhas no coração das instituições.

É inquestionável a existência de pautas ostensivas de luta que carecem de uma organização social para o combate equânime, dentre as quais se encontram a efetivação de conquistas reivindicadas no passado e os novos desafios com os quais os indivíduos são obrigados a enfrentar, como destaca Bauman:

Jean-Paul Sartre aconselhou seus discípulos em todo o mundo a ter um projeto de vida, a decidir o que queriam ser e, a partir daí, implementar esse programa consistentemente, passo a passo, hora a hora. Ora, ter uma identidade fixa, como Sartre aconselhava, é hoje, nesse mundo fluido, uma decisão de certo modo suicida. Se se toma, por exemplo, os dados levantados por Richard Sennett — o tempo médio de emprego em Silicon Valley, por exemplo, é de oito meses —, quem pode pensar num *projet de la vie* nessas circunstâncias? Na época da modernidade sólida, quem entrasse como aprendiz nas fábricas da Renault ou da Ford iria com toda a probabilidade ter ali uma longa carreira e se aposentar após 40 ou 45 anos. Hoje em dia, quem trabalha para Bill Gates por um salário talvez cem vezes maior não tem idéia do que poderá lhe acontecer dali a meio ano! E isso faz uma diferença incrível em todos os aspectos da vida humana. [...]

A modernidade sólida tinha um aspecto medonho: o espectro das botas dos soldados esmagando as faces humanas. Virtualmente todo mundo, quer da esquerda quer da direita, assumia que a democracia, quando existia, era para hoje ou para amanhã, mas que uma ditadura estava sempre à vista; no limite, o totalitarismo poderia sempre chegar e sacrificar a liberdade em nome da segurança e da estabilidade. Por outro lado, como Sennett mostrou, a antiga condição de emprego poderia destruir a criatividade e as habilidades humanas, mas construía, por assim dizer, a vida humana, que podia ser planejada. Tanto os trabalhadores como os donos de fábrica sabiam muito bem que iriam se encontrar novamente amanhã, depois de amanhã, no ano seguinte, pois os dois lados dependiam um do outro. Os operários dependiam da Ford assim como esta dependia dos operários, e por que todos sabiam disso



podiam brigar uns com os outros, mas no final tendiam a concordar com um *modus vivendi*. Essa dependência recíproca mitigava, em certo sentido, o conflito de interesses e promovia algum esforço positivo de coexistência, por menor que fosse.

Bem, nada disso existe hoje. Os medos e as infelicidades de agora são de outra ordem. Dificilmente outro tipo de stalinismo voltará e o pesadelo de hoje não é mais a bota dos soldados esmagando as faces humanas. Temos outros pesadelos. O chão em que piso pode, de repente, se abrir como num terremoto, sem que haja nada ao que me segurar. A maioria das pessoas não pode planejar seu futuro muito tempo adiante. Os acadêmicos são umas das poucas pessoas que ainda têm essa possibilidade.<sup>10</sup>

Os saneamentos para as máculas presentes nas entidades representativas são possíveis com o maior envolvimento dos interessados, conseqüente aumento no número de filiados (ampliação humana e financeira), fortalecimento da entidade, e emancipação de parcela considerável dos intervenientes que se inteiram do diagnóstico real, tornam-se aptos a votar, serem votados, opinar nas diretivas da entidade para a melhoria das condições da categoria, participar das negociações coletivas, nos fechamentos dos acordos e convenções coletivas de trabalho, assim como ajudar na fiscalização dos dirigentes. Enfim, deve-se disseminar um novo senso comum, partindo do Sul<sup>11</sup> trabalhista, com decisões autônomas e responsáveis pelos desafios do porvir, com grande intrincamento com toda a sociedade, na esteira de Bauman, “os sólidos que estão para ser lançados no cadinho e os que estão derretendo neste momento, o momento da modernidade fluída, são os elos que entrelaçam as escolhas individuais em projetos e ações coletivas.”<sup>12</sup>

O desrespeito constante à dignidade dos trabalhadores - as incertezas sociais

Argumentos não faltam ante a atualidade das lutas de classe. O vergaste aos direitos conquistados pelo trabalhismo tem sido ostensivo, ajudado pela atual apatia da maioria dos trabalhadores, que não mais costuma combater precisamente os desmandos do mercado, e pelas peculiaridades da nova elite global, aprimorada em sua atuação empresarial, mas mantendo o antigo desrespeito da mão-de-obra em detrimento do lucro. Sobre a mudança de atuação da elite global, manifesta-se Bauman:

A elite global contemporânea é formada no padrão do velho estilo dos ‘senhores ausentes’. Ela pode dominar sem se ocupar com a administração, gerenciamento, bem-estar, ou, ainda, com a missão de ‘levar a luz’, ‘reformular os modos’, elevar moralmente, ‘civilizar’ e com cruzadas culturais. O engajamento ativo na vida das populações subordinadas não é mais necessário (ao contrário, é fortemente evitado como desnecessariamente custoso e eficaz) – e, portanto, o ‘maior’ não só não é mais ‘melhor’, mas carece de significado racional. Agora é o menor, mais leve e mais portátil que significa melhoria e ‘progresso’. Mover-se leve, e não mais aferrar-se a coisas vistas como atraentes por sua confiabilidade

e solidez – isto é, por seu peso, substancialidade e capacidade de resistência – é hoje recurso de poder.

Fixar-se ao solo não é tão importante se o solo pode ser alcançado e abandonado à vontade, imediatamente ou em pouquíssimo tempo. Por outro lado, fixar-se muito fortemente, sobrecarregando os laços com compromissos mutuamente vinculantes, pode ser positivamente prejudicial, dadas as novas oportunidades que surgem em outros lugares. Rockefeller pode ter desejado construir suas fábricas, estradas de ferro e torres de petróleo altas e volumosas e ser o dono delas por um longo tempo (pela eternidade, se medirmos o tempo pela duração da própria vida ou pela da família). Bill Gates, no entanto, não sente remorsos quando abandona posses de que se orgulhava ontem; é a velocidade atordoante da circulação, da reciclagem, do envelhecimento, do entulho e da substituição que traz o lucro hoje – não a durabilidade e confiabilidade do produto. Numa notável reversão da tradição milenar, são os grandes e poderosos que evitam o durável e desejam o transitório, enquanto os da base da pirâmide – contra todas as chances – lutam desesperadamente para fazer suas frágeis, mesquinhas e transitórias posses durarem mais tempo. Os dois se encontram hoje em dia principalmente nos lados opostos dos balcões das mega-liquidações ou de vendas de carros usados.<sup>13</sup>

Há dispensa maciça de trabalhadores com a mutação permanente dos quadros de obreiros, não raro, despedidos pela aparência ou pela idade, registrando-se a existência de empresas que somente pagam os salários após a pesagem dos empregados, que devem manter o peso aferido no início do contrato de trabalho, sob pena de perderem seus empregos sem justa causa, como se pode notar:

A companhia aérea *Turkish Airlines* deixou em terra 28 comissários de bordo que estavam acima do peso, dando a eles prazo de seis meses para que possam perder os quilos extras, informou o jornal *Haber Turk* neste sábado.

Segundo o *Haber Turk*, que citou um comunicado da empresa, todos os funcionários - 13 deles mulheres - estão de licença não remunerada.<sup>14</sup>

Carece-se de proteção contra a automação, de forma efetiva, mesmo garantida pela constituição (art. 7º, XXVII, CF/88), uma vez que sem que a sociedade percebesse as máquinas foram limpando quadros e categorias de trabalhadores em vários setores. Como destacado por Jacob<sup>15</sup>, “o Estado tem se mostrado ineficaz no que tange à apresentação de mecanismos viáveis ao combate da exclusão social, aqui representado pelo elevado número de desempregados e demais problemas referentes à classe operária”. Situação tratada por Maior:

A dispensa imotivada de trabalhadores, em um mundo marcado por altas taxas de desemprego, que favorece, portanto, o império da “lei da oferta e da procura” e que impõe, certamente, aos trabalhadores condições de trabalho subumanas e diminuição de suas

garantias e salários, agride a consciência ética que se deve ter para com a dignidade do trabalhador e, por isso, deve ser, eficazmente, inibida pelo ordenamento jurídico. Não é possível acomodar-se com uma situação reconhecidamente injusta, argumentando que “infelizmente” o direito não a reprime, ainda mais quando, como demonstrado, o próprio direito positivo (internacional e interno) possui normas eficazes para uma tal realização, bastando que se queira aplicá-las. Devemos aprender a utilizar as virtudes do direito no sentido da correção das injustiças, até porque uma sociedade somente pode se constituir com base em uma normatividade jurídica se esta fornecer instrumentos eficazes para que as injustiças não se legitimem. Do contrário, não haveria do que se orgulhar ao dizer que vivemos em um “Estado democrático de direito”.<sup>16</sup>

Conforme dados do DIEESE (Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos), criado pelo movimento sindical brasileiro, em 1955, para desenvolver pesquisas que fundamentassem as reivindicações dos trabalhadores, as taxas de rotatividade da mão de obra nos últimos 10 anos se mantiveram em patamares elevados, acima de 40%, praticamente em todo o período, em 2007, 14,3 milhões de trabalhadores foram admitidos e 12,7 milhões foram desligados das empresas. Do total de empregados desligados, 59,4%, ou 7,6 milhões foram dispensados por meio de demissões sem justa causa ou imotivada.<sup>17</sup> Situação que não tem sensibilizado os participantes do poder estatal, como se destacou em 14 de fevereiro de 2008, data em que a Convenção 158 da OIT, que trata da garantia de emprego contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, foi novamente encaminhada para ratificação, com forte apoio do movimento sindical, mas não obteve êxito. Relega-se a importância de organizações como a Organização Internacional do Trabalho (OIT), e sua intenção em universalizar condições mínimas de justiça social, como assevera Süsskind:

A OIT, desde sua criação em 1919, elegeu o ser humano, especialmente o trabalhador, como o alvo da sua atividade normativa, visando a universalizar a justiça social; e, nestes 80 anos de esplêndidas realizações, o homem foi, e continua a ser, o centro dos seus estudos, investigações, cursos e programas de cooperação técnica.<sup>18</sup>

Tomando como base o Ceará, em 2007, teve 8.241 acidentes de trabalho, o que representou um percentual de 38,1% superior às ocorrências registradas no estado em 2006, demarcando um crescimento dos problemas ligados aos trabalhadores, em grandes proporções, segundo dados do Ministério da Previdência Social. Traçando-se um paralelo, com base em 2006, foram registrados no estado 5.965 acidentes de trabalho, e no Brasil ocorreram, oficialmente, 512.232 acidentes de trabalho, número que chegou a 653.090 em 2007. Somente em Fortaleza, capital onde se situa a sede do Ministério Público do Trabalho na 7ª Região, foram 4.236 acidentes em 2008, dos quais 1.152 não foram comunicados pela CAT (Comunicação de Acidente de Trabalho) à Previdência Social, apenas pago o benefício pelo INSS (*Instituto Nacional do Seguro Social*).<sup>19</sup>

Com relação ao trabalho escravo, algumas empresas cearenses constam na chamada “lista suja”, do Ministério do Trabalho e Emprego, por terem sido encontradas mantendo em condições análogas às de escravo seres humanos, em geral homens de 18 a 44 anos de idade, analfabetos ou com até dois anos de estudo, dos quais 85% tinham começado a trabalhar com menos de 12 anos de idade. Em 2008 foram registrados 192 resgatados em apenas duas operações, uma em Paracuru (litoral oeste), na qual houve a libertação de 151 trabalhadores numa usina de álcool, e outra ocorrida em uma carvoaria em Parambu (região dos Inhamuns), que resgatou 51 cidadãos. Até 2009 foram resgatados 319 trabalhadores em tais condições degradantes.<sup>20</sup>

No serviço público em que não é incomum que os servidores sejam vítimas e opressores entre jogos que envolvem assédio moral, um dos pontos pouco divulgados em razão do contexto hierárquico e de política interna em que se inserem, mas noticiado pelos sindicatos respectivos, problema responsável por incontáveis licenças, aposentadorias e falecimento de trabalhadores. É identicamente avassalador o número de casos de Lesão por Esforço Repetitivo (LER/DORT), especialmente, causados pela utilização de programas mal elaborados para atender às demandas atuais dos poderes, que passam por amplo processo de digitalização de seus acervos e de registro de dados nos sistemas de intranet e internet, incapacitando milhares de trabalhadores permanentemente em todos os poderes e setores públicos. Os serviços tornam-se mais penosos em face da exigência da redação de número avassalador de pareceres, sentenças, despachos e demais expedientes que devem, em seguida ser inseridos nos sistemas digitais, clicando em diversos links para concluir o trabalho, contexto que torna vários setores do serviço público identificados com o labor de setores reconhecidos como campeões em LER/DORT como o dos bancários, como se pode destacar:

O Ministério da Previdência Social gastou R\$ 981,4 milhões entre 2000 e 2005 para pagar o auxílio-doença a 25,08 mil bancários afastados do trabalho por doenças causadas por movimentos repetitivos. Cada um desses trabalhadores ficou um ano e meio afastado, em média, somando 14,9 milhões de dias sem trabalhar. Essas estatísticas colocam os bancos em primeiro lugar no ranking dos Dort (Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho), que inclui doenças da coluna, tendinite, bursite e LER (Lesão por Esforço Repetitivo). Esses distúrbios já são a segunda maior causa de doenças entre os trabalhadores do país. Os números explicam também por que o governo aumentou há alguns anos, de 1% para 3%, o percentual que os bancos recolhem mensalmente sobre a folha de pagamento para financiar o seguro de acidentes do trabalho, benefício pago pela Previdência Social aos trabalhadores afastados por motivo de doenças ligadas ao trabalho. “Os casos de LER e Dort são caros para a sociedade. Será que prevenir custa R\$ 39 mil por pessoa? [É preciso] que não se faça mais a socialização do custo. O empregador tem de assumir sua responsabilidade na prevenção de doenças”, afirma o secre-

tário de previdência social do ministério, Helmut Schwarzer. De acordo com os dados da Previdência, para cada grupo de 10 mil trabalhadores, 520 bancários foram afastados por Dort entre 2000 e 2004. Na fabricação de tênis, setor que ocupa o segundo lugar no ranking desses distúrbios, o número de trabalhadores afetados é de 392 para cada grupo de 10 mil. Além da incidência elevada, outro dado chama a atenção no setor bancário. Entre os 25,08 mil bancários que receberam o auxílio-doença, em apenas 8.700 casos os bancos reconheceram ter havido acidente de trabalho. De acordo com Schwarzer, isso mostra a subnotificação por parte dos bancos, ou seja, em muitos casos a doença não é notificada pelas instituições financeiras.<sup>21</sup>

Destacando-se ainda as crises que começam a surgir, também no serviço público (tido como esperança de estabilidade para a maioria dos brasileiros que fortalecem as filas de propensos trabalhadores parados nos bancos dos cursinhos preparando-se para prestarem concursos públicos), tais como, a substituição de setores inteiros nas repartições públicas em razão da automatização dos sistemas. No momento de transição atual têm sido contratados servidores em número circunstancial para atenderem a demanda da implantação dos sistemas, digitalização dos acervos antigos e dos atuais, mas que passarão por crises após a automação, o que tende a gerar a extinção de diversos setores, com a aniquilação de diversos postos de trabalho, o que pode gerar uma fragilização da estabilidade pretendida, como já ocorreu com os Planos de Demissão Voluntária ocorridos nos anos 90.

A problemática da redução de postos de trabalho com sobrecarga de outros no serviço público abrange todos os setores, poderes e carreiras de modo que, com a crise da modernidade e as tendências neo-liberais, o Estado tem buscado se esquivar cada vez mais de administrar e gastar com mão-de-obra capacitada. O que deve ser analisado com os olhos voltados para o futuro. Assim, tomando como exemplo o Poder Judiciário, em face de sua conhecida crise de morosidade na prestação jurisdicional e da ampliação de decisões em descompasso com a realidade social (tomadas recorrentemente com base em decisões dos Tribunais Superiores, suprimindo o papel hermenêutico dos juristas e reduzindo mortalmente a abrangência dos fatos apresentados), tem reduzido sua atuação e, por si mesmo, propalado a solução extrajudicial dos conflitos (com grande crédito da sociedade), bem como produzindo avalanches de decisões pouco ponderadas e repetidas para atender às metas impostas pelos órgãos judiciais e administrativos superiores, o que tende a deslegitimá-lo, com conseqüente redução do número de trabalhadores dele participantes. Fatos que instigam o alargamento dos horizontes pelos indivíduos, de modo a possibilitar maior engajamento coletivo na luta por melhores condições sociais e de trabalho, legitimando diariamente seus trabalhos e os misteres de suas instituições.

A atualidade dos conflitos ligados ao trabalho é patente, o que se pode observar, por exemplo, tratando dos órgãos que atuam para equilibrar os conflitos que emergem das relações de trabalho, tomando como base o Ceará, a busca pelo

Ministério Público do Trabalho cresceu 28,9% com relação à realização de audiências em 2009, o número de mediações cresceu 144,4% comparado com 2008, resolvendo dezenas de conflitos de forma desjudicializada.<sup>22</sup> Esclarecendo-se que a atuação do órgão é eminentemente coletiva e, em face do contexto em que estão inseridos os obreiros, representa percentual diminuto do número real de conflitos.

Na Justiça do Trabalho cearense, em 2008 foram 62.225 reclamações trabalhistas na primeira instância e, no segundo grau, 7.648 casos novos, o que levou cada um dos 8 (oito) desembargadores na segunda instância a atuar em 956 processos novos, e, na primeira instância cada magistrado a atuar em 1.270 novos casos. Foram atendidas 51.075 pessoas em 2008.<sup>23</sup>

**Frente ao Ministério do Trabalho e Emprego, a busca da Superintendência Regionais pela sociedade, com base em dados colhidos no Ceará,** constatou-se, após balanço no período de janeiro a novembro de 2008, no setor responsável pelas orientações de abono salarial, 3.905 atendimentos. No Setor de Inspeção do Trabalho, 17.561 empresas foram fiscalizadas no Ceará e 33.879 trabalhadores tiveram suas carteiras de trabalho assinadas mediante ação fiscal, além da aquisição de outros direitos trabalhistas na área de segurança e saúde. Nas fiscalizações referentes à segurança e à saúde do trabalhador, realizadas principalmente no setor da construção civil, cerca de 4 mil empresas foram visitadas.<sup>24</sup>

Ademais, nas ações diretas dos Auditores Fiscais foram resgatados 193 trabalhadores que laboravam em condições degradantes. Por meio de ações fiscais, 2.587 aprendizes foram contratados e 1.384 deficientes tornaram-se trabalhadores. O Setor de Relações do Trabalho (SERET) realizou 4.986 mediações, sendo 471 coletivas (sindicato do empregado / sindicato da empresa/ mediador) e 4.515 individuais (trabalhador / empresa / mediador), evitando demandas judiciais. Quanto aos trabalhadores que procuraram o Plantão Fiscal, registrou-se 22 mil atendimentos, proporcionado assim credibilidade e amparo ao cidadão.<sup>25</sup>

Situações que retiram quaisquer dúvidas sobre a existência de grandiosos e novos problemas relacionados às relações de trabalho na atualidade, mas que não esgotam a realidade (muito maior), como destaca Bauman, *“a lida diária com médias estatísticas, tipos, categorias e padrões facilmente faz com que se perca de vista a experiência”*<sup>26</sup>. São postadas apenas para ilustrar parte diminuta da montanha de acontecimentos ensejadores da luta organizada por melhorias, especialmente nas necessárias relações que envolvem trabalhadores e empregadores. O que, via de regra, somente é conhecido pelos setores específicos dos poderes públicos, criados para equalizar a luta entre o capital e os valores que norteiam a dignidade humana, tais como o Ministério do Trabalho e Emprego, o Ministério Público do Trabalho e a Justiça do Trabalho, pelo sindicalismo e pelos próprios trabalhadores.

Neste passo, é de extrema relevância dedicar maior atenção aos movimentos sociais dos trabalhadores, imprescindível ante a fluidez dos modos de produção, a variedade de desrespeitos e a quantidade de trabalhadores capacitados para um sistema que toma as pessoas, cada vez mais, como dispensáveis.

## Ajustes para a falta de engajamento dos indivíduos nos movimentos sociais

Questão agravante é a da participação dos indivíduos nos movimentos sociais, os quais, em grande parte, estão indolentes com relação ao valor dos movimentos coletivos capazes de resgatá-los da insegurança atual. Avaliação que pode ocorrer maduramente considerando-se as condições sob as quais constroem sua existência individual e tomam suas decisões, uma vez que o consciente é comprovadamente incapaz de captar todos os códigos que lhe são apresentados e o contexto social enrijece muitas possibilidades, em face, principalmente, da engenharia manipuladora utilizada pelo mercado. É oportuno que madurem seus conceitos, os traduzam para o contexto dos problemas atuais, agregando o máximo de experiência possível, de forma a adquirirem orientações que possam garantir maior justiça social real, como esclarece Bauman:

As condições sob as quais os humanos constroem sua existência individual e que decidem o alcance e as conseqüências de suas escolhas se retiram (ou são removidas) para além dos limites de sua influência consciente, enquanto as referências a elas são riscadas ou deportadas para o cenário nebuloso e raras vezes explorado das histórias que os indivíduos contam de suas vidas, em seus esforços para inventar ou descobrir sua lógica e remodelá-la em sinais convertíveis de comunicação interpessoal.

[...]

As 'condições' limitam as escolhas das pessoas, isentando-as do jogo de meios e fins das ações da vida, com o pretexto de sua declarada e aceita imunidade diante das escolhas humanas. Como disse W.I. Thomas – algo que as pessoas assumem ser verdadeiro tende, como conseqüência disso (mais precisamente, como uma conseqüência acumulativa de suas ações), a se tornar verdadeiro. Quando as pessoas dizem 'não há alternativa para X', X passa do território da ação para aquele das 'condições' da ação. Quando as pessoas dizem 'não há nada a ser feito', na verdade não há nada que elas possam fazer. O processo de individualização, que afeta da mesma forma as 'condições' e as narrativas de vida, precisa de duas pernas para avançar: os poderes que estabelecem o alcance das opções e separam as escolhas realistas dos castelos de areia devem ser estabelecidos no universo das 'condições', enquanto as histórias de vida devem se restringir a ir e vir entre as opções disponíveis.<sup>27</sup>

Urge que reavaliem os prejuízos coletivos sofridos (em conquistas sedimentadas), as novas batalhas a serem travadas e o valor da luta trabalhista coletiva, para que compareçam ao campo repleto de batalhas a enfrentar, uma vez que, como salienta Bauman<sup>28</sup>, não são os responsáveis pelas imperfeições das formulas de vida produzidas culturalmente e da desigualdade de sua distribuição produzida socialmente. São aliados essenciais no fortalecimento dos movimentos sociais, que carecem de engajamento, de maneira que participam do sistema



que costuma transmitir-lhes significados com pretensões manipuladoras para que permaneçam silentes:

A manipulação do excedente está no auge da perversidade quando coloca a culpa pelas imperfeições das fórmulas de vida produzidas culturalmente e da desigualdade de sua distribuição produzida socialmente sobre os mesmos homens e mulheres para os quais as fórmulas são produzidas e os recursos necessários para dispô-las são fornecidos. [...] Afastar a culpa das instituições e dirigi-la para a inadequação do indivíduo ajuda a difundir a raiva potencialmente rompedora, ou a redistribuir seu papel nas paixões de autocensura e autodepreciação, ou até mesmo a recanalizá-la para a violência e a tortura dirigidas contra o nosso próprio corpo.<sup>29</sup>

Como assevera Bauman<sup>30</sup>, as histórias contadas em nossos tempos articulam vidas individuais de uma forma que excluem ou eliminam, impedindo a articulação (construção de um conjunto de relações através de outro), a possibilidade de seguir a pista dos vínculos que conectam os destinos individuais às formas e aos meios pelos quais a sociedade como um todo opera. Assim, continua o autor, com o afastamento dos fatores supra-individuais, que moldam parte considerável do curso da vida individual, valores como ‘unir forças’ e ‘ficar lado a lado’ passam a não ser reconhecidos, bem como o impulso de se comprometer com a forma em que a condição humana é moldada torna-se fraco ou inexistente. Conclui o autor que o grande problema está na falta de reflexão por parte dos partícipes, em razão de uma espécie de dano moral coletivo:

O plácido consentimento de seguir jogando o jogo no qual os dados podem estar viciados (apesar de não existir forma de saber ao certo) e a renúncia a todo o interesse de saber se (e como) as vantagens estão sendo empilhadas contra os jogadores, parecem, a muitas cabeças pesantes, tão bizarro e contrário à razão que todo tipo de força sinistra e de circunstâncias não naturais foram listados como responsáveis por isso acontecer em grande escala. [...]

Explicações alternativas foram buscadas, sendo encontradas em abundância na ‘cultura de massa’; com a ‘mídia’, especializada em lavagem cerebral e em diversões baratas, e o ‘mercado consumidor’, especializado no engano e na sedução, sendo considerados os principais vilões. Algumas vezes as ‘massas’ foram consideradas vítimas infelizes da conspiração mercado/mídia, em outra foram culpadas por serem cúmplices tão bem-dispostas da conspiração – mas sempre estava implícita uma espécie de dano moral coletivo; cair na armadilha era claramente perder a razão.

[...]

Não que falte razão e bom senso aos homens; a questão é que as realidades com as quais temos de lidar no curso de nossas vidas estão carregadas com o pecado original de falsificar o verdadeiro potencial humano e cortar a possibilidade de emancipação.<sup>31</sup>



Reconhece Santos<sup>32</sup> a existência de um fosso cultural entre as experiências sociais e as expectativas sociais, entendido pelas elites político-culturais como um problema a ser superado através da emancipação social, mas não há uma memória coletiva de luta ou de movimentos empreendidos em nome da “*emancipação social*”, quando muito há aproximação da idéia de emancipação com as lutas anticoloniais, não raro revestidas de formas religiosas com conceitos próprios da boa ordem e da boa sociedade. O que, segundo o autor, não é emancipatório por relacionar-se mais com a revelação do que com a revolução.

Outrossim, na esteira de Bauman<sup>33</sup>, a única entidade a quem a sociologia se dirige hoje é aquela que realmente está assumindo a responsabilidade: o indivíduo, contudo “*a experiência individual é normalmente muito estreita para que o indivíduo seja capaz de ver os mecanismos internos da vida*”<sup>34</sup>. Tais indivíduos, continua o autor, necessitam ser alertados para o que está acontecendo nesse mundo da modernidade líquida, papel essencial da sociologia na atualidade, ou seja, explicar como as coisas funcionam, ampliar a visão necessariamente limitada dos indivíduos, alargar seus horizontes cognitivos, enfim, dar a eles condições de enxergar além de seu próprio nariz é o que cabe à sociologia agora. Em outras palavras, “a humanidade precisa se colocar acima dos dados da experiência a que tem acesso como indivíduo. [...] a percepção individual, para ser ampliada, necessita da assistência de intérpretes munidos com dados não amplamente disponíveis à experiência individual.”<sup>35</sup>

Constatações que começam a responder a complexa questão da falta de envolvimento da maioria dos indivíduos nas lutas coletivas, mas que instigam a produção e a atuação dos partícipes engajados iniciando a produção de um novo senso comum, como destaca Santos<sup>36</sup>, capaz de ensejar um novo olhar sobre a importância dos movimentos sociais no mundo, de enlastecer os objetos de análise para que sejam traçados projetos de atuação adequados à realidade contemporânea, que não se esgota com as diminutas matérias veiculadas pela mídia.

#### O papel emancipatório dos movimentos sociais

A emancipação pode ser entendida denotativamente como um estado/luta psico-social progressivo em que os indivíduos e/ou a sociedade encontra-se livres de toda e qualquer tutela, sendo capazes de administrar seus bens (físicos, psíquicos e espirituais) livremente, fazerem conscientemente suas escolhas, analisar criticamente a realidade, sendo, na modernidade, “*uma alternativa radical à regulação social*”, como assevera Santos<sup>37</sup>.

Capacita os que a conquistam para a continuidade da luta ostensiva por sua própria liberdade, em parâmetros contemporâneos, da tutela/lógica estatal, do mercado, do ocidente, das monoculturas<sup>38</sup> que produzem o desperdício de experiências capazes de interagir no diálogo para solver os problemas da sociedade, bem como distanciam a humanidade do ideal de felicidade real.

Santos ressalta um grande imbróglio da modernidade que é papel do direito, alerta que “*a visão do direito que vigora neste modelo não é o direito reformista,*

seja em versão *demo-liberal*, seja em versão *demo-socialista*<sup>39</sup>, mas se pensado de forma contra-hegemônica, na busca da emancipação social, é de grande importância, o que amplia a necessidade de organização consciente e crítica dos movimentos sociais rumo à emancipação, como se pode destacar:

[...] a globalização jurídica neoliberal em curso está a substituir a tensão altamente politizada entre regulação e emancipação por uma concepção despolitizada da mudança social cujo único critério é o Estado de direito e a adjudicação judicial a um sistema judicial honesto, independente, previsível e eficaz.<sup>40</sup>

Seu potencial tem sido reduzido desde o Estado Liberal, introdutor da modernidade, uma vez que somente obteria permissão para atingir seus objetivos e realizar suas práticas emancipatórias quando sancionadas pelo Estado, o que findava por seguir os interesses dos grupos sociais que lhe estivessem manipulando o poder. Ademais, esclarece Santos<sup>41</sup> que aqueles que vêm as respectivas lutas em termos de emancipação social tendem a ter uma visão mais positiva da legalidade cosmopolita subalterna, baseada na circunstância de ao longo da história se registrarem vitórias jurídicas e judiciais, hoje recordadas como marcos da emancipação social, e conclui:

[...] o Estado liberal assumiu o monopólio da criação e da regulação do direito – e este ficou, assim, reduzido ao direito estatal -, a tensão entre a regulação social e a emancipação social passou a ser um objecto mais da regulação jurídica. Nos termos da distinção entre emancipação social legal e ilegal [...], só seriam permitidos os objectivos e práticas emancipatórias sancionados pelo Estado e, por conseguinte, conforme os interesses dos grupos sociais que lhes estivessem, por assim dizer, por traz. Esta dialética regulada transformou-se gradualmente numa não-dialética regulada, em que a emancipação social deixou de ser o outro da regulação social para passar a ser o seu duplo. Por outras palavras, em vez de ser uma alternativa radical à regulação social tal como existe hoje, a emancipação social passou a ser o nome da regulação social no processo de auto-revisão ou de autotransformação.<sup>42</sup>

Contexto em que surgem os movimentos sociais como meio de emancipação social, agindo em uma perspectiva coletiva que visa melhorar a vida humana ao reformar o meio social no qual esta se insere, realizando verdadeira justiça social. Justiça social que deve ser concretizada atendendo à equivalência entre os princípios da igualdade e da diferença, como tratado por Santos, em razão de vivermos hoje em sociedades obscenamente desiguais e, no entanto, a igualdade não se impõe como ideal emancipatório. Alerta o autor, quanto à cautela analítica, precedente à ação, que *“a igualdade, entendida como equivalência entre iguais, acaba por excluir o que é diferente”*<sup>43</sup>, para tanto assevera que quando se toca o que é homogêneo à partida tende a transformar-se em violência exclusivista, o que o leva a aconselhar que as diferenças,

por carregarem consigo visões alternativas de emancipação social, devam ser respeitadas. Contexto que parte dos trabalhadores e dos mais variados rincões do Sul global em movimentos que podem interagir em razão do intrincamento das pautas de luta, como asseverado:

Uma concepção pós-abissal de marxismo (em si mesmo, um bom exemplo de pensamento abissal) pretende que a emancipação dos trabalhadores seja conquistada em conjunto com a emancipação de todas as populações descartáveis do Sul global, que são oprimidas mas não diretamente exploradas pelo capitalismo global. Da mesma forma, reivindica que os direitos dos cidadãos não estarão seguros enquanto os não-cidadãos sofrerem um tratamento sub-humano.<sup>44</sup>

Dessa forma, as lutas dos trabalhadores não podem ficar limitadas às questões trabalhistas, como destacado acima, deve-se evitar o exclusivismo que restringe os movimentos a reivindicações de determinadas categorias, uma vez que as matérias são de interesse de toda a sociedade, como se pode observar:

Na área da dignidade e dos direitos humanos, a mobilização do apoio social para as reivindicações emancipatórias que estes potencialmente contêm só é possível se o contexto cultural local se tiver apropriado de tais reivindicações. A apropriação, neste sentido, não se pode obter por meio da canibalização cultural. Exige um diálogo intercultural através do trabalho da tradução. O trabalho de tradução entre saberes parte da ideia de que todas as culturas são incompletas e que, portanto, podem ser enriquecidas pelo diálogo e pelo confronto com outras culturas.<sup>45</sup>

Como tratado por Santos<sup>46</sup>, houve dois propulsores que geraram a ideia de governação contra-hegemônica, a saber: a rejeição dos partidos operários e dos sindicatos como agentes históricos exclusivos e modos de organização privilegiados de uma transformação social no sentido progressivista, e por outro lado a formulação de um novo modelo de emancipação social assente no reconhecimento da diversidade dos agentes da emancipação social e dos objetivos da transformação social.

Tratando sobre a teleologia da sociedade, observa Bauman: “a sociedade deve se justificar pelos padrões éticos, e não o contrário, os padrões éticos pela sociedade”<sup>47</sup>, de modo que compara a aferição da qualidade de vida de uma sociedade com a medição do poder de carga de uma ponte, que não é medido pela força média de todos os pilares, mas pela força de seu pilar mais fraco. É peremptório: “a qualidade de uma sociedade também não se mede pelo PIB, pela renda média de sua população, mas pela qualidade de vida de seus membros mais fracos.”<sup>48</sup> Parâmetros que somente são conseguidos com engajamento e luta, partindo dos que intentam a emancipação social, pautada no coletivo.

## CONCLUSÕES

Como demonstrado, a força que têm os movimentos organizados nas pautas por melhorias sociais na efetivação dos direito ao trabalho digno, como ferramenta de justiça e emancipação social é muito importante para a evolução da sociedade e para o envolvimento dos indivíduos nas questões que envolvem a coletividade, materializando um senso de solidariedade, imprescindível a obtenção dos fins da sociedade, tais como proporcionar meios para que seus partícipes possam realizar suas escolhas rumo à felicidade.

Neste passo, percebeu-se que para a obtenção de maior engajamento dos indivíduos nas lutas por pautas de melhorias, que começam nas pautas pelo direito a um trabalho digno e o excedem, é importante que sejam revalorizadas as funções de tais movimentos e da organização para os embates de forma coletiva, o que pode ser viabilizado pela utilização contra-hegemônica de instrumentos comumente usados pela globalização hegemônica.

Ademais, destacou-se a atualidade das questões que envolvem a organização dos trabalhadores na busca por melhores condições de trabalho e por um trabalho, bem como foram apresentados delineamentos panorâmicos sobre a modernidade e sobre a participação social nas lutas organizadas. Momentos em que foram oferecidas propostas para a obtenção de maior adesão social dos indivíduos para a participação coletiva, dado o desengajamento vigente.

Tratou-se ainda sobre emancipação social e sobre o papel emancipatório desempenhado pela organização social em movimentos por melhorias das condições de vida e de trabalho, demarcando-se os padrões éticos a serem seguidos pela sociedade, assim como foram abordados os modos mais eficazes para a aferição da qualidade de vida em uma sociedade, de modo diverso do que vem sendo praticado contemporaneamente. Arrematando, por fim, a urgência da aplicação social de novos meios e métodos que viabilizem a emancipação e a justiça sociais, que somente é possível com maior engajamento, organizado em movimentos sociais que visem às melhorias das condições de vida, que passam, necessariamente pelas relações oriundas e decorrentes das relações de trabalho.

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

\_\_\_\_\_. *A Sociedade Individualizada – Vidas Contadas e Histórias Vividas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. *Anuário estatístico de acidentes do trabalho 2008*. Disponível em: <[www.mpas.gov.br/conteudoDinamico.php?id=910](http://www.mpas.gov.br/conteudoDinamico.php?id=910)>. Acesso em: 19 jul. 2010.

\_\_\_\_\_. Ministério do Trabalho e Emprego, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Disponível em: <[www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br)>

CONVENÇÃO 158 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO . Fonte: [http://www.aprenti.com.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=353:armadilhas-ideologicas-do-discurso-governamental-face-a-convencao-158-da-organizacao-internacional-do-trabalho&catid=3:artigos&Itemid=142](http://www.aprenti.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=353:armadilhas-ideologicas-do-discurso-governamental-face-a-convencao-158-da-organizacao-internacional-do-trabalho&catid=3:artigos&Itemid=142).

GLOBO. Empresa aérea dá licença a comissários acima do peso, diz jornal Turkish Airlines deu prazo para que seus funcionários percam peso. Empresa é a quarta maior da Europa em número de passageiros. *Globo*. Disponível em: < <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2010/08/empresa-aerea-da-licenca-a-comissarios-de-bordo-acima-do-peso.html>> . Acesso em: 21 out. 2010.

GIOVANNA JACOB. *Armadilhas ideológicas do discurso governamental face a convenção 158 da organização internacional do trabalho*. Fonte: [http://www.aprenti.com.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=353:armadilhas-ideologicas-do-discurso-governamental-face-a-convencao-158-da-organizacao-internacional-do-trabalho&catid=3:artigos&Itemid=142](http://www.aprenti.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=353:armadilhas-ideologicas-do-discurso-governamental-face-a-convencao-158-da-organizacao-internacional-do-trabalho&catid=3:artigos&Itemid=142).

MAIOR, Jorge Luiz. Souto. Convenção 158 da OIT. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5820>> . Acesso em 10 out. 2008.

MUNIZ, Valdélio de Sousa. Estado teve 319 libertados em 4 anos. *Revista Labor Jurídico*. Fortaleza, p. 15, jan./mar., 2010.

MUNIZ, Valdélio de Sousa. Procuradoria abre-se à sociedade O Ministério Público do Trabalho no Ceará ampliou em 28,9% a realização de audiências em 2009. O número de mediações cresceu 144,4%, resolvendo dezenas de conflitos. *Pró-atividade: informe da Procuradoria Regional do Trabalho da 7ª Região*, Fortaleza, p. 04, jan./mar. 2010.

Organização Internacional do Trabalho. A Convenção 158 da OIT e a garantia contra a dispensa imotivada. *Nota Técnica*, n. 61, março de 2008.

PALLARES-BURKE. Maria Lúcia Garcia. Entrevista com Zygmunt Bauman. *Revista Tempo Social*. vol.16 no.1 São Paulo. Jun. 2004.

PERES. LEANDRA. País gasta R\$ 981 milhões com LER em bancários. Folha On Line, São Paulo, 29/04/2007. Net: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u116625.shtml>.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências*. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 63, p. 237-280, out. 2002.

\_\_\_\_\_. *Poderá o direito ser emancipatório?* *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 65, p. 3-76, maio 2003.

\_\_\_\_\_. *Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências*. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 63, p. 237-280, out. 2002.

\_\_\_\_\_. A crítica da governação neoliberal: O Fórum Social Mundial como política e legalidade cosmopolita subalterna. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 72, 7-44. 2005.

\_\_\_\_\_. *Para além do Pensamento Abissal: Das linhas globais a uma ecologia de saberes*. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 78, 3-46. 2007.

\_\_\_\_\_. SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006.

\_\_\_\_\_. O futuro do Fórum Social Mundial: o trabalho da tradução. *Revista del Observatorio Social de América Latina*, 15, págs. 77-90. 2004.

\_\_\_\_\_. A crítica da governação neoliberal: O Fórum Social Mundial como política e legalidade cosmopolita subalterna. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 72, 7-44. p. 16-17. 2005.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. São Paulo: LTr Editora Ltda, 2000.

- 1 BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001. p. 10.
- 2 Id., *ibid*.
- 3 Id., *ibid*., p. 12.
- 4 Id., *ibid*.
- 5 SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 65, p. 3-76, maio 2003, p. 4.
- 6 BAUMAN, Zigmunt. *A Sociedade Individualizada: Vidas Contadas e Histórias Vividas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008, p. 8.
- 7 SANTOS, op. cit. 5, p. 9.
- 8 BAUMAN, op. cit. 6, p. 10.
- 9 SANTOS, op. cit. 5, p. 9.
- 10 PALLARES-BURKE, Maria Lúcia Garcia. Entrevista com *Zygmunt Bauman*. *Revista Tempo Social*. vol.16, n.1 São Paulo. Jun. 2004.
- 11 SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006.
- 12 BAUMAN, op. cit. 1. p. 12.
- 13 BAUMAN, op. cit. 1. p. 20-21.
- 14 Empresa aérea dá licença a comissários acima do peso, diz jornal Turkish Airlines deu prazo para que seus funcionários percam peso. Empresa é a quarta maior da Europa em número de passageiros. *Globo*. Disponível em: < <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2010/08/empresa-aerea-da-licenca-a-comissarios-de-bordo-acima-do-peso.html>>. Acesso em: 21 out. 2010.
- 15 GIOVANNA JACOB. ARMADILHAS IDEOLÓGICAS DO DISCURSO GOVERNAMENTAL FACE A CONVENÇÃO 158 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Fonte: [http://www.apren-ti.com.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=353:armadilhas-ideologicas-do-discurso-governamental-face-a-convencao-158-da-organizacao-internacional-do-trabalho&catid=3:artigos&Itemid=142](http://www.apren-ti.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=353:armadilhas-ideologicas-do-discurso-governamental-face-a-convencao-158-da-organizacao-internacional-do-trabalho&catid=3:artigos&Itemid=142)
- 16 MAIOR, Jorge Luiz. Souto. Convenção 158 da OIT. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5820>>. Acesso em 10/10/2008, sp.
- 17 A Convenção 158 da OIT e a garantia contra a dispensa imotivada. Nota Técnica, n. 61, março de 2008, p. 03.
- 18 SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. São Paulo: LTr Editora Ltda, 2000. p. 303.
- 19 BRASIL. Ministério da Previdência Social. *Anuário estatístico de acidentes do trabalho 2008*. Disponível em: < [www.mpas.gov.br/conteudoDinamico.php?id=910](http://www.mpas.gov.br/conteudoDinamico.php?id=910)>. Acesso em: 19 jul. 2010.

- 20 MUNIZ, Valdélío de Sousa. Estado teve 319 libertados em 4 anos. *Revista Labor Jurídico*. Fortaleza, p. 15, jan./mar., 2010.
- 21 PERES, LEANDRA. País gasta R\$ 981 milhões com LER em bancários. Folha On Line, São Paulo, 29/04/2007. Net: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u116625.shtml>. Acesso em: 04.11.2010.
- 22 MUNIZ, Valdélío de Sousa. Procuradoria abre-se à sociedade O Ministério Público do Trabalho no Ceará ampliou em 28,9% a realização de audiências em 2009. O número de mediações cresceu 144,4%, resolvendo dezenas de conflitos. *Pró-atividade: informe da Procuradoria Regional do Trabalho da 7ª Região*, Fortaleza, p. 04, jan./mar. 2010.
- 23 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). [www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br).
- 24 BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego, 2010.
- 25 BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. [www.mte.gov.br](http://www.mte.gov.br).
- 26 PALLARES-BURKE, op. cit. 10.
- 27 BAUMAN, op. cit. 6. p. 13-14.
- 28 Id. *Ibid.*, p. 12.
- 29 Id. *Ibid.*,
- 30 Id. *Ibid.*, p. 17.
- 31 Id. *Ibid.*, p. 18.
- 32 SANTOS, cit. 5. p. 7.
- 33 PALLARES-BURKE. op. cit. 10.
- 34 Id. *Ibid.*
- 35 Id. *Ibid.*
- 36 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências*. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 63, p. 237-280, out. 2002.
- 37 SANTOS, op. cit. 5. p. 2.
- 38 Id. *Ibid.*, 35.
- 39 SANTOS, op. cit. 5, p. 8-9.
- 40 SANTOS, *ibid.*, p. 9.
- 41 Santos, Boaventura de Sousa. A crítica da governação neoliberal: O Fórum Social Mundial como política e legalidade cosmopolita subalterna. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 72, 7-44. 2005. p. 25.
- 42 SANTOS. Op. cit. 5. p. 2.
- 43 SANTOS. Op. cit. 5. p. 28.
- 44 Santos, Boaventura de Sousa. Para além do Pensamento Abissal: Das linhas globais a uma ecologia de saberes. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 78, 3-46. 2007.
- 45 Santos, Boaventura de Sousa. O futuro do Fórum Social Mundial: o trabalho da tradução. *Revista del Observatorio Social de América Latina*, 15, págs. 77-90. 2004. p. 07.
- 46 Santos, Boaventura de Sousa. A crítica da governação neoliberal: O Fórum Social Mundial como política e legalidade cosmopolita subalterna. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 72, 7-44. p. 16-17. 2005.
- 47 PALLARES-BURKE, op. cit. 10.
- 48 Id. *Ibid.*

## THE ROLE OF SOCIAL MOVEMENTS IN PROMOTING JUSTICE AND SOCIAL EMANCIPATION: A DIALOGUE BETWEEN BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS AND ZYGMUNT BAUMAN

### ABSTRACT

This paper aims to demonstrate the strength that they have organized movements in the agendas for social improvements in the effectiveness of the right to decent work as a tool of justice and social emancipation, which will

be supported in part from the production of Boaventura de Sousa Santos and Zygmunt Bauman mainly related to modernity, to the individual and social emancipation. It seeks to do so, spread the importance of such movements, problems in organization and training of fighters for social struggles and the possibility that such movements have to collaborate for the individual and social emancipation. What will be done based on theoretical and empirical data related to the contemporary reality of workers in its social context, which is not limited to labor for survival or search for it, but extends to and embraces all the social relations of broadly.

**Keywords:** Social movements. Right to work. Human dignity. Emancipation. Social justice.



# DEMOCRACIA SOB A ÉTICA CAPITALISTA

Daniel Viana Teixeira\*

## RESUMO

Constituindo a democracia princípio básico de organização social e política, adotado por grande parte das populações ao redor do globo, o conhecimento dos valores e modelos institucionais dos sistemas democráticos é de fundamental importância para as ciências sociais. Tais objetos relacionam-se a aspectos cruciais da ordenação social, envolvendo questões de natureza ética, que demandam a tomada ou pressuposição de decisões morais e políticas a seu respeito. O contexto ético próprio das sociedades capitalistas contemporâneas fornece respostas com certo grau de homogeneidade sobre essas questões, o que importa numa compreensão específica do significado atribuído aos valores básicos da ideologia democrática — liberdade e igualdade —, e na adoção de um modelo institucional hegemônico para os sistemas políticos democráticos. Analisa-se o tratamento que se tem dado a esses temas, enfatizando o caráter predominantemente ético da discussão, que se subordina muito mais a um julgamento interior, segundo critérios pessoais dos indivíduos envolvidos, do que a condicionantes exógenos ou pretensas imposições “naturais”. Propõe-se, ainda, uma análise sobre se e como os sistemas políticos democráticos têm capacidade de ser sensíveis e de responder à orientação ética e aos interesses de cada um dos indivíduos a eles submetidos.

**Palavras-chave:** Teoria da democracia. Filosofia moral e política. Liberdade e igualdade. Liberal-democracia. Ética capitalista.

## INTRODUÇÃO

A idéia de democracia constitui parte importante da cultura política ocidental. Assim como muitos outros elementos culturais do ocidente, a democracia tende a ser cada vez mais aceita como princípio de organização social e política ao redor do globo.

A história e a cultura das sociedades contemporâneas estão repletas de concepções prontas acerca do que seja ou não seja considerado democrático e é natural que a ciência faça uso dessas fontes de informação para estudo dos sistemas políticos chamados democráticos. A democracia, contudo, é um princípio normativo, fundamental e de elevada abstração, por meio do qual

\* Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Email: daniel.teixeira@agu.gov.br

uma sociedade se organiza com o objetivo de concretizar determinados valores. Como acontece com o estudo de qualquer proposição normativa, nem sempre há correspondência entre o seu conteúdo e a realidade efetivamente experimentada — a conhecida distinção entre ser e dever-ser.

Sob essa perspectiva, sabe-se que o ideal democrático é tradicionalmente acompanhado por um discurso moral, que ressalta os valores liberdade e igualdade como fundamentais para o indivíduo e a sociedade. A democracia é colocada como instrumento em relação à liberdade e à igualdade, mas, como não pode ser concebida dissociada deles, acaba incorporando a si o conteúdo material desses valores e adquirindo com isso um valor intrínseco e não meramente instrumental. Esses valores fundamentais, porém, não revelam um significado evidente e imediato, pelo contrário, podem ser associados a diversos conteúdos e sentidos, o que remete de volta à indeterminação do significado da democracia.

Fundamental, portanto, investigar os conteúdos que têm sido associados aos ideais liberdade e igualdade, pela filosofia moral e política que acompanha o desenvolvimento das democracias modernas, e procurar compreender o sentido que se lhes pode atribuir, ante o contexto ético-cultural contemporâneo. Com base nessa investigação, torna-se possível confrontar esses conteúdos à realidade da prática democrática, tal como apresentada pela ciência política.

O confronto entre a idéia e a realidade permite uma avaliação crítica em relação aos sentidos atribuídos aos ideais de liberdade e igualdade em contraste com as concepções individuais de cada membro da sociedade a respeito dos valores que estes encerram; e, em segundo lugar, uma avaliação sobre se e em que medida os sistemas políticos democráticos que hoje se conhecem realizam tais ideais.

Uma visão sobre as sociedades do século XXI conduz à percepção de um movimento de padronização crescente dos modos de vida e das formas de organização social. Por um lado, o sistema capitalista ampliou sua presença mesmo àquelas regiões do planeta onde ainda resistia a única alternativa importante para a ordem econômica, efetivamente posta em prática nos países de economia planificada, como a antiga União Soviética e a China, que representam parcela considerável da população mundial. Por outro lado, esse modelo de ordem econômica se faz acompanhar da formação de todo um *ethos* particular, pelo qual se estabelecem um modo de vida e determinados valores necessários para o seu adequado funcionamento.

O senso ético inerente ao capitalismo também experimenta larga expansão. Ao redor do globo percebe-se a difusão de valores e estilos de vida que revelam a adoção de um ideal de felicidade em grande medida identificado com a capacidade de fruição das comodidades materiais da modernidade, que se atribuem à ordem econômica capitalista. O objetivo imediato a ser alcançado pela conduta racional em vista desse ideal de vida boa, tanto no plano individual como no coletivo, e que absorve de modo predominante o esforço e a atenção do homem contemporâneo, é a acumulação de recursos econômicos. De igual

maneira, no plano da política, tanto interna como internacional, a preocupação dos governos se volta em primeiro lugar ao objetivo da acumulação capitalista.

Centrando o foco nessa característica, é possível qualificar de capitalista uma ordem social a partir da identificação desse *ethos*, ou seja, quando se identifica que esse objetivo prioritário é adotado por uma sociedade.<sup>1</sup> A análise do discurso associado a esse senso ético deve permitir compreender o funcionamento e a prática política das democracias contemporâneas.

## 1 A MERCANTILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

O modo de vida capitalista interfere diretamente na forma como se dão as relações sociais em geral. Nele, há uma tendência à mercantilização de todos os aspectos da vida.<sup>2</sup>

O capitalismo historicamente necessitou, para seu funcionamento pleno, tornar disponíveis no mercado diversos elementos implicados no seu processo de acumulação de riquezas, dentre os quais a mão-de-obra, a terra e até mesmo o capital acumulado por terceiros, que poderia ser destinado para investimentos.

Em sistemas anteriores, esses elementos nem sempre estiveram disponíveis para a negociação em mercado, estando antes regidos por outros tipos de relações sociais tradicionais, que limitavam as possibilidades de criação de um mercado de trabalho, de um mercado imobiliário e de um mercado de crédito. Foi necessário libertar o homem dessas relações sociais tradicionais que criavam vínculos estreitos entre as pessoas e entre estas e a natureza, limitando suas possibilidades de ação.

As relações sociais pré-capitalistas, em geral, baseavam-se em vínculos especiais, dotados de um valor intrínseco, entre indivíduos determinados. Tais laços não poderiam ser livremente desfeitos e prontamente substituídos por outras relações com outros indivíduos pela simples vontade dos seus membros.

Esse tipo de laço moralmente obrigatório ainda persiste de modo residual nas sociedades modernas, podendo-se citar como exemplo análogo — guardadas as especificidades — os vínculos de parentesco próximo, como o existente entre pais e filhos: aqui não se aceita a possibilidade de liberação do vínculo. Nessas relações, há um conjunto de obrigações morais e hierarquias entre as partes, cujo valor e sentido não se medem ou se justificam por algum objetivo ulterior, mas simplesmente em função da manutenção do próprio laço. Um conjunto de obrigações de assistência mútua, respeito — até mesmo de obediência — e afetividade que têm valor em si e por si e não por algum objetivo utilitário.

No passado, esse tipo de vínculo necessário — análogo ao de parentesco — era a regra, abrangendo as relações de trabalho e produção. Por tais relações, também se estabelecia um rol de obrigações<sup>3</sup>, cujo valor justificava a manutenção dos vínculos, além de uma hierarquia social entre os participantes. Nesse sentido é que se diz que as relações sociais tinham um valor intrínseco: cada indivíduo desempenhava um determinado papel e o valor de cada ação se media pela sua

importância para a manutenção da própria relação. O vínculo social tinha, em si, um valor importante e preponderante em relação à vontade dos indivíduos considerados isoladamente.<sup>4</sup>

Com o estabelecimento do *ethos* capitalista, com seu racionalismo e seu utilitarismo, nada poderia ter valor ou se justificar por si mesmo. Tudo o que há deve ser entendido como efeito de algo anterior e causa de desenvolvimentos posteriores. A conduta humana jamais poderia ter um valor intrínseco, mas apenas em vista de suas conseqüências para o bem-estar individual. O denominador comum desse senso de bem passa a ser o valor utilitário da ação, estabelecido segundo as leis de mercado.<sup>5</sup>

O processo de mercantilização das relações sociais foi historicamente acompanhado pela exaltação da ideologia da liberdade e da igualdade. Esse processo serviu para enfraquecer os laços sociais tradicionais, que vinculavam o homem a determinadas formas de vida, a relações de lealdade e dever e que o fixavam à terra e à comunidade. Se, por um lado, esse processo ampliou os limites potenciais de ação individual no sentido de buscar diferentes modos de vida, destacando como valor primordial para o ser humano a sua liberdade, assim entendida, por outro lado, paulatinamente, obscureceu o valor do laço social e das relações humanas, como parte importante da sua existência.<sup>6</sup>

O capitalismo teve, para a configuração da modernidade, o poderoso efeito de liberar os indivíduos de relações sociais moralmente obrigatórias, das quais não era possível eximir-se com facilidade, substituindo-as por relações obrigacionais jurídicas, cujo modelo é o contrato, livremente contraíveis e rescindíveis. Além disso, teve o efeito de quebrar as hierarquias implicadas nessas relações tradicionais. Daí sua ideologia ressaltar como valores fundamentais a liberdade e a igualdade.

Contudo, se a ética capitalista destrói as hierarquias presentes nas relações sociais tradicionais, trazendo como substituto o modelo da relação contratual estabelecida entre indivíduos com igual *status* jurídico garantido pelo Estado, produz, na prática, uma nova hierarquia entre proprietários e despossuídos: ambos são livres e iguais para contrair e rescindir contratos, mas os primeiros têm muito mais poder para estabelecer os termos da relação ou para recusar contratos desvantajosos que os últimos.

## 2 LIBERDADE E IGUALDADE SEGUNDO O CRITÉRIO DA EFICIÊNCIA ECONÔMICA

Se por um lado se afirma que o modo de produção capitalista aumenta a riqueza produzida por uma sociedade — e nisso consiste um forte argumento para sua justificação —, faz parte do seu modo de funcionamento a atribuição desigual da fruição dessas riquezas aos seus membros. As recompensas oferecidas pelo sistema devem ser proporcionais ao mérito dos indivíduos enquanto agentes econômicos: seja pelo seu esforço laboral ou intelectual, seja ainda por sua capacidade de exposição ao risco ou por seu senso de oportunidade negocial.

Essa forma de atribuição de recompensas, mediada pelo mecanismo da competição de mercado, é apresentada como propulsor do sistema, extraindo dos indivíduos o máximo de suas potencialidades. Ela funciona como princípio de justiça distributiva, segundo o qual a ação humana é julgada por um mecanismo pretensamente natural e imparcial, o mercado, que lhe atribui recompensas e sanções, de acordo com sua eficiência econômica. O senso de justiça dessas sociedades se assemelha a um cálculo de eficiência e produtividade e a desigualdade produzida pelo sistema é considerada justa porque responsável pela sua eficiência que, ao fim, é o que essa sociedade almeja.

Contra a acusação de que a maioria das pessoas participa dessa competição de mercado muito menos por estímulo de possíveis recompensas que premidas por suas necessidades básicas de subsistência, argumenta-se que, no geral, as condições de vida das populações são bem melhores sob o capitalismo que sob outras ordens já experimentadas.<sup>7</sup>

No plano político, articulado com a eticidade própria do sistema capitalista, dissemina-se um modo padronizado de organização do Estado. Se o ideal de felicidade se identifica com a acumulação de riqueza material e o sistema capitalista de produção funciona sob o impulso de recompensas materiais aos agentes econômicos, cabe ao Estado fundamentalmente assegurar a liberdade de iniciativa desses agentes, garantindo sua integridade física, além da segurança de poder usufruir dos bens adquiridos, por meio da proteção à propriedade privada. O postulado liberal de não intervenção funciona aqui como princípio de justiça reparadora.

Sob uma perspectiva mais ampla, identifica-se como função primordial dos Estados a promoção das condições ideais para o funcionamento do sistema econômico capitalista, em outros termos, a maior eficiência possível na acumulação da riqueza no interior do território, expressa, em geral, por cálculos de produto nacional bruto. O bom funcionamento da economia capitalista e o crescimento da riqueza nacional são identificados, sem maiores considerações, com o bem-estar da sociedade, e os governos são avaliados, predominantemente, em função de sua capacidade de promover tais objetivos.

Por fim, a configuração de sistemas de autorização de governos que combinam sufrágio universal dos adultos, mecanismos de representação política indireta e garantia de direitos fundamentais expressos em textos constitucionais rígidos<sup>8</sup>, atua no sentido de dotar os governos de alguma legitimidade democrática, ao tempo em que limitam as possibilidades de o sistema político promover alterações mais profundas na ordem social, mantendo as condições que garantem a eficiência do sistema econômico.

A defesa da ordem social capitalista, incluindo aí o arcabouço institucional das democracias liberais, reside, de modo geral, na alegação de que ela promoveria da melhor maneira os valores liberdade e igualdade para todos os indivíduos. De fato, em especial a filosofia moral utilitarista maneja um forte argumento em favor da autonomia e igual consideração dos indivíduos no que

concerne à questão do julgamento moral. Cada indivíduo participaria, em igualdade e livre de constrangimentos, do mecanismo natural do mercado que, por sua vez, aplicaria imparcialmente o princípio distributivo de justiça econômica conforme a eficiência do agente. Tal mecanismo e tal princípio, próprios das relações econômicas, são reproduzidos para todas as demais esferas das relações sociais, a exemplo do que ocorre com a teoria e a prática políticas das democracias liberais. Seu princípio de igual consideração remete, assim, a uma meritocracia, entendido o mérito em termos de eficiência econômica.

### 3 CRÍTICA AO DISCURSO ÉTICO CAPITALISTA

Um dos fundamentos em que se baseia o discurso ético capitalista é a alegação da naturalidade de determinadas formas de conduta atribuídas ao ser humano. No caso, se lhe atribui uma predisposição natural a agir de um modo que se identifica com o estilo de vida necessário para o funcionamento ótimo do sistema de produção capitalista: um comportamento competitivo e individualista, voltado à acumulação e ao consumo ilimitados de recursos economicamente avaliáveis. A partir dessas pretensas características da natureza humana, são moldados a configuração institucional e o ordenamento político das sociedades capitalistas.

O problema da ordem política é tratado como uma questão técnica: identificada uma natureza fixa e mais ou menos determinada do homem e de seu comportamento em sociedade, e, fixados ainda, como finalidades naturais, os objetivos a serem perseguidos pela associação política — a acumulação de riquezas e a manutenção da ordem que proporciona a eficiência dessa acumulação —, cabe à ciência descobrir as formas mais adequadas de conformação institucional do Estado, em face desses condicionantes fáticos e finalísticos.

Identificam-se, assim, três argumentos em que se apóia o discurso ético capitalista e seu princípio de igual consideração: (a) a alegação de uma natureza comportamental fixa do homem em sociedade, que o prescreveria um determinado tipo de comportamento, tornado previsível; (b) a alegação de uma ordem natural resultante da livre interação social mediada por mecanismos semelhantes à competição de mercado, postulados como imparciais e sensíveis apenas ao mérito dos agentes, seja na esfera econômica, seja na esfera política; (c) o tratamento da questão da ordem política como um problema técnico e não como um problema ético. Têm-se, com esses argumentos, o diagnóstico dos fatos, o delineamento do problema e a escolha de um método para sua resolução.

#### 3.1 A ordem social como questão técnica

A começar pelo terceiro argumento (c), que decorre da conjugação dos dois primeiros, tem-se talvez o principal fator que reduz a legitimidade democrática do discurso ético capitalista. Ao tratar o tema da ordenação social como uma questão técnica, esse discurso atribui autoridade a uma elite de cientistas

e intelectuais, elevando seu círculo de relações à condição de arena mais apropriada para o debate público do problema e restringindo o universo de pessoas capacitadas a dele participar. Questões que dizem respeito à ordenação política da sociedade, como a do delineamento institucional do sistema político ou a do modo de distribuição da riqueza produzida pela sociedade, são reservados à expertise de uma elite intelectual que os pode julgar com autoridade.

Questões desse tipo pertencem predominantemente à esfera da ética e não à esfera da ciência. A menos que se admita que à ciência cabe formular proposições normativas acerca do comportamento humano e o ordenamento social, não se pode tratar esse objeto como uma questão meramente técnica. À ciência cabe dizer o que o homem *é*, e não o que ele *deve ser*, ou o modo como ele deve se comportar. É preciso saber discernir o que pertence propriamente ao âmbito do *conhecimento*, cuja produção é objetivo da atividade científica, do que diz respeito à esfera da *decisão*, que interessa à moral e à política.

Isso não significa dizer que se devem isolar os âmbitos do conhecimento e da decisão tornando-os incomunicáveis. Tanto o conhecimento teórico da realidade deve influenciar na tomada de decisões políticas, como estas devem influenciar no direcionamento da pesquisa científica segundo os interesses postos em questão.

Para a eleição entre propostas alternativas de metas a serem buscadas por um governo, por exemplo, pode-se orientar tal decisão julgando-as de acordo com sua viabilidade prática, o que pode ser investigado através do conhecimento científico acerca dos condicionantes fáticos dos diversos fins políticos considerados e dos meios materiais disponíveis para sua implementação. Por outro lado, tomada a decisão política e eleito o fim a ser buscado, esse governo poderá orientar suas instituições de pesquisa científica à descoberta dos meios mais adequados e eficientes para realizá-los.

Cientes dessa interação entre os âmbitos do conhecimento e da decisão, não se pode confundir o que se enquadra em cada uma dessas esferas. Essa relação não se dá sob a forma de uma interação mútua determinística e necessária. Os fins não determinam os meios, nem estes determinam aqueles.<sup>9</sup>

Nenhum argumento científico pode fundamentar sozinho uma decisão moral ou um juízo de valor. A ciência nada pode contribuir para uma escolha sobre que tipo de sistema de governo se deve adotar, sem que antes se tenha decidido, arbitrariamente<sup>10</sup>, sobre que tipo de ordem social se pretende criar ou sobre de que forma se pretende modificá-la ou preservá-la. Qualquer sistema argumentativo que pretenda derivar conclusões sobre o primeiro tipo de escolha unicamente de argumentos técnico-científicos, em verdade, escamoteia a parte de argumentação arbitrária referente ao segundo tipo de escolha, normalmente apresentando-a sob a forma de argumentos auto-evidentes — que prescindem de fundamentação — e imunes à crítica.

Isso significa, por um lado, negar ao indivíduo sua capacidade de, livremente, com a ajuda da razão, escolher o sentido de sua conduta, de ser senhor



de seu destino; por outro lado, significa aliviá-lo da responsabilidade moral por essa escolha e por suas conseqüências. Daí a atração que o discurso ético capitalista exerce sobre muitos.

É essa a função desempenhada pelos dois primeiros argumentos já mencionados, (a) e (b), em que se apóia o discurso ético capitalista. O primeiro atribui ao ser humano um determinado tipo de conduta, considerado natural, negando-lhe a capacidade de determinar sua conduta em outros sentidos; o segundo atribui à sociedade uma espécie de ordem natural, representada pelo mecanismo da competição de mercado, que julgaria imparcialmente as condutas segundo sua eficiência econômica. A ação individual deixa de ser objeto de julgamento e crítica pela consciência moral dos semelhantes e passa à responsabilidade do julgamento imparcial do mercado.

Segundo esses argumentos, não caberia censurar uma espécie de conduta natural e necessária, à qual não se apresentam alternativas, mas apenas aceitá-las e aprender a lidar com elas. A ordem social se apresenta como uma ordem natural, regulada ao modo das leis físicas. Deve ser interpretada sob o princípio da causalidade e não sob o princípio da liberdade. São essas as principais conseqüências da adoção da filosofia moral utilitarista..

O princípio de igual consideração proposto pela ética capitalista, parte explicitamente normativa do seu discurso — e que deveria se expor amplamente à crítica como questão pertinente à esfera da moral — condicionado que está pelos postulados acima mencionados, fica limitado à garantia igualitária de direitos considerados fundamentais, concernentes à imposição de limites a esse comportamento natural, no sentido do respeito à integridade física, à liberdade de iniciativa e à proteção dos bens de cada indivíduo. Esse princípio de igual consideração funciona como o tratamento técnico adequado em face dos condicionantes fáticos identificados. Nisso consiste a principal contribuição do liberalismo.

O elemento democrático, também veiculado pelo discurso ético capitalista, tem suas possibilidades muito limitadas, pois os sistemas políticos são delineados como meros mecanismos para autorizar governos, escolhidos entre elites partidárias que disputam o poder. O comportamento natural esperado dessas elites políticas é assimilado ao modelo comportamental humano já abordado, no sentido da acumulação ilimitada de recursos políticos, independentemente de quaisquer compromissos éticos, salvo o compromisso tácito de promover a eficiência do sistema econômico. O tratamento técnico dessa situação fática consiste em promover um determinado equilíbrio entre essas elites em disputa, cujo objetivo é impedir que a acumulação ilimitada de poder implique na subversão autoritária do princípio de atribuição de recompensas do sistema político — análogo ao do sistema econômico —, que opera segundo o código de eficiência político-eleitoral.

Revelam-se os três elementos ideológicos que compõem o que se identifica como discurso ético capitalista: utilitarismo, no campo da filosofia moral, liberalismo e democracia, no campo da filosofia política. Esses elementos mantêm



relação íntima com os dois primeiros argumentos enumerados acima, em que o discurso ético capitalista busca apoio.

Esboçam-se a seguir algumas considerações críticas acerca da validade desses argumentos — (a) e (b) — tomados como suporte empírico dessa proposta ética.

### 3.2 A naturalidade do comportamento individualista possessivo

A respeito da hipótese sobre a naturalidade da conduta humana individualista, voltada à satisfação ilimitada de desejos egoístas, cuja face concreta seria a competição social pela acumulação de riquezas e consumo de bens e serviços, cabe referir, em primeiro lugar, à conhecida tese de Max Weber (2004), que relaciona a adoção de determinados preceitos ético-religiosos com o desenvolvimento de um padrão de conduta social nos países onde o capitalismo teria experimentado seu desenvolvimento inicial. Esse padrão de conduta encarnaria o que o autor chama de “espírito do capitalismo”.

A tese de Weber identifica em certas seitas protestantes — calvinismo, pietismo, metodismo e movimento anabatista — a assimilação de preceitos, provenientes da interpretação das escrituras, que teriam tido como consequência não pretendida o desenvolvimento de um *ethos* individualista e materialista característico das sociedades capitalistas modernas.

No centro desses preceitos, ressalta-se, em especial, a doutrina calvinista da predestinação, segundo a qual a Providência Divina teria determinado, desde sempre e pela eternidade, um plano para a Criação, o que incluía a distinção entre os que seriam dignos de salvação e os que estariam condenados à danação eterna. Nenhuma conduta humana seria capaz de interferir nesse plano divino, seja através de boas obras ou da administração dos sacramentos.<sup>11</sup>

Essa doutrina teria sido responsável pela difusão de um profundo sentimento de “solidão interior do indivíduo.”<sup>12</sup> Este caminharia só sobre a Terra, não podendo contar com nenhum auxílio, nem oferecê-lo a seus semelhantes, de modo a interferir no destino que lhes foi assinalado por Deus. Cabia-lhe tão somente ter fé e resignar-se.

Uma das preocupações fundamentais para o crente passou a ser o questionamento acerca dos sinais da sua salvação individual. A identificação desses sinais, com o tempo, privilegiou o aspecto da prosperidade nas atividades profissionais e da dedicação disciplinada e metódica ao trabalho. Tais aspectos decorriam da consideração da atividade profissional como uma vocação divina, sendo a dedicação ao cumprimento dos deveres profissionais mundanos a melhor forma de cumprir essa missão designada por Deus a cada indivíduo. Por outro lado, o produto do trabalho não deveria ser empregado para deleite individual, mas para a glorificação de Deus. Não cabia ao crente uma vida opulenta e voltada ao consumo, mas uma vida dedicada ao trabalho e à multiplicação dos bens cuja administração na Terra Deus lhe confiara.

Weber identifica nessa forma de conduta, característica dos países de cultura religiosa protestante (como Inglaterra, Holanda e Estados Unidos<sup>13</sup>), uma das razões que motivaram ali o desenvolvimento precoce de sistemas econômicos capitalistas, em comparação com outros países, especialmente de tradição católica, onde esse desenvolvimento foi bem mais tardio.

O modo de vida prescrito por essa ética religiosa teria representado o impulso inicial necessário para o desenvolvimento do modo de produção capitalista: por um lado, inculcava nas pessoas a necessidade de dedicação ao trabalho de forma sistemática e disciplinada, como um fim em si mesmo; por outro lado, além de eliminar a condenação que a ética tradicional impunha à acumulação de riquezas e ao lucro ilimitado<sup>14</sup>, orientou a aplicação do capital acumulado, não para o consumo, mas para objetivos práticos em relação ao que se considerava uma das principais finalidades da vida, o cumprimento da missão divina por meio do trabalho, o que se traduz em investimentos progressivos na produção.

Weber identifica a origem remota do que chama de “espírito do capitalismo”, ainda nos séculos XVI e XVII, como fruto de uma proposta ético-religiosa, historicamente situada, e não como decorrente de características naturais determinantes de um padrão para a conduta humana, conforme a tese utilitarista.<sup>15</sup> Se com o surgimento desse *ethos* capitalista a ação individual passa a ser orientada em função de suas conseqüências para o objetivo prático do progresso material, a escolha desse específico objetivo como fim existencial não se realiza sob os auspícios de uma racionalidade inerente ao ser humano. Em vez disso, tal escolha encontra fundamento, originalmente, na fé religiosa — para os que partilham dessa ética protestante abordada por Weber — ou, hodiernamente, em algum outro fundamento irracional.

Se a hipótese de Weber não é isenta de questionamentos, pelo menos convida à reflexão sobre a aceitação do postulado utilitarista que toma o comportamento egoísta como padrão natural de conduta do ser humano e que identifica o sentido da racionalidade humana com a busca da maximização de interesses individuais.<sup>16</sup>

### 3.3 A neutralidade dos mecanismos concorrenciais de mercado

Cabe ainda criticar a tese da naturalidade e imparcialidade da ordem social decorrente da interação competitiva dos indivíduos numa sociedade de livre mercado. As condições necessárias para o estabelecimento e funcionamento adequado de uma economia de mercado não seriam possíveis sem a intervenção “artificial” do Estado, em especial quando se considera a complexidade da economia atual.

Na moderna economia de mercado o Estado assumiu uma série de atribuições, que vão muito além da mera garantia das chamadas liberdades civis, sem as quais não se concebe a possibilidade de seu funcionamento, tal como se conhece hoje.

O Estado passou a responder por todo um arcabouço de políticas assistenciais e previdenciárias em favor da sociedade em geral, garantindo aos indivíduos condições básicas de subsistência e reprodução, em troca da manutenção da ordem, sem o que se teria tornado insustentável a geração de um contingente estável de mão-de-obra disponível para a produção e a formação de um mercado consumidor dos bens produzidos. Também assumiu a responsabilidade por dotar parte dessa mão-de-obra de níveis cada vez mais elevados de instrução, além de investir diretamente na produção de conhecimento e desenvolvimento de tecnologia, providências essenciais requeridas pelos empreendimentos modernos. É, ainda, responsável por manter toda uma infra-estrutura pública de transportes, comunicações e energia, cuja criação e manutenção não se justificariam sem as necessidades específicas de um amplo e custoso sistema de produção e distribuição de bens e serviços. Por fim, além desses investimentos materiais, intervém o Estado normativamente no mercado ao disciplinar e coibir práticas anti-concorrenciais, ao empregar diversos mecanismos de política monetária no controle da inflação e do fluxo e oferta de capitais, ao adotar políticas para a regulação e estabilização de preços de insumos e produtos etc.

Todas essas atividades colocam o Estado moderno numa posição muito diferente da que se lhe pretendia atribuir no passado. A moderna economia de mercado depende cada vez mais da intervenção artificial — normativa e material — do Estado para a manutenção das condições necessárias para seu funcionamento. Diante desses argumentos, não se pode admitir a naturalidade dessa ordem.<sup>17</sup> De modo mais contundente, pode-se afirmar com Castoriadis (2004) que, dadas essas condições, sequer há ou houve algum dia livre mercado numa ordem econômica capitalista, tal como muitas vezes postulado pela ciência econômica.<sup>18</sup>

#### 4 TRABALHO PRODUTIVO X TRABALHO IMPRODUTIVO

Essa nova realidade da interação entre o mercado e o Estado é, contudo, assimilada pelo discurso ético capitalista. A partir dela configura-se uma relação de dependência entre o Estado, o mercado e a sociedade civil. Argumenta-se que, embora necessite de todas essas intervenções para seu funcionamento, o mercado fornece ao Estado, por meio de impostos, os recursos necessários para financiar não apenas as atividades que diretamente lhe aproveitam economicamente, mas também todas as políticas assistenciais, previdenciárias e de serviços públicos destinadas aos cidadãos em geral, de cujo voto dependem os governos democráticos para se legitimar.

Embora, na prática, toda a sociedade arque com os custos necessários para a manutenção das atividades estatais<sup>19</sup> e suporte as conseqüências indesejadas da atividade econômica,<sup>20</sup> atribui-se primordialmente à economia de mercado e à ordem dela decorrente, o efeito de dotar a sociedade da capacidade de geração de riquezas tributáveis em grande escala.

Nessa relação triangular, a manutenção do bom funcionamento do mercado em conjunto com a promoção do crescimento econômico é apresentada como o único meio adequado para viabilizar o interesse de todas as partes envolvidas. Se por um lado o discurso político tende a defender uma ordem econômica concentradora de riquezas e promotora de desigualdades, tal defesa se apóia, paradoxalmente, no objetivo político da distribuição — sob a forma de salários, serviços públicos e prestações assistenciais e previdenciárias — de parte dessa riqueza, que, se alega, de outra forma não se teria produzido na mesma escala.

Essa parece ser a expressão moderna, no campo político, do discurso ético capitalista. A defesa do crescimento econômico se legitima como única solução técnica viável para satisfação das crescentes necessidades sociais que cabe ao Estado prover. Não resta, entretanto, claramente abordado nesse discurso quanto dessas necessidades são geradas pela própria ordem econômica.<sup>21</sup> Também não se põe em pauta se, mesmo quando satisfatoriamente atendidas tais necessidades com políticas sociais, as pessoas estariam de fato satisfeitas com a qualidade e o modo como conduziriam suas vidas e, de outra parte, se esse modo de vida seria sustentável a longo prazo.

Diante dessas circunstâncias, é possível questionar a justiça do princípio igualitário enunciado por esse discurso, que aplica o critério de eficiência econômica na competição de mercado como código para a atribuição de recompensas pela ordem social. Há outros custos e conseqüências decorrentes do funcionamento do sistema econômico que são suportados por toda a coletividade e que escapam à sensibilidade do mercado no que concerne à atribuição de mérito. Da mesma forma, é insensível o princípio liberal de justiça reparadora, no sentido de atribuir compensações aos que suportam tais custos.

Uma boa forma de compreender essa disparidade na distribuição de benefícios e ônus pelo sistema político-econômico é recorrer à distinção feita por Stuart Mill (1983) entre o trabalho produtivo e o trabalho improdutivo. De início, ele esclarece que as diversas formas de trabalho podem produzir utilidades de três tipos: a) as que se podem incorporar a objetos materiais acrescentando a eles propriedades consideradas úteis; b) as acrescentadas a seres humanos sob a forma de habilitações e capacidades úteis a si mesmo e aos outros (dentre as atividades aí compreendidas o autor cita a educação, as atividades domésticas e religiosas, e mesmo os cuidados médicos); c) as que não se incorporam nem a objetos nem a seres humanos, mas que consistem num simples serviço prestado (nessa categoria estariam incluídas as atividades artísticas, de segurança pública e defesa militar, a atividade jurisdicional do Estado etc.).

Stuart Mill considera apenas o primeiro tipo de trabalho como produtivo. Os outros dois tipos de trabalho apenas poderiam vir a ser considerados produtivos, de forma “indireta ou mediatamente”, caso pudessem se mostrar úteis a tornar o primeiro tipo de trabalho mais produtivo. Segundo seu entendimento, o que torna um trabalho produtivo é sua capacidade de gerar alguma riqueza material, bem este que detém a característica de ser acumulável. Embora as outras modalidades

de trabalho fossem consideradas importantes e tão úteis quanto o primeiro tipo, não gerariam riqueza acumulável, sendo portanto improdutivas.<sup>22</sup>

Essa distinção feita por Stuart Mill traduz o modo pelo qual o sistema capitalista atribui valor aos diversos tipos de conduta. Embora todas elas tenham sua importância social, apenas as atividades consideradas produtivas, que geram riqueza acumulável, são valorizadas e adequadamente recompensadas pelo sistema.

Apenas para mencionar um tipo de atividade fundamental para a manutenção do modo vida capitalista, cuja contribuição, no entanto, não é devidamente considerada no que concerne à atribuição de recompensas pelo sistema político-econômico, basta lembrar do papel tradicionalmente desempenhado pela mulher nas sociedades capitalistas.

Cabe indagar o que seria da sociedade se não houvesse quem desempenhasse as funções, não remuneradas, relacionadas ao cuidado com as necessidades próprias do ambiente de privacidade familiar. Tem-se em mente, especificamente, todo o trabalho (sim, trata-se de trabalho) envolvido na reprodução (gravidez, parto, amamentação, cuidados com o recém-nascido), o cuidado e a educação dos filhos (especialmente nos seus aspectos emocionais e morais), a assistência aos idosos, doentes e portadores de necessidades especiais e a toda uma série de atividades concernentes, dir-se-ia, à “economia” doméstica (improdutiva), em contraposição às atividades da economia de mercado (produtiva).

Todas essas atividades concernentes ao ambiente doméstico, pouco importa se desempenhadas por homens ou mulheres, são de suma importância para a manutenção e caracterização do modo de vida que as sociedades capitalistas consideram valioso. Contudo, o princípio de eficiência econômica implicado nessa ordem social não atribui valor relevante a essas atividades que, tradicionalmente, posicionaram-se fora do mercado, privilegiando apenas a atividade produtora de bens e serviços que podem ser objeto de negociação mercantil.

Talvez seja assim porque as atividades domésticas, ou outras formas de conduta envolvidas em relações de solidariedade social, não se inscrevem correntemente na lógica das modernas relações sociais, cujo protótipo é a relação contratual — embora essa realidade esteja mudando, pelo menos em parte —, mas sim, na lógica das relações primitivas: espontâneas, porém, moralmente obrigatórias, e das quais não se admite poder esquivar-se livremente. É que estas valem e se justificam por si mesmas, enquanto as primeiras operam em função dos resultados esperados. Embora as chamadas atividades domésticas sejam socialmente importantes e demandem tempo, esforço e conhecimento, a ordem social capitalista — utilitária e conseqüencialista — não as recompensa ou lhes atribui valor adequadamente e talvez não possa fazê-lo sem subverter sua lógica própria.

Mas o que fazer dessas necessidades quando a sociedade exige de todos que sejam economicamente produtivos? A resposta do sistema social capitalista tem sido atribuir o desempenho dessas atividades, tradicionalmente assumidas como obrigações familiares, ao Estado — através de prestações assistenciais,

previdenciárias, educacionais etc. —, ou a pessoas privadas sob relação contratual — prestadores de serviços, empresas de seguro, planos de saúde, até mesmo planos funerários. Resta saber se nessa substituição não se perde algo de valioso, inerente à relação familiar. Ou se, por outro lado, essa libertação das obrigações familiares e de solidariedade social, não torna as pessoas muito mais dependentes de aparelhos estatais e privados, sobre os quais individualmente tem-se muito pouco controle.<sup>23</sup>

## 5 ÉTICA CAPITALISTA E DESIGUALDADES DE GÊNERO: TRABALHO, FAMÍLIA E PROTEÇÃO À INFÂNCIA

O modo como a ética capitalista interpreta os valores liberdade e igualdade tem reflexos diretos sobre aspectos importantes do modo de vida das pessoas. Esses reflexos vão além das relações econômicas em que elas se envolvem e avançam sobre outros domínios como a família e a vida privada. A influência da ética capitalista sobre o âmbito não-econômico da existência dos indivíduos acaba por gerar assimetrias e diferenças de tratamento que, quando bem analisadas, têm dificuldade de justificar-se numa discussão pública e bem informada a respeito.

Um dos desafios para a ampliação da abrangência do princípio ético geral de igual consideração tem sido o enfrentamento da desigualdade social entre os gêneros. Para se compreender o que os ordenamentos jurídicos querem dizer quando se reportam a igualdade de direitos sem distinção de sexo ou quando vedam o tratamento diferenciado nas relações de trabalho em razão do gênero, é preciso ter em mente esse modo de avaliar o princípio da igualdade, baseado numa pré-compreensão capitalista da sociedade sobre o ideal de felicidade e bem-estar dos indivíduos.

Com o objetivo de iniciar uma reflexão a esse respeito, enfoca-se um importante aspecto da existência do indivíduo humano, que é a fase que compreende sua gestação, nascimento e primeiros anos de vida. O ser humano, dentre os seres vivos, é dos que mais carece de cuidados nesse período de sua vida, o que o torna totalmente dependente de outros indivíduos. Para que possa algum dia exercer, plenamente e em igualdade, sua liberdade, o indivíduo, no início de seu desenvolvimento, carece de especial proteção da sociedade.

Tradicionalmente, esses cuidados foram assumidos como obrigação (moral e jurídica) do grupo familiar, atribuídos de modo especial à mãe ou, não raro, a outras mulheres do mesmo núcleo. Aos homens foi atribuído o papel de provedor dos meios de subsistência e proteção da família: aquisição de propriedade e provisões por meio de trabalho produtivo remunerado.

Em outras palavras, ao homem foi associado o papel de protagonista das atividades que a sociedade capitalista selecionou como espaço privilegiado de atribuição de valor, ou seja, aquelas relacionadas à economia de mercado; enquanto a mulher foi relegada ao espaço da privacidade domiciliar, imune e opaco à intervenção e visibilidade externas, protagonista das atividades relacionadas à economia doméstica.<sup>24</sup>

Para o bem e para o mal, a dinâmica das sociedades contemporâneas tem alterado esse quadro, abrindo espaço para o exercício desses papéis por homens ou por mulheres indistintamente. Para o bem, porque se garante à mulher maior liberdade para determinar sua existência de acordo com sua vontade, sendo-lhe hoje acessíveis maiores espaços de atuação na vida social e no mercado de trabalho. Para o mal, porque como a sociedade atribui maior valor e recompensas a tudo o que diga respeito à economia de mercado (trabalho produtivo), e como, em tese, não há mais um segmento social específico (as mulheres) encarregado das atividades de economia doméstica (trabalho improdutivo), faz-se necessária a assunção desse encargo por novos atores.

Diante desse problema, as sociedades contemporâneas têm adotado estratégias diversas, nem sempre por meio de abordagens satisfatórias no que concerne a uma justa distribuição dos ônus e recompensas envolvidos na manutenção da ordem social entre seus diversos segmentos.

Como exemplo dessas abordagens, extraído do ordenamento jurídico brasileiro, temos a proteção social à gestação, nascimento e primeiros meses de vida do recém-nascido. Na doutrina jurídica nacional, esses temas são comumente tratados no contexto da proteção ao mercado de trabalho feminino — o que se faz com propriedade em vista do próprio texto constitucional, art. 7º —, ou seja, como direitos voltados à garantia de tratamento diferenciado à mulher, tendo em vista suas necessidades específicas, para um acesso igualitário ao mercado de trabalho. Esse é o enfoque comum dado à licença gestacional, ao benefício previdenciário do salário-maternidade, dente outros direitos relacionados à reprodução.<sup>25</sup>

Pouco se discute na doutrina jurídica sobre a licença paternidade, garantia de igual estatura constitucional. Do mesmo modo, são ainda incipientes as discussões sobre semelhantes direitos garantidos aos adotantes, homens ou mulheres.

É sintomático que o texto constitucional de 1988 albergue tais garantias no âmbito do seu artigo 7º, onde enumerados os direitos básicos dos trabalhadores. É também revelador que a constituição ao tratar da licença maternidade apresse-se em garantir, expressamente, um período mínimo de afastamento do trabalho de 120 dias, remunerado e com garantia de estabilidade no emprego (art. 7º, XVIII); enquanto em relação à licença paternidade, relegue a definição de sua conformação à legislação ordinária (art. 7º, XIX), garantindo, em sua disposições transitórias, um período mínimo de afastamento de meros 5 dias, até que a lei em questão fosse editada (art. 10, par. 1º do ADCT).<sup>26</sup>

As garantias mencionadas (licença/salário maternidade) vão evidentemente muito além da questão do acesso igualitário ao mercado de trabalho; dizem respeito, de modo prioritário, à viabilização da vida humana em seus primeiros (e mais difíceis) meses de vida. A ênfase e valorização que a sociedade dá a tudo o que se relacione ao âmbito da economia de mercado e da produção de valor econômico, por vezes, não permite enxergar as razões bem mais profundas e relevantes que, de modo geral, efetivamente orientam o modo de vida e o comportamento dos indivíduos reais.



O tratamento diferenciado dado à mulher em matéria de licença maternidade em contraste com a licença paternidade, que têm ocasião em decorrência do mesmo evento, a reprodução, reforça e institucionaliza a discriminação de papéis sociais tradicionalmente conferidos a homens e mulheres.

A moderna filosofia moral e política ligada ao feminismo não é cega a essas distorções. De fato, há diversas críticas sobre o modo como as instituições sociais tentam promover a igualdade e combater a discriminação entre os sexos.

Argumenta-se que embora a grande maioria das sociedades contemporâneas tenha leis e institutos voltados à promoção da igualdade de gênero, essas garantias têm resultado prático limitado, pois se procura garantir à mulher acesso a funções ou papéis sociais tradicionalmente reservados aos homens. Porém, o centro do problema está no fato de que as funções que as sociedades capitalistas mais valorizam foram historicamente moldadas de acordo com as necessidades e interesses do gênero masculino.<sup>27</sup>

Para o argumento feminista sobre a efetiva garantia de acesso igualitário entre os gêneros aos diversos espaços, atividades e posições sociais relevantes, ressalta a preocupação com a responsabilidade e o ônus do cuidado com os filhos em idade pré-escolar, função tradicionalmente desempenhada pela mulher. De fato, essa atribuição importa num ônus social consideravelmente pesado, demandando dos indivíduos dela encarregados intensa dedicação ao longo de todo o dia, diuturnamente, por vários anos seguidos, e, de modo geral, justamente no período em que estão na plenitude de sua capacidade laborativa e no qual teriam maiores chances de sucesso na competição pelo mercado de trabalho e posições sociais de destaque.<sup>28</sup>

O limitado sucesso da ação institucional voltada à promoção da igualdade entre gêneros pode ser debitado ao fato de encararem os processos discriminatórios como orientados por escolhas motivadas arbitrariamente pelo gênero, pura e simplesmente, quanto, em verdade, guardam relação com a própria estrutura social, moldada, ao longo dos séculos, segundo interesses, necessidades e pontos de vista primordialmente masculinos. A crítica feminista reclama uma ação institucional que alcance as causas profundas da desigualdade entre homens e mulheres, as quais deitam raízes junto às estruturas e códigos que regulam a distribuição, entre esses seguimentos, dos ônus e recompensas envolvidos na manutenção da vida social, em outros termos, dos mecanismos de atribuição e manutenção de poder.<sup>29</sup>

Diversos países têm adotado leis que revelam uma visão diferenciada do problema da igualdade de gênero: em vez de abordarem o problema meramente do ponto de vista das condições de acesso ao mercado de trabalho e posições sociais de poder, procuram interferir na estrutura, nas responsabilidades e nas funções desempenhadas por homens e mulheres no seio do ambiente familiar. A esse respeito merece destaque a experiência sueca.

A Suécia tem sido exemplo de um experimento social já de longa duração com o objetivo declarado de induzir uma divisão mais igualitária de



responsabilidades e funções concernentes à economia doméstica, em especial, estimulando os homens a se envolverem de modo mais direto com as atividades relacionadas à criação dos filhos.<sup>30</sup> Com esse objetivo, desde 1974, a licença maternidade então existente foi transformada, naquele país, em um sistema de licença remunerada para ambos os pais.<sup>31</sup>

Na esteira dessas experiências práticas, uma abordagem teórica do instituto da licença/salário maternidade, tomada como alternativa à perspectiva da ética capitalista, deveria ressaltar seu viés instrumental, voltado, por um lado, ao cumprimento de um dever de cuidado com a infância, e por outro lado, à garantia do direito ao estabelecimento do laço afetivo característico das relações entre pais e filhos.

De modo prioritário<sup>32</sup>, o instituto da licença maternidade, antes de ser interpretado como um benefício concedido à mãe, por razões de ordem natural ou fisiológica, deve ser encarado como um instrumento pelo qual se viabiliza o cumprimento do dever moral de cuidado e proteção da prole. Não se pode conceber como justificado, sem qualquer discussão prévia, que a responsabilidade e o ônus pelo cumprimento dessas obrigações jurídicas primárias do núcleo familiar sejam direcionados desigualmente mais às mulheres que aos homens, em sociedades que proclamam a igualdade em direitos e obrigações entre homens e mulheres.<sup>33</sup>

A não concessão aos homens de um instrumento equivalente à licença maternidade concedida à mulher funciona muitas vezes como uma autorização implícita para que estes se dediquem a outros objetivos e se esquivem de uma participação mais direta e de uma divisão mais igualitária do ônus decorrente do dever de cuidado com os filhos. No mínimo há uma indução, talvez indesejada e, de todo modo, tolerada, a comportamentos desse tipo pelo seguimento masculino.

Há que se reconhecer, por outro lado, que toda a atividade que envolve o cuidado e a proteção dos filhos, além de um dever, é parte de um conjunto realizações humanas que as sociedades, por razões de ordem cultural, valorizam como um fim em si mesmo. São atividades que, por si próprias e independentemente de qualquer objetivo que com elas se pretenda alcançar — como o cumprimento de um dever jurídico — dão sentido existencial à vida dos indivíduos. Por meio delas é que se constrói muito daquilo de que são constituídos os laços afetivos entre pais e filhos.

Assim como se pretende em relação ao mercado de trabalho, homens e mulheres deveriam ter a mesma liberdade de acesso a essas outras atividades de significado existencial tão valioso e tão profundo.

Em sentido inverso, sabemos que as posições mais importantes e mais valorizados no âmbito do mercado de trabalho — em geral postos de direção, mas também a atividade empresarial e o exercício de mandato eletivo — exigem uma dedicação muito intensa do indivíduo, havendo a necessidade de um afastamento maior do ambiente familiar e das atividades a ele relacionadas. Para uma mulher que deseja ocupar essas posições sem abdicar do direito de ter uma família, talvez fosse mais

conveniente que outro membro da família, pudesse utilizar os instrumentos (ex.: licença/salário maternidade) que a sociedade provê para o cuidado com a prole.

A concessão desigual desses instrumentos, em função do gênero, acaba por gerar uma limitação à mulher, não vivenciada com a mesma intensidade pela população masculina em geral, para a ocupação das posições mais valorizadas do mercado de trabalho. A conseqüência disso, revelada em diversos estudos estatísticos, é a concentração da força de trabalho feminina em postos menos remunerados ou no trabalho informal e precário.

Para a avaliação da desigualdade de gênero não parece ser suficiente a adoção de critérios de julgamento que privilegiem a perspectiva individual, própria do *ethos* capitalista. As decisões de homens e mulheres em relação à condução de suas vidas em temas como carreira e família não levam em consideração unicamente interesses e conveniências individuais, mas também as relações sociais, especialmente familiares, a que estão vinculados. Não interessa apenas medir a desigualdade entre indivíduos isoladamente considerados, mas ainda entre os diversos tipos de agrupamentos sociais e familiares em que eles se inserem.

Nesse contexto, percebe-se que as novas formas de organização familiar que a modernidade tem conhecido recebem da sociedade tratamentos diferenciados em função de características ligadas diretamente ao critério de gênero dos seus integrantes. Sobre esse aspecto, merece destaque o tratamento jurídico dado à adoção. A legislação brasileira<sup>34</sup> prevê o direito à licença maternidade apenas à “empregada adotante”, não havendo previsão semelhante, em caso de adoção, para os homens. Para estes, a lei prevê apenas a licença paternidade de 5 dias.

A desigualdade de tratamento se revela ainda mais dramática em relação aos homens adotantes em unidades familiares monoparentais ou decorrentes de união homoafetiva. Nesses grupos familiares onde não há a presença da mãe ou da mulher adotante os filhos não poderão dispor do cuidado mais prolongado que se garante em famílias tradicionais. Semelhantes diferenças de tratamento podem ser percebidas em relação aos grupos familiares onde haja inversão dos papéis tradicionais atribuídos a homens e mulheres, por exemplo, uma família onde a mãe seja a provedora e o pai seja responsável por cuidar do ambiente doméstico, ou ainda uma outra, onde ambos sejam provedores, mas a mãe exerça atividade que não se enquadre na tradicional figura do trabalhador assalariado (empresária, executiva, exercente de mandato político etc.).

Há, portanto, uma diferenciação de tratamento não só entre os sexos, mas ainda entre a tradicional unidade familiar — composta por um homem e uma mulher — e essas novas formas de organização do núcleo familiar, cada vez mais observadas nas sociedades contemporâneas.<sup>35</sup>

A discriminação, no caso, vai além da questão do gênero. A licença-maternidade e o benefício previdenciário do salário-maternidade são direitos assegurados à “mulher trabalhadora”, ou seja, que exerce algum trabalho remunerado ou que, ao menos, tem condições financeiras de contribuir para

a previdência social, tornando-se segurada. Não há proteção institucional semelhante à “mulher dona-de-casa”, que exerce as atividades não remuneradas relacionadas ao cuidado com o ambiente familiar.

Não se trata, insista-se, de mera questão de gênero. O fator de discriminação que molda o arcabouço institucional diz respeito ao modo como a sociedade atribui valor aos diversos campos da atividade humana.

É preciso reconhecer que a grande maioria dos trabalhos remunerados em uma economia de mercado foram moldados na pressuposição de que o trabalhador, em especial aquele que tem filhos em idade pré-escolar, teria o suporte de algum membro da família, que exerceria as atividades domésticas não-remuneradas, necessárias à subsistência da grupo familiar, dentre as quais a guarda e o cuidado desses filhos. Em outros termos, as atividades produtivas de uma economia capitalista de mercado, geradoras de riquezas e de impostos que a sociedade tanto valoriza, sempre foram historicamente dependentes dessa “contribuição” oriunda do seio familiar, provida predominantemente pelo trabalho feminino não-remunerado e sem a qual o exercício do trabalho remunerado seria inviável ou muito dificultado<sup>36</sup>.

Embora o salário-maternidade figure no ordenamento jurídico brasileiro<sup>37</sup> como benefício de tipo previdenciário — de caráter contributivo e em benefício apenas dos segurados —, o dever jurídico de proteção à infância é dirigido indistintamente a todos, tenham ou não condições econômicas de contribuir com a previdência social.

Tanto a mulher trabalhadora, que tem direito ao salário-maternidade, como a dona-de-casa, que não tem, dividem com a sociedade e o Estado o dever jurídico de proteção à infância, em seus diversos aspectos. Um tratamento diferenciado do Estado em relação a essas categorias no que concerne ao provimento de meios materiais (salário-maternidade) preordenados ao cumprimento desse dever carece, no mínimo, de uma ampla discussão pública sobre seus eventuais fundamentos para que possa ser justificado e legitimado.

Nesse aspecto, a disciplina constitucional reflete com toda a nitidez a tradicional divisão dos papéis sociais reservados a homens e mulheres — em que pese prodigalize em matéria de direitos humanos e proclame a igualdade em direitos e obrigações entre esses seguimentos.

Com o intuito de realizar uma intervenção normativa para promover a igualdade entre os gêneros, o discurso ético capitalista seleciona o aspecto da ordem social — variável focal — que considera mais relevante: o das relações econômicas. Por isso, dirige sua intervenção para o âmbito do mercado de trabalho feminino e a prestação de assistência financeira à gestante. Como consequência desse enfoque para a avaliação da igualdade entre os gêneros, ficam obscurecidas outras formas de desigualdades e diversidades de tratamento, que deveriam ser justificadas por meio de discussão democrática, mas que a cultura capitalista tem dificuldade de reconhecer.

## CONCLUSÃO

Diante dessas assimetrias na atribuição de valor às condutas pela ordem social, caberia ao sistema político-democrático a função de perceber as distorções e de criticar e aperfeiçoar a ordem estabelecida. É que o discurso ético em que se baseia a defesa do sistema democrático postula a distribuição igualitária do poder político aos indivíduos unicamente pela sua condição humana e não em função de seu desempenho econômico.

Seria de se esperar que os mecanismos democráticos pudessem corrigir normativamente eventuais distorções na atribuição de recompensas sociais em decorrência da insensibilidade do sistema econômico. Se os interesses do mercado são intimamente dependentes da ação política, não se poderia recusar a esta última o poder de interferir na economia, tendo em vista o alcance de objetivos não-econômicos.

Contudo, o elemento democrático aparece hoje refém do discurso ético capitalista que encurta o horizonte da crítica e impõe estreitos limites às possibilidades de transformação da ordem social. Os próprios mecanismos democráticos de exercício de poder impõem obstáculos que dificultam e desestimulam a participação das pessoas nos processos decisórios, ante a falta de perspectivas de resultado eficaz.

Não se pode negar a importância dos postulados éticos da valorização do trabalho e dos benefícios materiais dele decorrentes para a caracterização do modo de vida que hoje se considera valioso.

A principal crítica que se pode fazer ao discurso ético capitalista não se dirige tanto à questão da escolha do espaço de avaliação dos valores igualdade e liberdade, que privilegia o aspecto da eficiência econômica, como critério de julgamento de condutas: a liberdade, como valor social, traduzindo-se fundamentalmente pela livre possibilidade de produzir e de usufruir do produto do trabalho; e a igualdade significando a atribuição de recompensas pelo sistema proporcionalmente à eficiência ou mérito de cada indivíduo, de modo imparcial, por mecanismos concorrenciais de mercado.

O que se questiona de modo prioritário é o aspecto da imunização crítica desses valores e desse critério de julgamento, através do postulado da naturalidade de um padrão de conduta individualista e maximizador atribuído ao gênero humano, por parte do discurso ético capitalista. Dentro desse contexto, a política se restringe a questões marginais em relação aos objetivos centrais da associação civil, previamente definidos: o crescimento econômico e a valorização de condutas individuais em sintonia com essa meta. A imunização crítica dos valores enunciados nesse discurso constitui o principal fator que lhe retira a possibilidade de legitimação por meio dos mecanismos democráticos de atualização dos significados atribuídos à liberdade e à igualdade.

## REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. In: NOGUEIRA, Marco Antônio (Trad.). **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- \_\_\_\_\_. In: COUTINHO, Carlos Nelson (Trad.). **Igualdade e liberdade**. 6. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.
- \_\_\_\_\_. In: VERSIANI, Daniela Beccaccia (Trad.). **Teoria geral da política: a filosofia política e a lição dos clássicos**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- \_\_\_\_\_. In: NOGUEIRA, Marco Aurélio (Trad.). **O futuro da democracia**. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. In: VARRIALE, Carmem C. et. al. (Trad.). **Dicionário de política**. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000, v. 2.
- CAILLÉ, Allain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel. In: ZIR, Alessandro (Trad.). **História argumentada da filosofia moral e política: a felicidade e o útil**. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2006.
- CASTORIADIS, Cornelius. In: AGUIAR, Eliana (Trad.). **Figuras do pensável: as encruzilhadas do labirinto**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- DAHL, Robert A. **A moderna análise política**. Rio de Janeiro: Lidador, 1966.
- \_\_\_\_\_. In: JUNGSMANN, Ruy (Trad.). **Um prefácio à democracia econômica**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1990.
- \_\_\_\_\_. **How democratic is the american constitution?** 2. ed. New Haven: Yale University Press, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Poliarquia: participação e oposição**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005.
- DWORKIN, Ronald. In: SIMÕES, Jussara (Trad.). **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. Entre marido e mulher, o estado mete a colher: reconfigurando a divisão do trabalho doméstico na Suécia. *Rev. bras. Ci. Soc.*, São Paulo, v. 17, n. 48, Fev. 2002. **SciELO**. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69092002000100011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092002000100011&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 21 Jan. 2010.
- GODBOUT, Jaques; CAILLÉ, Allain. In: CABRERA, José Pedro (Trad.). **O espírito da dádiva**. Lisboa: Piaget, 1997.
- KELSEN, Hans. In: BENEDETTI, Ivone Castilho; CAMARGO, Jefferson Luiz; CIPOLLA, Marcelo Brandão; BARKOW, Vera (Trad.). **A democracia**. 2. ed.

São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KYMLICKA, Will. In: BORGES, Luís Carlos; MICHAEL, Marilene Pinto (Trad.). **Filosofia política contemporânea**: uma introdução. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários à CLT**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2004a.

\_\_\_\_\_. **Direito do trabalho**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004b.

MILL, John Stuart. In: BARAÚNA, Luiz João (Trad.). **Princípios de economia política**: com algumas de suas aplicações à filosofia social. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

\_\_\_\_\_. In: MONTEIRO, E. Jacy (Trad.). **O governo representativo**. 3. ed. São Paulo: IBRASA, 1995.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

NEGRI, Antonio. In: PILATTI, Adriano (Trad.). **O poder constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom. In: ALVES, Eduardo Francisco; CABRAL, Álvaro (Trad.). **Dicionário do pensamento social do século XX**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1996.

POLANYI, Karl. In: WROBEL, Fanny (Trad.). **A grande transformação**: as origens da nossa época. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

POPPER, Karl Raymund. In: BATH, Sérgio (Trad.). **Conjecturas e refutações**. Brasília: Universidade de Brasília, 1972.

\_\_\_\_\_. In: AMADO, Milton (Trad.). **A sociedade aberta e seus inimigos**. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, São Paulo: Universidade de São Paulo, 1974, v. 2.

\_\_\_\_\_. In: MARTINS, Estevão de Rezende; ACQUARONE FILHO, Apio Cláudio Muniz; SILVA, Vilma de Oliveira Moraes e (Trad.). **Lógica das ciências sociais**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro; Brasília: Universidade de Brasília, 1978.

RENAUT, Alain. **As filosofias políticas contemporâneas**. Lisboa: Piaget, 2002.

RICKEN, Friedo. **Dicionário de teoria do conhecimento e metafísica**. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio Sinos, 2002.

SILVA, Itatiara Meurilly Santos. **Princípio da igualdade e o trabalho da mulher**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 68, 01 set. 2009. Disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6731](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6731)>. Acesso em 28 jan. 2010.

SEN, Amartya. In: MOTTA, Laura Teixeira (Trad.). **Sobre ética e economia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

\_\_\_\_\_. In: MENDES, Ricardo Doninelli **Desigualdade reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

TEIXEIRA, Daniel Viana. Desigualdade de gênero: sobre garantias e responsabilidades sociais de homens e mulheres. *Rev. Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 1, Junho 2010. *Scielo*. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322010000100012&lng=en&nrm=i so](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322010000100012&lng=en&nrm=i so)>. Acesso em: 2 fev. 2011.

UNGER, Roberto Mangabeira. In: RODRIGUES, Caio Farah; GRANDCHAMP, Marcio Soares (Trad.). **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004.

WALLERSTEIN, Immanuel. In: AGUIAR, Renato; BENJAMIN, César; WALLERSTEIN, Immanuel (Trad.). **Capitalismo histórico e civilização capitalista**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001.

WEBER, Max. In: MACEDO, José Marcos Mariani de (Trad.). **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

- 1 Segundo Immanuel Wallerstein: “Onde a acumulação de capital tenha tido prioridade sobre objetivos alternativos ao longo do tempo, podemos dizer que estamos em presença de um sistema capitalista em operação.” WALLERSTEIN, Immanuel. In: AGUIAR, Renato; BENJAMIN, César; WALLERSTEIN, Immanuel (Trad.). **Capitalismo histórico e civilização capitalista**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001, p. 14.
- 2 A esse respeito, conforme Wallerstein: “No anseio de acumular cada vez mais capital, os capitalistas buscam mercantilizar cada vez mais [os] processos sociais presentes em todas as esferas da vida econômica. Como o capitalismo é centrado em si mesmo, nenhuma relação social permaneceu intrinsecamente isenta de uma possível inclusão. O desenvolvimento histórico do capitalismo envolveu o impulso de mercantilizar tudo.” *Ibid.*, p. 15.
- 3 Obrigação aqui não se entende no sentido jurídico moderno de prestação cuja execução é garantida pelo Estado, mas no sentido tradicional de dever moral, cujo descumprimento importa em outro de tipo de sanção como a desonra e a vergonha pública.
- 4 O exemplo das relações de parentesco próximo também pode ser útil aqui.
- 5 Sobre esse processo de substituição das relações tradicionais por relações de mercado, a exemplo do que o ocorreu com a criação de um mercado de trabalho pelo capitalismo, afirma Polanyi: “Separar o trabalho das outras atividades da vida e sujeitá-lo às leis do mercado foi o mesmo que aniquilar todas as formas orgânicas da existência e substituí-las por um tipo diferente de organização, uma organização atomista e individualista. Tal esquema de destruição foi ainda mais eficiente com a aplicação do princípio da liberdade de contrato. Na prática, isto significa que as organizações não contratuais de parentesco, vizinhança, profissão e credo teriam que ser liquidadas, pois elas exigiam a alienação do indivíduo e restringiam, portanto, sua liberdade. Representar esse princípio como o da não interferência, como os liberais econômicos se propunham a fazer, era expressar simplesmente um preconceito arraigado em favor de uma espécie definida de interferência, isto é, que iria destruir as relações não contratuais entre os indivíduos e impedir sua reformulação espontânea.” POLANYI, Karl. In: WROBEL, Fanny (Trad.). **A grande transformação: as origens da nossa época**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 198.
- 6 Ilustrativa do contraste dessas relações é a análise antropológica de Godbout e Caillé sobre a função das moedas nas sociedades arcaicas em comparação com a das moedas modernas: “[...] a moeda primitiva não mede em primeiro lugar o valor das coisas, mas o das pessoas. Se ela mede o valor das coisas, é unicamente de um modo indirecto, por refração ao valor das pessoas. A moeda arcaica também não permite comprar seja o que for. E como se poderia, aliás, comprar se não é possível obter nada que não seja dado, fora das trocas directas residuais que não passam pela moeda? A moeda arcaica não serve para comprar mas para pagar, e não principalmente o preço das coisas mas o das pessoas, o preço da noiva ou o do sangue. Não está no centro de um sistema econômico inexistente, mas no centro do sistema matrimonial e do sistema de vindicta. [...] A moeda moderna não nascerá senão a partir do momento em que o valor das coisas se



autonomizar em relação ao das pessoas. Senão a partir do dia em que os tiranos gregos, chegados ao poder com os primeiros fracassos da democracia, mandarem fundir os bens preciosos pertencentes às famílias aristocráticas para deles fazerem moedas gravadas, cujo valor, garantido pela cidade, se tornará independente do valor de seus antigos proprietários. Antes de representar a liberdade cunhada, a moeda moderna é, então, em primeiro lugar a igualdade cunhada, proveniente de um princípio estatal. Ela garante que, em princípio, cada um vale o mesmo que outro, e que todos têm o direito a um igual acesso aos bens, seja qual for o seu valor social, correndo o risco de multiplicar as desigualdades concretas a partir desse princípio de igualdade abstracta, que se cristaliza com a invenção da moeda. A sociedade arcaica, pelo contrário, postula que as pessoas e as coisas têm a priori valores diferentes, cabendo ao dom produzir uma certa redistribuição e uma certa paridade, a partir desse postulado de que cada um é único.” GODBOUT, Jaques; CAILLÉ, Allain. In: CABRERA, José Pedro (Trad.). **O espírito da dádiva**. Lisboa: Piaget, 1997, p. 165-166.

- 7 Julgamento questionável, a exemplo da opinião de WALLERSTEIN, op. cit..
- 8 Para uma crítica sobre a doutrina constitucionalista e aos limites impostos pelas formas como interpreta o poder constituinte, ver NEGRI, Antonio. In: PILATTI, Adriano (Trad.). **O poder constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.
- 9 Karl Popper, a respeito desse tema, faz uma interessante comparação entre a análise racional procedida pela ciência sobre os fatos e a análise moral que se faz sobre a conduta da sociedade: “A análise racional e imaginativa das conseqüências de uma teoria moral tem certa analogia com o método científico, pois também na ciência não aceitamos uma teoria abstrata pelo fato de ser convincente em si mesma; antes, decidimos aceitá-la ou rejeitá-la depois de havermos investigado aquelas conseqüências concretas e práticas que podem ser mais diretamente comprovadas pela experimentação. Mas há uma diferença fundamental. No caso de uma teoria científica, nossa decisão depende dos resultados da experiência. Se esta confirma a teoria, podemos aceitá-la, até encontrar outra melhor. Se contradiz a teoria, rejeitamo-la. Mas no caso de uma teoria moral, apenas podemos confrontar suas conseqüências com a nossa consciência. E ao passo que o veredicto das experiências não depende de nós, o veredicto de nossa consciência depende. [No mesmo sentido,] uma análise racional das conseqüências de uma decisão não torna a decisão racional; as conseqüências não determinam nossa decisão; nós é que sempre decidimos.” POPPER, Karl Raymund. In: AMADO, Milton (Trad.). **A sociedade aberta e seus inimigos**. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, São Paulo: Universidade de São Paulo, 1974, v. 2, p.240-241.
- 10 O termo aqui é utilizado apenas em oposição aos limites determinísticos da atividade científica, não querendo traduzir qualquer significado autoritário ou antidemocrático.
- 11 “Supor que mérito humano ou culpa humana contribuam para fixar esse destino significaria encarar as decisões absolutamente livres de Deus, firmadas desde a eternidade, como passíveis de alteração por obra humana: uma idéia impossível.” WEBER, Max. In: MACEDO, José Marcos Mariani de (Trad.). **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p.94.
- 12 *Ibid.*, p. 95.
- 13 O caso norte-americano é bastante expressivo dessa tese, uma vez que se pode fazer um contraste entre as antigas colônias do norte e as do sul. Nestas, o “‘espírito capitalista’ permaneceu muito menos desenvolvido [...] muito embora [...] tivessem sido criadas por grandes capitalistas com finalidades *mercantis*, ao passo que as colônias da Nova Inglaterra tinham sido fundadas por razões *religiosas* por pregadores e intelectuais em associação com pequeno-burgueses, artesãos e *yeomen*. Neste caso, portanto, a relação de causalidade é de todo inversa àquela que se haveria de postular a partir de uma posição ‘materialista’.” (WEBER, 2006, p.48-49).
- 14 Sobre essa ética protestante, afirma Weber: “A riqueza é reprovável precisamente e somente como tentação de abandonar-se ao ócio e ao pecaminoso gozo da vida, e a ambição de riqueza somente o é quando o que se pretende é poder viver mais tarde sem preocupação e prazerosamente. Quando porém ela advém enquanto desempenho do dever vocacional, ela é não só moralmente lícita, mas até mesmo um mandamento. A parábola daquele servo que foi demitido por não ter feito frutificar a moeda que lhe fora confiada parecia também exprimir isso diretamente. Querer ser pobre, costumava-se argumentar, era o mesmo que querer ser um doente, seria condenável na categoria de santificação pelas obras, nocivo portanto à glória de Deus. E, ainda por cima, quem pede esmola estando apto ao trabalho não só comete o pecado da preguiça, como também afronta o amor ao próximo [...]” *Ibid.*, p. 148.
- 15 O trecho a seguir expressa a concepção de Weber sobre esse *ethos* do qual se originou a ética capitalista moderna: “Acima de tudo, este é o *summum bonum* dessa ‘ética’: ganhar dinheiro e sempre mais dinheiro, no mais rigoroso resguardo de todo gozo imediato do dinheiro ganho, algo tão completamente despido de todos os pontos de vista eudemonistas ou mesmo hedonistas e pensado tão exclusivamente como um



- fim em si mesmo, que, em comparação com a ‘felicidade’ do indivíduo ou sua ‘utilidade’, aparece em todo caso como inteiramente transcendente ou simplesmente irracional. O ser humano em função do ganho como finalidade de vida, não mais o ganho em função do ser humano como meio destinado a satisfazer suas necessidades materiais.” *Ibid.*, p. 46-47.
- 16 Para uma crítica bem estruturada sobre esse postulado utilitarista, ver, ainda, Sen, a exemplo do seguinte trecho: “A visão da racionalidade como auto-interesse implica, *inter alia*, uma decidida rejeição da concepção da motivação “relacionada à ética”. Tentar fazer todo o possível para obter o que gostaríamos pode ser parte da racionalidade, e isso pode incluir o empenho por objetivos desvinculados do auto-interesse, os quais podemos valorizar e desejar promover. Considerar qualquer afastamento da maximização do auto-interesse uma prova de irracionalidade tem de implicar uma rejeição do papel da ética na real tomada de decisão [...]” (SEN, Amartya. In: MOTTA, Laura Teixeira (Trad.). *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 31). A preocupação de Sen, aqui, é criticar a hipótese do *homo economicus* — de quem sempre se espera o comportamento auto-interessado — em que se baseia a ciência econômica para fundamentar suas teorias preditivas sobre o comportamento da economia. Segundo essa hipótese o comportamento racional implicaria sempre o direcionamento da conduta no sentido da eficiência econômica. A esse respeito, contrariamente a tal hipótese, afirma Sen: “Às vezes a razão alegada para supor a ação auto-interessada parece basear-se em seus resultados esperados — argumentando que isso conduziria a resultados eficientes. O êxito de algumas economias de livre mercado, como o Japão, na obtenção de eficiência também tem sido citado como prova da teoria do auto-interesse. Contudo, o êxito de um mercado livre nada nos diz sobre que motivação está por trás da ação dos agentes econômicos em uma economia desse tipo. De fato, no caso japonês, existem eloquentes provas empíricas de que afastamentos sistemáticos do comportamento auto-interessado em direção ao dever, à lealdade e à boa vontade têm desempenhado um papel importante no êxito da indústria.” E acrescenta em nota de rodapé: “De fato, o predomínio do comportamento baseado em regras no Japão pode ser visto não só nos assuntos econômicos mas também em outras esferas da conduta social, como por exemplo a raridade com que se joga lixo nas ruas, a pouca frequência de litígios, um número incomumente pequeno de advogados e baixo índice de criminalidade em comparação com países do mesmo nível de riqueza.” *Ibid.*, p. 34.
- 17 O Estado se articula com os agentes econômicos como garantidor e fomentador de sua atividade, interferindo, por diversos mecanismos, na livre competição do mercado, tendo em vista sempre o objetivo de aumentar a produtividade e a riqueza. Sobre o assunto, ver POLANYI, op. cit. e WALLERSTEIN, op. cit., p.41-64. Segundo este último: “De maneiras diferentes, o Estado tem sido crucial como mecanismo para otimizar a acumulação. Contudo, nos termos da sua ideologia, espera-se que o capitalismo expresse a atividade de empreendedores privados, livres da interferência dos aparatos estatais. Na prática, isso nunca foi verdade em lugar nenhum. É ocioso especular se o capitalismo teria florescido sem o papel ativo desempenhado pelo Estado moderno. No capitalismo histórico, os capitalistas confiaram em sua capacidade de utilizar os aparatos estatais em seu benefício, das várias maneiras que esboçamos acima.” WALLERSTEIN, op. cit., p.49.
- 18 Conforme Castoriadis: “Fala-se por toda parte do ‘triumfo da economia de mercado sobre o planejamento’. Mas não há mais mercado nos países capitalistas do que havia planejamento nos países burocráticos totalitários. Em poucas palavras: não existe mercado sob o capitalismo, pois lá, onde há capitalismo, não pode haver mercado; e lá, onde há mercado, não pode haver capitalismo. Existe apenas um pseudomercado, oligopólico, mais que ‘imperfeito’ e irracional. Que ele funcione um bilhão de vezes melhor que o aberrante delírio burocrático russo ou outro é incontestável, assim como é infinitamente preferível viver aqui do que lá. Mas isso não significa nem que o mercado e o capitalismo são sinônimos, nem que o pseudomercado capitalista é o mecanismo ótimo de alocação e repartição de recursos que se pretende.” CASTORIADIS, Cornelius. In: AGUIAR, Eliana (Trad.). **Figuras do pensável**: as encruzilhadas do labirinto. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, p. 227.
- 19 Refere-se aqui não apenas a custos financeiros ou que possam ter alguma forma de expressão econômica. Não se deve esquecer, por exemplo, que muitas guerras foram e continuam sendo lutadas com objetivos político-econômicos, com a perda de vidas humanas, a destabilização de famílias, dentre outras consequências desastrosas para vencedores e vencidos. O exemplo da sociedade norte-americana é paradigmático sobre esse aspecto: para a manutenção de sua prosperidade econômica, em grande medida sustentada por sua hegemonia militar, exige-se da sociedade periodicamente — mais ou menos a cada dez anos, como aconteceu no século XX — o sacrifício de vidas humanas dentre seus membros, em conflitos bélicos que não conseguem esconder seus objetivos essencialmente econômicos.
- 20 Dentre essas consequências pode-se destacar a destruição do meio-ambiente, o esgotamento dos recursos

naturais, a poluição, a disseminação de doenças e toda sorte de distúrbios psíquicos provocados pelo modo de vida moderno. Esses efeitos, sentidos pela sociedade como um todo, mas suportado de modo desigual por seus membros, não podem ser mensurados adequadamente apenas por critérios econômicos, mas também e especialmente por critérios de qualidade e sustentabilidade da vida humana.

- 21 Observe-se que grande parte das atividades de política social do Estado moderno reveste a forma de prestações em face de necessidades geradas pela própria ordem social capitalista. Por exemplo, os investimentos públicos em educação são voltados primordialmente para a capacitação dos indivíduos para o mercado de trabalho e não para outros objetivos que se poderiam diretamente relacionar com uma existência considerada valiosa, como a arte e a vida religiosa. Outro exemplo são os problemas de habitação, transporte, saneamento e saúde gerados em grande medida pela necessidade que tem o sistema econômico de reunir mão-de-obra e mercados consumidores em aglomerados urbanos.
- 22 Vale a pena transcrever o trecho em que Mill aborda o tema do trabalho improdutivo: “[...] por Trabalho Improdutivo entender-se-á o que não termina na criação de riqueza material; um trabalho que, por maior que seja a intensidade e o êxito com que é praticado, não torna a comunidade — e o mundo em geral — mais rica em produtos materiais, e sim mais pobre, devido a tudo o que é consumido pelos trabalhadores enquanto nele estejam engajados. Na linguagem da Economia Política, é improdutivo todo trabalho que termina no prazer imediato, sem qualquer aumento do estoque acumulado de meios permanentes de entretenimento. Deve ser classificado como improdutivo, segundo nossa definição atual, todo trabalho que finaliza em benefício permanente, por mais importante que seja, se nesse benefício não entra como parte constituinte um aumento de produtos materiais. O trabalho de salvar a vida de um amigo não é produtivo, a menos que o amigo seja um trabalhador produtivo, e produza mais do que consome. [...] O trabalho improdutivo pode ser tão importante quanto o produtivo; pode ser mais útil, mesmo em termos de vantagem permanente; ou então, sua utilidade pode consistir apenas em uma sensação de prazer, a qual, uma vez passada, não deixa vestígio algum; ou então, pode não proporcionar sequer isso, podendo ser um desperdício sob todos os aspectos. Em qualquer hipótese, tal trabalho não enriquece nenhuma sociedade nem a humanidade como tal, mas torna-as mais pobres.” MILL, John Stuart. In: BARAÚNA, Luiz João (Trad.). **Princípios de economia política**: com algumas de suas aplicações à filosofia social. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 64-65.
- 23 Abordando o tema dos custos sociais decorrentes da aquisição da liberdade individual moderna, Godbout afirma que, em vez de custos: “Seria mais exato dizer que ela tem limites, os da destruição dos laços sociais que ela acarreta, que conduz o indivíduo ao isolamento e a uma diminuição da sua liberdade. No fim da estrada da libertação mercantil e estatal, não se encontra um indivíduo livre, mas um indivíduo só, frágil, dependente, vulnerável, entregue aos cuidados dos aparelhos que lhe são exteriores e sobre os quais não tem qualquer domínio, presa fácil e preferida das ideologias totalitárias, nas quais a necessidade de poder, mas também o dom e o altruísmo conhecem as piores perversões. Porque? Porque a liberdade se alimenta de laços sociais. A abordagem mercantil não vê os laços sociais senão sob a forma de constrangimento. Ora, há duas espécies de libertação. Há a libertação *face* aos laços sociais, no sentido em que alguém se liberta deles (a do modelo neoclássico), e há a libertação *dos próprios laços sociais*. Libertar o indivíduo da comunidade é um processo que depressa atinge o seu limite. Libertar a própria comunidade é certamente muito mais fundamental.” GODBOUT; CAILLÉ, op. cit., p. 271.
- 24 Segundo WALLERSTEIN, op. cit., p.22-24: “Sob o capitalismo histórico, assim, como sob sistemas históricos anteriores, os indivíduos tenderam a viver suas vidas no interior de estruturas relativamente estáveis — que podemos chamar de unidades domiciliares — que partilhavam um fundo comum de renda e capital acumulado. [...] Para viver, as pessoas consideram toda a sua renda potencial, não importa de que fontes, e a avaliam comparando-a com os gastos reais que tem pela frente. [...] Para todos os fins reais, a unidade domiciliar foi a célula econômica engajada nessas atividades, geralmente — mas nem sempre, ou não exclusivamente — a partir de um grupo formado por laços de parentesco. [...] Foi no contexto dessa estrutura domiciliar que a distinção entre trabalho produtivo e improdutivo começou a ser imposta às classes trabalhadoras. O trabalho produtivo passou a ser definido como aquele que recebe remuneração em dinheiro (principalmente, trabalho assalariado) e o não produtivo como aquele que, embora necessário, constitui uma atividade de mera “subsistência”, sem produzir um “excedente” que possa ser apropriado por alguém. [...] A diferenciação entre tipos de trabalho se ancorou na criação de papéis específicos a eles vinculados. O trabalho produtivo (assalariado) se tornou tarefa principalmente do homem/pai adulto e secundariamente de outros homens adultos mais jovens. O trabalho não produtivo (de subsistência) se tornou tarefa principalmente da mulher/mãe adulta e secundariamente de outras mulheres, além das crianças e dos idosos. O trabalho produtivo era feito fora da unidade domiciliar, no “local de trabalho”.

- O trabalho não produtivo era feito dentro da unidade domiciliar. [...] No capitalismo histórico ... houve [...] a correlação entre divisão de trabalho e valorização do trabalho. Homens e mulheres (assim como adultos, crianças e velhos) freqüentemente realizaram trabalhos diferentes, mas sob o capitalismo histórico houve uma desvalorização do trabalho das mulheres (e dos jovens e velhos) e uma ênfase correspondente no trabalho masculino adulto. Enquanto, em outros sistemas, homens e mulheres realizavam tarefas específicas (mas normalmente comparáveis), sob o capitalismo histórico o homem adulto assalariado foi classificado como “arrimo” do grupo, aquele que ganha o pão, e a mulher adulta trabalhadora doméstica como “dona de casa”. Assim, quando as estatísticas nacionais [...] começaram a ser produzidas, todos os arrimos foram considerados membros da população economicamente ativa, mas o mesmo não ocorreu com as donas de casa. O sexismo foi institucionalizado. O aparato legal e para-legal de diferenciação e discriminação foi quase uma decorrência lógica dessa valorização diferencial do trabalho.”
- 25 Nesse sentido ver MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários à CLT**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2004a e **Direito do trabalho**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004b, p.593-606.
- 26 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.
- Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei; XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; (...) XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.
- Art. 10 (ADCT). [...] § 1º - Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias.”
- 27 No sentido do texto, ver KYMLICKA, Will. In: BORGES, Luís Carlos; MICHAEL, Marilene Pinto (Trad.). **Filosofia política contemporânea: uma introdução**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.307: “Seu ‘impulso moral’ é ‘conferir às mulheres acesso àquilo a que os homens têm acesso’ e realmente ‘conseguiu que as mulheres tivessem certo acesso ao emprego e à educação, às ocupações públicas — inclusive como acadêmicas, profissionais liberais e operárias —, à carreira militar e acesso mais que trivial ao atletismo’ (Mackinnon, 1987: 33, 35) [...] Seus sucessos são limitados, porém, pois elas ignoram as desigualdades de gênero embutidas na própria definição desses cargos.”
- 28 No sentido do texto, ver KYMLICKA, op. cit., p.308-309: “Considere o fato de que a maioria dos trabalhos ‘exigem que a pessoa, neutra quanto ao gênero, que esteja qualificada para eles seja alguém que não é guardião primário de uma criança em idade pré-escolar’ (Mackinnon, 1987: 37). Dado que ainda se espera que as mulheres tomem conta dos filhos em nossa sociedade, os homens tenderão a se sair melhor do que as mulheres ao competir por tais trabalhos. Isso não acontece porque haja discriminação contra as mulheres candidatas. Os empregadores podem não dar atenção ao gênero dos candidatos ou podem, na verdade, desejar contratar mais mulheres. O problema é que muitas mulheres carecem de qualificação relevante para o trabalho – isto é, serem livres de responsabilidades pelo cuidado dos filhos. Há neutralidade quanto ao gênero no fato de que os empregadores não atentam para o gênero dos candidatos, mas não há igualdade sexual, pois o trabalho foi definido com o pressuposto de que seria preenchido por homens que tivessem mulheres em casa, cuidando dos filhos. [...] Essa incompatibilidade que os homens originaram entre a criação dos filhos e o trabalho remunerado tem resultados profundamente desiguais para as mulheres. O resultado é não apenas que as posições mais valorizadas da sociedade são ocupadas por homens, enquanto as mulheres encontram-se desproporcionalmente concentradas no trabalho de meio período e com salário mais baixo, mas também que muitas mulheres tornam-se economicamente dependentes dos homens.”
- 29 No sentido do texto, ver KYMLICKA, op. cit., p.312-313): “[...] se devemos confrontar estas formas de injustiça, precisamos conceituar novamente a desigualdade sexual como um problema, não de discriminação arbitrária, mas de dominação. [...] A subordinação das mulheres não é fundamentalmente uma questão de diferenciação irracional com base no sexo, mas de supremacia masculina, sob a qual as diferenças de gênero são tornadas relevantes para a distribuição dos benefícios, para desvantagem sistemática das mulheres. [...] Como o problema é a dominação, a solução não é apenas a ausência de discriminação, mas a presença de poder. A igualdade requer não apenas igual oportunidade de buscar papéis definidos por homens, mas também igual poder de criar papéis definidos por mulheres ou de criar papéis andróginos, que homens e mulheres tenham igual interesse em preencher. [...] a partir de uma posição de igual poder, não teríamos criado um sistema de papéis sociais que definem os trabalhos “masculinos” como superiores aos trabalhos “femininos”.”

- 30 “O sistema suco de seguridade para os pais parece também marcar o início de uma época em que, paralelamente à ênfase dada à redução dos diferenciais econômicos e de bem-estar relativos às classes sociais, a questão de gênero passa a assumir um lugar cada vez mais destacado na agenda pública do país. O grande ingresso das mulheres no mercado de trabalho prenunciava a debilitação do tradicional modelo familiar do provedor e da dona-de-casa, e o Estado suco começa a implementar políticas formuladas não apenas com o intuito de reduzir as diferenças nas médias salariais e nas condições de trabalho entre homens e mulheres, mas também visando a tornar mais igualitária a divisão de tarefas no âmbito doméstico.” (FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. Entre marido e mulher, o estado mete a colher: reconfigurando a divisão do trabalho doméstico na Suécia. Rev. bras. Ci. Soc., São Paulo, v. 17, n. 48, Fev. 2002. Scielo. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69092002000100011&lng=e n&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092002000100011&lng=e n&nrm=iso)>. Acesso em: 21 Jan. 2010). A experiência sueca tem sido também seguida, por vezes com objetivos distintos e diferenças consideráveis, por diversos países desenvolvidos: “A licença maternidade após o nascimento da criança, com compensação monetária proporcional aos rendimentos, é um benefício previsto em lei na Suécia desde 1955; essa licença maternidade original, de três meses, foi estendida para seis meses em 1962. Em 1974, a Suécia tornou-se o primeiro país do mundo a transformar a licença maternidade em um sistema de licença remunerada para os pais, capaz de beneficiar tanto a mãe quanto o pai. Em países como a Áustria, Holanda, Japão e Austrália, por exemplo, legislações similares foram introduzidas apenas no início dos anos de 1990 (OECD, 1995). Nos países nórdicos, os pais passaram a ter direito a compartilhar a licença remunerada após o nascimento da criança nos seguintes anos: Suécia (1974), Noruega e Finlândia (1978), Islândia (1980) e Dinamarca (1984). Na Escandinávia, somente na Suécia e na Noruega uma parte da licença é reservada exclusivamente para o pai (licença remunerada como um direito individual, não apenas como um direito da família); e somente na Suécia (1979) e na Finlândia (1988) os pais de crianças pequenas têm o direito de optar por uma jornada de trabalho de seis horas (com redução proporcional dos salários) (Nordic Council of Ministers, 1994)”. (FARIA, op. cit.)
- 31 A seguir destacamos as principais características do sistema suco: a) licença remunerada de até 450 dias após o nascimento do filho ou adoção de criança menor de dez anos; b) cada membro do casal tem direito à metade do prazo da licença; c) por motivo de impedimento (doença, incapacidade etc.) de um dos membros do casal, pode-se transferir todo o período de licença remunerada ao outro cônjuge; d) por convenção, pode-se transferir a licença para apenas um dos membros do casal, exceto 30 dias intransferíveis; e) pais solteiros, independentemente do sexo, têm direito ao período integral de licença remunerada; f) o auxílio financeiro é concedido independentemente da existência de vínculo empregatício remunerado mantido por qualquer dos beneficiários; h) há, ainda, a garantia de um período de 10 dias de licença paternidade, para gozo dos pais (homens), nos primeiros 60 dias após o nascimento ou adoção. (FARIA, op. cit.)
- 32 A teor da literalidade do art. 227 da Constituição Federal de 1988.
- 33 Art. 5º **Todos são iguais perante a lei**, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - **homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações**, nos termos desta Constituição.
- 34 Art. 392-A da CLT.
- 35 A esse respeito, afirma Silva: “Primeiramente, é preciso destacar que a situação do pai solteiro que adota é totalmente diversa daquele que casado, adota uma criança. Isso porque em uma família binuclear (composta de pai e mãe, pode-se chamá-la assim) há, pelo menos do ponto de vista ideal, uma divisão de tarefas na promoção da adaptação familiar. Assim, o fato de um deles, no caso a mãe, poder gozar de uma licença mais ampliada, nos termos do artigo 392-A da CLT, repercute positivamente no âmbito familiar. Já em uma família monoparental, composta por um pai solteiro, a concessão de licença-paternidade de 5 dias somente, nos moldes do art. 7º, inciso XIX da CF/88 e do art. 10, inciso II do ADCT, seria extremamente prejudicial para a nova família que se forma, uma vez que não há a suposta divisão de tarefas presente na adoção feita por casais, não dispondo o pai, nessa situação, da disponibilidade de tempo necessária para cuidar daquele novo membro da família. Nessa hipótese apresentada, constata-se que o princípio da igualdade tem espaço para sua aplicação, não para igualar a licença-paternidade entre os homens, mas para igualar o prazo da licença-paternidade do solteiro que adota ao da licença-maternidade à adotante, prevista no art. 392-A da CLT. O elemento discriminador se justifica para promover a igualdade daqueles que se encontram em situação de desigualdade, em outras palavras, o solteiro que adota deve ter um prazo maior do que o casado que adota, pois deverá dispor de uma maior disponibilidade para cuidar da criança, já que não tem, mais uma vez frise-se, a princípio, como dividir seus cuidados na adaptação

- daquele ser no meio familiar. Assim, verifica-se que as circunstâncias materiais entre solteiro adotante e empregada adotante são semelhantes, merecendo, por isso, tratamento igualitário.” SILVA, Itatiara Meurilly Santos. **Princípio da igualdade e o trabalho da mulher**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 68, 01 set. 2009. Disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6731](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6731)>. Acesso em 28 jan. 2010.
- 36 Para um aprofundamento sobre o tema, conferir WALLERSTEIN, op. cit., p. 22-26, de que destacamos o trecho a seguir: “Supondo-se que, sempre e em toda parte, um produtor que empregue trabalho assalariado prefira pagar menos do que mais, o nível salarial mais baixo que o trabalhador pode aceitar depende do tipo de unidade domiciliar em que eles se inserem. Dito de maneira mais simples: para trabalhos idênticos, com níveis idênticos de eficiência, o trabalhador assalariado inserido em uma unidade domiciliar muito dependente da renda de salários (vamos chamá-la de unidade domiciliar proletária) tendeu a buscar um patamar monetário mais alto (abaixo do qual seria irracional que ele realizasse o trabalho assalariado) do que o trabalhador assalariado oriundo de uma unidade domiciliar pouco dependente da renda salarial (vamos chamá-la unidade domiciliar semiproletária). Essa diferença no que podemos chamar de patamar salarial mínimo aceitável tem a ver com a economia da sobrevivência. Nas situações em que uma unidade domiciliar proletária dependia principalmente de renda salarial, o salário precisava cobrir os custos mínimos de sobrevivência e reprodução. [...] Nas unidades domiciliares semiproletárias, aqueles que produziam outras formas de renda real (basicamente na produção domiciliar para consumo, para venda no mercado local ou para ambos), fossem o próprio assalariado (em suas horas livres) ou outras pessoas (de qualquer sexo ou idade), criavam excedentes que contribuam para baixar o nível salarial mínimo aceitável. O trabalho não assalariado permitia que alguns produtores diminuíssem a remuneração da força de trabalho, reduzindo assim o custo da produção e aumentando a margem de lucro. Por isso, como regra geral, os empregadores de trabalhos assalariado preferiram recrutar trabalhadores assalariados de unidades domiciliares semiproletárias, em vez de proletárias. A realidade global do capitalismo histórico mostra uma regularidade estatística surpreendente: os trabalhadores assalariados vinculam-se mais a unidades semiproletárias, e não a unidades proletárias.”
- 37 Art. 18 da Lei 8.213/91.

## DEMOCRACY UNDER CAPITALIST ETHIC

### ABSTRACT

As the basic principle of democratic social and political organization, adopted by many populations around the globe, knowledge of values and institutional models of democratic systems is of fundamental importance for the social sciences. Such objects are related to crucial aspects of social order, involving ethical issues, which require making or assumption of moral and political decisions about them. The ethical context of contemporary capitalist societies itself provides answers with some degree of uniformity on these issues, what matters in a specific understanding of the meaning attributed to the basic values of democratic ideology - freedom and equality - and the adoption of an institutional model for hegemonic democratic political systems. We analyze the treatment that has been given to these themes, emphasizing the predominantly ethical character of the discussion, which is much more subjected to a trial inside, according personal criteria of the individuals involved,

than to exogenous constraints, as commonly defended by political science. It is proposed also an analysis of whether and how democratic political systems are capable of being sensitive and responding to ethical orientation and interests of each of the individuals subjected to them.

**Keywords:** Theory of democracy. Moral and political philosophy. Freedom and equality. Liberal democracy. Capitalist ethic.

# TRANSFORMAÇÕES DOS DIREITOS AUTORAIS FACE ÀS NOVAS TECNOLOGIAS

*Elisianne Campos de Melo Soares\**  
*Geovana Maria Cartaxo de Arruda Freire\*\**

## RESUMO

O surgimento da cibercultura contribuiu não apenas para o advento de uma nova identidade humana, virtual, como também representou uma revolução nos tradicionais conceitos de produtor e receptor de informações. As tecnologias digitais vieram diminuir as distâncias geográficas e permitir o fácil contato entre indivíduos situados nos mais diversos lugares do planeta, representando a quebra das barreiras que impediam ou dificultavam o câmbio de bens culturais entre eles. No contexto da cultura livre, surgida com a crescente informatização da sociedade e a *web*, as legislações que versam sobre os direitos autorais se veem diante da necessidade de adaptação às mudanças das formas de produção, difusão e distribuição trazidas pelas novas tecnologias. Tendo em vista que os direitos de autor, no contexto brasileiro, conciliam o direito à paternidade e à exploração econômica das obras intelectuais, o conflito entre os interesses públicos – dos usuários da internet – e privados – dos autores e indústrias produtoras de obras culturais – se intensifica, e clama pelo difícil equilíbrio entre os diferentes atores sociais. O presente estudo tem como objetivo levantar uma reflexão a respeito dessas mudanças, na tentativa de traçar um panorama que permita pensar no futuro das discussões sobre as leis que tratam da propriedade intelectual.

**Palavras-chave:** Cibercultura. Propriedade intelectual. Inteligência Coletiva.

---

\* Elisianne Campos de Melo Soares possui graduação em Jornalismo pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestranda em Cultura e Comunicação pela Universidade de Lisboa (UL), é filiada ao Centro de Investigação Media e Jornalismo (CIMJ), da Universidade Nova de Lisboa (UNL). Contato: [elisianne@campus.ul.pt](mailto:elisianne@campus.ul.pt)

\*\* Professora da UNIFOR, Mestre em Direito (UFC) e doutoranda no Curso de Pós Graduação em Direito da UFSC, coordena o Grupo de Pesquisa Ciberdemocracia: limites e desafios na UNIFOR.

## INTRODUÇÃO

O surgimento da prensa de Gutenberg representou o ponto de partida para as discussões em torno dos direitos de autor. A partir de então, a obra se torna, além de uma manifestação cultural, um produto comercial. É inegável o papel da tipografia como facilitadora do acesso ao conhecimento, pelo barateamento da produção de cópias e aumento da capacidade de difusão de uma obra. Mas, sem dúvida, o advento de outros meios de reprodução, como gravadoras de fita magnética, fotocopiadoras e, mais recentemente, computadores pessoais (*pc's*) ligados à rede mundial de computadores (*internet*), foi o marco definitivo na quebra de barreiras físicas impostas pelas distâncias geográficas.

Segundo Moatti,<sup>1</sup>

A *internet* constitui um indiscutível avanço em matéria de rede eletrônica. [...] ela permite as relações internacionais: qualquer pessoa que utilize um *modem* pode imediatamente se conectar à rede, sem pedir nem solicitar nenhuma autorização oficial particular. Não somente a *internet* é uma rede internacional, como oferece a possibilidade, a cada usuário, de ser, ao mesmo tempo, receptor e emissor de informações. O usuário se torna um ator potencial do sistema.

A *internet* é, portanto, uma rede de redes de computadores, interligados em tempo real, que permite que qualquer informação, em qualquer parte do planeta, esteja imediatamente disponível em qualquer outro lugar<sup>2</sup>. Isso nos remete ao conceito de *omnivisão*, desenvolvido por Pierre Lévy,<sup>3</sup> segundo o qual “É possível encontrar e mostrar, a partir de qualquer ponto da rede, quase tudo aquilo que pode ser captado na esfera digital”. O fenômeno daquilo que se pode chamar de certa “onipresença” da informação é explicado pela transformação do suporte material da obra em *bites* – a desmaterialização dos produtos culturais contribuiu para facilitar sua propagação. Antes de tratar do fim das barreiras geográficas trazido pela informatização, é preciso abordar esta metamorfose pela qual passou a obra intelectual em sua forma, o advento da cibercultura e a construção da identidade na rede.

### 1.1 O que é cibercultura

O nascimento das tecnologias digitais construiu uma nova espécie de cultura, contemporânea, marcada por relações sociais, econômicas e políticas mediadas pela esfera virtual. Vivencia-se a era da cibercultura; nela, o uso de equipamentos como celulares, palms, pages, etc., e práticas como o voto eletrônico e a utilização de *home bankings* se tornaram rotineiras.

Segundo Lemos:<sup>4</sup>

[...] podemos compreender a cibercultura como a forma socio-cultural que emerge da relação simbiótica entre a sociedade, a cultura e as novas tecnologias de base micro-eletrônica que



surgiram com a convergência das telecomunicações com a informática na década de 70. Antes de ser uma cultura pilotada (de *kubernetes*, cibernética) pela tecnologia, trata-se [...] de uma relação que se estabelece pela emergência de novas formas sociais que surgiram a partir da década de sessenta (a sociabilidade pós-moderna) e das novas tecnologias digitais. Esta sinergia vai criar a cibercultura.

Ainda segundo Lemos,<sup>5</sup>

Ao atingir a esfera da comunicação, as tecnologias agem, como toda mídia, liberando-nos dos diversos constrangimentos espaços-temporais. Nessa corrente, a convergência da informática com as telecomunicações vai dar origem ao que se vem chamando de sociedade da informação ou informacional (Castells, 1996) [...] a cibercultura será marcada, não de modo irreversível, por diversas formas de apropriação social-midiática (micro-informática, internet e as atuais práticas sociais [...]) da técnica.

A cibercultura não se trata de uma substituição dos tradicionais meios de comunicação e relação social existentes no espaço físico, mas do surgimento de novas relações mediadas por computadores interconectados.<sup>6</sup> Porém, várias práticas na *web* possuem características comuns às formas sociais e os papéis que desempenhamos no dia a dia fora da rede. A relação face a face guarda semelhanças com as relações *on-line*.<sup>7</sup> Segundo Castells,<sup>8</sup>

A actividade social, em toda a sua diversidade, apropriou-se da internet, embora esta apropriação tenha efeitos específicos sobre essa actividade social [...] Os jogos de papéis (*role playing*) e a construção da identidade como base da interacção *on-line* constituem uma parte muito reduzida da sociabilidade baseada na internet [...].

É útil observar do que se trata a identidade virtual – uma espécie de outra identidade social possível, construída no ciberespaço.

## 1.2 A identidade na *web*

O desenvolvimento das novas tecnologias *on-line* levou ao surgimento da identidade digital, que ampliou e modificou o sentido de “estar no mundo”. Não estar presente como indivíduo no ciberespaço é estar à margem, excluído das possibilidades de acesso às informações e de sociabilidade que se desenvolvem na esfera digital.

Segundo Freire,<sup>10</sup> a comunicação digital

[...] revoluciona as formas de interação do indivíduo com o meio, com o outro, com as coletividades. A possibilidade de conexão global e não apenas local, a visibilidade e reconstrução de atores sociais

múltiplos por meio do ciberespaço auxiliam no desenvolvimento de identidades multifacetadas e plurais. [...] A era da revolução digital proporciona a ideia de um “eu” plural ou fragmentado, multifacetado, constituído pela interação de vários aspectos subjetivos difundidos pelo ciberespaço. A rede possibilita relações múltiplas entre personagens que têm suas habilidades, referências, conexões ampliadas pelos computadores, fato que interfere na construção do pensamento e da própria identidade do indivíduo [...].

Unindo o conceito de identidade ao de multiplicidade, Turkle<sup>11</sup> chama a atenção para a diversidade do “eu” na rede:

O “eu” não é mais simplesmente experimentar diferentes papéis em diferentes situações em diferentes lugares. A prática de vida das “janelas” (no mundo virtual) é a de um “eu” descentrado que existe em muitos mundos e que experimenta muitos papéis ao mesmo tempo (1996).

Anderson<sup>12</sup> continua na mesma linha de pensamento quando argumenta: “Parece que o espaço cibernético é todo um novo campo para a construção e transformação do eu, uma dimensão da vida na qual as pessoas podem ser quase infinitamente multifrênicas e proteiformes, uma matriz para novos relacionamentos.”<sup>13</sup> Por “multifrenia” o autor entende o “povoamento do eu, a aquisição de múltiplos e díspares potenciais para ser.”<sup>14</sup> “Proteiforme” define pessoas que, segundo o autor, estão sintonizadas com as transformações de suas identidades em decorrência da chamada “pós-modernidade.”<sup>15</sup>

A anulação das distâncias geográficas entre os indivíduos promovida pela cibercultura fez florescer a interação e a construção de um senso de comunidade no ciberespaço. Nota-se que a *web* é uma potente ferramenta de mobilização, já que pode reunir pessoas de diferentes partes do planeta em defesa de interesses comuns com uma facilidade jamais possível antes do surgimento da internet. Para Oliveira,<sup>16</sup>

Os mecanismos de sociabilidade que possibilitam a construção das identidades e dos processos identificatórios foram profundamente alterados pela dinâmica singular verificada na sociedade moderna contemporânea, graças à ampliação das redes comunicacionais e informacionais [...] a comunicação e informação não devem ser vistas apenas como instrumentos de entretenimento mas fundamentalmente como importantes variáveis estratégicas que envolvem e determinam a construção de identidades e interferem nos processos de mobilização e participação a favor da regulação ou da mudança social.

A identidade existente no mundo virtual não se distancia completamente da identidade assumida na esfera física, já que as relações na rede são, predominantemente, baseadas nas já existentes no plano real. Como diz Castells,<sup>17</sup>

“A internet é uma extensão da vida tal como é, em todas as suas dimensões e modalidades. Além disso, mesmo nos jogos de papéis e nos *chat rooms* informais, as vidas reais (incluindo as vidas reais *on-line*) são as que determinam e definem o modelo de interacção *on-line*”.

Segundo Baym,<sup>18</sup> “[...] a realidade parece indicar que muitos, provavelmente a maioria dos utilizadores sociais da comunicação mediada por computador, criam as suas próprias identidades *on-line* coerentes com as suas identidades *off-line*.”

A vida virtual está à mercê da física. Mesmo que a identidade construída na rede seja diferente da firmada no mundo físico, depende desta última para se manter. Conforme salienta Turkle,<sup>19</sup>

[...] a noção do real contra ataca. As pessoas que vivem vidas paralelas no ecrã estão, em todo o caso, limitadas pelos desejos, o sofrimento e a mortalidade dos seus seres físicos. As comunidades virtuais apresentam-nos um novo contexto dramático no qual pensar sobre a identidade humana na era da internet.

A identidade virtual é o fator facilitador da produção – e, sobretudo, da difusão – dos conteúdos na “*web social*”, ou *web 2.0*. Ela está implicada no próprio ato de construção coletiva do saber, e no senso de pertencimento e participação comunitários. O indivíduo no ciberespaço rompe com as barreiras físicas que impedem ou dificultam sua locomoção, e se conecta com outros indivíduos que querem, assim como ele, partilhar as informações que possuem e receber as que correspondam a seus interesses.

A virtualização da era cibernética cabe à identidade e às relações construídas através dela, mas, sobretudo, às informações que circulam na rede.

### 1.3 O fenômeno da desmaterialização da obra

Vivencia-se, atualmente, a era da cibercultura, ou da sociedade de informação.<sup>20</sup> Entenda-se informação como “a transferência de uma pessoa para outra de algum dado. A informação tanto pode ser uma música, um livro, uma pintura, ou um banco de dados técnicos.”<sup>21</sup> Sendo essa informação aplicada aos bens culturais disponíveis na rede, como os já citados acima, ela constitui, em si mesma, mais um produto a ser explorado pela indústria cultural. E um produto verdadeiramente promissor. Como afirma Vitalis.<sup>22</sup> “O processamento da informação no mercado econômico supera em muito, em termos de importância e eficácia, a locomoção física de produtos, elemento que detinha maior relevância em época pretérita”.

A diferença entre a informação distribuída pela internet e os tradicionais produtos culturais pré-existentes é a mudança de natureza: ela deixou de se apoiar em suportes físicos, como um livro ou cd, por exemplo, para ser convertida em linguagem binária. Essa mudança na forma como a informação

é fixada provocou profundas transformações na maneira como é distribuída, comercializada e reproduzida. Conforme diz Paesane,<sup>23</sup> “a desmaterialização da obra diminui os limites entre a reprodução, difusão e sua circulação”. Já não existem mais barreiras físicas que separem os três processos. A obra cultural, que antes só poderia ser distribuída pelos serviços postais, hoje pode ser acessada através de um *download*, e seu conteúdo pode ser visualizado por meio de um servidor de internet. Como argumenta Vitalis,<sup>24</sup> “A chamada Era Digital inaugura um novo paradigma: a digitalização que, por ter vocação cosmopolita, rompe fronteiras, barateando os custos da circulação e reprodução de artefatos culturais.”

Para Sirinelli,<sup>25</sup> o fenômeno da numeralização de bens culturais “pode levar à ‘dessacralização’ da obra de criação intelectual, com a eliminação de seu suporte físico [...]”. A ausência do exemplar material faz faltar uma das características da obra protegida pelo direito do autor ligadas à materialidade da exteriorização: a fixação.

A desmaterialização da obra e suas consequências são pontos centrais na discussão sobre as mudanças sofridas pelo direito de autor na era da informatização.

#### 1.4 Transformações espaço-temporais

A noção de território é polissêmica, e não deve ser entendida apenas pelo aspecto jurídico, como espaço físico delimitado.<sup>26</sup> A ideia de território evoca o sentido de controle sobre fronteiras, que podem ser físicas, sociais, simbólicas ou subjetivas. A criação de um território supõe a intenção de controlar os processos que se dão no interior das fronteiras. Desterritorializar é, portanto, quebrar essas fronteiras, criar linhas de fuga. É justamente o que vem acontecendo desde o surgimento da *web*.

Conforme diz Lemos,<sup>27</sup> a transformação midiática promovida pela internet aboliu o espaço físico-geográfico. A rede mundial de computadores trouxe a diminuição das distâncias geográficas de forma ainda mais acentuada que outros meios de comunicação veteranos – como o telefone, por exemplo -, através de uma instantaneidade nunca vista antes. Ela promoveu a convergência de diversos meios de comunicação, fazendo-os trabalhar em conjunto e, assim, possibilitando o surgimento de um espaço multimídia capaz de unificar tecnologias de texto, áudio e vídeo em tempo real.

Segundo Sorj,<sup>28</sup> com o advento da internet,

[...] a informação e a comunicação deixaram de estar espacialmente localizadas, isto é, foram transferidas para o “espaço virtual” (denominado de ciberespaço), possibilitando o contato simultâneo de inúmeras pessoas entre si e com a memória do conjunto dos computadores participantes da rede, independentemente de sua localização no espaço.

Conforme argumenta Mattelart,<sup>29</sup> a rede torna nulas as noções de centralidade, de territorialidade e de materialidade:

As quatro virtudes cardeais da sociedade informacional – “descentralizar”, “globalizar”, “harmonizar” e “dar pleno poder para fazer” (*empowerment*) – estão a ponto de derrubar o arcaico Leviatã. “Nós nos socializaremos em bairros digitais nos quais o espaço físico não será mais pertinente. O digital suportará cada vez menos a dependência em relação a um lugar específico e a um tempo específico”<sup>30</sup>

E continua:

A transgressão das fronteiras é seu corolário, quer sejam elas físicas ou funcionais. O local, o nacional e o global se interpenetram. A concepção, a produção e a comercialização são pensadas de modo sincrônico. O recipiente e o conteúdo, o *hardware* e o *software*, se englobam.<sup>31</sup>

O “espaço virtual” ou ciberespaço a que Sorj<sup>32</sup> se refere é uma segunda dimensão de lugar. Este se constitui em uma realidade à parte do mundo físico em que vivemos. No espaço virtual, há o que Lemos<sup>33</sup> chama de “desterritorialização”: o desaparecimento das fronteiras físicas e a capacidade do usuário de estar em todos os lugares ao mesmo tempo, mas numa espécie de não-lugar, ou de território transnacionalizado. Segundo Lemos,<sup>34</sup> ocorre que:

A compressão do espaço-tempo institui o “tempo real” e a possibilidade de acesso a informações em todos os espaços do globo. O desencaixe nos permite vivenciar processos globais não enraizados na nossa tradição cultural. As mídias eletrônicas criam assim processos desterritorializantes em níveis político, econômico, social, cultural e subjetivo.

E afirma:

A desterritorialização informacional afeta a política, a economia, o sujeito, os vínculos identitários, o corpo, a arte. A internet é, efetivamente, máquina desterritorializante sob os aspectos político (acesso e ação além de fronteiras), econômico (circulação financeira mundial), cultural (consumo de bens simbólicos mundiais) e subjetivo (influência global na formação do sujeito). Estão em marcha processos de desencaixe e de compressão espaço-tempo na cibercultura.

A desterritorialização promovida pela cibercultura quebra, no universo virtual, os controles das barreiras existentes no mundo físico, fazendo do ciberespaço um território livre de amarras de tradicionais sistemas de controle, como os dos governos. O espaço virtual não se submete às leis dos países ou espaços físicos territoriais, e pela sua virtualização, mesmo, e potencial capacidade de

transmissão de informações às mais longas distâncias, o controle torna-se praticamente impossível. Segundo Lemos,<sup>35</sup> “Essa gestão do fluxo da informação é incontrolável (*a priori*) pelo território físico onde se dá a conexão”. Sobre isso, Castells<sup>36</sup> faz a seguinte observação:

Quando, mais tarde, a tecnologia digital permitiu a compactação de todos os tipos de mensagens, inclusive som, imagens e dados, formou-se uma rede capaz de comunicar todas as espécies de símbolos sem o uso de centros de controle. A universalidade da linguagem digital e a lógica pura do sistema de comunicação em rede criaram as condições tecnológicas para a comunicação horizontal global. Ademais, a arquitetura dessa tecnologia de rede é tal, que sua censura ou controle se tornaram muito difíceis. O único modo de controlar a rede é não fazer parte dela, e esse é um preço alto a ser pago por qualquer instituição ou organização, já que a rede se torna abrangente e leva todos os tipos de informação para o mundo inteiro.

Porém, ao mesmo tempo em que a cibercultura promove uma “desterritorialização” do espaço, ela também traz uma reterritorialização, já que cria um outro lugar, o virtual, de funcionamento independente. Esse lugar também é restrito, já que o acesso aos conteúdos produzidos e distribuídos na *web* pode ser controlado através de senhas e códigos. Sendo assim, conforme diz Lemos,<sup>37</sup>

O ciberespaço cria linhas de fuga e desterritorializações, mas também reterritorializações. Os meus *blogs*, *sites*, *chats*, *podcasts*, redes P2P, são reterritorializações, formas de controle do fluxo de informações em meio ao espaço estriado que constitui o ciberespaço planetário [...] O ciberespaço pode ser pensado sobre esse aspecto, como espaço estriado, controlado e vigiado. Ele é controlado por mecanismos técnicos, é gerenciado por instituições governamentais e privadas.

Criar um território é se apropriar, material e simbolicamente, das diversas dimensões da vida. O Estado e as instituições tendem sempre a manter territórios como forma de poder e controle.<sup>38</sup> Também são assim os territórios informacionais. A posse da informação já é, em si mesma, um privilégio de poder, pelo *saber* (grifo nosso).

Nessa fusão de espaço de lugar e espaço de fluxo, vemos a constituição dos territórios informacionais: além do território físico, do controle simbólico, corporal, cultural, vemos surgir uma nova dimensão, um território que podemos chamar de território de controle da informação, o território digital informacional.<sup>39</sup>

Na tentativa de firmar uma centralização e uma territorialização no espaço virtual, capaz de vigiar e punir a internet, os governos de diversos países vêm procurando apresentar seus planos de regulamentação da rede. Sob a alegação de combater crimes virtuais, projetos como, por exemplo, LOPPSI II<sup>40</sup>

na França, buscam instaurar uma governança virtual semelhante à já existente no espaço físico, com dispositivos de bloqueio de acesso à rede e mecanismos de espionagem na *web*. Em seus discursos e pronunciamentos, os responsáveis pelas propostas (geralmente membros dos governos ou pessoas ligadas a grandes empresas de mídia) versam sobre a possibilidade de um ciberespaço mais organizado; porém, as punições sugeridas também representam uma ameaça à privacidade e ao direito de acesso às informações dos usuários pelo radicalismo em sua aplicação. Os defensores da regulamentação alegam estar a serviço de uma *web* segura e organizada. Mas isto não seria feito através de premissas controladoras e autoritárias, que poderiam atingir também as liberdades na rede? Esse assunto será abordado de forma detalhada mais adiante.

### 1.5 Somos todos criadores: a fusão entre autor e consumidor

O próprio conceito de autor sofreu uma metamorfose na sociedade da informação, sobretudo com o advento da identidade virtual e o alucinante ritmo de desenvolvimento de *softwares* e redes de compartilhamento. O papel do produtor de obras culturais foi transformado. Segundo Neto,<sup>41</sup> “as novas tecnologias afastaram o criador da criação, pulverizando os mecanismos de defesa da obra no âmbito das redes de comunicação eletrônica”. Para Ferrara,<sup>42</sup> tem-se um novo receptor que é, ao mesmo tempo, produtivo, reprodutivo e comunicativo. “A [...] aceleração tecnológica cria outro receptor, ativo, agitado, cada vez mais conectado e produtor de novos valores, sentidos e comportamentos”. Lévy<sup>43</sup> afirma que, no ciberespaço, a produção de informações deixou de obedecer à ordem do fluxo um todos e passou a ser todos todos.

Conforme diz Lemos,<sup>44</sup>

A grande promessa da internet era exatamente esta: romper com as barreiras entre produtor e consumidor da cultura, entre público e artista. Criar um território neutro, aberto, que tornasse o indivíduo o centro da informação. Um território em que não necessariamente seria preciso reproduzir o modelo de concentração da mídia que predominou em todo o século XX. Em outras palavras, tornar a cultura um produto da interação entre todos, permitindo a qualquer um participar criativamente na sua constituição.

Lemos<sup>45</sup> continua desenvolvendo a ideia em obra posterior, onde diz que

A cibercultura instaura uma estrutura midiática ímpar [...] na história da humanidade, na qual, pela primeira vez, qualquer indivíduo pode produzir e publicar informação em tempo real, sob diversos formatos e modulações, adicionar e colaborar em rede com outros, reconfigurando a indústria cultural. [...] O que vemos hoje são inúmeros fenômenos sociais em que o antigo “receptor” passa a produzir e emitir sua própria informação, de forma livre, multimodal (vários formatos midiáticos) e planetárias.

No atual contexto da sociedade de informação, os usuários estão produzindo vídeos, fotos, músicas, escrevendo em *blogs*, criando fóruns e comunidades, desenvolvendo *softwares* e ferramentas da *web 2.0*. A facilidade de produzir conteúdos também afeta a forma como se dá essa tarefa. A revolução no papel do produtor atinge um ponto-chave no processo criativo: a questão do estilo.

Nos séculos precedentes, se encarava a atividade de criação como algo completamente individual. O autor era alguém que, isoladamente, desenvolvia suas criações artísticas de forma solitária, só deixando essa situação no momento em que apresentava sua obra publicamente pela primeira vez. Conforme diz Gandelman,<sup>46</sup>

[...] nesse período nós temos a obra totalmente individual, que se reconhece até pelo estilo. Se você lê um texto, vê uma pintura, ouve uma música no rádio, você vai dizer: esse aí é Bach, esse aí é Mozart, esse aí é João Gilberto. O estilo é o próprio homem, a continuação da sua personalidade. Então nós podemos observar que as primeiras leis de direito autoral são enfocadas, centralizadas nesse trabalho individual em que se tinha claramente o escritor, o pintor, o compositor, o arquiteto, que são trabalhos feitos por uma individualidade, na solidão do seu trabalho.

O estilo pode ser definido como um certo modo de criar próprio de um autor, indicado pelas marcas de autoria.<sup>47</sup>

As conseqüências do desenvolvimento tecnológico ao estilo não podem ser deixadas de lado. Máquinas como o computador alteraram o gesto criativo humano, automatizando-o. Elas passam a funcionar como parceiras do indivíduo no ato de criar. Segundo Santaella,<sup>48</sup> já que o estilo se define pelas marcas de autor, na contemporaneidade é preciso compartilhar essas marcas com as máquinas, que misturam personificação e automatização da criação.

A capacidade de interação entre as máquinas e, por conseqüência, entre os diferentes usuários, reforça a afirmativa de que as barreiras entre produtor e receptor foram derrubadas, e toca a questão da autoria na era digital. Como salienta Santaella,<sup>49</sup>

Outro fator que coloca profundamente em questão a ideia de autoria encontra-se no sobejamente discutido conceito de interatividade. Tecnologias da inteligência são *sine qua non* tecnologias interativas. Por isso mesmo, elas nublam as fronteiras entre produtores e consumidores, emissores e receptores. Nas formas literárias, no teatro, no cinema, na televisão e no vídeo, há sempre uma linha divisória relativamente clara entre produtores e receptores, o que não acontece mais nas novas formas de comunicação e de criação interativas [...].



Plaza<sup>50</sup> diz que “A interatividade não é somente uma comodidade técnica e funcional; ela implica física, psicológica e sensivelmente o espectador em uma prática de transformação”. Conforme Santaella:<sup>51</sup>

O princípio que rege a interatividade nas redes, seja em equipamentos fixos ou móveis, é o da mutabilidade, da efemeridade, do vir-a-ser em processos que demandam a reciprocidade, a colaboração, a partilha. A interatividade ciberespacial não seria possível sem a competência semiótica do usuário para lidar com as interfaces computacionais. Essa competência semiótica implica vigilância, receptividade, escolha, colaboração, controle, desvios, reenquadramentos, em estados de previsibilidade, de acasos, desordens, adaptabilidade que são, entre outras, as condições exigidas para quem prevê um sistema interativo e para quem o experimenta.

Com a liberação da emissão, os usuários podem produzir e transmitir de forma planetária diversos tipos de informação, nos mais variados formatos. O advento da internet e das máquinas interconectadas fomentou o aparecimento de plataformas colaborativas de construção do saber.

Segundo Lemos,<sup>52</sup>

As formas da arte eletrônica colaborativas mostram diversas ações coletivas, participativas e recombinatórias, nas quais pessoas e grupos cooperam entre si, pela via telemática. [...] A internet, desde seus primórdios, configura-se como lugar de conexão e compartilhamento [...]. Desde então, só vemos crescer as formas de produção e o consumo informacional pela produção livre, pela circulação e por processos colaborativos. Uma nova economia política parece tomar forma: produção é liberação da emissão e consumo é conexão, circulação, distribuição.

A produção centralizada de conhecimentos e os tradicionais meios de comunicação unidirecionais (emissor receptor) sofreram forte abalo. Num veículo de mídia como a TV analógica, por exemplo, a audiência não pode ser participativa, já que não há canais eficientes de interatividade que permitam o contato do receptor com o emissor de informações, tampouco há a possibilidade de interação com outros usuários. Moraes<sup>53</sup> reforça essa mudança, dizendo que

O clássico modelo centralizador, estruturado num único canal de emissão, encontra-se em xeque com os sistemas de compartilhamento de arquivos. A tecnologia digital permite uma mudança irreversível na noção unilateral de produção e distribuição de obras intelectuais. Cada usuário passa a ser, ao mesmo tempo, emissor e receptor, descentralizando, assim, o tradicional monopólio imposto, há séculos, pelas chamadas indústrias culturais.

Lévy<sup>54</sup> também trata da descentralização da produção de informações, e

faz a comparação do atual panorama da sociedade com o quadro comunicacional anterior à informatização, dizendo que

Em contrapartida, no ciberespaço, não se trata mais de uma difusão a partir de centros, e sim de uma interação no centro de uma situação comunicacional, de um universo de informações, onde cada um contribui explorando de forma própria, modificando ou estabilizando (restabelecimento do ciclo sensorio-motor). O ciberespaço abriga negociações sobre significados, processos de reconhecimento mútuo dos indivíduos e dos grupos por meio da atividade de comunicação (harmonização e debate entre os participantes).

A *web* promoveu uma abertura à democratização do saber. O poder concentrado na centralização das informações vem sendo quebrado gradativamente, e as ferramentas de comunicação começam a ser deixadas ao alcance de todos. Esta transformação evoca o conceito de *inteligência coletiva*, elaborado por Pierre Lévy. Na era da cibercultura, assistimos à construção coletiva de conhecimentos, já que o espectador tem o poder de ser, também, emissor de informações, e estar em contato com outros para partilhá-las.

Segundo Lévy,<sup>55</sup> a inteligência coletiva “É uma inteligência distribuída por toda parte, incessantemente valorizada, coordenada em tempo real, que resulta em uma mobilização efetiva das competências”. Partindo do pressuposto de que “Ninguém sabe tudo, todos sabem alguma coisa, todo o saber está na humanidade”,<sup>56</sup> o autor diz que o conhecimento se constrói na reunião do algum saber de cada um sobre determinado assunto. Ele está em constante mutação, pois as diferentes informações vão se agregando gradativamente durante sua construção, incessantemente, de forma que esse conhecimento está sempre inacabado, aberto às adições ou modificações ao longo do tempo e dos diferentes contextos sociais.

A *web* é um espaço privilegiado para a construção da inteligência coletiva, sendo ela, mesma, um fruto desta última. A eliminação das barreiras espaço-temporais cria um lugar de fluxo para o conhecimento em construção, já que a troca e a reunião de informações que partem de diversas origens são facilitadas pela rede. Segundo Lévy,<sup>57</sup> “Nessa perspectiva, o ciberespaço tornar-se-ia o espaço móvel das interações entre conhecimentos e conhecedores de coletivos inteligentes desterritorializados”. Conforme Lima e Santini,<sup>58</sup>

As relações sociais de colaboração entre produtores e usuários são horizontais, diferindo das relações entre produtores e consumidores da indústria cultural. As relações são constituídas a partir da comunicação entre pessoas e do compartilhamento simbólico, que criam vínculos e possibilitam a solidariedade. As redes horizontais de produção colaborativa não são prisioneiras dos valores de troca dos seus produtos. As redes horizontais de produção são processos sociais criativos.

A interação entre os diferentes usuários da rede na elaboração de conhecimentos coletivos colabora para a construção de um senso comunitário na *web*. Ao invés de ser um espaço caótico, onde todos falem tudo ao mesmo tempo, a *web* pode ser um lugar onde todos se reúnam e formem uma comunidade organizada em torno de um objetivo comum: a construção coletiva do saber. Para Lévy,<sup>59</sup>

Em um coletivo inteligente, a comunidade assume como objetivo a negociação permanente da ordem estabelecida, de sua linguagem, do papel de cada um, o discernimento e a definição de seus objetivos, a reinterpretação de sua memória. [...] Interagindo com diversas comunidades, os indivíduos que animam o Espaço do saber, longe de ser os membros intercambiáveis de castas imutáveis, são ao mesmo tempo singulares, múltiplos, nômades e em vias de metamorfose (ou de aprendizado) permanente. Esse projeto convoca um novo humanismo que inclui e amplia o “conhece-te a ti mesmo” para um “aprendamos a nos conhecer para pensar juntos”, e que generaliza o “penso, logo existo” em um “formamos uma inteligência coletiva, logo existimos eminentemente como comunidade”. [...] Longe de fundir as inteligências individuais em uma espécie de magma indistinto, a inteligência coletiva é um processo de crescimento, de diferenciação e de retomada recíproca das singularidades.

“O ideal da inteligência coletiva implica a valorização técnica, econômica, jurídica e humana de uma inteligência distribuída por toda parte, a fim de desencadear uma dinâmica positiva de reconhecimento e mobilização das competências.”<sup>60</sup> Na *web* há espaço para que todos sejam ouvidos. Na construção coletiva do saber, todos têm voz. Os usuários valorizam essa oportunidade - trazida pela internet - de contribuir com informações na formação de conhecimentos disponibilizados na rede, o que explica o êxito de sites colaborativos como o Wikipedia.

Ainda segundo Lévy,<sup>61</sup>

Na era do conhecimento, deixar de reconhecer o outro em sua inteligência é recusar-lhe sua verdadeira identidade social, é alimentar seu ressentimento e sua hostilidade, sua humilhação, a frustração de onde surge a violência. Em contrapartida, quando valorizamos o outro de acordo com o leque variado de seus saberes, permitimos que se identifique de um modo novo e positivo, contribuimos para mobilizá-lo, para desenvolver nele sentimentos de reconhecimento que facilitarão, conseqüentemente, a implicação subjetiva de outras pessoas em projetos coletivos.

O espaço de construção coletiva do saber é um lugar de participação democrática, onde todos podem contribuir de forma igualitária com alguma informação teórica e/ou prática que possuam sobre determinado assunto. Em

seu texto “Pela ciberdemocracia”, Pierre Lévy salienta esse quadro da cibercultura, dizendo que a perda de influência dos mediadores culturais tradicionais é o prenúncio de uma liberdade de expressão nunca vista antes.

O inegável movimento de concentração (ver, por exemplo, a fusão entre AOL e Time Warner) na indústria da comunicação não tem capacidade para frear tal movimento, pois o que se oferece ao consumidor é precisamente a mais ampla liberdade de expressão [...] De fato, a diversidade informacional e a liberdade de expressão continuam a aumentar rapidamente apesar dos movimentos de fusão.<sup>62</sup>

Para Lévy,<sup>63</sup> o rompimento das barreiras entre centros produtores de informações e receptores é positiva pelo fato de que “[...] é muito mais difícil executar manipulações em um espaço onde todos podem emitir mensagens e onde informações contraditórias podem confrontar-se do que em um sistema onde os centros emissores são controlados por uma minoria”.

A descentralização da produção de informações foi amplamente sentida no setor editorial, sobretudo na circulação de jornais. Uma pesquisa feita nos EUA e citada por Keen<sup>64</sup> diz que os lucros e a circulação despencaram de maneira impressionante em todas as principais empresas jornalísticas do país – caíram 69% na *New York Times Company*, 28% na *Tribune Company* e 11% na *Gannet*, a maior dos EUA. Essa é uma tendência em todos os mercados editoriais do mundo. No Brasil, os jornais filiados ao Instituto Verificador de Circulação (IVC) tiveram 4,8% de queda na circulação durante o primeiro semestre de 2009<sup>65</sup>.

Na tentativa de amenizar o impacto da digitalização e fácil distribuição de informações via *web*, muitos jornais passam a cobrar pelo acesso ao seu conteúdo *on-line*, como fez em fevereiro de 2010 o diário francês *Le Figaro*<sup>66</sup> e como já vem sendo feito pela *Folha Online*. Para o *chairman* do *The New York Times*, Artur Sulzberger, a cobrança pelo acesso a seu conteúdo *on-line*, a partir de 2011, será uma fonte de receita fundamental para o veículo.<sup>67</sup>

## 1.6 Legislação autoral na era digital

A desmaterialização da obra e, conseqüentemente, a facilitação do acesso e da distribuição do produto cultural provocaram profundos efeitos na tradicional concepção do direito de autor. A própria metamorfose social promovida pela construção da identidade pós-moderna afeta a relação do autor com suas produções.

O desenvolvimento acelerado das tecnologias da informação e o advento da internet são campos férteis para o surgimento de novas plataformas de comunicação multimídia, baseadas na interatividade entre produtores e receptores de informações. Por seu poder de alcance e possibilidade de interconectar facilmente máquinas instaladas em diferentes pontos do planeta, a internet é um meio de

comunicação que tende a se espalhar mais a cada dia. Em fevereiro de 2010, o número de internautas ativos no Brasil atingiu a marca de 36,7 milhões de pessoas. O acesso à rede mundial de computadores chegou a um total consolidado de 67,5 milhões de pessoas durante o quarto trimestre de 2009, segundo dados divulgados pelo Ibope. O número trimestral considera os usuários com acesso em qualquer ambiente (casa, trabalho, escola, etc.) no País, e também conta os usuários com 16 anos de idade ou mais.<sup>68</sup>

A digitalização de obras culturais e seu fácil acesso e distribuição pelos meios eletrônicos suscita discussões sobre o papel dos direitos autorais na sociedade contemporânea. Ferramentas como editores de áudio, vídeo e programas de compartilhamento de arquivos (também conhecidos como P2P: *peer-to-peer*) causam polêmica, pois facilitaram muito a alteração e transmissão de arquivos de áudio, vídeo, imagem e texto pela *web*.

Por isso, os direitos de autor em vários países ao redor do mundo buscam atualizar-se sobre as mudanças trazidas pelas novas tecnologias, adaptando sua legislação para melhor englobar as questões que vêm sendo levantadas. A discussão tende a se globalizar, já que

Uma das principais consequências da utilização da internet, advinda da sua mundialização e rompimento de fronteiras dos Estados-nação, está na impossibilidade de efetivação da proteção a diversos direitos passíveis de violação sem a celebração de acordos e tratados internacionais, reconhecidos como normas jurídicas e ratificados pela maioria dos países, dada a transcendência territorial da internet.<sup>69</sup>

Na França, a controvérsia em torno do projeto de lei “Criação e Internet”, dito HADOPI 2, sancionado em setembro de 2009, regularmente volta à tona. No Brasil, onde a legislação atual foi amplamente espelhada na legislação francesa, o projeto de lei proposto pelo senador Eduardo Azeredo também é assunto para extensa discussão sobre certo radicalismo no combate às atividades na internet consideradas “ilegais”. Ambos os contextos – o francês e o brasileiro – serão discutidos mais detalhadamente no próximo capítulo.

### 1.7 Interesses conflitantes

As duas ramificações dos direitos autorais – direitos morais e patrimoniais – nos remetem à reflexão sobre o conflito que envolve interesses públicos *versus* interesses privados. Como diz Bittar,<sup>70</sup>

[...] duas ordens de interesses – e conflitantes – ditaram essa orientação: a) o individual, do autor; b) o geral, da coletividade: aquele voltado para a proteção e para a retribuição econômica de sua obra; este, dirigido para a fruição, pela sociedade, dessa mesma obra.

## Segundo Vitalis,<sup>71</sup>

As obras e criações objeto de tutela pelos direitos autorais encontraram na internet um amplo meio de divulgação e facilitação do acesso à cultura. Todavia, [...], o grande desafio está no estabelecimento de equilíbrio entre interesses dos autores e da sociedade, primando-se pelo atendimento de sua função social.

Como administrar esse choque de finalidades, de modo a atender satisfatoriamente os interesses das diferentes esferas de opinião envolvidas no assunto? Seria possível conciliar a liberdade de produção e difusão de informações com os interesses defendidos por produtores intelectuais e empresários da indústria cultural? São questões semelhantes àquela levantada por Moraes:<sup>72</sup> “Como harmonizar, na era das novas tecnologias, a lógica privatística, organizada principalmente para a lucratividade, com a publicística, orientada pelo interesse público de participação de todos na vida cultural?”.

A regulamentação da internet através de leis que administrem e vigiem as atividades dos usuários da rede estaria a serviço de quem e de quem? Qual seu objetivo último?

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos de autor não cessam com a informatização da sociedade. O que ocorre é a emergência de transformações dos tradicionais modelos de propriedade, já que é preciso considerar a internet como um poderoso meio de comunicação que revolucionou a forma como os indivíduos lidam com a produção e a distribuição de obras intelectuais.

Já não há espaço para ideias monopolistas de controle da atividade produtiva de bens culturais, pois ferramentas eficientes de compartilhamento de conteúdos estão facilmente disponíveis através da rede. O que a democratização do saber proposta pela internet instiga é a necessária adaptação da indústria às mudanças trazidas pelo advento do ciberespaço. A lógica exclusivamente lucrativa não conseguirá prevalecer neste ambiente, e as indústrias deverão descobrir e implantar novas formas de lucro através da rede.

As legislações ligadas à propriedade intelectual também precisam se adaptar às transformações, de uma maneira equilibrada ao ponto de promover a abertura do acesso ao saber e, ao mesmo tempo, o respeito ao autor e sua obra.

1 \*\* Professora da UNIFOR, Mestre em Direito (UFC) e doutoranda no Curso de Pós Graduação em Direito da UFSC, coordena o Grupo de Pesquisa Ciberdemocracia: limites e desafios na UNIFOR.

MOATTI, Daniel. *Communication informatique em toute liberté*. Maison des Sciences de l' Homme: Paris, 1998, p. 114.

2 SORJ, Bernardo. *Brasil@povo.com: A luta contra a desigualdade na Sociedade da Informação*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor; Brasília: Unesco, 2003, p. 36.

- 3 LÉVY, Pierre. Pela ciberdemocracia. In: MORAES, Dênis (Org). **Por uma outra comunicação: mídia, mundialização cultural e poder**. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 374.
- 4 LEMOS, André; CUNHA, Paulo (Orgs.). **Olhares sobre a Cibercultura**. Porto Alegre: Sulina, 2003, p. 11.
- 5 Ibid., p. 12.
- 6 Ibid., p. 22.
- 7 Ibid., p. 23.
- 8 CASTELLS, Manuel. **A Galáxia Internet: Reflexões sobre Internet, Negócios e Sociedade**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 147.
- 9 FREIRE, Geovana M<sup>a</sup> C. A.. A identidade digital e o acesso à internet: novos direitos na consolidação da ciberdemocracia. **Congresso Aprofundando a Democracia como Forma de Vida**. Argentina: Rosário, mai. 2010, p. 2.
- 10 Ibid., p. 11.
- 11 TURKLE, [s.d.] apud TERÊNCIO; SOARES, 2003, p. 143.
- 12 ANDERSON, [s.d.] apud TERÊNCIO; SOARES, 2003, p. 143.
- 13 ANDERSON, p. 128.
- 14 GERGEN, [s.d.] apud ANDERSON, p. 129.
- 15 TERÊNCIO; SOARES, op. cit., p. 143.
- 16 OLIVEIRA, [s.d.] apud FREIRE, op. cit., p. 11.
- 17 CASTELLS, op. cit., p. 147.
- 18 BAYM, [s.d.] apud CASTELLS, op. cit., p. 148.
- 19 TURKLE, [s.d.] apud CASTELLS, op. cit., p. 147.
- 20 “Os avanços na área de tecnologia, os novos conhecimentos, em especial no âmbito genético, informático e biotecnológico, vêm provocando verdadeira revolução, ensejando inclusive a conformação de uma nova sociedade, por alguns já denominada de sociedade da informação, dada a importância exercida por esse componente no desenvolvimento econômico dos Estados”. (VITALIS, Aline. A função social dos direitos autorais: uma perspectiva constitucional e os novos desafios da sociedade de informação In: **Direito autor**. Coleção Cadernos de Políticas Culturais. Brasília: Ministério da Cultura, v. 1, 2006, p. 250)
- 21 GANDELMAN, Henrique. O impacto da tecnologia digital nos direitos autorais. In: **Reflexões sobre direito autor**. Rio de Janeiro: Fundação Biblioteca Nacional, 1997, 68.
- 22 VITALIS, op. cit., p. 214.
- 23 PAESANE (2008, p. 49),
- 24 VITALIS, op. cit., p. 255-256.
- 25 SIRINELLI, [s.d.] apud PONTES NETO, Hildebrando. A propriedade intelectual e as redes eletrônicas In: **Reflexões sobre direito autor**. Rio de Janeiro: Fundação Biblioteca Nacional, 1997, p. 14.
- 26 LEMOS, 2006.
- 27 LEMOS, 2003, op. cit.
- 28 SORJ, op. cit., p. 36.
- 29 MATTELART, Armand. **História da sociedade da informação**. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 150.
- 30 NEGROPONTE, 1995, p. 165.
- 31 MATTELART, op. cit., p. 53.
- 32 SORJ, op. cit.
- 33 LEMOS, 2006, op. cit.
- 34 Ibid.
- 35 LEMOS, André. Cibercultura como território recombinante. In: CAZELOTO, Edison; TRIVINHO, Eugênio. A cibercultura e seu espelho. Campo de conhecimento emergente e nova vivência humana na era da imersão interativa. São Paulo: **ABCiber-Itaú Cultural-CAPES**, 2009. Disponível em: <<http://abciber.org/publicacoes/livro1/textos/cibercultura-como-territorio-recombinante1/>>. Acesso em: 28 fev. 2010, p. 45.
- 36 CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: a era da informação**. São Paulo: Paz e Terra, 2001, v. 1, p.375-376.
- 37 LEMOS, 2006, op. cit.
- 38 Ibid.
- 39 LEMOS, 2009, op. cit., p. 44.
- 40 Projeto de Lei de Orientação e de Programação pela Performance da Segurança Interior LOPPSI II propõe a filtragem e o bloqueio de sites porno-pedófilos, a instalação de softwares espíões em computadores de

- suspeitos, escutas telefônicas, câmeras de vídeo em lugares públicos, toque de recolher para menores de 13 anos entre 23h e 6h, dentre outras medidas de combate à pedofilia, ações terroristas e regulamentação da internet. Mais informações em: Der Spiegel. França se aproxima de uma regulamentação sem precedente da internet. Publicado em: 18 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://noticias.bol.uol.com.br/internacional/2010/02/18/franca-se-aproxima-de-uma-regulamentacao-sem-precedente-da-internet.jhtm>> Último acesso: 04 de março de 2010.
- 41 PONTES NETO, op. cit., p. 14.
- 42 FERRARA, Lucrécia D'Alessio. O espaço líquido. In: CAZELOTO, Edilson; TRIVINHO, Eugênio. A cibercultura e seu espelho. Campo de conhecimento emergente e nova vivência humana na era da imersão interativa. São Paulo: **ABCiber-Itaú Cultural-CAPES**, 2009. Disponível em: <<http://abciber.org/publicacoes/livro1/textos/o-espaco-liquido/>>. Acesso em: 28 fev. 2010, p. 76.
- 43 LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 2001, p. 63.
- 44 LEMOS, Ronaldo. Creative Commons, mídia e as transformações recentes do Direito da Propriedade Intelectual. **Revista Direito FGV**, mai. 2005, p. 181.
- 45 LEMOS, 2009, op. cit., p. 39.
- 46 GANDELMAN, op. cit., p. 68.
- 47 SANTAELLA, Lúcia. O fim do estilo na cultura pós-humana. In: CAZELOTO, Edilson; TRIVINHO, Eugênio. A cibercultura e seu espelho. Campo de conhecimento emergente e nova vivência humana na era da imersão interativa. São Paulo: **ABCiber-Itaú Cultural-CAPES**, 2009. Disponível em: <<http://abciber.org/publicacoes/livro1/textos/o-fim-do-estilo-na-cultura-pos-humana/>>. Acesso em: 28 fev. 2010, p. 104.
- 48 *Ibid.*, p. 105.
- 49 *Ibid.*, p. 108.
- 50 PLAZA, Julio. Arte e interatividade: autor-obra-recepção. **Arte e tecnologia da imagem 3**, Brasília, UnB, v. 3, n. 3, p. 29-42, 2001, p. 36.
- 51 SANTAELLA, op. cit., p. 108-109.
- 52 LEMOS, 2009, op. cit., p. 40.
- 53 MORAES, op. cit., p. 311.
- 54 LÉVY, 2001, op. cit., p. 224.
- 55 LÉVY, Pierre. **A inteligência coletiva: por uma antropologia do ciberespaço**. São Paulo: Edições Loyola, 2003, p. 28.
- 56 *Ibid.*, p. 29.
- 57 *Ibid.*, p. 29.
- 58 LIMA; SANTINI, 2006, p. 123.
- 59 LÉVY, 2003, op. cit., p. 31-32.
- 60 *Ibid.*, p. 30.
- 61 *Ibid.*, p. 30.
- 62 LÉVY, 2004, op. cit., p. 371.
- 63 *Ibid.*, p. 225.
- 64 KEEN, Andrew. **O culto do amador**. Como blogs, MySpace, YouTube e a pirataria digital estão destruindo nossa economia, cultura e valores. Rio de Janeiro: Zahar, 2007, p. 13.
- 65 Circulação de jornais brasileiros cai quase 5% no primeiro semestre, aponta pesquisa. **Portal IMPRENSA**. Publicado em: 20 de agosto de 2009. Disponível em: <[http://portalimprensa.uol.com.br/portal/ultimas\\_noticias/2009/08/20/imprensa30234.shtml](http://portalimprensa.uol.com.br/portal/ultimas_noticias/2009/08/20/imprensa30234.shtml)>. Último acesso: 05 de março de 2010.
- 66 Jornal francês “Le Figaro” passa a cobrar por conteúdo on-line. **Folha Online**. Publicado em: 16 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u694818.shtml>>. Último acesso: 08 de março de 2010.
- 67 Cobrança por conteúdo online será fundamental para NYT, segundo *chairman* do jornal. **Portal IMPRENSA**. Publicado em: 12 de março de 2010. Disponível em: <[http://portalimprensa.uol.com.br/portal/ultimas\\_noticias/2010/03/12/imprensa34345.shtml](http://portalimprensa.uol.com.br/portal/ultimas_noticias/2010/03/12/imprensa34345.shtml)>. Último acesso: 12 de março de 2010.
- 68 Internautas ativos chegam a 36,7 milhões no Brasil em fevereiro. **Folha Online**. Publicado em: 31 de março de 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u714726.shtml>>. Último acesso: 31 de março de 2010.
- 69 VITALIS, op. cit., p. 230.
- 70 BITTAR, 1992, p. 114-115.
- 71 VITALIS, op. cit., p. 222.
- 72 MORAES, op. cit., p. 239.



## CHANGES IN COPYRIGHT LAWS AND NEW TECHNOLOGIES

### ABSTRACT

In the context of the so-called “free culture”, which has emerged with the appearance of Internet and the growing use of Information Technology (IT) in society, laws regulating intellectual property are confronted with the need to adapt to changes imposed by the new ways of production, broadcasting and circulation of creation, brought by the new technologies. This paper intends to ponder over these changes, in order to outline a panorama that can serve as a starting point for coming debates on copyright laws.

**Keywords:** Cyberculture. Intellectual Property. Collective Intelligence.

# DISCIPLINAS PROPEDÊUTICAS NO CONTEXTO DE UM ENSINO JURÍDICO PÓS-MODERNO: DESAFIOS E SOLUÇÕES

Fayga Silveira Bedê,<sup>\*</sup> Carla Marques Diógenes,<sup>\*\*</sup>  
Valéria Alves de Lima,<sup>\*\*\*</sup> Rebeca Guerreiro<sup>\*\*\*\*</sup>  
e Juliane Pires Morais<sup>\*\*\*\*\*</sup>

“Urge que se definam alternativas teóricas e práticas que despertem o Direito do ‘*sono dogmático*’ em que há séculos ele está mergulhado, e que possibilitem ao jurista assumir um compromisso mais efetivo, mais participante e sobretudo mais crítico perante o processo de desenvolvimento social.”

Agostinho Ramalho Marques Neto

## RESUMO

Este artigo visa à discussão da importância das disciplinas propedêuticas no ensino jurídico na pós-modernidade. Para tanto, partimos do pressuposto de que o ensino jurídico atual tem sido fortemente influenciado por uma sociedade cada vez mais complexa. Devido a este fato, o prosaico e ultrapassado método de ensino denominado “bancaísmo” já não pode lidar com os desafios que os profissionais recém-formados terão que enfrentar, após o encerramento de seus estudos universitários. Trabalhamos a tese de que o sistema tradicional, duramente criticado por Paulo Freire, por tratar os estudantes como “depósitos” de informação em massa, tem que ser abandonado e substituído por um método de ensino

---

\* Doutora em Sociologia (UFC). Mestre em Direito do Estado (UFPR). Graduada em Direito (UFC). Editora-Responsável pela Revista Opinião Jurídica. Professora do Curso de Direito da Faculdade Christus. Professora de Pós-Graduação (*Lato Sensu*) à Distância pela UECE. Professora de Pós-Graduação (*Lato Sensu*) da ESMEC. Organizadora e autora de obras e artigos jurídicos. Professora Responsável pelo Grupo de Estudos “Indivíduo, Sociedade e Pós-modernidade: uma visão interdisciplinar” (2009.2/2010.1 e 2010.2); como também pelo Grupo de Estudos “Ensino jurídico, arte e cultura” (2011.1), ambos vinculados à Faculdade Christus. [faygabede@hotmail.com].

\*\* Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Christus. Concluiu o Grupo de Estudos “Indivíduo, Sociedade e Pós-modernidade: uma visão interdisciplinar” (2010.2); atualmente, integrando o Grupo de Estudos “Ensino jurídico, arte e cultura” (2011.1), da Faculdade Christus.

\*\*\* Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Christus. Concluiu o Grupo de Estudos “Indivíduo, Sociedade e Pós-modernidade: uma visão interdisciplinar” (2010.2); atualmente, integrando o Grupo de Estudos “Ensino jurídico, arte e cultura” (2011.1), da Faculdade Christus.

\*\*\*\* Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Christus. Concluiu o Grupo de Estudos “Indivíduo, Sociedade e Pós-modernidade: uma visão interdisciplinar” (2010.2); atualmente, integrando o Grupo de Estudos “Ensino jurídico, arte e cultura” (2011.1), da Faculdade Christus.

\*\*\*\*\* Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Christus. Integrou o Programa de Iniciação Científica (2009.2/2010.1) e o Grupo de Estudos “Indivíduo, Sociedade e Pós-modernidade: uma visão interdisciplinar” (2009.2), ambos pela Faculdade Christus.

jurídico que possa oferecer aos alunos, não só os dados necessários, mas a capacidade para saber o que o que fazer com os conteúdos adquiridos. Para esse efeito, analisamos o papel desempenhado pelas disciplinas propedêuticas, na conquista do novo paradigma do saber. Fiamos nossa análise tanto em pesquisa bibliográfica, quanto em pesquisa de campo, focada na experiência dos professores universitários que, cotidianamente, ensinam nas áreas pública e privada do Direito.

**Palavras-chave:** Ensino jurídico. Disciplinas propedêuticas. Pós-modernidade. Complexidade. Pesquisa de campo.

## 1 INTRODUÇÃO <sup>1</sup>

Com a Reforma Universitária ocorrida em 1968, o ensino jurídico se voltou a um modelo de ensino caracterizado pelo pragmatismo-tecnicista. Havia uma aclimação propícia a esse movimento de reestruturação dos cursos jurídicos, tendo em vista, de um lado, a intensificação do processo de industrialização, disparado por Juscelino Kubitschek, e, de outro, a ditadura militar.

Por conseguinte, um ensino jurídico em que os aspectos humanistas, políticos e sociológicos estivessem muito presentes já não se mostrava tão conveniente, nem para o mercado de trabalho que se abria, a reclamar uma formação mais profissionalizante, nem tampouco, para o cenário político ditatorial que se instalava. Logo, a implementação de um ensino eminentemente tecnicista parece ter sido a “solução” legal encontrada para, de forma velada, retirar daquela pequena elite, que ainda tinha o privilégio de chegar ao ensino superior, alguma possibilidade de desenvolver um pensamento mais crítico e holístico acerca da sociedade e de suas mais variadas demandas.

No entanto, com o decorrer dos anos, foi-se instaurando um quadro social cada vez mais complexo, o que resultaria no surgimento de novos conflitos, para cujo enfrentamento o modelo tecnicista de formação e atuação dos bacharéis em Direito definitivamente não se achava preparado. Mais tarde, com a emergência da pós-modernidade, essa defasagem entre o modelo de ensino jurídico e as novas demandas sociais se acentuaria ainda mais. Nesse sentido, afirma Eduardo Bittar:

As idéias do purismo metodológico, da redução da ciência do direito a uma enciclopédia de comentários às leis positivas, do trabalho de apuro conceitual e sistemático das regras de comportamento normatizadas... encontram-se em franca crise, para não dizer decadência, na medida em que um mundo e uma realidade com dinamismos diversos daquele que dirige a lógica do raciocínio jurídico tradicional solapam as bases com as quais se estruturaram os alicerces da dogmática jurídica.<sup>2</sup>

Com efeito, o Direito passaria a sofrer as injunções de inúmeras variáveis relevantes, oriundas de uma sociedade hipercomplexificada, tornando-se cada vez mais evidente a necessidade de uma grade curricular que contemplasse, de modo mais reforçado, as disciplinas propedêuticas. Assim, em 1994, nove anos após o fim da ditadura, operou-se a sua inclusão no rol das disciplinas *fundamentais* dos cursos jurídicos, por meio da Portaria n.1.886/94, do Ministério da Educação e do Desporto, que passou a preceituar:

Art. 6º - O conteúdo mínimo do curso jurídico, além do estágio, compreenderá as seguintes matérias que podem estar contidas em uma ou mais disciplinas do currículo plene cada curso:

I - **Fundamentais:** Introdução ao Direito, Filosofia (geral e jurídica, ética geral e profissional), Sociologia (geral e jurídica), Economia e Ciência Política (com teoria do Estado);

II - **Profissionalizantes:** Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Processual Civil, Direito Processual Penal, Direito do Trabalho, Direito Comercial e Direito Internacional. (grifos nossos)

Não obstante as melhorias geradas por tal portaria, transcorrida uma década, sobreveio a necessidade de aprofundamento do processo disparado em 1994; o que demarcou a implementação de novas diretrizes, instituídas pela Resolução nº 9, de 29 de setembro de 2004, que determina, dentre outros:

Art.2º A organização do Curso de Graduação em Direito, observadas as Diretrizes Curriculares Nacionais se expressa através do seu projeto pedagógico, abrangendo o perfil do formando, as **competências e habilidades**, os conteúdos curriculares, o estágio curricular supervisionado, as atividades complementares, o sistema de avaliação, o trabalho de curso como componente curricular obrigatório do curso, o regime acadêmico de oferta, a duração do curso, sem prejuízo de outros aspectos que tornem consistente o referido projeto pedagógico.

§ 1º O Projeto Pedagógico do curso, além de clara concepção do curso de Direito, com suas peculiaridades, seu currículo pleno e sua operacionalização, abrangerá, sem prejuízo de outros, os seguinte elementos estruturais:

I – concepção e objetivos gerais do curso, contextualizados em relação às suas inserções institucional, política, geográfica e social; [...]

IV – formas de realização da interdisciplinaridade;

V – modos de integração entre teoria e prática;

[...]

VIII – incentivo à pesquisa e à extensão, como necessário prolongamento da atividade de ensino e como instrumento para a iniciação científica; [...]

A resolução acrescenta ao Eixo de Formação Fundamental conteúdos essenciais de Antropologia, História e Psicologia. Busca assegurar, ainda, ao graduando sólida formação geral, humanística e axiológica. Essas determinações visam a superar a

inadequação [...] entre, de um lado, os saberes desunidos, divididos, compartimentados e, de outro, as realidades ou problemas cada vez mais multidisciplinares, transversais, multidimensionais, tradicionais, globais e planetários.<sup>3</sup>

Assim, a grande problemática a ser discutida no presente trabalho diz respeito ao fato de que, apesar de serem atualmente consideradas “fundamentais” pela legislação atinente à matéria, as disciplinas introdutórias permanecem no imaginário do corpo discente (e até mesmo de alguns membros do corpo docente) como matérias sem grande relevância na formação dos futuros profissionais do Direito.

O paradoxo estabelecido entre o *statu quo* que a lei passou a conceder às disciplinas propedêuticas e a refração que o corpo discente continua, muitas vezes, dispensando ao seu estudo é atestado pelo depoimento quase uníssono dos professores que integraram a nossa pesquisa de campo.

A constatação dessas dificuldades preocupa-nos sobremaneira porque os fatores que levaram à crise do ensino do Direito continuam a se perpetuar, reafirmados nas ações e ideologias da esfera jurídica, mesmo em face de uma legislação que consagra o valor dos conteúdos em questão.

No presente trabalho, buscaremos mapear, por meio da experiência prática de 9 professores de cursos jurídicos de instituições privadas e públicas do Ceará, e 2 professores do Paraná, quais possíveis razões têm levado a um relativo desinteresse por parte do corpo discente em relação às disciplinas propedêuticas. Em seguida, problematizaremos algumas das possíveis soluções, coligidas a partir de nossa prática e experiência pessoal como docente e discente, bem como, a partir do confronto entre o nosso referencial teórico e a análise dos dados coletados nos estudos de campo. Desse modo, pretendemos aclarar alguns dos desafios e perspectivas que se interpõem face às disciplinas propedêuticas, no contexto de um ensino jurídico que sofre os influxos da pós-modernidade.

## 2 METODOLOGIA EMPREGADA

Partindo do pressuposto de uma relativa desvalorização das disciplinas propedêuticas por parte do corpo discente nos cursos jurídicos, pretendemos verificar a validade dessa premissa, diagnosticando suas possíveis motivações, ao tempo em que colhemos estratégias e alternativas, a partir da experiência prática de professores responsáveis por essa modalidade de cátedra. Para tanto, nos valem de: (i) pesquisa bibliográfica (mediante revisão de literatura); e (ii) pesquisa qualitativa, por meio de entrevistas estruturadas, realizadas junto a onze professores, sendo três de universidades públicas e oito de instituições privadas de ensino superior.

A formação do *corpus* da pesquisa se deu pelo critério da *acessibilidade*, ou seja, priorizamos o contacto de professores que lecionam disciplinas propedêuticas em nossa instituição, de modo a facilitar o processo de coleta de dados. Ressaltamos, ainda, que uma das entrevistadas é ex-professora da Faculdade Christus, vinculando-se atualmente à UFC, enquanto outra respondente dividia-se, à época da pesquisa, entre a Faculdade Christus e a UFC. Por fim, entrevistamos outros dois professores, sendo um, em instituição privada paulista, e outra em instituição pública paranaense: também aqui prevaleceu o critério da *acessibilidade*, já que fomos colegas de trabalho no passado. Como sói ocorrer numa pesquisa *qualitativa*, que dá ensejo à verticalização e aprofundamento das questões, encerramos o trabalho de coleta de dados, quando percebemos que as respostas já haviam atingido o *ponto de saturação* desejável, havendo começado a se repetir, sem que surgissem dados novos.

Não olvidamos que as nossas opções metodológicas possam vir a causar eventual estranhamento junto a alguns de nossos pares, tendo em vista que os estudos de campo ainda não se tornaram prática sistemática e reiterada em sede de pesquisa jurídica. E se tomamos a peito essa empreitada é ainda em resposta ao desafio lançado durante uma memorável mesa-redonda sobre “Ensino jurídico e pesquisa”, dividida pelos professores doutores Horácio Wanderlei Rodrigues, Roberto Fragale Filho e João Maurício Adeodato.<sup>4</sup>

Na ocasião, os referidos professores debatiam, entre outros temas, acerca do estigma que recai sobre a ciência jurídica, por ser esta, dentre as ciências humanas e sociais aplicadas, um dos últimos nichos de pesquisa em que pouco se vai a campo, restringindo-se a maior parte de suas análises à pesquisa bibliográfica e documental. Para os componentes da mesa, esse seria, inclusive, um dos principais fatores responsáveis pelo limitado número de bolsas de estudo obtidas por pesquisadores da área jurídica junto aos órgãos de fomento à pesquisa.

Desde então, aquele acalorado debate jamais deixou de reverberar entre nós, resultando numa convicção cada vez mais firme de que a pesquisa jurídica deve ter como uma de suas preocupações fundamentais a aproximação entre faticidade e normatividade, ou, se preferirmos, entre ser e dever-ser; sob pena de, não o fazendo, construir seus pilares sobre um solo teórico que não se abre ao diálogo com a realidade fática, mas encastela-se em si mesma, como se pudesse estear-se tão somente em argumentos de autoridade.

Assim, no presente trabalho, optamos pelo uso combinado de múltiplos procedimentos metodológicos, recusando as tradições monomaníacas das correntes doutrinárias que, como adverte Bourdieu, se constituem em torno de uma única técnica de coleta de dados.<sup>5</sup>

De fato, a metodologia empregada deve atender às especificidades do objeto de estudo delimitado. Pois bem. Nossa pesquisa se propõe à investigação dos desafios e perspectivas das disciplinas propedêuticas em face do ensino jurídico, num contexto pós-moderno, a fim de realizarmos um diagnóstico dos

problemas enfrentados e suas possíveis soluções.

O enfoque escolhido para a abordagem do tema centra-se na tentativa de compreensão do imaginário docente, ao mapearmos suas dificuldades, expectativas, frustrações e estratégias de trabalho. Assim, entendemos que seria muito profícuo o uso combinado de metodologias diferenciadas. Nesse quadrante, a escolha de técnicas qualitativas se deve à sua maior adequação ao objeto em estudo, sendo a sua utilização particularmente recomendável em face das “[...] situações nas quais a evidência qualitativa é usada para captar dados psicológicos que são reprimidos ou não facilmente articulados como atitudes, motivos, pressupostos, quadros de referência, etc.”<sup>6</sup> Para tanto, nada mais apropriado que a pesquisa qualitativa, mais afeita à captura de elementos cuja sutileza recôndita escaparia às demais técnicas.

Quanto às entrevistas, optamos por uma abordagem estruturada, realizada por meio de roteiro de perguntas enviado aos docentes por email. A escolha dos professores a serem encampados pela pesquisa deu-se pelo critério da acessibilidade: escolhemos pessoas que nos conheciam e/ou com quem tínhamos amigos e conhecidos em comum.

Por outro lado, o fato da pesquisa estar circunscrita a professores de alguns Estados brasileiros (sendo 9 no Ceará, 1 no Paraná e 1 em São Paulo) nos levou a questionar a validade de um modelo micro para analisar uma realidade de escala nacional. Mas chegamos à conclusão de que a era globalizada em que vivemos - até pelo modo homogeneizante com que atua sobre a realidade - autoriza, mais do que nunca, a realização de um raciocínio indutivo, segundo o qual chegamos ao todo pela parte. Em sentido convergente, entendem Norbert Elias e John Scotson:

Estudar os aspectos de uma figuração universal no âmbito de uma pequena comunidade impõe à investigação algumas limitações óbvias. Mas também tem suas vantagens. O uso de uma pequena unidade social como foco da investigação de problemas igualmente encontráveis numa grande variedade de unidades sociais, maiores e mais diferenciadas, possibilita a exploração desses problemas com uma minúcia considerável – microscopicamente, por assim dizer. Pode-se construir um modelo explicativo, em pequena escala, da figuração que se acredita ser universal – um modelo pronto para ser testado, ampliado e, se necessário, revisto através da investigação de figurações correlatas em maior escala. Nesse sentido, o modelo de uma figuração estabelecidos-outsiders que resulta da investigação de uma comunidade pequena, como a de Winston Parva, pode funcionar como uma espécie de “paradigma empírico”.<sup>7</sup>

Nesse contexto, a pesquisa de campo se justifica pelo desejo de construir alternativas aos procedimentos mais tradicionais em sede de pesquisa jurídica. A partir das experiências concretas de vida e magistério, colhidas junto aos professores entrevistados, queremos sondar novas possibilidades de reflexão

para o ensino jurídico, que funcionem como “linhas de fuga” ante as armadilhas mais comuns dessa modalidade de pesquisa. Assim, a pesquisa de campo será, talvez, um modo de não nos prendermos aos discursos extremados: nem o sonho mítico das utopias irrealizáveis sobre como tudo deveria ser se tudo fosse perfeito; nem, tampouco, a amarga e paralisante constatação de que nada é exatamente como gostaríamos.

Por fim, sentimos a necessidade de situar a presente discussão em sua temporalidade pós-moderna, uma vez que a análise do contexto histórico nos auxilia a compreender a realidade como um *processo*, isto é, como uma construção histórica e social.<sup>8</sup> Trata-se de um pressuposto epistemológico que nos ajuda a desnaturalizar a análise, evitando as armadilhas do pensamento substancialista, segundo o qual, os objetos de estudo são tomados como realidades em si. Para romper com essa tradição de pensamento, Bourdieu propõe um enfoque *relacional*.

Com efeito, para o sociólogo francês, o objeto de estudo deve ser investigado no próprio contexto de suas relações sociais, pois é por meio delas que se apreende o essencial de suas propriedades.<sup>9</sup> “Se é verdade que o real é relacional, pode acontecer que eu nada saiba de uma instituição acerca da qual eu juro saber tudo, porque ela nada é fora das suas relações com o todo”.<sup>10</sup>

### 3 PÓS-MODERNIDADE: ENTENDENDO O ATUAL CONTEXTO DO ENSINO JURÍDICO

O termo “pós-modernidade” remonta à década de 1960, tendo partido de um movimento que desejava romper com os padrões arquitetônicos adotados pela estética urbanística moderna. A expressão “pós” transmitia a insatisfação e o desejo de ruptura de seus mentores frente aos valores nos quais se apoiava o estilo moderno. “Era hora, diziam os autores [do movimento], de construir para as pessoas, não para o Homem.”<sup>11</sup>

Logo em seguida, o termo ganhou novos adeptos nas artes, na literatura e na filosofia, ultrapassando as fronteiras de seu reduto inicial. Muito embora reconheçamos que, ainda hoje, não há um consenso acerca do uso da expressão “pós-modernidade”, não nos seria oportuno, dados os estreitos limites do presente trabalho, o enfrentamento da controvérsia suscitada entre os teóricos que admitem a pós-modernidade – tais como Lyotard, Harvey, Bauman e tantos outros – e aqueles que sustentam a tese de que estaríamos vivendo apenas uma *radicalização* desdobrada da mesma modernidade. Entre estes últimos, destacam-se Anthony Giddens (que prefere o termo “metamodernidade”), Lipovetsky e Sébastien Charles (para quem melhor seria falar em “hipermodernidade”), ou ainda Zarka e Gauchet (que cunharam o termo “ultramodernidade”).

Todas essas correntes contrárias ao uso da expressão “pós-modernidade”, a despeito da nomenclatura escolhida, têm em comum a crença de que não teria havido uma ruptura profunda o suficiente entre o nosso *modus vivendi* e o dos



modernos ao ponto de possibilitar o nosso enquadramento numa era distinta da modernidade, isto é, numa era “pós”.

No próximo tópico, buscaremos delinear alguns dos principais aspectos que nos levam a engrossar o entendimento de que há, sim, um conjunto de características e especificidades capazes de traduzir um novo paradigma, em razão suficiente a justificar a utilização do termo pós-modernidade.

### 3.1 O ambiente pós-moderno como fator de ampliação da complexidade

Em 1930, por ocasião do lançamento de “O mal estar na civilização”, Freud avaliava perdas e ganhos obtidos pelo homem moderno, ao longo de sua trajetória rumo ao processo civilizatório.<sup>12</sup> Em resumo da tese freudiana, Bauman destaca que: “Os mal-estares da modernidade provinham de uma espécie de segurança que tolerava uma liberdade pequena demais na busca da felicidade individual.”<sup>13</sup>

De fato, comparativamente aos novos sujeitos forjados pela pós-modernidade,<sup>14</sup> parece-nos que o sujeito da modernidade prefere sacrificar o valor da liberdade no altar da segurança.<sup>15</sup> Assim, se os modernos (que pareceriam tão libertários frente aos pré-modernos) se nos afiguram um tanto acanhados, reticentes, temerosos e apegados aos ideais de ordem<sup>16</sup> e segurança, é porque a pós-modernidade aprofundou sobremaneira o processo disparado pelos modernos rumo à *liberdade*.

Por outro lado, os ganhos ampliados quanto à auto-fundação das escolhas pessoais em busca da felicidade individual entre os pós-modernos não se dão sem as perdas igualmente ampliadas que lhes correspondem.

De fato, a pós-modernidade traz como uma de suas características a maximização da liberdade, propiciada pela escalada da diversidade de ofertas de estilos de vida, valores, ideologias, crenças, padrões morais e bens de consumo – o que, para Lipovetsky, implica a potencialização das liberdades individuais em razão das múltiplas possibilidades de vida, a que o autor denomina “superescolha”.<sup>17</sup>

Mas nem tudo são flores no jardim da pós-modernidade. E o preço a pagar pela ampliação das liberdades individuais, como não poderia deixar de ser, é o aumento correspondente dos níveis de desamparo, incerteza e insegurança, que se contrapõem aos ideais de ordem e segurança cultuados entre os modernos. Nas palavras de Bauman: “Os mal-estares da pós-modernidade provêm de uma espécie de liberdade de procura do prazer que tolera uma segurança individual pequena demais.”<sup>18</sup>

É que a idéia de pós-modernidade,<sup>19</sup> tem assento na constatação da falência do projeto moderno. Tal projeto teria sido “liquidado” em razão da morte das grandes narrativas modernas – “sociedade sem classes, felicidade universal, realização do Espírito, emancipação dos indivíduos”<sup>20</sup> – que foram, paulatinamente, entrando em colapso. O esvaziamento dos grandes ideais mo-

dermos gerou o chamado “fim da História”,<sup>21</sup> ou seja, a “crise de uma História concebida como um valor único e universal”.<sup>22</sup>

Nesse particular, percebemos uma relação de interdependência entre a sociedade tecnomidiática da era digital e os valores emergentes da pós-modernidade, cujas influências recíprocas potencializam-se mutuamente:

Por um lado, a tecnologia da informática e da comunicação enfraqueceu o humanismo moderno ao valorizar uma visão a curto prazo, racional e pragmática, em detrimento de uma visão a longo prazo, preocupada com a universalidade e a felicidade coletiva. Por outro lado, a mídia de massa provocou uma diversificação da informação, permitindo, por conseguinte, a multiplicação das mensagens que torna impossível qualquer discurso unitário, e problemática a existência de valores unanimemente partilhados.<sup>23</sup>

Assim, o tendencial esvaziamento dos discursos de caráter universalizante; a relativização dos valores morais, estéticos e culturais; a pulverização e fragmentação dos referenciais simbólicos e a co-existência de padrões de comportamento cada vez mais heterogêneos foram nos conduzindo, num curto espaço de tempo,<sup>24</sup> a um patamar de entropia social que nos leva a corroborar a idéia pós-moderna de ruptura com os ideais e valores sobre os quais a modernidade lançou suas vigas.

Em sentido convergente, sinalizam os dados de outra pesquisa de campo, realizada em novembro de 2009, na cidade de Fortaleza, no Estado do Ceará, a fim de lastrear tese de doutorado. Naquela ocasião, foi colhida uma amostra não-probabilística, intencional, formada por acessibilidade, de caráter descritivo e exploratório, coligindo-se dados quantitativos junto a 153 professores e universitários cearenses, entre 18 e 42 anos. Os resultados ali coletados parecem bastante expressivos acerca da forma como os respondentes percebem o aumento dos índices de individualismo, prevalência do valor da liberdade sobre o valor da segurança, entropia moral, incerteza e desamparo.<sup>25</sup>

De fato, para 78,4% (120, dentre 151 questionários válidos), em geral, a geração pós-internet é mais individualista que a de seus pais. Para 81% (124, dentre 151 questionários válidos), em geral, a geração pós-internet está mais interessada em liberdade pessoal do que em segurança. E para 80,4% (123, dentre 151 questionários válidos), em geral, a geração pós-internet sofre mais com uma sensação de incerteza nas escolhas, desamparo existencial e confusão de valores morais do que a de seus pais.

Ora, a idéia de liberdade tem sido comumente associada a um “[...] estado em que não nos dizem o que fazer e não somos forçados a fazer o que preferiríamos não fazer [...]”.<sup>26</sup> A questão que assoma é que, como aprendemos com Freud, não há ganhos sem perdas. E, como já ressaltamos, o preço a pagar pelos pós-modernos, por mais liberdade, parece guardar uma relação diretamente proporcional aos custos agravados em termos de insegurança. Bauman se refere a um desconforto bem mais complexo, cujo pacote mescla sentimentos de incerteza, falta de proteção e insegurança. Para o autor, os sujeitos pós-modernos pagam

[...] um preço alto, na verdade, ao se considerar o número de escolhas com que uma pessoa deve se confrontar todos os dias. Tais escolhas devem ser feitas sem a convicção de que os movimentos trarão ganhos amanhã ou que se afastar das opções que parecem ruins hoje não transformarão o amanhã em uma perda dolorosa. Não está claro em quem e no que confiar, já que ninguém parece estar no controle de como as coisas estão indo – ninguém pode dar uma garantia confiável de que elas de fato irão na direção imaginada.<sup>27</sup>

No atual quadro de incerteza, fluidez e instabilidade das relações humanas, os devires pós-modernos tornam-se cada vez mais incompatíveis com estruturas de ensino e aprendizagem pautadas nos ideais modernos de fixidez, previsibilidade, ordem e controle. Em sentido convergente, a reforma empreendida pela Portaria n. 1.886/94, bem como pela Resolução n.9/2004, encontram ressonância no espírito constitucional, que afirma a indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, tendo como escopo a promoção de um ensino capaz de romper com as estruturas arcaicas que fizeram do ensino jurídico um obstáculo ao pensamento autônomo, crítico e reflexivo.

Luiz Eduardo W. Wanderley, corroborando a idéia em que se baseiam tais diretrizes, enfatiza a função da universidade como:

um lugar [...] privilegiado para conhecer a cultura universal e as várias ciências, para criar e divulgar o saber, mas deve buscar uma identidade própria e uma adequação à realidade nacional. Suas finalidades básicas são o ensino, a pesquisa e a extensão.<sup>28</sup>

A atual legislação procura instituir um novo paradigma de ensino jurídico, muito diverso do modelo bancarista exaustivamente denunciado por Paulo Freire. Em um modelo pós-moderno de ensino, a educação deve pautar-se pela formação de profissionais que não constituam meros receptáculos, limitados a receber e a reproduzir docilmente os saberes “depositados” por seus professores. Urge superarmos o modelo pelo qual

[...] a educação se transforma num ato de depositar, em que os educandos são os depositários e o educador o depositante. Em lugar de comunicar-se, o educar faz comunicados e depósitos, que os educandos, meras incidências, recebem pacientemente, memorizam e repetem. Eis aí a concepção bancária da educação, em que a única margem de ação que se oferece aos educandos é a de receberem os depósitos, guardá-los e arquivá-los.<sup>29</sup>

Essa atitude depositária afigura-se como um descrédito ao potencial intelectual dos estudantes, os quais se encontram, devido a essa herança de aprendizado, inconscientemente reprochados pelo desestímulo do próprio potencial, restringindo-se à simples reprodução do conhecimento.

Em vez do didatismo acachapante do ensino tradicional, entendemos que a relação de ensino-aprendizagem deve contribuir para o processo de subjetiva-

ção do estudante, processo este, em que tudo está interligado, com as *dobras*, reenâncias e complexidades intrínsecas à relação do sujeito cognoscente em face do objeto cognoscível:

A subjetivação compreendida como dobra é um processo de agrupação, de agregação, de composição, de disposição ou agenciamento ou arranjo, de concreção sempre relativa do heterogêneo: de corpos, vocabulários, inscrições, práticas, juízos, técnicas, objetos... que nos acompanham e determinam. Na subjetivação, prevalece – relativamente a qualquer objeto total e acabado, evidente, manifesto – a parte molecular fragmentada, incerta, rompendo, assim, com as velhas dicotomias articuladoras das ciências sociais<sup>30</sup>.

Não se pode ignorar o fim fundamental do mundo acadêmico, o qual vai além da profissionalização do indivíduo e que repousa na democratização do conhecimento; para que não haja uma marginalização de capacidades.

Assim, precisamos encontrar meios de forjar práticas de ensino-aprendizagem em que os estudantes possam colocar-se como autênticos sujeitos do seu próprio conhecimento, capazes de desenvolver as **competências e habilidades** necessárias à criação de soluções para os conflitos produzidos pelas sociedades cada vez mais complexas que se constituem sob o signo da era pós.

“Se a modernidade trouxe para cada pessoa a tarefa intransferível de auto-constituição – em contraste com as sociedades tradicionais em que as identidades eram atribuídas –”,<sup>31</sup> na pós-modernidade esse projeto torna-se bem mais complexo, em virtude da fragmentação e diluição das subjetividades contemporâneas:

A vida torna-se errática pela multiplicidade e pela fluidez, o eu se despedaça nas redes de comunicação, os indivíduos sentem-se investidos de solicitações bizarras na tarefa de se inventarem a si próprios, a plasticidade e o pastiche incorporam-se às maneiras de viver, [...] a unidade se desfaz no descarte sucessivo de intensidades momentâneas e os estados de ansiedade se acumulam.<sup>32</sup>

O contexto de fragmentação, heterogeneidade, diluição e perda de referenciais simbólicos, que tanto caracteriza a pós-modernidade, desautoriza a possibilidade de manutenção de um paradigma educacional pautado nas relações verticalizadas, autoritárias e centralizadoras do passado: o aluno pós-moderno não cabe nos padrões do ensino tradicional: ele transborda para fora da moldura e vaza na desmesura de seu próprio caos.

#### 4 PROBLEMAS DO ENSINO JURÍDICO NA PERSPECTIVA DOS PROFESSORES DE DISCIPLINAS PROPEDÊUTICAS

A quase totalidade dos professores de disciplinas propedêuticas ouvidos em nossa pesquisa indica, como uma das principais dificuldades a serem enfrentadas, o grau de imaturidade com que os alunos de ensino médio chegam ao

ensino superior – imaturidade esta, que, no sentir da Profa. Germana Parente Neiva Belchior, os impede de perceber a real importância de tais conteúdos na construção do conhecimento jurídico.<sup>33</sup>

Essa imaturidade advém de outro problema também mencionado pelos entrevistados, que consiste na falta de diálogo entre o ensino médio e o superior, pois as escolas, em sua maioria, não desenvolvem nos alunos a capacidade de pensar por conta própria e, a partir de tal reflexão, dialogar e questionar a respeito dos conhecimentos adquiridos.

Sobre tal aspecto, pronuncia-se a Profa. Gretha Leite Maia, apontando essa dissonância entre escolas e universidades como a maior fonte de dificuldades ao se ministrar disciplinas propedêuticas nos cursos jurídicos:

Havia uma certa expectativa de encontrar alunos que já tivessem estudado sociologia e filosofia, que voltaram a ser obrigatório no ensino médio há alguns anos. Mas tal fato não se deu e alguns alunos nem se lembram de terem estudado tais conteúdos (!). Outro fato é um desinteresse pelas discussões políticas e uma falta de vivência mesmo. [...] Ademais, a indiferença e o alheamento às questões políticas, aos movimentos sociais, que parecem muito distantes da realidade de classe média, a maioria de nossos estudantes.<sup>34</sup>

A profa. Roberta Laena Costa Jucá também procura iluminar a compreensão acerca das possíveis causas do hiato observado entre a formação dos estudantes secundaristas e dos universitários:

Os alunos das propedêuticas são alunos do início do curso e que, portanto, acabaram de sair de um modelo de ensino ultrapassado, que não ensina a pensar. Esses alunos estão acostumados a receber o conhecimento pronto e acabado, e não a produzi-lo. Então, o uso dos instrumentos da pesquisa científica encontra barreiras nesse paradigma. A maior dificuldade é fazer com que eles entendam a necessidade de pensar, de externar uma opinião e de exercer uma criticidade.<sup>35</sup>

Em sentido convergente, o Prof. Nicodemos Fabrício Maia pontua a diminuta interação entre professor e aluno, encontrada no modelo tradicional de educação, como outro problema que dificulta o ensino das disciplinas propedêuticas:

A interação professor aluno é fundamental. O processo deve ser dialético, já nos ensinaram os gregos do período clássico. É o modelo gramsciano de ensino: professor-aluno; aluno-professor. Em outras palavras, o professor é um eterno aluno.<sup>36</sup>

Corroborando as palavras do Prof. Nicodemos Maia, Paulo Freire denota a reciprocidade existente no processo de educação, no qual “o educador já não é o que apenas educa, mas o que, enquanto educa, é educado, em diálogo com o educando que, ao ser educado, também educa”.<sup>37</sup>

Por seu turno, vários professores apontaram o pragmatismo dominante nos padrões de conduta de nossos dias como uma das principais causas do relativo desinteresse dos alunos em relação às propedêuticas. Entre eles, podemos citar, ilustrativamente, a Profa. 01, para quem: <sup>38</sup>

[...] há um problema estrutural do sistema educacional. Nossos alunos não estão preparados para pensar, refletir, criticar, discutir, não vieram à universidade para isso. Vieram para aprender meia dúzia de leis que lhes faça ganhar dinheiro no futuro.

Em sentido convergente, manifesta-se a Profa. Danielly Passos:

Desde o início, acreditava que as disciplinas propedêuticas não teriam muito sucesso entre o corpo discente, devido à disseminação de uma mentalidade pragmática, a qual pressupõe que uma disciplina é interessante apenas quando serve a uma aplicação direta.<sup>39</sup>

Como dificuldades adicionais, o Prof. Leonardo Arquimimo de Carvalho ressalta que “As disciplinas propedêuticas são marcadas pela linguagem hermética, pela necessidade de desenvolvimento de um pensamento abstrato e por uma racionalidade não tão linear.”<sup>40</sup> No mesmo sentido, fala-nos o Prof. Nicodemos Maia que “[...] Estas disciplinas requerem um elevado índice de leitura e isto assusta àqueles que estão acostumados com o mundo das imagens. Exigir do novel aluno, doravante, o uso intensivo da leitura não é tarefa fácil.”<sup>41</sup>

Por fim, percebemos que, além da desvalorização das disciplinas propedêuticas pelos alunos, há, por vezes, uma acomodação por parte dos docentes, os quais são contagiados pelo clima de desinteresse propagado no meio discente. Menciona, nesse sentido, o Prof. 02 a existência de “um desinteresse dos docentes na busca de estratégias para lidar com as dificuldades apontadas”, afirmando o próprio professor nunca ter buscado soluções para contornar tais dificuldades.<sup>42</sup>

Corroborando a ideia de que o comportamento do corpo docente contribui para a desvalorização dos conteúdos propedêuticos, a Profa. Ana Stela Vieira Mendes coloca que:

é fundamental a realização de um trabalho junto ao próprio corpo docente, especialmente com os professores das disciplinas dogmáticas, que muitas vezes, reproduzem um discurso de auto-afirmação de suas próprias disciplinas, dizendo aos seus alunos que a dogmática é que é “direito de verdade”.

Notamos, portanto, a relevância de desenvolver, nos docentes, a consciência de serem as disciplinas propedêuticas, sobretudo nos tempos pós-modernos, fundamentais à formação do bacharel em Direito, visando assim à transmissão

dessa nova concepção ao corpo discente.

## 5 SOLUÇÕES PARA OS PROBLEMAS DO ENSINO JURÍDICO NA PERSPECTIVA DOS PROFESSORES DE DISCIPLINAS PROPEDÊUTICAS

Por meio da pesquisa de campo, obtivemos dos professores entrevistados, a identificação de diversas soluções para os problemas por eles apontados.

Mencionou-se, de forma recorrente, a necessidade de o docente, durante as aulas, estabelecer um elo mais sólido entre os conteúdos das disciplinas propedêuticas e a realidade, utilizando-se de fatos do dia-a-dia, do debate de temas polêmicos, bem como de relações com conteúdos dogmáticos, tornando perceptível aos discentes a utilidade e a relevância destas disciplinas. Nesse sentido, é muito ilustrativa a fala da Profa. Anna Luiza Coelho, para quem:

as disciplinas propedêuticas necessitam fazer um elo com a realidade, com a prática, a razão de ser daquele conhecimento para o aluno, como poderá ele mais tarde fazer uso daquele conhecimento. Busco sempre comentar com os alunos os fatos do dia a dia e fazer uma análise com esteio naquilo que ele está estudando em sala de aula. Outro fator importante é levar o aluno ao conhecimento das dificuldades do país, da miséria em que vivemos e da necessidade de pessoas que tenham o conhecimento necessário e possam fazer a diferença. Pergunto aos alunos o que eles acham sobre isto ou aquilo, tudo com o fito de trazer a matéria ao diálogo.<sup>43</sup>

Destacamos, outrossim, uma solução proposta pela Profa. Danielle Comin Martins:

Sinceramente, acho que se houvesse pré-requisito tudo se tornaria mais fácil! Acredito que as propedêuticas deveriam ser pré-requisitos para algumas dogmáticas (a elas relacionadas), por exemplo, Psicologia ser pré-requisito para Direito de Família e ECA, Sociologia/ Criminologia para Penal etc.<sup>44</sup>

Tal solução, embora seja externa ao ambiente da sala de aula, pois não visa a interferir na metodologia do ensino, mostrou-se eficiente no caso da disciplina ministrada pela Profa. Danielle Comin, a qual é pré-requisito, na IES em que leciona, para todas as disciplinas dogmáticas, exceto Constitucional.

Outros professores, mostrando-se bastante conscientes de um padrão ético, pautado por certo pragmatismo-funcionalista da parte do alunado, apontam a tendência de inclusão de parte dos conteúdos das disciplinas propedêuticas em provas de concursos (ENADE, concursos voltados à magistratura e, mais recentemente, o próprio Exame de Ordem) como uma possibilidade de recepção e abertura mais eficaz em relação ao estudo das propedêuticas. É a posição, exemplificativamente, da Profa. Denise Almeida de Andrade, da Profa. Roberta Laena Jucá, da Profa. Germana Belchior e da Profa. Danielle Comin Martins. De acordo com esta última, “Não adianta, o aluno é pragmático. Temos que dar um motivo para ele se interessar pela disciplina, mesmo que o motivo seja

tão ou mais pragmático que ele!”<sup>45</sup>

Outro mecanismo que propõe uma aproximação do discente com os conteúdos propedêuticos, bem como uma maior diversificação de leituras, é a formação de grupos de estudo. Aponta o Prof. Nicodemos Maia que:

Sem leitura não haverá base de sustentação do conhecimento e nem aprimoramento da escrita. Não haverá, ademais, a própria linguagem. Sem leitura não há liberdade. O nível de leitura do corpo discente beira ao absurdo. É um espanto.[...]. Circuitos culturais de leituras são necessários [...].<sup>46</sup>

Por seu turno, em entrevista à Revista Opinião Jurídica, Roberto Fragale comenta, acerca dos desafios que se interpõem aos professores de disciplinas propedêuticas:

Há algum tempo, contaram-me a história de um professor desesperado com a introdução do e-mail em seu cotidiano docente, argumentando que mal tivera tempo de se adaptar ao fax! Embora engraçada, a história mostra como o tempo vem sendo comprimido pela inovação tecnológica, que não nos possibilita sequer construir um conjunto de experiências passadas que possam informar os processos contemporâneos. Em outras palavras, a velocidade com que a tecnologia vem interferindo com nossas práticas docentes cotidianas é gigantesca e, por conta disso, práticas e experiências sequer consolidadas tornam-se obsoletas em um curtíssimo tempo. O efêmero impõe-se como regra. Assim, o trabalho docente torna-se cada vez mais complexo e desafiador. No âmbito do conteúdo propedêutico, o desafio é ainda mais complicado, pois, além da superação comunicativa, é preciso ainda construir mecanismos de compreensão em torno de uma gramática totalmente diferente. O que, então, introduzir na sala de aula de sorte a capturar a atenção dos alunos? Não tenho respostas inequívocas, mas creio que um primeiro e fundamental elemento consiste em uma prática de diálogo, em dar voz aos alunos e respeitar sua compreensão dos fatos. Não há um certo e um errado para cada resposta ou comentário. É preciso enfatizar a alteridade, introduzindo uma ampla dimensão de respeito pelo outro. A estética de fomento aqui demandada é, na verdade, uma postura epistemológica, o desenvolvimento seguro de uma prática dialógica, despida de respostas certas ou erradas e pautada por um enorme respeito pelo outro. Como agenda educacional, não parece ser pouco... E não é, mesmo!<sup>47</sup>

Por fim, é relevante ponderar que algumas soluções pragmáticas, postas em discussão pelos entrevistados, podem constituir, *no máximo*, um instrumento de reforço da importância das disciplinas propedêuticas junto aos alunos mais renitentes. De fato, soluções aqui citadas, como tornar disciplinas propedêuticas em pré-requisitos de disciplinas dogmáticas, introduzir a cobrança de seus conteúdos em concursos públicos, como os da magistratura, da OAB, etc, podem ter o seu valor, por cumprirem um papel de “sensibilização” junto aos alunos mais refra-



tários. Mas, o que não podemos é nos fiar prioritariamente em tais mecanismos.

Precisamos assumir a tarefa inarredável de converter a experiência do ensinar e do aprender em uma autêntica experiência estética, de modo que as soluções institucionais não sejam apenas um pretexto para nos descuidarmos da busca de soluções intestinas à sala de aula.

A questão estética emerge da análise do discurso produzido pela maioria dos professores entrevistados, que afirma utilizar-se de instrumentos que despertam e potencializam o interesse do alunado pelas disciplinas propedêuticas. Os recursos citados foram: a utilização de músicas, filmes, vídeos, poemas, textos de jornais e de revistas, quadrinhos, bingos, gincanas, debates, seminários e júris simulados: vale tudo para seduzir e capturar a atenção do corpo discente. Professoras como Theresa Rachel Coutinho<sup>48</sup> e Germana Belchior, entre outros, afirmam que os resultados se fazem sentir pelo próprio *feedback* dos discentes.

Afinal, a superação do paradigma moderno em prol do pós-moderno consiste precisamente no reconhecimento de que o homem não é apenas *sapiens*, mas também *luddens*,<sup>49</sup> necessitando de uma dimensão lúdica, estética, festiva, que capture a sua atenção, não pelo temor, mas pela sedução, pelo reencantamento da sala de aula, como espaço de exercício do desejo de conhecimento. Daí a importância de darmos passagem a novas técnicas e metodologias que mobilizem as dimensões criativas, intuitivas e artísticas de futuros profissionais do Direito, a quem caberá criar soluções para os novos problemas, acarretados por um novo e estranho mundo, que se configura diante de nossos olhos.

A pós-modernidade, pois, desafia uma nova sensibilidade para juristas e operadores do Direito.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como vimos, os problemas apontados pelos professores participantes da pesquisa são complexos e não comportam soluções fáceis, notadamente porque a pós-modernidade põe em questão as próprias relações humanas, que já não podem se pautar em artifícios de violência simbólica, como no passado.

Assim, a julgar pelos depoimentos colhidos nos estudos de campo, as soluções para o novo ensino jurídico, reclamado pela pós-modernidade, permeiam, de um lado, a construção de estruturas institucionais de reforço às disciplinas propedêuticas, e de outro, a busca de *linhas de fuga*,<sup>50</sup> enredadas em experiências metodológicas capazes de estetizar e horizontalizar o espaço da sala de aula.

## 6 REFERÊNCIAS

- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- BAUMAN, Zigmunt. **A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- \_\_\_\_\_. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BEDÊ, Fayga Silveira. **Ciberintimidade: a escrita de si na era digital**. 2010. (Tese Doutorado em Sociologia da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza).
- BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. **A construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento**. Petrópolis: Vozes, 1991.
- BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na Pós-Modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.
- BOURDIEU, Pierre. **Coisas ditas**. São Paulo: Brasiliense, 1990.
- \_\_\_\_\_. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.
- CARLINI, Angélica; CERQUEIRA, Daniel Torres de; ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo (orgs.). **180 anos do ensino jurídico no Brasil**. Campinas, SP: Millennium, 2008.
- CHARLES, Sébastien. **Cartas sobre a hipermodernidade** ou o hipermoderno explicado às crianças. Trad. Xerxes Gusmão. São Paulo: Barcarolla, 2009.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. Paradigmas e desafios pós-modernos. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano V, n. 9, p. 265-299, 2007.
- DOMENÈCH, M.; TIRADO, F. & GÓMEZ, L. A dobra: psicologia e subjetivação. Em: SILVA, Tomás Tadeu. **Nunca fomos humanos: nos rastros do sujeito**. Belo Horizonte: Autêntica. 2001.
- ELIAS, Norbert. SCOTSON, John L. **Os estabelecidos e os outsiders: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade**. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 2000.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. 42.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Pedagogia do Oprimido**. 43. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.
- FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**. Rio de Janeiro: Imago, 1974.
- FRIDMAN, Luis Carlos. **Vertigens pós-modernas: configurações institucionais contemporâneas**. 1. reimpr. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.
- GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

HAGUETTE, Tereza Maria Frota. **Metodologias qualitativas na sociologia**. Petrópolis: Rio, 1987.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. 9. ed. São Paulo: Loyola, 2000.

HUIZINGA, J. **Homo Ludens: o jogo como elemento da cultura**. São Paulo: Perspectiva, 2004.

LENOIR, Remi. Objeto sociológico e problema social. In: **Iniciação à prática sociológica**. Petrópolis: Vozes, s.d.

LIPOVETSKY, Gilles. **O império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas**. São Paulo: Companhia das letras, 1991.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. 11 ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2006.

SENNETT, Richard. *O declínio do homem público: as tiranias da intimidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

WANDERLEY, Luiz Eduardo W. **O que é universidade**. São Paulo: Brasiliense, 2003.<sup>515253</sup>

- 1 Para maiores aprofundamentos, vide: CARLINI, Angélica; CERQUEIRA, Daniel Torres de; ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo (orgs.). **180 anos do ensino jurídico no Brasil**. Campinas, SP: Millennium, 2008.
- 2 BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na Pós-Modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 370.
- 3 MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. 11 ed. São Paulo: Cortez; Brasília: UNESCO, 2006, p. 36.
- 4 Durante o XIV Congresso Nacional realizado pelo CONPEDI de 3 a 5 de novembro de 2005, em Fortaleza, em evento sediado pela UNIFOR.
- 5 BOURDIEU, Pierre. **Coisas ditas**. São Paulo: Brasiliense, 1990, p. 25.
- 6 Cf. LAZARFELD apud HAGUETTE, Tereza Maria Frota. **Metodologias qualitativas na sociologia**. Petrópolis: Rio, 1987, p. 56.
- 7 ELIAS, Norbert. SCOTSON, John L. **Os estabelecidos e os outsiders: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p.20-21.
- 8 Para ulteriores desenvolvimentos, vide: BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. **A construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento**. Petrópolis: Vozes, 1991; LENOIR, Remi. Objeto sociológico e problema social. In: **Iniciação à prática sociológica**. Petrópolis: Vozes, s.d.
- 9 BOURDIEU, 1990, op. cit., p.152.
- 10 Id. *ibid.* **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 31.
- 11 Cf. HARVEY, David. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. 9. ed. São Paulo: Loyola, 2000, p. 45.
- 12 FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**. Rio de Janeiro: Imago, 1974.
- 13 BAUMAN, Zigmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 10.
- 14 Para ter acesso a essa discussão, de forma mais detalhada, vide: CHARLES, Sébastien. **Cartas sobre a hipermodernidade** ou o hipermoderno explicado às crianças. Trad. Xerxes Gusmão. São Paulo: Barcarolla, 2009, p. 15-31.
- 15 Aqui nos valemos da belíssima imagem usada por BAUMAN, 1998, op. cit., p. 10.
- 16 Ordem: “uma espécie de compulsão por repetir que, quando um regulamento foi estabelecido de uma vez por todas, ele decide quando, onde e como algo deve ser feito; dessa forma, em toda circunstância similar

- somos poupados da hesitação e da indecisão.” FREUD [s. d.] apud BAUMAN, Zigmunt. **A sociedade individualizada**: vidas contadas e histórias vividas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 57.
- 17 LIPOVETSKY, Gilles. **O império do efêmero**: a moda e seu destino nas sociedades modernas. São Paulo: Companhia das letras, 1991.
- 18 BAUMAN, 1998, op. cit., p. 10.
- 19 Para acessar um amplo quadro comparativo contendo as características que diferenciam a modernidade e a pós-modernidade, vide: HASSAN, [s.d.] apud CUNHA, Paulo Ferreira da. Paradigmas e desafios pós-modernos. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano V, n. 9, p. 265-299, 2007, p. 273.
- 20 CHARLES, op. cit., p. 19.
- 21 “O pós-modernismo tem sido associado não apenas com o fim da aceitação de fundamentos, mas com o ‘fim da história’. [...] A ‘história’ não tem forma intrínseca nem teleologia total. Uma pluralidade de histórias pode ser escrita, e estas não podem ser ancoradas por referência a um ponto arquimediano (tal como a idéia de que a história tem uma direção evolucionária).” Cf. GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991, p. 55.
- 22 CHARLES, op. cit., p. 20.
- 23 Id., *ibid.*, p. 20.
- 24 Historicamente falando.
- 25 BEDÊ, Fayga Silveira. **Ciberintimidade**: a escrita de si na era digital. 2010. (Tese Doutorado em Sociologia da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza).
- 26 BAUMAN, 2008, op. cit., p. 61.
- 27 Id., *ibid.*, p. 61.
- 28 WANDERLEY, Luiz Eduardo W. **O que é universidade**. São Paulo: Brasiliense, 2003, p.11.
- 29 FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. 43. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p.66.
- 30 DOMENÈCH, M.; TIRADO, F. & GÓMEZ, L. A dobra: psicologia e subjetivação. In: SILVA, Tomás Tadeu. **Nunca fomos humanos**: nos rastros do sujeito. Belo Horizonte: Autêntica. 2001.
- 31 FRIDMAN, Luis Carlos. **Vertigens pós-modernas**: configurações institucionais contemporâneas. 1. reimpr. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000, p. 63.
- 32 Id. *ibid.*, p. 65.
- 33 Cf. entrevista prestada em 06 de março de 2010.
- 34 Cf. entrevista de 30 de março de 2010. Alias, esse alheamento às questões políticas, tema exposto minuciosamente na obra de Hannah Arendt, é uma característica emergente na modernidade liberal, em que há uma transferência do foco da esfera pública da política para a economia, impulsionando a despolitização da sociedade. Posteriormente, na pós-modernidade, há uma intensificação dessa conjuntura, o que se dá, na visão de Richard Sennett, devido à hipertrofia da esfera íntima, que rouba as atenções do público gerando um hiperfoco social em torno de aspectos eminentemente privados. A respeito dessa discussão, vide: ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003; SENNETT, Richard. **O declínio do homem público**: as tiranias da intimidade. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- 35 Cf. entrevista de 18 de março de 2010.
- 36 Cf. entrevista de 10 de março de 2010.
- 37 FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005, p.79.
- 38 Em razão da conveniência, por vezes, ocultamos o nome de alguns dos informantes, atribuindo-lhe apenas uma numeração. Cf. entrevista prestada em março de 2010.
- 39 Cf. entrevista de 19 de março de 2010.
- 40 Cf. entrevista de 23 de março de 2010.
- 41 Cf. entrevista de 10 de março de 2010.
- 42 Reiteramos que, por vezes, ocultamos o nome de alguns dos informantes, atribuindo-lhe apenas uma numeração. Cf. entrevista prestada em março de 2010.
- 43 Cf. entrevista de 17 de março de 2010.
- 44 Cf. entrevista de 23 de março de 2010.
- 45 Cf. entrevista de 23 de março de 2010.
- 46 Cf. entrevista de 10 de março de 2010.
- 47 Cf. entrevista concedida pelo autor à Revista Opinião Jurídica, ano , n.10, 2008.
- 48 Cf. entrevista de 24 de março de 2010.
- 49 Para aprofundar a compreensão da sociedade como jogo, vide: HUIZINGA, J. **Homo Ludens**: o jogo como elemento da cultura. São Paulo: Perspectiva, 2004. Em sentido, convergente, vários entrevistados

ressaltam a importância de se utilizar de mecanismos diferenciados para motivar o interesse dos alunos e para facilitar a aprendizagem, tais como a realização de gincanas, competições, júris simulados, bingos, exibição de filmes, teatralizações, etc.

50 Na expressão tão cara a Deleuze.

## THE IMPORTANCE OF THE PRELIMINARY DISCIPLINES IN THE FRAMEWORK OF JURIDICAL TEACHING IN POST-MODERNITY

### ABSTRACT

This article aims at discussing the importance of the initial and subsequent steps that should be taken in the process of juridical teaching at post-modernity. For that matter, we have started from the assumption that current juridical teaching has been highly influenced by a society which is becoming gradually more complex. Due to this fact, the prosaic and old-fashioned “banking-like” way of teaching can no longer cope with the challenges which the newly-graduated professionals will have to meet now that they have completed their University studies. We have worked with the thesis that the traditional “banking-like” mentality, which Paulo Freire so harshly repudiated for treating scholars like “deposits” of massive information which ought to be memorized and passed on – has to be left aside and substituted by a juridical teaching method which may offer the students not only the necessary grounds of knowledge but also the adequate ability and competence so that they will know what to do with the contents they have acquired. For that purpose, we have analyzed the role which the preliminary disciplines play in the process of conquering this new paradigm of teaching; we have also resorted to bibliographical and field research and we have based our work on the experience of University professors who are in the daily routine of private and public Law courses.

**Key-words:** Juridical teaching. Preliminary disciplines. Post-modernity. Complexity. Field research.

# CLÁUSULAS GERAIS PROCESSUAIS

Freddie Didier Jr.\*

## RESUMO

Este ensaio tem o objetivo de demonstrar a importância da técnica legislativa das cláusulas gerais para o direito processual civil contemporâneo.

**Palavras-chave:** Direito processual civil. Cláusulas gerais. Criatividade judicial

## 1 CONSIDERAÇÃO INTRODUTÓRIA

A metodologia jurídica transformou-se sensivelmente a partir da segunda metade do século XX. Embora não seja este o local adequado para fazer uma resenha deste processo histórico, não se pode deixar de afirmar uma quase obviedade: o Direito processual civil não é imune a toda essa transformação.

A compreensão e a aplicação do Direito processual não podem prescindir desta nova metodologia. É preciso fazer um *aggiornamento* do repertório teórico do operador do Direito; apontar as principais marcas do pensamento jurídico contemporâneo e examinar de que modo elas vêm interferindo no Direito processual civil e na Teoria do Processo.

Uma dessas marcas é a transformação da hermenêutica jurídica, com o reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional: a função jurisdicional passa a ser encarada como uma função essencial ao desenvolvimento do Direito, seja pela estipulação da norma jurídica do caso concreto, seja pela interpretação dos textos normativos, definindo-se a norma geral que deles deve ser extraída e que deve ser aplicada a casos semelhantes.

Estabelece-se, ainda, a distinção teórica entre *texto* e *norma*, sendo essa o produto da interpretação daquele<sup>1</sup>. Consagram-se as máximas (postulados, princípios ou regras, conforme a teoria que se adote) da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação das normas. Identifica-se o método da *concretização* dos textos normativos, que passa a conviver com o método da *subsunção*<sup>2</sup>.

Expande-se, ainda, a técnica legislativa das *cláusulas gerais*, que exigem do órgão jurisdicional um papel ainda mais ativo na criação do Direito.

Esse último aspecto é o que interessa a esse ensaio, que cuida de destacar a importância e a função das cláusulas gerais no direito processual civil.

\* Professor-adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia. Mestre (UFBA), Doutor (PUC/SP) e Pós-doutor (Universidade de Lisboa). Advogado e consultor jurídico. [www.freddiedidier.com.br](http://www.freddiedidier.com.br)

## 2 CLÁUSULAS GERAIS

*Cláusula geral* é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o conseqüente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa<sup>3</sup>. Há várias concepções sobre as *cláusulas gerais*<sup>4</sup>. Optamos por essa para fins didáticos, além de a considerarmos a mais adequada, mas não se ignora a existência de outras.

JUDITH MARTINS-COSTA, uma das autoras que mais contribui para a correta sistematização das cláusulas gerais, assim as define:

Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista do caso concreto, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja a concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico.<sup>5</sup>

Cabe ao aplicador da norma identificar o preenchimento do suporte fático e determinar qual a conseqüência jurídica que dele será extraída<sup>6</sup>.

A cláusula geral é uma técnica legislativa que vem sendo cada vez mais utilizada, exatamente porque permite uma abertura do sistema jurídico a valores ainda não expressamente protegidos legislativamente, a:

[...] *standards*<sup>7</sup>, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não-previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não-advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfico jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, *viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo*.<sup>8</sup>

A técnica das “cláusulas gerais” contrapõe-se à técnica casuística<sup>9</sup>. *Não há sistema jurídico exclusivamente estruturado em cláusulas gerais* (que causariam uma sensação perene de insegurança) *ou em regras casuísticas* (que tornariam o sistema sobremaneira rígido e fechado, nada adequado à complexidade da vida contemporânea). *Uma das principais características dos sistemas jurídicos contemporâneos é exatamente a harmonização de enunciados normativos de ambas as espécies*<sup>10</sup>.

É indiscutível que a existência de cláusulas gerais reforça o poder criativo da atividade jurisdicional<sup>11</sup>. O órgão julgador é chamado a interferir mais ativa-

mente na construção do ordenamento jurídico, a partir da solução de problemas concretos que lhe são submetidos.

O método da *subsunção* do fato ao enunciado normativo, próprio e útil para os casos de textos normativos típicos e fechados, revela-se insuficiente para a aplicação de cláusulas gerais. As cláusulas gerais exigem *concretização* em vez de *subsunção*.

Na apreciação do caso concreto, o juiz não tem apenas de ‘generalizar’ o caso; tem também de ‘individualizar’ até certo ponto o critério; e precisamente por isso, a sua actividade não se esgota na ‘subsunção’. Quanto ‘mais complexos’ são os aspectos peculiares do caso a decidir, ‘tanto mais difícil e mais livre se torna a actividade do juiz, tanto mais se afasta da aparência da mera subsunção.’<sup>12</sup>

O Direito passa a ser construído *a posteriori*, em uma mescla de indução e dedução<sup>13</sup>, atento à complexidade da vida, que não pode ser totalmente regulada pelos esquemas lógicos reduzidos de um legislador que pensa abstrata e aprioristicamente<sup>14</sup>. As cláusulas gerais servem para a realização da *justiça do caso concreto*<sup>15</sup>; revelam-se, em feliz metáfora doutrinária, como “pontos de erupção da equidade”<sup>16</sup>.

Como afirma WIEACKER:

[...] as cláusulas gerais constituíram uma notável e muitas vezes elogiada concessão do positivismo à auto-responsabilidade dos juízes e a uma ética social transpositiva, cujo padrão propulsor para o legislador foi constituído pela organização dada pelo *praetor* romano ao *judex* para determinar o conteúdo da decisão de acordo com a *bona fides*. O legislador transformou o seu trabalho – através da referência à “boa-fé”, aos bons costumes, aos hábitos do tráfego jurídico, à justa causa, ao carácter desproporcionado, etc. – em algo mais apto para as mutações e mais capaz de durar do que aquilo que era de se esperar.<sup>17</sup>

Um das técnicas de compreensão e aplicação das cláusulas gerais é o “método do grupo de casos” (*Fallgruppenmethode*), desenvolvido pelos juristas germânicos e aplicado, por exemplo, na *arrumação das hipóteses de aplicação do princípio da boa-fé processual*. Trata-se de método que reforça a função do precedente judicial na concretização das normas gerais, inclusive as cláusulas gerais.

Conforme a explicação de FABIANO MENKE:

[...] por meio dele, compara-se o caso a ser decidido com os casos isolados que integram um grupo de casos já julgados sobre determinada norma. Caso haja identidade fático-normativa entre os casos, será possível agregar o novo caso ao grupo já consolidado, e no que toca à sua fundamentação, bastará a indicação de que pertence ao grupo, de maneira que ocorre um verdadeiro reaproveitamento das razões já expendidas nas hipóteses assemelhadas. Parece ter lugar



uma nova configuração da argumentação, no sentido de que ela não busca a justificação da adequação de determinada cláusula geral ao caso em questão, mas sim a possibilidade de comparação entre o novo caso com os já decididos.<sup>18</sup>

A relação entre cláusula geral e o precedente judicial é bastante íntima. Já se advertiu, a propósito, que a utilização da técnica das cláusulas gerais aproximou o sistema do *civil law* do sistema do *common law*. Esta relação revela-se, sobretudo, em dois aspectos. Primeiramente, a cláusula geral reforça o papel da jurisprudência na criação de normas gerais: a reiteração da aplicação de uma mesma *ratio decidendi* dá especificidade ao conteúdo normativo de uma cláusula geral, sem, contudo, esvaziá-la; assim ocorre, por exemplo, quando se entende que tal conduta típica é ou não exigida pelo princípio da boa-fé<sup>19</sup>. Além disso, a cláusula geral funciona como *elemento de conexão*, permitindo ao juiz fundamentar a sua decisão em casos precedentemente julgados<sup>20</sup>.

A vagueza da proposição normativa é esclarecida paulatinamente pelas decisões judiciais, que: “mediante exemplos “ilustrativos” e, em seguida,

[...] por via da comparação com outros casos julgados em conformidade com eles, bem como mediante a elaboração de idéias jurídicas novas e mais especiais, com base na análise jurídica dos casos em que elas se manifestam, conseguem enriquecer cada vez mais o conteúdo da pauta relativamente ‘indeterminada’, concretizá-la em relação a certos casos e grupos de casos e, deste modo, criar finalmente um entrelaçado entre modelos de resolução em que possam ser arrumados, na sua maioria, os novos casos a julgar.<sup>21</sup>

O método do agrupamento de casos não é perfeito, obviamente. Há casos julgados em época com contexto social muito diverso (casos sobre “bons costumes” do início do século vinte teriam pouca serventia nos dias atuais<sup>22</sup>). Pode ser que ainda não haja casos passíveis de comparação, quando então, “mas só precisamente então”, só a convicção pessoal do órgão julgador do que seja a medida do justo poderá oferecer a solução<sup>23</sup>. Finalmente, há o perigo de que o agrupamento de casos sirva de fundamento para um retorno ao método da subsunção exclusiva, impedindo o desenvolvimento judicial do Direito e acomodando a interpretação das cláusulas gerais pelos tribunais<sup>24</sup>.

Há outros elementos que, ao lado dos precedentes, servem à *concretização* das cláusulas gerais.

A observância à *finalidade concreta da norma* é um dos elementos imprescindíveis à concretização de uma cláusula geral. O método teleológico de compreensão das normas, não obstante tenha as suas dificuldades<sup>25</sup>, não pode ser ignorado. Cabe ao aplicador procurar os “objetivos concretos” da norma: a concretização é uma atividade, é um criativo processo de integração de valores e interesses concretos<sup>26</sup>.

Outro elemento decisivo na concretização das cláusulas gerais é a *pré-compreensão* do aplicador a respeito dos elementos do enunciado normativo. “Não se pode negar que, ao apreciar as circunstâncias de fato e as hipóteses normativas, o aplicador opera seletivamente e, nessa atividade, já componentes que não estão pré-qualificados sistematicamente, mas que são, limitadamente, qualificados pelo próprio aplicador”<sup>27</sup>.

Não pode o aplicador, na concretização das cláusulas gerais, ignorar o *consenso social* já estabelecido a respeito de determinadas circunstâncias que devem ser por ele examinadas<sup>28</sup>. As práticas negociais de agricultores de uma região, por exemplo, não podem ser ignoradas na compreensão do que significa um comportamento socialmente havido como honesto (*standard*), para fim de concretização da cláusula geral da boa-fé. Os *standards* servem como parâmetro para a concretização das cláusulas gerais<sup>29-30</sup>.

PEDRO PAIS DE VASCONCELOS defende que a concretização das cláusulas gerais exige que o intérprete “se debruce sobre a situação concreta do caso, que intua a constelação valorativa de referência, que pondere a consequência da concretização e que formule o juízo em termos tais que seja susceptível de ser sindicado”<sup>31</sup>. A observação é importante, exatamente para destacar o seguinte: a concretização das cláusulas gerais pode ser controlada, quer por razões formais (incompetência do órgão julgador ou falta de fundamentação), quer por razões substanciais (má compreensão da cláusula geral). *É possível rever uma decisão que aplica mal uma cláusula geral, quer porque a aplicou de modo irrazoável ou inadequado (decisão injusta), quer porque a aplicou sem a devida fundamentação (decisão nula)*.

As cláusulas gerais trazem consigo, entretanto, o sério risco de insegurança jurídica.

A despeito do contexto político-social da época da decisão, as cláusulas gerais:

[...] possibilitam ao juiz fazer valer a parcialidade, as valorações pessoais, o arrebatamento jusnaturalista ou tendências moralizantes do mesmo gênero, contra a letra e contra o espírito da ordem jurídica. Por outro lado, o uso inadequado, hoje cada vez mais freqüente, das cláusulas gerais pelo legislador atribui ao juiz uma responsabilidade social que não é a do seu ofício.<sup>32</sup>

Esses problemas ainda podem ganhar maior vulto em tempos de eferescência social, guerras ou crise econômica. Há o perigo quase inevitável da *fuga para as cláusulas gerais* (*Die Flucht in die Generalklauseln*), conforme célebre expressão de HEDEMANN. Como parece ser inevitável a existência de cláusulas gerais no ordenamento jurídico, inclusive no Direito processual, cabe à teoria jurídica e à jurisprudência desenvolver técnicas dogmaticamente adequadas de manejo dessas espécies normativas.

Finalmente, é preciso distinguir *cláusula geral* e *princípio*. *Cláusula geral* é um texto jurídico; *princípio* é norma. São institutos que operam em níveis diferentes do fenômeno normativo. A norma jurídica é produto da interpretação de um texto jurídico<sup>33</sup>. Interpretam-se textos jurídicos para que se verifique qual norma deles pode ser extraída. Um princípio pode ser extraído de uma cláusula geral, e é o que costuma acontecer. Mas a cláusula geral é texto que pode servir de suporte para o surgimento de uma regra. Da *cláusula geral* do devido processo legal é possível extrair a regra de que a decisão judicial deve ser motivada, por exemplo.

Este ensaio é mais um passo na empresa doutrinária de divulgação do pensamento jurídico sobre o assunto, etapa indispensável para o desenvolvimento do Direito. Muito já se construiu a respeito do tema, como visto. As linhas básicas podem assim ser resumidas: a) percepção de que não há legislação composta apenas por cláusulas gerais: a existência de regras jurídicas é indispensável para a diminuição da complexidade da regulação da vida social e o prestígio da segurança jurídica; b) a aplicação das cláusulas gerais não dispensa sólida fundamentação pelo órgão julgador, cuja decisão pode ser submetida ao controle formal ou substancial; c) o método da *concretização* das normas é o mais adequado para a aplicação das cláusulas gerais, que, não obstante ainda necessite de um contínuo aprimoramento teórico, exige a observância dos precedentes judiciais, da finalidade concreta da norma; da pré-compreensão, da valoração judicial dos resultados da decisão e do consenso como fundamento parcial da decisão (conforme sistematização de HUMBERTO ÁVILA).

Feita a ressalva, podemos ir adiante.

### 3 O DIREITO PROCESSUAL CIVIL E AS CLÁUSULAS GERAIS.

As cláusulas gerais desenvolveram-se inicialmente no âmbito do Direito Privado, cujos principais exemplos são as cláusulas gerais da *boa-fé*, da *função social da propriedade* e da *função social do contrato*.

Ultimamente, porém, *as cláusulas gerais têm “invadido” o Direito processual, que naturalmente sofreu as conseqüências das transformações da metodologia jurídica no século passado*<sup>34</sup>. Afinal, o Direito processual também necessita de “normas flexíveis que permitam atender às especiais circunstâncias do caso concreto”<sup>35</sup>.

O princípio do *devido processo legal* é o principal exemplo de cláusula geral processual. O CPC brasileiro contém outros vários exemplos de cláusulas gerais: a) cláusula geral executiva (art. 461, § 5º, CPC)<sup>36</sup>; b) poder geral de cautela (art. 798 do CPC)<sup>37</sup>; c) cláusula geral do abuso do direito do exequente (art. 620 do CPC)<sup>38</sup>; d) cláusula geral da boa-fé processual (art. 14, II, CPC); e) cláusula geral de publicidade do edital de hasta pública (art. 687, § 2º, CPC)<sup>39</sup>; f) cláusula geral de adequação do processo e da decisão em jurisdição voluntária (art. 1.109 do CPC)<sup>40</sup> etc.

A existência de várias cláusulas gerais rompe com o tradicional modelo de tipicidade estrita que estruturava o processo até meados do século XX<sup>41</sup>.

No Direito processual civil brasileiro, porém, as cláusulas gerais aparecem *soltas*, como se houvessem sido previstas sem qualquer preocupação sistemática.

O CPC português é estruturado em cláusulas gerais: a) princípio da adequação formal (art. 265º-A<sup>42</sup>); b) cláusula geral do acesso a uma justiça efetiva, tempestiva e adequada (art. 2º, 1 e 2)<sup>43</sup>; c) cláusula geral da igualdade das partes (art. 3º-A)<sup>44</sup> etc.; d) cláusula geral de cooperação processual (art. 266º, 1). Nesse aspecto, o CPC português está na vanguarda mundial. Não há legislação processual de onde se possam extrair tantas *cláusulas gerais expressamente consagradas*.

A flexibilidade/abertura do direito processual civil português revela-se muito claramente. A topografia das previsões legislativas portuguesas é emblemática. As cláusulas gerais no CPC português aparecem no início da codificação, como que compondo o prólogo indispensável à compreensão do direito processual português. No CPC brasileiro, as cláusulas gerais mostraram-se dispersas, sem qualquer ligação sistemática, produtos de inúmeras reformas legislativas que desestruturaram o sistema organizado por ALFREDO BUZAID para o Direito processual civil brasileiro, sem preparar um outro para substituí-lo.

A produção doutrinária e as manifestações jurisprudenciais sobre as cláusulas gerais são quase infinitas<sup>45</sup>. Notadamente na Alemanha, há um vastíssimo número de ensaios doutrinários a respeito do tema. Tudo isso contribuiu para que as cláusulas gerais fossem aplicadas de maneira dogmaticamente aceitável e, conseqüentemente, de modo a que se pudessem controlar as decisões judiciais que delas se valessem.

O princípio da boa-fé processual pode servir como exemplo do quanto ora se diz.

O princípio da boa-fé processual decorre de uma cláusula geral. As conseqüências normativas para o desrespeito ao princípio da boa-fé não precisam ser *típicas*: pode-se construir o efeito jurídico mais adequado ao caso concreto. A infração ao princípio da boa-fé pode gerar *invalidade* do ato processual, *preclusão* de um poder processual (talvez até mesmo uma *supressão*), *dever de indenizar* (se a infração vier acompanhada de um dano), *direito a tutela inibitória*, *sanção disciplinar* etc.<sup>46</sup> Essa parece ser a solução para o problema mais recorrente no manejo das cláusulas gerais processuais: saber a conseqüência normativa para o seu descumprimento. Aplicam-se aqui, em razão da proximidade entre abuso do direito e boa-fé, as considerações de CUNHA DE SÁ sobre a sanção ao abuso do direito, cuja determinação “deverá ser feita em função e de acordo com as circunstâncias específicas do comportamento concretamente assumido pelo titular do direito.”<sup>47</sup>

Enfim, o operador jurídico não pode prescindir desses subsídios na aplicação das cláusulas gerais processuais, atualmente tão abundantes.

## REFERÊNCIAS

- ABDO, Helena Najjar. **O abuso do processo**. São Paulo: RT, 2007, p. 229-244.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito da PU-CRS: o ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.
- CAMBI, Eduardo; NALIN, Paulo. O controle da boa-fé contratual por meio dos recursos de estrito direito. In: WAMBIER, Teresa; NERI JÚNIOR, Nelson (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: RT, 2003.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. In: CORDEIRO, A. Menezes (Trad.). **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CASTRONOVO, Carlo. L'avventura delle clausole generali. **Rivista Critica del Diritto Privato**, ano IV, n. 1, 1986.
- DAWSON, John P. **The General Clauses viewed from a distance**. *Rabels Zeitschrift*, Tübingen, ano 41, 3<sup>o</sup> caderno.
- ENGISCH, Karl. In: MACHADO, J. Baptista (Trad.). **Introdução ao pensamento jurídico**. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, s/a.
- GADAMER, Hans-Georg. In: MEURER, Flávio Paulo (Trad.). **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 7. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2005.
- GARSTKA, Hansjürgen. "Generalklauseln". In: KOCH, Hans-Joachim (Hrsg.). **Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie**. Kronberg, p. 96-123.
- GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. Codificação e cláusulas gerais. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, 2000, n. 2, p. 3-25.
- GUASTINI, Riccardo. In: BINI, Edson (Trad.). **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, t. 1.
- \_\_\_\_\_. In: LAMEGO, José (Trad.). **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEHMANN, Heinrich. **Tratado de derecho civil: parte general**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s/a, v. 1

MARINONI, Luiz Guilherme. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON FILHO, Petrônio (Org.). **Idéias para um “renovado direito processual”**. Bases científicas para um renovado direito processual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. “Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação?”. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2002, n. 43, p. 228-232.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999.

\_\_\_\_\_. O Direito Privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado, 1998, n. 139.

MAZZEI, Rodrigo. **O Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais**. Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual. Salvador: Edições JUS PODIVM, 2006.

MENGONI, Luigi. “Spunti per una teoria delle clausole generali”. **Rivista Critica del Diritto Privato**, 1986, ano IV, n. 1.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre: AJURIS, n. 103.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênese, 2003, n. 27.

PERLINGIERI, Pietro. In: CICCIO, Maria Cristina de (Trad.) **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROSELLI, Federico. Clausole generali: l’uso giudiziario. **Política del Diritto**. Bologna: Il Mulino, 1988, n. 4, p. 667-681.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. **Abuso do direito**. Coimbra: Almedina, 2005.

TARUFFO, Michele. **General report: abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness**. Haia/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999.

VASCONCELOS, Pedro Pais. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. São Paulo: RT, 2009.

WEBER, Ralph. Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen. **Archiv für die civilistische Praxis**, v. 192, 6<sup>o</sup> caderno. Tübingen: Mohr, 1992, p. 516-567.

WIEACKER, Franz. In: HESPANHA, A. M. Botelho (Trad.). **História do Direito Privado Moderno**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

- 1 GUASTINI, Riccardo. In: BINI, Edson (Trad.). *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 131.
- 2 TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, tratando da insuficiência da dogmática tradicional para resolver os problemas jurídicos do mundo contemporâneo observa que: “muitos são os pontos em que se evidencia a fragilidade, ou pelo menos a insuficiência, do raciocínio dedutivo e da lógica formal e pura, instrumentos típicos da dogmática tradicional”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. São Paulo: RT, 2009, item 2.2, p. 37.)
- 3 MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999, p. 303-306; CASTRONOVO, Carlo. “L'avventura delle clause generali”. **Rivista Critica del Diritto Privato**, 1986, ano IV, n. 1, p. 24, nota 14; ÁVILA, Humberto Bergmann. “Subsuncão e concreção na aplicação do direito”. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 432; MAZZEI, Rodrigo. “O Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais”. **Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual**. Salvador: Edições JUS PODIVM, 2006, p. 34; CAMBI, Eduardo; NALIN, Paulo. “O controle da boa-fé contratual por meio dos recursos de estrito direito”. In: WAMBIER, Teresa; NERI JÚNIOR, Nelson (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: RT, 2003, p. 95.
- 4 CLÁUDIA LIMA MARQUES, por exemplo, entende que os tipos normativos abertos, com consequência jurídica determinada, são também cláusulas gerais. É o caso, por exemplo, do inciso IV do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, em que se reputam *nulas* as cláusulas contratuais em contratos de consumo que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”. Não obstante a determinação da consequência jurídica (nulidade), a abertura do tipo normativo autorizaria que se o reputasse como uma cláusula geral. Ao longo do texto, sempre que for útil para a compreensão da nossa exposição, faremos referência a essas outras linhas de raciocínio. MARQUES, Cláudia Lima. “Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação?”. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2002, n. 43, p. 228-232.
- 5 MARTINS-COSTA, op. cit., p. 303.
- 6 Em sentido diverso, Luigi Mengoni, para quem as cláusulas gerais não têm “una propria autonoma fattispecie, essendo destinate a concretizzarsi nell’ambito dei programmi normativi di altre disposizioni”. (MENGONI, Luigi. “Spunti per una teoria delle clause generali”. **Rivista Critica del Diritto Privato**, 1986, ano IV, n. 1, p. 11).
- 7 O *standard* é um argumento utilizado pelo intérprete na aplicação do Direito. Trata-se de um modelo (*standard*), um tipo de comportamento aceitável em determinada situação. A “diligência mínima de um homem comum”, os “costumes do tráfico”, a “boa-fé” etc. são exemplos. Os standards têm a função de orientação (*Steuerungsfunktion*) na concretização das cláusulas gerais (VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**, p. 396). Sobre o tema, amplamente, ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, s/a, p. 123-125; LARENZ, Karl. In: LAMEGO, José (Trad.). **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 660-661.
- 8 MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado, 1998, n. 139, p. 7.
- 9 ENGISCH, Karl. In: MACHADO, J. Baptista (Trad.). **Introdução ao pensamento jurídico**. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 228-229. “A casuística, também dita *técnica da regulamentação por fattispecie*, é, portanto, a técnica utilizada nos textos normativos marcados pela especificação ou determinação dos elementos que compõem a *fattispecie*. Em outras palavras, nas normas formuladas casuisticamente, percebe-se que o legislador fixou, do modo o mais possível completo, os critérios para aplicar uma certa qualificação aos fatos normados”. (MARTINS-COSTA, 1998, op. cit., p. 7.) Assim, também, MENGONI, op. cit., p. 9.
- 10 MARTINS-COSTA, 1998, op. cit., p. 7.
- 11 Reconhecendo ser extremamente difícil de resolver o problema relativamente aos limites da criatividade judicial, que devem ser fixados na exata medida em que não comprometam o Estado de Direito, Teresa Arruda Alvim Wambier observa que: “A liberdade do juiz, num sistema de direito positivo e codificado, consiste em determinar, em cada caso, o perímetro ou o contorno das determinações legais (WAMBIER, op. cit., p. 102).
- 12 LARENZ, op. cit., p. 150, com base nas lições de Schönfeld.



- 13 ÁVILA, op. cit., p. 429-430; MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre: AJURIS, n. 103, p. 79.
- 14 MARTINS-COSTA, Judith., 1998, op. cit., p. 7; PERLINGIERI, Pietro. In: CICCIO, Maria Cristina de (Trad.) **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 27.
- 15 Tratando das cláusulas gerais, diz Teresa Arruda Alvim Wambier que a cláusula geral não se refere de maneira minuciosa a fenomenologia social a que diz respeito, apontando exclusivamente as características mais marcantes da situação empírica em que a norma deve incidir. Numa cláusula geral há sempre valores incorporados e elas exercem o papel de “poros” ou de janelas abertas para a mobilidade da vida em sociedade. Está-se, aqui, portanto, segundo a autora, diante de um fenômeno mais complexo do que a inclusão de conceitos vagos na norma. (WAMBIER, op. cit., p. 161).
- 16 CANARIS, Claus-Wilhelm. In: CORDEIRO, A. Menezes (Trad.). **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 142.
- 17 WIEACKER, Franz. In: HESPANHA, A. M. Botelho (Trad.). **História do Direito Privado Moderno**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 546.
- 18 MENKE, op. cit., p. 81-82. O autor faz bela resenha da doutrina germânica em derredor do tema. Certamente, é uma importante fonte de pesquisa língua portuguesa, que merece consulta e para onde se remete o leitor.
- 19 MARTINS-COSTA, 1998, op. cit., p. 10.
- 20 “Figure-se por exemplo, num sistema no qual inexistia cláusula geral em matéria de direito dos contratos, o julgamento de uma variedade de casos em que os magistrados decidam ter havido inadimplemento contratual por parte de um ou de ambos contratantes, partes no litígio, pela infringência de certos deveres de conduta, positivos ou negativos, não previstos nem na lei nem no contrato. Uma tal decisão pode vir fundada, pelo juiz ‘A’ numa referência à equidade; pelo juiz ‘B’ , ao princípio que veda o abuso do direito; pode outro juiz aludir, genericamente, aos princípios gerais do direito, e ainda outro pode buscar, para fundar o *decisum*, mesmo um princípio pré-positivo, ainda inexpresso legislativamente. Um último, por fim, imporá os mesmos deveres com base numa interpretação integradora da vontade contratual. Em todas estas situações a sentença poderá estar adequadamente fundamentada. Contudo, ninguém discutirá que a dispersão dos fundamentos utilizados dificultará sobremaneira a pesquisa dos precedentes, pois será quase impossível visualizar a identidade da ratio decidendi existente em todos os exemplos acima figurados, “*a menos que seja facultado (ao juiz do caso atual) consultar toda a matéria de que se serviu o juiz*” (dos casos precedentes) *na sua integralidade*”, o que se afigura, na prática, fantástico. Mas é preciso convir que a diversidade dos fundamentos elencados não só problematiza a pesquisa jurisprudencial, como, por igual, o progresso do Direito — pela dificuldade na reiteração da hipótese nova —, impedindo a sistematização da solução inovadora. Por isto à cláusula geral cabe o importantíssimo papel de atuar como o ponto de referência entre os diversos casos levados à apreciação judicial, permitindo a formação de catálogo de precedentes”. (MARTINS-COSTA, 1998, op. cit., p. 10-11).
- 21 LARENZ, op. cit. p. 411.
- 22 *Ibid.*, p. 412.
- 23 *Ibid.*, p. 413.
- 24 Essa dura crítica ao método de grupo de casos foi feita por Ralph Weber em WEBER, Ralph. Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen. **Archiv für die civilistische Praxis**, v. 192, 6º caderno. Tübingen: Mohr, 1992, p. 516-567. No texto de Fabiano Menke, já mencionado, que nos serviu de fonte de pesquisa, encontra-se a resenha em língua portuguesa deste ensaio.
- 25 “[...] o sentido das normas nem sempre é unívoco; há fins próximos e fins remotos; os fins podem situar-se dentro e fora das normas e o próprio conceito de fim já contém, em si, uma dificuldade de delimitação”. (ÁVILA, op. cit., p. 439).
- 26 *Ibid.*, p. 439.
- 27 *Ibid.*, p. 440.
- 28 LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, t. 1, p. 143.
- 29 Convém transcrever o pensamento de LARENZ sobre o tema: “Tais *standards* não são, como acertadamente observa STRACHE, regras configuradas conceptualmente, às quais se possa efectuar simplesmente a subsunção por via do procedimento silogístico, mas pautas ‘móveis’, que têm que ser inferidas da conduta reconhecida como ‘típica’ e que têm que ser permanentemente concretizadas”. (LARENZ, 1997, op. cit., p. 655-673). Como se pode perceber, seja pela referência ao agrupamento de casos, seja pela remissão aos *standards*, a concretização das cláusulas gerais não pode prescindir do pensamento tipológico (a partir de “tipos”, “modelos”).



- 30 Muito a propósito, eis o que diz Gadamer: “Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e conseqüente possível [...]. Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa. Por isso, uma consciência formada hermenêuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem uma ‘neutralidade’ com relação à coisa nem tampouco um anulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais. O que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais”. (GADAMER, Hans-Georg. In: MEURER, Flávio Paulo (Trad.). **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 7. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2005, p. 358.)
- 31 VASCONCELOS, Pedro Pais. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 394.
- 32 WIEACKER, op. cit., p. 546-547.
- 33 GUASTINI, Riccardo. In: BINI, Edson (Trad.). **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 131.
- 34 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênese, 2003, n. 27, p. 26.
- 35 LEHMANN, Heinrich. **Tratado de derecho civil**: parte general. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s/a, v. 1, p. 58.
- 36 § 5º do art. 461 do CPC brasileiro: “Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”.
- 37 Art. 798 do CPC brasileiro: “Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.
- 38 Art. 620 do CPC: “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”.
- 39 § 2º do art. 687 do CPC: “Atendendo ao valor dos bens e às condições da comarca, o juiz poderá alterar a forma e a freqüência da publicidade na imprensa, mandar divulgar avisos em emissora local e adotar outras providências tendentes a mais ampla publicidade da alienação, inclusive recorrendo a meios eletrônicos de divulgação”.
- 40 Art. 1.109 do CPC brasileiro: “O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna”.
- 41 Neste sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON FILHO, Petrônio (Org.). **Idéias para um “renovado direito processual”**. Bases científicas para um renovado direito processual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 143. Nesta mesma linha, embora com alguns exemplos não muito convincentes de cláusula geral processual (art. 285-A, CPC brasileiro, p. ex., que, embora tenha pressuposto fático composto por alguns termos vagos, conseqüente normativo é determinado), HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. “As cláusulas gerais no processo civil”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2008, n.155.
- 42 Art. 265º-A do CPC português “Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações”.
- 43 Art. 2º do CPC português: “1. A protecção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar 2. A todo o direito, excepto quando a lei determine o contrário, corresponde a acção adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente, bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da acção”.
- 44 Art. 3º-A do CPC português: “O tribunal deve assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de cominações ou de sanções processuais”.
- 45 Além dos textos citados ao longo deste item, podem ser destacados: CORDEIRO, op. cit., p. 1.182-1.184; GARSTKA, Hansjürgen. “Generalklauseln”. In: KOCH, Hans-Joachim (Hrsg.). **Juristische Methoden-**

- lehre und analytische Philosophie.** Kronberg, p. 96-123; ROSELLI, Federico. Clausole generali: l'uso giudiziario. **Politica del Diritto.** Bologna: Il Mulino, 1988, n. 4, p. 667-681; DAWSON, John P. **The General Clauses viewed from a distance.** *Rabels Zeitschrift*, Tübingen, ano 41, 3º caderno; GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. Codificação e cláusulas gerais. **Revista Trimestral de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Padma, 2000, n. 2, p. 3-25; JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo código civil.** São Paulo: Saraiva, 2004.
- 46 Sobre as diversas sanções ao “abuso processual”, de que serve de exemplo a violação aos deveres de cooperação, TARUFFO, Michele. **General report: abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness.** Haia/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999, p. 22-26; ABDO, Helena Najjar. **O abuso do processo.** São Paulo: RT, 2007, p. 229-244.
- 47 SÁ, Fernando Augusto Cunha de. **Abuso do direito.** Coimbra: Almedina, 2005, p. 649. Recomenda-se a leitura da exemplificação das possíveis sanções ao abuso do direito feita pelo autor português, às p. 648-650 desta obra.

## PROCEDURAL GENERAL CLAUSES

### ABSTRACT

This essay aims to demonstrate the importance of the legislative technique of “general clauses” for the contemporary Civil Procedural Law.

**Keywords:** Civil Procedural Law. General clauses. Judicial creativity.

# OS DESAFIOS DO MAGISTRADO NO PÓS-POSITIVISMO A PARTIR DOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DA HERMENÊUTICA

*Germana Parente Neiva Belchior\**

*Mirna Jacinto Moura\*\**

## RESUMO

Desde que o homem existe, dotado de razão, ele conhece e, por conseguinte, interpreta. Os fundamentos filosóficos da Hermenêutica comprovam que o sentido a ser captado de qualquer objeto cognoscível é filosoficamente inesgotável. No âmbito do Direito, vive-se a fase do pós-positivismo, na medida em que os princípios assumem patamar de norma jurídica, juntamente com as regras, tendo como conteúdo os valores. Amplia-se, pois, o papel do intérprete do Direito, em especial o do juiz, na medida em que os princípios jurídicos não necessitam estar expressos para ter validade normativa. O objetivo deste trabalho é, pois, investigar os fundamentos filosóficos da Hermenêutica para constatar quais os desafios do juiz no atual contexto do pós-positivismo. A metodologia utilizada é bibliográfica, teórica, descritiva, exploratória e dialética com predominância indutiva. Tudo depende da lente pela qual se vê. A lente influencia o intérprete e é por ele influenciada. Constata-se, pois, a necessidade de técnicas interpretativas adequadas para o preenchimento das molduras deônticas pelo magistrado ao decidir um caso concreto. Não se pode cair no subjetivismo e no decisionismo, havendo de se incorporar uma dimensão crítica e racional que permita aos julgadores manterem uma postura de vigilância. Assim, os resultados poderão ser justificados perante a sociedade, na forma exigida pelos postulados do Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Hermenêutica. Fundamentos filosóficos. Interpretação. Pós-positivismo. Desafios. Juiz.

---

\* Doutoranda em Direito com área de concentração em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito com área de concentração em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Professora de Hermenêutica Jurídica e Aplicação do Direito, Direito Ambiental e Ecologia da Faculdade Christus – Fortaleza. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco cadastrado no CNPq/GPDA/UFSC.

\*\* Bacharel em Direito pela Faculdade Christus.

## INTRODUÇÃO

Desde que o homem existe, dotado de razão, ele conhece e, por conseguinte, interpreta. Tudo é interpretável, porque tudo clama pelo ato ou atividade de apreensão do sentido, cujo estudo é fundamental para o fenômeno hermenêutico.

Os processos de conhecimento existentes nas relações intersubjetivas modificam-se, repetem-se ou reconstróem uma nova forma de ver o fato que envolve os sujeitos da relação. Nesse ínterim, o homem, a partir de sua racionalidade, satisfaz sua pretensão e estuda o objeto, podendo, no decorrer dessa inteligência, inovar, reconstruir ou modificar o sentido captado inicialmente. Sujeito e objeto estão em constante fusão de horizontes, em uma troca reflexiva e simbiótica, o que influencia, dessa forma, o sentido e a interpretação.

No âmbito do Direito, vive-se a fase do pós-positivismo, na medida em que os princípios assumem patamar de norma jurídica, juntamente com as regras, tendo como conteúdo os valores. Amplia-se, pois, o papel do intérprete do Direito, em especial o do julgador, na medida em que os princípios jurídicos não necessitam estar expressos para ter validade normativa.

O objetivo deste trabalho é investigar os fundamentos filosóficos da Hermenêutica para constatar quais os desafios do juiz no atual contexto do pós-positivismo. A metodologia utilizada é bibliográfica, teórica, descritiva, exploratória e dialética com predominância indutiva.

Em um primeiro momento desse estudo, serão avaliados os fundamentos filosóficos da Hermenêutica, iniciando-se pela teoria do conhecimento. Em seguida, analisa-se a relação entre interpretação e Hermenêutica para discorrer sobre os elementos que compõem a inesgotabilidade do sentido. Após se debruçar pelos aspectos filosóficos, passa-se a discorrer sobre as peculiaridades da Hermenêutica Jurídica para, por fim, apontar alguns desafios e inquietações da atividade de julgar no pós-positivismo.

## 1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DO CONHECIMENTO

O conhecimento apresenta uma tríade na qual seus elementos estão, necessariamente, ligados entre si, a partir da seguinte ordem: *sujeito cognoscente*, *atividade* e *objeto cognoscível*.<sup>1</sup> Por meio da interação entre eles, o homem participa da atividade intelectual na construção do sentido.

A cognição possibilita que o homem interfira e participe do processo de conhecimento. Nessa interação, o sujeito encontra o objeto cognoscível que, ao passar por transformações no tempo e no espaço, devido às novas significações, trará ao sujeito um novo olhar e, conseqüentemente, outra análise interpretativa.

A razão é a condição fundamental do sujeito em sua atividade cognitiva. Segundo a maioria da doutrina, o único destinatário da razão é o homem.<sup>2</sup> A partir dela, o ser humano procura organizar a sociedade por meio dos seus

elementos culturais, econômicos e políticos, utilizando-se do Direito enquanto instituto positivo para sistematizar e aprimorar seus interesses políticos e sociais.

A conduta humana designa o agir, o fazer, o pensar, dentre diversos comportamentos seqüenciados pela mente humana que sistematizam a relação homem e objeto. Assim, o ato de conhecer não foge a semântica dos verbos que exprimem a ação do sujeito numa determinada frase. Por isso, conhecer é também estabelecer ao objeto critérios que promovem a este uma utilidade passiva. Nessa linha, observa-se que a curiosidade para conhecer o novo ou de modificar um conceito hermético existente no mundo do ser, faz com que o sujeito ativo do processo de conhecimento alcance novas formas para possibilitar o acompanhamento da vida frente ao dinamismo social.

Por outro lado, a atividade do sujeito como elemento dessa tríade é imprescindível, pois é o liame que une os outros elementos. Para Hessen, “na acção o objecto não determina o sujeito, mas sim o sujeito ao objecto. O que se altera não é o sujeito, mas sim o objecto. Aquele já não se conduz receptiva, mas sim espontânea e activamente, enquanto que este se conduz passivamente”.<sup>3</sup> Conforme alude o autor alemão, o sujeito conduz-se de forma proativa para conhecer o objeto por ele pretendido.

No processo de conhecimento, o objeto atua como passivo e o sujeito na qualidade de ativo na citada relação. Ambos se interceptam por meio da “fusão de horizontes”, ou seja, o sujeito capta o sentido do objeto que, ao se fundir com o horizonte de compreensão do sujeito, recebe um novo sentido.<sup>4</sup> O sujeito só procura conhecer o objeto porque ele existe e a interação desses elementos é o que proporciona à ciência uma nova descoberta. Logo, de acordo com a teoria de Hessen, um não existe sem o outro.<sup>5</sup>

Ainda sobre o tema, Falcão preceitua que “o objeto é tudo aquilo que pode ser termo da atividade consciente do eu que conhece, isto é, do sujeito cognoscente”.<sup>6</sup> Destaca o autor que o “sujeito pode atuar como objeto”, uma vez que o eu pode se auto-observar, em um processo de autoconhecimento. Nesse caso, estará atuando como um objeto cognoscível.<sup>7</sup> Como se vê, todo sujeito pode ser objeto, porém nem todo objeto pode ser sujeito, na medida em que para ser sujeito é preciso ter racionalidade; já para ser objeto, basta ser perceptível pelo juízo lógico humano.

## 2 SENTIDO, INTERPRETAÇÃO E HERMENÊUTICA

Em um primeiro momento, importa destacar que a complexidade da questão hermenêutica contemporânea aborda três correntes: *teoria hermenêutica*, protagonizada por Dilthey e Betti, de natureza procedimental e impõe-se como opção metodológica para a interpretação das ciências humanas, priorizando o objeto do conhecimento; *hermenêutica filosófica*, fundamentada no ser, na ontologia, no sentido, segundo as teorias de Heidegger e Gadamer; e a *hermenêutica crítica*, podendo citar como adeptos Habermas e Apel, ao objetivar uma teoria

crítica de cunho prático relevante.<sup>8</sup> Para o presente trabalho, adotar-se-á a hermenêutica filosófica e, em alguns momentos, invocar-se-á a hermenêutica crítica como complementação da filosófica.

De acordo com Salgado, “tudo o que existe e passa pela mente do homem, isto é pensado, submete-se à interpretação”.<sup>9</sup> Já Diniz<sup>10</sup> sustenta que todo processo de conhecimento é uma interpretação da realidade, constituindo-se como uma elevação, ao plano do pensar, da percepção imediata do que é real.

No entender de Falcão, a interpretação é “a atividade ou o simples ato de captação do sentido”.<sup>11</sup> Percebe-se, dessa forma, que a interpretação está intrinsecamente ligada ao conhecimento, na medida em que o homem se utiliza dela para captar o sentido. Então, inicialmente, tem-se o conhecimento; após isso, com a captação do sentido do objeto cognoscível, vislumbra-se a interpretação.

Sobre o estudo racional do sentido realizado pela Hermenêutica alemã, expõe Costa:

A articulação racional do sentido tem sido uma mediação para ajudar o ser humano ocidental a se situar no mundo e, portanto, ajudá-lo a orientar racionalmente sua autocompreensão e conduta e, com isso, ajudá-lo a construir uma realidade humana pautada pelos ideais racionais da verdade e do bem.<sup>12</sup>

A interpretação é exatamente o dinamismo captador do sentido, inerente ao ser humano, pelo simples fato de ser racional. Logo, o sujeito da relação de conhecimento é o mesmo sujeito que interpreta. Conclui-se, portanto, que apenas o homem é capaz de interpretar.

Viver é interpretar constantemente. Desde que o homem existe, como ser dotado de razão, conhece e, por conseguinte, interpreta. Tudo é interpretável, porque tudo clama pelo ato ou atividade de apreensão do sentido. A diferença entre as ciências da natureza e as ciências sociais radica-se mais no grau de relevância que o sentido tem para a verificação ou esclarecimento do “verdadeiro” do que na ausência ou presença propriamente ditas da captação do sentido. A interpretação da natureza é mais explicativa, enquanto que a da cultura (incluindo aqui o Direito) é mais compreensiva.<sup>13</sup>

Desde as origens do homem, há interpretação. Porém, não há hermenêutica, com foros de cientificidade como se vê hoje. Logo, a interpretação precede à hermenêutica, pois onde existe o homem, há interpretação.

A hermenêutica alcançou notável proeminência no campo religioso. O ato de interpretar corretamente a palavra de Deus era comum ao povo judeu em relação ao Antigo Testamento; aos cristãos, ao Novo Testamento; e aos protestantes, em relação à Reforma. Explica Camargo<sup>14</sup> que, durante a Idade Média, a análise sistemática sobre a evidência da revelação divina deu origem à teologia, assumindo a hermenêutica o aspecto exegético da correta interpretação dos textos sagrados. Isto, portanto, deu ensejo ao desenvolvimento no campo filológico.

Em sua origem etimológica, o termo *hermenêutica* deriva do verbo grego *hermeios*, que se referia ao sacerdote do oráculo de Delfos. O verbo *hermeneuein* e o substantivo *hermeneia*, podem ser traduzidos, em geral, por interpretação. Por conta disso, hermenêutica releva-se como “o processo de ‘tornar compreensível’, especialmente enquanto tal processo envolve a linguagem, visto ser a linguagem o meio por excelência neste processo”.<sup>15</sup>

Observa Gomes a existência da “proximidade da idéia de Hermenêutica com a Filosofia”, haja vista que a “hermenêutica tem a ver com a busca do sentido de tudo aquilo que é percebido pelo homem como capaz de se converter em tema de indagação, de formulação de pergunta”.<sup>16</sup> Posto isso, coaduna-se com a teoria de Heidegger, quando vê “a própria filosofia, enquanto interpretação”.<sup>17</sup> A hermenêutica, em regra, faz parte da filosofia. Na medida em que ela vai se especializando, possui a flexibilidade de se adequar ao objeto que está sendo interpretado, cujo sentido pretende ser captado.

Na lição de Gadamer, a hermenêutica deve ser vista como “a arte do compreender”<sup>18</sup>, não estando limitada ao conjunto de métodos de interpretação. Inspirado na teoria gadameriana, Gomes afirma que “a proposta da Hermenêutica consiste na busca da compreensão de tudo aquilo que se põe como objeto de interpretação, isto é, de tudo o que demanda um esforço humano em busca de significado e de sentido para o que se quer compreender”.<sup>19</sup>

Hermenêutica, dessa forma, é o conjunto de regras pelas quais a interpretação se opera, cuidando do entendimento da suas estruturas e do seu funcionamento. De uma forma bem objetiva, a hermenêutica estabelece regras para interpretar. A interpretação é aqui ilimitada, já que é inerente à captação de sentido oriunda da racionalidade humana, atuando em todas as áreas de conhecimento.

A escolha entre as diversas possibilidades de interpretação há de estar voltada para o alcance social que a aplicação do sentido, assim captado, possa ter. Isso é bem interessante porque não é todo sentido captado que se presta à ordenação social, sendo que alguns levariam mesmo à desorganização da sociedade, com todo um conjunto de efeitos negativos para a convivência e para a paz social.

O homem é um ser axiológico, e os valores, por sua vez, é que determinam a conduta humana. Logo, a interpretação é subjetiva, relativa, dependendo do sujeito cognoscente. É exatamente aí que entra o papel da hermenêutica, para orientar a interpretação e a captação de um sentido para a organização social.

É de se notar, pois, a relevância da hermenêutica na extração do sentido na norma, pois a hermenêutica é existencial, ou seja, é fato. Sobre a temática, aduz Streck:

A hermenêutica é existência. É faticidade. É vida. O intérprete não é um *outsider* do processo hermenêutico. Há um já-sempré-compreendido em todo processo de compreensão. No conto está o contador. É por isto que Heidegger vai dizer que o mensageiro já vem com a mensagem. E é por isto que não se pode falar, de forma

simplista, em “textos jurídicos”. O texto não existe em si mesmo. O texto como texto é inacessível, e Isto é incontornável! O texto não segura, por si mesmo, a interpretação que lhe será dada. Do texto sairá, sempre, uma norma. A norma será sempre o produto da interpretação do texto.<sup>20</sup> (Destaque no original)

O sujeito, ao interpretar o objeto, já leva para o seu plano de conhecimento uma prévia atribuição para designá-lo. O conhecimento está intimamente correlacionado com a ciência, pois esta, para existir, apresenta requisitos essenciais como: um método próprio para o desenvolvimento do ato de conhecer do sujeito, um objeto específico no qual se vincula a atividade cognitiva do observador e uma aceitação universal que demonstra a realização empírica de uma experiência para algumas ciências. Isto ocorre no âmbito das exatas.

A norma, independente de sua natureza, é o sentido que se extrai do texto no momento de sua interpretação. Com isso, o sentido será sempre reconstruído, podendo apresentar-se de várias formas a depender dos fatores envolvidos no contexto, dentre estes, tem-se a atividade intelectual do intérprete.

### 3 PRÉ-COMPREENSÃO E CÍRCULO HERMENÊUTICO

O círculo hermenêutico se dá no instante em que o sujeito, por meio da pré-compreensão, participa da construção do sentido do objeto, devidamente moldado, ao passo que o próprio objeto, no desenrolar do processo hermenêutico, modifica a compreensão do intérprete.<sup>21</sup>

Na verdade, trata-se mais propriamente de uma espiral hermenêutica, na medida em que o movimento de compreensão formado por dita relação vai, ao longo do processo, estabelecendo patamares mais corretos de interpretação, que, por sua vez, exprimirão novas luzes sobre os preconceitos em direção a um entendimento mais conveniente. Sobre o círculo vicioso, é oportuno o pensamento de Heidegger:

Se, porém, a interpretação já sempre se movimenta no já compreendido e dele se deve alimentar, como poderá produzir resultados científicos sem se mover no círculo, sobretudo se a compreensão pressuposta se articula no conhecimento comum de homem e mundo? Segundo as regras mais elementares de lógica, no entanto, o círculo é um *circulus vitiosus*. [...] Mas, ver nesse círculo um vício, buscar caminhos para evitá-lo e também ‘sentí-lo’ apenas como imperfeição inevitável, significa um mal-entendido de princípio acerca do que é compreensão.<sup>22</sup> (Destaque no original)

Caso o movimento fosse geometricamente circular, o intérprete sairia do movimento da mesma forma que entrou, ou seja, com os mesmos preconceitos originais, o que não se coaduna com o fenômeno hermenêutico, cuja pré-compreensão exerce papel fundamental.<sup>23</sup>



A pré-compreensão assume especial importância em Gadamer, para quem pré-juízo funciona como pressuposto que preside toda a compreensão. O círculo da compreensão não se trata de um cerco em que se movimentava qualquer tipo de conhecimento, devendo pertencer, necessariamente, à estrutura do sentido.<sup>24</sup> Ilustra Luño que o processo hermenêutico tem, necessariamente, pressupostos subjetivos (pré-compreensão) e objetivos (contexto), estando ambos inter-relacionados no círculo hermenêutico.<sup>25</sup>

O sentido atua de forma difusa, pois não é estanque e nem hermético. Ao contrário, apresenta-se como um aglomerado de moléculas vibrantes em um recipiente no estado físico de ebulição, ora aproxima-se de determinadas interpretações ora distancia-se destas, pois os valores modificam-se e, por consequência, a interpretação também. Logo, a cada novo sentido tem-se uma nova interpretação; com isso, o sentido atua como a mola mestra do ato de interpretar. É, portanto, nesse plano tridimensional que a geometria da espiral hermenêutica pode ser visível. É o que se denomina de fusão de horizontes:

*A fusão de horizonte seria a fusão do horizonte do intérprete com o do texto, já que, diferentemente de Schleiermacher, Gadamer não dava importância à perspectiva psicológica do autor. O horizonte de do texto seria a riqueza de sentido nele incorporado por sucessivas interpretações que lhe foram dadas no curso da história. Depois de reiteradas fusões de horizontes, tanto o horizonte do intérprete como o do texto adquiririam ampliação maior, de maneira tal que um reencontro do intérprete com o texto daria margem a novas perguntas e, conseqüentemente, a novas respostas.<sup>26</sup> (Destaque no original)*

Essa interação de horizontes ocorrida decorre de uma nova interpretação cognitiva do sujeito e de uma emergente mensagem textual emitida ao sujeito. Assim, sujeito e objeto estarão sempre ampliando o conjunto infinito das possibilidades de interpretar, ou seja, a compreensão. Nesse diapasão, o texto, codificado por signos, demonstrará vários significados que, a depender do horizonte de pré-compreensão do sujeito, levará a este sempre um novo sentido àquele conjunto de fonemas por ele conhecido no texto.

A pré-compreensão não está distante da realidade, como se pode imaginar. Um exemplo é quando se inicia a leitura de um livro. Em um primeiro momento, há uma pré-compreensão formada por conhecimentos prévios alheios à obra, do que se viveu de forma geral (valores, costumes, traumas, etc.), além de preconceitos que podem existir por conta do título da obra ou de um comentário de um amigo ou de uma crítica sugestiva. Na medida em que a leitura for sendo desenvolvida, o livro (objeto cognoscível) tende a emitir luzes e informações que irão modificar a pré-compreensão inicial do sujeito. Assim, a espiral continua em movimento, o que leva a fazer com que essa nova pré-compreensão capte um sentido diferente do primeiro. E o livro, mais uma vez, continua emitindo outros dados que modificarão a pré-compreensão novamente

e que, por conseqüência, influenciará no sentido a ser captado. Como se vê, é um movimento infinito, o que comprova a importância da pré-compreensão no fenômeno hermenêutico. É claro que quanto mais voltas forem dadas, maior a possibilidade de se encontrar um sentido mais conveniente.

Ao adequar referida teoria ao Direito, constata-se que no processo de tomada de decisão jurídica, a ação interpretativa parte de um conjunto de conceitos e conhecimentos prévios (pré-compreensão) e que, de certa forma, sedimentados, possibilita alcançar suas conclusões com um mínimo de previsibilidade. A pré-compreensão do intérprete em relação a uma questão jurídica encontra-se adstrita não apenas à situação histórica, mas também a um determinado campo de conhecimento, como os princípios extraídos da doutrina e da jurisprudência.<sup>27</sup>

No entanto, delimitar a pré-compreensão do Direito (conhecimentos prévios obrigatórios) como sendo a juridicidade (conjunto de normas jurídicas), doutrina e jurisprudência, é afirmar que as pessoas leigas não têm preconceitos em relação ao Direito. Não é preciso ser bacharel em Direito para ter noção do que ele representa (ou deveria representar) para a sociedade. Baseado nisso, entende-se que há uma pré-compreensão geral do Direito inerente a todas as pessoas, formada pelos princípios gerais do Direito em busca do ideal de justiça (sua essência).<sup>28</sup> É claro que a materialização do que é justo tende a se modificar segundo questões históricas, políticas, sociais e culturais.

O que se defende aqui é que todos conhecem a justiça, não obstante, muitas vezes, o preenchimento do seu conteúdo se desvirtuar de acordo com outros interesses. Não importa se é justiça social, econômica, ambiental, cultural, distributiva, retributiva, fiscal ou do “olho por olho, dente por dente”. A universalidade gira em torno da moldura do que é justiça. Mas o preenchimento da referida moldura será realizado de acordo com a pré-compreensão de cada um. Por conta disso, já se antecipa que é inevitável existir subjetivismo em qualquer julgamento.<sup>29</sup>

Ainda acerca do referido fenômeno dentro do Direito, Habermas ressalta a inafastabilidade axiológica da pré-compreensão:

[...] a interpretação tem início numa pré-compreensão valorativa que estabelece uma relação preliminar entre norma e estado de coisas, abrindo o horizonte para ulteriores relacionamentos. A pré-compreensão, inicialmente difusa, torna-se mais precisa à medida que, sob sua orientação, a norma e o estado de coisas se constituem ou concretizam reciprocamente. [...] a pré-compreensão do juiz é determinada através dos *topoi* de um contexto ético tradicional. Ele comanda o relacionamento entre normas e estados de coisas à luz de princípios comprovados historicamente.<sup>30</sup>

A norma jurídica, como objeto cultural<sup>31</sup>, é o sentido que se extrai dela no momento de sua interpretação. Com isso, o sentido será sempre reconstru-

ído, pois agregado a ele vai o horizonte de pré-compreensão. Este consiste nos valores, nos preceitos morais e éticos, dentre outros núcleos que estão agregados a vida do intérprete e ao contexto da interpretação.

#### 4 A INESGOTABILIDADE DO SENTIDO COMO FUNDAMENTO FILOSÓFICO DA HERMENÊUTICA

O complexo sistema que envolve a inesgotabilidade do sentido apresenta elementos fundamentais ao entendimento do sujeito formado pela pré-compreensão e pelo círculo hermenêutico, temas abordados anteriormente. A dialética dos opostos hegeliana também retrata a infinitude do conhecimento. Resta saber, entretanto, qual a relação desses institutos com a inesgotabilidade do sentido e, por conseguinte, com o fenômeno hermenêutico.

O agente ativo do ato de interpretar pré-compreende o objeto a partir de tudo que há no seu “mundo intelectual”, capta o sentido e como decorrência da interação resultante de vários fatores que fomentam a compreensão dessa interpretação, virá um novo marco para outra interpretação. Assim, será construído uma forma mais ampla, interferindo veementemente em seu horizonte de compreensão, tornando-o diferente do anterior.

Essa modalidade de apreender e captar o sentido das coisas ou do próprio homem é que se mostra o labirinto infinito das possibilidades encontradas para o sentido. Percebe-se, pois, que o círculo hermenêutico (não captado de forma geometricamente fechada) metodologicamente demonstra que haverá sempre um novo sentido para ser descoberto e, portanto, tudo que há no mundo do ser se assemelhará a uma moeda com sua dupla “face de cara e coroa”, ou seja, haverá sempre um sentido negativo para uma descoberta positiva do homem.

Foi nesse contexto que Hegel trouxe a dialética dos opostos que, numa simples análise teórica, pode-se dizer que a partir de uma *tese* que se afirma algo se terá outra, por ele denominada de *antítese*, negando esse algo outrora afirmado, tendo como produto desse antagonismo dialético uma *síntese*. A *antítese* não nega simplesmente a *tese*, mas enriquece a realidade que nunca será totalmente explorada pelo homem.

Do produto da *tese* com a *antítese*, cujos horizontes se fundiram e se aglomeraram, surge a *síntese*. No entanto, a *síntese* não exaure o processo da dialética. Finda, por aquele momento, a relação reflexiva e interativa da *tese* com a *antítese*. Aqui, percebe-se a semelhança da dialética hegeliana com a espiral hermenêutica, na medida em que a *síntese* de um fenômeno será a *tese* de um outro, pois sempre haverá algo da realidade para opor, para contrariar, para negar. Nessa linha, o conhecimento e a interpretação são infinitos. Nunca o homem saberá tudo, o que se coaduna com o fracasso do racionalismo clássico da modernidade. A inesgotabilidade do sentido parece se fortalecer no contexto da pós-modernidade.<sup>32</sup>

Diante disso, a inesgotabilidade do sentido é o fundamento filosófico da Hermenêutica. Não teria razão de ser a Hermenêutica se os sentidos fossem fixos e unos. Ele é captado pelo sujeito que a partir de sua atividade que interpreta o objeto, formando, com isso, a tríade do conhecimento. Nesse contexto, aduz-se que o sentido é ôntico, sendo, assim, mutável e livre, como ensina Falcão:

O sentido não é imutável. Ele é sempre para o sujeito cognoscente, sem se olvidar a ação do espírito objetivo sobre o sujeito cognoscente. Além disso, e por isso, o sentido é criado. [...] Tem força ôntica. De acordo com o que diria Heidegger, um templo grego num vale, ao invés de fechar, de saturar o vale, faz é criar um espaço aberto ao ser cria o seu próprio espaço vivo, uma vez que uma obra de arte verdadeiramente importante fala e, desse modo, gera mundos novos. Efetivamente, no sujeito ou no indivíduo, o sentido é mundo novo, é ser criador. O sentido é livre porque o palco de sua criação é o pensamento, que também o é por excelência.<sup>33</sup>

A ratificação da inesgotabilidade do sentido gravita por vários âmbitos do conhecimento. A Hermenêutica que depreende seus fundamentos filosóficos, trazendo aos outros estudos hermenêuticos a premissa básica do sentido ser mutável e dinâmico nos seus mais variados alcances semânticos. É assim que a Hermenêutica passa de sua natureza metodológica para a filosófica. Uma, no entanto, não exclui a outra.

Os fenômenos da pré-compreensão, do círculo hermenêutico e da dialética dos opostos comprovam que a captação do sentido varia não só dependendo do sujeito que interpreta, mas também quando se trata do mesmo intérprete, uma vez que a cada volta dada há um novo ato de conhecimento e, conseqüentemente, um novo sentido a ser interpretado. Tudo depende da lente pela qual se vê. A lente influencia o intérprete e é por ele influenciada.<sup>34</sup>

Tais observações se fundamentam na necessidade de que, em face da inesgotabilidade do sentido, a interpretação de interesse social não tenha um sentido desvirtuado. Cabe, assim, à hermenêutica um papel de inspiração e de orientação, já que o sentido em si não pode ser esgotado, pois deriva da racionalidade, ou melhor, da intelectividade.

O fundamento da hermenêutica, portanto, é o fato de o sentido ser inesgotável, pois se ele fosse uno e fixo, não haveria motivo algum para se procurar, num conjunto imenso (e por que não dizer infinito) de opções, a melhor possibilidade, ou as melhores. A inesgotabilidade do sentido é, assim, a base filosófica em que se assenta a hermenêutica.

Admitir-se um sentido rigidamente objetivo, querendo com isso dizer algo imune a qualquer ponto de vista do sujeito cognoscente, importaria querer-se afirmar algo que existencialmente é impossível. Não é por menos que o estudo da hermenêutica é fundamental, principalmente, quando se trata do Direito que objetiva regulamentar condutas sociais, conforme se verá a seguir.

## 5 HERMENÊUTICA E DIREITO

Dentre as várias espécies de objeto cognoscível existentes, importa destacar o conceito de objeto cultural. Trata-se de toda alteração que o homem faz na natureza, agregando-lhe um sentido, uma razão de ser. Existe no tempo e no espaço, assim como na experiência sensível, ou seja, permite a captação de sentidos. É completamente aberto a valorações, as quais entram diretamente na composição de sua ontologia. Seja de forma positiva ou negativa, o valor está na essência dos objetos culturais, de uma feita que eles nada mais são de que um sentido que o homem agrega aos objetos naturais.<sup>35 36</sup>

O Direito é um objeto cultural, pois se constitui na alteração da natureza humana para dar-lhe um sentido de convivência pacífica entre os homens. É uma alteração que o homem traça à sua própria conduta, limitando, em níveis externos, a liberdade inerente à natureza humana. Não é tarefa do Direito limitar o pensamento, pois enquanto este não se manifesta por meio de uma conduta, carece de juridicidade.<sup>37</sup>

Diz-se que a norma é objeto cultural formal, na medida em que é forma cultural de expressão. Além de ser formalmente cultural, a norma também exprime um conteúdo cultural que se efetiva por meio da linguagem. A norma integra o Direito, não sendo parte exclusiva deste. Acerca da relação entre norma e Direito, manifesta-se Ferraz Junior:

A questão sobre o que seja a norma jurídica e se o direito pode ser concebido como um conjunto de normas não é dogmática, mas zetética. É uma questão aberta, típica da filosofia jurídica, que nos levaria a indagações infinitas, sobre pressupostos e pressupostos dos pressupostos. Sendo uma questão zetética, ela não se fecha.<sup>38</sup>

Nessa linha, não será objeto deste estudo discussão mais profunda acerca da temática. Não obstante existir posicionamentos diversos no âmbito da teoria do Direito, será considerado, neste trabalho, o Direito como o conjunto de normas jurídicas (regras e princípios) que visam regulamentar condutas em prol da pacificação social, como será melhor abordado adiante. Por conta disso, a norma jurídica também é considerada um objeto cultural.

Qual a modificação da natureza, afinal, que ocorre no caso da norma jurídica? A racionalidade consiste na aptidão que o ser humano tem de eleger as próprias modalidades de conduta. Ou seja, ele tem a capacidade de escolher, por livre-arbítrio, o comportamento consciente a ser seguido. Por isso, a norma jurídica destina-se a tolher, limitar essa aptidão para ser livre, ou essa capacidade de escolha, modificando, dessa forma, a natureza humana. E, por conseguinte, se modifica a natureza, por ação humana, dando-lhe um novo sentido, produz-se cultura. O Direito, portanto, é objeto cultural no ato de conhecimento.

O Direito, por muito tempo, resumia-se na produção legiferante posta. Assim, o Direito como corte epistemológico kelseniano, era a norma posta no ordenamento jurídico sem a preocupação com o seu conteúdo axiológico. Nessa

ideologia positivista, o Direito, como objeto cultural, era exatamente o conjunto de signos que textualizava a vontade do legislador para comandar as condutas sociais a partir de proposições prescritivas sem preocupar-se com o teor axiológico da norma.

Atualmente, o Direito, como objeto cultural, ainda tem como escopo a organização da sociedade, possibilitando a convivência harmônica e pacífica da humanidade, porém o comando prescrito para regulação da sociedade passou por um processo axiológico que tem como elemento integrante de toda norma jurídica, o valor. Por isso, o valor, por ser fator determinante na alteração da conduta humana, torna o Direito mutável e passível de diversas interpretações humanas.

Ao mesmo tempo em que o Direito é criação da natureza humana, ele também modifica a conduta do homem, a partir dos valores inseridos no seio social e na vontade do legislador ao produzir a norma. Assim, o Direito possui caráter orientador de condutas; nestas encontram-se valores com as mais diversas roupagens. Porém, todos os valores trazem um sentimento social diferente que varia de acordo com a multiplicidade de culturas existentes no tempo e no espaço.

O homem que lutou muito na História por sua liberdade necessita de um “modulador” de conduta para limitar sua aptidão de ser livre. Com isso, o Direito traz a norma jurídica para facilitar a harmonização do binômio homem e liberdade, fazendo com que essa liberdade não seja absoluta e que ela não ocasione, de forma generalizada, um desrespeito às normas sociais, trazendo, por conseguinte, a anomia.

O valor atua, em um primeiro momento, como ser primário, pois antecede a análise do objeto. Conduz o agir, o pensar e todo o ato racional que resulta na conduta do ser humano, tendo em vista que injeta no pensamento do ser uma modulação de comportamentos humanos. Portanto, o sujeito envolvido com seus preceitos axiológicos promove suas escolhas, preferindo A em face de B. Diante disso, todo ser, certamente, se pronunciará diante de um fato, atuando de forma ativa ou passiva; então, pode-se aduzir que o valor está sempre presente na conduta do homem. Logo, o homem é um ser eminentemente axiológico por natureza, pois é o que a determina.

Sobre o fenômeno hermenêutico dentro do Direito, ressalta o espanhol Luño que a interpretação é entendida como um processo de compreensão de sentido, “en el que no tan sólo desempeña un papel relevante la conexión del texto, asumido, como un todo, con las palabras o partes que lo integran (como enseñaba la hermenéutica tradicional), sino que el propio intérprete con sus conocimientos desempeña un papel decisivo”.<sup>39</sup>

O Direito acaba revelando-se jungido à própria hermenêutica, haja vista que sua existência, enquanto significação, depende da concretização ou da aplicação da norma em cada caso julgado. Quando uma lei é criada, pode-se dizer que há uma finalidade imposta pelo legislador. No entanto, como objeto cultural que é, a lei está submetida à inesgotabilidade do sentido. Assim, caberá ao intérprete captar o sentido que lhe for conveniente, de acordo com a sua pré-compreensão, seja para buscar a finalidade do legislador ou não.

Ponto ainda que deve ser ressaltado é que o Direito deve conformar-se a uma tradição cultural determinada, mas que, de acordo com Camargo<sup>40</sup>, não pode ser encarada sob uma perspectiva reducionista, pois admite valores universais válidos também para outras épocas e outros lugares.

Ressalte-se, entretanto, em termos de universalidade, existem direitos e valores (aqui entra a temática dos direitos humanos) que devem ser acolhidos de forma universal, mas delimitar seu conteúdo é impossível, por conta de questões históricas e culturais.<sup>41</sup> Pode-se falar, certamente, de um mínimo existencial destes valores e direitos imprescindíveis para a dignidade humana. Mas o próprio conceito de dignidade humana é passível de preenchimento pelo intérprete. Pode parecer exagero, mas tudo é uma questão de interpretação.

Interessante destacar o entendimento de Grau, quando insiste em afirmar que “a interpretação do direito é constitutiva e não simplesmente declaratória”. E, ainda, discorre que a interpretação “não se limita a uma mera compreensão dos textos e fatos, vai bem além disso”.<sup>42</sup> Isto se deve ao fato de que a missão do aplicador do Direito não se restringe a fazer com que a norma em abstrato estipulada pelo legislador simplesmente se concretize como se fosse uma fórmula matemática. Sua tarefa é muito maior, haja vista que terá de captar um sentido, mediante interpretação, determinando seu alcance, inspirando-se, para tanto, não apenas no enunciado da norma, mas no “desígnio dela e na sua harmonização com os valores que a inspiraram e que continuam influenciando o comportamento global da sociedade”.<sup>43</sup>

Sobre o tema, expõe Costa que a interpretação e a aplicação da lei não se esgota em um “processo de *subordinação*, pois ela pressupõe, necessariamente, julgamento de valor da parte de quem aplica a lei”.<sup>44</sup> (Destaque no original) Tal afirmativa decorre do fato de que, como visto, os valores fazem parte da pré-compreensão do intérprete, determinando suas condutas e escolhas. O valor é existencial ao fenômeno hermenêutico, é impossível se desprender dele.

Surgem, pois, algumas indagações e até inquietações: como o intérprete ou o operador do Direito pode saber o que escolher ante a multiplicidade dos sentidos da norma jurídica? A aplicação da norma é um ato de cognição ou um ato volitivo? O que levará o intérprete, sujeito dotado de razão, ser axiológico, a optar por um sentido? Como o intérprete sabe se o sentido escolhido é conveniente com os ideais de determinada sociedade? Há possibilidade de critérios racionais para auxiliar o intérprete, a fim de que suas decisões não sejam arbitrárias? Somente as “regras” da hermenêutica serão hábeis para conferir condições de seletividade entre os sentidos possíveis, do que surgirá algum rumo para o intérprete poder optar.

## 6 PÓS-POSITIVISMO E O DIREITO POR REGRAS E PRINCÍPIOS

A superação histórica do jusnaturalismo demonstra que o Direito não tem como se justificar por fundamentos abstratos e metafísicos de uma razão subjetiva. Por outro lado, a crise do positivismo jurídico ensina que há um longo caminho entre Direito e norma jurídica e que a ética e moral, próprias de uma



sociedade em constante transformação, não têm como permanecer distantes da ciência jurídica. Nenhum dos dois movimentos consegue mais atender de forma satisfatória às demandas sociais.

Inaugura-se, por conseguinte, um novo período intitulado de pós-positivista<sup>45</sup>, onde ocorre a superação dialética da antítese entre positivismo e jusnaturalismo, com a distinção das normas jurídicas em regras e princípios, tendo como conteúdo os valores. Além da normatividade alcançada pelos princípios, percebe-se que os valores fazem parte das ciências sociais e, por conseqüência, do Direito, amadurecendo a tridimensionalidade de Reale.

No pós-positivismo, há uma abertura à dialética, trazendo os valores para as argumentações existentes, fortalecendo os princípios e proporcionando a efetivação da justiça material. Por isso, torna-se indispensável à superação do positivismo legalista e do jusnaturalismo. Os estudos hoje, porém, são voltados para tratar das diferenças entre regras e princípios.

A diferenciação entre regras e princípios foi inaugurada por Dworkin<sup>46</sup> em sua crítica ao modelo positivista, marcando a entrada do momento pós-positivista. Propõe o autor norte-americano uma distinção lógica entre regras e princípios, ambas normas jurídicas com força vinculante e validade positiva. Os princípios possuiriam uma dimensão de peso, sendo sua colisão resolvida segundo o peso de cada um deles no caso concreto. Diante disso, devem ser “levados a sério”, reaproximando, por conseguinte, o Direito da moral.

Já as regras, por sua vez, teriam estrutura lógica diferenciada dos princípios, sendo aplicadas caso estivessem presentes todos os seus pressupostos fáticos. Trata-se do que Dworkin intitula de “tudo ou nada” (*all or nothing*), o que implica dizer que, havendo conflito entre regras jurídicas, este seria resolvido no âmbito da validade.<sup>47</sup>

Como forma de complementar e aprofundar os estudos realizados por Dworkin, propõe Alexy uma teoria mista de direitos fundamentais, fundamentando que podem se caracterizar por meio de regras ou princípios<sup>48</sup>, mas que a diferença entre as suas espécies normativas não se trata de grau, como queria Dworkin, mas sim uma diferença qualitativa.<sup>49</sup> Os princípios relevantes para as decisões que envolvem direitos fundamentais seriam aqueles que poderiam ser utilizados argumentativamente de forma substancial.<sup>50</sup>

Há autores que sustentam que a dimensão de peso não seria exclusiva dos princípios, podendo ser atribuída às regras em determinado caso<sup>51</sup>, assim como outros defendem uma maior importância para os princípios, uma vez que as regras jurídicas seriam originadas deles.<sup>52</sup> Ávila diz que as regras são normas descritivas, retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, enquanto os princípios são normas imediatamente finalísticas, prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade.<sup>53</sup>

Não obstante a discussão que permeia na doutrina, apontam-se diferenças



estruturais e qualitativas em relação às duas espécies normativas. Na estrutura dêontica de uma regra, há relatos objetivos, com a descrição de determinadas condutas, possuindo âmbito de incidência delimitado.<sup>54</sup> Os direitos nelas previstos são garantidos de forma definitiva.<sup>55</sup> Outro ponto interessante é que todas as regras estão expressas, possuindo, por conseguinte, um rol taxativo. Outrossim, a estrutura fechada da regra tem como objetivo a perseguição da segurança jurídica, pois “um dos papéis mais importantes das regras no ordenamento jurídico é justamente aumentar o grau de segurança na aplicação do direito”.<sup>56</sup> Por conta disso, toda regra manifesta valor, mas de uma forma bem menor do que em relação à norma-princípio. Basta pensar na segurança jurídica, autêntico valor que emana de qualquer regra. Por fim, uma regra é aplicada por meio de raciocínio jurídico dedução (de cima para baixo).

Neste diapasão, em virtude do caráter definitivo das regras, caso ocorra a hipótese prevista, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da subsunção, ou seja, enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se resolve na modalidade tudo ou nada: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Segundo Silva, “caso contrário não apenas haveria um problema de coerência no ordenamento, como também o próprio critério de classificação das regras – dever-ser definitivo – cairia por terra”.<sup>57</sup> Notadamente, havendo conflito entre duas regras, aplicam-se os mandamentos de validade, de onde apenas uma irá prevalecer. O próprio vocábulo *conflito* já dá a entender um choque, sendo impossível que duas regras coexistam. Somente uma será válida.

Alerta Silva, entretanto, que, havendo incompatibilidade parcial entre os preceitos de duas regras, a solução ocorre por meio de uma cláusula de exceção em uma delas. No entanto, caso referida incompatibilidade seja total, é que a solução se dá com a declaração de invalidade de umas delas.<sup>58</sup>

Como forma de solucionar o clássico conflito entre regras, já presente desde o positivismo jurídico (já que naquele modelo só existiam as normas-regras), o ordenamento jurídico se utiliza de três critérios tradicionais – logicamente nessa ordem – para resolver as antinomias: o da *hierarquia* – pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior (*lex superior derogat legi inferiori*) –, o *cronológico* – ao assegurar que a lei posterior deve prevalecer sobre a anterior (*lex posteriori derogat legi priori*) – e o da *especialização* – em que a lei específica prevalece sobre a lei geral (*lex specialis derogat legi generali*).

Já os princípios, por sua vez, contêm, em sua estrutura dêontica, relatos com maior grau de abstração, não apontam uma conduta específica a ser seguida, possuindo um âmbito de incidência amplo, e até indeterminável de situações. Os diretos previstos em um princípio são *prima facie*, não tendo o mesmo caráter de definitividade das regras. Tem conteúdo altamente axiológico, além do fato de que nem todos os princípios estão obrigatoriamente expressos. Seu rol, por conseguinte, é meramente exemplificativo, uma vez que surgem da própria realidade, em busca da justiça, captados por raciocínio jurídico indutivo (de baixo para cima).

Diante das características expostas, é inevitável, portanto, que ocorram tensões constantes entre os princípios jurídicos, em virtude da ordem democrática e pluralista, o que faz com que haja uma tensão dialética. Havendo uma colisão entre princípios, a solução será realizada por meio de mandamentos de otimização, segundo Alexy, haja vista serem normas que exigem que algo deva ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.<sup>59</sup> Como se vê, diz-se *colisão* (e não conflito), porque não se pode excluir totalmente um princípio, cuja aplicação se dá por meio do balanceamento para fixar as “relações condicionadas de precedência”.<sup>60</sup> Há acatamento de um em relação ao outro, sem que isso implique em completo desrespeito daquele que não prevaleceu.

Uma pergunta interessante que pode ser feita é: como resolver uma colisão entre regras e princípios? Há muita discussão em torno do tema. Ao adotar os mandamentos de validade (critérios de antinomias), conclui-se que caso um princípio não prevaleça, em detrimento de uma regra, terá ele que ser expelido do ordenamento jurídico, o que é um absurdo. Por conta disso, entende-se que a solução mais conveniente é que o princípio não entra em colisão com a regra, mas com o princípio no qual a regra se baseia. Diante disso, o método para se solucionar é com base nos mandamentos de otimização.

## 7 DESAFIOS DO JUIZ NO PÓS-POSITIVISMO

Não há dúvida de que a atividade de julgar passa a ter uma importância maior no pós-positivismo, na medida em que o Direito não se limita às regras jurídicas. O juiz não pode agir apenas por meio de raciocínios dedutivos, na lógica dos silogismos, como perdurou no positivismo. Com o retorno da Ética e da Moral ao Direito, o magistrado tem uma maior liberdade para proferir suas decisões.

Tal fato decorre da normatização dos princípios e do papel que os valores passaram a exercer na ciência jurídica. Os princípios não precisam estar positivados de forma expressa na ordem jurídica para ter validade. Em verdade, os princípios jurídicos encontram guarida na expressão “princípios gerais do Direito”, previstos na Lei de Introdução ao Código Civil.<sup>61</sup> Mas o legislador, sabiamente, não os enumerou de forma taxativa, na medida em que não há possibilidade de se engessar a sociedade.

Como se vê, não há como o rol dos princípios ser exaustivo e limitado, pois eles sinalizam os valores e os anseios da sociedade, que estão em constante transformação. Por conseguinte, limitá-los à ordem jurídica positiva é impossível, pois não se tem como congelar a dinâmica social.

Os princípios nascem de um movimento jurídico de indução, ou seja, do individual para o geral, emanando a justiça. A doutrina e, em especial, a jurisprudência realizam referido processo de abstração na teorização e aplicação do Direito. Vê-se que, neste momento, eles já são normas jurídicas, condensando valores e orientando o intérprete, uma vez que o Direito não só a lei, como queria

o positivismo jurídico. Com a sua reiterada aplicação e permanência no seio social, o legislador, a fim de lhe garantir também segurança jurídica, ampara-o em uma lei, ou na própria Constituição, por meio de um raciocínio jurídico por dedução.

A norma, como se vê, traz uma estrutura lógica, cognoscente da conduta, estando, assim, formalizada. Por conta disso, a lógica jurídica não tem como deixar de ser formal exatamente pelo fato de suas estruturas serem aptas a acolher o objeto jurídico, que é uma espécie de objeto deontico (normativo).

Os raciocínios jurídicos, no entanto, são acompanhados por incessantes controvérsias, buscando uma decisão justa e com aceitabilidade social. Tal fato, segundo Perelman, é o bastante para “salientar a insuficiência, no direito, de um raciocínio puramente formal que se contentaria em controlar a correção das inferências, sem fazer um juízo de valor da conclusão”.<sup>62</sup>

Em outras palavras, pode-se dizer que o Direito pretende atender aos anseios da sociedade, permitindo uma convivência pacífica entre os homens. Seu conteúdo, por conseguinte, é dinâmico, estando em constante transformação, devendo o mesmo ocorrer com o sentido captado pela norma, sob pena de uma estagnação. É exatamente nesse conteúdo que se visualiza a forma apofântica, ou seja, do ser, da prática, do concreto, do que efetivamente ocorre na realidade, o que nem sempre corresponde ao que está previsto na forma deontica.

Logo, na formalização da norma, ocorrente pela sua estrutura deontica, não há como abranger todo o conteúdo do Direito. Principalmente quando se verifica, durante a evolução histórica, que o Direito vai muito além daquilo que está explícito na norma. Direito é mais do que lei, mais do que regra, mais do que norma.

Notadamente, o intérprete não pode ficar adstrito à norma, olvidando o grande mundo que é o sistema jurídico. A norma pretende trazer a segurança, mas isso não implica o alcance da justiça. Esta segurança é garantida pela forma deontica, que cuida da estrutura da norma, impondo um dever-ser. Aqui, percebe-se claramente que o movimento do pensamento é o dedutivo, partindo do geral (norma) para o individual (regular as relações jurídicas), cuidando os argumentos do ponto de vista da sua correção formal. A estrutura deontica é verificada, portanto, pela lógica formal.

A norma ganha uma estrutura, podendo ter vários objetos, ou seja, inúmeros conteúdos que serão delineados pelo operador do Direito, em especial, pelo julgador no momento de uma decisão. Como a sociedade, porém, é dinâmica e, por conseguinte, o conteúdo do Direito também deve ser, necessária se faz outra forma, que é exatamente o apofântico.

Pode-se dizer, de uma forma bem simples, que o apofântico é que permite a justiça e a equidade das decisões judiciais, por meio do movimento indutivo. Assim, quando a norma é criada pelo legislador, permanece no campo deontico, do dever-ser, formando uma espécie de moldura, que não poderá nunca ser engessada, como queria o positivismo jurídico. Caberá ao intérprete o

preenchimento dessa moldura, com a captação de um (ou vários) sentido(s) guiado(s) por meio da hermenêutica jurídica. Sentido este, obviamente, que deverá acompanhar os reclamos da sociedade.

A relação entre segurança jurídica e justiça, dedução e indução, é clássica, haja vista que “em todo sistema jurídico coexistem dois valores ético-sociais: a justiça e a segurança”.<sup>63</sup> O Direito deve se adequar à sociedade (por meio da indução em prol da justiça), assim como a sociedade deve ser conformar ao Direito (realizado pela dedução, garantindo a segurança jurídica). Trata-se do equilíbrio clássico que deve ocorrer no Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, a interpretação e aplicação dos princípios jurídicos, assim como o preenchimento das molduras dêonticas nas decisões judiciais, se não for feita de forma racional, poderá dar margem para subjetividade e arbitrariedade. Diante da inércia ou ineficiência do Executivo e do Legislativo, o Judiciário vem sendo cada vez mais procurado para a garantia da tutela jurisdicional de direitos, em especial, direitos humanos e fundamentais, imprescindíveis à promoção da dignidade humana.

O pós-positivismo demanda de forma emergencial uma justificação racional das decisões judiciais, pois todas as vitórias sociais, jurídicas e morais por ele conquistadas podem cair de forma abrupta. É, pois, como se diz no jargão popular, “uma faca de dois gumes”. A depender das questões filosóficas do magistrado, uma sentença pode vir a efetivar os valores aceitos e acolhidos por uma determinada sociedade como pode, por outro lado, destruir a materialização da justiça mais legítima.

Em virtude disso, aponta Costa a necessidade de um critério racional válido que possibilite ao intérprete avaliar os elementos axiológicos seguidos para aplicar as normas jurídicas, a fim de que as sentenças judiciais não sejam arbitrárias.<sup>64</sup>

Acerca da relação entre hermenêutica e Direito, em especial, no que concerne à racionalidade da decisão judicial, observa Habermas:

[...] a hermenêutica tem uma posição própria no âmbito da teoria do direito, porque ela resolve o problema da racionalidade da jurisprudência através da inserção contextualista da razão no complexo histórico da tradição. [...] A hermenêutica, desdobrada em teoria do direito, mantém a pretensão da legitimidade da decisão judicial. A indeterminação de um processo de compreensão circular pode ser reduzida paulatinamente pela referência a princípios. Porém, esses princípios só podem ser legitimados a partir da história efetiva de forma de vida e do direito, na qual o próprio juiz se radica de modo contingencial.<sup>65</sup>

Apesar de todas as dificuldades inerentes às questões existenciais e complexas do fenômeno hermenêutico, o intérprete deve fundamentar suas decisões e suas escolhas com base em argumentos que possam ser racionalmente justificados nos ditames do Estado Democrático de Direito.

É claro que o ativismo judicial deve ser visto com bastante cautela, sob

pena de desencadear no governo dos juizes, ou em juizes legisladores, para utilizar a expressão de Capelletti.<sup>66</sup> Em virtude de os princípios jurídicos não estarem necessariamente expressos na ordem jurídica, nada impede que o juiz, no momento da decisão, preencha o conteúdo de um princípio geral do Direito por indução e alegue que o mesmo foi violado pelo administrador público, pelo legislador ou pelo particular, por exemplo.

Da mesma forma, diante da inesgotabilidade do sentido, o juiz pode preencher as molduras dêonticas normativas de forma livre, de acordo com sua pré-compreensão com vistas a captar as transformações sociais como proclama a dialética jurídica. Tal atitude, se não for feita de forma racionalmente justificada, é arbitrária e absurda, colocando em xeque todos os fundamentos de um Estado de Direito, pautado na segurança jurídica.

## CONCLUSÃO

Os fenômenos da pré-compreensão, do círculo hermenêutico e da dialética dos opostos hegeliana comprovam que a captação do sentido varia não só dependendo do sujeito que interpreta, mas também quando se trata do mesmo intérprete, uma vez que a cada nova fusão de horizontes, há um novo ato de conhecimento e, conseqüentemente, um sentido diferente a ser interpretado.

Apesar de todas as dificuldades inerentes às questões existenciais e complexas do fenômeno hermenêutico, o intérprete deve fundamentar suas decisões e suas escolhas com base em argumentos que possam ser racionalmente justificados nos ditames do Estado Democrático de Direito, principalmente quando o pós-positivismo aponta que os princípios não precisam estar expressos para ter validade normativa.

Constata-se, pois, a necessidade de técnicas interpretativas adequadas para o preenchimento das molduras deônticas pelo juiz ao decidir um caso concreto. A interpretação do Direito deve ser vista como tarefa de concretização, pela qual a norma jurídica não se limita ao seu texto, abrangendo ainda uma dimensão que supera os aspectos lingüísticos, relacionada com a realidade social. A normatividade, portanto, deve ser concretizada mediante um processo estruturado e passível de verificação e justificação intersubjetiva.

Não há norma jurídica ou técnica hermenêutica e argumentativa que consiga mudar a realidade se não existir vontade humana para tanto. Até porque referida norma precisa ser aplicada por alguém, por um ser humano, que é o único capaz de pensar, dotado de razão. E o julgador, ao proferir uma decisão, utilizará de todos os fundamentos filosóficos da Hermenêutica, de forma automática, na captação e aplicação de sentidos das normas jurídicas.

O homem toma atitudes por meio de escolhas, é o destinatário da norma jurídica. É de se perceber que por mais que o Direito seja munido de instrumentos de coação e sanção, dentre outros, isto não é suficiente para controlar

as condutas sociais. É preciso uma transformação mais íntima do juiz, como ser humano, que o Direito parece não conseguir atingir.

Não se pode cair no subjetivismo e no decisionismo, havendo de se incorporar uma dimensão crítica, influenciada por valores éticos e morais que incorporam a pré-compreensão, que permita aos intérpretes e aos operadores do Direito manter uma postura de vigilância. Assim, os resultados poderão ser justificados perante a sociedade, na forma exigida pelos postulados do Estado de Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Trad.). **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 6, setembro, p. 1 – 32, 2001. Disponível em <www.direitopublico.com.br>. Acesso em 20 de fevereiro de 2009.

BAUMAN, Zygmunt. In: GAMA, Mauro; GAMA, Claudia Martinelli (Trad.). **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica e Meio Ambiente: uma proposta de Hermenêutica Ambiental para a efetivação do Estado de Direito Ambiental**. 2009. 219 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2004.

CAPELLETTI, Mauro. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Trad.). **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

COSTA, Reginaldo da. Justificação racional, idéia de direitos humanos e multiculturalidade. **NOMOS: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**, v. 28.2, jul./dez., p. 279-288, Fortaleza: LCr, 2008.

\_\_\_\_\_. **Ética e Filosofia do Direito**. Fortaleza: ABC, 2006.

DIAS JÚNIOR, José Armando Pontes. Princípios, regras e proporcionalidade: análise e síntese das críticas às teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy. **NOMOS: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**, v. 27, p. 177-201, jul./dez., 2007.

- DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- DWORKIN, Ronald. In: BOEIRA, Nelson (Trad.). **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1997.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. A inesgotabilidade do sentido e a inafastabilidade do todo. XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Salvador. In: **Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**, Salvador. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2008.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- GADAMER, Hans-Georg. In: GIACHINI, Enio Paulo (Trad.). **Verdade e Método II**. Petrópolis: Vozes, 2002.
- GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica Constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. In: SIEBENEICHLER, Flávio Beno (Trad.). **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, v. 1.
- HEIDEGGER, Martin. In: CAVALCANTE, Márcia de Sá (Trad.). **Ser e tempo**. Parte I. 4.ed. Petrópolis: Vozes, 1993.
- HESSEN, Johannes. In: CORREIA, António (Trad.). **Teoria do Conhecimento**. 8. ed. Coimbra: Coimbra, 1987.
- LAMEGO, José. **Hermenêutica e jurisprudência**. Lisboa: Fragmentos, 1990.
- LIMA, Francisco Meton Marques de. **O resgate dos valores na interpretação constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como <<ser-moralmente-melhor>>**. Fortaleza: ABC, Fortlivros, 2001.
- LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005
- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 3. ed. São Paulo: Mandamentos, 2004.
- PALMER, Richard. In: FERREIRA, Maria Luísa Ribeiro (Trad.). **Hermenêutica**. Lisboa: 70, 1989.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.



PERELMAN, Chaïm. In: PUPI, Vergínia K. (Trad.). **Lógica jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. v. 20, n. 3, p. 17-18, jul./set. 1996.

SILVA, Virgílio Afonso da Silva. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SINGER, Peter. **Libertação animal**. Porto Alegre: Lugano, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Poderes éticos do juiz**. Porto Alegre: Fabris, 1987.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A criação e realização do Direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

- 1 FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 13.
- 2 É importante mencionar que há estudos desenvolvidos em universidades norte-americanas e europeias no sentido de constatar se os demais animais, chamados de não-humanos, teriam uma “racionalidade”, ainda que mínima, por meio de testes e experimentos, fortalecendo uma suposta vertente do direito intitulado de Direito Animal. SINGER, Peter. **Libertação animal**. Porto Alegre: Lugano, 2004, p. 3-10.
- 3 HESSEN, Johannes. In: CORREIA, António (Trad.). **Teoria do Conhecimento**. 8. ed. Coimbra: Coimbra, 1987, p. 29.
- 4 A explicação de fusão de horizontes, assim como de compreensão, será realizada mais adiante.
- 5 HESSEN, op. cit., p. 29.
- 6 FALCÃO, op. cit., p. 14.
- 7 Ibid., p. 14.
- 8 LIMA, Francisco Meton Marques de. **O resgate dos valores na interpretação constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como <<ser-moralmente-melhor>>**. Fortaleza: ABC, Fortlivros, 2001, p. 243.
- 9 SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. v. 20, n. 3, p. 17-18, jul./set. 1996.
- 10 DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 197.
- 11 FALCÃO, op. cit., p. 84.
- 12 COSTA, Reginaldo da. **Ética e Filosofia do Direito**. Fortaleza: ABC, 2006, p. 45.
- 13 FALCÃO, Raimundo Bezerra; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. A inesgotabilidade do sentido e a inafastabilidade do todo. XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Salvador. In: **Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**, Salvador: Florianópolis: Fundação Boiteux. 2008, p. 1005.
- 14 CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2004, p. 25.
- 15 PALMER, Richard. In: FERREIRA, Maria Luísa Ribeiro (Trad.). **Hermenêutica**. Lisboa: 70, 1989, p. 24.
- 16 GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica Constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 48-49.
- 17 HEIDEGGER, Martin. In: CAVALCANTE, Márcia de Sá (Trad.). **Ser e tempo**. Parte I. 4.ed. Petrópolis: Vozes, 1993, p. 141.



- 18 GADAMER, Hans-Georg. In: GIACHINI, Enio Paulo (Trad.). **Verdade e Método II**. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 78.
- 19 GOMES, op. cit., p. 54.
- 20 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 314.
- 21 LAMEGO, José. **Hermenêutica e jurisprudência**. Lisboa: Fragmentos, 1990, p. 135.
- 22 HEIDEGGER, op. cit., p. 209-210.
- 23 PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 35.
- 24 GADAMER, op. cit., p. 74-81.
- 25 LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 271.
- 26 MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 3. ed. São Paulo: Mandamentos, 2004, p. 39.
- 27 CAMARGO, op. cit., p. 48-51.
- 28 BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica e Meio Ambiente: uma proposta de Hermenêutica Ambiental para a efetivação do Estado de Direito Ambiental**. 2009. 219 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2009, p. 150.
- 29 Devido à complexidade do tema, são vários os autores que se dedicam ao estudo da teoria da justiça, como Kelsen, Bobbio, Rawls, Habermas, Dworkin, Alexy, dentre outros.
- 30 HABERMAS, Jürgen. In: SIEBENEICHLER, Flávio Beno (Trad.). **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, v. 1, p. 247-248.
- 31 A norma jurídica como objeto cultural será abordada no tópico que aborda Hermenêutica e Direito.
- 32 Liberdade e razão tornaram-se pilares da estrutura da modernidade, sob a influência do Iluminismo e da Revolução Francesa. O homem acreditava que, por intermédio da ciência, todas as suas inquietações e seus problemas estariam resolvidos. Diante disso, a Sociologia vem apontando o surgimento da pós-modernidade, caracterizada pela liquidez dos conceitos, conforme aponta Bauman. Diz-se líquido aquilo que não é sólido, isto é, o que não se enquadra em formas rígidas. Ao contrário, trata-se de conceitos maleáveis, flexíveis, fluidos. Essa nova realidade reflete diretamente na vida do homem que sofre diante da crise de valores, da falta de referência. BAUMAN, Zygmunt. In: GAMA, Mauro; GAMA, Claudia Martinelli (Trad.). **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 155.
- 33 FALCÃO, op. cit., p. 37-38.
- 34 BELCHIOR, op. cit., p. 165.
- 35 Objeto natural é tudo o que está natureza, sem intervenção humana.
- 36 FALCÃO; BELCHIOR, op. cit., p.1005.
- 37 No atual momento de pós-positivismo, como se verá durante o desenvolvimento desse trabalho, com a normatização dos princípios, os fundamentos éticos e axiológicos passam a ter importante guarida na Ciência do Direito.
- 38 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 74.
- 39 LUÑO, op. cit., p. 270.
- 40 CAMARGO, op. cit., p. 17.
- 41 Um ponto importante para se refletir é sobre a universalidade dos direitos humanos sob a ótica dos fundamentos filosóficos da Hermenêutica e do Direito. Será que há possibilidade de existirem direitos iguais para todas as pessoas, em todos os países no auge no multiculturalismo? Ou melhor, há direitos mínimos a serem invocados na roupagem dos direitos humanos? Entende Costa que “a tese da universalidade dos direitos humanos, para além da autocompreensão das culturas e das tradições, pode revelar-se apenas como uma postura arbitrária e autoritária de uma cultura (a cultura burguesa ocidental) que pretende arbitrariamente se impor sobre outras culturas, a não ser que consigamos justificar racionalmente [...] a validade universal da idéia de direitos humanos [...]” COSTA, Reginaldo da. Justificação racional, idéia de direitos humanos e multiculturalidade. **NOMOS: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**, v. 28.2, jul./dez., p. 279-288, Fortaleza: LCR, p. 287.
- 42 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 22.
- 43 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Trecho retirado de prefácio da obra de TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A criação e realização do Direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

- 44 COSTA, Reginaldo da. **Ética e Filosofia do Direito**. Fortaleza: ABC, 2006, p. 29.
- 45 Na lição de Barroso, “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 humana.” BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 6, setembro, p. 1 – 32, 2001. Disponível em <www.direitopublico.com.br>. Acesso em 20 de fevereiro de 2009, p. 19.
- 46 DWORKIN, Ronald. In: BOEIRA, Nelson (Trad.). **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35-63.
- 47 DIAS JÚNIOR, José Armando Pontes. Princípios, regras e proporcionalidade: análise e síntese das críticas às teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy. **NOMOS: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 27, p. 177-201, jul./dez., 2007, p. 178.
- 48 ALEXY, Robert. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Trad.). **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 135-144.
- 49 *Ibid.*, p. 31-49.
- 50 *Ibid.*, p. 135-144.
- 51 GRAU, op. cit., p. 178-179.
- 52 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 701.
- 53 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 78-79.
- 54 BARROSO, op. cit., p. 14.
- 55 SILVA, Virgílio Afonso da Silva. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 45.
- 56 *Ibid.*, p. 52.
- 57 *Ibid.*, p. 47-48.
- 58 *Ibid.*, p. 48.
- 59 ALEXY, op. cit., p. 117-118.
- 60 SILVA, op. cit., p. 50.
- 61 O art. 4º, do Decreto-Lei 4657/42, que introduziu a Lei de Introdução ao Código Civil no ordenamento jurídico brasileiro, dispõe que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.
- 62 PERELMAN, Chaïm. In: PUPI, Vergínia K. (Trad.). **Lógica jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 13.
- 63 SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Poderes éticos do juiz**. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 19.
- 64 COSTA, op. cit., p. 29-30.
- 65 HABERMAS, op. cit., p. 248.
- 66 CAPELLETTI, Mauro. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Trad.). **Juizes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 15.

## THE CHALLENGES PRESENTED TO JUDGES IN A POSTPOSITIVIST CONTEXT AND TAKING INTO ACCOUNT THE PHILOSOPHICAL BASES OF HERMENEUTICS

### ABSTRACT

Ever since humankind exists, humans, as rational creatures they are, resort to interpretation. Philosophical bases of Hermeneutics are an evidence to the fact that sense is philosophically inexhaustible. In postpositivism, principles, whose content are the values, become

juridically binding. In this context, the role of Law interpreters, like the judges, becomes more significant, as juridical principles do not need to be explicit to be valid as juridical norms. The aim of this paper is therefore to examine the philosophical bases of Hermeneutics, in order to find out what are the challenges judges have to face in the present postpositivist age of Law. Methodology employed by the author is bibliographical, theoretical, descriptive, exploratory, dialectic and mainly inductive. In interpretation, everything depends on the point of view used, which influences the activity of the interpreter, but which is also influenced by the interpreter. The author also establishes the requirement that appropriate interpretation techniques be used, in order that the judge may fill up the deontological frames related to a concrete case. Actually, judges cannot refer to subjectivism and decisionism, needing to incorporate a critical and rational dimension that allows them to adopt a cautious attitude when interpreting, in which case the results of their activity may be justified to the society, as demanded by Rule of Law principles.

**Keywords:** Hermeneutics. Philosophical Bases. Interpretation. Postpositivism. Challenges. Judge.

# A EXPERIÊNCIA DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO NO MUNICÍPIO DE FORTALEZA

Gretha Leite Maia\*  
Victor Menezes Barros\*\*

## RESUMO

O trabalho investiga o processo contemporâneo de redefinição das estruturas e das dinâmicas do poder, com ênfase nos novos modelos participativos. Analisa a democracia sob o enfoque histórico que gera uma pluralidade de significados ao próprio termo. Descreve a estabilização do exercício democrático do poder no modelo representativo e analisa sua trajetória no sentido de alcançar novos mecanismos de participação popular direta. Analisa a crise da Democracia representativa, decorrente, sobretudo, do descrédito da sociedade nos entes estatais e nos partidos políticos. Investiga as possibilidades de preservação do cânone democrático pelo exercício da Democracia Participativa, instrumento de resgate da atuação do povo frente às decisões políticas. Como objetivo específico, analisa o orçamento participativo, atividade na qual a sociedade define o destino dos gastos públicos, utilizando pesquisa de campo aplicada em Fortaleza, onde o orçamento participativo possibilita às comunidades a oportunidade de atuar ativamente nas questões públicas, desde 2005, referenciando também as experiências na gestão participativa dos municípios de Porto Alegre e Belo Horizonte.

**Palavras-chave:** Democracia. Representação. Crise. Participação. Orçamento.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho destina-se a analisar o advento da democracia participativa na sociedade contemporânea, tendo como foco a análise da prática de orçamento participativo. Busca-se inicialmente uma conceituação para o fenômeno democrático, a partir da clássica divisão dicotômica do valor democrático (Democracia Direta e Representativa). Desmembram-se, em seguida,

\* Professora, Advogada, Graduada em Direito pela UFC (1995), Mestre em Direito Constitucional pela UFC (2001), Coordenadora de Pesquisa do Curso de Direito da Faculdade Christus.

\*\* Graduando em Direito pela Faculdade Christus, aluno pesquisador do Programa de Pesquisa Jurídica da Faculdade Christus 2009/2010.

as circunstâncias responsáveis pela atual configuração democrática, o que permite, por fim, apresentar um instrumento de importância capital nas formas de participação: o orçamento participativo, com destaque para a experiência da gestão político-administrativa de Fortaleza, a partir de 2005.

O tema se apresenta de grande valia por permitir um novo olhar dos indivíduos frente às questões públicas, o que lhe permite um novo posicionamento sobre o fenômeno político de gestão do Estado, demandando não um ato ou processo democrático, mas toda uma cultura democrática desenvolvida entre os cidadãos.

Justifica-se a escolha desse tema, devido a grande expectativa em torno do orçamento participativo como instrumento de ampliação da participação popular na gestão dos atos públicos. Seu estudo permite averiguar se o cidadão insere-se como um sujeito de direitos políticos diante da possibilidade de uma série de tomadas de decisões.

O objetivo da pesquisa é de analisar o fenômeno da Democracia pelo ângulo da participação popular. De forma específica, busca-se analisar os efeitos do Orçamento Participativo em Fortaleza.

## 1 A CULTURA DEMOCRÁTICA

O exercício da Democracia, desafio com o qual a sociedade se depara diariamente, é um tema que suscita acalorados debates. Etimologicamente, a palavra origina-se do grego (o termo “demos” designa povo, enquanto o radical “kratos” remete a poder) significando o regime de governo no qual o poder é atribuído à sociedade.

Analisar a Democracia de forma histórica é partir dos valores da Grécia Antiga. Cidades-estados (como Atenas, por exemplo) instituíram um regime político no qual aqueles admitidos como cidadãos seriam responsáveis pelos delineamentos da esfera pública. A propriedade privada era vista como um requisito de acesso a tais discussões. Mulheres, escravos e crianças eram excluídos desses debates.

Por volta dos séculos XVII e XVIII, o pensamento político retoma as discussões sobre a prática da democracia, decorrente, sobretudo, da busca de se entender por que determinada forma de poder é vista como legítima, enquanto que outra é refutada. Emerge dessa situação, o liberalismo (doutrina suportada na liberdade política e econômica em contraste com a interferência estatal) que fez contraponto com o absolutismo (no qual as dinâmicas do poder estão concentradas numa figura única, a do rei). São nessas circunstâncias que teóricos como John Locke<sup>1</sup> e J.J.Rousseau<sup>2</sup> irão analisar os fenômenos políticos.

Num outro momento, Alexys de Tocqueville<sup>3</sup> e Norberto Bobbio<sup>4</sup> discutiram sobre a temática citada. No século XXI, por sua vez, a Democracia não é vista como um fenômeno isolado, e sim influenciado por outros pensamentos como os

direitos humanos, a figura de novos entes coletivos que irão, em conjunto com os partidos políticos, estes já em uma espécie de crise, perpetrar a análise política.

O valor democrático, buscado incisivamente por agrupamentos sociais minoritários no mundo contemporâneo, remete a uma divisão dicotômica muitas vezes trazida pelo seu caráter didático. Tem-se de um lado a Democracia Representativa, forma na qual o povo, legitimado pelo regime em vigor, escolhe representantes que irão decidir questões concernentes à sociedade. Do outro lado a Democracia Participativa, na qual a sociedade escolhe diretamente em que locais o poder Estatal deve agir. Paulo Bonavides esclarece a divisão dicotômica da Democracia partindo-se também de uma análise histórica. Diz que:

Da concepção de democracia da Grécia, na qual a liberdade política expirava para o homem grego desde o momento em que ele, cidadão livre da sociedade, criada a lei, com a intervenção de sua vontade, e à maneira quase de um escravo se sujeitava à regra jurídica assim estabelecida, passamos à concepção de democracia indireta, a dos tempos modernos, caracterizada, pela presença do sistema representativo. Dizia Montesquieu, um dos primeiros teóricos da democracia moderna, que o povo era excelente para escolher, mas péssimo para governar. Precisava o povo, portanto, de representantes, que iriam decidir e querer em nome do povo.<sup>5</sup>

Nestes termos, vê-se que num primeiro momento havia uma verdadeira necessidade pela representação. Todavia, num instante posterior esse sistema declina.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 introduziu, em seu artigo 14, de maneira exemplificativa, institutos do regime participativo (o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular). O Ordenamento Jurídico brasileiro adota o regime representativo, todavia apresenta a possibilidade do exercício da forma direta (ou participativa).

O Brasil se destaca por apresentar exemplos bem-sucedidos de exercício da Democracia Participativa. O Orçamento Participativo surge como grande elemento inovador. Define-se como a prática na qual a sociedade, diretamente, intervém na definição de em que lugares o orçamento será aplicado, exercendo concomitantemente o papel de controle de sua aplicação. Porto Alegre e Belo Horizonte encabeçam a lista dos municípios nos quais o instrumento vem resultando em progresso. Tal avanço se dá pelo fato de se permitir que os anseios sociais tomem espaço, já que eles são apresentados de forma clara, destinada aos representantes das distintas classes sociais.

O presente trabalho irá analisar de que forma deu-se a passagem no Brasil de um sistema marcado por uma forte dinâmica representativa até chegar no atual sistema o qual abriu espaços para o exercício direto de forma efetiva de participação.

## 1.1 Democracia Representativa

Na sociedade brasileira tem-se uma forte presença da cultura representativa. Elemento de tamanha complexidade traz consigo uma grande carga valorativa. Em decorrência disso, questiona-se por quais motivos os distintos Estados adotam formas tão diversas de se ver o chamado democrático. Na realidade, essa peculiaridade surge de sua própria essência: por ser um dado cultural, o exercício do poder de forma democrática torna-se variável de uma sociedade para outra.

A concepção hegemônica da Democracia, arraigada na forte influência européia sobre as outras culturas, delineou-se entre o cruzamento de teorias liberais (elemento muitas vezes paradoxal, por primar pelo individualismo em frente à igualdade) e as teorias marxistas (análise social do indivíduo enquanto ser produtor). Autores como Boaventura de Sousa e Leonardo Avritzer<sup>6</sup> analisam tais discussões, a partir da compreensão de que essas concepções estão relacionadas à resposta dada a três questões: a da relação entre procedimento e forma; a do papel da burocracia na vida democrática; e da inevitabilidade da representação em larga escala”. Para esses autores, o delinear do pensamento de democrática toma força pela análise de Hans Kelsen, Schumpeter e Bobbio, cada um respondendo as perguntas mencionadas.

Do ponto de vista procedimental, exclui-se dessa esfera a participação direta pelo fato de que tais pensadores analisavam o fenômeno democrático a partir de regras bem definidas, que por primarem pelo desejo da maioria, pareciam excluir a participação do todo. Mesmo diante de tais explicações aparece pouco nítido o motivo pelo qual a Democracia não pode ser vista de forma a comportar manifestações diretas. Na realidade, aparenta-se que eles apresentavam uma visão extremista, como se o fenômeno participativo exclui-se o representativo.

Quando emergiu o Estado de bem-estar social (Welfare State), o problema da burocracia submeteu-se a outra análise. A escolha por um Estado regulador da ordem econômica e que aliado a isso se inseria numa sociedade baseada no consumismo equiparou a idéia de democracia aos processos de burocratização.

O procedimentalismo, a questão burocrática e a representação em larga escala formam elementos-base para a solidificação da doutrina hegemônica da Democracia representativa. Portanto, tal teoria se fundamentava num tripé, o qual justificava e até mesmo possibilitava o exercício de uma Democracia em grandes dimensões (preocupação já existente em pensadores, como Rousseau).

Com o intuito de justificar essa teoria, estreitam-se as relações da atividade democrática com o termo autorização, por vezes apresentado como sinônimo de permissão de atuação. Fundamentava tal debate dois grandes elementos. O primeiro relaciona-se com a necessidade de se ver a prática democrática ligada com uma forma racional de visão. Para essa corrente, a fim de que se fosse possível pensar em um verdadeiro estudo lógico de política, fazia-se mister acabar com a alternância de decisões proferidas nas Democracias diretas, substituindo-as pela forma consensual da representatividade. Todavia, o consenso torna-se um

tanto difícil nas atuais sociedades, devido às complexas relações sociais e os distintos valores que as permeiam.

A segunda justificativa partia da premissa de que as mais diferentes maneiras de representação permitiriam consequentemente diferentes formas de se demonstrar os anseios sócio-políticos.

Diante dessas duas justificativas, vê-se uma busca por eliminar elementos como o aleatório, o acaso. Persegue-se com essa visão encontrar um meio de se relacionar Democracia como sinônimo de uma prática racional.

Reitera-se por fim que é nítido como essa concepção de Democracia que permeava desde o século XX remetia os valores democráticos somente a uma questão de autorização, vinculado ao consenso algo visto contemporaneamente como ultrapassado. Boaventura assevera que:

A concepção hegemônica da democracia, ao abordar o problema da representação, ligando-o exclusivamente ao problema das escalas, ignora que a representação envolve pelo menos três dimensões: a da autorização, a da identidade e a da prestação de contas (essa última introduzida no debate democrático muito recentemente).<sup>7</sup>

Depreende-se de toda essa análise que a Teoria Hegemônica da Democracia (que prima, sobretudo, pela noção de Representatividade) ao se basear nos princípios supracitados, excluiu um dos elementos marcantes na sociedade: a pluralidade étnica. Esta acaba acarretando na existência de múltiplos valores e a idéia de consenso, por si só, parece-lhe um tanto distante. Além disso, cabe ressaltar por fim que numa sociedade considerada plural, os mais variados anseios políticos, culturais, sociais, econômicos não são abarcados unicamente nas formas de associações representativas. Para tanto, a participação direta surge como uma saída.

## 1.2 Crise no Sistema Representativo

A discussão histórica das correntes democráticas remete às figuras de J. J. Rousseau e Benjamim Constant, conforme descrito por Bonavides<sup>8</sup>. O primeiro era crítico à representação, chegando por vezes a afirmar que o povo só era verdadeiramente livre no momento em que iam às eleições com o intuito de eleger seus representantes. O segundo era favorável à representação, todavia afirmando que os cidadãos deveriam tomar cuidado para evitar abusos, desmandados daqueles que ele chamava de “mandatários”. Essas seriam, respectivamente, as correntes não-hegemônica e a hegemônica.

Durante o século XX vicejou-se a idéia que a Democracia Representativa seria a única forma possível de expressão da vontade popular. Todavia, em um outro momento, estudiosos começaram a analisar a possibilidade de fenômeno democrático, ainda baseado no procedimentalismo kelseniano, mas agora abrindo possibilidades de se aceitar a pluralidade humana. Via-se agora a Política Democrática como um elemento responsável pela organização da sociedade e do binômio Estado-Povo.



Surge nessa etapa um leque de possibilidades para a sociedade. A Democracia não é vista somente como um espaço para a escolha de representantes os quais irão buscar a efetivação dos direitos dos nacionais. Nessa etapa, opções das mais variadas tomam forma no cenário político dos Estados.

Ao mesmo tempo, fenômeno comum em vários países, instala-se uma crise no sistema de representação político-partidária. No Brasil, Bernardo Sorj<sup>9</sup> identifica a desintegração dos ideais socialistas e a diminuição da importância dos sindicatos como fatores que concorrem para agravar a crise da democracia representativa.

Depreende-se disso que a ausência dos partidos políticos levou novas entidades de caráter coletivo a tomar o espaço antes ocupado por tais instituições. Transferiu-se, portanto, às ONG's o papel de catalisadores da ação coletiva, num visível paradoxo, posto que organizações não governamentais não orientam sua atuação para a arena das disputas políticas.

Outra análise da crise representativa no Brasil é apresentada por Antonio Carlos Wolkmer<sup>10</sup>. A crise na representação seria espécie de uma crise maior, situada no âmbito da política. O descrédito nos partidos políticos, na administração estatal, no legislativo e no judiciário. De forma mais específica, acumulam-se como motivos para o momento crítico: as constantes faltas de cumprimento dos programas políticos; a corrupção dos políticos; a crise de legitimização; a influência dos meios de comunicação. Na busca por uma redefinição da política no cenário social:

[...] a radicalização do processo democrático para a sociedade não implica descartar o paradigma da representação, mas reconhecer sua crise e redefini-lo em função de uma nova cultura política, fundada na participação dos sujeitos coletivos emergentes, corporificadores de uma cidadania comunitária.<sup>11</sup>

Verdadeiramente, faz-se por necessário uma redefinição da Democracia diante dessa atual cultura política na qual os partidos não desempenham mais a função de centro hegemônico das decisões políticas. Busca-se, portanto, a formação de novos sujeitos de direito, inseridos numa cultura democrática participativa.

## 2 O ORÇAMENTO PARTICIPATIVO COMO EXPERIÊNCIA DEMOCRÁTICA

A prática democrática apresenta-se como valor a ser buscado, sobretudo devido à necessidade do país se consolidar em efetivo Estado Democrático de Direito. O Orçamento Participativo (OP) vem como instrumento para tornar possível tal condição.

O Orçamento Participativo no Brasil, mesmo sendo uma atividade tão recente, já apresenta exemplos positivos em diversos municípios. Porto Alegre, Belo Horizonte, citados inicialmente neste artigo, destacaram-se pela dinâmica nessa discussão de caráter político e por isso merecem uma análise mais aprofundada.

Porto Alegre foi o primeiro município a consultar a população sobre a questão orçamentária. Desde 1986, a capital gaúcha tornou-se palco dos posicionamentos das Associações de Moradores no tocante ao Orçamento. Todavia, só em 1989 viu-se nitidamente o orçamento participativo - OP, pois nesse momento adotou-se um verdadeiro sistema de participação, dotado de metodologia própria, permitindo a adoção de critérios (como por exemplo, a estipulação de pesos no momento dos votos de cada região da cidade). O orçamento participativo é visto como uma prática bem sucedida de gestão local.

O ciclo do OP em Porto Alegre encontra-se marcado em três grandes momentos: as Reuniões Preparatórias (preparação para a tomada de decisões, prestação das contas, discussão sobre a chapa de conselheiros), a Rodada Única de Assembléias Regionais e Temáticas e a Assembléia Municipal (segundo o Regimento Interno do OP Gaúcho, tem como pauta: Posse dos Novos Conselheiros; Entrega da hierarquização das Obras e Serviços; Discussão de tema de caráter geral.). Estas fases se encontram intimamente ligadas.

De forma simplificada, Leonardo Avritzer explica como ocorre o OP em Porto Alegre:

O orçamento participativo em Porto Alegre consiste em um processo de decisão pela população sobre as prioridades de obra da prefeitura do município.

Esse processo envolve duas rodadas de assembléias regionais intercaladas por uma rodada de assembléias locais. Em uma segunda fase há a instalação do Conselho do Orçamento Participativo, um órgão de conselheiros representantes das prioridades orçamentárias decididas nas assembléias regionais e locais. A elaboração administrativa do orçamento ocorre no Glapan - Gabinete de Planejamento da Prefeitura, órgão ligado ao gabinete do prefeito.<sup>12</sup>

Nas assembléias e reuniões grandes decisões são tomadas. Definem-se as exigências da população, as prioridades decorrentes das 17 regiões existentes, o foco que será dado aos possíveis 6 temas (Temática de Circulação, Transporte e Mobilidade Urbana ; Temática de Organização da Cidade Desenvolvimento Urbano e Ambiental; Temática de Desenvolvimento Econômico Tributação e Turismo; Temática de Cultura; Temática de Educação Esporte e Lazer; Temática de Saúde e Assistência Social) divididos em 16 prioridades temáticas (Saneamento Básico- Drenagem e Dragagem; Saneamento Básico- Água e esgoto cloacal; Habitação; Pavimentação; Educação; Assistência Social; Saúde; Circulação e Transporte; Áreas de Lazer; Esporte e Lazer; Iluminação Pública; Desenvolvimento Econômico, Tributação e Turismo; Cultura; Saneamento Ambiental; Juventude; Acessibilidade e Moralidade Urbana), a escolha dos delegados (variável de acordo com a região). De forma indireta, essa etapa acaba por analisar o papel desempenhado pelo executivo em cada área do município.

As duas rodadas das Assembléias Regionais e Temáticas ocorrem anualmente as quais são interligadas por reuniões intermediárias em que ocorrem a

hierarquização das prioridades (dentre as 16). O cidadão, nessa etapa, escolhe quatro prioridades atribuindo notas de um (última prioridade) a quatro (primeira prioridade). Além das notas atribuídas pela sociedade, outros três critérios: População total da região- Peso 2; Carência do Serviço ou Infra-estrutura- Peso 4; Prioridade Temática da Região- Peso 5.

Após a escolha, têm-se as três prioridades de cada região, as quais receberão os recursos proporcionais às necessidades regionais. Daí retira-se, obliquamente, as prioridades da cidade. Caso haja prioridades não elencadas no âmbito municipal, mas que pertençam na esfera regional, parte do Orçamento é destinado a essas questões. Fica nítido que a composição do Orçamento Participativo é marcado por desejos priorizados em esfera regional.

Uma peculiaridade do OP Gaúcho é que no quesito Pavimentação, pois só as regiões que a escolherem como prioridade terão recursos destinados a esse setor, respeitando-se, todavia, as áreas que tiverem saldo.

O Orçamento Participativo em Belo Horizonte, mesmo sendo uma prática mais recente (iniciado em 1993), encontra-se como marco importante no processo de gestão municipal em Minas Gerais. Reflexo dessa atividade se materializa na construção de complexo esportivos, hospitais, reforma de praças, todas com o aval da população.

O OP mineiro é dotado de duas rodadas de assembléias regionais e um fórum de prioridades regionais (é neste último que ocorre a escolha dos delegados, os quais irão monitorar as obras).

Aqui vale uma comparação entre os OPs analisados: ambos apresentam núcleos regionais como forma de participação efetiva da sociedade. Além disso, ambas decorrem dos anseios sociais, os quais clamavam em um período anterior, alguma forma de participação na Gestão Municipal-orçamentária. Leonardo Avritzer afirma que:

Uma característica do orçamento participativo merece ser destacada, dada a sua relação com a discussão sobre democracia participativa: o fato de o elemento comum do OP em Belo Horizonte e Porto Alegre basear-se nas assembléias regionais. Portanto, em ambos os casos o OP baseia-se em práticas preexistentes introduzidas pelos movimentos comunitários nos anos 70 e 80.<sup>13</sup>

Na primeira Assembléia Regional cabe à Secretaria do Planejamento trazer para as Regionais como se encontra o andamento das obras aprovadas no OP anterior, indicando-se em qual fase elas se encontram (licitação, execução ou conclusão). Essa fase se responsabiliza, portanto, por fazer um balanço das ações previstas pelo OP anterior.

Ainda nessa fase a Prefeitura indica a disponibilidade dos recursos, partindo das seguintes condições: 50% dos recursos disponibilizados são destinados igualmente às regionais e o restante distribuído de acordo com o Índice de Qualidade

de Vida Urbana (IQVU); quanto maior o Índice, menor a quantidade de recursos. É, pois, uma tentativa de equiparação da qualidade de vida entre as Regionais.

A segunda rodada do OP é o momento no qual as propostas de obras a serem realizadas são apresentadas. Em seguida, a prefeitura faz uma análise das propostas de acordo com a viabilidade técnica. Nessa etapa também são eleitos os delegados. Cabe citar uma peculiaridade: há um delegado por associação comunitária por região.

O OP mineiro se caracteriza também entre um processo interno das comunidades, na qual eles escolhem as Prioridades da Região. É a chamada Caravana das Prioridades. Nelas, os delegados eleitos visitam as propostas de obras apresentadas.

A última etapa é a responsável pelo delineamento final da questão orçamentária. Os distintos projetos de obra surgem com o fim das visitas as Regionais, momento no qual há a votação.

Cabe citar que em 2006 a Prefeitura de Belo Horizonte iniciou a prática do OP Digital com o intuito de ampliar a participação da sociedade além de aumentar os investimentos do OP regional. A eficiente idéia de atuar na sociedade utilizando a *Internet* rendeu números expressivos: a primeira OP rendeu 503 mil votos, destinando um investimento de 20 milhões e 250 mil reais além de um investimento de 80 milhões de reais destinados a OP Regional. Como bem assevera a Prefeitura de Belo Horizonte no livro *Orçamento Participativo em Belo Horizonte - 15 anos*:

O Orçamento Participativo Digital, implantado em 2006, foi uma iniciativa ousada da Prefeitura para ampliar a participação popular na tomada de decisões. Pela primeira vez na história, a população teve a oportunidade de participar fazendo as escolhas pela internet. “Belo Horizonte assegurou um processo transparente e inovador de votação, com a participação popular ativa na escolha das obras. É assim que a gestão da cidade vai se abrindo cada vez mais para a construção coletiva do futuro”, afirma o presidente da Belotur, Júlio Ribeiro Pires, ex-secretário municipal de Planejamento, Orçamento e Informação.<sup>14</sup>

Vê-se que o Orçamento Participativo é uma prática marcante na gestão de algumas cidades brasileiras que proporciona uma interessante interação sociedade- gestão pública.

## 2.1 A Prática Orçamentária em Fortaleza

Desde 2005, a capital cearense instituiu em suas atividades administrativas o orçamento participativo. Dotado de características peculiares, cabe aqui citar: o ciclo do OP; o papel do COP (Conselho do Orçamento Participativo); os fóruns de Delegados e Delegadas; as Assembléias Públicas; reflexos do OP em Fortaleza.

O ciclo do OP em Fortaleza é composto pela Rodada Preparatória, primeiro encontro da sociedade e dos membros do governo para se debater a questão dos

investimentos, situação financeira do Município e exposição da organização do Orçamento Participativo. Num outro momento ocorre a Rodada Deliberativa, em que se indicam propostas a serem votadas de acordo com o definido pelo Plano Plurianual Participativo, além de se escolherem os delegados territoriais (1 delegado para cada 20 votantes) de acordo com a APs (Áreas de Participação) existentes.

Em seguida, têm-se as Assembléias Públicas Deliberativas, as quais se responsabilizarão pela propositura e votação dos pedidos da sociedade decorrente dos segmentos sociais definidos pelo OP (mulheres, população negra, juventude, idosos, pessoas com deficiência e LGBTTT). Também são escolhidos os delegados, respeitada a mesma proporção já citada.

Por fim, ocorrem os Fóruns Regionais de delegados e delegadas; o Fórum Municipal de Segmentos Sociais e o Fórum Municipal e Fóruns Regionais do OP Criança e Adolescente. Estes dois últimos se destinarão, além de definir questões organizacionais de sua respectiva área, se responsabilizarão pela indicação de membros para o COP.

Cabe aqui enfatizar uma peculiaridade do OP de Fortaleza: a participação de crianças e adolescentes. Nela, as crianças trazem seus desejos, pareceres sobre a situação do município. O rito, adotado é semelhante ao do OP adulto (assembléia preparatória- assembléia deliberativa- discussões- votação- fiscalização, dentre outros), todavia, é composto por Assembléias Territoriais, Assembléias Escolares (uma por regional) e Assembléias com projetos da Funci. Todas essas etapas são compostas por momentos preparatórios e deliberativos.

O Orçamento Participativo de Fortaleza pode ser realizado por moradores com idade a partir de 16 anos completos e irá respeitar os critérios de população residente, renda e participação. O Regimento Interno do OP de Fortaleza prevê a existência do Conselho do Orçamento Participativo, órgão que se destina a organizar a aplicação do Orçamento do Município, com a prática de planejamento, fiscalização e até deliberação. Como competência do COP, tem-se: a discussão dos métodos adequados para atuação da ação orçamentária; o acompanhamento do andamento dos procedimentos derivados do OP; a deliberação de realização de seminários e atividades destinadas à capacitação dos delegados; a emissão de parecer sobre a aplicação/criação do conjunto de serviços e bens destinados pela discussão popular.

O COP será composto por conselheiros derivados dos delegados territoriais, dos delegados dos segmentos sociais, dos membros do OPCA (Orçamento Participativo da Criança e do Adolescente) e dos Conselhos Municipais. Todos estes têm direito à voz e a voto. Ao Poder Público Municipal se garante o direito a Conselheiros com direito à voz mas sem direito a voto. Aos conselheiros do COP asseguram-se os direitos de votar e ser votado, para a composição de comissões, além de se poder exigir o cumprimento do Regimento Interno do OP fortalezense.

Cabe aos conselheiros o dever de: fazer cumprir o regimento interno; realizar reunião (ões) com o Fórum dos Delegados do qual ele proveio; partici-

par dos seminários criados pelo COP. O COP é organizado internamente com os seguintes “sub-órgãos”: pleno do Conselho do OP; Coordenação do COP; Secretaria Executiva e o Fórum de Delegados e Delegadas. Cabe, citar também que o Conselho do Orçamento Participativo reúne-se ordinariamente em conformidade com o acordado na sua reunião de instalação e, quando necessário, nos momentos de caráter extraordinário.

Por fim, faz-se mister analisar as Assembléias Públicas, o ciclo do OP em ano de PPA (Plano Plurianual) Municipal e os critérios para a distribuição dos recursos entre as áreas.

PPA é uma lei de planejamento das ações governamentais. Nela são definidas as diretrizes, metas que irão nortear as prioridades governamentais, ocorrendo a cada quatro anos. Em ano de elaboração do PPA Municipal, realizar-se-ão Assembléias de Prestação de Contas das Demandas do OP nas Áreas de Participação onde ocorreram as Assembléias de Deliberação do ano anterior. Nesse momento ocorre uma reavaliação das demandas, negociando-se as ainda não iniciadas e se incluindo as que são dependentes de recursos externos.

No ano de 2009, o Orçamento Participativo atuou na prestação de contas. Após quatros anos de discussão, votação e deliberação de obras e serviços, o OP se destinou a situar as comunidades regionais do andamento dos mesmos. Realizaram-se atividades nas regionais, além de assembléias específicas para os segmentos sociais e crianças e adolescentes.

O Orçamento Participativo de Fortaleza adota como critérios a população residente, renda e participação. Quanto à população, faz-se uma simples consideração: é tomado como base o quantitativo da população residente em cada bairro, atribuindo-se notas de 1 a 4; aqueles com maior número de habitantes receberão a maior nota. Quanto à renda, parte-se do número de quantos chefes de família recebem até meio salário mínimo a cada 10000 mil habitantes do bairro; os que apresentarem a maior quantidade receberão a maior nota (dentre 1 a 4). Quanto à participação, considera-se o quantitativo de demandas recebidas pela assembléia deliberativa. Atribui-se nota de 1 a 4 com peso 2, recebendo a maior nota as que apresentarem o maior número de demandas.

Inúmeros são os reflexos do OP fortalezense nas comunidades. Demandas foram atendidas e novas propostas surgem, reafirmando o sentimento de aceitação do sistema desenvolvido pela gestão municipal 2004/2008 e 2008/2012.

Dentre as demandas atendidas, cabe citar: revitalização dos grupos de idosos do bairro Bela Vista; construção e manutenção do CUCA (Centro Urbano de Cultura, Arte, Ciência e Esporte) na Regional I; capacitação para guardas municipais, direcionado ao combate à homofobia; construção do centro de referência para atendimento à mulher em situação de violência doméstica; melhoria e ampliação de iluminação pública (proposta na assembléia do OPCA em 2007); criação e manutenção de núcleos para atendimento a crianças e adolescentes vítimas de violência sexual.

Ressaltamos a participação popular como um dos maiores ganhos pela prática do OP. Os moradores interagem com o governo propondo ações em benefício de uma dada comunidade; amplia-se a participação dos mais diversos setores sociais, permitindo-se, as crianças, por exemplo, utilizar tal instituto para a propositura de idéias. Os integrantes dos grupos sociais conectam-se com o fenômeno político de forma mais atuante, podendo exigir do Poder Público o cumprimento de obras e serviços, o que em outras circunstâncias seria inviabilizado por ausência de um canal eficiente de interação. O OP de Fortaleza também pode ser visto como um exemplo de atuação democrática bem sucedido. Os números da participação da sociedade comprovam: em 2005, 6,6 mil pessoas participaram do OP; em 2008 esse número chegou a 30 mil. O crescimento da participação comprova a ampliação do interesse em acompanhar a gestão dos investimentos do município.

## CONCLUSÕES

O artigo que se apresentou é resultado de pesquisa realizada junto ao Programa de Iniciação Científica da Faculdade Christus no ano de 2009. A formação do quadro referencial teórico desvelou a pluralidade conceitual do termo Democracia, surgindo deste contexto a noção que nos guiou de democracia como manifestação popular de amplitude pública, viabilizada pela participação popular regular e permanente, resultante de uma organização social bem sucedida, capaz de articular-se e dialogar com o Poder Público. Para que se efetive este modelo de democracia – participativa, dando alcance às manifestações populares, é preciso garantir a existência de instrumentos de manifestação popular capazes de permitir à população a possibilidade de atuar de forma ativa nas questões sociais.

O Orçamento Participativo entra nesse grupo. A participação social no tocante aos investimentos públicos tem trazido grandes resultados. Obras criadas, serviços melhorados são, genericamente, alguns dos benefícios. Todavia, cabe à sociedade tornar esse instrumento uma prática constante e eficaz. Muitas vezes, por falta de informação, ausência de vontade ou até mesmo por motivos de ordem pública (dificuldade de acesso às reuniões, por exemplo) o OP se torna “ameaçado”.

Deriva-se dessa análise que é necessário, antes da aplicação do OP, inserir na sociedade uma “cultura da participação”. Melhorar a divulgação do mecanismo e provocar inquietação no cidadão com o intuito de levá-lo a buscar esses instrumentos são pequenas medidas que poderiam ampliar o campo de atuação da participação popular.

Percebe-se que muito já foi feito com o intuito de melhorar a relação sociedade-Estado, pelos citados exemplos exitosos de OP em Porto Alegre e Belo Horizonte e mesmo em Fortaleza, das três a experiência mais recente. Todavia, sua ampliação encontra-se diretamente relacionada com a procura do próprio indivíduo junto aos meios estatais, para efetivamente dotar-se da condição de sujeito democrático e cidadão inserido na atividade política.



## REFERÊNCIAS

AVRITZER, Leonardo. Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A Teoria das formas de governo**. 10. ed. Distrito Federal: UNB, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. São Paulo: Martin Claret, 2002-2005.

PREFEITURA DE BELO HORIZONTE. Orçamento Participativo de Belo Horizonte- 15 anos. **Op Portugal**. Estudo dos quinze de OP em Belo Horizonte. Disponível em: <<http://www.op-portugal.org/downloads/OP%20em%20Belo%20Horizonte.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato social**: princípios de direito político. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2005.

SORJ, Bernardo. **A democracia inesperada: cidadania, direitos humanos e desigualdade social**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**: leis e costumes. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **A Democracia na América**: sentimentos e opiniões. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4 ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

- 1 LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. São Paulo: Martin Claret, 2002-2005.
- 2 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato social**: princípios de direito político. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- 3 TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**: leis e costumes. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005 e TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**: sentimentos e opiniões. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- 4 BOBBIO, Norberto. **A Teoria das formas de governo**. 10. ed. Distrito Federal: UNB, 1998
- 5 BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 272.
- 6 SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2005.
- 7 Ibid., p. 49.
- 8 BONAVIDES, op. cit.
- 9 SORJ, Bernardo. **A democracia inesperada: cidadania, direitos humanos e desigualdade social**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004



- 10 WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4 ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- 11 *Ibid.*, p.95.
- 12 AVRITZER, Leonardo. Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.), **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2005, p. 576-577.
- 13 *Ibid.*, p.582.
- 14 PREFEITURA DE BELO HORIZONTE. Orçamento Participativo de Belo Horizonte- 15 anos. **Opportugal**. Estudo dos quinze de OP em Belo Horizonte. Disponível em: <<http://www.op-portugal.org/downloads/OP%20em%20Belo%20Horizonte.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2010.

## THE EXPERIENCE OF PARTICIPATIVE BUDGET IN THE CITY OF FORTALEZA, BRAZIL

### ABSTRACT

This paper inquires into the contemporary process of re-defining the structures and the functioning of power, emphasizing the new participative models found in political practice. The author examines democracy under a historical outlook, finding a plurality of meanings to the word. Afterwards, the author describes the practice of power in the representative model and analyzes the historical path it went through towards the shaping of new mechanisms of direct participation of citizenry in society. The paper assesses the crisis of representative democracy, asserting that it is due, above all, to the lack of faith of society in State and in political parties. The author also inquires into the possibilities of preservation of democracy through participative democracy, qualifying this newer model as an instrument of action of citizens regarding political decision-making. Finally, the paper examines the Participative Budget, an initiative in which society defines the destination of public spendings. In order to study the Participative Budget, the author studied the execution of this initiative in the city of Fortaleza, where it gives the local communities the opportunity to take part in actions of public interest. Participative Budget is a reference of participative public management in other important Brazilian cities, such as Porto Alegre and Belo Horizonte.

**Keywords:** Democracy. Representation. Crisis. Participation. Budget.

# AS SÚMULAS DE JURISPRUDÊNCIA E O PRAZO DA PRISÃO CAUTELAR: UMA QUESTÃO DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE

*Jânio Pereira da Cunha\**

“A liberdade, Sancho, é um dos mais preciosos dons que aos homens concederam os céus; a ela não podem igualar-se os tesouros que a Terra contém ou os que o mar encobre; (...) e, ao contrário, o cativo é o maior mal que pode suceder aos homens” (Miguel de Cervantes. Dom Quixote de la Mancha).

“Ordenada a prisão, cuide-se da celeridade do processo, lembrando-se o magistrado que as suas horas de lazer são para o detido horas de cativo” (Tostes Malta).

## RESUMO

O artigo versa sobre o excesso de prazo na prisão cautelar de investigados e acusados no Brasil. Analisa-se, particularmente, o discurso jurídico das autoridades judiciais na manutenção do cárcere provisório por prazo superior ao previsto pela normatividade. Nesse sentido, perquiriu-se se as súmulas de jurisprudência tocante ao lapso temporal da clausura cautelar compatibilizam-se ou não com os valores constitucionais vigentes. Verificou-se que o entendimento jurisprudencial dogmatizou uma série de hipóteses e situações em que, mesmo havendo ultrapassagem do tempo de clausura antecipada, não quer isto significar constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do aprisionado. Tem-se, entretanto, que essa orientação judicial não condiz com o regime dos direitos e garantias fundamentais, em especial com os princípios da celeridade processual, devido processo legal, inocência e, por fim, dignidade humana.

**Palavras-chave:** Prisão cautelar. Excesso de Prazo. Súmulas do STJ. Inconstitucionalidade.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

\* Mestre e doutorando em Direito Constitucional. Professor da Universidade de Fortaleza (Unifor) e da Faculdade Christus. O presente artigo contou com a valiosa colaboração e revisão do amigo José Valente Neto, Defensor Público do Estado do Ceará.

O Estado democrático e liberal de direito pauta-se pelo binômio direitos fundamentais e regras do processo político decisório. A positivação de tais bens em textos constitucionais ocorre justamente para gerar mais certeza e segurança jurídicas nas relações sociais, na medida em que se exige do Poder Público uma atuação limitada no tocante aos direitos e garantias essenciais à vida em sociedade.

Nessa perspectiva, destaca-se o direito individual de liberdade de locomoção física como um dos principais a caracterizar o Estado de direito moderno. Veja-se, a propósito, que a liberdade pessoal ganhou nível protetivo tão geral e amplo que aparece albergada, salvo engano, praticamente em todos os países ditos constitucionais.

Assim é o caso do Brasil.

A Constituição Federal vigente elenca a liberdade ambulatoria no rol de direitos e garantias fundamentais. E como um direito principiológico, somente pode ser excepcionado nas hipóteses taxativamente previstas no Texto Maior. Com efeito, permite-se a restrição à liberdade física, regra geral, apenas nos casos de flagrante delito e ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária.<sup>1</sup>

E isso é assim porque, em Estado democrático e liberal, a liberdade representa elemento ínsito à dignidade da pessoa humana, que, entre nós, é indicada expressamente na Constituição atual como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Ademais, a deferência do legislador constituinte de 1988 pela liberdade humana está ligada diretamente ao princípio da não-culpabilidade, pelo qual o ser humano é inocente, exceto se esse estado natural for desconstituindo legitimamente por uma decisão penal condenatória irreversível.

Não é demais acrescentar que a restrição à liberdade de um indivíduo, por ser fato, a rigor, extremamente danoso à personalidade humana, ainda que nos casos constitucionalmente aceitos, sem dúvida é outro fator ao repúdio legítimo ao encarceramento indiscriminado e antecipado dos indivíduos.

É sabido, entretanto, que, apesar de todas as mazelas da prisão, a idealização de uma resposta idônea e humana para determinados criminosos (aqueles de alta periculosidade) e seus delitos (caracterizados pela extrema violência contra a pessoa humana) ainda permanece aberta e a convocar inteligências. E enquanto a resposta não surgir a sociedade continuará a penalizar com a constrição à liberdade de ir e vir, ainda que já se tenha advertido que “a melhor prisão é aquela que não existe ou, no máximo, aquela que está vazia”.<sup>2</sup>

E se a custódia decorrente de prisão-pena (definitiva), máxime para delitos de menor gravidade e para criminosos de baixa periculosidade, é questionável como meio repressivo e ressocializador, ainda mais problemática é a prisão provisória, quando inexistente por enquanto um título judicial constritivo decorrente de sentença criminal transitada em julgado. E isso é assim porque “toda e qualquer prisão decretada antes da condenação é, realmente, medida

odiosa, uma vez que somente a sentença, que põe fim ao processo, é a única fonte legítima para restringir a liberdade pessoal a título de pena”.<sup>3</sup>

E, na verdade, a segregação cautelar é extremamente complexa uma vez que, conquanto vise a segurança e paz sociais e o resultado eficaz do processo penal, limita o direito fundamental de liberdade sem grande certeza material de que indiciado ou réu de fato obrou com desrespeito aos valores protegidos pelo direito penal e processual penal.

E a questão ganha foros de alta dramaticidade no Brasil, já que é de conhecido daqueles que lidam com a matéria criminal que no País há evidente abuso das prisões efetivadas pelo Estado, notadamente as provisórias.

A abusividade no campo prisional, importa registrar, alcança os três Poderes públicos.

O Legislativo incorre em abuso quando elabora leis incriminadoras com aumento drástico da sanção estatal e restritivas da concessão da liberdade provisória<sup>4</sup>. Infelizmente, o exagero desmesurado e irracional da reprimenda penal decorre não raro da pressão exercida pelo movimento altamente repressivista e conservador da “lei e ordem”, bem como pela força teórica dos defensores do antiliberal direito penal “simbólico” ou do “inimigo”. No entanto, incorre em equívoco o legislador, ao supor que:

[...] com a edição de novas leis penais, mais abrangentes ou mais severas, será possível resolver-se o problema da criminalidade crescente. Essa concepção do direito penal é falsa porque o toma como uma espécie de panacéia que logo se revela inútil diante do incremento desconcertante das cifras de estatística criminal, apesar do delírio legiferante de nossos dias.<sup>5</sup>

Já o Executivo, na medida em que não raro utiliza as ações prisionais como meio de política de Estado para tentar fazer frente ao aumento da criminalidade, como se a questão social em que o crime está envolto fosse apenas uma “questão de polícia”, resolúvel com medidas exclusivamente prisionais. A respeito disso, a socióloga Julita Lemgruber adverte, com propriedade, que quem procura resolver os conflitos sociais por intermédio do direito penal, a bem da verdade, deixa de resolvê-los.<sup>6</sup>

Ademais, não se deve deixar de registrar a escalada de prisões efetivadas de questionável juridicidade, muitas vezes desnaturadas pela falta, por exemplo, do estado real e contemporâneo de flagrância, que as forças policiais de segurança pública levam a efeito, principalmente contra aqueles sujeitos mais excluídos socialmente, isto é, mais desprotegidos juridicamente, tais como pobres, negros e analfabetos.<sup>7</sup>

Nessa linha, pondera Löic Wacquant:

[...] em tais condições, desenvolver o Estado penal para responder às desordens suscitadas pela desregulamentação da economia, pela dessocialização do trabalho assalariado e pela pauperização relativa e

absoluta de amplos contingentes do proletariado urbano, aumentando os meios, a amplitude e a intensidade do aparelho polícia e judiciário, equivale a (r)estabelecer uma verdadeira ditadura sobre os pobres.<sup>8</sup>

Pondere-se, ademais, que o Poder Público, leia-se, Executivo, dispensa aos encarcerados um tratamento afrontoso aos mínimos direitos fundamentais do homem. Veja-se que “as condições de detenção existentes em numerosas prisões e delegacias brasileiras são pavorosas e equivalem a formas cruéis, desumanas e degradantes de tratamento e punição”<sup>9</sup>. Tanto é assim que “uma equipe de especialistas teve acesso a prédios [cárceres brasileiros] superpopulosos que foram comparados a pocilgas e nos quais segundo se denunciou, seres humanos eram tratados de forma inferior ao gado recolhido para o abate num matadouro”<sup>10</sup>.

Já no tocante ao Judiciário, saliente-se que, apesar da missão institucional de controlar os demais Poderes do Estado, não escapa ao fenômeno do abuso que acomete o Legislativo e o Executivo. Veja-se que a abusividade judicial não decorre eventualmente apenas de erro no julgamento quanto à pessoa responsável pela infração penal ou no desencarceramento tardio do condenado definitivo. Ocorre principalmente no aprisionamento cautelar de indiciados e acusados, por meio de decisões processuais que mantém investigados e réus encarcerados além do prazo legal para julgamento da causa, com fundamento em construções jurisprudenciais incompatíveis com os valores jurídicos albergados pelo nosso ordenamento constitucional vigente, em especial os princípios da celeridade processual, devido processo legal, inocência e dignidade humana.

Na verdade, a centralidade do presente artigo reside em demonstrar que as súmulas de jurisprudência sobre o prazo de prisão cautelar não se compatibilizam com o regime dos direitos e liberdades públicas da Constituição atual, impondo-se, com efeito, uma releitura do tempo de prisão sem condenação à luz dos novos paradigmas do Estado democrático e de direito brasileiro<sup>11</sup>, inclusive dos direitos e garantias internacionais, de tal sorte que a liberdade dos indivíduos no Brasil não fique sujeita como sói acontecer ao subjetivismo e à arbitrariedade do julgador penal.

Portanto, o presente estudo objetiva desconstruir alguns parâmetros judiciais para permanência de uma pessoa encarcerada provisoriamente além do prazo legal e razoável para o encerramento do processo crime, numa tentativa de colaborar para contornar o elevado prejuízo ocasionado pelo cárcere postergado ou indefinido daqueles que são presumidamente inocentes.

## 2 O DIREITO DE SER JULGADO NUM PRAZO RAZOÁVEL

A garantia de julgamento em um prazo razoável de há muito positivou-se em diplomas de nível internacional. De fato, observa-se que declarações, pactos e tratados sobre direitos humanos são meios para enunciar o direito de alguém ser julgado na esfera penal de acordo com prazos normativos e sem dilações indevidas, mais ainda quando o réu encontrar-se preso cautelarmente.

Veja-se, de início, a Convenção Européia dos Direitos do Homem (1950), ao estabelecer que “toda pessoa presa ou detida (...) tem o direito de ser julgado em um prazo razoável ou de ser posto em liberdade” (art. 5º, §3).

Em momento posterior, tem-se o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, estabelecido pela Assembléia Geral das Nações Unidas (1966), ao prever que “qualquer pessoa, presa ou encarcerada em virtude de infração penal (...) terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade” (art. 9º, nº. 1), bem como “toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade a, pelo menos às seguintes garantias: (...) a ser julgada sem dilações indevidas” (art. 14, nº. 3).

Igualmente, a Convenção Americana de Direitos Humanos, aprovada em São José da Costa Rica (1969)<sup>12</sup>, trouxe previsão, em texto bastante similar aos transcritos, no sentido de que “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida sem demora, à presença de um juiz (...) e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo” (art. 7º, nº. 5).

No mesmo sentido prevê a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (2000), em seu art. 47, que “toda pessoa tem direito a que sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável. Ademais, registre-se que a Constituição européia corrobora essa orientação de forma idêntica no art. 2º-107 dessa norma.<sup>13</sup>

Vê-se daí que a ordem internacional dispensa atenção especial à garantia de julgamento rápido em se tratando de custódia cautelar, tanto que traz o imperativo de livramento do detido ou processado na hipótese de configuração de excesso de prazo para conclusão do processo penal.

No âmbito do direito interno, a Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional nº. 45/2004, estatui que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5, LXXVIII).

Com se observa, o ordenamento jurídico brasileiro, na mesma esteira dos documentos internacionais sobreditos, consagrou expressamente o direito fundamental à razoável duração do processo. Entretanto, a garantia de julgamento sem delongas indevidas já era admitido por alguns teóricos como elemento intrínseco ao preceito constitucional do devido e regular processo legal, segundo o qual a prestação jurisdicional deve ser “célere, adequada e eficaz”<sup>14</sup>, notadamente quando em discussão a liberdade física de um indivíduo.

Acresça-se que, a despeito da inexistência textual no diploma constitucional originário, “o direito de ser julgado num prazo razoável, na verdade, sempre esteve protegido pelo ordenamento jurídico pátrio, por força dos diversos tratados e acordos internacionais dos quais o Brasil é signatário”<sup>15</sup>.

Frise-se que há várias razões para exigir-se uma tramitação sem protela-

ções desnecessárias dos feitos penais. Entre elas, pode-se destacar o fato de o processo criminal ostentar “uma carga infamante e sancionatória em si mesmo, que não deve se prolongar por muito tempo”.<sup>16</sup>

Ademais, é lícito afirmar que a delonga na tramitação das ações criminais implica em risco aos direitos fundamentais dos encarcerados, em especial ao princípio da não-culpabilidade, que “não suporta que um acusado fique preso, a título provisório, no aguardo, sem limitação temporal, do encerramento do processo penal”.<sup>17</sup> Em suma, “toda prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, sendo entendido como um ato de força e de arbítrio”.<sup>18</sup>

É por isso que o constituinte originário de 1988 impôs a obrigatoriedade de relaxamento da cautela pessoal em caso de ilegalidade. E um caso evidente de ajuridicidade das medidas cautelares é a demora injustificada no julgado da causa.

Na mesma seara, o legislador ordinário previu de forma mais direta e literalmente que “a coação considerar-se-á ilegal quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei” (art. 648, II, CPP).

Nesse sentido, é força registrar o avanço da legislação supranacional e pátria em matéria de proteção da rapidez processual, inclusive trazendo a consequência do desencarceramento na hipótese de coação por ultrapassagem do tempo de prisão cautelar, tanto que Norberto Bobbio assevera com acerto que o problema atual não reside mais em positivar os direitos humanos, mas efetivá-los política e juridicamente, “para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”.<sup>19</sup>

### 3 O PRAZO DA PRISÃO CAUTELAR NA JURISPRUDÊNCIA SUMULAR DOS TRIBUNAIS

A problemática do prazo de duração da prisão antecipada é uma constante nas decisões monocráticas e colegiadas do Poder Judiciário. E ajuda a tornar a temática mais árida e complexa a inexistência de um prazo limite na legislação processual penal. Historicamente a lacuna legal vem ocasionando uma série de problemas para aqueles aprisionados provisoriamente, já que ante a ausência de um prazo máximo para manutenção da privação da liberdade podem ficar indefinidamente encarcerados.

Ocorre que um acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com o fito de evitar a questão da procrastinação do sentenciamento de acusados presos, estabeleceu o prazo de oitenta e um dias para o término do processo criminal perante a primeira instância<sup>20</sup>, de tal sorte que se impunha a concessão da liberdade do encarcerado em decorrência da extrapolação desse prazo para ultimação do feito, visto que a custódia tornar-se-ia ilegal.

Noutras palavras, “conquanto o CPP não tenha estabelecido expressamente um limite para a duração da custódia cautelar, a jurisprudência, reconhecendo a gravidade que representa toda restrição antecipada da liberdade

(...) estabeleceu o limite de oitenta e um dias”.<sup>21</sup>

Adite-se que, a despeito da intenção garantista da sobredita decisão, verifica-se que a jurisprudência dos tribunais vem desnaturando dia a dia a idéia de um lapso temporal máximo para a conclusão da demanda penal, tornando, assim, na prática, sem aplicabilidade o prazo de oitenta e um dias [hodiernamente, 95 a 125 dias] para o encerramento da prestação jurisdicional criminal.

E a distorção do espaço temporal em questão materializa-se pelo fato de a jurisprudência valer-se de “certos casuísmos para não conceber o excesso de prazo” ilegal<sup>22</sup>, extraídos principalmente da suposta complexidade do processo, da atividade processual da defesa/acusado e da atuação da máquina judiciária, de tal modo que a prisão cautelar passou a perdurar por mais tempo do que o previsto na lei processual penal.<sup>23</sup>

Na verdade, o marco temporal anterior de referência da duração da prisão provisória (81 dias) sofreu alteração por parte de juízes e tribunais, na medida em que a prática judicial deturpou a “fórmula de contagem dos prazos processuais, estendendo indefinidamente a duração da prisão cautelar sob justificativas que revelam uma posição autoritária e ultrapassada de Processo Penal”.<sup>24</sup>

Uma das objeções que o Poder Judiciário levantava para obstar a soltura do aprisionado cautelarmente era a superação de certas etapas do processo crime, que tornavam devida o excesso do prazo de prisão para os crimes apenados com reclusão, impedindo, por isso, o relaxamento do cárcere provisório, já que não haveria constrangimento ilegal à liberdade de locomoção a ser sanado.

Veja-se que, se inicialmente o prazo da regra dos oitenta e um dias englobava todas as fases do processo crime, inclusive a de prolação da sentença, depois a orientação jurisprudencial modificou esse entendimento em termos de que o referido prazo só era exigível (contado) até o término da instrução criminal e não para entrega da prestação jurisdicional penal.

Essa orientação restou consolidada na Súmula número 52 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), na qual se lê que “encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal”. E a razão disso, justifica o Poder Judiciário, seria o fato de que, superada fase mais complexa, árdua e longa do processo, isto é, a instrução criminal, em breve tempo haveria o julgamento da causa.<sup>25</sup>

Ocorre que o término da instrução processual não significa, à evidência, o encerramento do processo. E, sem maiores esforços hermenêuticos, é lúdimo de dúvidas de que o direito daquele que o Estado lhe imputa um ilícito penal é de ter o processo concluído num prazo razoável e “não de ter seu processo instruído num tempo razoável”<sup>26</sup>, haja vista que o término da instrução criminal não encerra o processo, dado que o feito “carece ainda de vários outros atos para sua completude”<sup>27</sup>, seja na sistemática processual pretérita, seja na nova reforma do Código de Processo Penal, tais como, diligências finais, alegações, prolação da sentença e, eventualmente, recursos cabíveis.



Em relação à súmula em foco, aduzem Aury Lopes Jr e Gustavo Henrique Badaró que:

[...] tal posicionamento tem feito com os juízes, em casos de réu preso, dêem uma tramitação rápida ou, ao menos, mais célere aos processos, somente até o término da audiência de oitiva de testemunhas de defesa. Depois disto, a realização das diligências complementares, a apresentação das alegações finais e a prolação da sentença, seguem uma tramitação lenta, como se não mais houvesse qualquer necessidade de uma solução rápida do feito.<sup>28</sup>

Na verdade, “a simples superação de uma fase processual não pode ter (mas, infelizmente, tem) o poder de sanar o constrangimento ilegal de que padece o acusado, pois “a superação da fase instrutória [leia-se, hoje, da audiência de instrução e julgamento] não pode ser justificativa convincente para a superação do constrangimento ilegal”.<sup>29</sup>

Mas a problemática não parou por aí.

Registre-se que a jurisprudência vinha encurtando o número de atos procedimentais para aferição do prazo (in)devido de duração da prisão cautelar, eis que retraiu o lapso temporal anterior de oitenta e um dias - que antes englobava a inquirição das testemunhas de acusação e defesa-, para alcançar esse íterim temporal tão-somente a oitiva das testemunhas de acusação, de tal maneira que deixaria de se configurar, daí para frente, constrição ilegal à liberdade do acusado preso. Por conseguinte, concretamente, o único caso de um encarcerado ser livre por excesso de prazo da cautela pessoal seria na situação de o juiz condutor do processo não efetivar o interrogatório de todas as testemunhas de acusação no prazo de oitenta e um dias.<sup>30</sup>

Essa orientação judicial baseava-se na ilação de que, encerrada a ouvida das testemunhas de acusação no prazo marco sobredito, a eventual demora no julgamento ficaria na responsabilidade da defesa, e não mais na conta do Estado-Juiz. Vale dizer, o retardamento na conclusão do processo, nessa hipótese, seria provocado pela defesa.<sup>31</sup>

Destaque-se, a propósito, que o Superior Tribunal de Justiça cristalizou o entendimento sobredito na Súmula nº. 64, na qual consta que “não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa”.

Em relação a essa súmula, impõe-se uma ordem de consideração mais ampla.

É que a reação defensiva à acusação, com todos os meios e recursos admitidos em direito, excepcionalmente aceitando inclusive a prova ilícita, constitui um sagrado e inviolável direito fundamental do acusado, de tal sorte que, a princípio, não pode existir nenhum obstáculo e prejuízo para a defesa pelo exercício desse direito individual.

Nesse sentido, a motivação jurisprudencial para legitimar a extrapolação

do prazo de prisão provisória na hipótese em comento “se traduz em violação da garantia constitucional da ampla defesa, pois, para exercê-la, em casos muitas vezes complexos – onde a defesa é conseqüentemente mais difícil -, teria o acusado que ‘pagar um preço’, ficando preso até que a ‘sua prova’ seja produzida”.<sup>32</sup>

Advirta-se que a defesa do acusado não pode ser submetida a restrições, porquanto o princípio da ampla defesa e contraditório pressupõe completa igualdade de “armas” entre acusação e defesa.<sup>33</sup> Noutras palavras, a parte ré, pelo princípio constitucional do contraditório, inerente ao devido processo legal e uma das formas de materialização de uma prestação jurisdicional garantista, tem a prerrogativa intangível de ser ouvida e influenciar, com idéias, fatos, testemunhas, argumentos jurídicos, enfim, com a contraprova, o conteúdo da decisão.<sup>34</sup>

A propósito, calha anotar que nos lindes da construção sumular em questão tem-se certa admoestação ao imperativo constitucional da ampla defesa, já que a defesa técnica pode ser intimidade na apresentação de elementos quiçá idôneos para o pleno contraditório, tendo em vista que o excesso de prazo da cautela provisória será tido como legítimo, em situações que tais.

Vê-se, daí, que a prática pretoriana, em grande medida, afronta, não apenas o princípio da ampla defesa, da inocência e do devido processo legal, mas, igualmente, o imperativo da igualdade na oportunidade de requerer a produção da prova<sup>35</sup>, e, conforme assevera Ingo Wolfgang Sarlet, “onde a igualdade não for garantida (...), não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças”.<sup>36</sup>

Por fim, adite-se que, malgrado a possibilidade de eventual utilização abusiva, isto é, com intuito protelatório, da ampla defesa, que talvez sói acontecer com qualquer outro direito, isso não justifica transformar o exercício legítimo e muitas vezes indispensável da reação defensiva num paradoxo: a utilização dos meios necessários e integrais a produção da contraprova para apuração da verdade real pode significar a permanência do acusado por mais tempo do que o prazo legal máximo da custódia provisória.

Portanto, é lícito sustentar que o princípio do direito à amplitude da prova é uma garantia do acusado em Estados constitucionais de direito, inclusive um imperativo de ordem moral e ética, de tal maneira que o respeito a esse postulado fundamental é condição indispensável para a efetividade de um processo penal garantista, liberal, e, em última análise, democrático.

Em suma, a eventual má-fé da defesa deve ser vista com muita cautela pelos órgãos jurisdicionais, tanto que, se não restar claro e lúdimo de dúvidas o expediente malicioso da reação defensiva, deve-se permitir, sem nenhum prejuízo para o imputado, a maior amplitude possível para contraditar a acusação; porquanto, entre o risco de ferir a manifestação defensiva e a possibilidade de uso torpe dela, fica-se com o perigo representado pela primeira.<sup>37</sup> Na medida em que assegurar as formas procedimentais em campo tão sensível do direito – o processual penal,

no qual o objeto é a liberdade individual - acaba por se configurar num ônus a ser suportado pelo Estado, mas jamais debitado à custa do imputado.

Retornado ao estudo da jurisprudência no tocante ao excesso de prazo, outras hipóteses foram idealizadas para legitimar o prazo excedente da custódia provisória.

Assim, infere-se de inúmeras decisões que se o feito penal já se encontrar na fase diligencial ou na etapa das alegações derradeiras das partes e, mais ainda, na fase de elaboração da sentença, com os autos conclusos ao juiz, elidida-se qualquer argüição de extrapolação do prazo legal para encerramento do processo, ainda que anteriormente o lapso temporal padrão tenha sido, de fato, excedido.

E a razão disso, explica-se, é que o prazo regra dos 81 dias passou a ser contabilizado - diferentemente da inteligência inicial, que abrangia a prolação da sentença -, somente até o fim da instrução acusatória, fato esse que acabava por autorizar que “a partir de então, seja desconsiderado o excesso de prazo dos atos processuais, sujeitando-se o acusado a permanecer preso até que eventualmente se entenda, por mera liberalidade do tribunal, não mais razoável ou justificável a manutenção do encarceramento cautelar”.<sup>38</sup> Na mesma esteira é a observação de Hélio Bastos Tornagui, para quem “infelizmente, encerrada a prova da acusação, o réu fica ao desamparo, pois pode o juiz protelar indefinidamente a marcação de datas para a de defesa”.<sup>39</sup>

Acresçam-se outras justificativas que a *praxis* jurisprudencial cristalizou para excepcionar a custódia ilegal por demora no julgamento da causa, a fim de manter o encarceramento do réu, numa total desnaturação da regra de ouro de fixação dos prazos legais para a prestação jurisdicional penal, inclusive, anteriormente aceita pelo próprio Poder Judiciário.

Destarte, reconhecem-se legítima a coação à liberdade física, ainda que ultrapassado o tempo de prisão estabelecido em lei, quando esse excesso for justificado pela dificuldade na instrução probatória, ocasionada, entre outras razões, pela necessidade de intimações e inquirições de testemunhas e acusados, por meios de cartas precatórias; pluralidade de réus, principalmente quando assistidos por defensores diversos; número exagerado de testemunhas arroladas pelas partes e instauração de incidente de insanidade mental<sup>40</sup>; bem como pelo fato de o crime ser abstratamente grave e o agente ostentar periculosidade.<sup>41</sup>

A base de fundamentação das hipóteses referidas encontra-se no critério do juízo de razoabilidade para aferição da ocorrência ou não de excesso ilegal no prazo de duração do ergástulo público. Tal parâmetro foi introduzido pelo famigerado acórdão da lavra do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro do Superior Tribunal de Justiça, em 1991, no qual se extrai a passagem clássica tantas vezes utilizada e repetida à exaustão por juízes de primeiro grau e desembargadores de tribunais nas decisões denegatórias de *habeas corpus* impetrado para legitimar a prisão cautelar ainda quando haja excesso de prazo:

O Direito, como fato cultural, é fenômeno histórico. As normas jurídicas devem ser interpretadas consoante o significado dos acontecimentos que, por sua vez, constituem a causa da relação jurídica. O Código de Processo Penal data de início da década de 40. O país mudou sensivelmente. A complexidade da conclusão dos inquéritos policiais e a dificuldade da instrução são cada vez maiores. O prazo da conclusão não pode resultar de mera soma aritmética. Faz-se imprescindível raciocinar com o juízo de razoabilidade para definir o excesso de prazo. O discurso judicial não é simples raciocínio de lógica formal.<sup>42</sup>

Nada obstante a inteligência do critério da razoabilidade para apuração de excesso devido ou ilegal da custódia provisória, parece-nos que a sua utilização, a rigor, para legitimar a continuidade do acusado recolhido ao ergástulo público impõe ser desconstruída doutrinária e concretamente, nos lindes de parâmetros garantistas e democráticos. Uma vez que “não se concebe o estudo do processo penal brasileiro dissociado de uma visão abertamente constitucional, inserindo-o (...) no contexto dos direitos e garantias fundamentais, autênticos freios aos excessos do Estado contra o indivíduo, parte verdadeiramente mais fraca nesse embate”<sup>43</sup>.

Em primeiro lugar, é força convir que é desarrazoada essa construção jurídica, que “acaba por impor duração absolutamente indeterminada à prisão provisória, de todo incompatível com o ordenamento processual penal de qualquer Estado Democrático de Direito”<sup>44</sup>.

Em segundo plano, a substituição dos critérios objetivos fixados em lei por outros de natureza abertamente subjetiva conduz ao arbítrio, a incerteza e insegurança, que são situações exorbitantes do sistema jurídico de um país avançado.<sup>45</sup>

Adite-se que a aplicação do axioma da lógica do razoável na prática jurisprudencial de nossos tribunais é fruto de interpretação incompatível com a Constituição Federal vigente, visto que a duração razoável do processo encontra-se no rol dos direitos e garantias fundamentais individuais e, como tal, deve ser aplicado sob às luzes de um processo penal democrático.

Entretanto, a interpretação judicial não raro vem distorcendo essa inarredável garantia individual no que tange à tramitação do processo penal, posto que a razoabilidade, em vez de proteger os acusados, é manejada justamente contra aqueles que se encontram recolhidos ao cárcere, no intuito de “permitir que o cidadão [pois ainda inocente] permaneça encarcerado antes da decisão final por tempo superior àquele previsto legalmente”.<sup>46</sup>

Noutras palavras, o critério da razoabilidade “só aproveita ao Poder Judiciário e, a exemplo de algumas posições jurisprudenciais precipitadas que tendem a justificar [o] excesso de prazo, também opera em detrimento do acusado”.<sup>47</sup> Isso em razão do fato de “a razoabilidade ser invocada justamente para dilatar o prazo (...). Ou seja, a própria razoabilidade milita em seu desfavor [do

encarcerado] (...), para justificar a segregação cautelar por mais tempo do que determina a lei. Noutras palavras, tem-se invocado a razoabilidade em favor do arbítrio estatal contra o acusado”.<sup>48</sup>

Não se pode furtar-se a acrescentar que a lógica do razoável trata-se de um parâmetro extremamente variável, fluído e plástico, podendo ser aplicado de forma indiscriminada a qualquer caso concreto, posto que se trata de “um clichê da jurisprudência, adaptável a qualquer circunstância”.<sup>49</sup>

Em última análise, corrobora a crítica à aplicação da razoabilidade em desfavor do direito de liberdade do imputado preso a lição do jurista Roberto Delmanto Junior, ao colacionar que “a exigência de previsão legal de prazo máximo e peremptório para a duração da custódia cautelar (...) não se coaduna com a atual discricionariedade das decisões do Poder Judiciário, já que extremamente casuísticas e subjetivas”<sup>50</sup>; lembrando ainda o autor citado que “a incerteza e o arbítrio são incompatíveis com a vida jurídica”.<sup>51</sup>

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Que a prisão é um meio falido para lidar com a criminalidade, na perspectiva tanto da repressão quanto da reinserção de apenados ao convívio em sociedade, isto não constitui nenhuma novidade para os estudiosos progressistas e engajados socialmente.

De fato, a prisão, além de, a rigor, não ressocializar incriminados, acaba, pelas condições subumanas ou quase subumanas dos cárceres, impingindo-lhes sofrimento e angustia aviltantes dos direitos e liberdades públicas fundamentais dos encarcerados e, em última instância, da própria dignidade da pessoa humana.<sup>52</sup> Adite-se, a propósito, que não se pode negar a “realidade nua e crua dos cárceres brasileiros. As penas são elencadas de maneira taxativa (...). Não existe a pena de desconstituição da dignidade humana. Entretanto, o estigma da prisão e seus conseqüências trataram de normatizá-la, de fato”<sup>53</sup>.

Se a prisão pena já coloca em risco os direitos constitucionais do apenado, com mais forte razão, a clausura provisória tem maior potencialidade de ferir garantias fundamentais, notadamente quando há a ocorrência de excesso de prazo na custódia, levando-se em consideração que ainda não se tem um título judicial definitivo e o prisioneiro é inocente.

Por tudo isso, a prisão provisória não deve ser dilatada demais no tempo a ponto de plasmar-se ilegitimamente em pena antecipada, impondo-se uma tramitação célere, mas sem qualquer precipitação que possa colocar em perigo as garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e contraditório e do estado de inocência do acusado. Não se admite a flexibilização irracional das garantias processuais eleitas pela Constituição, dado que a forma ritualística do processo penal constitui, por si só, uma garantia imprescindível para assegurar um processo criminal compatível com o respeito aos direitos e

garantias individuais. Ademais, importa aditar que “quase sempre a economia de prazos envolve um aqodamento, uma precipitação, com sérios prejuízos para a administração da justiça”.<sup>54</sup>

Ressalte-se, a propósito, que a lógica do processo civil - com destaque para a teoria das nulidades, pela qual só se reconhece uma nulidade quando o ato não atinge sua finalidade – não se aplica ao raciocínio do processo penal, uma vez que não somente o conteúdo da decisão é o que interessa, mas também o próprio *modus operandi* é indispensável para validade e legitimidade da prestação jurisdicional de mérito.

Nesse sentido, frise-se que o direito a ser julgado num prazo razoável, leia-se, nos prazos limites fixados em lei -, representa condição *sine qua non* para justificar a permanência da cautela provisória. Entretanto, apesar da previsão legal de prazos máximos para a realização dos atos procedimentais no processo penal, a jurisprudência dos tribunais pátrios vem passo a passo desconstruindo a fórmula legal de que o prazo razoável para o processo ordinário de crimes apenados por reclusão é de 81 dias [diga-se, 95 a 125 dias, atualmente], já que esse lapso temporal padrão não poderia ser aplicado matematicamente, devendo-se levar em consideração o eventual excesso existente à luz de um raciocínio de ponderação.

Com efeito, o somatório dos prazos previstos para tramitação do processo penal, que é utilizado como referencial para fixação do tempo máximo de privação provisória da liberdade - ante a inexistência de um prazo normativo limite para a custódia cautelar -, é constantemente relativizado pela jurisprudência, tanto que se admite que o investigado ou réu permaneça encarcerado por tempo superior aos prazos do rito processual penal, sem que isso importe excesso prazal indevido e ilegítimo a ensejar o relaxamento da custódia antecipada por constrangimento ilegal à liberdade de locomoção física.

Destarte, vê-se numa rápida pesquisa à jurisprudência de nossos tribunais uma infinidade de hipóteses justificadoras da extrapolação do tempo legal de prisão cautelar, tendo inclusive servido para a construção das já analisadas Súmulas 21, 52 e 64 do Superior Tribunal de Justiça.

O que se observa, na lição de Aury Lopes JR e Gustavo Henrique Badaró, é que “o passar dos anos, (...) mostrou que tampouco esse prazo de 81 dias [atualize-se, 95 a 125 dias] está sendo respeitado e, principalmente, não está ocorrendo o desencarceramento diante do excesso de prazo. Tem falado mais alto a pressão repressiva de movimentos como da “lei e ordem” e o absoluto desrespeito pelo tempo do réu preso”.<sup>55</sup>

No entanto, tem-se que as orientações sumulares em estudo não podem subsistir, ante a incompatibilidade com a Constituição Federal vigente. Na verdade, o Texto constitucional é notadamente garantista, logo, coloca os direitos e garantias fundamentais em lugar de destaque na proteção dos imputados em geral.

Não se pode admitir mais a aplicação mecânica e acrítica de entendimentos jurídicos que, além de anacrônicos, se afastam diametralmente dos valores constitucionais e das liberdades e garantias individuais. É forçosa uma releitura, à luz do direito constitucional democrático, dos parâmetros judiciais já consolidados pela jurisprudência, a fim de romper em definitivo com a altamente prejudicial “interpretação retrospectiva” da legislação infraconstitucional e das orientações pretorianas já petrificadas. Por esse raciocínio hermenêutico, interpreta-se:

[...] o texto novo de maneira que ele fique tão parecido quanto possível com o antigo. Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação a que não ficaria mal chamar ‘retrospectiva’: o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que ele capta é menos a representação da realidade que uma sombra fatasmagórica.<sup>56</sup>

Anota Luís Roberto Barroso que a “interpretação retrospectiva”, por ser uma das patologias inveteradas da interpretação brasileira, deve ser rejeitada, tendo-se em vista que tal método exegético implica numa (re)interpretação automática e acrítica das normas legais anteriores à Constituição utilizando-se de jurisprudência desenvolvida no regime pretérito.<sup>57</sup>

Nesse sentido, impõe-se uma meia-culpa por parte dos operadores do direito, no que toca o excesso de privação de liberdade. Na medida em que, em vez de manejarem umas das armas principais dos defensores dos direitos humanos – o *jus postulandi* – para criticar e objetar velhos e inconstitucionais paradigmas no direito, perde-se enorme tempo nas petições e demais trabalhos jurídicos com contorcionismos hermenêuticos, na tentativa geralmente frustrada de demonstrar que o seu cliente, no caso, paciente, não se enquadraria nas súmulas de jurisprudência do STJ (números 21, 52 e 64) e demais orientações dos tribunais em material processual penal, com o intuito, pouco frutífero, de libertá-lo do cárcere provisório indefinido.

Melhor usar, nesse duro e permanente combate, princípios interpretativos do novo constitucionalismo, pautado pela teoria dos princípios (força normativa da constituição) e dos direitos e garantias fundamentais (aplicação direta e imediata), para questionar nas raízes e, sob todos e quaisquer ângulos de observação jurídica, a inconstitucionalidade flagrante da maioria das construções pretoriana de aplicação recorrente na esfera da duração da prisão cautelar por parte de magistrados de primeiro e segundo grau, e, o que é pior, pelos membros do Órgão de cúpula do Judiciário brasileiro.

Na realidade, ou se combate com as armas normativas e democráticas disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro e internacional a *praxis* judiciária, especificamente relacionada com o excesso de prazo da custódia, ou



continuaremos nos ressentindo de um processo criminal com forte herança autoritária e ditatorial.

É inaceitável que a garantia da legal e razoável duração do processo criminal não se efetive, tornando-se, como tantas outras, uma norma constitucional meramente programática, desprovida de eficácia direta e destituída de sanção estatal para as autoridades públicas, em especial, as judiciárias, pelo não-cumprimento imediato da cláusula da celeridade processual.<sup>58</sup>

Finalizando, torna-se imprescindível a construção de um raciocínio teórico de índole constitucional e democrática, de modo a favorecer a institucionalização de um modelo garantista de direito e processo penal<sup>59</sup> e a formação de uma cultura jurídica de respeito integral aos direitos e garantias humanas, em especial aos direitos fundamentais dos presos, tudo em razão última de que os seres humanos, independentemente de eventual culpa, são iguais em dignidade e direitos.

## REFERÊNCIAS

ANISTIA INTERNACIONAL. Brasil: **Aqui ninguém dorme sossegado.** Violações dos direitos humanos contra detentos. Porto Alegre: Seção brasileira da Anistia Internacional, 1999.

BARROSO, Luís Roberto: **Interpretação e aplicação da constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar.** São Paulo: Malheiros, 2005.

BOBBIO, Norberto. In: COUTINHO, Carlos Nelson (Trad.). **A era dos direitos.** Apresentação de Celso Lafer. Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** RHC n. 4.183-8-RJ. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6.T., julgado em 07.02.95, DJU de 02.03.95.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** HC 93.786-ES. Rel. Carlos Brito, 1.T., julgado em 17.06.2008.

BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. **O excesso de prazo no processo penal.** Curitiba: JM Editora, 2006.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar:** dramas, princípios e alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DALABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão preventiva:** uma análise à luz do garantismo penal. Curitiba: Juruá, 2006.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu**



- prazo de duração.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil:** teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11. ed. Salvador (BA): Podivm, 2009, v. 1.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal constitucional.** 4. ed. São Paulo: RT, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. In: ZOMER, Ana Paula et al (Trad.). **Direito e razão.** Teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002.
- FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos.** 2. ed. São Paulo: [s.d.], 1992.
- LEAL, César Barros. O sistema penitenciário brasileiro e os direitos humanos. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará,** Fortaleza, ano 7, n. 9, 1992.
- \_\_\_\_\_. **Prisão: Crepúsculo de uma era.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- LEMGRUBER, Julita. O uso indiscriminado da pena privativa de liberdade. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciário,** Brasília, ano 1, n. 7, jan./jun. 1996.
- LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão cautelar e liberdades fundamentais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MOSSIN, Heráclito Antônio: **Comentários ao código de processo penal à luz da doutrina e da jurisprudência.** Barueri: Manole, 2005.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 6. ed. São Paulo: RT, 2010.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes constitucionais da liberdade provisória.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Advogado, 2003.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** São Paulo: Saraiva, 2001.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de processo penal.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Processo Penal.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1.
- \_\_\_\_\_. **Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 1998, v. 3.
- \_\_\_\_\_. **Processo Penal.** 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 4.

VALENTE NETO, José. **Petição de habeas corpus**. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. 2010. Referente ao processo crime nº. 7522-8.2008.8.06.0117/0. 2ª Vara da Comarca de Maracanaú-CE.

VITA, Carolina Almeida. Instrução deve considerar inocência do acusado. **CONJUR**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-nov-29/tempo-instrucao-condizer-estado-inocencia-acusado?pagina=3>>. Acesso em: 04 dez. 2010.

WACQUANT, Lôic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

- 1 Há ainda as hipóteses de prisões militares (art. 5, LXI, CF/88) e de prisão cautelar admitida durante o estado de sítio (art. 139, II, “b”), quando a ordem prisional é exarada por autoridade competente não judiciária.
- 2 A observação é do Prof. Dr. Cesar Barros Leal, proferida em Seminário Especial do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (Unifor), intitulado “Execução Penal na América Latina”, nos dias 28, 29 e 30 de outubro e 11, 12 e 13 de novembro de 2010.
- 3 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 3, p. 462.
- 4 A Lei n. 8.072/90 vedava a concessão de liberdade provisória para crimes hediondos e assemelhados, em total dissonância com a previsão constitucional do direito individual de responder à inculpação criminal solto, quando não se configurar uma das hipóteses de prisão preventiva.
- 5 TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 5.
- 6 LEMGRUBER, Julita. O uso indiscriminado da pena privativa de liberdade. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciário**, Brasília, ano 1, n. 7, jan./jun. 1996.
- 7 “A significativa maioria de nossa população aprisionada, provisória ou definitivamente, é composta por pessoas de baixíssima, quando nenhuma, renda, que não têm a mais mínima condição de patrocinar uma defesa mais eficaz de seus interesses” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes constitucionais da liberdade provisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 113).
- 8 WACQUANT, Lôic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 10.
- 9 Relatório da Anistia Internacional. Brasil: Aqui ninguém dorme sossegado. Violações dos direitos humanos contra detentos. Porto Alegre: Seção brasileira da Anistia Internacional, 1999. p. 2. Apesar do ano desse relatório, a problemática dos cárceres brasileiros ainda permanece viva e perversa.
- 10 LEAL, César Barros. **Prisão**: Crepúsculo de uma era. Bel Horizonte: Del Rey, 2001, p. 66.
- 11 O Estado democrático requer um processo penal democrático, isto é, um processo criminal visualizado “a partir dos postulados estabelecidos pela Constituição Federal, no contexto dos direitos e garantias humanas fundamentais, adaptando o Código de Processo Penal a essa realidade, ainda que, se preciso for, deixe-se de aplicar legislação infraconstitucional defasada e, por vezes, nitidamente inconstitucional” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 79.)
- 12 No Brasil, essa convenção passou a vigorar no ano de 1992.
- 13 TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 679.
- 14 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11. ed. Salvador: Podivm, 2009, v. 1, p. 39.
- 15 BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. **O excesso de prazo no processo penal**. Curitiba: JM Editora, 2006, p. 52.
- 16 LOPES Jr, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 44.
- 17 FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 2 ed. São Paulo, 1992, p. 62.
- 18 FERRAJOLI, Luigi. In: ZOMER, Ana Paula et al. (Trad.). **Direito e razão. Teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002, p. 446.
- 19 BOBBIO, Norberto. In: COUTINHO, Carlos Nelson (Trad.). **A era dos direitos**. Apresentação de Celso Lafer. Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 23; 25; 36- 37.
- 20 Que correspondia ao somatório dos prazos fixados para cada ato do processo de rito ordinário, isto é, dos crimes apenados com reclusão: 10 dias (inquérito); 5 dias (denúncia); 3 dias (defesa prévia); 20 dias

- (inquirição de testemunhas); 2 dias (requerimento de diligências); 10 dias (para despacho do requerimento); 6 dias (alegações finais); 5 dias (diligências de ofício); 20 dias (sentença). Ver. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de processo penal**. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 617-618.
- 21 DALABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão preventiva: uma análise à luz do garantismo penal**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 118. Esclareça-se que, pela reforma processual penal do ano de 2008, especificamente no tocante à Lei nº. 11.689/2008, no procedimento comum ordinário, o prazo para o julgamento do processo foi alterado, de tal forma que o prazo máximo para a custódia acautelatória passou a ser de 95 a 125 dias, conforme o caso. Ver. VITA, Carolina Almeida. Instrução deve considerar inocência do acusado. **CONJUR**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-nov-29/tempo-instrucao-condizer-estado-inocencia-acusado?pagina=3>>. Acesso em: 04 dez. 2010. Para resumo do rito comum ordinário atualizado, ver. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 31. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, v. 4, p. 69-70.
- 22 MOSSIN, Heráclito Antônio. **Comentários ao código de processo penal à luz da doutrina e da jurisprudência**. Barueri: Manole, 2005, p. 1398.
- 23 Ver. MOSSIN, op. cit., p. 1398-1399, para conferir as principais justificativas encontradas na jurisprudência sobre o assunto.
- 24 DALABRIDA, op. cit., p. 119.
- 25 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. RHC n. 4.183-8-RJ. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6.T., julgado em 07.02.95, DJU de 02.03.95, p. 6145. *Mutatis mutandis*, a Súmula nº. 21 do Superior Tribunal de Justiça traz linha idêntica de orientação, ao estabelecer que, no procedimento do tribunal popular do júri, “Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução”. Por isso, as mesmas considerações e críticas direcionadas à Súmula nº. 64 do STJ são válidas, em grande medida, para a de nº. 21.
- 26 BRETAS, op. cit., p. 103.
- 27 VITA, op. cit.
- 28 LOPES; BADARÓ, op. cit., p. 111.
- 29 *Ibid.*, p. 103.
- 30 DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 325. Esse mesmo autor explica didaticamente um expediente altamente reprovável e ilegal de juízes de primeiro grau, que vivenciei pessoalmente ao exercer o cargo de assessor de desembargador no TJ-CE (2006-2008): “(...) é comum as testemunhas de acusação acabarem sendo ouvidas antes de prestadas as informações [em *habeas corpus* impetrado nos tribunais], ou, então, até mesmo em função da impetração da ordem, acabar a autoridade coatora [juiz de direito] por designar, para data próxima, audiência para a oitiva das testemunhas acusatórias faltantes. Nessas circunstâncias, os Tribunais, ao arrepio da lei, acabam, por ocasião do julgamento, entendendo superado o excesso de prazo” (op. cit. p. 330). Complete-se, ainda, que, em casos que tais, se existisse apenas a presunção de que a audiência acusatória fora encerrada na data previamente fixada, o que nem sempre acontecia de fato, não haveria mais que se alegar dilação ilegal de prazo da custódia. Essa maneira de julgar talvez fosse uma das principais causas de indeferimento de *habeas corpus* nos tribunais brasileiro, em total dissonância com o moderno direito processual penal liberal, garantista e democrático.
- 31 Anota-se que era possível o representante do Ministério Público desistir de uma testemunha de acusação ausente à audiência de instrução para evitar a soltura do réu, ainda que isso comprometesse a aferição da verdade material. Ver. DELMANTO JUNIOR, op. cit., p. 324.
- 32 DELMANTO JUNIOR, op. cit., p. 336.
- 33 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1, p. 48.
- 34 DIDIER JÚNIOR, op. cit., p. 57-58.
- 35 Para uma visão mais aprofundada do direito à prova, ver. FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal constitucional**. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p.76-113.
- 36 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Advogado, 2003, p. 113. Fábio Konder Comparato aduz que “a proteção da dignidade da pessoa humana é finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico” (COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 78).
- 37 “Deve-se saber distinguir quando o excesso de prazo deve ser debitado à defesa e quando de fato decorre da mora judicial”. VITA, op. cit.
- 38 CRUZ, Rogério Schiatti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 111-112.

- 39 TORNAGUI, [s.d.] apud MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão cautelar e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 193.
- 40 Ver., para uma visualização mais dilatada das hipóteses da superação de constrangimento ilegal por excesso de prazo na custódia antecipada, MOSSIN, op. cit., p. 1398-1399. Além das justificativas criadas judicialmente, há outras previstas na própria lei processual penal, tal como o motivo de força maior (art. 403 do CPP).
- 41 MACHADO, op. cit., p. 191.
- 42 DELMANTO JUNIOR, op. cit., p. 314.
- 43 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 77-78.
- 44 Ibid., p. 316.
- 45 Ibid., p. 315.
- 46 DALABRIDA, op. cit., p. 123. Registre-se que somente nos casos em que ocorre, regra geral, excesso extremamente longo na duração do tempo de custódia cautelar é que os tribunais têm reconhecido o constrangimento ilegal à liberdade do acusado e, por conseguinte, deferido o remédio heróico do *habeas corpus*. Confira. STF Ementa: “1. (...) 2. No caso, a prisão preventiva do paciente foi decretada há mais de oito anos, sendo que nem sequer foram ouvidas as testemunhas que residem em comarca diversa do Juízo da causa, nada justifica a falta de realização do ato por mais de cinco anos. A evidenciar que a demora não decorre de ‘manobras protelatórias defensivas’”. (HC 93.786-ES. Rel. Carlos Brito, 1.T.,17.06.2008, v.u.).
- 47 MOSSIN, op. cit., p. 1400.
- 48 BRETAS, op. cit., p. 110.
- 49 Ibid., p. 111.
- 50 DELMANTO JUNIOR, op. cit., p. 340-341.
- 51 REALE, [s.d.] apud DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 341.
- 52 O professor César Barros Leal, com o profundo conhecimento de causa e precisão, retrata a realidade dos cárceres brasileiros: “Seja na casa de Detenção de São Paulo, onde cerca de 7.250 homens habitam a maior prisão da América Latina, ou na Penitenciária Aníbal Bruno, de Pernambuco, palco de torturas veiculadas inúmeras vezes pela imprensa, seja na decadente Lemos de Brito, de Salvador, com seu Beco da Morte, ou no Instituto Penal Paulo Sarasate do Ceará, semidestruído por presos amotinados, vi a projeção reiterada do mesmo filme, co-produzido pelo estigma, pelo preconceito e pela indiferença. Prisões onde estão enclausuradas milhares de pessoas, sem nenhuma separação, em absurda ociosidade, carentes de assistência material, à saúde, jurídica, educacional e religiosa; prisões infectas, úmidas, por onde transitam livremente ratos e baratas, onde a falta de água e luz é rotineira; prisões onde vivem em celas coletivas improvisadas dezenas de presos, alguns seriamente enfermos, como tuberculosos, hansenianos e aidéticos; prisões onde quadrilhas controlam o tráfico interno da maconha e da cocaína e firmam as suas próprias leis; prisões onde vigora um código arbitrário de disciplina, com espancamentos freqüentes como método de obter confissões; prisões onde se conservam as surdas, isto é, celas de castigo, expressamente proibidas, onde os presos são recolhidos por tempo indefinido, sem as mínimas condições de aeração, insolação e condicionamento térmico; prisões onde os detentos promovem o massacre de colegas, a pretexto de chamarem a atenção para suas reivindicações; prisões onde muitos aguardam julgamento durante anos, enquanto outros são mantidos por tempo superior ao constante na sentença ou, embora absolvidos, continuam presos por esquecimento do juiz, que não lhes providencia o alvará de soltura; prisões onde, por alegada inexistência de local próprio para a triagem, os recém-ingressos – que deveriam se submeter a uma observação científica – são transferidos em celas de castigo, ao lado de presos extremamente perigosos” – grifos nossos. (O sistema penitenciário brasileiro e os direitos humanos. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará**. Fortaleza, ano 7, n. 9, 1992, p. 56).
- 53 VALENTE NETO, José. **Petição de habeas corpus** ajuizado pelo defensor público José Valente Neto perante o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em 02 de agosto de 2010, referente ao processo crime nº. 7522- 8.2008.8.06.0117/0, que tramita no Juízo da 2ª Vara da Comarca de Maracanaú-CE.
- 54 TOURINHO FILHO, 2009, op. cit., p. 645.
- 55 LOPES JÚNIOR; BADARÓ, op. cit., p. 117.
- 56 Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição. **Revista Forense**, v. 304, ano. 84, out-dez, 1988, p. 152.
- 57 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação constitucional e aplicação da constituição: fundamentos de**

- uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 70-71.
- 58 TAVARES, op. cit., p. 680.
- 59 BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 13-15; OLIVEIRA, op. cit., p. 05.

## STARE DECISIS AND THE TERM OF PREVENTIVE DETENTION: A MATTER OF CONSTITUTIONALITY

### ABSTRACT

This paper examines the excess of time in preventive detention of investigated and accused individuals in Brazil, with an emphasis on the juridical institutions, principles and rules used by authorities aimed at maintaining temporary detention for more time than allowed by existing laws. In order to do so, the author examined stare decisis regarding the term of preventive detention and their adequacy to constitutional values in force. It was possible to verify that court opinions and decisions dogmatically treat a series of hypotheses and situations in which it is considered not to be illegal to maintain detained an individual for an extended term. However, such opinions and decisions are not compatible with the present system of fundamental rights and guarantees set by the Constitution, especially as regards principles such as the due process of law, the presumption of innocence and human dignity.

**Keywords:** Preventive detention. Excess of time. Stare decisis from the Higher Court of Justice (STJ). Unconstitutionality

# A DEMOCRACIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

*Juraci Mourão Lopes Filho\**

## RESUMO

O presente trabalho objetiva expor a contradição existente em nossa ordem jurídica entre o princípio democrático e as premissas históricas e sociológicas que influenciam nosso direito administrativo e a estruturação e funcionamento da Administração Pública, apresentando os pontos mais relevantes desse contraste, sobretudo em função de nossas características sociológicas, e evidenciar a necessidade de uma democratização da atuação administrativa, mediante a maior participação dos cidadãos nas decisões fundamentais, bem como a necessidade de legitimação da conduta dos agentes públicos mediante o incremento de processualização motivada, e não mera proceduralização, da atuação administrativa, sobretudo no exercício da polícia administrativa.

**Palavras-chave:** Democracia. Direito Administrativo. Administração Pública.

## 1 INTRODUÇÃO

Na cultura jurídica existe uma contradição pouco refletida entre a estruturação/funcionamento da Administração Pública e o princípio democrático.

O Direito Administrativo clássico prescreve uma concepção francesa de Administração Pública de origem napoleônica e inspiração militar rigidamente hierarquizada e piramidal, a qual influencia a relação interna entre seus integrantes que também se pauta em laços de subordinação. Tanto é assim que um dos mais reconhecidos princípios constitucionais da Administração Pública é o da hierarquia.

Também a relação entre cidadão e Administração Pública é tocada por uma perspectiva de hierarquia veladamente confessada nos livros de Direito Administrativo pelo recorrente uso da expressão “administrado” para designar o particular ainda que detentor de direitos. Esse ato falho denota uma implícita perspectiva de uma autoritária relação de ascendência do Poder Público sobre os

---

\* (UFC) e Doutorando (UNIFOR) em Direito Constitucional. Pós-graduado *lato sensu* em Direito Processual Civil (UFC). Professor do Curso de Direito da Faculdade Christus. Procurador do Município de Fortaleza. Advogado.

indivíduos, bem caracterizada pela previsão de prerrogativas do regime jurídico administrativo, que se diferencia daquele de “direito comum”.

Em verdade, o disciplinamento da Administração Pública, desde sua origem francesa e remodelagem italiana, ignora, em seus elementos fundamentais, o princípio democrático, o qual demanda de qualquer atuação do Estado o respeito à dimensão de legitimidade social.

Os institutos administrativos atentam apenas e tão somente para a dimensão da legalidade, a ponto de se pregar uma figura autômata de agente público, desprovido mesmo de vontade, já que os atos administrativos seriam meras “manifestações de vontade da lei” e não do indivíduo de carne e osso que o pratica.

Quando muito, se tem a incidência do princípio democrático na investidura do Chefe do Executivo, ocupante do ápice da pirâmide administrativa. Contudo, uma vez investido, sua atuação desprende-se de qualquer exigência democrática mais específica que não a simples perda ou manutenção de popularidade.

Se isso é verdade nos países centrais do liberalismo capitalista em que se originou o Direito Administrativo, com maior ênfase o é no Brasil. Nossa tradição autoritária, patrimonialista e patriarcal recrudesciu essas relações hierarquizadas da Administração Pública, repercutindo até os dias atuais de estabilidade democrática, seja no âmbito interno, seja no externo.

Aos agentes públicos brasileiros, no exercício das funções administrativas, é imposta a estrita aplicação da lei e a obediência às determinações superiores, ressalvada quando *manifestamente* ilegais, ou seja, para seu descumprimento, não basta uma dúvida quanto à ilicitude, é preciso uma clara certeza. Isso os torna alheios a qualquer exigência puramente democrática ou mesmo a suas visões próprias enquanto cidadão detentor de direitos, causando, em muitos, uma cisão interna do indivíduo que passa a ter dois egos, o do agente público (responsável pela cega prática do ato) e outro do cidadão (impotente diante das determinações legais e superiores).

Entretanto, essa visão de Direito Administrativo, e conseqüentemente, de Administração Pública não pode mais persistir. Se Marx já indicava a contradição entre a democracia liberal e o funcionamento interno das entidades privadas de grande influência na vida social como um grave entrave para a realização plena de democracia, maior risco há nessa mesma contradição nas instituições públicas, sobretudo da estrutura administrativa, ponto nevrálgico de todo o sistema democrático.

O constitucionalismo atual, com as ideias de força normativa da constituição e a nova teoria dos princípios, alçam o princípio democrático à categoria de princípio estruturante de nossa ordem jurídica e que, por essa razão, deve permear todos os meandros da atividade jurídica e institucional, em especial da Administração Pública que deve se desprender de sua raiz autoritária francesa e dos laços paternalistas do passado brasileiro e ser reconstruída a partir de demandas



e exigências próprias da nova realidade brasileira. O longo período democrático experimento por nossa sociedade e as novas relações sociais permitidas por camada social empenhada em adequadamente analisar os principais institutos jurídicos, criam também ambiente favorável a esse rompimento de paradigmas.

O presente artigo tem por objetivo expor essa contradição interna de nossa ordem jurídica, apresentando os pontos mais relevantes de contraste e evidenciar a necessidade de uma democratização da atuação administrativa, mediante a maior participação dos cidadãos nas decisões fundamentais, bem como a necessidade de legitimação da conduta dos agentes públicos mediante o incremento de processualização motivada, e não mera procedimentalização, da atuação administrativa, sobretudo no exercício da polícia administrativa.

## 2 O RANÇO AUTORITÁRIO DA ORIGEM DO DIREITO ADMINISTRATIVO E SUA INFLUÊNCIA NA CONCEPÇÃO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os administrativistas se empenham em propagar o que Gustavo Binembom denomina de mito de origem do Direito Administrativo. Consiste na apresentação de que esse ramo do direito surgiu para pôr fim às arbitrariedades típicas do *Ancien Régime*, mediante a vitória da Lei Reta sobre o Império da Força. Indica-se como seu marco inaugural a *Loi de 28 pluviôse* do ano VIII, pela qual se criou uma visão garantística fruto direto da derrocada da força diante da lei. Nesse sentido, escreve Edimir Netto de Araújo:

Com as ideias liberal-democráticas difundidas pela Revolução Francesa, formou-se o clima necessário à elaboração de um Direito Administrativo como um corpo de regras disciplinadoras das estruturas administrativas, dos serviços públicos, das relações do Poder com os administrados e com os seus próprios agentes públicos, que fosse de observância obrigatória a todos, inclusive a própria (embora ainda incipiente e centralizada) organização administrativo do Poder.

[...]

Por isso, não é sem razão que se costuma apontar como o marco inicial do Direito Administrativo uma lei francesa do ano de 1800 (naquele excêntrico calendário francês da época, de '28 pluviôse do ano VIII'), que, pela primeira vez, dotou a Administração de uma organização juridicamente garantida e estável, exteriormente obrigatória a todos os administrados.<sup>1</sup>

Com base na concepção de supremacia do interesse público (consubstanciado principalmente na lei) sobre o privado (especialmente sobre o interesse pessoal do governante) se erigiu um regime diferenciado do direito comum, caracterizado pela existência de prerrogativas e sujeições, a fim de melhor realizar esses desígnios públicos, segundo disposições racionais e objetivas.



Contudo, como dito, essa é uma visão mítica da questão. Em verdade, o Direito Administrativo (como regime diferenciado) garantiu a manutenção de algumas características autoritárias e privilégios típicos do regime pré-revolucionário, deixando o Executivo imune a muitos valores pregados pela revolução. Os meios para tanto podem ser condensados em dois pontos principais: a forma de estruturação dos órgãos administrativos e a formação autocrática do regime jurídico que os disciplina.

Quanto ao primeiro ponto, a formatação da Administração Pública francesa do século XIX, que viria a influenciar os mais diversos países, foi fortemente condicionada pela formação militar de Napoleão Bonaparte. Com efeito, tal como uma estrutura castrense, o Poder Executivo da fase pós-revolucionária napoleônica (que concentrava em si as funções administrativas) foi organizado em uma estrutura piramidal rigidamente hierarquizada, cuja premissa de divisão interna de atribuições era (e ainda é) de que seria decorrência de uma desconcentração a partir do ápice ocupado pelo governante, que remanesceria com o poder de avocar essas atribuições, orientar por ordens, bem como controlá-las, mediante a possibilidade de revogação e anulação dos atos dos ocupantes dos escalões inferiores.

Tem-se, portanto, uma relação de subordinação e coordenação a partir do topo da estrutura piramidal. Todos os seus integrantes devem, assim, se preocupar com a estrita aplicação da lei (por imposição do princípio da legalidade sob uma ótica legislativa e positivista) e, em igual medida, cumprir as ordens superiores. A perspectiva formalista e desprendida de qualquer consideração quanto às aspirações e anseios populares fica, pois, garantida pelo modo de funcionamento hierárquico. A dimensão de legitimidade é tomada como pre-ocupação da função de governo, da qual se busca apartar o que se entende por função administrativa, tipicamente subsidiária.

Já em relação ao segundo ponto, não se pode dizer que o Direito Administrativo originou-se de uma redentora edição legislativa, como a *Loi de 28 pluviôse* do ano VIII. A Administração Pública não recebeu um disciplinamento jurídico formulado no âmbito do Poder Legislativo. Ao contrário, ele é decorrência das decisões dos Conselhos de Estado franceses (tribunais administrativos que exercem a jurisdição nas causas envolvendo o Poder Público) criados justamente a partir da resistência napoleônica de submeter seus atos ao Judiciário, de cujos membros se tinha grande desconfiança. De fato, o Direito Administrativo foi criado pelo labor desses tribunais administrativos a partir do famoso caso Blanco.

Ao longo dos tempos, esses tribunais se empenharam em erigir um regime diferenciado do direito comum, caracterizando prerrogativas e sujeições que fazem lembrar a vetusta teoria do fisco do período do Estado de Polícia que entendia que a atuação estritamente real não poderia se submeter às regras dos comuns, aplicáveis apenas à parcela patrimonial do Estado (Fisco), mas sim a normas editadas pelo próprio monarca.

É essa criação pretoriana ao longo do tempo a causa da inexistência de uma codificação administrativa. Portanto, tem-se um regime jurídico criado dentro da mesma instituição que deveria disciplinar. Em vez de uma finalidade exclusivamente garantística, verifica-se na origem do Direito Administrativo uma tensão entre a lógica da autoridade e a lógica da liberdade dos indivíduos.

Nesse sentido, Gustavo Binenbojm é preciso:

A associação do direito administrativo ao advento do Estado de direito e do princípio da separação de poderes na França pós-revolucionária caracteriza erro histórico e reprodução acrítica de um discurso de embotamento da realidade repetido por sucessivas gerações, constituindo aquilo que Paulo Otero denominou ilusão garantística da gênese. O surgimento do direito administrativo, e de suas categorias jurídicas peculiares (supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo, dentre outras), representou antes um forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação. A juridicização embrionária da Administração Pública não logrou subordiná-la ao direito; ao revés, serviu-lhe apenas de revestimento e aparato retórico para sua perpetuação fora da esfera de controle dos cidadãos.<sup>2</sup>

O positivismo, como método de ampla influência no século XIX e início do século XX, com sua versão formal de democracia também contribuiu para esse quadro. Maurizio Fioravanti<sup>3</sup> muito bem expõe que, após a Revolução Francesa, o labor de muitos constitucionalistas consistiu em refrear a ideia de soberania popular, indicando a constituição como instrumento hábil para tanto.

Relata o autor italiano, expondo pensamento de Carré de Malberg, que tanto na França como na Itália e Alemanha o direito público se desenvolvia ao longo do século XIX e início do século XX numa base de oposição à ideia de soberania popular típica da revolução francesa, especialmente sua concepção radical jacobina. Como a França não aceitava, na ocasião, o controle de constitucionalidade no modelo americano (mais uma vez a desconfiança em relação ao Judiciário), a única maneira de controlar o poder absoluto da assembleia seria considerá-la apenas como mais um órgão do estado e não mais um perene poder constituinte. Nesse período, apenas Stuart Mill era defensor de uma ampliação da ideia democrática.

Por sua vez, Dilcey defende a superioridade do parlamento e de seu produto, mas não no modelo absoluto francês revolucionário, apenas como representante maior da democracia, pelo que seu produto, a lei, deveria ser a referência para os demais poderes. Tudo para garantir a ideia de segurança de que deriva a *Rule of Law*.

Por todo o século XIX e início do século XX havia, portanto, forte oposição à concepção de soberania popular, a ponto de que uma constituição

democrática ser algo difícil de se compreender, ao menos como fruto de um legítimo poder constituinte.

Esse quadro muda com o constitucionalismo de Weimar, que influenciou todas as constituições posteriores, que é marcada por uma democratização e, conseqüentemente, o entendimento de um poder constituinte que insere na constituição os princípios fundamentais dos cidadãos e que passa a ter, então, o núcleo fundamental da sociedade. A partir disso, começa uma busca pelos instrumentos institucionais necessários para a tutela desses princípios. Carl Schmitt lança a figura de Guardião da Constituição.

Contudo, o pensamento de Hans Kelsen se sobrepôs na primeira metade do século XX. Para ele, a constituição democrática é aquela que serve de fundamento jurídico de qualquer poder, excluindo qualquer poder autocrático. Seu caráter democrático decorria simplesmente de ser republicana, pluralista e parlamentar, revelando, como lhe é peculiar, uma visão eminentemente formalista da questão.

Importante destacar que esse matiz autoritário do Direito Público hábil a influenciar a Administração Pública conseguiu irromper em ambiente que lhe era desfavorável e em período improvável. Na França do século XIX, já se percebia uma sociedade civil organizada e urbana ciosa pela realização de direitos, uma burguesia autossuficiente que cria prescindir do Estado para expandir a economia. No plano da prática e teoria políticas, circulavam ideias libertárias e democráticas. Ainda que estas últimas ainda não fossem plenamente lapidadas, já se tinham lançados seus fundamentos básicos a serem incrementados no futuro próximo. Ainda assim, uma visão desnivelada entre Estado e cidadão conseguiu se impor, ainda que contida por essa dimensão social emancipada e despida de qualquer veste autoritária, patrimonialista ou patriarcal.

No Brasil, contudo, o ambiente social é precisamente o oposto. Sempre tivemos o hábito de importar instituições e ideias da Europa sem considerar a adaptação a nossa própria realidade. A introdução do Direito Administrativo em nosso meio tisonou em tons fortes o autoritarismo das relações administrativas já existente.

### 3 SOCIEDADE BRASILEIRA, ESTADO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os intérpretes do Brasil, intelectuais que produziram expressivas obras ao longo do século XX para explicar nosso país, a despeito de divergirem em muitos pontos, convergem em maior ou menor medida na compreensão de que aqui a relação entre sociedade e Estado sempre foi bem diferente daquela verificada nos países centrais.

Mesmo em nossos momentos mais marcantes, quando se recorria a fórmulas americanas, francesas, inglesas ou alemãs não se considerava a intestina diferença entre as sociedades. Isso pode ser exemplificado pelo discurso liberal e iluminista corrente no período da independência, que, contraditoriamente,

propiciou a formação de um Estado monárquico, escravagista e com profundos laços com a Igreja Católica.

Lúcia Maria Bastos Pereira das Neves bem escreve sobre o assunto:

Liberdade, igualdade e fraternidade! A famosa tríade que caracterizou a Revolução Francesa também ecoou no mundo luso-brasileiro, especialmente a partir da Revolução de 24 de agosto de 1820. No entanto, devido às mitigadas Luzes portuguesas, estas palavras não vibravam entre os membros da elite do Reino Unido com a mesma intensidade encontrada nos homens esclarecidos do mundo europeu além Pirineus. De qualquer modo, serviram de esteio para o novo vocabulário político que permeou as principais discussões na imprensa e nos folhetos e panfletos de 1820 a 1823, publicados tanto no Brasil, quanto em Portugal.<sup>4</sup>

A relação do Estado com a sociedade padece, portanto, dessa dessintonia entre o discurso e a prática. Nossa tradição patrimonialista e patriarcal sempre impediu o pleno fluxo de ideias liberais e democráticas, as quais foram incorporadas no discurso dos estamentos mais elevados segundos as conveniências de cada período, formando a figura que Florestan Fernandes denominou de Senhor-Cidadão, que confundia sociedade civil com os estamentos sociais dominantes. O mesmo autor revela que a democracia no Brasil nunca esteve em crise, pois não pode entrar em crise aquilo que nunca existiu plenamente, mas apenas dentro de um circuito fechado, de uma democracia burguesa e restrita.

Enquanto na Europa Central a sucessão do feudalismo medieval pelo estatismo e despotismo moderno representou importante precedente histórico que sedimentou o ambiente social propiciador das práticas e pensamento iluministas, em Portugal – e consequentemente no Brasil –, não se conheceu o feudalismo, havendo um salto do patriarcalismo antigo para o patrimonialismo e paternalismo. Mesmo o despotismo, alvo maior da Revolução Francesa, aqui não se apresentou da mesma forma, como demonstra Sérgio Buarque de Holanda:

O Estado, entre nós, não precisa e não deve ser despótico – o despotismo condiz mal com a doçura de nosso gênio -, mas necessidade pujança e compostura, de grandeza e solicitude, ao mesmo tempo, se quiser adquirir alguma força e também essa respeitabilidade que os nossos pais ibéricos ensinaram a considerar virtude suprema entre todas. Ele ainda pode conquistar por esse meio uma força verdadeiramente assombrosa em todos os departamentos da vida nacional. Mas é indispensável que as pelas de seu mecanismo funcionem com certa harmonia e garbo.<sup>5</sup>

Ainda assim, não se pode negar que tenha havido um “revolução Burguesa no Brasil”, mas, como expõe Florestan Fernandes, de maneira distinta daquelas verificadas nos países centrais. A independência se enquadra nessa categoria, pois rompeu com muitos laços típicos do colonialismo, mas não foi uma revolução de massas convulsionadas, e sim dentro de uma ordem, com a

manutenção da mesma estrutura da sociedade colonial.

Diante disso, Bernardo Ricupero bem expõe como compreender o papel do Estado no Brasil:

É possível, como sugere José Murilo de Carvalho, apontar para a existência de duas linhas de interpretações sobre a relação entre Estado e sociedade no Brasil. De um lado, uma tradição ligada, por exemplo, à análise de Oliveira Viana, que enfatiza as tendências desagregadoras da sociedade; de outro lado, a interpretação que tem em Faoro seu principal nome, que ressalta a opressão da nação pelo Estado. A primeira perspectiva põe ênfase no poder primado dos grandes proprietários territoriais diante do Estado como marco principal da sociedade e da política brasileiras. Já a perspectiva ‘estatista’ privilegia, como elementos fundamentais do processo histórico brasileiro, o peso do Estado a moldar a nação.<sup>6</sup>

Na visão de Oliveira Viana, percebe-se a crítica ao fetichismo institucional (idealismo utópico institucional ou constitucional), consistente na crença de que a mera utilização de instituições moldadas sob as aspirações iluministas bastava para plenamente garantir a irradiação dessa ideologia em nosso país. Denuncia o desalinhamento entre o recurso a instituições voltadas para a “coisa pública” e as práticas estatais norteadas pelo particularismo.

O autor destaca a relevância do latifúndio para a formação da sociedade brasileira. Nessas grandes extensões de terra, seus proprietários exerceriam as vezes de Estado, dada a quase absoluta independência delas. Naturalmente, essa condução era orientada pelos interesses e visões particulares do latifundiário, o que, por muito tempo, impediu mesmo a formação das cidades, a solidariedade da população ou mesmo o surgimento de uma classe média, da pequena burguesia ou de intelectuais sem propriedades. A sociedade brasileira possuía um grande espaço vazio entre os grandes proprietários e as camadas mais baixas e escrava, a ponto de o visitante francês Louis Couty vaticinar em 1882 que “o Brasil não tem povo”.

Assim, “sem quadros sociais completos; sem classes sociais definidas; sem hierarquia social organizada; sem classe média; sem classe industrial; sem classe social. Sem classes urbanas em geral – a nossa sociedade rural lembra um vasto e impotente edifício, em arcabouço, incompleto, insólito, com os travejamentos mal ajustados e ainda sem postes firmes de apoio”.

Diante desse quadro, Oliveira Viana concebia o Estado como o grande ordenador social, hábil a evitar a absoluta e desagregadora influência dos latifundiários na forma de caudilhos. Pregava, então, um Estado forte e de ostensiva presença, ainda que não despótico.

Mas não havendo povo, é natural que os agentes públicos não dessem relevância à dimensão de legitimidade na condução do Estado. Ao contrário, não é surpreendente que a vissem como uma extensão de possessões pessoais, o qual importaria uma relação também de superioridade sobre a população. Daí o

perfil autoritário do pensamento de Oliveira Viana, que bem coloca em evidência como o Poder Público no Brasil era tido – e mesmo querido – como instância superior e condutora da sociedade civil. Nesse aspecto, a figura administrador/administrado tem sua justificativa.

Por sua vez, a perspectiva de Faoro, a partir de referências weberianas, é mais explícita quanto à afirmação histórica de subordinação da sociedade brasileira e portuguesa ao Estado, este tomado como um a realidade acima das classes e que decide o lugar de cada uma delas no quadro social.

O jurista gaúcho bem formula o conceito de estamento burocrático, entendido como o grupo de indivíduos incrustados na máquina estatal que se apropria da soberania e toma as principais decisões institucionais de uma maneira surda a qualquer demanda popular. Escreve que para levar a sociedade a seus desígnios “o Estado se aparelha, grau a grau, sempre que a necessidade sugere, com a organização políticos-administrativa, juridicamente pensada e escrita, racionalizada e sistematizada pelos juristas. Esta corporação de poder se estrutura numa comunidade: o estamento”<sup>7</sup>. No último capítulo de sua obra, expõe:

A comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como negócios privados seus, na origem, como negócios públicos depois, em linhas que se demarcam gradualmente. O súdito, a sociedade, se compreendem no âmbito de um aparelhamento a explorar, a manipular, a tosquiar nos casos extremos. Dessa realidade se projeta, em florescimento natural, a forma de poder, institucionalizadas num tipo de domínio: o patrimonialismo.<sup>8</sup>

Seja no Estado de Oliveira Viana que impede por sua portentosa presença o poder dos latifundiários, seja no Estado patrimonialista, seguido do estamento, de Faoro, não se pode pôr em dúvida que nossa tradição política revela uma passividade e mesmo subordinação diante do Estado. A relação de autoridade é bem arraigada em nosso meio, o que fomenta relações sociais graduadas e desniveladas do tipo protetor/protegido, administrador/administrado ou simplesmente paternalista.

Com isso, a importação dos institutos de Direito Administrativo, com seu viés autoritário, intensificou essa relação de subordinação entre sociedade e Estado. A figura da “autoridade pública”, nas entrelinhas da legislação administrativa, ganha estatura ainda maior.

A ascendência do Chefe do Executivo, imantado por um personalismo e privatismo próprios de nossa tradição, se impõe com mais vigor. A população, enquanto tal, não poderia interferir na gestão da coisa pública. Nem se poderia falar de uma sociedade civil organizada, dado o grande vazio social causado pelo latifúndio ao longo das décadas, mesmo após a independência. Os indivíduos hábeis a compor e articular um grupo social organizado eram cooptados pelos estamentos burocráticos sem necessitar sequer, até há alguns anos, de concurso público objetivo, fortalecendo os laços de compadrio e reverência hierárquica interna.

A corriqueira participação direta das forças armadas, berço da estrutura hierarquizada indiferente à dimensão de legitimidade, nos escalões mais elevados do Executivo também contribuiu para a manutenção da relação de autoridade. O golpe de 1964, segundo mais uma vez Florestan Fernandes, pôs em evidência a dissociação entre o desenvolvimento capitalista então proposto para o Brasil e a democracia.

Todos esses aspectos históricos, sociológicos e políticos muito bem se adequaram ao Direito Administrativo na sua vertente clássica e ao constitucionalismo positivista visto no item anterior, imunizando-o de qualquer inge-rência maior de institutos democráticos nas práticas cotidianas das atividades administrativas. Se o meio social europeu refreava as instituições burocráticas, nosso meio, ao invés, fomentava-as.

Nesse contexto, o princípio democrático, quando muito, era tomado como norma programática de uma constituição encarada numa perspectiva formalista, de documento político voltado ao parlamento que, só então, iria criar o disciplinamento verdadeiramente jurídico. Antônio Carlos Wolkmer bem resume esse quadro brasileiro:

O processo histórico nacional evidencia que as instâncias do Direito Público jamais foram resultantes de uma sociedade democrática e de uma cidadania participativa, pois a evolução destas foi fragmentária, ambígua e individualista, além de permanecerem sujeitas a constantes rupturas, escamoteamentos e desvios funcionais. Em suma, a falta de tradição verdadeiramente democrática nos liames do que se convencionou chamar de “liberalismo burguês” fez com que inexistisse – na evolução das instituições jurídicas do país - a consolidação e a constância de um Constitucionalismo de base popular-burguesa, pois, tanto o político quanto o social foram sempre construções momentâneas e inacabadas de facções societárias expressas nas oligarquias agrárias.<sup>9</sup>

A democracia na Administração Pública se resume, quando muito, à investidura do chefe do Executivo e à dimensão de legalidade da forma positivista acima exposta, garantida por um Direito Administrativo que se preocupava em esquadriñar a conduta dos agentes públicos em procedimento burocratizados e auto-referentes.

Com efeito, as primeiras obras de Direito Administrativos surgiram condicionadas pelo âmbito social brasileiro do final do século XIX e início do século XX mediante a importação do ideário francês, numa conjugação de toda prejudicial.

Foi preciso uma mudança não só da sociedade, mas também do constitucionalismo para formação de cabedal teórico suficiente para o rompimento com esse quadro autoritário e formalista, que passa, então, a exigir mudança dos institutos de direito Administrativo e, como decorrência, da Administração Pública.

#### 4 O NEOCONSTITUCIONALISMO E A ELEVAÇÃO JURÍDICA DO



## PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

O paradigma que indicava a constituição como um documento mais político do que jurídico e, portanto, sem vinculação direta nem força normativa autônoma, só veio a ser superado na segunda metade do século XX. Também se superou, nesse período, sua função de contenção formal à democracia, passando, ao invés, a ser o instrumento jurídico para a ampla irradiação desse princípio. Esse novo constitucionalismo, apto a reposicionar o princípio democrático em nossa ordem jurídica, possui marcos históricos, filosóficos e teóricos.

Como marcos históricos, Luiz Roberto Barroso<sup>10</sup> aponta as constituições alemã, italiana, espanhola e portuguesa do segundo pós-guerra, bem como a criação dos tribunais constitucionais nesses países, cujos labores foram determinantes para a superação da concepção mais acanhada acerca da Constituição.

Os constituintes e as cortes constitucionais desse período possuíam intensa preocupação em evitar o que acontecera com a Constituição de Weimar de 1919, criticada e atacada, em razão do distanciamento entre o que trazia seu texto e aquilo que os indivíduos estavam vivendo naquele conturbado período entre-guerras. Buscaram assim dar o máximo de efetividade às suas disposições principiológicas mais relevantes.

Mais precisamente no Brasil, foi a Constituição de 1988 a principal responsável pelas inovações no Direito Constitucional, já que permitiu, sob sua égide, o mais longo período democrático de nosso país, no qual o próprio estudo do Direito foi revigorado nas faculdades, com o aumento da concorrência por vagas nas universidades públicas e a proliferação de cursos jurídicos no âmbito privado.

Com esses novos ares, o ambiente jurídico deixou de ser aquele reacionário e conservador reinante durante os vinte e quatro anos de regime militar, passando a ser o campo natural para surgimento de contestações sociais e resistências a atitudes tendentes ao autoritarismo. O debate constitucional ganhou ampla repercussão e passou a ser assunto corriqueiro nos mais diversos âmbitos sociais. Mesmo em período em que teve seu texto mais intensamente alterado por inúmeras emendas, não foram poucos os defensores de sua base axiológica, sendo essa reação, sem dúvidas, a responsável por sua manutenção, arrefecendo a avidez daqueles que, vez por outra, pretendem a convocação de uma nova assembleia constituinte.

De fato, a Constituição de 1988, se não causou uma ruptura drástica e definitiva como todos os laços estamentais e patrimonialistas do passado, conseguiu lançar uma nova base axiológica democrática. A debilidade do governo Sarney o impediu de apresentar um projeto próprio sobre o qual a Assembleia Constituinte trabalhasse, sofrendo, naturalmente, as influências do Executivo. Construiu-se, então, a Constituição do zero, sujeita aos mais diversos influxos sociais e marcada pela polarização entre os que ficaram conhecidos como Centro e centro-esquerda, resultando em texto realmente plural. As palavras de Ulisses Guimarães no discurso de promulgação bem refletem os novos ares que



ela pretendeu exalar:

Chegamos! Esperamos a Constituição como o vigia espera a aurora. Bem-aventurados os que chegam. Não nos desencaminhamos na longa marcha, não nos desmoralizamos capitulando ante pressões aliciadoras e comprometedoras, não desertamos, não caímos no caminho.

[...]

Quando, após tantos anos de lutas e sacrifícios, promulgamos o estatuto do homem, da liberdade e da democracia, bradamos por imposição de sua honra: temos ódio à ditadura. Ódio e nojo.

[...]

Foi a sociedade, mobilizada nos colossais comícios das Diretas-Já, que, pela transição e pela mudança, derrotou o Estado usurpador. Termino com as palavras com que comecei esta fala: a Nação quer mudar. A Nação deve mudar. A Nação vai mudar. A Constituição pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança. Que a promulgação seja nosso grito:

- Mudar para vencer! Muda, Brasil!

A doutrina nacional também rompeu com os velhos paradigmas, avançando no aprofundamento de uma teoria da Constituição que a torna vinculante e efetiva, demandando, sobretudo, uma maior atuação democrática. O reconhecimento de sua relevância passou a permear todos os ramos da ciência jurídica, sendo pouco comum encontrarmos algum expoente de uma área jurídica que não dê à sua matéria uma abordagem iniciada da Constituição, evidenciando a superação da velha dicotomia entre direito público e direito privado.

Como marco filosófico, temos principalmente a pós-modernidade, que inegavelmente fez superar a filosofia moderna e liberal que serviu de sustentação ideológica do constitucionalismo clássico. A constituição até então só poderia ser compreendida se fossem levados em conta as idéias da filosofia dos modernos (como a supremacia de métodos lógico-formais de inteligência) e as aspirações políticas do capitalismo liberal emergente (que acreditava na absoluta apartação entre Estado e sociedade, entre o público e o privado).

Esse âmbito pós-moderno modificou inclusive a papel dos intelectuais, inclusive juristas, na sociedade, como muito bem expõe Zygmunt Bauman<sup>11</sup> em feliz analogia entre os legisladores e intérpretes. O intelectual legislador, típico do período moderno, era responsável por apresentar as regras universalmente válidas da verdade, da qual não se poderia ninguém se furta. A razão, desvelada a partir de um rígido método científico, não sofreria influxos pontuais, porquanto decorrente de labor puro e reto. Por sua vez, o intelectual intérprete não mais se arroga da condição de enunciador de verdades universalmente válidas, mas se preocupa em interpretar e adaptar a seu meio próprio aquilo que foi bem desenvolvido em outras regiões, somando e considerando os influxos e apurando as conseqüências próprias que os dados locais causam sobre objeto do conhecimento. Esse novo paradigma enuncia, em sentença definitiva, a inviabilidade

da simples importações de teoria e instituições para realidade sociais distintas, demandando dos juristas uma responsável análise de suas conseqüência e adaptações exigidas.

No constitucionalismo, embora tenha havido modificações até a primeira metade do século XX, sua base filosófica se mantinha ainda a mesma. Somente com as profundas modificações políticas e filosóficas do segundo pós-guerra houve real mudança do alicerce moderno-liberal, sendo esse o motivo principal para se falar de um novo constitucionalismo e não apenas mais um fase daquele inaugurado no final do século XVIII.

Por fim, como marcos teóricos, são apontados o reconhecimento da força normativa da Constituição; a nova teoria dos direitos fundamentais a expansão da jurisdição constitucional e a nova hermenêutica constitucional.

Por essas novas perspectivas teóricas os princípios deixam de ser fontes subsidiárias do direito e passam a exercer relevantes papéis em toda a ordem jurídica, não somente com guia interpretativo, mas, principalmente, como base axiológica que permeia todas as práticas jurídicas e se impõem da maneira que for fática e juridicamente possível. Especialmente o princípio democrático é erigido à categoria de princípio estruturante, como passamos a expor.

## 5 O DEVER CONSTITUCIONAL DE LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A democracia é, como já adiantado, um dos princípios constitucionais estruturantes do Estado brasileiro. Tais espécies de princípios, na linguagem de J.J. Gomes Canotilho<sup>12</sup>, são “constitutivos e indicativos das idéias directivas básicas de toda a ordem constitucional. São, por assim dizer, as traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico do político”.

Ainda segundo as lições do eminente constitucionalista português, esse princípio estruturante se densifica no princípio constitucional geral da Soberania Popular

[...] que transporta várias dimensões historicamente sedimentadas: (1) o domínio político – o domínio de homens sobre homens – não é um domínio pressuposto e aceito, pois carece de uma justificação quanto a sua origem, isto é, precisa de legitimação; (2) a legitimação do domínio político só pode derivar do próprio povo e não de qualquer outra instância ‘fora’ do provo real (ordem divina, ordem natural, ordem hereditária, ordem democrática); (3) o povo é, ele mesmo, o titular da soberania ou do poder, o que significa: (i) de forma negativa, o poder do povo distingue-se de outras formas de domínio ‘não populares’ (monarca, classe, casta); (ii) de forma positiva, a necessidade de uma legitimação democrática efectiva para o exercício do poder (o poder e o exercício do poder derivam concretamente do povo), pois o povo é o titular e o ponto de

referência dessa mesma legitimação – ela vem do povo e a este deve reconduzir; (4) a soberania popular – o povo, a vontade do povo e a formação da vontade política do povo – existe, é eficaz e vinculativa no âmbito de uma ordem constitucional materialmente informada pelos princípios da liberdade política, da igualdade dos cidadãos, de organização plural de interesses politicamente relevantes, e procedimentalmente dotada de instrumentos garantidores da operacionalidade prática deste princípios; (5) a constituição material, forma e procedimentalmente legitimada, fornece o plano de construção organizatória da democracia, pois é ela que determina os pressupostos e os procedimentos segundo os quais as ‘decisões’ e as ‘manifestações de vontade do povo’ são política e juridicamente relevantes<sup>13</sup>.

Ambos os princípios, democracia e soberania popular, quando realmente levados a sério, influenciam todas as instâncias estatais, em qualquer dos poderes, em qualquer de suas atividades. Afinal, a separação dos poderes tem por fim precisamente impedir que sua concentração vede o exercício da democracia e impeça o Povo de fazer valer sua soberania.

Sob esse prisma, o Executivo não é mais um mero aplicador de leis, mas sim uma instância compromissada com a Constituição Federal (norma cogente, de observância obrigatória) e, portanto, com os princípios democrático e da soberania popular.

Administrar a coisa pública, nessa nova perspectiva, não mais condiz com a ideia de uma autoridade que impõe determinações unilateralmente, na frieza de sua repartição e com uma supremacia que faz com que os indivíduos sejam relegados à condição de *administrados*. Em verdade, administrar a coisa pública, em um estado verdadeiramente democrático, consiste numa atuação compartilhada entre Executivo e Legislativo (órgão representativo dos mais diversos setores sociais). A Administração Democratizada toma o indivíduo não como alguém que deva ser *administrado*, mas como cidadão, como alguém que possui um *status* político ativo, que participa e interfere na condução do Estado às suas finalidades.

Ora, como é postulado hermenêutico corrente, a Constituição deve ser compreendida, nesse aspecto, da forma mais ampla possível. Para o Executivo isso significa que a soberania popular e a democracia não se exaurem no momento da escolha de seus titulares por escrutínio. Em verdade, a essa legitimação pela investidura deve ser acrescida a legitimação pela conduta, pelo processo motivado, pela forma de Administrar a coisa pública. Surge, como imperativo constitucional, a ideia de Administração Democratizada, em lugar de uma Administração burocratizada e legalista estrita.

A doutrina administrativa mais moderna – e consciente do valor e da importância da Constituição e de seus princípios estruturantes e gerais – incorpora essas noções e redimensionam a Administração Pública e sua maneira de agir.

Gustavo Binenbojm<sup>14</sup> é enfático ao escrever que “tal democratização é marcada pela abertura e fomento à participação dos administrados nos processos decisórios da Administração, tanto em defesa dos interesses individuais (participação *uti singulus*), como em nome de interesses gerais da coletividade (participação *uti cives*)”.

No mesmo sentido, Odete Medauar<sup>15</sup> leciona que:

[...] na década de 90 do século XX e nos primórdios do século XXI, a doutrina publicista acentua a afirmação da democracia no exercício do poder. Assim, por exemplo: Benvenuti refere-se ao ‘cidadão como interlocutor prioritário, ao cidadão em relação integrada com a Administração’; Gaudin menciona a ‘intensificação da democracia’ na atividade da Administração’; Chevallier ressalta o direito do cidadão a se fazer ouvir e influir no conteúdo da decisão; D’Alberti invoca o novo cidadão, dotado de ‘liberdade ativa a qual incide de modo substancial sobre o exercício do Poder.

Como se percebe, os administrativistas modernos apontam no sentido de uma atuação efetiva da população na atuação administrativa. Muitos denunciam que a maneira burocratizada e formalista de Administrar a coisa pública é uma concepção reacionária, inadequada aos ares democráticos.

Fábio Konder Comparato<sup>16</sup>, valendo-se de lições de Max Weber, muito bem descreve a organização burocratizada e seu fechamento para contribuição externa do Povo:

Todos os administrados e, o que é mais significativo, o próprio titular do poder político soberano, encontram-se, diante da burocracia, na condição de meros diletantes perante agentes profissionais, ou de leigos em face de especialistas. Tanto mais que o instinto infalível do burocrata para conservação de seu poder leva-o sempre a procurar mais e mais atribuições, como condição de eficiência administrativa, e a tudo recobrir com o manto do segredo, por razões de alegado ‘interesse público’.

Diante disso, entender que o Executivo deve apenas “aplicar as leis” – sem preocupação com uma atuação democrática e reiterando sua postura burocratizada – denota a inconstitucional ideia de que, para esse poder do Estado, a democracia e a soberania popular só possuiriam vigência e aplicabilidade de quatro em quatro anos, quando da escolha de seus titulares. Reduz-se, assim, a democracia ao modo de ser acessar o poder, quando, necessariamente, ela também implica no modo de exercer esse poder.

Nesse contexto, é possível indicar que o modo de democratizar a Administração Pública consiste em permitir a participação dos cidadãos nas decisões administrativas, as quais, como visto, pode se dar em situação que estão em jogo interesses individuais (participação *uti singulus*), como em situações de interesses gerais da coletividade (participação *uti cives*). No primeiro caso, o meio adequado é a estruturação da função administrativa em processos dialéticos em que seja

facultada ampla participação do cidadão que será afetado pela atividade exercida. No segundo, o meio correto é a utilização mais freqüente de instrumentos de democracia direta, como referendo e plebiscito de atos administrativos.

Quanto ao primeiro aspecto, o recurso a práticas processuais em que se garanta ao cidadão os meios hábeis a contribuir e mesmo questionar esse ato é meio eficaz de legitimação pelo processo. Com efeito, é mais legítimo e facilmente aceitável pelo indivíduo quando ele sofre influências de um ato que derive de uma refletida análise sobre o que ele mesmo argumentou com o Poder Público. Essa condução dialética mediante processo é mais democrática do que o simples recurso a procedimentos burocráticos (estabelecimento de um conjunto prévio de atos esquadrinhando todo o comportamento do agente público, sem qualquer interferência do cidadão).

Como muito bem destaca Alberto Xavier em obra já clássica<sup>17</sup>, o processo é instrumento que permite o poder estatal se consubstanciar em um ato. É, em outras palavras, “modo de as funções estatais serem exercidas, de os órgãos e entidades manifestarem sua vontade”. No mesmo sentido, Mônica Martins Toscano Simões<sup>18</sup> escreve que “o fenômeno processual exprime uma série de atos e fatos jurídicos que se desenvolvem progressivamente com vistas à produção de um dado ato estatal, e está presente em todas as atividades do Estado”. Na medida em que se insere o cidadão, com o exercício de meios próprios ao desenvolvimento do processo em contraditório, nesse contexto, há a legitimação da conduta estatal.

Por sua vez, o referendo e o plebiscito são instrumentos constitucionais para viabilizar a participação da coletividade (participação *uti cives*) na Administração Pública. A Constituição Federal os consagra, no art. 14, como meios de exercício da soberania popular.

É importante, neste ponto, destacar um dado relevantíssimo: a Constituição Federal lança a previsão de ambos os institutos sem qualquer especificação de que tipo de ato pode ser objeto deles, não restringem sua convocação a ato legislativo, como querem defender alguns setores mais reacionários da doutrina.

Ocorre que se fosse para ser restrito o objeto, a Constituição Federal teria sido explícita, pois uma interpretação sistemática e axiológica do enunciado indica exatamente o contrário, qual seja, que as possibilidades de referendo e plebiscito são as mais amplas possíveis.

Mônica de Melo, em trabalho específico sobre o tema<sup>19</sup>, muito bem escreve:

O exercício direto do poder pelo povo tornou-se, com a promulgação da Constituição de 1988, verdadeiro princípio constitucional. Portanto, deverá servir de baliza para todo o sistema, espraiando-se pela atividade executiva, legislativa e judiciária. Deve servir de norte para o desempenho das atividades públicas, ou seja, os poderes constituídos devem, por força do novo fundamento, do novo

princípio constitucional, orientar-se nas suas condutas, em sua gestão e decisões, pela maior amplitude possível da participação popular. E o fato do princípio conter toda essa carga axiológica, não lhe retira sua índole normativa. Princípio é norma carregando todas as implicações desse fato.

Com efeito, se o parágrafo único do art. 1º da CF/88 prescreve que “todo o poder emana do povo”, então os mecanismos que viabilizam sua participação direta devem ser interpretados da maneira mais abrangente possível. Tanto assim, que a doutrina trata como verdadeiro truísmo a convocação de referendo e plebiscito em face de ato administrativo. Jair Eduardo Santana, também em obra específica<sup>20</sup>, consigna:

Falando em deliberações é que lembramos que o referendo também poderá recair sobre atos administrativos ou, mais precisamente, atos governativos, como se faz na Itália. Tais atos, revestidos de determinado significado para os rumos do governo, podem ser levados a deliberação popular que poderá aceitá-los ou rechaçá-los.

O fato de a convocação do plebiscito e a autorização do referendo se darem por ato do Legislativo não representa interferência de um poder sobre o outro, apenas se colocou nas mãos de um o poder de viabilizar essa participação direta do Povo nos assuntos administrativos. Faz parte, portanto, dos freios e contrapesos inerentes à separação, conforme insculpido no art. 49, XV, da Constituição Federal. Em outras palavras: cabe ao Legislativo decidir quando um assunto Administrativo possui importância tal que demanda a participação direta do Povo que, então, será como que um fiel da balança.

São esses, portanto, os dois elementos que mais imediatamente podem garantir a efetividade do princípio democrático na Administração Pública e no Direito Administrativo brasileiros.

## 6 CONCLUSÃO

É pouco refletida em nossa ordem jurídica o paradoxo existente entre o Direito Administrativo e o princípio democrático, merecendo uma revisão por parte do publicistas.

Não pode mais o se sustentar um regime restrito a um conjunto de prerrogativas e sujeições que desconsidere a inserção da população no trâmite decisório do Poder Público, seja mediante a utilização de instrumento da democracia direta, prévios ou posteriores a atos administrativos de ampla repercussão, seja a legitimação por meio de processo administrativo ajustado que garanta um debate dialético prévio ao ato estritamente a um ou poucos cidadãos.

## BIBLIOGRAFIA

- ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Opinião Jurídica**, ano II, n. 6, 2005.2
- BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. São Paulo: Renovar, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- COMPARATO, Fábio Konder. Repensar a Democracia. In: **Democracia, Direito e Política: estudos internacionais em homenagem a Friederich Müller**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.
- FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: Formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.
- FIORAVANTI, Maurizio. **Constitution: De la Antigüedad a nuestros días**. Bologna: Editorial Trotta, 2007.
- HOLANDA. Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MELO, Mônica de. **Plebiscito, Referendo e Iniciativa Popular: Mecanismos constitucionais de participação popular**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.
- NEVES, Lúcia Maria Bastos Pereira das. **Corcundas e Constitucionais: A cultura política da independência (1820-1822)**. Rio de Janeiro: Faperj, [s.d.].
- RICUPERO, Bernardo. **Sete lições sobre as interpretações do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Alameda, 2008.
- SANTANA, Jair Eduardo. **Democracia e Cidadania: O referendo como instrumento de participação popular**. Belo horizonte: Del Rey, 1995.
- SIMÕES, Mônica Martins Toscano. **O Processo Administrativo e a Invalidação de Atos Viciados**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

XAVIER, Alberto. **Do procedimento administrativo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

- 1 ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 8-9.
- 2 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 11.
- 3 FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucion: De la Antigüedad a nuestros días**. Bologna: Editorial Trotta, 2007, p. 142-164.
- 4 NEVES, Lúcia Maria Bastos Pereira das. **Corcundas e Constitucionais: A cultura política da independência (1820-1822)**. Rio de Janeiro: Faperj, [s.d.], p. 141.
- 5 HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 176.
- 6 RICUPERO, Bernardo. **Sete lições sobre as interpretações do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Alameda, 2008, p. 168.
- 7 FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: Formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 60.
- 8 *Ibid.*, p. 819.
- 9 WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 149-150.
- 10 BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Opinião Jurídica**, ano II, n. 6, 2005.2, p. 211-253.
- 11 BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- 12 CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p.1099.
- 13 *Ibid.*, p. 286.
- 14 BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. São Paulo: Renovar, 2006, p. 77.
- 15 MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 101.
- 16 COMPARATO, Fábio Konder. Repensar a Democracia. In: **Democracia, Direito e Política: estudos internacionais em homenagem a Friederich Müller**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 194.
- 17 XAVIER, Alberto. **Do procedimento administrativo**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p.23-39.
- 18 SIMÕES, Mônica Martins Toscano. **O Processo Administrativo e a Invalidação de Atos Viciados**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 27.
- 19 MELO, Mônica de. **Plebiscito, Referendo e Iniciativa Popular: Mecanismos constitucionais de participação popular**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001, p. 94.
- 20 SANTANA, Jair Eduardo. **Democracia e Cidadania: O referendo como instrumento de participação popular**. Belo horizonte: Del Rey, 1995, p. 120.

## DEMOCRACY IN PUBLIC ADMINISTRATION AND IN BRAZILIAN ADMINISTRATIVE LAW

### ABSTRACT

This paper intends to expose the contradiction existing in the Brazilian juridical order between the democratic principle and the historical and sociological foundations of Brazilian Administrative Law and of the structure and functioning of Public Administration. In order to do so, the author presents the most relevant features of such



conflict, especially regarding our sociological aspects. The study of this contradiction aims at making evident the need of democratization of government action, viable through the enhancement of the participation of citizens in the decision-making process of public administration and by the legitimation of the action of civil servants and public agents, possible as the public administration acts under motivation criteria, not mere procedure, especially in the field of administrative police.

**Keywords:** Democracy. Administrative Law. Public Administration.

# ESTADO E DIREITO NO PENSAMENTO DE HANS KELSEN

Nagibe de Melo Jorge Neto\*

## RESUMO

O artigo pretende passar em revista o conceito de Estado e de Direito segundo Hans Kelsen e refletir sobre suas implicações para o estudo da teoria política e constitucional.

**Palavras-chave:** Estado. Direito. Teoria política. Teoria constitucional.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Estado é certamente, dentre as manifestações humanas, uma das mais estudadas em todos os tempos. Os filósofos, jusfilósofos, sociólogos, cientistas políticos, de há muito tentam captar-lhe a essência, os seus diversos modos de apresentação, a natureza de sua íntima relação com o Direito, procuram descobrir se a organização estatal é natural ao homem ou apresenta-se apenas como um produto histórico acidental, próprio de um dado estágio da evolução humana.

Já Aristóteles, para quem o homem é um animal político, afirmava que “para os estudiosos da natureza do governo, do que é cada uma de suas formas e de quantas são elas, a primeira pergunta a fazer se refere à cidade: que é uma cidade?”<sup>1</sup> Pode-se inferir que uma tal interrogação equivale, hodiernamente, a perguntar: o que é o Estado?

A resposta dada por Hans Kelsen a essa questão situa-se no âmbito do positivismo que dominou todo o séc. XIX e teve influxos decisivos do chamado Círculo de Viena. O pensamento kelseniano procura esclarecer se há uma organização social subjacente e independente da ordem jurídica ou, ao contrário, o Estado se confunde com a própria ordem jurídica. Ou por outra, a ordem jurídica é fruto de um Estado pré-existente ou é ela mesma o Estado? Para Kelsen “não existe um conceito sociológico de Estado diferente do conceito de ordem jurídica”<sup>2</sup>.

O presente trabalho pretende passar em revista os argumentos utilizados por Kelsen para chegar a tal conclusão e desvendar-lhes as conseqüências. Já segundo os antigos romanos, *ubi societas, ibi jus*. Onde há sociedade, aí estará também o Direito. Quais as conseqüências da postura teórica que assume o Estado como sendo nada mais que a própria ordem jurídica? Segundo Kelsen, como opera essa ordem jurídica? Ou, por outra, como se manifesta o Estado? Como se resolve, no pensamento kelseniano, a questão da auto-limitação estatal? Por fim, dentro da concepção kelseniana, haveria espaço para a distinção entre sociedade e Estado?

Por óbvio que este sucinto estudo não pretende se colocar a favor ou contra o pensamento kelseniano. Antes, é apenas uma revisão de suas principais idéias e de antigas e já muito debatidas, porém sempre atuais, questões.

## 2 O CONCEITO JURÍDICO E SOCIOLÓGICO DE ESTADO

Para Kelsen, o conceito sociológico de Estado não passa de uma ficção. Essa idéia, já presente em sua *Teoria Pura do Direito*, é mais alentadamente desenvolvida na segunda parte de sua *Teoria Geral do Direito e do Estado*.

Kelsen rejeita a idéia tradicional de que o Estado seja uma realidade anterior e necessária à noção de ordem jurídica estatal. Segundo ele, é indefensável o dualismo que se quer apregoar com a aceitação do Estado e da ordem jurídica como duas entidades distintas. Kelsen afirma que o Estado nada mais é que uma espécie determinada de corporação e que uma corporação não se pode distinguir de sua ordem constitutiva.<sup>3</sup> Não faria sentido algum distinguir o Estado de sua ordem jurídica, quando é a própria ordem jurídica que qualifica o Estado com tal. Segundo ele, “a afirmação de que os indivíduos são membros de uma comunidade é uma expressão metafórica, uma descrição figurada de relações específicas entre os indivíduos, relações constituídas por uma ordem normativa.”<sup>4</sup>

Kelsen rejeita igualmente as teorias do Estado como corpo social constituído por interação ou por uma vontade ou interesse comum. Essas teorias procuram evidenciar a existência de um aspecto puramente sociológico, extra-jurídico, a qualificar o Estado, independentemente do recurso à idéia de ordem jurídica. A primeira delas diz que é a interação entre os indivíduos do Estado que o constitui; a outra defende que um conjunto de indivíduos pertence ao mesmo Estado quando estão ligados por uma vontade comum. Kelsen rebate ambas as teorias. Segundo ele, pode acontecer que a interação entre indivíduos pertencentes a Estados diversos seja maior que aquela existente entre indivíduos pertencentes ao mesmo Estado, fato que não seria suficiente para descaracterizar os Estados nem, tampouco, invalidar suas ordens jurídicas.<sup>5</sup>

De igual modo, a existência de uma vontade coletiva ou de um interesse comum para além da vontade dos indivíduos é uma ficção. Atribuir ao Estado uma vontade psicológica ou sociológica, segundo Kelsen, equivale ao pensamento primitivo que atribuía aos fenômenos da natureza a vontade dos deuses. “Na verdade, a população de um Estado está dividida em vários grupos de interesses mais ou menos opostos entre si. A ideologia de um interesse coletivo de Estado é usada para ocultar esse inevitável conflito de interesses”.<sup>6</sup>

Kelsen rejeita a teoria do Estado como organismo, para ele “o objetivo real da teoria orgânica [...] não é, de modo algum, explicar cientificamente o fenômeno do Estado, mas resguardar o valor do Estado como instituição, ou de algum Estado particular, confirmar a autoridade dos órgãos do Estado e aumentar a obediência dos cidadãos”<sup>7</sup>.

Kelsen entende que a teoria sociológica do Estado mais bem-sucedida talvez seja a que tenta explicar a realidade em termos de dominação, pela qual o Estado é definido como um relacionamento em que alguns governam e outros são governados, mas ainda essa teoria não pode prescindir da noção de ordem jurídica para conceituar o Estado. O mestre austríaco explica que toda relação entre indivíduos pode ser entendida em termos de dominação, até mesmo o relacionamento amoroso. Contudo, não se pode definir quem efetivamente comanda em nome do Estado a não ser por meio da ordem jurídica que constitui o Estado. “É praticamente impossível definir o conceito de governante que funciona como ‘órgão do Estado’ sem pressupor a ordem jurídica que constitui a comunidade por nós chamada de Estado. Assim, o conceito de ‘governante do Estado’ implica a idéia de uma ordem jurídica válida”.<sup>8</sup>

Uma vez afastado o dualismo entre a organização social estatal e a ordem jurídica que a fundamenta, Kelsen parte demonstrar que o exercício do poder pelo Estado somente se torna possível com base na ordem jurídica estatal.

O fato de um indivíduo ter poder sobre outros indivíduos manifesta-se no fato de que aquele é capaz de induzir estes a uma conduta que ele deseja. Mas o poder num sentido social só é possível dentro da estrutura de uma ordem normativa regulando a conduta humana. Para a existência de tal poder não basta um indivíduo ser efetivamente mais forte que outro e poder forçá-lo a certa conduta – como se força um animal à submissão ou se põe uma árvore abaixo. O poder, num sentido social ou político, implica autoridade e uma relação de superior para inferior.<sup>9</sup>

Com esses argumentos Kelsen procura isolar completamente a noção de Estado de qualquer fato sociológico que lhe seja anterior. Os seus argumentos são muito precisos, incisivos e por demais convincentes. O pensamento kelseniano é irretorquível ao atrelar a idéia de Estado ao Direito, a uma ordem jurídica posta. O cientista do Direito não pode, contudo, renunciar a uma questão que o pensamento kelseniano deixa sem respondida: não há dúvidas de que a ordem jurídica é absolutamente necessária para a explicação do fenômeno Estado, mas é suficiente?

Não há dúvida nenhuma, como Kelsen bem o demonstra, que a explicação do Estado é possível de uma perspectiva puramente jurídica, ao ponto de identificar o Estado à ordem jurídica posta, mas tal explicação é capaz de trazer soluções razoáveis para todos os problemas que se apresentam ao cientista do Direito? Em que ponto o Direito e o Estado se tocam com o mundo da vida? E como deve acontecer essa comunicação entre os fatos da vida e o Direito posto?

O rigorosismo científico kelseniano não abre mão de estabelecer um profundo corte epistemológico a separar inapelavelmente a ordem jurídica de tudo que lhe é estranho. Antes de tecermos algumas considerações críticas a essa posição, importa tecer ainda alguns comentários acerca do funcionamento do Estado. Face à concepção do Estado como sendo a própria ordem jurídica, como se

apresentam os elementos tradicionais do Estado (povo, território e poder) e como atua o Estado no mundo da vida, na condição de sujeito de direitos e de deveres?

### 3 OS ELEMENTOS DO ESTADO

De acordo com o pensamento kelseniano, os elementos do Estado somente podem ser definidos a partir da ordem jurídica estatal; são, em verdade, condicionados por essa ordem jurídica, mais que isso, existem em função da ordem jurídica estatal. Assim, para definir povo é necessário um critério jurídico e não psicológico, sociológico ou antropológico. Para Kelsen, “a questão de saber se um indivíduo pertence a um determinado Estado não é uma questão psicológica mas uma questão jurídica.”<sup>10</sup>

Da mesma forma, o território nada mais é que o âmbito de validade da ordem jurídica estatal. Nas palavras do próprio Kelsen, “o chamado território do Estado apenas pode ser definido como o domínio espacial de vigência de uma ordem jurídica estadual.”<sup>11</sup> Paulo Bonavides, depois de expor de modo brilhante a evolução do conceito de território desde a noção de território-patrimônio, até a noção de território-competência, defendida por Kelsen, assinala que os juristas austríacos da chamada Escola de Viena passaram “a ver no território simplesmente um elemento determinante da validade da norma, sobretudo um meio de localização da validade da regra jurídica”<sup>12</sup>.

Já o poder estatal é assimilado por Kelsen à própria vigência da ordem jurídica estatal; para ele o que distingue a relação de poder estatal de outras relações de poder é a circunstância de ser ela juridicamente regulada, o que significa que os indivíduos que exercem o poder em nome do Estado, recebem competência da ordem jurídica para fazê-lo e exercem-no através da aplicação e criação das normas jurídicas.<sup>13</sup>

Em absoluta coerência com o pensamento até aqui exposto, Kelsen acrescenta aos três clássicos elementos do Estado, um quarto, qual seja, o tempo. Explica o jurista austríaco que do mesmo modo que um Estado não é espacialmente infinito, também não é temporalmente eterno.

Exatamente como o território é um elemento do Estado não no sentido de um espaço natural que o Estado preenche como um corpo físico, mas apenas no sentido da esfera territorial de validade da ordem jurídica nacional, assim o tempo, o período de existência, é um elemento apenas no sentido de que corresponde à esfera temporal de validade. Ambas as esferas são limitadas. Assim como o Estado não é espacialmente infinito, ele não é temporalmente eterno.<sup>14</sup>

Os elementos do Estado, na visão de Kelsen, são totalmente condicionados pela ordem jurídica e não condicionantes dela. Apresentam-se não como pré-requisitos para a aplicação das normas, mas como critérios de aplicação estabelecidos pela própria ordem jurídica.

## 4 OS ÓRGÃOS DO ESTADO

As principais críticas que se podem opor à teoria kelseniana do Estado dizem respeito à questão da atuação do Estado. Se o Estado confunde-se com a própria ordem jurídica, como admitir a ação do Estado? Poderia a ordem jurídica estatal atuar, eleger e efetivar políticas públicas? Como o Estado pode se apresentar como titular de direito e sujeito de deveres?

Sem perder a coerência, o pensamento kelseniano lança mão de dois conceitos de Estado para responder a essas questões: o conceito formal e o conceito material de Estado, a partir da idéia de órgãos do Estado. Segundo Kelsen, “quem quer que cumpra uma função determinada pela ordem jurídica é um órgão”<sup>15</sup>. Tais funções, quer estejam relacionadas com a criação, quer com a aplicação da norma, seriam, em última análise, todas dirigidas à execução de uma sanção jurídica<sup>16</sup>. O órgão seria, assim, o indivíduo ou grupo de indivíduos que executasse a função estatal disciplinada pela ordem jurídica.

Em um sentido bastante amplo, todos os indivíduos que, de algum modo, aplicassem ou executassem as normas jurídicas no seio da sociedade seriam órgãos do Estado; assim, todos os indivíduos quando votassem em seus representantes políticos, quando assinassem e exigissem o cumprimento de contratos, quanto propusessem uma ação judicial perante o Poder Judiciário ou requeressem algo perante a Administração Pública, seriam órgãos do Estado. Segundo Kelsen, essa acepção mais ampla de órgão do Estado corresponderia ao conceito formal de Estado. Nessa passagem não fica claro, contudo, se o Estado, do ponto de vista formal, é o conjunto de todos os indivíduos que aplicam as normas jurídicas ou se é a própria ordem jurídica, como defende o autor no conjunto de sua obra<sup>17</sup>.

Em um sentido mais restrito, um indivíduo seria um órgão do Estado apenas se detivesse, pessoalmente, uma posição jurídica específica, é dizer uma função jurídica prevista na ordem jurídica que correspondesse às atribuições de um funcionário público. Nesse sentido, os órgãos do Estado seriam apenas os funcionários públicos. A esse sentido mais estrito de órgãos do Estado corresponderia, segundo Kelsen, o conceito material de Estado. Aqui, Kelsen se utiliza da noção de imputação:

Nesse sentido material e mais restrito, uma ação humana é imputada ao Estado, é considerada como sendo um ato do Estado não porque se apresenta como uma criação ou execução da ordem jurídica, mas apenas por ser executada por um indivíduo que tem o caráter de órgão do Estado no sentido material e mais restrito do termo.<sup>18</sup>

Ironicamente, a idéia de imputação parece reconduzir o jurista austríaco de volta à personificação do Estado num ente supra-humano que ele pretende, a todo custo evitar. Em suas palavras:

O Estado como sujeito de imputação, o Estado como pessoa atuante, é apenas a personificação da ordem jurídica total ou parcial, cujo critério especificamos. A validade da ordem jurídica tem de

ser pressuposta a fim de interpretar uma ação humana como um ato do Estado, a fim de se imputar tal ação ao Estado.<sup>19</sup>

O recurso a essas idéias de órgão e de imputação vai possibilitar a Kelsen a teorização do Estado como sujeito de direitos e deveres, mas não sem as importantes ressalvas que analisaremos no item seguinte.

## 5 O ESTADO ENQUANTO SUJEITO DE DIREITOS E DEVERES

Muito se tem teorizado acerca do Estado enquanto sujeito de direitos e deveres. A questão principal que se apresenta aos estudiosos é entender como é possível que o Estado, enquanto fonte da ordem normativa, possa também está sujeito e limitado por esta ordem jurídica, problema que foi posto já na Idade Moderna, com o advento do Estado de Direito.

Segundo Kelsen, a dificuldade na idéia de auto-obrigação do Estado consiste em considerar o Estado um ser supra-humano. Para ele, a ordem jurídica, em verdade, obriga apenas os homens que exercem a função de órgãos estatais, mas não há sentido em falar em uma ordem jurídica que se obrigue a si própria. “A afirmação de que o Direito é criado pelo Estado significa apenas que o Direito regulamente sua própria criação. [...] O problema da chamada auto-obrigação do Estado é um dos pseudoproblemas que resultam do errôneo dualismo de Estado e Direito”<sup>20</sup>.

A ordem jurídica, que, para Kelsen, confunde-se com o próprio Estado, obriga apenas os órgãos estatais, ou seja, os indivíduos que exercem as funções estatais. Kelsen esclarece que “as obrigações e direitos do Estado são obrigações e direitos de indivíduos que, ao cumprirem esses deveres, ao exercerem esses direitos, têm a capacidade de órgãos do Estado.”<sup>21</sup> E arremata: “as obrigações e direitos do Estado são obrigações e direitos dos indivíduos que [...] executam uma função específica determinada pela ordem jurídica”<sup>22</sup>.

Kelsen acrescenta, contudo – e esse parece ser o ponto mais polêmico de sua idéia do Estado enquanto sujeito de direitos e deveres –, que os indivíduos que atuam como órgãos do Estado somente podem ser considerados enquanto tais quando sua atuação está de acordo com o Direito. Quando tais indivíduos violam a ordem jurídica, tal delito não pode ser imputado ao Estado. Dada a importância dessa construção, vale a pena a transcrição *ipse literis* do pensamento do autor:

A violação do dever de um órgão do Estado, o delito constituído pelo fato de um órgão do Estado não ter executado sua função do modo prescrito pela ordem jurídica, não pode ser imputada ao Estado, já que um indivíduo é um órgão (em particular, um funcionário público) do Estado apenas na medida em que sua conduta se conforme às normas jurídicas que determinam sua função. Na medida em que um indivíduo viola uma norma jurídica, ele não é um órgão do Estado. A imputação ao Estado não diz respeito a ações ou omissões que têm o caráter de delitos.<sup>23</sup>

Levando-se ao extremo o pensamento kelseniano, pode-se afirmar que o Estado não poderá ser responsabilizado por qualquer ato ilícito, mas tão-somente os indivíduos que atuam pelo Estado sofrerão a sanção pelos atos praticados, embora o patrimônio público possa ser chamado a arcar com os prejuízos desses atos ilícitos.

## 6 À GUIA DE CONCLUSÃO: O TRIDIMENSIONALISMO

O pensamento kelseniano assimila o Estado ao Direito. Para além das importantes conseqüências que essa postura acarreta no âmbito do Direito Internacional, do Direito Constitucional e do Direito Administrativo, importa-nos mais de perto tecer algumas considerações acerca das conseqüências dessa postura no âmbito da Teoria Geral do Direito e da Teoria Geral do Estado, no que diz respeito à interpretação e aplicação das normas jurídicas em sua generalidade.

As implicações mais importantes do pensamento kelseniano são a dissolução do conteúdo valorativo das normas, no âmbito da Teoria Geral do Direito, e a dissolução da sociedade civil enquanto espaço de conflitos econômicos e ideológicos a serem solucionado pelo Estado, no âmbito da Ciência Política e da Teoria Geral do Estado. Em Kelsen, o jurista perde o contato com a realidade social e não lhe importa a existência de uma sociedade civil que é condicionada, mas, sem dúvida alguma, também condiciona enormemente a criação e aplicação das normas jurídicas.

A teoria kelseniana do Estado sublima, passa ao largo, da distinção entre Direito e Estado de um lado e sociedade civil de outro. Nada obstante, a idéia de sociedade civil é imprescindível para a adequada interpretação do direito pelo jurista, uma vez que, no dizer de Bobbio,

Na contraposição Sociedade civil-Estado, [...] Sociedade civil é representada como o terreno dos conflitos econômicos, ideológicos, sociais e religiosos que o Estado tem a seu cargo resolver, intervindo como mediador ou suprimindo-os; como a base da qual partem as solicitações às quais o sistema político está chamado a responder; como campo das várias formas de mobilização, de associação e de organização das forças sociais que impelem à conquista do poder político.<sup>24</sup>

O pós-positivismo jurídico tem demonstrado que o Direito não pode ser compreendido mediante exclusivamente o estudo do ordenamento jurídico. A Filosofia do Direito do pós-guerras descortinou novas possibilidades e restaurou a posição dos valores na Ciência Jurídica. O estudo do Estado reflete essa tendência. O Estado, podemos afirmar, é a instituição que sintetiza a necessária inter-relação existente entre o social, o jurídico e o filosófico. Seja em sua criação, seja em sua aplicação, o Direito está em constante contato com o fato social, que se impõe como o ser, como o conflito a ser equacionado, e com o ideal filosófico de justiça, que se impõe como o dever-ser, como ideal humano



a ser atingido. O Direito é a ponte que liga o estado de coisas degenerado à potencialidade luminosa do justo, sempre num embate dialético que ocorre no âmbito do que chamamos Estado.

Este embate dialético não pode ser suficientemente compreendido unicamente à luz da ordem jurídica. A ordem jurídica recebe inexoravelmente o influxo dos fatos sociais e dos ideais filosóficos que os valoram e atribuem-nos sentido, tornando necessário o estudo do Direito e do Estado sob os prismas filosófico, sociológico e jurídico.

O professor Paulo Bonavides, com seu estilo vívido e eloqüente, talvez seja quem, de modo mais elegante e incisivo, nos advirta dos perigos da concepção kelseniana de Estado:

A doutrina de Kelsen tem sua originalidade em banir do Estado todas as implicações de ordem moral, ética, histórica, sociológica, criando o Estado como puro conceito, agigantando-lhe o aspecto formal, retintamente jurídico, escurecendo a realidade estatal com seus elementos constitutivos, materiais, conforme vimos. Chega à hipertrofia, já descomunal do elemento formal – o poder, posto que dissimulado este na santidade inviolável de normas concebidas como direito puro.

Essa teoria, que faz de todo Estado Estado de Direito, por situar Direito e Estado em relação de identidade, uma vez aceita apagar a consciência do jurista o sentido dos valores e na sentença do magistrado os escrúpulos normais de equidade, do mesmo modo que favoreceria o despotismo das ditaduras totalitárias, por emprestar base jurídica a todos os atos de poder, até mesmo os mais inconcebíveis contra a vida e a moral dos povos.<sup>25</sup>

Segundo Bonavides, a análise tridimensional da Ciência Política, a abranger a teoria social jurídica e a teoria filosófica dos fatos, das instituições e das idéias, vem ganhando espaço sobre a visão unilateral do fenômeno do Estado, sendo capaz de proporcionar uma inteira e unificada visão do seu objeto de estudo<sup>26</sup>. Poderíamos arriscar a acrescentar, na esteira do eminente professor, que a análise tridimensional é a única capaz de abranger o fenômeno estatal em toda a sua riqueza e torna-se imprescindível para a compreensão, pelo estudioso do Direito, das normas e de seu conteúdo axiológico.

A teoria kelseniana do Estado, excessivamente apegada ao formalismo científico e esquecida dos valores e dos sentimentos que regem o mundo da vida e condicionam o mundo do dever-ser, deixa a dever à adequada compreensão do Estado, enquanto síntese de todos esses elementos.

## BIBLIOGRAFIA

ARISTÓTELES. In: KURY, Mário da Gama (Trad.). **Política**. 3 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; e PASQUINO, Gianfranco. In: VARRIALE, Carmem C (Trad.). **Dicionário de política**. 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000, v. 2.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. In: FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Para entender Kelsen**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

KELSEN, Hans. In: BORGES, Luís Carlos. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. In: MACHADO, João Batista (Trad.). **Teoria pura do Direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

- 1 ARISTÓTELES. In: KURY, Mário da Gama (Trad.). **Política**. 3 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 77.
- 2 KELSEN, Hans. In: BORGES, Luís Carlos. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 277.
- 3 Ibid., p. 262-263.
- 4 Ibid., p. 263.
- 5 Ibid., 264-265.
- 6 Ibid., p. 267.
- 7 Ibid., p. 267-268.
- 8 Ibid., p. 269.
- 9 Ibid., p. 274.
- 10 KELSEN, Hans. In: MACHADO, João Batista (Trad.). **Teoria pura do Direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 319.
- 11 Ibid., p. 319.
- 12 BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 104.
- 13 KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**, op. cit., p. 320.
- 14 KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**, op. cit., p. 314-315.
- 15 Ibid., p. 277.
- 16 Aqui, uma vez mais, percebemos a absoluta coerência da teoria do Estado de Kelsen com a sua teoria da norma jurídica.
- 17 Cf. KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**, op. cit., p. 278-280.
- 18 Ibid., p. 279.
- 19 Ibid., p. 279.
- 20 Ibid., p. 285.
- 21 Ibid., p. 286.
- 22 Ibid., p. 286.
- 23 Ibid., p. 286/287.
- 24 BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; e PASQUINO, Gianfranco. In: VARRIALE, Carmem C (Trad.). **Dicionário de política**. 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa

- Oficial do Estado de São Paulo, 2000, v. 2, p. 1210.  
25 BONAVIDES, op. cit., p. 42-43.  
26 Ibid., p. 43.

## STATE AND LAW IN THE THOUGHT OF HANS KELSEN

### ABSTRACT

This article intends to review the relationship between law and state according Hans Kelsen and to consider its implication to the study of political and constitutional theory.

**Keywords:** State. Law. Political theory. Constitutional theory.

# O DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA E AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA HETERÓLOGA

*Nathalie Carvalho Cândido\**

## RESUMO

O direito ao planejamento familiar é assegurado constitucionalmente e regulamentado pela Lei nº. 9.263, de 12.01.96. O Ministério da Saúde lançou a Política Nacional de Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos, ampliando as ações voltadas ao projeto parental. Um dos eixos de ação dessa Política é a introdução das tecnologias de reprodução assistida no Sistema Único de Saúde, entre elas a inseminação artificial heteróloga. Na utilização desta técnica, observa-se de um lado um doador que se propõe anônimo, oferecendo seus gametas para viabilizar o projeto parental de outrem e no outro extremo, temos uma criança que, embora tenha mãe e pai, ao crescer poderá reclamar o direito de conhecer sua ascendência genética. Tem-se, então, um conflito entre o direito ao conhecimento da ascendência genética e o direito à intimidade, um problema que envolve os chamados direitos fundamentais de quarta geração e uma nova discussão a respeito do Direito de Família, todos revolucionados pelos progressos da engenharia genética.

**Palavras-chave:** Origem genética. Reprodução assistida heteróloga. Direitos fundamentais.

## INTRODUÇÃO: O DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA

O direito ao planejamento familiar refere-se a todo cidadão, sendo assegurado constitucionalmente e regulamentado pela Lei nº. 9.263, de 12.01.96. Este direito é entendido como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”. Essas ações são de função do Estado, e o Ministério da Saúde, preocupado em garantir os direitos de homens e mulheres em idade reprodutiva, lançou a Política Nacional de Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos, ampliando as ações voltadas ao projeto parental.

\* Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Especialista em Direito e Processo Constitucionais pela Universidade de Fortaleza. Professora do Curso de Direito da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – PB. Pesquisadora de temas que exploram a relação entre os Direitos Humanos e a Biotecnologia. Email: [nathaliecandido@gmail.com](mailto:nathaliecandido@gmail.com).

Um dos eixos de ação dessa Política é a introdução das tecnologias de reprodução assistida no Sistema Único de Saúde. Existem várias técnicas de reprodução assistida e este trabalho abordará apenas a inseminação artificial heteróloga, cuja aplicação envolve aspectos éticos, morais e também efeitos jurídicos ainda não regulamentados pelo nosso ordenamento.

A inseminação artificial heteróloga é a técnica de reprodução assistida que envolve a doação de gametas de terceiro anônimo estranho ao casal, seja por impossibilidade biológica do homem ou da mulher. É citada no artigo 1.597, V do Código Civil e regulamentada pela Resolução nº. 1.358 do Conselho Federal de Medicina. Embora não esteja expressamente citada na lei 9.263/96, é entendida como um dos processos de concepção cientificamente aceitos oferecidos de acordo com o art. 9º desta lei. Falta, entretanto, uma lei específica que melhor esclareça os efeitos de sua aplicação.

Na utilização desta técnica, observa-se de um lado um doador que se propõe anônimo, oferecendo seus gametas para viabilizar o projeto parental de outrem e que nessa função não deseja desenvolver vínculos afetivos ou responsabilidades patrimoniais em relação ao ser gerado. No outro extremo, temos uma criança que, embora tenha mãe e pai, ao crescer poderá reclamar o direito de conhecer sua ascendência genética e quem sabe querer exigir direitos sucessórios do doador (a) que lhe possibilitou o nascimento.

Tem-se, então, um conflito entre o direito ao conhecimento da ascendência genética e o direito à intimidade, um problema que envolve os chamados direitos fundamentais de quarta geração e uma nova discussão a respeito do Direito de Família, todos revolucionados pelos progressos da engenharia genética.

O direito, apesar da dificuldade de regulamentar as técnicas científicas com a mesma rapidez com que elas surgem, não pode se abster de legislar e, assim, esclarecer a população sobre os efeitos da aplicação destas técnicas. Essa necessidade decorre do fato que estão envolvidos no caso em tela os princípios constitucionais que baseiam nosso Estado e nossa vida em sociedade.

No desenrolar do presente trabalho procura-se responder se ao ser gerado através de inseminação artificial heteróloga cabe o direito de conhecer sua ascendência genética, bem como analisar se a ação de investigação de paternidade é o mecanismo adequado ao conhecimento da ascendência genética e quais efeitos jurídicos são gerados pelo conhecimento da ascendência genética, caso esta seja permitida.

## **1 CONFLITO ENTRE O DIREITO À INTIMIDADE E DIREITO AO CONHECIMENTO DA ASCENDÊNCIA GENÉTICA**

Os direitos fundamentais são direitos que visam à manutenção da vida humana de forma livre e digna. Modernamente, os direitos fundamentais protegidos pelas diversas constituições no mundo têm como base a Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>1</sup> cuja realização se deu pelos esforços da Organização das Nações Unidas, ONU.

De acordo com Fábio Konder Comparato<sup>2</sup> “os direitos fundamentais são direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder de editar normas”. Estes direitos, enquanto “guardiões” da dignidade da pessoa humana não se mantiveram estáticos no tempo, por isso mesmo, são classificados em quatro gerações de acordo com a abrangência de sua proteção. Segundo Celso de Mello<sup>3</sup>, citado por Alexandre de Moraes:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais, concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

A quarta geração dos direitos fundamentais, não citada por Celso de Mello, é esclarecida por Regina Fiúza e Severo Hryniewicz,<sup>4</sup> que se baseiam nos ensinamentos de Norberto Bobbio. Segundo os autores: “neste fim de século estão surgindo os chamados direitos de quarta geração. Entre esses estão principalmente os que têm por finalidade normatizar os efeitos da revolução biotecnológica sobre a sociedade em geral”.

O ordenamento jurídico brasileiro acolhe diversos direitos humanos constitucionalmente garantidos como direitos fundamentais como forma de proteção ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, inclusive direitos de quarta geração, que protegem as pessoas envolvidas em procedimentos biotecnológicos como o de aplicação de técnicas de reprodução medicamente assistida heteróloga.

O direito à intimidade e o direito ao conhecimento da ascendência genética são direitos fundamentais de personalidade garantidos pelo nosso ordenamento jurídico. São fundamentais porque são direitos humanos que o legislador recepcionou no ordenamento, e são de personalidade porque são direitos subjetivos atribuídos ao homem despidido do seu tipo social.<sup>5</sup>

O direito à intimidade, que protege o anonimato do doador na reprodução assistida heteróloga determinado na Resolução nº. 1.358 do CFM, é previsto na Constituição Federal em seu art. 5º, X. Edson Ferreira da Silva<sup>6</sup> dá ao direito à intimidade o seguinte conceito: “consiste no poder jurídico de subtrair do conhecimento alheio e de impedir qualquer forma de divulgação de aspectos da nossa existência que de acordo com os valores sociais vigentes interessa manter sob reserva”.

O estudioso Adriano De Cupis<sup>7</sup> divide o direito à intimidade quanto ao conteúdo em cinco grupos, quais sejam: direito à vida e à integridade física;

direito à liberdade; direito à honra e à reserva; direito à identidade pessoal e direito moral. Dentre as matérias relativas ao direito de honra e reserva, existe o direito ao segredo, sobre o qual José Roberto Neves Amorim<sup>8</sup> escreve:

Dentro de um aspecto geral da intimidade, as confidências íntimas de cada pessoa devem permanecer no recôndito de sua consciência até que ela resolva ou autorize a divulgação, correspondendo ao segredo ou sigilo. [...] No âmbito privado, referente ao lar, à família, à correspondência, o sigilo guarda razões personalíssimas, caracterizando ato de intromissão a divulgação ou o uso indevido de confidências. Todos têm direito a reserva sobre o conhecimento de fatos pessoais íntimos.

Compreende-se assim, que o doador ou doadora de gametas tem direito a manter este ato em segredo, ou seja, na intimidade, de forma que as outras pessoas dele não tenham conhecimento.

Se por um lado é defendido o direito ao anonimato do doador na aplicação de técnica de R.M.A. heteróloga, por outro lado também é deferida proteção ao direito da criança de conhecer sua ascendência genética. Alguns autores defendem este direito fazendo referência ao princípio da dignidade da pessoa humana, como podemos citar Belmiro Pedro Welter,<sup>9</sup> que afirma: “[...] em qualquer caso, o filho, o pai e a mãe têm o direito de investigar e/ou de negar a paternidade ou a maternidade biológica, como parte integrante de seus direitos de cidadania e de dignidade de pessoa humana”. No entanto, o direito ao anonimato do doador também é protegido pelo princípio, uma vez que o direito à intimidade é um desdobramento dos direitos fundamentais que existe justamente para garantir a dignidade da pessoa humana.

Pode-se entender também o direito ao conhecimento da origem genética como decorrente do disposto no art. 227, § 6º da Constituição Federal de 1988, que indica que todos os filhos terão os mesmos direitos e qualificações, assim sendo, deve-se dar à criança gerada por reprodução assistida heteróloga o direito de saber sua origem da mesma forma que outro indivíduo nascido de relações sexuais tem conhecimento. Segundo entendimento de Tycho Brahe Fernandes:<sup>10</sup> “ao se negar a possibilidade do aforamento de ação investigatória por criança concebida por meio de uma das técnicas de reprodução assistida, em inaceitável discriminação se estará negando a ela o direito que é reconhecido a outra criança, nascida de relações sexuais”.

Outro entendimento que defende o direito ao conhecimento da origem genética é fundado no direito de personalidade, tanto em relação ao direito à vida, quanto no que diz respeito ao direito à identidade. Quanto ao direito à vida e a integridade física, deve-se considerar a possibilidade, frente ao desenvolvimento da medicina nos últimos anos, de se evitar, reconhecer e curar doenças genéticas pela análise da ascendência biológica. Nesse sentido leciona Paulo Luiz Netto Lôbo:<sup>11</sup>

O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para necessidade de cada

indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida.

Quanto ao direito à identidade, afirma Marcílio José da Cunha Neto:<sup>12</sup> “Quanto ao filho, como direito inerente à sua personalidade, lhe é reservada a possibilidade de conhecer a identidade do doador. Isso se dá, em primeiro lugar, porque o direito à identidade é um direito personalíssimo e, portanto, insuscetível de obstaculização”.

Enfim, não restam dúvidas que ambos os interesses, do doador e da criança, encontram guarida no texto constitucional, portanto temos uma colisão de direitos fundamentais.

## 2 A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA: O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FORMA DE SOLUÇÃO DO CONFLITO

O Direito assenta-se em normas, normas estas divididas em princípios e regras. Os princípios são espécies do gênero norma, considerados “vigas mestras do ordenamento jurídico”, pois, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:<sup>13</sup>

[...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Consoante o ensinamento do doutrinador, os princípios é que dão uniformidade ao ordenamento jurídico e que mostram às demais espécies normativas o “caminho” a ser trilhado, daí a importância do estudo dos princípios.

Os princípios são normas mais genéricas que as regras, não dizem respeito a um fato específico, mas devem ser entendidos “como indicadores de opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis [...]”<sup>14</sup> Este grau de abstração maior nos princípios que nas regras é extremamente importante na solução de conflitos: na coexistência de regras contrárias, verificamos uma antinomia sanável pela aplicação de critérios de especialidade, hierarquia, antiguidade, etc, em que uma exclui a outra, enquanto que na existência de dois princípios opostos, não se pode utilizar estes critérios, uma vez que são gerais, não obedecem a uma hierarquia, bem como surgem ao mesmo tempo, por atuação do constituinte originário. Conforme o ensinamento de Canotilho<sup>15</sup> (1993, p.168):

Em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objetos de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas “exigências” ou “standards” que em primeira linha (*prima facie*), devem



ser realizados; as regras contêm fixações normativas definitivas, sendo insustentável a validade de regras contraditórias.

Quando se trata de direitos fundamentais, embora estes não sejam princípios, deve-se aplicar a mesma forma de solução de conflito destes, uma vez que os direitos fundamentais, enquanto direitos destinados a manter a vida humana dentro dos valores de liberdade e dignidade, servem de alicerce ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, não podendo, assim, ser objeto de exclusão em caso de conflito. Importante observar que os direitos fundamentais são normas genéricas assim como os princípios, não sendo sua colisão caso de contrariedade, ou seja, um direito não é contrário ao outro, apenas opostos no caso concreto. Edílson Pereira de Farias<sup>16</sup> explica:

Os princípios são utilizados para a tarefa importante de solucionar o conflito ou colisão de normas tão frequentes nos ordenamentos jurídicos, devido à expansão dos direitos fundamentais e a outros valores constitucionais relevantes, ambos possuidores do caráter de princípios.

Nos casos de colisão de direitos fundamentais existem três princípios que podem ser utilizados como parâmetros para que se verifique qual deve prevalecer: o princípio da unicidade da constituição e da concordância prática, o princípio da proporcionalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>17</sup> Através da aplicação do princípio da unicidade da constituição é possível perceber qual dos direitos deve ser mantido, sendo que o escolhido para o caso deve ser o ideal para harmonizar o texto constitucional. Conforme ensinamento de Edílson Pereira de Farias:<sup>18</sup> “De acordo com o princípio da concordância prática, os direitos fundamentais e valores constitucionais deverão ser harmonizados [...] por meio de juízo de ponderação que vise preservar e concretizar ao máximo os direitos e bens constitucionalmente protegidos”.

O princípio da proporcionalidade se aplica definindo qual dos princípios deve ser utilizado de acordo com os fins que se busca alcançar, ou seja, afasta-se um direito já que outro protege um bem superior e mais adequado para a situação. Por último, quando não for possível alcançar a solução através da interpretação harmônica da constituição e pela valoração de direitos fundamentais, recorre-se ao princípio da dignidade da pessoa humana para definição do direito fundamental que deve se sobrepor. Como todos os direitos fundamentais objetivam a proteção da dignidade humana, mais justo é permanecer aquele que em maior grau defenda esta dignidade.

A pessoa é a principal razão de ser do ordenamento jurídico, ela é, nos dizeres de Regina Fiúza e Severo Hryniewicz,<sup>19</sup> “o valor absoluto”, isso porque é dotada de racionalidade, espiritualidade e superioridade física em relação aos demais seres. Por ser o valor da pessoa humana o motivo da existência de um ordenamento é que se deduz que as normas existam em benefício da pessoa, ou seja, a serviço de sua dignidade. É o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana a tradução jurídica do valor da pessoa humana.

A importância do princípio da dignidade da pessoa humana na solução de conflitos de direitos fundamentais se apresenta na medida em que é ele que dá sentido ao leque de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Edílson Pereira de Farias<sup>20</sup> enuncia:

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre um relevante papel na arquitetura constitucional: o de fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais. Aquele princípio é o valor que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais. Dessarte, o extenso rol de direitos e garantias fundamentais consagrados pelo título II da Constituição Federal de 1988 traduz uma especificação e densificação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Assim, a colisão de direitos fundamentais que ocorre quando o âmbito da proteção de um invade o âmbito de proteção do outro, tem solução quando da análise do caso concreto se vislumbra qual deve ser o direito a se manter por ser o que mais protege a dignidade da pessoa. Como exposto, estes direitos são normas não passíveis de exclusão, não só pela equiparação aos princípios, mas também por serem cláusulas pétreas, entretanto, podem ser objetos de ponderação em caso de conflito, por isto, a afirmação de Ingo Wolfgang Sarlet:<sup>21</sup>

[...] no plano da eficácia dos direitos fundamentais assume lugar de destaque o princípio da proporcionalidade e da harmonização dos valores em jogo, sugerindo-se que o limite seja, também aqui, reconduzido ao princípio fundamental do respeito e da proteção da dignidade da pessoa humana, fio condutor de toda a ordem constitucional, sem o qual ela própria acabaria por renunciar à sua humanidade, perdendo até mesmo a sua razão de ser.

Na colisão que toma forma pela aplicação das técnicas de reprodução assistida heteróloga, para definir se o interesse que deve prevalecer é o do ser gerado ou do doador, é preciso verificar em cada situação de conflito, o quanto em dignidade da pessoa humana o direito fundamental em questão protege. Foram apresentados os seguintes motivos pelos quais a criança desejaria conhecer o seu ascendente genético: a falta de um pai ou de uma mãe juridicamente estabelecido quando a técnica foi utilizada só por um indivíduo; a vontade de ver desconstituída a paternidade anteriormente estabelecida, seja por ambição material, seja por desentendimentos com os que lhe criaram; da necessidade de se analisar o material genético de seu ascendente para preservar a saúde do filho socioafetivo; a preocupação em evitar vínculos parentais em desconformidade com a moral e os costumes ou, finalmente, a mera curiosidade sobre aquele ou aqueles que permitiram a concretização do projeto parental daqueles que reconhece como pais.

Nas hipóteses em que o desejo tem como fato gerador a falta de um pai ou mãe juridicamente estabelecido ou a curiosidade sobre seu doador, o interesse do filho em conhecer sua ascendência genética só deve prevalecer

sobre o direito à intimidade do doador quando e se for comprovado que esse conhecimento seja uma necessidade psicológica do ser gerado. José Roberto Moreira Filho<sup>22</sup> esclarece:

Ao legar ao filho o seu direito de conhecer a sua verdadeira identidade genética, estamos reconhecendo-lhe o exercício pleno de seu direito de personalidade e a possibilidade de buscar nos pais biológicos as explicações para as mais variadas dúvidas e questionamentos que surgem em sua vida, como, por exemplo, as explicações acerca da característica fenotípica, da índole e do comportamento social[...].

H. Scholler<sup>23</sup> manifesta-se a respeito ao afirmar que “a dignidade da pessoa humana apenas estará assegurada quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade”, assim, o direito da criança de conhecer suas origens é superior ao direito à intimidade por que, enquanto que a diminuição da proteção à intimidade no caso concreto pode gerar apenas poucos embaraços, o desconhecimento da ascendência genética pode interferir na vida do indivíduo causando-lhe seqüelas morais para o resto de sua existência.

Na hipótese de necessidade de se conhecer o ascendente para a preservação de sua vida é incontestável a superioridade em termos de importância do direito ao conhecimento da origem genética em detrimento do direito à intimidade. O resguardo de uma pessoa não pode ter um valor maior que a vida de outra, pois a vida é o maior bem da pessoa e que merece a mais ampla forma de proteção pelo ordenamento. Neste aspecto, a legislação pátria deve seguir o exemplo da lei sueca, que, segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama:<sup>24</sup>

Apesar do anonimato dos doadores ser a regra em praticamente em todos os países que possuem legislação a respeito, atendendo aos interesses da criança ou do adolescente, a lei sueca exatamente não prevê o sigilo, o anonimato, tendo em vista a necessidade de prevenir doenças genéticas, além de permitir que a pessoa possa, com a maioridade, conhecer o genitor biológico.

Quanto à questão do conhecimento da origem para se evitar a formação de vínculos parentais em desacordo com as normas do Código Civil, Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior<sup>25</sup> manifesta-se:

[...] os filhos devem ter acesso aos dados biológicos do doador para descoberta de possível impedimento matrimonial, pois em se mantendo esse sigilo de forma absoluta, isso poderia redundar, futuramente, em relações incestuosas.

Sendo totalmente anônima a paternidade biológica, mantida sob a égide de um sigilo absoluto, nada impede que irmãos (filhos nascidos de material pertencente ao mesmo doador) ou mesmo o próprio doador e uma filha contraiam casamento por absoluta ignorância com relação as suas verdadeiras origens.

Nesta hipótese, o direito à intimidade deve ser colocado em segundo plano mesmo porque podem existir situações em que o próprio doador terá interesse em saber se a pessoa com quem quer contrair vínculo foi ou não gerada a partir de seu material genético. O anonimato absoluto iria de encontro à dignidade da pessoa de forma absurda, se, após contrair núpcias, o casal descobrisse que existia algum impedimento de ordem moral para o casamento.

Nas hipóteses até aqui mencionadas, a dignidade da pessoa humana é garantida pela manutenção do direito fundamental ao conhecimento e não do direito à intimidade. René Ariel Dotti<sup>26</sup> explana sobre a prevalência de outros interesses frente ao direito à intimidade:

O direito à intimidade da vida privada tem um conteúdo extraordinariamente amplo e variável, em função do titular a que respeite, por outro lado, mesmo no plano da tutela do núcleo essencial da intimidade que se considera comum a toda pessoa humana, há que atender a que o direito à intimidade que se pretende tutelar, como qualquer outro, não é ilimitado, antes deve ser cercado pelas limitações inerentes à sua eventual subordinação a outros interesses superiores ou de igual valor.

Entretanto, nas outras duas hipóteses, quais sejam: a de querer conhecer a identidade genética para desconstituir vínculo parental estabelecido por motivos financeiros ou descontentamento com a instituição familiar, é praticamente unânime a opinião dos doutrinadores em manter o anonimato do doador, pois nestes casos o conhecimento da origem genética não estaria defendendo a dignidade da pessoa humana, mas sim interesses financeiros pessoais do ser gerado ou mesmo estaria ferindo a dignidade dos pais estabelecidos se, após anos cuidando do filho, tivessem desconstituídas a maternidade e paternidade, num ato de ingratidão imensurável. Neste sentido Andréa Aldrovandi<sup>27</sup> cita motivos pelos quais o doutrinador Eduardo Oliveira Leite se manifesta a favor do anonimato do doador:

Pode haver maior respeito à dignidade humana no não conhecimento da origem genética de alguém, do que neste conhecimento. Defender o direito à ação de investigação de paternidade contra o doador do sêmen seria defender que todas as crianças adotadas tenham direito a buscar sua origem genética. [...]

O anonimato evita que, tanto o doador como a criança, procurem estabelecer relações com vistas a obtenção de meras vantagens pecuniárias. José Roberto Moreira Filho,<sup>28</sup> sobre o assunto, afirma:

O direito ao reconhecimento da origem genética não importa, igualmente, em desconstituição da filiação jurídica ou socioafetiva e apenas assegura a certeza da origem genética, a qual poderá ter preponderância ímpar para a pessoa que a busca e não poderá nunca ser renunciada por quem não seja o seu titular.

Percebe-se, portanto, que o conhecimento da ascendência genética pode ser preponderante sobre o direito à intimidade do doador, pois é o direito que protege de forma mais ampla a dignidade da pessoa humana em alguns casos na utilização da reprodução assistida heteróloga, permitindo o desenvolvimento da personalidade da criança e a manutenção de sua vida. Esse direito, entretanto, está restrito há três situações, conforme a explanação de Belmiro Pedro Welter:<sup>29</sup>

Em ambos os casos (doação de sêmen e/ou óvulo), a paternidade ou a maternidade também pode ser investigada, pois tanto o filho quanto o pai biológico têm o sagrado, natural e constitucional direito de saber a sua origem, a sua ancestralidade, que faz parte da personalidade e dos princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana. Porém, essa investigação, se já existente a paternidade e/ou maternidade socioafetiva, estará restrita aos três efeitos jurídicos, quais sejam: 1. por necessidade psicológica ao conhecimento da origem genética; 2. para segregar os impedimentos do casamento; 3. para preservar a saúde e a vida dos pais e do filho biológico nas graves doenças genéticas.

Deve-se lembrar que o direito ao conhecimento da ascendência genética é um direito e não um dever, assim, a criança não sentindo nunca a necessidade de conhecer suas origens não pode ser obrigado a conhecê-las, podendo permanecer, se assim desejar, na ignorância a respeito de sua ascendência

Trata-se, no caso, do respeito à dignidade da pessoa humana na proteção da intimidade da pessoa física na espécie de direito à reserva, que, segundo René Ariel Dotti<sup>30</sup> é reconhecido por Paulo Cunha como o “direito que cada um tem de se opor à investigação ou divulgação de quaisquer fatos a ela referentes, subtraindo-os ao conhecimento dos outros em particular e da curiosidade pública em geral”.

Infelizmente, o direito ao conhecimento da origem genética e o direito à intimidade determinados constitucionalmente não são efetivamente protegidos nos casos de reprodução assistida heteróloga. O tema, pela sua relevância, necessita de uma lei especial que regularize a situação de doadores e de receptores, bem como dos indivíduos havidos por meio destas técnicas.

### **3 DA NECESSIDADE DE UMA AÇÃO ADEQUADA PARA PLEITEAR O CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA**

Importante se faz lembrar que muitas das questões jurídicas originadas pela aplicação das novas técnicas de reprodução não foram abordadas no Código Civil de 2002, Lei n.º. 10.406/02, porque, à época da apresentação do Projeto de Lei que culminou com a promulgação do código, os legisladores não previram o avanço científico tão acelerado no campo da reprodução humana. O projeto, datado de 1975, tornou-se lacunoso não só por causa do desenvolvimento da medicina, como também pelo advento da Constituição Federal de 1988.

O presente trabalho buscou até agora apresentar os inúmeros posicionamentos doutrinários acerca da utilização das técnicas de reprodução assistida

relativos às questões levantadas sobre a filiação e a possível identificação do doador de gametas. Muitos dos posicionamentos aqui mencionados contribuíram para a elaboração de projetos de lei apresentados por deputados e senadores com o objetivo de preencher as lacunas existentes no Código Civil em vigor a respeito da reprodução heteróloga.

Foram apresentados na Câmara vários projetos com o objetivo de regulamentar a reprodução humana medicamente assistida, entre eles: o Projeto de Lei nº.3638/97, de autoria do Deputado Luiz Moreira; o Projeto de Lei nº.90/99, escrito pelo Senador Lúcio Alcântara; o Projeto de Lei nº.1184/03, apresentado pelo Senador José Sarney; o Projeto de Lei nº.120/03 do Deputado Roberto Pessoa e também o Projeto de Lei nº.4686/04, do Deputado José Carlos Araújo.

Os projetos de lei, em sua maioria, defendem o sigilo do doador como regra que pode ser quebrada pela vontade expressa da criança em qualquer hipótese, embora tenha sido demonstrado no capítulo três do presente trabalho que não é sempre que o interesse em conhecer a origem genética deve prevalecer sobre o direito à intimidade. Apesar de permitirem o conhecimento da ascendência genética, de todos os projetos apresentados, apenas o projeto nº. 120/03 define a ação própria para esta identificação como sendo a ação investigatória de paternidade, mas também são encontrados posicionamentos no sentido de se considerar a habeas data, previsto constitucionalmente, a ação competente para a busca da ascendência biológica.

O entendimento da doutrina é majoritário no sentido de reconhecer como meio adequado para o conhecimento da origem genética a ação de investigação de paternidade prevista na Lei nº. 8.560/92. Neste sentido Belmiro Pedro Welter<sup>31</sup> defende a utilização da ação para efetivação do direito de se conhecer o doador, bem como Tycho Brahe Fernandes,<sup>32</sup> que defende que impedir a ação investigatória de paternidade é discriminação do filho originado de concepção heteróloga, e Álvaro Villaça Azevedo que indica, segundo Andréa Aldrovandi<sup>33</sup>, que “o filho gerado através de uma das técnicas de reprodução assistida poderá, a qualquer tempo, investigar a sua paternidade, devendo os responsáveis pelos dados do doador, fornecê-los, em segredo de justiça”.

Entretanto, é um posicionamento combatido com base em fortes argumentos. De acordo com Paulo Luiz Netto Lôbo,<sup>34</sup> para garantir a efetivação do direito fundamental do conhecimento da origem genética, não é preciso investigar a paternidade. Em suas palavras:

Toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica [...] Uma coisa é vindicar a origem genética, outra a investigação de paternidade. A paternidade deriva do estado de filiação, independente de origem (biológica ou não). O avanço da biotecnologia permite, por exemplo, a inseminação artificial heteróloga, autorizada pelo marido [...]. Nesse caso, o filho pode vindicar os dados genéticos do doador anônimo de sêmen que conste nos arquivos da instituição que o armazenou, para fins

de direito da personalidade, mas não poderá fazê-lo com escopo de atribuição de paternidade. Conseqüentemente, é inadequado o uso da ação de investigação de paternidade, para tal fim.

A filiação, em sua atual compreensão, diverge da origem biológica da pessoa, pois “a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo”.<sup>35</sup> Com base nesta afirmação é que se pode defender a não utilização da ação de investigação de paternidade para o conhecimento da origem, pois se tratam de institutos diferentes.

A paternidade e a maternidade são conseqüências do estado de pai e mãe, ou seja, decorrentes do fato do filho estar na posse do estado de filho daquelas pessoas. A filiação é comprovada pela certidão de nascimento, na qual, no caso da reprodução medicamente assistida heteróloga, deverá constar o nome dos beneficiários do processo. Assim, uma vez registradas a paternidade e a maternidade, não se pode modificar o estado de filiação salvo por erro ou falsidade deste registro.

Tratando-se, portanto, do indivíduo que possui pai e mãe juridicamente estabelecidos, mesmo havendo possibilidade de propositura de ação investigatória, uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente não prevê restrições, essa não deverá ter efeitos próprios da investigação de paternidade, em vista da paternidade já estar estabelecida e não existirem motivos para descaracterizá-la, principalmente quando se percebe a paternidade socioafetiva ganhando cada vez mais importância no momento de definição de parentesco. A ação deverá ter efeitos limitados ao conhecimento da ascendência genética.

A investigação pode ocorrer na hipótese prevista na Lei nº.8560/92 se, sendo uma mulher solteira beneficiária da técnica de reprodução assistida heteróloga, esta registre a criança apenas em seu nome. Neste caso também a investigação deve ter efeito limitado ao conhecimento da origem genética, porque o doador não deve ser obrigado a arcar com os efeitos do reconhecimento, visto que o projeto parental é de autoria da mulher solteira e a criança concebida de sua responsabilidade. Neste aspecto, verifica-se a insuficiência da ação para buscar o conhecimento da origem, pois, entre as técnicas de reprodução heteróloga, está contida a possibilidade tanto da doação de gametas femininos quanto masculinos, daí, considerando-se a necessidade da criança concebida com óvulo doado buscar sua origem, esta busca não poderia acontecer através da investigação de paternidade.

Além dos limites relacionados ao interesse de agir da pessoa que deseja reconhecer sua ascendência, considerando que esta, tendo pai, terá a ação que ser declarada de efeitos limitados, resta também prejudicado o argumento desta ação ser a ideal para o objetivo do conhecimento da origem pelo fato dos efeitos da ação serem opostos à real finalidade buscada, como se verifica na leitura do art. 1.616 do Código Civil de 2002:

Art. 1.616. A sentença que julgar procedente a ação de investigação produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento; mas poderá



ordenar que o filho se crie e eduque fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade.

Percebe-se então, que o indivíduo que deseja buscar sua origem, mesmo sendo a ação possibilitada, os efeitos da sentença deverão ser limitados, pois ação investigatória de paternidade, quando julgada procedente, gera efeitos de reconhecimento, tanto morais quanto patrimoniais. Dentre os efeitos morais está a submissão ao pátrio poder,<sup>36</sup> atualmente entendido como poder familiar, cujo exercício compreende os seguintes direitos e deveres de acordo com o art. 1634 do Código Civil de 2002:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:  
I - dirigir-lhes a criação e educação;  
II - tê-los em sua companhia e guarda;  
III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;  
IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;  
V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;  
VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;  
VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Conclui-se, assim, que a ação investigatória de paternidade se mostra imprestável para busca do conhecimento da origem genética, primeiramente por passar a impressão equivocada de que origem genética se confunde com o instituto da paternidade, segundo por não atender ao direito de todos aqueles que desejam o conhecimento de suas origens por não poder ser proposta para investigação da doadora de óvulos, e, finalmente, pelos seus efeitos de constituição de novo vínculo parental, desconstituindo o anterior e submetendo o investigando ao poder familiar do doador, o que é totalmente diferente do fim desejado. Infelizmente, uma vez que o ECA não prevê restrições à sua propositura e também pelo fato de não existir ação própria, a ação investigatória de paternidade vem sendo utilizada de forma equivocada por aqueles que desejam conhecer sua ascendência genética, sendo uma tendência concedê-la com efeitos limitados.

O habeas data é ação prevista no art 5º, LXXII da Constituição Federal de 1988. Seu objetivo é levar ao conhecimento do impetrante dados relativos à pessoa do impetrante, constantes de arquivos, cujo órgão responsável tenha se negado a fornecer. Fernanda de Fraga Balan<sup>37</sup> anuncia o entendimento de Guilherme Calmon Nogueira da Gama: “O autor acredita que, para fazer valer esse direito, a criança gerada poderia valer-se do remédio constitucional do habeas data, previsto no artigo 5º, inciso LXXI, “a”, da Constituição Federal [...]”.

O habeas data não se restringiria à Administração Pública, podendo atingir entidades que mantenham bancos de dados de caráter público; o que



abrange casas de saúde, bancos de sêmen e de embriões e, fundamentalmente, as pessoas dos profissionais que se responsabilizaram pelo procedimento médico concernente à procriação assistida heteróloga.

Assim como a investigação de paternidade, o habeas data também não deve considerado a ação própria para o conhecimento da ascendência genética por alguns motivos claros percebidos na análise do inciso LXXII do art.5º da Constituição Federal. Dois pontos devem ser analisados no artigo constitucional. O primeiro ponto a ser abordado é o objeto do conhecimento: “informações relativas à pessoa do impetrante”. Mesmo que as informações acerca da origem genética sejam relativas ao impetrante, na sua busca pede-se informações relativas à pessoa do doador, o que não pode ser fornecido através do habeas data.

O segundo ponto controverso é a necessidade destes arquivos constarem “de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público”. Se a aplicação da técnica de reprodução medicamente assistida ocorreu em hospital público existirá o caráter público, o que não acontecerá se o procedimento se der em empresas particulares. Conforme explicação de Alexandre de Moraes:<sup>38</sup>

Poderão ser sujeitos passivos do habeas data as entidades governamentais, de administração pública direta ou indireta, bem como as instituições, entidades e pessoas jurídicas privadas que prestem serviços para o público ou de interesse público, e desde que detenham dados referentes às pessoas físicas ou jurídicas.

Tem-se, portanto, como inadequada a propositura do habeas data com objetivo de se encontrar a origem genética, por dois motivos: pelas informações buscadas serem relativas também ao doador e não somente ao impetrante, como também pela não caracterização dos bancos de gametas e das empresas que utilizam as técnicas de reprodução assistida heteróloga como sendo de caráter público, primeiramente porque seus serviços são dirigidos para uma parcela específica da população e porque seus serviços não são de interesse público.

Considerando que o direito fundamental ao conhecimento da ascendência genética deve ser preservado e que não existe no ordenamento jurídico brasileiro nenhuma ação adequada para concretização deste direito, percebe-se uma urgência no sentido de concentrar esforços no legislativo para criação de ação própria que permita a efetivação deste direito constitucionalmente protegido. Inclusive, esta ação deverá conter limitações quando à possibilidade de sua propositura, sendo interessante que limite o conhecimento da origem genética aos casos em que o direito fundamental ao conhecimento se sobreponha ao direito à intimidade do doador, e não em todos os casos, como se entende da leitura do Projeto de Lei 90/99 na versão atual de 2001 do Senador Tião Viana.

#### 4 EFEITOS PESSOAIS E PATRIMONIAIS DO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA: UMA ANÁLISE DOS PROJETOS DE LEI EM TRAMITAÇÃO

O projeto de Lei 90/99 de autoria do Senador Lúcio Alcântara, em sua redação original, previa a possibilidade de reconhecimento por parte do doador da criança através de reprodução assistida heteróloga, no caso do ser gerado não possuir o nome do pai no registro de nascimento. Deste reconhecimento derivaria uma série de direitos e deveres inerentes ao reconhecimento da paternidade ou maternidade. Este reconhecimento pelo doador era, porém, uma exceção, devendo em regra ser os beneficiários os responsáveis pela criança, pois é destes o projeto parental.

Essa possibilidade de reconhecimento, entretanto, não se manteve nos dois substitutivos do projeto, que dispõem que não existirá qualquer vínculo ou direitos decorrentes da doação de gametas. Desse modo, o art. 19 do substitutivo de 99 e o art. 17 do substitutivo de 2001, prevêm como efeitos do conhecimento da ascendência genética apenas os impedimentos matrimoniais previstos no Código Civil em seu art. 1.521, in verbis:

Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

A determinação da atual versão do projeto está de acordo com o entendimento majoritário da doutrina da qual faz parte Belmiro Pedro Welter, Guilherme Calmon Nogueira Gama e Paulo Luiz Netto Lobo, que tem sido no sentido de vedar os efeitos típicos de reconhecimento de paternidade ou maternidade por ocasião do conhecimento da ascendência genética, exceto os impedimentos matrimoniais. Existe na opinião destes autores uma equiparação dos efeitos do conhecimento da origem genética aos efeitos da adoção, tanto que o Deputado José Carlos Araújo, no projeto de Lei nº. 4686/04 que objetiva o acréscimo do art. 1597-A ao Código Civil indica que “o conhecimento da verdade biológica impõe a implicação dos artigos 1521, 1596, 1626, 1628 (segunda parte) deste código”. O art. 1521 do Código Civil de 2002 contém os impedimentos matrimoniais, o 1596 dispõe sobre a igualdade dos filhos independente de origem, e os artigos 1626 e 1628 fazem parte do capítulo sobre adoção. Dispõem os artigos:

Art. 1.626. A adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento.

Art. 1.628. Os efeitos da adoção começam a partir do trânsito em julgado da sentença, exceto se o adotante vier a falecer no curso do procedimento, caso em que terá força retroativa à data do óbito. As relações de parentesco se estabelecem não só entre o adotante e o adotado, como também entre aquele e os descendentes deste e entre o adotado e todos os parentes do adotante.

José Carlos Araújo, em sua justificativa para o Projeto de Lei nº4686/04 afirma:

[...] não deverá haver nenhum vínculo, nem paternal, nem patrimonial, bem como direito sucessório entre a pessoa concebida por técnica medicamente assistida heteróloga e o doador de gametas. O conhecimento da origem genética não modifica em nada as relações jurídico-familiares que tal indivíduo possui com seus pais e sua família afetiva.

Segundo Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior<sup>39</sup> “não há parentesco entre o doador do sêmen e o concebido, e, por razão maior, não há que se falar em obrigação ou dever alimentar entre eles”. Importante as palavras de Guilherme Calmon<sup>40</sup> sobre a relação entre reprodução assistida heteróloga e adoção:

[...] vários dispositivos que expressamente somente se referem à adoção deverão ser estendidos à procriação assistida heteróloga tendo como base o fundamento que ambos os institutos jurídicos, ou seja, a origem não-sangüínea para fins de parentesco civil [...] Entre as normas do Código Civil, destaca-se o art. 1.626: “ A adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consangüíneos, salvo os impedimentos para o casamento.[...]”

É, então, predominante o entendimento de não haver parentesco entre doador e a criança, mesmo quando esta venha a conhecer sua ascendência em sede de ação ainda não definida em lei, o que representa a inexistência de qualquer vínculo jurídico, obrigando somente doador e criança concebida a obedecerem aos impedimentos matrimoniais, ou seja, permanecem os vínculos naturais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito ao planejamento familiar, uma das formas de proteção aos direitos reprodutivos, está previsto no art.226, § 7º, da Carta Magna e, de acordo com a Lei nº. 9.693, de 11 de janeiro de 1996, garante a todos, homens, mulheres e casais, o acesso às técnicas de reprodução medicamente assistida como forma de concretizar seus projetos parentais, sem, contudo, determinar de forma mais aprofundada como deva ser a aplicação e quais os efeitos jurídicos que de sua utilização decorrem.

Com as possibilidades trazidas pela biotecnologia, cujas pesquisas no campo da reprodução humana foram uma constante nos últimos anos, cada

vez mais técnicas de concepção humana assistida são desenvolvidas e aplicadas mesmo sendo escassas as regulamentações sobre sua prática e efeitos.

O desejo de ter um filho juntamente com as intenções lucrativas das empresas de engenharia genética fazem com que, a cada dia, várias crianças sejam concebidas através de reprodução assistida e criam uma situação fática que revoluciona as formas de compreender a família moderna e que clama pela promulgação de lei especial.

O presente estudo versou sobre dois problemas decorrentes da aplicação das técnicas de reprodução medicamente assistida heteróloga: a possibilidade de haver o conhecimento da identidade do doador por parte da criança concebida, em vista do conflito entre o direito à intimidade do doador e o direito ao conhecimento da ascendência genética, bem como a determinação da ação adequada à busca da origem biológica, analisando, inclusive, os efeitos decorrentes desse conhecimento.

Quanto à possibilidade da criança concebida por meio de algumas das técnicas de reprodução assistida heteróloga, importante foi, ao longo do trabalho, a análise da colisão de direitos fundamentais. A respeito, conclui-se que, pelo fato dos direitos fundamentais visarem a proteção à dignidade da pessoa humana, eles não podem ser objetos de exclusão, e sim, ponderação no caso concreto.

Existem diversas formas de se garantir a dignidade da pessoa humana e nem sempre a forma de efetivar este direito fundamental é permitir à criança concebida por meio de reprodução heteróloga o conhecimento do doador que lhe possibilitou o nascimento. Assim, são hipóteses de possibilidade de se buscar a origem genética: a imperiosa necessidade psicológica, a necessidade de se preservar a saúde da criança e, por último, a averiguação de existência de impedimentos matrimoniais. Nos outros casos de aplicação das técnicas o direito fundamental a ser preservado é o da intimidade do doador, conservando a identidade deste no anonimato.

Em relação à ação adequada à busca da origem genética, concluiu-se que a ação investigatória de paternidade não é a ideal. A ascendência genética não se confunde com a paternidade e para comprovar esta afirmação recorreu-se ao estudo dos três modelos de filiação, que em relação à determinação da filiação coexistem atualmente, sendo eles o tradicional, o científico e o socioafetivo.

No modelo tradicional o critério é a presunção de paternidade ou maternidade em benefício do casal que a concebeu na constância do casamento. No científico o critério é o biológico, sendo considerado pai e mãe aqueles que passaram sua herança genética à criança concebida. Por fim, tem-se no modelo socioafetivo o critério afetivo, que define a paternidade ou maternidade me favor daqueles que desejaram e realizaram o projeto parental, independente de este ter se concretizado com material genético próprio ou de terceiros.

Este último tem função importante de servir como solução para o conflito entre os modelos, isso porque, dentre todos, é o que melhor garante os interesses da criança, objetivo maior a ser buscado na determinação da filiação de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, a ação investigatória de paternidade não deve ser utilizada para o conhecimento da verdade biológica por ter efeitos indesejados, quais sejam: a desconstituição da paternidade anterior e a declaração de uma nova paternidade, quando, em realidade, muitas vezes o objetivo desejado é apenas o conhecimento da origem e não extinção de vínculo já estabelecido.

O habeas data também não se adequa à busca da origem, pois contém requisitos previstos constitucionalmente, tais como: a busca de dados deve ser relativa ao impetrante e os dados devem ser de arquivos públicos ou de caráter público, requisitos estes que não se verificam na intenção de se conhecer o doador.

Percebe-se, portanto, que na ausência de uma ação prevista, deve o legislador criar um novo tipo de ação, que inclusive deve limitar a possibilidade de conhecimento da origem genética às hipóteses já elencadas e cujos efeitos se restrinjam à imposição de impedimentos matrimoniais, pois a união entre consanguíneos é moralmente condenada pela sociedade, desconsiderando qualquer vínculo jurídico entre doador e criança, uma vez que esta foi concebida para efetivação do projeto parental de outras pessoas.

Conclui-se também pela necessidade de publicação de lei especial que regulamente a aplicação de técnicas de reprodução medicamente somente em pessoas com reais problemas de infertilidade, para que não se desvie da finalidade da Lei de Planejamento Familiar, que não visa criar novas formas de concepção, mas sim meios auxiliares para efetivação de direitos reprodutivos.

## REFERÊNCIAS

ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. A reprodução assistida e as relações de parentesco. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3127>>. Acesso em: 20 jun. 2006.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Técnicas de reprodução assistida e o biodireito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 838, n. 94, p.87-100, ago. 2005.

AMORIM, José Roberto Neves. Direito sobre a história da própria vida. **Flavioartuce**. Disponível em: <[http://www.flavioartuce.adv.br/secoes/artigosc/amorim\\_direito.doc](http://www.flavioartuce.adv.br/secoes/artigosc/amorim_direito.doc)>. Acesso em: 09 out. 2006.

BALAN, Fernanda de Fraga. A reprodução assistida heteróloga e o direito da pessoa gerada ao conhecimento de sua origem genética. **Direitonet**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2544/A-reproducao-assistida-heterologa-e-o-direito-da-pessoa-gerada-ao-conhecimento-de-sua-origem-genetica>>. Acesso em: 10 out. 2006.

BESSA, Leandro Sousa. Colisões de direitos fundamentais: propostas de solução. **Inteligência jurídica**. Disponível em: <[http://www.inteligentiajuridica.com.br/v3/artigo\\_visualizar.php?id=636](http://www.inteligentiajuridica.com.br/v3/artigo_visualizar.php?id=636)>. Acesso em: 20 set. 2006.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L8069.htm>>. Acesso em 15 ago. 2006.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.560**, de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 dez. 1992.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.263**, de 12 de janeiro de 1996. Regula o §7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 jan. 1996.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1º jan. 1916.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

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

CUNHA NETO, Marcílio José da. Considerações legais sobre biodireito: a reprodução assistida à luz do novo código civil. **Estácio**. Disponível em: <[http://www.estacio.br/graduacao/direito/publicacoes/rev\\_novamer/art\\_res/cons\\_cod-civ.doc](http://www.estacio.br/graduacao/direito/publicacoes/rev_novamer/art_res/cons_cod-civ.doc)>. Acesso em: 08 out. 2006.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**: possibilidades e limites. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

FARIAS, Edílson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1996.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A reprodução assistida heteróloga sob a ótica do novo código civil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 817, n. 92, p. 11-34, nov. 2003.

HRYNIESWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiúza. **O direito “in vitro”**: da bioética ao biodireito. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2000.

LEITE, Eduardo Oliveira. Os sete pecados do novo direito de família. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 94, n. 833, p. 66-81, mar. 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 194, 16 jan. 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2002.

MOREIRA FILHO, José Roberto. Direito à identidade genética. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002.

NASCIMENTO, Roberta Fernandes Lopes do et al. **O processo de adoção no ciclo vital**. Disponível em: <<http://www.redepsi.com.br/portal/modules/smartsecton/item.php?itemial=293>>. Acesso em: 29 jul. 2006.

OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros de. **Genoma humano, direito à intimidade e novo código civil**: problemas e soluções. Direito & Justiça: Revista da Faculdade de Direito da PUC-RS. Porto Alegre, v. 29, p.111-124, 2004.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Reconhecimento da paternidade e seus efeitos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977

PINHO, Judicael Sudário de. **Apostila de Direito Constitucional**. Fortaleza: UNIFOR, 12 ago. 2002.

**PROJETO de Lei 3638** de autoria do Deputado Luiz Moreira. Institui normas para a utilização de técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <[http://www.ghente.org/doc\\_juridicos/pl3638.htm](http://www.ghente.org/doc_juridicos/pl3638.htm)>. Acesso em: 20 ago.2006.

**PROJETO de Lei 90 de 1999** de autoria do Senador Lúcio Alcântara. Dispõe sobre Reprodução Assistida. Disponível em: <[http://www.ghente.org/doc\\_juridicos/pls90.htm](http://www.ghente.org/doc_juridicos/pls90.htm)>. Acesso em: 20 ago.2006.

**PROJETO de Lei 90 (SUBSTITUTIVO) de 1999** de autoria do Senador Roberto Requião. Dispõe sobre Reprodução Assistida. Disponível em: <[http://www.ghente.org/doc\\_juridicos/pls90subst.htm](http://www.ghente.org/doc_juridicos/pls90subst.htm)>. Acesso em: 20 ago.2006.

**PROJETO de Lei 90 (SUBSTITUTIVO) de 2001** de autoria do Senador Tião Viana. Dispõe sobre Reprodução Assistida. Disponível em: <[http://www.ghente.org/doc\\_juridicos/pls90subst2.htm](http://www.ghente.org/doc_juridicos/pls90subst2.htm)>. Acesso em: 20 ago.2006.

**PROJETO de Lei 120 de 2003** de autoria do Deputado Roberto Pessoa. Dispõe sobre a investigação e paternidade de pessoas nascidas de técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <[http://www.gente.org/doc\\_juridicos/pl120.htm](http://www.gente.org/doc_juridicos/pl120.htm)>. Acesso em 20 ago. 2006.

**PROJETO de Lei 1184 de 2003** de autoria do Deputado José Sarney. Dispõe sobre reprodução assistida. Disponível em: <[http://www.ghente.org/doc\\_juridicos/pl1184.htm](http://www.ghente.org/doc_juridicos/pl1184.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2006.

**PROJETO de Lei 4686 de 2004** de autoria do Deputado José Carlos Araújo. Introduce art.1597-A à Lei 10.406, de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, assegurando o direito ao conhecimento da origem genética do ser gerado a partir de reprodução assistida, disciplina a sucessão e o vínculo parental, nas condições que menciona. Disponível em: <[http://ghente.org/doc\\_juridicos/pl4686.htm](http://ghente.org/doc_juridicos/pl4686.htm)>. Acesso em 14 mar. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.



STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

- 1 Declaração Universal dos Direitos do Homem (Paris, 1948)
- 2 COMPARATO, [s.d.] apud BESSA, Leandro Sousa. Colisões de direitos fundamentais: propostas de solução. **Inteligência jurídica**. Disponível em: <[http://www.inteligentiajuridica.com.br/v3/artigo\\_visualizar.php?id=636](http://www.inteligentiajuridica.com.br/v3/artigo_visualizar.php?id=636)>. Acesso em: 20 set. 2006, p. 16.
- 3 Segundo Celso de Mello, citado por MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2002, p. 59.
- 4 HRYNIESWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiúza. **O direito “in vitro”**: da bioética ao biodireito. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2000, p. 74.
- 5 OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros de. **Genoma humano, direito à intimidade e novo código civil**: problemas e soluções. **Direito & Justiça**: Revista da Faculdade de Direito da PUC-RS. Porto Alegre, v. 29, p.111-124, 2004, p.115.
- 6 SILVA, Edson Ferreira da. [s.d.] apud STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 1641.
- 7 CUPIS, Adriano De [s.d.] apud DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**: possibilidades e limites. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 24.
- 8 AMORIM, José Roberto Neves. Direito sobre a história da própria vida. **Flaviotartuce**. Disponível em: <[http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/amorim\\_direito.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/amorim_direito.doc)>. Acesso em: 09 out. 2006.
- 9 WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 229.
- 10 FERNANDES, Tycho Brahe [s.d.] apud MOREIRA FILHO, José Roberto. Direito à identidade genética. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002.
- 11 LÓBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 194, 16 jan. 2004.
- 12 CUNHA NETO, Márcilio José da. Considerações legais sobre biodireito: a reprodução assistida à luz do novo código civil. **Estácio**. Disponível em: <[http://www.estacio.br/graduacao/direito/publicacoes/rev\\_novamer/art\\_res/cons\\_codiv.doc](http://www.estacio.br/graduacao/direito/publicacoes/rev_novamer/art_res/cons_codiv.doc)>. Acesso em: 08 out. 2006.
- 13 MELLO, Celso Antônio Bandeira de (1990) apud PINHO, Judicael Sudário de. **Apostila de Direito Constitucional**. Fortaleza: UNIFOR, 12 ago. 2002, p. 68
- 14 PINHO, op. cit., p. 69.
- 15 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 168.
- 16 FARIAS, Edílson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1996, p. 41.
- 17 BESSA, Leandro Sousa. Colisões de direitos fundamentais: propostas de solução. **Inteligência jurídica**. Disponível em: <[http://www.inteligentiajuridica.com.br/v3/artigo\\_visualizar.php?id=636](http://www.inteligentiajuridica.com.br/v3/artigo_visualizar.php?id=636)>. Acesso em: 20 set. 2006.
- 18 FARIAS, op. cit., p. 98.
- 19 HRYNIESWICZ; SAUWEN, p. 61.
- 20 FARIAS, op. cit., p. 54.
- 21 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998, p. 374.
- 22 MOREIRA FILHO, José Roberto. Direito à identidade genética. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002.
- 23 SCHOLLER, H. [s.d.] apud SARLET, op. cit., p. 294
- 24 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da [s.d.] apud ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Técnicas de reprodução assistida e o biodireito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 838, n. 94, p.87-100, ago. 2005, p. 95.
- 25 ALMEIDA JÚNIOR. op. cit., p. 96.
- 26 DOTTI, op. cit., p. 73.



- 27 ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. A reprodução assistida e as relações de parentesco. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3127>>. Acesso em: 20 jun. 2006.
- 28 MOREIRA FILHO, op. cit.
- 29 WELTER, op. cit., p. 232.
- 30 DOTTI, op. cit., p. 76.
- 31 WELTER, op. cit., p. 230.
- 32 FERNANDES, Tycho Brahe [s.d] apud ALDROVANDI, op. cit.
- 33 ALDROVANDI, op. cit.
- 34 LÔBO, op. cit.
- 35 Ibid.
- 36 PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Reconhecimento da paternidade e seus efeitos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 151
- 37 BALAN, Fernanda de Fraga. A reprodução assistida heteróloga e o direito da pessoa gerada ao conhecimento de sua origem genética. **Direitonet**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2544/A-reproducao-assistida-heterologa-e-o-direito-da-pessoa-gerada-ao-conhecimento-de-sua-origem-genetica>>. Acesso em: 10 out. 2006.
- 38 MORAES, op. cit., p. 157.
- 39 ALMEIDA JÚNIOR, op. cit., p. 97.
- 40 CALMON, Guilherme 2003, p. 22- 23.

## THE RIGHT TO KNOW THE ORIGIN AND GENETIC TECHNIQUES ASSISTED REPRODUCTIVE HETEROLOGOUS

### ABSTRACT

The right to family planning is constitutionally guaranteed and regulated by Law no. 9263 of 01/12/1996. The Ministry of Health launched the National Policy on Sexual and Reproductive Rights, initiatives aimed at increasing parental project. One of the axes of action of this policy is the introduction of assisted reproductive technologies in the National Health System, including heterologous artificial insemination. In this technique, there is one part of an anonymous donor who intends offering their gametes to make the project of another parent at the other end, we have one child, although mother and father, may claim the right to grow to know their genetic ancestry. There is, then, a conflict between the right to knowledge of genetic ancestry and the right to privacy, a problem that involves fundamental rights of the so-called fourth generation and a new discussion about family law, all revolutionized by advances in genetic engineering .

**Keywords:** Genetic origin. Heterologous assisted reproduction. Fundamental rights.

# ACESSO À JUSTIÇA. NOVÍSSIMA REFLEXÃO À LUZ DOS PROCESSOS REPETITIVOS

Társis Silva de Cerqueira\*

## RESUMO

O Direito assiste a progressiva massificação dos conflitos dentro de uma sociedade cada dia mais massificada e fragmentada. O judiciário, não podendo passar ao largo dessa realidade, tenta assumir o papel de solucionar a série de conflitos antes inexistentes ou represados na sociedade. Paulatinamente, ocorrem as chamadas ondas de acesso à justiça, as quais, contudo, deságuam numa contradição: permitem cada dia mais o acesso aos tribunais, estes são transformados em pesadas estruturas, incapazes de resolver os conflitos de forma célere, adequada e efetiva. Nessa senda, surgem certos mecanismos de solução dos conflitos de massa, trazendo consigo uma nova leitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição e do acesso à justiça.

**Palavras-chave:** Direito Processual. Acesso à Justiça. Conflitos de Massa. Nova Leitura do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição.

## 1 INTRODUÇÃO

Muito já se falou acerca da temática do acesso à justiça. Contudo, nada faz duvidar que ainda se trate de tema bastante recorrente na doutrina, dada principalmente à sua peculiar importância dentro da Teoria do Direito e do Processo.

As especificidades, os problemas a serem resolvidos, os obstáculos a serem superados e a necessidade de conferir ao judiciário um instrumental teórico que lhe auxilie na condução de uma atividade célere, adequada e efetiva em vista da solução dos conflitos sociais<sup>1</sup> (individuais ou metaindividuais) fazem do “Acesso à Justiça”, ao lado do “devido processo legal”, um dos temas mais caros dentro dos estudos jurídicos na contemporaneidade. Isso não poderia ser de outra forma, dada sua eminente importância seja na efetividade dos direitos materiais seja na resolução de sérias questões do direito processual.

---

\* Especialista em Direito Processual Civil. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Advogado em Salvador e São Paulo.

Mais uma vez o tema volta ao centro das discussões, e desta vez com uma nova roupagem, principalmente, com a introdução de novos mecanismos de solução dos conflitos de massas. Poderiam sem grandes problemas questionar a existência de uma “nova onda” de acesso à justiça. Ao menos, e isso merece destaque, é preciso distinguir uma nova realidade seja no aspecto teórico, seja no aspecto prático, no que concerne à temática do acesso à justiça – no mínimo, as preocupações e os problemas a serem solucionados são outros.

Como é cediço, a sociedade contemporânea conviveu, ou melhor, convive com a progressiva massificação das relações sociais e econômicas<sup>2</sup>, e este cenário repercutiu diretamente sobre o Direito Processual na medida em que a consequência da massificação das relações é a massificação dos conflitos. O apogeu do Estado Social ou Providência, o reconhecimento dos direitos sociais, a integração de grupos antes marginalizados à esfera da cidadania, o reconhecimento dos direitos fundamentais de terceira dimensão<sup>3 4</sup>, bem como o generalizado e intenso controle do poder judiciário sobre grande parte dos atos do poder público, a constante ampliação das portas do acesso à justiça através de mecanismos como a assistência judiciária, as defensorias públicas, os juzados especiais, por fim, as novas formas e técnicas de tutela jurisdicional adequadas (“adaptáveis”) aos casos concretos (tutelas jurisdicionais diferenciadas) e os novos modelos de organização econômica e do poder decorrentes da globalização (que puseram e põem constantemente em choque as estruturas sócio-econômicas tradicionais), dentre outras transformações, modificaram radicalmente tanto o volume quanto a estrutura dos litígios<sup>5</sup>.

Em razão disso, pensou-se e engendrou-se uma série de novos instrumentos legais processuais capazes (em princípio) de minimizar os efeitos do excessivo número de processo, principalmente causas repetitivas, existentes no judiciário nacional aos quais correspondem a relevante elemento dificultador do exercício da função jurisdicional.

É no âmbito dessa nova conformação social e diante dos novos mecanismos de solução dos conflitos de massa que a reabertura do debate acerca do acesso à justiça torna-se indispensável. Diante dos conflitos de massa, o acesso à justiça não é visto (ou não deve ser visto) da mesma maneira, muito menos o princípio da inafastabilidade da jurisdição pode ser interpretado da mesma forma. A realidade é outra e os novos instrumentos legislativos de solução dos conflitos de massa mostram isso.

## 2 ACESSO À JUSTIÇA: DA EVOLUÇÃO À Malfadada CONTRADIÇÃO

Tratar do acesso à justiça, em linhas doutrinárias, é tratar do princípio da inafastabilidade da jurisdição, principalmente de sua conformação dogmática e interpretação.

O art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, nos dizeres de Cândido Dinamarco<sup>6</sup>, superando a simples garantia do Direito de Ação, possui o significado político de pôr sobre o controle dos órgãos jurisdicionais todas as crises jurídicas

capazes de gerar estados de insatisfação às pessoas (“sentimentos de infelicidade” – conforme o autor) por pretenderem certos bens da vida e não terem outros meios para obtê-los. Ainda no escólio de Dinamarco, “esse dispositivo não se traduz em garantia de mero ingresso em juízo ou somente do julgamento das pretensões trazidas, mas da própria tutela jurisdicional a quem tiver razão”<sup>7</sup>.

Com efeito, a conclamada noção de efetividade dos direitos tornou a concepção de justiça algo mais denso. Não se pode duvidar que o acesso à justiça deve ser encarado como o requisito fundamental – talvez o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos, como já afirmou Cappelletti e Garth<sup>8</sup>.

Embora imprescindível à higidez do próprio Estado Democrático de Direito e símbolo supremo do exercício da cidadania, o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, na atualidade, porta em si uma terrível contradição – pelo menos no Estado brasileiro, principalmente, da maneira como se deu a superação dos obstáculos do acesso à justiça.

Como é cediço, o árduo trajeto em vista do amplo acesso à justiça não se iniciou no Brasil com a Carta Constitucional de 1988<sup>9</sup>. Ao revés, representa uma “luta” mundial de muitos anos. Consubstanciou-se em algumas fases em sua jornada evolutiva, desaguando no que hoje se concebe como “acesso à ordem jurídica justa”.

Nas palavras de Boaventura de Souza Santos, ao tratar do tema da sociologia dos tribunais e a democratização da justiça, foi no pós-guerra, por consequência da consagração constitucional de uma série de direitos sociais e da firmação do Estado-Providência como modelo estatal paradigma, que o direito ao acesso efetivo à justiça tornou-se um direito “charneira”, ou seja, um direito cuja denegação acarretaria na denegação de todos os outros<sup>10</sup>.

Para Antônio Carlos Cintra, Ada Grinover e Cândido Dinamarco<sup>11</sup>, em quatro pontos sensíveis encontram-se óbices à garantia ao acesso à ordem jurídica justa<sup>12</sup>:

O primeiro relaciona-se à admissão ao processo. Era preciso eliminar as dificuldades econômicas que impediam à grande número de pessoas o acesso ao processo<sup>13</sup>, e ligados a essas o desconhecimento e a dificuldade de encontrar informações acerca dos direitos<sup>14</sup>. Por outro lado, era preciso, também, eliminar os óbices jurídicos, representados pela impossibilidade de litigar em defesa dos interesses meta-individuais (supra-individuais) – difusos e coletivos<sup>15</sup>.

O segundo óbice encontra-se no modo de ser do processo, ou seja, a ordem legal de seus atos deveriam ser observados (devido processo legal formal) para que as partes detivessem a oportunidade de dialogar com o juiz (contraditório) de forma adequadamente participativa<sup>16</sup>.

Em seguida, o terceiro óbice encontra-se na justiça das decisões. O juiz deve pautar-se em critérios de justiça e razoabilidade (devido processo legal substancial) tanto ao apreciar as provas, como ao enquadrar os fatos às normas e categorias jurídicas, quanto na interpretação dos textos do direito positivo<sup>17</sup>.

Por fim, o quarto óbice finca-se na efetivação das decisões. Todo o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter<sup>18</sup>. Pensar em certificação de direito<sup>19</sup> sem se preocupar com sua concretização soaria no mínimo paradoxal, pois em nada adiantaria um direito “conhecido” e impossível de ser efetivado. De fato, um direito “conhecido” e impossível de ser efetivado traria mais angústia e raiva ao seu titular, bem como o descrédito ao Estado como provedor da “justiça”. Com é cedo, processo devido não é somente processo adequado ou célere, senão processo adequado e célere para ser efetivo<sup>20</sup>.

Superando estes óbices, com plenitude, chegar-se-á a perfeição (quiza utópica) do amplo acesso à ordem jurídica justa. No Brasil, ainda que moderada e paulatina esteja sendo a superação destes obstáculos em prol do amplo acesso à justiça, é possível encontrar certa desorganização neste trajeto<sup>21</sup>. Esta constatação, facilmente perceptível, vem criando (ao menos como concausas) uma série de problemas de ordem prática.

Com o sobrepujamento crescente do modelo social individualista e desigualitário da sociedade brasileira, com a pulverização e a massificação das relações jurídicas, exigiu-se do processo uma nova postura tanto dogmática quanto pragmática para atender às novas demandas, antes excessivamente repesadas por alguns óbices que impediam o amplo acesso à justiça<sup>22</sup>. Segundo Antônio Gidi, até então, os sistemas de direito civil – substantivo e processual – operavam-se em conformidade com as necessidades e interesses individuais, sendo o direito brasileiro reflexo das necessidades de uma sociedade agrícola e individualista que estava desaparecendo e encontrava-se separada da nova tendência do país de uma economia semi-industrializada.<sup>23</sup>

El viejo sistema legal no estaba suficientemente bien equipado para lidiar con conflictos colectivos o con conflictos de masas inherentes a la sociedad moderna. Para poder responder a una preocupación creciente de los intereses de grupo, las meras adaptaciones de las normas ya existentes no era suficiente. Era necesario superar los viejos dogmas y construir un nuevo sistema de derecho sustantivo y procesal que pudiera responder a las necesidades de la nueva sociedad de masas.<sup>24</sup>

Nessa senda, o judiciário brasileiro, ainda que não estivesse preparado, assumiu o papel de solucionar todas essas demandas (ou pelo menos grande número delas) frutos das pulverizadas relações de massa. Nessas circunstâncias, nascem os chamados processos repetitivos, que passam a ser carecedores de sistematização e instrumental processual próprios para sua efetiva solvência.

Muito embora existente no Brasil uma tutela coletiva das demandas de massas, essa (tutela) não representou, talvez por questões culturais ou talvez por ausência de instrumentos jurídicos que freasse tais demandas de forma “atomicizada”<sup>25</sup>, elemento de desbloqueio da fluidez da engrenagem processual-judicial. Ao tratar da questão, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. reforçam a importância da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos que evitam

a proliferação desenfreada dessas causas “atômicas”, bem como a prolação de decisões divergentes e a enchurrada de processos no judiciário<sup>26</sup>.

Com efeito, dessas circunstâncias surgem problemas. Elimina-se, pelo menos em parte, o óbice econômico do processo – mais pessoas passam a ter condições de ir ao judiciário; em tese e abstratamente, consegue-se atender as crescentes demandas relativas à proteção dos direitos de grupos e supra-individuais (direitos difusos e coletivos); claramente, garante-se cada vez mais a participação das partes no contraditório pleno<sup>27</sup>; por fim, opera-se uma maior difusão da consciência jurídica (dos direitos) entre as pessoas de diferentes níveis socioeconômicos<sup>28</sup>. Contudo, como dito por Oscar Corrêa, “essa democratização da justiça não encontra no aparelho judiciário resposta: despreparado para a missão, o Judiciário se atrasa e retarda a prestação que lhe cabe, com prejuízo evidente da normalidade institucional”<sup>29</sup>.

Noutras palavras, o Estado, **como deveria ser**, permite paulatinamente a grande número de pessoas o acesso aos órgãos do poder judiciário, todavia, este mesmo Estado não consegue atender essas pessoas com relação às prestações (e pretensões) que realmente carecem.

Impende salientar, também, que à proporção que os direitos sociais são outorgados, muitos deles são gravemente desonrados, o que importa no surgimento de mais conflitos a serem desaguados no judiciário. O próprio Estado, em seus diversos níveis de organização política e em suas variadas formas de atuação no mundo jurídico, para muitos é considerado o grande gerador de conflitos. Conforme Kazuo Watanabe, a sociedade moderna assume uma complexidade cada vez maior. Representado pelo paradigma das relações de massa, esse estado de coisas, segundo o autor, tem gerado conseqüências importantes, tais como o incremento do número de conflitos de interesses.<sup>30</sup>

Com razão, Oscar Corrêa reconhece que não é do poder judiciário a grande culpa pelo mal, na medida em que o Estado não lhe concede meios necessários e adequados para equacionar o déficit, bem como para permitir a operacionalização da prestação correta<sup>31</sup>. De mais a mais, impende salientar, igualmente, que o acesso à justiça não passa necessária ou exclusivamente pelo judiciário. Ao revés, não se pode olvidar que muitas dessas demandas deságuam e poderiam ser resolvidas no Executivo<sup>32</sup>.

Com efeito, com a “multidão” de conflitos que enxurrou os átrios do poder judiciário, agravando os problemas já existentes, impediu-se tanto que os órgãos judiciais apreciassem os conflitos com maior e melhor técnica, qualidade e justiça<sup>33</sup>, como impediu a maior efetividade das decisões judiciais graças ao aumento da demora absurda que assolam os processos judiciais e a prestação jurisdicional. De outra maneira, lembra Campilongo:

O acesso de grupos ao Poder Judiciário é festejado como um avanço em direção à justiça alternativa. Contudo, sabe-se que os interesses dotados de maior capacidade de organização e conflito – típicos das sociedades neocorporativistas – obtêm tutelas diferenciadas para

interesses nem sempre majoritários. Como fica, nessa hipótese, a tutela jurídica das maiorias desorganizadas? O simples acesso de coletividades à arena judicial é capaz de provocar um reequilíbrio social?<sup>34</sup>

Desta forma, em que pese possível o acesso aos órgãos jurisdicionais, este não permite chegar ao acesso à ordem jurídica justa, pois a medida que se facilitava a “entrada” no judiciário, obstaculizava-se a “saída” com a efetiva, rápida e justa prestação jurisdicional<sup>35</sup>. Logo, como se percebe por diversas impropriedades, é possível verificar que ocorreu de forma desordenada no Brasil o trajeto evolutivo em vista da superação dos obstáculos ao acesso à ordem jurídica justa.

Contudo, é preciso salientar, em arremate a este ponto, que o problema do excesso de trabalho dos órgãos jurisdicionais, além de uma questão que há muito tempo preocupa os estudiosos do Direito, não é a única questão a ser superada em prol do amplo acesso à justiça<sup>36</sup>. Deve-se alertar que os problemas que obstaculizam o acesso à ordem jurídica justa são questões demasiadamente complexas que merecem diversos focos de atenção dos estudiosos do tema. Não se pode ser inocente a ponto de acreditar que são apenas os processos repetitivos ou de massa, bem como o excesso de trabalho do judiciário, os únicos obstáculos a serem superados em vista de solucionar todos os problemas que impedem o acesso pleno à justiça.

Convém registrar que não se trata (o excesso de trabalho) de um problema atual, principalmente com relação aos tribunais superiores<sup>37</sup>, nada obstante, tenha sido agravado com a massificação dos conflitos. Como já foi dito, nem todos os problemas do judiciário foram produzidos pela massificação dos conflitos – inclusive no que tocam ao excesso de trabalho.

Uma certeza, contudo, é preciso ter: além de ter agravado os problemas já existentes, “os conflitos de massa” são, senão os principais, alguns dos principais causadores de obstáculo para o amplo acesso à justiça na atualidade. E isso é irrefutável.

### 3 A NOVA SISTEMÁTICA EM VISTA DA SOLUÇÃO DO PROBLEMA DOS PROCESSOS REPETITIVOS NO BRASIL

Não se tem dúvida que o processo deve responder aos anseios das novas relações jurídicas – relações de massa, repetitivas, da sociedade de massa – assumindo assim um papel de vanguarda na solução dos novos conflitos oriundos destas.

E não faz pouco tempo que já se alertava que o processo não está infenso às mudanças da realidade e às novas relações jurídicas (também novos direitos) surgidas dessas mudanças. Bem pensadas as coisas, já ensinava Fredie Didier Jr., “a relação que se estabelece entre o direito material e o direito processual é circular. ‘O processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele’. Trata-se da chamada *teoria circular dos planos processual e material*”<sup>38</sup>.

Expõe com clareza José Roberto dos Santos Bedaque que

A natureza instrumental do direito processual impõe sejam seus institutos concebidos em conformidade com as necessidades do direito substancial. Isto é, a eficácia do sistema processual será medida em função de sua utilidade para o ordenamento jurídico material e para a pacificação social. Não interessa, portanto, uma ciência processual conceitualmente perfeita, mas que não consiga atingir os resultados a que se propõe. Menos tecnicismo e mais justiça, é o que se pretende.<sup>39</sup>

Na esteira desse pensamento, o legislador infraconstitucional assume, igualmente, um papel de destaque na conformação da ordem jurídica constitucional processual. Na medida em que apontando para o desiderato constitucional – busca do amplo acesso à justiça – intenta encontrar mecanismos processuais céleres, adequados e efetivos através de modificações legislativas. Realiza-se, assim, os escopos trazidos através da previsão constitucional do princípio da inafastabilidade – dimensão objetiva<sup>40</sup> do direito fundamental ao acesso à justiça.

Não se pode, contudo, atribuir às modificações legislativas a solução de todos os problemas que afligem e limitam o acesso à ordem jurídica justa<sup>41</sup>. Nada obstante, não se pode olvidar que as normas constitucionais (sistema constitucional) – e nestas, por óbvio, inclui-se o princípio da inafastabilidade da jurisdição – são capazes de sofrer mutações e reciclar-se com relação à suas prescrições. Essa releitura muitas vezes decorre do processo de concretização constitucional, influenciadas por leis ordinárias, responsáveis por uma nova conformação da interpretação dos dispositivos da constituição<sup>42</sup>.

Nessa senda, pode-se construir, ou melhor, vislumbrar uma novel definição, interpretação, ao princípio da inafastabilidade da jurisdição a partir da nova sistemática processual construída com vistas a implementar uma solução eficaz aos problemas gerados pelos conflitos de massa<sup>43</sup>.

Com efeito, destes (conflitos de massa) surgiram os processos repetitivos e, com estes, intensificou-se parte da obstrução generalizada dos órgãos do judiciário, do excesso de trabalho dos magistrados e serventuários da justiça, da lentidão da prestação jurisdicional, entre outros problemas<sup>44</sup>.

Os novos instrumentos processuais representam uma nova ideia dos contornos do princípio da inafastabilidade e a “re-equalização” interna deste princípio ante a ponderação que se faz entre as vertentes do acesso amplo, da celeridade e da efetividade da prestação jurisdicional. Noutras palavras, os novos institutos demonstram um privilégio à uniformização da tese jurídica e o resultado final do conflito, em detrimento do acesso – em princípio, desnecessário – dos processos repetitivos aos tribunais. Em suma, o resultado do processo seria o que importa, mesmo que o processo não tenha percorrido todo seu caminho “natural”.

Percebe-se essa releitura do princípio da inafastabilidade, muito claramente, no julgamento dos recursos repetitivo. Nestes, independentemente de obter o acesso ao tribunal superior, se o resultado da tese esposada pelo aludido



tribunal lhe for incidente e vinculante (em seu caso particular) cumprida em sua inteireza a atividade jurisdicional com relação àquele específico jurisdicionado. Destarte, não haveriam (e nem poderiam) de cogitar de negativa de prestação jurisdicional, uma vez que a tese acolhida pelo tribunal superior corresponderia a tese que resolveria o conflito individual e concretamente existente, ainda que este não tenha sido especificamente julgado no respectivo tribunal de cúpula.

Sem embargos de tudo quanto exposto, urge salientar que a ideia não é impossibilitar o acesso aos órgãos jurisdicionais. Em absoluto. Isso representaria o caos social, e não se pode tutelar o absurdo. A ideia é cada dia mais permitir a criação de meios alternativos de solução desses conflitos, principalmente, à luz da novel interpretação do princípio da inastabilidade da jurisdição.

Pautado nesses ideais, há muito já proclamava Kazuo Watanabe que a problemática do acesso à Justiça não poderia ser estudada nos estreitos e acanhados limites do acesso (físico) aos órgãos judiciais já existentes. Para o doutrinador, “não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa*”.<sup>45</sup>

Nessa senda, na medida em que se julga de imediato causas em que sequer houve a angularização (ou triangularização) da relação jurídica processual (v.g. art. 285-A do CPC), ou “obstaculiza-se” o conhecimento de recursos com base na *ratio decidendi* de certos precedentes (v.g. art. 518, §1º do CPC), ou “julgando aos milhares e concomitantemente”<sup>46</sup> uma série de recursos que versam sobre a mesma matéria (v. g. arts. 543-B e 543-C, ambos do CPC), o princípio da inafastabilidade é exaltado, menos no seu aspecto de garantia ao acesso aos órgãos jurisdicionais, mais no aspecto do resultado da atividade jurisdicional, bem como no tocante à celeridade e à efetividade de tal prestação – *Acesso à Ordem Jurídica Justa*.

Desta forma, é possível concluir que do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição extrai-se essa nova leitura – não contraditória ou derogatória da anterior interpretação, mas complementar – sendo a novel sistemática da solução das causas repetitivas das reformas do Código de Processo Civil capaz de demonstrar isso.

## REFERÊNCIAS

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. O Anteprojeto de Lei Sobre a Repercussão Geral dos Recursos Extraordinários. In: **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, n. 129, nov. 2005, p. 108-131.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Acesso à Justiça e Efetividade do Processo**: a ação monitória é um meio de superação dos obstáculos? Curitiba: Juruá, 2001.

ARENHART, Sérgio Cruz. Ainda a (Im)Penhorabilidade de Altos Salários e Imóveis de Elevado Valor: ponderação sobre a crítica de José Maria Tesheiner. **Tex.pro**. Disponível em <<http://www.tex.pro.br>>. Acesso em: 10 ago. 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. Influência do Direito Material sobre o Processo. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Acesso à Justiça e Formas Alternativas de Resolução de Conflitos: Serviços legais em São Bernardo do Campo. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, n. 315, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. Accesso Alla Giustizia come Programma di Riforma e come Metodo di Pensiero. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 37, série II. Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1982.

\_\_\_\_\_. Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, n. 5, p. 128-159, jan-mar 1977, p. 130.

\_\_\_\_\_. Os meios alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 326, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. In: NORTHFLEET, Elen Gracie (Trad.). **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CORRÊA, Oscar Dias. Breves Ponderações sobre a Crise do Poder Judiciário. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 98, 2000.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Execução. Salvador: Juspodivm, 2009.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Processo Coletivo. Salvador: Juspodivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, v. 1.

GIDI, Antônio. **Las Acciones Colectivas y la Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales en Brasil**. Un modelo para países de derecho civil. Cidade de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. Estado Constitucional e Democrático de Direito e o Devido Processo Criminal. In: DIDIER JR., Fredie, JORDÃO, Eduardo Ferreira, (coords.). **Teoria do Processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPODIVM, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. São Paulo: Forense Universitária, 1990.

\_\_\_\_\_. O Tratamento dos Processos Repetitivos. In: JAYME, Fernando Gonzaga, FARIA, Juliana Cordeiro, LAUAR, Maria Terra, (coords.). **Processo Civil: Novas tendências. Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, n. 18, 1996. Disponível em: <<http://www.cpdoc.fgv.br/revista/arq/201.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2009.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. In: DIDIER JR., Fredie, (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil.** 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.

MACHADO, Rubens Approbato. Entraves Jurídicos à Realização da Justiça. In: WALD, Arnaldo (Org.). **O Direito Brasileiro e os Desafios da Economia Globalizada.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Futuro da Justiça: Alguns Mitos. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 99, 2000.

MORELLO, Augusto Mario. El Conocimiento de los Derechos como Presupuesto de la Participación (El Derecho a la información y la realidad Social). In: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, WATANABE, Kazuo, (coords.). **Participação e Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NEVES, Nilson. Entraves Jurídicos à Realização da Justiça. In: WALD, Arnaldo (Org.). **O Direito Brasileiro e os Desafios da Economia Globalizada.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, Poder, Justiça e Processo: julgando os que nos julgam.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice.** O social e o político na pós-modernidade. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p.167

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

SOUZA, Wilson Alves de. **Sentença Civil Imotivada.** Caracterização da sentença civil imotivada no direito brasileiro. Salvador: JusPODIVM, 2008.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, WATANABE, Kazuo, (coords.). **Participação e Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.130-132.

ZANETI JR., Hermes. Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual). in: DIDIER JR., Fredie, (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.

- 1 Cabe alertar que as considerações realizadas neste trabalho dizem respeito à chamada jurisdição contenciosa.
- 2 Já diria Cappelletti: “Não é necessário ser sociólogo de profissão para reconhecer que a sociedade (podemos usar a ambiciosa palavra: civilização?) na qual vivemos é uma sociedade ou civilização de produção em massa, bem como de conflitos ou conflituosidades de massa (em matéria de trabalho, de relação de classes sociais, entre religiões, etc.)”, (CAPPELLETTI, Mauro. *Formações Sociais e Interesses Coletivos* diante da Justiça Civil. In: **Revista de Processo**. V. 2, n. 5, p. 128-159. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-mar 1977, p. 130).
- 3 Paulo Bonavides explica que os direitos de terceira geração ou dimensão não se destinam especificamente à proteção dos interesses dos indivíduos. Todavia, são direitos ligados a solidariedade humana, dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade. Tem primeiro por destinatário o gênero humano em si mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como um valor supremo em termos de existencialidade concreta. Engendraram-se da reflexão sobre temas vinculados ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum a humanidade. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003).
- 4 Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, o vocábulo “dimensão” substitui o termo “geração” com certa vantagem lógica e qualitativa, haja vista que essa última expressão induz a ideia de sucessão cronológica e suposta caducidade dos direitos de gerações antecedentes, o que não se observa em verdade. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005).
- 5 ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. O Anteprojeto de Lei Sobre a Repercussão Geral dos Recursos Extraordinários. In: **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, n. 129, nov. 2005, p. 108-131.
- 6 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 198, v. 1.
- 7 Idem, p. 198-199.
- 8 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. In: NORTHFLEET, Elen Gracie (Trad.). **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p.12.
- 9 Em referência a essa preocupação, Eliane Botelho Junqueira assevera que os motivos que despertaram o interesse brasileiro, no início dos anos 80, para a temática do acesso à justiça, não se pautou tanto no movimento internacional de ampliação do acesso à Justiça, senão no processo político e social da abertura política e, em particular, na emergência do movimento social que então se inicia no país. JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, n. 18, 1996. Disponível em <<http://www.cpdoc.fgv.br/revista/arq/201.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2009.
- 10 SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice**. O social e o político na pós-modernidade. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p.167
- 11 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 34-35. Para Mauro Cappelletti, em verdade, são três obstáculos relacionados ao processo a serem superados: o primeiro é o obstáculo econômico (verificado através da pobreza das pessoas que, por motivos econômicos, não tem acesso à informação e à representação adequada); o segundo diz respeito ao obstáculo organizacional (dificuldade de acesso à Justiça); por fim, o último obstáculo processual relacionado ao fato de que, “em certas áreas ou espécies de litígios, a solução normal – o tradicional processo litigioso – pode não ser o melhor caminho para ensejar a efetiva vindicação de direitos. Aqui, a busca há de visar reais alternativas (*stricto sensu*) aos juízos ordinários e aos procedimentos usuais”. (CAPPELLETTI, Mauro. Os meios alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 326, 1994, p.125.)
- 12 Particularmente no tocante a discriminação dos óbices ao acesso à justiça Mauro Cappelletti, talvez o maior estudioso do tema, reconhece a existência de três específicos obstáculos aos acesso à justiça. Em tradução livre, explica o autor: “Uma primeira onda é aquela que tenta superar os obstáculos representados pela pobreza, com intervenção intensa do Estado de forma a que se faça atuar com efetividade a assistência judiciária aos pobres, enquanto em um segundo obstáculo que tentam superar é mais complexo e articulado. Trata-se aqui de fato de tornar acessível à tutela jurisdicional aqueles direitos e interesses que emergem

- como particularmente importantes, e especialmente vulneráveis na sociedade industrial moderna, tais como aqueles dos consumidores, aqueles atinentes à proteção contra a destruição do ambiente, e em geral aqueles da coletividade, categorias ou grupos não organizados ou dificilmente organizáveis. Estes direitos e interesses são freqüente e excessivamente fragmentados e difusos para que se possa recorrer através da forma tradicional – típica do processo entre duas partes – de procedimento e tutela jurisdicional. (...) É aqui que se apresenta a terceira e mais recente, mas ainda mais complexa e talvez, potencialmente, mais grandiosa onda no movimento mundial por um direito e uma justiça mais acessível. Tal onda de reforma, que quase em todo lugar se encontra em uma fase ainda inicial e experimental e que somente sobre uma análise superficial pode aparecer em contraste com as outras duas, traduz-se em múltiplos esforços objetivando ao perseguimento de fins variáveis, mas por diversos modos conexos. Entre estes fins emergem: (a) aquele que de estabelecer procedimentos mais acessíveis enquanto mais simples e racionais, mais econômicos, eficientes e especializados para certo tipo de controvérsias; (b) o fim de promover e fazer acessível um tipo de justiça que em outro lugar já havíamos definido como coexistencial, baseada na conciliação e mediação, e no critério de equidade social distributiva, enquanto seja importante cuidar de situações complexas e duradouras de correlação entre indivíduos e grupos, ao invés de simplesmente definir (trancher) uma posição isolada, com rígidos critérios jurídicos de ‘erros’ ou ‘acertos’ essencialmente voltado ao passado; (c) o fim de submeter a atividade pública a formas, muito mais novas e comumente mais alargadas e acessíveis, de controle, e em geral de criar formas de justiça mais acessíveis enquanto mais descentralizadas e participativas, com a participação, em particular, dos membros desses mesmos grupos sociais e comunitários que são diretamente interessados na situação ou controvérsia em questão, e que dessa situação ou controvérsia são particularmente conhecedores”. Para conferência com o original, importante é a transcrição do trecho de seu artigo: “Una prima <<ondata>> è stata quella che ha tentato di superare gli ostacoli rappresentati dalla povertà, con interventi dello Stato intesi ad attuare forme più efficaci di assistenza giudiziaria per i poveri, mentre in una seconda <<ondata>> gli ostacoli che si è cercato di superare sono stati più complessi e articolati. Si è trattato qui infatti di rendere accessibile la tutela giurisdizionale di quei diritti e interessi che sono emersi come particolarmente importanti, e specialmente vulnerabili, nelle società industriali moderne, quali quelli dei consumatori, quelli attinenti alla protezione contro l’inquinamento dell’ambiente, e in generale quelli di collettività, categorie e gruppi non organizzati o difficilmente organizzabili. Questi diritti e interessi sono spesso troppo <<frammentati>> e <<diffusi>> perché si possa ricorrere alle forme tradizionali – tipiche del <<processo a due parti>> – di procedura e di tutela giurisdizionale. (...) E qui che si prospetta la terza e più recente, ma anche più complessa e forse, potenzialmente, più grandiosa <<ondata>> nel movimento mondiale per un diritto e una giustizia più accessibili. Tale ondata di riforme, che quasi dovunque si trova in una fase tuttora iniziale e sperimentale e che solo ad un’analisi superficiale può sembrare in contrasto con le altre due, si traduce in molteplici tentativi intesi al perseguimento di fini svariati, ma fra di loro in vario modo connessi. Tra questi fini emergono: (a) quello di stabilire procedure più accessibili in quanto più semplici e razionali, più economiche, efficienti e specializzate per certi tipi di controversie; (b) il fine di promuovere e rendere accessibile un tipo di giustizia che altrove abbiamo definito <<coesistenziale>>, basata cioè sulla conciliazione e mediazione e su criteri di equità sociale distributiva, laddove sia importante <<curare>> situazioni complesse e durature di rapporti tra individui e gruppi, anziché semplicemente definire (<<trancher>>) un rapporto isolato, con rigidi criteri giuridici di <<torto>> e di <<ragione>> essenzialmente rivolti al passato; (c) il fine di sottoporre l’attività pubblica a forme, spesso nuove e comunque più allargate e accessibili, di controllo, e più in generale di creare forme di giustizia più accessibili in quanto più decentrate e <<participatorie>>, con la partecipazione, in particolare, di membri di quegli stessi gruppi sociali e comunità che sono direttamente interessati alla situazione o controversia in questione, e che di questa situazione o controversia sono particolarmente consapevoli.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Accesso Alla Giustizia come Programma di Riforma e come Metodo di Pensiero. Rivista di Diritto Processuale*, v. 37, série II. Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1982, p. 239-243).
- 13 “De qualquer forma, torna-se claro que os altos custos, na medida em que uma ou ambas as partes devam suportá-los, constituem uma importante barreira ao acesso à justiça. (...) Causas que envolvem somas relativamente pequenas são mais prejudicadas pela barreira dos custos. Se o litígio tiver de ser decidido por processos judiciários formais, os custos podem exceder o montante da controvérsia, ou, se isso não acontecer, podem consumir o conteúdo do pedido a ponto de tornar a demanda uma futilidade.” (CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 18-19)
- 14 “El acceso cierto a la información constituye la verdadera entrada a la posición o emplazamiento de cada uno. Es la guía de los derechos con que se cuenta y, fundamentalmente, de sus límites. De lo que puede usarse y ejercerse, o reclamarse de aquello otro que, por ser abusivo o disfuncional, deja de merecer la

- sombrilla protectora del Derecho. Y lamentablemente de cuanto, por ignorancia o desconocimiento, no se ejerce, reclama ni protege.”, (MORELLO, Augusto Mario. El Conocimiento de los Derechos como Presupuesto de la Participación (El Derecho a la información y la realidad Social). In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo, (coords.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.166).
- 15 “Interesses ‘difusos’ são interesses fragmentados ou coletivos tais como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor. O problema básico que eles apresentam – a razão de sua natureza difusa – é que, ou ninguém tem direito de corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação.(...) Consequentemente, a demanda individual pode ser de todo ineficiente para obter o cumprimento da lei.” (CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 26-27)
- 16 “Ora, se o processo jurisdicional deve refletir o Estado Democrático de Direito, a idéia básica do processo deve ser a de garantir aos interessados uma participação efetiva no procedimento que vai levar à edição da decisão.”, (MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 251).
- 17 Nas palavras de Paulo Henrique dos Santos Lucon, o devido processo legal substancial diz respeito “à limitação imposta ao exercício do poder e autoriza ao julgador questionar a razoabilidade de determinada lei e a justiça das decisões estatais, estabelecendo o controle material da constitucionalidade e da proporcionalidade.”, (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. In: DIDIER JR., Fredie, (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 382). Sobre devido processo legal substancial são interessantes as palavras de Luiz Flávio Gomes: “O princípio do devido processo, sob este prisma substancial, como se vê, constitui valioso instrumento de controle da atividade pública, principalmente da legislativa. A lei deve ser elaborada não só consoante o devido procedimento legislativo (aspecto formal), senão sobretudo conforme o valor ‘justiça’ (aspecto substancial), que vem retratado na Constituição assim como no Direito humanitário internacional. Uma lei que não atenda para a razoabilidade (*reasonableness*) é inconstitucional, por ferir a cláusula (substantiva) do *due process*. E cabe ao Poder Judiciário, desde que foi concebido o *judicial review of legislation*, a tarefa de aferir a ‘justiça’ (razoabilidade) da lei”. (GOMES, Luiz Flávio. Estado Constitucional e Democrático de Direito e o Devido Processo Criminal. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira, (coords.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 534).
- 18 “Tão odiosa quanto a violação escancarada das garantias fundamentais constitucionais (por meio de criação de regras que proíbam o acesso à justiça) é a erosão sub-reptícia dessa garantia, pela criação de obstáculos que, por via transversa, inviabilizam a satisfação desse direito ou pelo oferecimento de proteção que deixa abertamente exposto o direito fundamental à violação. É nesse contexto que se insere a cláusula da proibição de proteção deficiente. (...) Se, a partir do direito fundamental de acesso à Justiça, é imposto ao Estado o dever de prestar tutela adequada, efetiva e tempestiva a qualquer espécie de direito, então é evidente que não se pode admitir que a organização estatal (seja por meio da legislação, seja pela atuação jurisdicional) ofereça proteção inadequada ou insuficiente a *qualquer espécie de pretensão exposta em juízo*.”, ARENHART, Sérgio Cruz. Ainda a (Im)Penhorabilidade de Altos Salários e Imóveis de Elevado Valor: ponderação sobre a crítica de José Maria Tesheiner. **Text.pro**. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br>>. Acesso em: 10 ago. 2009.
- 19 Digno notar que tal raciocínio somente se aplica ao chamados direito a uma prestação, também conhecidos como direitos subjetivos. Cf. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Execução. Salvador: Juspodivm, 2009, p.25-28.
- 20 “Consequentemente, o acesso não deve ser visto apenas como um direito fundamental, mas também como o ideal central do moderno direito processual, razão pela qual o legislador tem se preocupado em dotar o sistema processual de novos instrumentos capazes de viabilizar esse acesso de forma mais rápida e efetiva”. (ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Acesso à Justiça e Efetividade do Processo: a ação monitoria é um meio de superação dos obstáculos?** Curitiba: Juruá, 2001, p.42)
- 21 A título exemplificativo, tratando especificamente da assistência jurídica, Campilongo explica que em verdade, a “assistência legal” ou “assistência jurídica” foi concebida, inicialmente, como método de redução de conflitos, através do aconselhamento legal. Segundo o professor, “o papel do advogado (...) seria o de trazer o cliente de volta para a realidade, demonstrar a inconsistência de sua pretensão e reforçar a ‘lei e a ordem’”. (CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Acesso à Justiça e Formas Alternativas de Resolução de Conflitos: Serviços legais em São Bernardo do Campo**. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, n. 315, 1991, p. 09).
- 22 Apesar de esse estudo encontrar-se restrito a uma breve análise do fenômeno Brasileiro de superação dos obstáculos do acesso à justiça, para uma visão mais global acerca do tema, pertinente é o testemunho de Boaventura de Souza Santos: “As lutas sociais a que fiz referência aceleraram a transformação do Estado



liberal no Estado-Providência, um Estado activamente envolvido na gestão dos conflitos e concertações entre classes e grupos sociais, e apostado na minimização possível das desigualdades sociais no âmbito do modo de produção capitalista dominante nas relações económicas. A consolidação do Estado-Providência significou a expansão dos direitos sociais e, através deles, a integração das classes trabalhadoras nos circuitos de consumo anteriormente fora do seu alcance.

“Esta integração, por sua vez, implicou que os conflitos emergentes dos novos direitos sociais fossem constitutivamente conflitos jurídicos cuja dirimição caberia em princípio aos tribunais, litígios sobre a relação de trabalho, sobre a segurança social, sobre a habitação, sobre os bens de consumo duradouros, etc., etc. Acresce que a integração das classes trabalhadoras (operariado e nova pequena burguesia) nos circuitos de consumo foi acompanhada e em parte causada pela integração da mulher no mercado de trabalho, tornada possível pela expansão da acumulação que caracterizou este período. Em consequência, o aumento do conjunto de rendimentos familiares foi concomitante com mudanças radicais nos padrões do comportamento familiar (entre cônjuges e entre pais e filhos) e nas próprias estratégias matrimoniais, o que veio a constituir a base de uma acrescida conflitualidade familiar tornada socialmente mais visível e até mais aceite através das transformações do direito de família que entretanto se foram verificando. E esta foi mais uma causa do aumento de litígios judiciais.

“De tudo isto resultou uma explosão de litigiosidade à qual a administração da justiça dificilmente poderia dar respostas. Acresce que esta explosão veio a agravar-se no início da década de 70, ou seja, num período em que a expansão económica terminava e se iniciava uma recessão, para mais uma recessão com carácter estrutural. (...) Uma situação que dá pelo nome de crise financeira do Estado e que, por isso, se repercutiu também na incapacidade do Estado para expandir os serviços de administração da justiça de modo a criar uma oferta de justiça compatível com a procura entretanto verificada.” (SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p.165-166).

23 GIDI, Antônio. *Las Acciones Colectivas y la Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales en Brasil*. Un modelo para países de derecho civil. Cidade de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 48.

24 *Ibid.*, Loc. Cit.

25 Tentando dar solução ao problema, aduzem Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. que: “De fato, não há previsão para a suspensão do procedimento das ações individuais, salvo a requerimento do indivíduo-autor, que ficaria à espera do resultado da ação coletiva. Sucede que a jurisprudência poderia, de maneira criativa, dando concreção aos direitos fundamentais da efetividade da tutela jurisdicional, da duração razoável do processo e da segurança jurídica, encaminhar-se no sentido de reconhecer como de interesse público (...) a suspensão das ações individuais, se pendente ação coletiva que versa sobre direitos individuais homogêneos. Trata-se de solução já existente no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade (art. 21 da Lei Federal nº. 9.868/1999) e no âmbito do controle de constitucionalidade difuso exercido perante os Juizados Especiais Federais (art.14, §5º da Lei Federal nº 10.259/2001, regulado pelo art. 321, § 5º, I, do Regimento Interno do STF).”, (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo Coletivo. Salvador: Juspodivm, 2007, p.186-187). Nesse sentido cabe atentar para a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça: “RECURSO ESPECIAL Nº 1.110.549 - RS (2009/0007009-2) RELATOR : MINISTRO SIDNEI BENETI EMENTA RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. MACRO LIDE. CORREÇÃO DE SALDOS DE CADERNETAS DE POUPANÇA. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE. 1.- Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva. 2.- Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 8.5.2008). 3.- Recurso Especial improvido.”

26 DIDIER JR; ZANETI JR, op. cit., p. 79.

27 “A esse fenómeno, outro, de ainda maior importância, ocorreu: a conscientização, ampliada a todas as camadas da população, de que o Judiciário existe para assegurar os direitos do cidadão, a serem exercitados em face de outros cidadãos, da sociedade e do próprio Poder Público. Esse fenómeno, de inampliável significação, teve como conseqüência a busca no Judiciário, da realização do direito pretendido, o que tem sido mais e mais propiciado aos cidadãos, com as facilidades de acesso à justiça que lhes têm sido dadas, atendendo a todos os que se sentem ameaçados ou atingidos em direito seu e procuram defesa ou efetivação.” CORRÊA, Oscar Dias. Breves Ponderações sobre a Crise do Poder Judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 98, 2000, p.156.

- 28 “O ‘novo’ não significa tanto a utilização de canais inéditos de solução de conflitos jurídicos ou o recurso a um vago ‘direito alternativo’, informal e extra-estatal. O ineditismo está assentado no dado fundamental de que setores populares, antes praticamente alijados ou ignorados na arena judicial, vão crescentemente marcando sua presença e ocupando espaços políticos-jurídicos antes vazios.”, (CAMPILONGO, Celso Fernandes. Acesso à Justiça e Formas Alternativas de Resolução de Conflitos: Serviços legais em São Bernardo do Campo. **Revista Forense**, n. 315. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p.14). Para Campilongo, a aludida conscientização ocorreu de maneira paradoxal no Brasil. Segundo o autor, existiria, nada obstante pendente de uma melhor comprovação empírica, um sentimento difuso de que a população pobre percebe os direitos sociais e coletivos com maior facilidade do que os direitos individuais. Desta forma, inverter-se-ia o natural desenvolvimento da consciência popular sobre os direitos, na medida em que a população percebe claramente típicos do século XX (direito transindividuais), sem um prévia consolidação do respeito aos direitos individuais. *Ibid.*, p.16.
- 29 CORRÊA, op. cit., p. 156.
- 30 WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo, (coords.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.130-132.
- 31 CORRÊA, op. cit. p.156.
- 32 Nesse sentido, Cf. CAMPILONGO, op. cit., p. 07.
- 33 Talvez por desabafo, assevera o Wilson Alves de Souza: “Ocorre que esta mesma sociedade exige do juiz brasileiro, em regra, uma imensa e fatigante carga de trabalho, na medida em que no Brasil as políticas públicas de justiça e segurança continuam relegadas a segundo plano. Resultado disso é que cada vez mais os juízes prolatam decisões com fundamentos sucintos, com erros de fundamentação e até mesmo desprovidas de fundamentação.” (SOUZA, Wilson Alves de. **Sentença Civil Imotivada**. Caracterização da sentença civil imotivada no direito brasileiro. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 19.) Ada Pellegrini Grinover aponta os seguintes fatores para a crise do poder judiciário: “A sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da Justiça, certa complicação procedimental, a mentalidade do juiz, que deixa de fazer uso dos poderes que os códigos lhe atribuem, a falta de informação e a orientação para os detentores dos interesses em conflito e as deficiências do patrocínio gratuito”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. São Paulo: Forense Universitária, 1990, p.217)
- 34 CAMPILONGO, op. cit., p.11.
- 35 Para Calmon de Passos, a crise do poder judiciário decorre da crise do próprio Estado, na medida em que, “O futuro deu-me ganho de causa, porquanto vivemos, hoje, o clímax da crise de nosso irrealismo constitucional. Não constitui objetivo deste trabalho a avaliação crítica de nosso pacto básico. Nem afirmo que apenas no particular da disciplina da função jurisdicional pecaram gravemente os constituintes de 1988. A crise é do Estado, como um todo, do modo como foi institucionalizado [...]. A meu ver, [...] um amontoado de equívocos nos levou à grave conjuntura com que nos deparamos, contribuindo para o descrédito dos magistrados, agravando a crise da governabilidade existente, tornando ainda a atividade dos operadores do Direito algo decepcionante e desgastante para os que a ela se dedicam com fidelidade ao que realmente deve ser [...]” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, Poder, Justiça e Processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.108)
- 36 “Já é por demais sabido que os problemas do Judiciário não são conjunturais. Algumas mazelas, se assim podemos chamar os males que afligem o Poder Judiciário, têm berço cultural, a exemplo da necessidade de se utilizar de maneira exclusiva as vias judiciais para solução dos mais simples conflitos de interesses, além do conhecido excessivo número de recursos existentes de natureza adjetiva, e do excesso de formalismo nos atos processuais.”, (MACHADO, Rubens Approbato. **Entraves Jurídicos à Realização da Justiça**. In: WALD, Arnaldo (org.). **O Direito Brasileiro e os Desafios da Economia Globalizada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p.141).
- 37 “Ora, no início do século passado (cerca dos anos 1920), já falava Carlos Maximiliano da necessidade de aliviar o Supremo ‘do excesso de trabalho, de que não dá conta.’”, (NEVES, Nilson. **Entraves Jurídicos à Realização da Justiça**. In: WALD, Arnaldo (org.). **O Direito Brasileiro e os Desafios da Economia Globalizada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p.134).
- 38 DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 54. Segundo Hermes Zaneti Jr., “o processo, não sua perspectiva constitucional, abarcando o conceito de princípios, regras e postulados, deve atuar para realização dos direitos fundamentais e não pode ficar restrito, manietado, por uma pré-compreensão do direito. Continuarão existindo dois planos distintos, direito processual e direito material, porém a aceitação desta divisão não implica torná-los estanques, antes imbricá-los pelo ‘nexo de finalidade’ que une o instrumento ao objeto sobre o qual labora. Da mesma maneira que a música produzida pelo instrumento de quem lê a partitura se torna viva, o direito objetivo,



- interpretado no processo, reproduz no ordenamento jurídico um novo direito. Tal é a teoria circular dos planos.”, (ZANETI JR., Hermes. Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual). in: DIDIER JR., Fredie, (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, p.304).
- 39 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. Influência do Direito Material sobre o Processo. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 17.
- 40 Segundo afirma Perez Luño, em sua dimensão objetiva (*significación axiológica objetiva*), os direitos fundamentais expressam o resultado do acordo básico e essencial das diferentes forças sociais, obtido a partir de relações de tensão dos consequentes esforços de cooperação encaminhados em vista da obtenção de metas comuns. Com o passar do tempo, os direitos fundamentais, deixando de ser meros limites ao exercício do poder político, assumem o papel de conjunto de valores ou fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos. LUÑO, Antônio Enrique Perez. **Los Derechos Fundamentales**. 9. ed. Madri: Tecnos, 2007, p.20-21.
- 41 “Tenho criticado mais de uma vez o erro dos que desdenham por questão de princípio reformas legislativas, entendendo que nada adianta modificar a norma. Se assim fosse, do mesmo jeito que não nos daria motivo de alegria a adoção de reforma boa, não precisaríamos preocupar-nos ante a ameaça de reforma ruim: tanto uma como outra deixariam as coisas exatamente onde estavam. Agora, no entanto, desejo equilibrar os pratos da balança, denunciando o erro oposto: a crença simplista de que, alterando a redação de um artigo ou introduzindo-lhe novo parágrafo, se pode dar como solucionado um problema da vida jurídica. A norma, vale sublinhar, nem é impotente, nem onipotente.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Futuro da Justiça: Alguns Mitos. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 99, 2000, p.148).
- 42 Nesse sentido leciona Marcelo Neves, pautando-se nas lições de Luhmann, que: “Esse caráter cognitivo de sistema constitucional expressa-se explicitamente através do procedimento específico de reforma constitucional, mas também se manifesta no decorrer do processo de concretização constitucional. Não se trata, por conseguinte, de uma hierarquização absoluta. Principalmente as leis ordinárias e as decisões dos tribunais competentes para questões constitucionais, que em uma abordagem técnico-jurídica constituem direito infraconstitucional, determinam o sentido e condicionam a validade das normas constitucionais.”, (NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p.72).
- 43 “A grande massa de processos que afluem aos tribunais, elevando sobremaneira o número de demandas e atravancando a administração da justiça, é constituída em grande parte por causas em que se discutem e se reavivam questões de direito repetitivas. (...) O legislador brasileiro avançou, no plano constitucional e infraconstitucional, apresentando soluções por intermédio de técnicas de tratamento dos processos repetitivos, que são as seguintes: a – criação da súmula vinculante do STF; b – aferição, por amostragem, da repercussão geral da questão constitucional perante o STF, aplicando-se a decisão da Corte aos demais processos; c – julgamento de recursos especiais, por amostragem, objetivando negar seguimento a recursos sobre a mesma tese de direito; d – súmula de jurisprudência dominante, impeditiva de recursos; e – julgamento de mérito pelo juiz de primeiro grau, antes mesmo da citação do réu.”, (GRINOVER, Ada Pellegrini. O Tratamento dos Processos Repetitivos. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro; LAUAR, Maria Terra, (coords.). **Processo Civil: Novas tendências**. Estudos em homenagem ao professo Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.1-2).
- 44 Por óbvio não se pode resumir todos os problemas que assolam o judiciário nacional à existência dos processos repetitivos, frutos dos conflitos de massa. Isso seria uma grande falácia. Nada obstante, cumpre salientar que estes problemas foram e são agravados em razão das causas repetitivas que invadem o judiciário nacional todos os dias, e disso ninguém duvida. Já asseverou Oscar Dias Corrêa: “E o trabalho do Judiciário se multiplica, pois tendo de analisar caso a caso, para verificar a lei que se lhe aplica, perde-se na enxurrada de textos que se amontoam sobre a mesma matéria, tratando-as diversamente. Isso conduz à multiplicação dos feitos iguais, vale dizer, subordinados à mesma tese jurídica, regulados pelo mesmo texto de lei, mas que, propostos em juízos diferentes, podem ter soluções diversas, o que ainda mais dificulta a solução do problema.”, (CORRÊA, Oscar Dias. Breves Ponderações sobre a Crise do Poder Judiciário. **Revista de Processo**, n.98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.155-156).
- 45 WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo, (coords.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.128.
- 46 Como é de amplo conhecimento, não é o tribunal superior que julga todos os recursos, em que pese na prática os efeitos serem muito semelhantes. Em apertada síntese, caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao STF ou STJ, conforme o caso. Em regra, sobrestão-se os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. E esta decisão influirá na solução de todos os demais processos sobrestados.

## ACCESS TO JUSTICE: A BRAND-NEW ASSESSMENT EMERGING AFTER THE NOTION OF REPETITIVE LAWSUITS

### ABSTRACT

The Law watches a continual conflicts' standardization in an even more standardized and fragmented society. The Judiciary, from which act is claimed, is trying to be able to solve these (inexistent or unacceptable before) conflicts. Step by step, Access to Justice as a guarantee shows up, nonetheless it's sounds contradictory: less-restricted access besides unadjusted administrative structure. In such case, the new ideas about standardized conflicts solutions are changing the Access to Justice's profile.

**Keywords:** Procedural Law. Access to Justice. Conflicts of Mass. New Reading of Access to Justice's profile.

# O PREENCHIMENTO DOS CONCEITOS INDETERMINADOS NOS TIPOS DISCIPLINARES: CONSIDERAÇÕES SOBRE UNIFORMIZAÇÃO, REGIME DE SUJEIÇÃO ESPECIAL E DISCRICIONARIEDADE

*Tércio Aragão Brilhante\**

## RESUMO

Os tipos administrativos disciplinares, por vezes, são vazados em termos legais sem alto grau de densificação. Essa técnica legislativa é conhecida como conceitos administrativos indeterminados (de forma mais geral) ou tipos abertos (de forma mais específica). Este trabalho visa analisar, após apresentar o estado atual em que se encontra a atuação prática da matéria disciplinar no âmbito da administração pública federal, como se dá o preenchimento desses tipos na aplicação das penalidades disciplinares, enfocando os temas da uniformização de entendimentos, da existência ou não de discricionariedade nessa tomada de decisão e da eventual influência da idéia de regime especial de sujeição.

**Palavras-chave:** Conceitos indeterminados. Penalidades disciplinares. Discricionariedade.

## 1 INTRODUÇÃO

Está em curso, no Brasil, uma significativa mudança na persecução e punição de servidores públicos federais que tenham cometido faltas administrativas previstas no regime disciplinar da Lei n.º 8.112/90. Conforme relatório de acompanhamento das punições expulsivas, produzido pela Corregedoria-Geral da União, de janeiro de 2003 a dezembro de 2010, foram punidos com demissão 2.544 servidores<sup>1</sup>.

Ainda de acordo com os dados oficiais, se somarmos o número de demissões aos números referentes às outras duas espécies de penalidade máxima ou expulsiva prevista na Lei n.º 8.112/90<sup>2</sup> – cassação de aposentadoria e destituição de cargo em comissão –, o número de punições passa para 2.969. Dessarte, em relação ao período de oito anos compreendidos entre janeiro de 2003 e dezembro de 2010, os números de penalidades expulsivas aplicadas a servidores públicos federais atingem a média de 30.92 punições por mês. Ou seja: pouco mais de uma pessoa punida por dia.

\* Mestre em Direito Constitucional (UNIFOR). Professor de Hermenêutica e aplicação do Direito da Faculdade Christus. Procurador Federal.

Os ilícitos administrativos mais comuns, dentre aqueles que ensejaram a aplicação de penalidade máxima são: I) valer-se do cargo para lograr proveito próprio ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública (art. 117, IX, da Lei n.º 8.112/90), com 1.579 punições; e II) improbidade administrativa (art. 132, IV, da Lei n.º 8.112/90), com 933 punições. Valimento do cargo e improbidade, enfim, são os ilícitos administrativos mais comuns, correspondendo a 53.26% do total de punições.

Esse contexto fático surpreendente - um servidor público ou aposentado expulso dos quadros ou do regime especial de previdência por dia - justifica a relevância dos estudos direcionados à análise dos fenômenos jurídicos envolvidos. Neste trabalho, se escolheu enfocar a questão da tipicidade aberta e seu preenchimento. Não são todos os tipos disciplinares enumerados pela Lei n.º 8.112/90 que se encontram vertidos em fórmulas conceituais abertas. Todavia, essa é uma característica recorrente nessa espécie de punição. Os dados oficiais, acima mencionados, demonstram que são improbidade administrativa e valimento do cargo os tipos ensejadores do maior número de punições expulsivas. Esses dois tipos são exemplos escolares de conceitos indeterminados no âmbito do direito administrativo.

A questão da abertura dos tipos será trabalhada levando em consideração seu preenchimento ao tempo da aplicação, tendo por motes principais a busca pela necessária uniformização, já por meio da atuação administrativa; a presença ou a ausência de discricionariedade e o tema do regime de sujeição especial.

## 2 CONCEITOS INDETERMINADOS: BREVES CONSIDERAÇÕES

Os conceitos indeterminados devem ser preenchidos ao tempo da atuação administrativa por meio de interpretação, e não por meio da aferição de componentes como oportunidade e conveniência. E, se é de interpretação que se está a tratar, fica claro que o processo decisório pode desaguar em mais de uma solução, notadamente se o ferramental normativo vier veiculado por ambigüidades e vagezas.

Interpretação não se confunde com discricionariedade, ao menos se o termo estiver a ser utilizado nos parâmetros aqui propostos. O preenchimento dos conceitos indeterminados pode encerrar discricionariedade, escolha. Mas, essa escolha será informada, conduzida e, posteriormente, analisada sob os aspectos interpretativos e pelos elementos do caso concreto, e não sob aspectos de conveniência e oportunidade.

Destarte, se aproxima deveras daquilo que escreveu García de Enterría,<sup>3</sup> para quem o processo de aplicação dos conceitos indeterminados é um processo regrado, informado por questões e estimativas de ordem jurídica, não afeto a qualquer decisão discricionária.

### 3 CONCEITOS INDETERMINADOS, TIPICIDADE ABERTA E A NECESSÁRIA E BENFAZEJA UNIFORMIZAÇÃO

Os tipos disciplinares abertos são veiculados por conceitos indeterminados. Existem, pelo menos duas decisões judiciais que, expressamente, adotam referido posicionamento. Cuidam-se do acórdão proferido, pelo Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança n.º 24.699, Primeira Turma, Relator Ministro Eros Grau, DJU de 01/07/2006 e do acórdão proferido, pelo Superior Tribunal de Justiça, nos Embargos de Declaração no Mandado de Segurança n.º 12.689, Terceira Seção, Relator Ministro Felix Fischer, DJe de 18/03/2008.

Este segundo aresto merece menção especial, nomeadamente pelas considerações que teceu sobre a impossibilidade de a Administração Pública possuir uma orientação interpretativa prévia sobre temas que envolvam conceitos indeterminados. Eis a ementa do julgado:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. TIPIFICAÇÃO: PREVALECIMENTO ABUSIVO DA CONDIÇÃO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO. CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO.

I- A infração disciplinar consistente em o servidor público 'prevaler-se, abusivamente, da condição de funcionário policial' (43 e inciso XLVIII da Lei nº 4.878/65) encerra um conceito jurídico indeterminado, o qual deve ser interpretado a partir dos elementos de cada caso concreto. Descabe, portanto, interpretação apriorística acerca do juízo de aplicação.

II- Na espécie, a caracterização da condição abusiva de funcionário público independia da obtenção de vantagem ilícita.

Embargos declaratórios acolhidos sem efeito infringente.

No caso, a interpretação apriorística afastada constava de parecer emitido pela Consultoria-Geral da República, órgão responsável pelo assessoramento jurídico do Presidente da República, antes da criação da Advocacia-Geral da União. Os pareceres desse órgão eram de seguimento obrigatório pelos órgãos da Administração Pública Federal, em casos de aprovação pelo Presidente, assim como hoje o são os pareceres da Advocacia-Geral da União.<sup>4</sup>

O posicionamento adotado pelo acórdão do Superior Tribunal de Justiça não se afigura o mais adequado. Até mesmo porque não encerra quaisquer considerações sobre a correção ou incorreção da orientação. Fundamentou-se, tão somente, no fato de que os conceitos indeterminados só podem ser entendidos em cada caso concreto. Esse argumento é incorreto por excesso. Decerto que as circunstâncias do caso concreto contribuem para a escolha da solução adequada ao tempo da decisão administrativa. Todavia, a existência de orientações veiculadoras de opiniões institucionalizadas sobre determinado preceito normativo não negam a análise dos elementos fáticos do caso concreto. Tais orientações prestam louvor à harmonia e à coerência

orgânica das decisões administrativas e visam à isonomia de tratamento e à segurança jurídica.

O argumento da decisão é contrário a toda e qualquer forma de uniformização, pois defende a impossibilidade de entendimento de dispositivos abertos sem o caso concreto. Tópico em demasia, o aresto acaba por olvidar outros componentes do fenômeno jurídico, propagando a hipostasia do caso concreto.

O julgado acaba sendo contrário às uniformizações provenientes de súmulas do próprio Superior Tribunal de Justiça ou sua jurisprudência consolidada; contra os efeitos vinculantes da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal e contra suas súmulas vinculantes. Especificamente, negou aplicação, à sorrelfa, já que não apresentou fundamentação para isso, dos dispositivos de direito legislado que asseguram força de lei aos pareceres expedidos pelos órgãos de assessoramento jurídico aprovados pelo Presidente da República.

Tomemos, por exemplo, o tipo de improbidade administrativa do art. 132, IV, da Lei n.º 8.112/90.<sup>5</sup> Improbidade administrativa é um conceito amplo, um conceito indeterminado, como classifica Eduardo Garcia de Enterría.<sup>6</sup>

Em 1992, com a promulgação da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92), passou-se a ter uma maior densificação do conceito de improbidade, pois o intérprete/aplicador poderia se socorrer das hipóteses enumeradas na Lei n.º 8.429/92 para motivar a caracterização da falta administrativa.<sup>7</sup>

Para densificar ainda mais o conceito de improbidade a ser utilizado em eventual enquadramento disciplinar, a Advocacia-Geral da União lançou os Pareceres/AGU GQ – 200 e GM – 17, que estabelecem os requisitos de dolo do agente e grau de lesividade para o enquadramento de fatos como cometimento de improbidade administrativa.<sup>8</sup> Entende-se estarem corretos esses opinativos, tanto no que toca à quantificação do dano quanto no que toca à demanda pela presença do dolo.

Quanto a esse elemento volitivo, entende-se ser ele indissociável à caracterização, na seara disciplinar, do enquadramento de alguma conduta na figura delitiva da improbidade administrativa. No regime jurídico disciplinar do servidor público federal, apenas existe uma falta, passível de demissão, que demanda o elemento volitivo culpa. É a desídia, prevista no artigo 117, XV, da Lei n.º 8.112/90. Todas as demais faltas, passíveis de demissão, só se caracterizam como tal se restar identificado o dolo do agente. Admite-se, nesse ponto, a diversidade da seara da persecução administrativa para a seara da persecução judicial do ato de improbidade e isso por conta de expressa disposição legal (Lei n.º 8.429/92), que menciona a existência de atos de improbidade culposos.

Todo esse processo de preenchimento prévio do conceito, que pode e dever servir de norte para a atuação do servidor e das autoridades persecutórias ou punitivas, não seria de qualquer valor, segundo o entendimento veiculado no

aresto do Mandado de Segurança n.º 24.699, Primeira Turma, Relator Ministro Eros Grau, DJU de 01/07/2006 e do acórdão proferido, pelo Superior Tribunal de Justiça, nos Embargos de Declaração no Mandado de Segurança n.º 12.689, Terceira Seção, Relator Ministro Felix Fischer, DJe de 18/03/2008.

#### 4 REGIME DISCIPLINAR E TIPCIDADE ABERTA: CONSIDERAÇÕES SOBRE O REGIME DE SUJEIÇÃO ESPECIAL

Cino Vitta expressamente faz a vinculação entre a responsabilidade disciplinar e a especial sujeição dos servidores públicos: “A responsabilidade disciplinar se aplica a todos que se encontrem em um estado de subordinação especial em virtude de uma particular relação jurídica”.<sup>9</sup> É por essa linha de raciocínio que, no parágrafo seguinte de seu texto, Cino Vitta conclui pela desnecessidade de qualquer regulamentação, seja por lei, seja por regulamento, para a estatuição de tipos disciplinares:<sup>10</sup>

É princípio reconhecido que o fato que pode dar ensanchas à sanção disciplinar, diferentemente daquilo que é estabelecido para as sanções penais, não demanda necessária previsão por fontes de direito, apesar de agora isto estar a ser muito freqüentemente definido em leis e regulamentos; basta, em suma, a transgressão de qualquer das obrigações derivadas da relação para justificar a sanção de que estamos tratando.

O autor italiano, portanto, prega que a transgressão a deveres da relação especial de sujeição é suficiente para a responsabilização disciplinar, sendo desnecessária a previsão de tipos disciplinares em qualquer ‘fonte de Direito’. Francesco D’Alessio, compatriota e contemporâneo de Cino Vitta, comunga das mesmas ideias e da conclusão. Para D’Alessio, a sanção deve estar atrelada a qualquer descumprimento dos deveres funcionais:<sup>11</sup>

Diferentemente daquilo que tratamos sobre a responsabilidade penal, aqui não ocorre um estabelecimento, pela lei, de uma precisa enumeração das faltas, que podem dar ensanchas à responsabilidade disciplinar. A sanção disciplinar corresponde a qualquer violação de um dever de ofício, e como não é possível fazer uma enumeração de todos os deveres de ofício, da mesma maneira não é concebível um código de faltas disciplinares.

Como se percebe, não só juridicamente necessário, mas impossível é, na opinião de D’Alessio, a estatuição legal dos tipos disciplinares, pela impossibilidade de enumeração de todos os deveres funcionais. Mais à frente em sua obra, D’Alessio lança mão de outro argumento utilizado por Vitta: o *Leitmotiv* da desnecessidade de regulação da responsabilidade disciplinar seria o regime de especial sujeição a que se submetem os servidores públicos. O direito de exercer supremacia sobre os que ingressaram nos quadros do Estado seria um direito subjetivo público, e decorreria do estado de sujeição

especial próprio desse ingresso:<sup>12</sup>

[...] um direito subjetivo público do Estado e das demais entidades públicas, um direito de supremacia especial que o Estado e as demais entidades públicas exercitam sobre quem se coloca em um *status specialis subiectionis*, por terem assumido um emprego público.

Esses fundamentos sempre serviram de justificativa à desregulamentação ou à abertura dos tipos na esfera da responsabilização disciplinar dos servidores públicos, bem, como em qualquer esfera na qual se identificava uma ‘relação de especial sujeição’. Mas, em 1972, a Corte Constitucional alemã pontificou a ruína jurídica da teoria das relações de sujeição especial:<sup>13</sup>

[...] muitas vezes, até há pouco tempo, sob indicação da figura jurídica da relação especial de sujeição, foi defendido o ponto de vista de que os direitos fundamentais dos detentos já seriam limitados de um modo geral pela relação jurídica da execução penal. Tratar-se-ia de limitações implícitas que não precisariam ser expressamente estabelecidas em uma lei formal. Contra a concepção tradicional, a opinião [hodierna] – segundo a qual a Grundgesetz, enquanto uma ordem axiológica objetiva com abrangente proteção dos direitos fundamentais, em face de cuja realização todo o poder público estaria obrigado, não permitindo uma proteção *ipso iure* limitada dos direitos fundamentais para determinados grupos de pessoas – pôde impor-se somente em forma paulatina.

Mesmo fulcrado em tão lúcidas considerações, Luís Cabral de Moncada não dá o passo adiante, que se entende como o mais correto a fazer, pois professa que:

[...] A densidade requerida no domínio do direito disciplinar não se compara à que se torna indispensável no domínio do direito penal, em que as exigências de densidade são máximas, mas ainda assim há-de ser alguma, sendo certo que o princípio da legalidade não impõe aqui que a lei esgote completamente a descrição do ilícito e da sanção, podendo estes elementos constitutivos do tipo ser ulteriormente concretizados por regulamento

Neste ponto, calha trazer a lume que o regime disciplinar legislado português adota fórmula ampla para definir infração. Assim, o Decreto-Lei n.º 24, de 16 de janeiro de 1984, por seu artigo 3º, 1, define infração disciplinar como “[...] o facto, ainda que meramente culposos, praticado pelo funcionário ou agente, com violação de algum dos deveres gerais ou especiais decorrentes da função que exerce”.

Os deveres gerais são apresentados no item 4 do mesmo artigo 3º, do Decreto-Lei n.º 24/84. Mas, apesar dessa opção pelas formulações amplas e vinculadas aos deveres funcionais, há a enumeração de alguns tipos específicos, devidamente relacionados com as penalidades. Mesmo nesses casos, não se trata de um fechamento pleno, pois o enunciado das normas sempre se utiliza



da fórmula “são infrações passíveis de tal penalidade, nomeadamente”. O termo “nomeadamente” abre a possibilidade de enquadramento amplo, e remete à fórmula geral de cumprimento dos deveres funcionais.

A Lei n.º 8.112/90, ainda que sem a densidade que entendemos ser a melhor condizente com o estágio do Estado de Direito do século XXI, estabeleceu diversos tipos disciplinares específicos, especialmente no que toca às penalidades atrativas de penalidade demissória, conforme enumeração de seu artigo 132. Afastou-se, portanto, a legislação brasileira da abertura ampla, amplíssima que caracteriza a tradição europeia, fortemente vinculada à ideia mesma de sujeição dos servidores a um regime especial, em que a desregulação e a discricionariedade nas decisões são a tônica.

É racional, razoável, e quase que instintivamente identificável, a erronia de uma teoria que enquadra, sob o mesmo regime, atores sociais tão diversos quanto estudantes, servidores públicos e presidiários. A sujeição não é especial, e sim legal.

Se não houve, por ato do Poder Legislativo, a reprovação normativa expressa de determinada conduta, é autorizado a deduzir que a sociedade não está a isso demandar. O silêncio do Legislativo, a ausência de tipificação, podem significar uma eloquência ímpar. Mais uma vez, entende-se que se deve se despir da visão normativista, muito negada, tão presente. Afinal, reconhecer a impossibilidade de regulação legal da totalidade dos ilícitos da vida funcional e se escorar no emboorado conceito de relação de sujeição especial é ter a pretensão dessa totalidade, sem querer, para exercitá-la, pagar o preço do jogo democrático.

Claro que não se é cândido a ponto de se acreditar que a morte das ideias dos tipos abertos disciplinares e das relações de sujeição especial impliquem o pleno fechamento das descrições das faltas administrativas. Esse fechamento não ocorre sequer na esfera criminal, vide os elementos normativos do tipo. Não é essa a pretensão. Não se tem essa veleidade.

Todavia, como a ideia precede e orienta a ação, acreditamos que se partirmos da necessidade do fechamento e da obrigatoriedade da intervenção legislativa, alcançar-se-ão resultados outros (e melhores) do que aqueles resultados obtidos de uma atuação arraigada, ciente ou inconscientemente, na visão misoneísta, que se agrilha a noções de todo superadas e, até mesmo, desnecessárias.

## **5 EXISTE OU NÃO EXISTE DISCRICIONARIEDADE NA IMPOSIÇÃO DE PENALIDADE DISCIPLINAR?**

Feitas todas essas considerações, é necessário, concluir se a sanção disciplinar é infligida por meio de discricionariedade ou por meio de vinculação. Na estreiteza deste trabalho e limitando-se aos fins propostos, se define discricionariedade como uma liberdade de atuação da Administração, a fim de possibilitar-lhe a escolha decisória em face da conjuntura do problema a ser solvido ou da medida a ser implementada.

Essa liberdade não é ampla, sendo legalmente estatuída e qualificada. Seu controle judicial é limitado, a fim de evitar mera justaposição de uma escolha da autoridade administrativa por uma escolha do julgador. Viu-se, também, que as diversas utilizações do termo discricionariedade acabam por gerar a ideia de uma discricionariedade forte, que seria a descrita acima, e a ideia de uma discricionariedade fraca, decorrente da interpretação de conceitos indeterminados, e que acabam por implicar a necessidade de escolhas entre possibilidades que o caso concreto atrairá.

Nessa segunda hipótese, a utilização do termo discricionariedade é inadequada. Não é apenas a existência de uma margem de liberdade decisória que identifica a discricionariedade. Essa margem de liberdade há de ser preenchida por processo de escolha em que as pautas de oportunidade e conveniência sejam a razão de ser da decisão. Mais correto, dessarte, para situações de liberdade decorrente da amplitude ou vagueza da lei ou do caso concreto, é se lançar mão de conceitos indeterminados. O controle para essa hipótese é bem mais amplo, até porque as situações do caso sob análise podem conduzir a apenas uma resposta, como também o processo de escolha é guiado por interpretação, e não por escolha livre.

Diferentemente do que pensa Eduardo García de Enterría, acredita-se que pode, sim, haver, em conceitos indeterminados, variedades de decisões a escolher. Nesses casos, há uma barreira ao controle judicial, que, mais uma vez, não deve confundir controle jurídico com substituição de escolhas.

Bem, siga-se o que foi proposto no título deste item, há ou não discricionariedade no sancionamento disciplinar? A autoridade administrativa pode ou não escolher a penalidade a ser imposta? A comissão processante pode ou não escolher o tipo no qual enquadrará a conduta sob apuração processual? Atuam, comissão e autoridade com discricionariedade nesse procedimento de escolha?

Os autores clássicos, estrangeiros e nacionais, entendem que o poder disciplinar da Administração Pública há de ser exercido de maneira discricionária. Essa é a opinião, por exemplo, de Marcelo Caetano;<sup>14</sup> dos já citados D'Alessio e Cino Vitta; de Themístocles Brandão Filho;<sup>15</sup>

Enrique Sayagués Laso acrescenta um argumento interessante à classificação do poder disciplinar como poder discricionário. Para o autor uruguaio, o poder disciplinar possui, sim, natureza discricionária. Todavia, entende que essa discricionariedade, ínsita à natureza mesma da disciplina dos servidores públicos, pode ser, e geralmente o é, restringida pela legislação:<sup>16</sup>

Sendo a potestade disciplinar uma faculdade discricionária, o hierarca determina livremente a forma como aplicará as sanções. Mas essa solução acaba por ser geralmente descartada, em maior ou menor grau, pela existência de textos constitucionais ou legais que impõem certos procedimentos para o exercício dos poderes

disciplinares. A discricionariedade administrativa se queda, assim, devidamente modificada e os funcionários obtêm alguma garantia de não serem sancionados arbitrariamente.

No direito legislado brasileiro, a discricionariedade no apenamento disciplinar dos servidores públicos não foi apenas restringida ou modificada. A discricionariedade foi extirpada.

Em verdade, se se considera ser discricionariedade a liberdade de escolha legalmente estatuída e pautada por juízos de oportunidades de conveniência, apenas em uma situação ela existe no regime disciplinar do servidor público, tal qual se encontra regulado pelos Títulos IV e V da Lei n.º 8.112/90. Esta é a situação da conversão da penalidade suspensiva pela aplicação de multa, que se encontra prevista no artigo 130, § 2º, da lei de regência:

Art. 130. § 2º Quando houver conveniência para o serviço, a penalidade de suspensão poderá ser convertida em multa, na base de 50% (cinquenta por cento) por dia de vencimento ou remuneração, ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço.

O enunciado do § 2º do artigo 130 da Lei n.º 8.112/90 traz expressamente o termo conveniência, a ser traduzido por escolha discricionária da autoridade administrativa, Como limite à discricionariedade, é atada à conveniência ao serviço, e não ao servidor apenado. Conjectura-se sobre casos como ser o servidor apenado o único técnico da repartição em determinada matéria ou, ainda, ser a repartição mal aquinhoad numericamente de servidores para o desempenho de sua messe institucional. Todavia, em ambos os casos, a escolha é discricionária.

Afora essa situação específica, não há qualquer juízo de oportunidade ou conveniência no regime disciplinar do servidor público federal.<sup>17</sup> A tipificação da conduta, o enquadramento dos fatos nas normas feito pela comissão processante é caracterizado pelo preenchimento de hipóteses normativas, em razão das provas colhidas no processo. Não há escolha, há interpretação dos fatos em face da lei.

A escolha existente é tão somente aquele elemento volitivo indissociável ao processo hermenêutico, que muito é afastado em situações de regulação mais cerrada e clara. Quão maior a abertura do tipo, maior será o preenchimento. Mas esse processo não se confunde com discricionariedade. É vinculado.

Nesse sentido, Odete Medauar<sup>18</sup> se mostra avessa à presença de discricionariedade no exercício do poder disciplinar. A professora paulista, em razão de o direito administrativo contemporâneo denotar uma circunscrição e um direcionamento da discricionariedade e a inviabilidade de se invocarem poderes livres, considera que “soaria estranho” associar o poder disciplinar com discricionariedade, até mesmo em razão desse poder disciplinar ser exercido sob paradigmas processuais, respeitadores das garantias da ampla defesa e do contraditório.

Outrossim, como se viu acima, o Supremo Tribunal Federal já classificou expressamente os tipos disciplinares da Lei n.º 8.112/90 como conceitos indeterminados, exercitando sobre o tipo de improbidade e proceder de forma desidiosa um controle de qualificação jurídica dos fatos. Cuida-se do acórdão proferido no Mandado de Segurança n.º 24.699, Primeira Turma, Relator Ministro Eros Grau, DJU de 01/07/2006. Nesse julgado, ficou assentado no voto do Ministro Relator que apenas em caso de expressa determinação legal existe a discricionariedade administrativa. O que, decerto, não ocorre no regime disciplinar do servidor público, tirante o já mencionado caso de substituição da penalidade suspensiva por multa (art. 130, § 2º).

Também o Superior Tribunal de Justiça classificou expressamente os tipos disciplinares como conceitos jurídicos indeterminados, no acórdão proferido no EDcl no MS n.º 12.689, Terceira Seção, Relator Ministro Felix Fischer, DJe de 18/03/2008.

De outra sorte, crê-se que as lições doutrinárias e decisões judiciais que reconhecem a presença de discricionariedade no apenamento disciplinar, fazem eco à doutrina estrangeira de origem europeia, que não é adequada para a análise das situações ocorrentes sob o ordenamento jurídico brasileiro.

Enquanto na Europa, a tradição é de se remeter às sanções ao descumprimento dos deveres funcionais, implicando, com isso, uma ampla margem de atuação tanto na escolha das faltas quanto na escolha das penalidades, no Brasil, pelo menos desde 1939, e em relação à demissão, a perspectiva extraível do direito legislado é diversa. Isso porque desde o advento do Decreto-Lei n.º 1.713/1939, existe a enumeração de faltas administrativas específicas e suas penas correlatas, alçando-se à correlação entre a falta e a penalidade de demissão em forma assemelhada ao regime ora em vigor.<sup>19</sup>

O mesmo sistema de correlação de falta e penalidade foi adotado pela Lei n.º 1.711/1952<sup>20</sup> e, como se demonstrou acima, pela Lei n.º 8.112/90, ora em vigência. Por essas razões, outra não é a lição de José Cretella Júnior<sup>21</sup> senão a de considerar o ato punitivo da Administração Pública um “ato vinculado típico”, em que não existe mérito da administração, quando muito existem “vestígios de mérito”, uma vez que:

A Administração não pode decidir que o afastamento do funcionário é inoportuno ou inconveniente, nem que o agente faltoso deva ser mantido porque sua ausência acarretaria danos graves para o bom funcionamento do serviço público. [...] Justa ou injusta, oportuna ou inoportuna, boa ou má, útil ou inútil, a ação administrativa está pré-traçada, quer na demissão, quer na promoção [por antigüidade], porque antes, na esfera legislativa, já se esgotou integralmente o aspecto político ou optativo do ato.

Os tipos disciplinares considerados abertos devem ser classificados como

conceitos jurídicos indeterminados. Isso porque encerram conceitos vagos ou imprecisos, mas que não são preenchidos ou solucionados por processos de escolha pautados por oportunidade e conveniência. São preenchidos por processos de interpretação e pelas circunstâncias do caso concreto.

## 6 CONCLUSÃO

Conceitos indeterminados são os signos pelos quais a lei é representada sem que se possa, aprioristicamente, definir seu significado. São caracterizados pela textura aberta, pela presença de ambigüidade ou vagueza. Não são peculiares ao direito administrativo, mas presentes em todos os ramos do Direito. Seu preenchimento se dá por processo interpretativo. Isso não impede, todavia, que sobre as questões legais vazadas dessa maneira sejam emitidos pareceres pelos órgãos de advocacia pública de Estado, a fim de uniformização da atuação administrativa, bem como visando ao asseguramento de uma maior segurança dos que se encontram no campo de incidência legal.

O regime disciplinar dos servidores públicos federais encerra a previsão de tipos disciplinares abertos, sendo assim entendidos aqueles que não descrevem detalhadamente a conduta delitiva. Todavia, a inexistência de tipos fechados e enumerados taxativamente, nos moldes do direito penal, não constitui cheque em branco para o arbítrio estatal na punição dos servidores públicos. Esses tipos disciplinares abertos são espécie de conceitos indeterminados. Por isso, não há discricionariedade na atuação punitiva disciplinar.

A vetusta idéia de regime de especial sujeição não pode servir de informadora da atividade disciplinar da Administração pública, seja para ampliar a abertura dos tipos administrativos, seja para inserir no processo decisório a atuação sob aspectos discricionários.

Se considerar ser discricionariedade a liberdade de escolha legalmente estatuída e pautada por juízos de oportunidades de conveniência, apenas em uma situação ela existe no regime disciplinar do servidor público, tal qual se encontra regulado pelos Títulos IV e V da Lei n.º 8.112/90. Essa situação é a situação da conversão da penalidade suspensiva pela aplicação de multa, que se encontra prevista no artigo 130, § 2º, da lei de regência.

## REFERÊNCIAS

BRANDÃO FILHO, Themístocles. **Direito e processo disciplinar**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, [s./d.].

BRASIL. **Controladoria-Geral da União**. Corregedoria-Geral da União. Relatório de acompanhamento das punições expulsivas aplicadas a estatutários no âmbito da administração pública federal. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/AreaCorreicao/RelatoriosExpulsoes>>. Acesso em: 6 dez. 2010.

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1970. t.1.

CRETELLA JÚNIOR, José. **O “desvio de poder” na administração pública**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

D’ALESSIO, Francesco. **Instituzioni di diritto amministrativo italiano**. Torino: Unione Tipografico, 1949.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo: poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos**. 3. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1995.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. **Regime disciplinar do servidor público civil da União**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HAGE SOBRINHO, Jorge. **O Governo Lula e o combate à corrupção**. São Paulo: Perseu Abramo, 2010.

LASO, Enrique Sayagués. **Tratado de derecho administrativo**. Montevideo: [s.n.], 1963. v. 1.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2002.

VITTA, Cino. **Diritto Administrativo**. Torino: Unione Tipografico, 1949.

- 1 Cf. **Controladoria-Geral da União**. Corregedoria-Geral da União. Relatório das punições expulsivas aplicadas a estatutários no âmbito da administração pública federal. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/AreaCorreicao/RelatoriosExpulsoes>>. Acesso em: 6 dez. 2010. Os números de punições aplicadas no período anterior à Lei n.º 10.683/2003 não gozam da transparência desejável. Contudo, do sítio virtual da CGU é possível colher a informação de que, entre janeiro de 2001 e abril de 2002, foram punidos com demissão 227 servidores, quantidade que é inferior a média anual de demissões do período 2003/2010, mesmo contando com 15 meses, em vez de 12 meses. Cf. Controladoria-Geral da União. CGU disponibiliza banco de punições, Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Imprensa/Noticias/2002/noticia96.asp>> Acesso em: 5 mar. 2010.
- 2 O regime disciplinar do servidor público federal está previsto nos Títulos IV e V da Lei n.º 8.112/90. São previstas as seguintes espécies de penalidades: advertência; suspensão; demissão; cassação de aposentadoria ou disponibilidade; destituição de cargo em comissão; e destituição de função comissionada (art. 127).
- 3 ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo: poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos**. 3. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1995, p. 36-37.
- 4 Respectivamente: Decreto n.º 58.693/66 e Lei Complementar n.º 73/1993. Sobre a uniformização decorrente do seguimento obrigatório do pareceres, bem observou Arnaldo Vasconcelos (2002, p. 193) que: “A necessidade de segurança, sentida com igual veemência no plano das decisões do Poder Executivo, ensejou o surgimento dos precedentes administrativos. A prática se propagou e se firmou com tanta rapidez que se passou logo a admitir a formação de uma jurisprudência administrativa como mais um imperativo decorrente da expansão do Estado contemporâneo.”

- 5 As principais causas de demissão de servidores públicos federais são o cometimento dos tipos de improbidade administrativa (art. 132, IV, da Lei n.º 8.112) e de valimento do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública (art. 132 c/c art. 117, IX, da Lei n.º 8.112/90). A improbidade constitui 32,31% das causas de demissão e o valimento constitui 18,46%. Cf. Relatório de acompanhamento de punições expulivas.
- 6 ENTERRÍA, op. cit., p. 39.
- 7 A Lei n.º 8.429/92 não fecha por completo a noção de improbidade administrativa. Ao enumerar 32 atos de improbidade, distribuídos em três espécies, deixa anotado o caráter não taxativo desse rol, ao utilizar-se do termo 'notadamente' no caput dos artigos que contém a enumeração (arts. 9, 10 e 11).
- 8 Da ementa do Parecer/AGU n.º GQ - 200, de 19/08/1999, translata-se o seguinte: "Improbidade administrativa é ato necessariamente doloso e requer do agente conhecimento real ou presumido da ilegalidade de sua conduta". Por sua vez, esta é a ementa do Parecer/AGU n.º GM - 17, de 8/11/2000: "À caracterização de falta disciplinar como ato de improbidade administrativa atentatório contra os princípios que regem o Serviço Público é imprescindível considerar a natureza da infração e sua gravidade".
- 9 No original: "*La responsabilita disciplinare si applica a tutti coloro che si trovano in uno stato di sudordinazione speciale verso l'a p. in seguito a particolare rapporto giuridico*" (VITTA, Cino. **Direito administrativo**. Torino: Unione Tipografico, 1949. v. 1, p. 454).
- 10 No original: "*È principio riconosciuto che il fatto che può dar luogo a sanzione disciplinare, a differenza di ciò che è stabilito per le sanzioni penali, non ha d'uopo di esser previsto dalle fonti di diritto, benchè ormai molto di frequente esso sia definito in leggi e regolamenti; basta insomma qualsiasi transgressione ai doveri derivanti dal rapporto per giustificare la sanzione di cui ci occupiamo*". (VITTA, op. cit., p. 454).
- 11 No original: "*A differenza di quello che noi abbiamo rilevato per la responsabilità penale, qui non occorre che la legge stabilisca una precisa elencazione di mancanze, che possono dar luogo a responsabilità disciplinare. La sanzione disciplinare è correlativa a qualunque violazione dei doveri di ufficio; e, como non è possibile fare un elenco di tutti i doveri di ufficio, casi non è concepibile un código delle mancanze disciplinari*". (D'ALESSIO, 1949, p. 577).
- 12 No original: "[...] *un diritto subietivo dello Stato o degli altri enti pubblici, un diritto di supremazia speciale. Che dallo Stato degli altri enti si esercita su coloro che verso di essi si collocano in uno status specialis subiectionis, accettando ed assumendo un pubblico impiego.*"
- 13 BVERFGE 33,1. In: Martins (2005, p. 163).
- 14 CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1970. t.1, p. 753.
- 15 BRANDÃO FILHO, Themístocles. **Direito e processo disciplinar**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, [s./d.], p. 89.
- 16 No original: "*Siendo la potestad disciplinaria una facultad discrecional, el jerarca determina libremente la forma como aplicará las sanciones. Pero esta solución resulta generalmente descartada, en mayor o menor grado, por la existencia de textos constitucionales o legales que imponen ciertos procedimientos para el ejercicio de los poderes disciplinarios. La discrecionalidad administrativa queda así debidamente encauzada y los funcionarios obtienen alguna garantía de no ser sancionados arbitrariamente*" (LASO, Enrique Sayagués. **Tratado de derecho administrativo**. Montevideo: [s.n.], 1963. v. 1, p. 331).
- 17 No mesmo sentido, considerando que não existe discricionariedade na instauração do processo ou na aplicação da sanção disciplinar: GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. **Regime disciplinar do servidor público civil da União**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 97). Por sua vez, FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 990 entende que é vinculada o exercício do poder disciplinar; ressalvados, contudo, dois momentos em que é exercida a discricionariedade no regime disciplinar: a mencionada conversão de suspensão em multa e a gradação da penalidade mesma de suspensão.
- 18 Odete Medauar (2003, p. 131)
- 19 Artigos 238 e 239 do Decreto n.º 1.713/1939, que dispunha sobre a demissão no âmbito do Estatuto dos Servidores Cíveis da União. Este Decreto foi revogado pela Lei n.º 1.711/1952.
- 20 Artigo 207 da Lei n.º 1.711/52, que dispunha sobre a demissão no âmbito Estatuto dos Funcionários Cíveis da União. Esta Lei foi revogada pela Lei n.º 8.112/90.
- 21 CRETELLA JÚNIOR, José. **O "desvio de poder" na administração pública**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 78.

## COMPLETING UNDETERMINED NOTIONS IN DISCIPLINARY TYPES OF OFFENSES: THOUGHTS ON UNIFORMIZATION, SPECIAL DISCIPLINE SYSTEM AND DISCRETIONARITY

### ABSTRACT

Administrative disciplinary types of offenses are sometimes composed of legal terms outlined in general wording. Such legislative technique is known as undetermined administrative notions (in more general features) or open types of offenses (in more specific terms). This paper is aimed first at examining the present situation of the practical activity of government sectors occupied with disciplinary issues in public administration and, afterwards, at verifying how disciplinary types of offenses are determined as disciplinary penalties are executed. In order to do so, the author focus on the issues of the uniformization of judge opinions, of the existence of discretionarity in decision-making in this area and of the possible influence of the idea on the special discipline system.

**Keywords:** Undetermined notions. Disciplinary Penalty. Discretionarity.



# THE (GREEN) HEART OF THE MATTER: A VERTENTE PROCEDIMENTAL DA TUTELA DO AMBIENTE E A REVISÃO DA LEI DE BASES DO AMBIENTE<sup>1</sup>

Carla Amado Gomes\*

## RESUMO

A Lei de Bases do Ambiente (LBA) completou, em 2007, a idade de 20 anos. Apesar de a existência da LBA ter sido determinante para a construção do edifício legislativo ambiental que hoje temos, o legislador ambiental português é refém do dirigismo promovido pelo Direito da União europeia e esse facto reduz decisivamente a importância real da LBA. A utilidade ou não da revisão da LBA, portanto, se encontra neste dístico: se falamos em termos formais, a revisão é relevante, para pôr a Lei de Bases de acordo com a legislação de desenvolvimento, esmagadoramente fruto dos indirizzos normativos da União Europeia; se pensarmos numa perspectiva material, a revisão é praticamente irrelevante em face da autêntica autoregência do Direito Ambiental da União Europeia. Cientes destas limitações, desenvolveremos nossos estudos sobre a vertente procedimental da protecção ambiental ou, por outras palavras, sobre o real significado da fórmula do “direito ao ambiente” que a Constituição da República Portuguesa contempla no artigo 66º/1.

**Palavras-chave:** Direito ao meio ambiente. Direito Ambiental. Lei de Bases do Ambiente (LBA). Direito da União Europeia. Processo.

## 1 SOBRE A PROJECTADA REVISÃO DA LBA: UMA REVISÃO NECESSÁRIA OU INÚTIL?

A Lei de Bases do Ambiente completou, em 2007, a confortável idade de 20 anos (Lei 11/87, de 7 de Abril =LBA). Lei aprovada no hemiciclo parlamentar por larga maioria<sup>2</sup>, sofreu uma singela alteração (do artigo 45º) ao longo das duas décadas de vida (desencadeada pela Lei 13/2002, de 19 de Fevereiro, que aprovou o ETAF)<sup>3</sup>, a qual se limitou a reflectir uma conclusão a que jurisprudência e doutrina haviam paulatinamente chegado: a de que os litígios ambientais não são forçosamente privados e por isso não merecem invariavelmente a afectação

\* Profª. Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Profª. Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. carlamadogomes@fd.ul.pt

à jurisdição comum, antes se qualificam como privados ou públicos consoante a natureza da relação jurídica que incorporam determinando essa natureza a jurisdição competente para o seu julgamento.

Esta lei, certamente pela *verdura* das matérias reguladas, suscitou *mixed feelings* a Diogo FREITAS DO AMARAL, que sem embargo a considerar uma lei importante, lhe teceu severas numa apreciação preliminar que dela fez, em 1992<sup>4</sup> de entre as quais, a da indefinição do objecto “ambiente”. Já João PE-REIRA REIS a apresentou como um texto marcante e inovador, “pelos portas que teve a coragem de abrir, pelos princípios gerais que soube consagrar e pela chamada de atenção que fez para as grandes questões que hoje se colocam no domínio do direito do ambiente”<sup>5</sup>.

Não nos compete aqui fazer um balanço da importância da LBA no ordenamento jusambiental português a nossa tarefa circunscreve-se à análise da vertente procedimental da protecção do ambiente. No entanto, não poderíamos furtar-nos, neste breve intróito, a observar que se, formalmente, a existência da LBA foi determinante para a construção do edifício legislativo ambiental que hoje temos, materialmente, os elementos que dela constam são, na verdade, pré-dados, independentes da vontade do legislador nacional<sup>6</sup>. Com efeito, e por um lado, por força da conjugação, desde 1982, entre os (então) artigos 168º/1/g), 9º/e) e 66º da Constituição (=CRP), o tecido normativo a produzir deveria assentar num enquadramento inicial, fornecido por uma lei de bases da competência relativa do Parlamento e o Tribunal Constitucional não deixou de o afirmar, em 1992, na declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, de duas normas do DL 321/83, de 5 de Julho, que pretensamente criara a Reserva Ecológica Nacional “sem rede”<sup>7</sup> (*rectius*: sem Bases).

Por outro lado, todavia, a força impulsionante da LBA revelou-se praticamente nula, com diplomas como o regime da avaliação de impacto ambiental (DL 186/90, de 6 de Junho), o regime da Rede Nacional de Áreas Protegidas (DL 19/93, de 23 de Janeiro), o regime da Reserva Ecológica Nacional (DL 93/90, de 19 de Março), o regime da licença ambiental (DL 194/00, de 21 de Agosto), a Rede Natura 2000 (DL 140/99, de 24 de Abril), a surgirem na sequência do imperativo de transposição de normas eurocomunitárias, e não da injunção (?) de desenvolvimento no prazo de um ano contida no artigo 51º do diploma, “voto piedoso e tradicional que o nosso legislador tem por hábito inserir em diversos diplomas”<sup>8</sup>.

Não há como negá-lo: o legislador ambiental português é refém do dirigismo promovido pelo Direito da União europeia e esse facto reduz decisivamente a importância real da LBA. Atente-se em que, constituindo a política ambiental europeia uma política partilhada (artigo 4/2/e) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia)<sup>9</sup>, a actuação legislativa obedece a uma lógica de preempção (baseada, é certo, no princípio da subsidiariedade) no âmbito da qual a União tem progressivamente *ocupado* o espaço regulativo, a ponto de *invadir* o reduto da protecção penal através da directiva 2008/99/

CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Novembro a qual obriga os Estados-membros a criar tipos penais para punir as infracções mais graves (com dolo ou negligência grave) das normas ambientais eurocomunitárias até 26 de Dezembro de 2010.

Esta dependência, que contribuiu para erigir um completo e complexo edifício legislativo, roça por vezes o servilismo, neutralizando os dados pretensamente fundadores da LBA. Tome-se como exemplo o recente regime da prevenção e responsabilização por dano ecológico, aprovado pelo DL 147/2008, de 29 de Julho, que reduziu o lote de bens ambientais naturais passíveis de sofrer dano ecológico à água, fauna e flora (os enunciados na directiva 2004/35/CE, do Parlamento e do Conselho, de 21 de Abril), deixando na sombra o ar, o solo e o subsolo, indicados no artigo 6º da LBA e desenvolvidos nos preceitos seguintes (artigos 8º, 13º e 14º, respectivamente)<sup>10</sup>. Ou, no mesmo quadro legal, o esvaziamento da responsabilidade objectiva a que se reporta o artigo 41º da LBA através do esfíngico artigo 20º/3<sup>11</sup>.

Em menor medida, mas não menos ilustrativo da *impotência substantiva* da LBA, pense-se na *extensão* que o instituto da avaliação de impacto ambiental sofreu, na sequência da revisão da directiva 85/337/CEE, do Conselho, de 3 de Março pela directiva 97/11/CE, do Conselho, de 3 de Março, prolongando-se por uma fase posterior à emissão da declaração de impacto ambiental pós-avaliação, alargamento que os artigos 30º e 31º da LBA não prevêem. Ou compare-se a aparente rigidez (ressalvada a menção da renovação) do instrumento da licença ambiental, tal como desenhada no artigo 33º da LBA, com o regime decorrente do DL 173/2008, de 26 de Agosto, nomeadamente do artigo 20º, onde se prevê a antecipação do termo final da licença com vista à sua revisão, sinal da natureza mutante dos actos autorizativos ambientais<sup>12</sup>.

Além de refém do ordenamento jurídico europeu, o legislador da revisão depara-se ainda com outros dois factores de constrangimento, de intensidade diversa. De uma banda, a questão da escolha do modelo que deve presidir à revisão principiológico ou regulatório. De outra banda, o problema das pré-compreensões sobre o objecto do Direito do Ambiente, entalado entre uma amplitude de descaracteriza o ambiente em *ambiance* muito por culpa da *voracidade* do artigo 66º/2 da CRP, que atrai para o seu seio realidades como o ordenamento do território, o urbanismo, o património cultural<sup>13</sup> e uma visão personalista que desvia a atenção do meio ambiente para o homem, enfraquecendo a sua coerência e confundindo os seus objectivos. Se do modelo regulatório o legislador pode libertar-se facilmente, já o afastamento das pré-compreensões referidas lhe será mais árduo, não só pela omnipresença do referente constitucional como pela ruptura fracturante que a sua ultrapassagem constituiria.

Num contexto como este, não surpreende a questão formulada neste ponto introdutório, sobre a necessidade ou inutilidade de revisão da LBA. A resposta depende da perspectiva: se falamos em termos formais, a revisão é relevante, para pôr a Lei de Bases de acordo com a legislação de desenvolvi-

mento, esmagadoramente fruto dos *indirizzos* normativos da União Europeia; se pensamos numa perspectiva material, a revisão é praticamente irrelevante em face da autêntica *autoregência* do Direito Ambiental da União Europeia.

Cientes destas limitações, vamos passar a tecer algumas considerações sobre a vertente procedimental da protecção ambiental ou, por outras palavras, sobre o real significado da fórmula do “direito ao ambiente” que a Constituição contempla no artigo 66º/1 e que a LBA não deixa de reproduzir no artigo 40º/4. Para tanto, deixaremos algumas reflexões sobre a desejável inserção sistemática, na LBA, dos direitos procedimentais (1.1.), sobre o significado da sua consagração formal (1.2.) e sobre a materialidade que lhes deve subjazer (1.3.).

## 2 O “DIREITO AO AMBIENTE” E A SUA DIMENSÃO PROCEDIMENTAL (E PROCESSUAL)

É conhecido o nosso pensamento sobre a ausência de densidade do “direito ao ambiente” e, por conseguinte, a sua inexistência enquanto direito autónomo. A posição jurídica acolhida no n.º 1 do artigo 66º da CRP, na sua dimensão pretensiva, que é acentuada pelo artigo 52º/3/a) da CRP, traduz-se em direitos de intervenção, de cidadania, junto da Administração e dos tribunais, a fim de defender um interesse de fruição colectiva<sup>14</sup>. A ideia-chave, como de resto o n.º 2 do artigo 66º não deixa de sublinhar, é a de **participação** (faça-se também um paralelo com o artigo 65º/5 da CRP, em matéria de urbanismo e planeamento do território, grandezas próximas). Para a concretização efectiva do direito à participação ou seja, para a assimilação dos contributos fornecidos pelos fruidores do ambiente pelo decisor administrativo, o acesso à informação é essencial, a montante, e a possibilidade de sindicar a validade das decisões na justiça é imprescindível, a jusante.

O “direito ao ambiente” revela-se, assim, uma (ambígua) noção-síntese. Síntese de posições pretensivas que importa ressaltar, vincando a articulação necessária entre os artigos 66º/1 e 52º/3/a) da CRP (no que concerne ao ambiente, bem entendido). O interesse que subjaz às normas de protecção do ambiente é um **interesse colectivo**, altruísta, que todos e cada um podem defender através da legitimidade popular, sem necessidade de especial caracterização<sup>15</sup>. É essa a sua natureza, como ecoa a Convenção de Aarhus e outros instrumentos, de direito internacional e comparado, ressaltam.

### 2.1 Aspectos sistemáticos

No plano sistemático, o catálogo de direitos e deveres dos cidadãos no domínio do Direito do Ambiente, surge na LBA no quadragésimo lugar em 52 possíveis. A norma do artigo 40º não é particularmente feliz, a vários títulos, mas neste momento bastamo-nos com sugerir melhorias no plano da arrumação destas matérias num diploma como a LBA. Para tanto, propomos um paralelo

com a técnica sistematizadora adoptada numa outra lei que igualmente incide sobre uma grandeza metaindividual: a Lei de Bases da protecção e valorização do património cultural (Lei 107/2001, de 8 de Setembro = LPC) a qual, (logo) no Título II (*Dos direitos, garantias e deveres dos cidadãos*), estabelece com bem maior relevância e clareza a vertente procedimental do “direito ao património cultural”.

Com efeito, a LPC autonomiza diversas posições jussubjectivas que vinculam a dimensão de cidadania ínsita à defesa de valores de memória: o direito à fruição (primeira nota da natureza colectiva do interesse, presente no artigo 7º); o direito de acesso à justiça para proteger o património cultural, sublinhando a centralidade do instituto da legitimidade popular (artigo 9º/1), bem como o direito à participação procedimental com idêntico objectivo (artigo 9º/2); enfim, o direito de associação a entidades cujos objectivos estatutários se traduzem na preservação dos valores identitários que exsudam dos bens culturais (artigo 12º). Esta colocação cimeira dos direitos e deveres dos cidadãos, justamente após o Título I (Princípios gerais), deixa transparecer a dimensão de solidariedade que a protecção e promoção do património cultural convocam, acentuando a importância do envolvimento dos cidadãos na política pública respectiva.

A nossa sugestão vai, portanto, no sentido de recolocação sistemática da norma sobre direitos e deveres dos cidadãos no plano da protecção do ambiente, alcançando-a a um plano proeminente numa futura versão da LBA, com vista a promover a dinamização da cidadania ambiental.

## 2.2 Aspectos formais

Do ponto de vista formal, julgamos que uma revisão da LBA deveria incluir um Título/Capítulo de *Direitos e deveres dos cidadãos* que autonomizasse:

- o direito à informação;
- o direito à participação em procedimentos de aprovação de planos ou de tomada de decisões com incidência ambiental;
- o direito de acesso à justiça,

além de contemplar também uma norma sobre direito (interesse) de fruição de bens ambientais associada ao dever de gestão racional dos mesmos.

Exemplos de direito comparado atestam a idoneidade da solução. Em África, a lei moçambicana 20/97, de 1 de Outubro (Lei do Ambiente) acolhe um Capítulo IV subordinado à epígrafe *Direitos e deveres dos cidadãos*, do qual constam o direito à informação, o direito à educação e o direito de acesso à justiça, *maxime* através de processos céleres (artigos 19º, 20º, 21º e 22º, respectivamente). Alberga ainda este Capítulo dois deveres: de comunicação de infracções (artigo 23º) e de utilização responsável dos recursos naturais (artigo 24º). Na América Latina, a lei argentina de protecção do ambiente 25.675, de 27 de Novembro de 2002, dedica três artigos à informação ambiental e ou-

tros três à participação “ciudadana” (artigos 16 a 21). Na Europa, a *Charte de L’Environnement* francesa (**Lei constitucional 2005-205, de 1 de Março**) **consagra o artigo 7 aos dois direitos: de acesso à informação, e à participação** na “*élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l’environnement*”. Do longínquo Oriente, o *National Environmental Quality Act* tailandês de 1992 (com a última emenda promovida pela lei 2.535, de 1996) constitui um excelente exemplo do protagonismo destes direitos na tutela partilhada do ambiente, com as secções 6, 7 e 8 dedicadas aos direitos de acesso à informação, de participação e de constituição de associações de defesa do ambiente.

A autonomização destas posições pretensivas contribui, do mesmo passo, para a sensibilização ambiental da população e para o reforço da justiciabilidade dos direitos de intervenção cívica nos quais se apoiam.

### 2.3 Aspectos materiais

Já tivemos oportunidade de avançar que, em termos materiais, a LBA constitui hoje um texto quase retórico, um tanto pela realização, ao longo dos últimos 20 anos, dos trabalhos de construção do edifício do Direito do Ambiente português que dá à revisão da lei uma tónica sancionatória, mais do que propulsiva, outro tanto pelo dirigismo do Direito da União Europeia, que tem ocupado os espaços de regulação sectorial mais variados deixando a um trabalho de revisão curtíssimo espaço de manobra, que se limita apenas a acrescer ao nível de protecção estabelecido pelas directivas, em homenagem ao princípio do nível mais elevado de protecção (cfr. o artigo 193 do TFUE). Enfim, parafraseando Eça de Queirós, no antológico *Os Maias*, a LBA é hoje “a basezinha”, reduzindo-se a sua importância a um plano puramente formal, de (dupla) legitimação dos diplomas emanados em sede de Direito do Ambiente, estreitamente conformados pelas directivas europeias.

Ainda assim e apelando a uma lógica de sistematização e pedagogia de uma lei como a LBA, passaremos a deixar alguns tópicos de referência sobre os direitos procedimentais (e processuais) que nos propusemos analisar:

- i) Direito à informação;
- ii) Direito à participação;
- iii) Direito de acesso à justiça.

#### 2.3.1 Direito de informação

O direito de acesso à informação ambiental está hoje especialmente regulado na Lei 19/2006, de 12 de Junho, fruto da transposição da directiva 2003/4/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de Janeiro<sup>16</sup>. As coordenadas principais que a matriz deste direito deve revestir são, em nossa opinião e seguindo de perto a Lei 19/2006 e a Convenção de Aarhus (cfr. o

artigo 4), as seguintes:

- a informação deve ser disponibilizada ao requerente sem que este tenha de provar qualquer interesse qualificado;

- a informação, a recusa de informação ou o diferimento da informação devem ser providenciados em prazo curto<sup>17</sup>, e em regra não superior a um mês, salvo especial complexidade no tratamento ou na reunião da informação;

- as razões de diferimento ou de indeferimento devem estar expressa e taxativamente previstas na lei;

- a efectivação do direito à informação deve estar garantida através de vias jurisdicionais céleres, sem embargo da coexistência destas com meios intra-administrativos, de uso facultativo, que providenciem uma alternativa (ainda) mais célere, informal e gratuita.

Duas observações sobre este ponto: em primeiro lugar, que o direito deve ser exercido junto de entidades públicas com competências autorizativas em sede ambiental dado o princípio, vigente em Direito do Ambiente, de proibição sob reserva de permissão. Quer a Convenção de Aarhus, quer a directiva 2003/4, quer a Lei 19/2006 indicam como destinatários do pedido de informação “autoridades públicas” (do ponto de vista material: *vide* a referência a concessionários), devendo sublinhar-se que esta noção tem merecido interpretação generosa por parte da CADA e da jurisprudência<sup>18</sup>. A solução argentina, de consagrar o mesmo direito exercível também contra entidades privadas, apesar do maior âmbito de aplicação, parece-nos não só perigosa porque pode proporcionar divulgação de informações confidenciais por terceiros privados que as detenham e que não sejam sensíveis às limitações que tal revelação pode acarretar, como multiplicadora de litigiosidade dada a tradicional resistência dos operadores a colocar certos dados à disposição do público.

Em segundo lugar, a consagração deste direito deve ser precedida, em Capítulo/Título anterior, da consagração do dever de divulgação de informação ambiental à população, através de meios informáticos e de serviços de atendimento ao público. Esta é, de resto, uma consequência da natureza colectiva do bem *ambiente*, cuja qualidade releva tanto intra como intergeracionalmente<sup>19</sup>, devendo a comunidade ter acesso a toda a informação disponível sobre a integridade do meio e possíveis ameaças a esta.

### 2.3.2 Direito de participação

O direito à participação em procedimentos com incidência ambiental não está regulamentado num único diploma, encontrando-se, quanto a instrumentos de carácter normativo, polarizado no momento de consulta pública a ocorrer em sede de avaliação ambiental estratégica (DL 232/2007, de 15 de Junho), aquando da aprovação ou da revisão de planos e programas e, quanto a decisões individuais, pulverizado por diversos regimes autorizativos dos quais,



pela sua precedência e abrangência, a avaliação de impacto ambiental constitui o paradigma (DL 69/2000, de 3 de Março, alterado e republicado pelo DL 197/2005, de 8 de Novembro).

Menos pacífico do que o direito à informação ambiental muito por força da dissensão doutrinal sobre a natureza do direito de audiência, e mais permeável a derrogações, o direito de participação constitui o direito nuclear da cidadania ambiental. A articulação entre os artigos 66<sup>o</sup>/2 e 52<sup>o</sup>/3/a) da CRP é aqui decisiva como tentámos demonstrar em momento anterior<sup>20</sup> para a compreensão da essência do direito de participação dado que ilumina a natureza do interesse a defender, vivificado por uma envolvência solidária dos membros da comunidade. O contraditório público que a participação fomenta deve reflectir-se na alteração da metodologia decisória administrativa a qual, embora não perdendo o epicentro da responsabilidade de tomada de decisão, se presta a uma legitimação pelo diálogo. Recorrendo, como noutra ocasião, a palavras de PERKINS SPYKE, há um efeito catártico associado à participação pública, “uma emoção que incrementa a democracia e uma força que gera redistribuição de poder”<sup>21</sup>.

Os alicerces do direito à participação pública a inserir numa eventual revisão da LBA, tendo em mente os dados nacionais mas sobretudo o dado aglutinador dos artigos 6, 7 e 8 da Convenção de Aarhus, seriam então:

- todos os procedimentos administrativos passíveis de gerar decisões, de carácter normativo ou individual, de forma directa ou indirecta, que possam ter impactos significativos no ambiente devem ser precedidos, salvo derrogação legal devidamente fundamentada, de um momento de consulta pública;

- a consulta pública deverá ter divulgação adequada em função do espectro de abrangência dos riscos associados à decisão em causa (nomeadamente, se tem ou não efeitos transfronteiriços);

- as entidades que promovem a consulta devem disponibilizar informação sobre o objecto de decisão, de forma clara e objectiva;

- o período de consulta pública deve ser previamente anunciado, com indicação dos locais e datas em que decorrerá, da forma através da qual deverá ser exercido (por forma escrita ou oral) e da duração por que se prolongará, a qual há-de ser fixada tendo em mente a complexidade da matéria e a amplitude do universo de sujeitos participativos;

- a consulta deve ocorrer num momento procedimental que permita que as observações do público sejam efectivamente relevantes para a tomada de decisão, devendo ser registadas as contribuições reiteradamente formuladas e incorporadas na fundamentação da decisão final;

- a efectivação do direito à participação deve estar garantida através de vias jurisdicionais céleres<sup>22</sup>.

Cumpre deixar uma observação a propósito da participação através de



associações representativas do interesse ambiental. Tomando como exemplo o artigo 10º da LPC, julgamos ser de integrar no lote de normas reunidas num novo Capítulo *Direitos e deveres dos cidadãos* a menção do direito à participação pela via associativa, remetendo para a lei (actualmente, Lei 35/98, de 18 de Julho) a definição de organização não governamental do ambiente e seu regime.

### 2.3.3 *Direito de acesso à justiça*

O direito de acesso à justiça está actualmente pulverizado entre os nºs 4 e 5 do artigo 40º, o artigo 42º e o artigo 44º da LBA. Nenhuma destas disposições sai ilesa de uma crítica severa, na medida em que, relativamente aos artigos 40º e 44º, a dimensão personalista da tutela ambiental traiu o legislador e, no que tange o artigo 42º, a infelicidade terminológica de que padece<sup>23</sup> e a inutilidade a que (*pour cause*) foi votado recomendam uma erradicação. No que toca a este último ponto, a questão reside em saber se os meios jurisdicionais especialmente céleres de prevenção de danos deverão ser criados *ex novo* ou se o acervo de vias, principais e cautelares, existentes nas leis processual civil e administrativa, serão bastantes. Mas vamos por partes.

Numa lei de bases do ambiente, *the (green) heart of the matter* reside na tutela **directa** do ambiente através da legitimidade popular, havendo que desenhar formas de prevenir, fazer cessar ou reparar nos termos do DL 147/2008, de 29 de Julho ofensas *aos bens ambientais naturais*, não aos sujeitos. Logo, o direito de acesso à justiça ambiental realiza-se através da legitimidade popular, por autores populares e associações de defesa do ambiente, ou através da acção pública, pelo Ministério Público (uma vez que o ambiente é, além de um interesse colectivo, um interesse público)<sup>24</sup>. São os sujeitos titulares do interesse (ou representantes destes) de fruição do bem *ambiente* que gozam do direito de participação e, por conseguinte, podem estar em juízo, altruisticamente, a prosseguir a defesa jurisdicional do mesmo.

Assim, de uma norma que consagre o direito de acesso à justiça para tutela do ambiente devem constar as seguintes menções:

- são titulares do direito de acção os sujeitos que, nos termos da lei (actualmente, a Lei 83/95, de 31 de Agosto), tiverem legitimidade popular para defesa de interesses difusos;

- o regime da legitimidade popular, a desenvolver em lei própria, poderá contemplar especialidades processuais tendentes a incrementar o nível de tutela, nomeadamente preventiva (*v.g.*, decretamento provisório de providência cautelar pelo juiz; isenção de preparos a favor dos autores populares), e a reforçar os poderes inquisitórios do julgador, em homenagem à natureza do interesse;

- a lei processual aplicável em função da jurisdição competente para julgar o litígio garantirá a celeridade na prevenção de ameaças à integridade dos bens ambientais naturais e a plenitude dos meios de tutela com vista à cessação e

reparação dos danos, actuais ou potenciais;

- nos litígios em que estiver em causa a prevenção, cessação ou reparação de danos ecológicos, deverá estabelecer-se a inversão do ónus da prova a cargo do réu.

Em razão do princípio da autonomia, o direito processual é aquele que revela menos permeabilidade às interferências do Direito da União Europeia. É, portanto, neste domínio que o legislador português tem mais liberdade, ou seja, na determinação e conformação das concretas soluções processuais de tutela.

Dois questões levantadas no Colóquio merecem aqui referência, embora não tenham sido objecto da nossa intervenção: por um lado, a proposta do Secretário de Estado no sentido da criação de tribunais especializados para apreciarem os litígios jusambientais e, por outro lado, a introdução da solução da arbitragem nesta sede.

No que toca à criação de tribunais especializados ou de secções especializadas dentro de uma das jurisdições existentes, revelamos o nosso cepticismo, que se baseia em duas ordens de razões: de uma banda, a impossibilidade de criar uma jurisdição sem prévia delimitação de um objecto (ambiente) de forma precisa; de outra banda, a necessidade de estabelecimento de um critério de afectação dos litígios a uma das jurisdições, que tenderia, em nossa opinião, a ser desenhado em torno da natureza do bem porém, a dupla natureza da grande maioria dos bens ambientais (naturais), económica e ecológica, fragiliza tal eleição.

Quanto à arbitragem, a hipótese é sedutora, mas entrevemos algumas questões problemáticas, de entre as quais avultam a tendencial incompatibilidade dos tribunais arbitrais com a figura da justiça cautelar, e a indisponibilidade do interesse ambiental enquanto grandeza metaindividual (além da possibilidade de julgar segundo a equidade<sup>25</sup>, facto que pode implicar um rebaixamento do nível de protecção num domínio em que este deve sempre ser o mais elevado possível). Sendo certo que a emergência de resolução dos litígios ambientais convida à adopção de vias céleres caminho, de resto, apontado pelo regime de (prevenção e) reparação do dano ecológico, no procedimento regulado no artigo 16º do DL 147/2008, de 29 de Julho, julgamos que o percurso deve ser trilhado com cautela e reflexão, e sempre reflectindo a genuína preocupação de efectividade do Direito do Ambiente.

Olhando para o panorama actual, rapidamente nos apercebemos de que o contencioso administrativo garante tutela adequada, principal e cautelar, em situações de risco para a integridade de bens ambientais. Certo, a intimação para defesa de direitos, liberdades e garantias é aqui imprestável (como já demonstrámos noutra local<sup>26</sup>), mas o amplo lote de providências cautelares e a possibilidade de decretamento provisório da providência aberta pelo artigo 131º/3 do CPTA (na parte em que se refere a *outras* posições jurídicas que não se reconduzam a direitos, liberdades e garantias e que necessitem de tutela ultra-urgente) providenciam tutela bastante.

No processo civil, todavia, a situação é mais preocupante, dado que não existe solução idêntica à do artigo 131º do CPTA (ou do artigo 128º do CPTA)<sup>27</sup> o artigo 382º do CPC, aplicável em sede de providências cautelares não especificadas, reconhecendo embora o carácter urgente do processo cautelar e fixando um prazo máximo de 15/30 dias para decisão final, não permite obter este resultado. Seria, assim, da maior relevância que, na LBA e ainda que por remissão para o diploma regulador da legitimidade popular para tutela de interesses difusos em geral, se consagrasse esta possibilidade, que acautelaria o interesse ambiental (ou qualquer interesse colectivo) sem o alçar automaticamente a *superinteresse* acima de qualquer outro, uma vez que, e ainda que baseada em prova sumária, a concessão ultra-rápida da providência é promovida por um juiz e não puramente *ex lege*.

O factor da não automaticidade leva-nos a preferir o alargamento da solução promovida pelo artigo 131º do CPTA à atribuição de efeito suspensivo automático às providências cautelares (conservatórias) apresentadas pelo Ministério Público, à semelhança do previsto no artigo 69º/2 do DL 555/99, de 16 de Dezembro (com alterações posteriores) sendo certo que o efeito suspensivo é reversível, oficiosamente ou a requerimento dos interessados, num prazo de 10 dias. Note-se que a posição privilegiada do Ministério Público está pensada para a acção administrativa especial impugnatória (ou seja, pressupõe a existência de um acto administrativo), e circunscreve-se a uma actuação processual de carácter conservatório o que é manifestamente redutor no contencioso ambiental, dadas as possibilidades multiformes de actuação poluente.

Para além dos direitos referidos, julgamos que a dimensão impositiva da tutela ambiental não deve escapar à consagração explícita e autónoma numa LBA revista. Tomando novamente por paralelo a lei moçambicana, julgamos ser de acolher neste novo Capítulo uma norma sobre o dever genérico de utilização racional dos recursos, cuja densidade e exigibilidade variará consoante os impactos causados pelas actividades desenvolvidas pelos sujeitos, individuais ou colectivos, públicos ou privados. A vertente pedagógica da LBA deve acentuar a solidariedade cívica que a tutela ambiental convoca, reforçando o segmento impositivo do artigo 66º/1 da CRP. Esta nova norma, à semelhança do artigo 7º da LPC, poderia aludir, numa espécie de interesse reverso, à fruição colectiva do ambiente por todos os cidadãos.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Diogo Freitas do. **Análise preliminar da Lei de Bases do Ambiente**. In: *SI*, n. 241-243, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Revista de Legislação e Jurisprudência**, ano 125, n. 3829-3830, 1993, p. 121 ss.

GOMES, Carla Amado. A responsabilidade civil por dano ecológico. Reflexões preliminares sobre o novo regime jurídico instituído pelo DL 147/2008, de 29 de Julho. In: **Textos dispersos de Direito do Ambiente**, Lisboa, n. III, 2010.

\_\_\_\_\_. Direito Administrativo do Ambiente. In: OTERO, Paulo; GONÇALVES, Pedro (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo especial**. Coimbra: [s.d.], 2009, v. I.

\_\_\_\_\_. Participação pública e defesa do ambiente: um silêncio crescentemente ensurdecedor. Monólogo com jurisprudência em fundo. In: **CJA**, n. 77, 2009.

\_\_\_\_\_. **Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente**. Coimbra: [s.d.], 2007, p. 555-608.

GONÇALVES, Pedro. O direito de acesso à informação detida por empresas do sector público. In: **CJA**, n. 81, 2010.

MIRANDA, João. O acesso à informação administrativa não procedimental das entidades privadas. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Manuel Sérvulo Correia**. Lisboa: [s.d.], 2010, v. II.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: [s.d.], 2010, v. 5.

REIS, João Pereira. **Lei de Bases do Ambiente, Anotada e Comentada**. Coimbra: [s.d.], 1992.

SILVA, Jorge Pereira da. Breve ensaio sobre a protecção constitucional das gerações futuras. In: **Em homenagem ao Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral**. Coimbra: [s.d.], 2010.

SPYKE, Nancy Perkins. Public participation in environmental decisionmaking at the new millennium: structuring new spheres of public influence. In: **Boston College Environmental Affairs Law Review**, 1997.2.

1 O texto que ora se publica corresponde à intervenção da autora no Colóquio subordinado ao tema **A revisão da Lei de Bases do Ambiente**, que teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, nos dias 2 e 3 de Fevereiro de 2011, sob a égide do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas.

O título é uma homenagem a Graham Greene, tomado da obra homónima *“The heart of the matter”*.

2 Cfr. DAR, I, nº 29, de 10 de Janeiro de 1987, pp. 1219 segs a lei mereceu apenas votos contra dos deputados do CDS e do deputado independente Borges de Carvalho.

3 O artigo 3º/2/g) do DL 224-A/96, de 26 de Novembro (que aprovou um novo Código de Custas Judiciais, hoje revogado pelo DL 34/2008, de 26 de Fevereiro) manteve a isenção de custas consagrada no artigo 44º/1 da LBA logo, não operou qualquer alteração.

4 AMARAL, Diogo Freitas do. **Análise preliminar da Lei de Bases do Ambiente**. In: *SI*, nºs 241-243, 1993, pp. 43 segs.

5 REIS, João Pereira. **Lei de Bases do Ambiente, Anotada e Comentada**. Coimbra: [s.d.], 1992, p. 5.

6 Sobre a figura da Lei de Bases, veja-se MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: [s.d.], 2010, v. 5, pp. 404 segs.

7 Acórdão do Tribunal Constitucional 368/92, que procede à declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral das normas do diploma referido. A declaração prende-se com o facto de o diploma constituir uma intervenção inovatória do Governo em matéria de bases do sistema de protecção do ambiente, pertencente à reserva da Assembleia da República, e surge após três julgamentos de inconstitucionalidade em fiscalização concreta. O texto do acórdão pode ler-se, acompanhado de **anotação** de CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Revista de Legislação e Jurisprudência**, ano 125, n. 3829-3830, 1993, pp. 121 segs.

8 REIS, op. cit., p. 103.

- 9 Ressalvada a protecção dos recursos biológicos marinhos, que faz parte das competências exclusivas, no âmbito da política das pescas [artigo 3/1/d) do TFUE].
- 10 Anote-se, contudo, o nosso esforço de parametrização do DL 147/2008 pela LBA, propondo uma interpretação conforme a esta nomeadamente, conforme ao artigo 6º da LBA do lote de componentes ambientais naturais susceptíveis de sofrer danos ecológicos GOMES, Carla Amado. A responsabilidade civil por dano ecológico. Reflexões preliminares sobre o novo regime jurídico instituído pelo DL 147/2008, de 29 de Julho. In: **Textos dispersos de Direito do Ambiente**, Lisboa, n. III, 2010, p. 11-28.
- 11 Para a demonstração desta afirmação, veja-se GOMES, op. cit., p. 42-44.
- 12 Cfr. o nosso **Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente**. Coimbra: [s.d.], 2007, p. 555-608.
- 13 Alçando (teoricamente) a Lei de Bases do Ambiente a *lei duplamente reforçada*: do ambiente no sentido estrito da alínea g) do nº 1 do artigo 165º da CRP, e dos restantes objectos que contempla por força da perspectiva ampla em que assenta.
- 14 Para mais desenvolvimentos, veja-se o nosso **Direito Administrativo do Ambiente**. In: OTERO, Paulo; GONÇALVES, Pedro (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo especial**. Coimbra: [s.d.], 2009, v. I, p. 159 ss, 170-176.
- 15 Não resistimos a chamar aqui um exemplo comparado, recentíssimo, da Constituição queniana de 2010 a qual, depois de proclamar o “right to a clean and healthy environment” (artigo 42), consagra o direito de acesso à justiça ambiental para prevenir, fazer cessar e obter reparação de ofensas ao ambiente, sendo que “the applicant does not have to demonstrate that any person has incurred loss or suffered injury” artigo 70/3. Ou seja, sem abrir mão da *fórmula encantatória* do “direito ao ambiente”, o legislador constituinte queniano teve a percepção da natureza colectiva do interesse em jogo, aliando a legitimidade popular à sua defesa.
- 16 Na opinião de João MIRANDA O acesso à informação administrativa não procedimental das entidades privadas. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Manuel Sérvulo Correia**. Lisboa: [s.d.], 2010, v. II., p. 433 ss, 442, nota 21), a autonomização do direito de acesso à informação ambiental na Lei 19/2006 é dispensável, podendo constituir um Capítulo da Lei 46/2007, de 24 de Agosto. O objectivo do legislador português terá sido atestar o bom cumprimento do Direito da União Europeia, destacando o regime que tem particularidades sensíveis em face do regime geral, nomeadamente quanto à legitimidade dos requerentes e aos fundamentos de indeferimento em diploma autónomo.
- 17 Note-se que, nem o artigo 9º da Lei 19/2006 que dispõe sobre os prazos de disponibilização da informação nada refere quanto ao prazo de comunicação da necessidade de prorrogação do prazo, nem o artigo 11º do mesmo diploma se pronuncia sobre o prazo de comunicação do diferimento da satisfação do pedido para momento posterior facto que pode, desnecessariamente, promover a litigiosidade.
- 18 Vejam-se os pareceres da CADA nº 190, de 15 de Julho de 2009 (proc. 187/200); nº 329, de 2 de Dezembro de 2009 (proc. 253/2009); e nº 164, de 16 de Junho de 2010 (proc. 224/2010). Na jurisprudência, compagine-se o Acórdão do STA de 7 de Janeiro de 2009 (proc. 0484/08), com anotação (discordante) de GONÇALVES, Pedro. **O direito de acesso à informação detida por empresas do sector público**. In: *CJA*, nº 81, 2010, pp. 3 segs.
- 19 Por último sobre a tutela dos interesses de fruição do ambiente pelas gerações futuras, SILVA, Jorge Pereira da. Breve ensaio sobre a protecção constitucional das gerações futuras. In: **Em homenagem ao Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral**. Coimbra: [s.d.], 2010, pp. 459 segs (em termos que, salvo o devido respeito, não acompanhamos).
- 20 Cfr. o nosso **Participação pública e defesa do ambiente: um silêncio crescentemente ensurdecedor**. Monólogo com jurisprudência em fundo. In: *CJA*, n. 77, 2009, pp. 3 segs.
- 21 SPYKE, Nancy Perkins. Public participation in environmental decisionmaking at the new millennium: structuring new spheres of public influence. In: **Boston College Environmental Affairs Law Review**, 1997/2, p. 263 segs, 267.
- 22 Vias essas que, no contexto actual, correspondem à intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias prevista no artigo 109º do CPTA. Note-se que laboramos no pressuposto de que o direito à participação em procedimentos de decisão (normativa e individual) com incidência ambiental é um *direito fundamental procedimental* em sentido próprio, por força da articulação entre os artigos 66º/2 e 52º/3/a) da CRP (aqui concretamente no que concerne ao interesse difuso *ambiente*).
- 23 Veja-se AMARAL, op. cit., p. 49-50.
- 24 Tendemos a excluir as autarquias do catálogo de autores populares em razão da sua contenção territorial que, por um lado, lhes veda a competência para intervir em favor de bens cuja tutela não tem a seu cargo

e, por outro lado, transforma a tutela daqueles que se encontram sob sua jurisdição em *defesa publicizada de interesses colectivos* ou seja, tarefa pública autárquica.

25 Note-se que “os árbitros julgam segundo o direito constituído, a menos que as partes, na convenção de arbitragem ou em documento subscrito até a aceitação do primeiro árbitro, as autorizem a julgar segundo a equidade” artigo 22º da Lei 31/86, de 29 de Agosto.

26 GOMES, *Direito Administrativo do Ambiente*, op. cit., p. 273-275.

27 O artigo 412º/2 do CPC admite, na providência cautelar especificada de embargo de obra nova, que o embargo extrajudicial se faça na presença de duas testemunhas, tão pronto quanto o lesado/futuro autor de acção condenatória em pedido de demolição da obra presumivelmente ilegal constata a lesão do direito/interesse (este embargo caduca se no prazo de cinco dias não for requerida a sua ratificação judicial). O problema é que este regime é aplicável apenas em sede desta providência cautelar, que se revela inadequada a fornecer tutela a situações, por exemplo, de poluição.

## THE (GREEN) HEART OF THE MATTER: THE PROCEDURAL ASPECT OF THE ENVIRONMENTAL PROTECTION AND THE REVISION OF THE ENVIRONMENTAL BASES ACT

### ABSTRACT

The Environmental Bases Act (LBA) completed twenty years of existence in 2007. The entry into force of the LBA was a determining factor for building the legal order in the field of environmental protection we now have in Portugal. However, the Portuguese environmental legislator is limited to the strict statism promoted by the European Union law, a fact which restricts the real relevance of the LBA. The convenience of revising the LBA is, therefore, linked to two opposite trends. In formal terms, the revision is relevant, as it would promote the adjustment of the LBA, in accordance with the development-minded legislation created in the European Union circles. On the other hand, however, if we appreciate the matter from a material outlook, the revision is basically irrelevant, due to the force of the Environmental Law of the European Union. Under the reality of these limits, we developed our studies on the procedural aspect of environmental protection, or, in other words, about the real meaning of the “right to environment” found in Section 66º/1 of the Portuguese Constitution.

**Keywords:** Right to environment. Environmental Law. Environmental Bases Act (LBA). European Union law. Procedure.

# LA CHARTE CONSTITUTIONNELLE DE L'ENVIRONNEMENT DEVANT LES JUGES CONSTITUTIONNELS ET ADMINISTRATIFS FRANÇAIS

Fabrice Bin\*

## RESUMO

O presente artigo levanta uma discussão acerca da controvertida questão da natureza jurídica da Carta Constitucional do ambiente de 2005, sob a ótica dos juízes franceses, concentrando a sua análise, notadamente, em dois aspectos: o problema do estatuto jurídico da Carta e a questão de sua justiciabilidade.

**Palavras-chave:** Carta Constitucional do Ambiente. Natureza jurídica. Justiciabilidade. Controvérsia jurisprudencial.

Présentée comme l'illustration évidente de la théorie des trois générations de droits fondamentaux<sup>1</sup>, la Charte de l'environnement matérialise, en droit français, la constitutionnalisation des droits liés à l'environnement.

Après les droits civils et politiques caractéristiques des déclarations du XVIII<sup>e</sup> siècle, les droits économiques sociaux et culturels (qui correspondraient aux « droits-créances ») de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et du milieu du XX<sup>e</sup> siècle, Karel Vasak identifie une « 3<sup>e</sup> génération » à la fin du XX<sup>e</sup> siècle avec les « droits de solidarités »<sup>2</sup>, parmi lesquels sont traditionnellement placés les droits relatifs à la protection de l'environnement. Malgré les critiques nombreuses dont elle fait l'objet<sup>3</sup>, cette présentation « générationnelle » des droits fondamentaux, a un très grand succès, sans doute dû à sa force d'évocation historique et au modernisme dont elle pare automatiquement les nouveaux droits présentés dans sa perspective.

Les discours officiels des promoteurs de l'inclusion, dans le bloc de constitutionnalité français, d'une Charte de l'environnement ont systématiquement mis en avant une nécessité historique<sup>4</sup>. Suite à la réunion d'une commission de scientifiques chargée de préparer le projet<sup>5</sup>, le Président de la République exerça une pression continue sur sa majorité politique pour obtenir l'adoption de la Charte<sup>6</sup>. Prolongement d'une « lente maturation »<sup>7</sup> et d'une « expérience inédite de démocratie participative constitutionnelle »<sup>8</sup>, elle fut, pour reprendre l'expression du Président de la République, « adossée » à la Constitution par l'adoption,

---

\* Maître de conférences en droit public. Ecole de droit de la Sorbonne. Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne.



le 24 juin 2004, en des termes identiques par les deux chambres, du projet de loi constitutionnelle relatif à son adoption. Le Parlement réuni en congrès adopta le 28 février la loi constitutionnelle qui fut promulguée le 1<sup>er</sup> mars 2005<sup>9</sup>.

Entre l'adoption en conseil des ministres le 25 juin 2003 du projet de loi constitutionnelle<sup>10</sup> et sa promulgation, d'intenses débats parlementaires ont souligné les problèmes de conciliation entre les nobles principes défendus par le Président de la République et les craintes plus prosaïques d'une grande partie de sa majorité que ces nouveaux principes constitutionnels ne donnent aux juridictions les moyens de mener une véritable politique environnementaliste contre les entreprises polluantes et les pouvoirs publics pas assez impliqués dans la défense de l'environnement. Cette méfiance à l'égard des risques de multiplication des contraintes juridiques, dans le cadre de la gestion des mandats locaux largement détenus par les parlementaires, était bien évidemment décuplée chez ceux qui étaient idéologiquement réticents à la protection de l'environnement.

Dès l'origine, la Charte de l'environnement suscita donc une controverse importante quant à sa véritable portée juridique. N'était-ce qu'une déclaration d'intention politique ou la consécration constitutionnelle de véritables principes juridiques – c'est-à-dire de normes assorties de sanctions juridictionnelles – principes dont certains avaient déjà pénétré le droit français, mais avec seul rang légal, avec la loi Barnier du 2 février 1995?

La question de la nature juridique des différents droits proclamés dans la Charte n'a d'ailleurs pas qu'un intérêt pédagogique. En effet, selon les classements utilisés, la portée juridique des droits et libertés fondamentales peut fortement contribuer à leur caractérisation. Or, justement, à propos de cette Charte « adossée » à la Constitution, la question de sa portée juridique a, dès l'origine, posé question. Les universitaires s'interrogèrent alors et débattent encore, pour identifier derrière l'éventuel « leurre constitutionnel »<sup>11</sup>, l'existence d'un « droit dur » ou d'un « gadget politique »<sup>12</sup>. Le problème de son invocabilité contentieuse est scruté<sup>13</sup>. Dès 2003, B. Mathieu, par exemple, soutenait qu'elle n'avait pas de portée normative directe<sup>14</sup>. L'hétérogénéité de la Charte implique à ce propos d'opérer une stricte distinction selon les différents articles. Si le principe de précaution (art. 5) est le plus souvent considéré comme étant directement invocable (c'est d'ailleurs ce qui a suscité à son égard un très grand nombre d'oppositions parlementaires), la plupart des autres articles sont considérés souvent comme faiblement normatifs. Cependant, cette présentation synthétique est fautive dans la mesure où même les articles 1<sup>er</sup> et 2 de la Charte, qui contiennent respectivement le « droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé » et le « devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement », ont fait l'objet d'analyses contraires<sup>15</sup>.

Ce problème juridique n'est en France ni nouveau ni spécifique au droit de l'environnement. En effet, au sein de ce qu'il est convenu d'appeler le « bloc de constitutionnalité », il est nécessaire d'opérer une distinction entre la valeur juridique (égale pour tous les éléments) et l'invocabilité, c'est-à-dire ici, l'effet



direct pour les justiciables, s'ils peuvent s'en prévaloir lors d'un contentieux. C'est le problème récurrent des « droits à... », problème qui doit être résolu soit par l'intervention du législateur, comme cela a été le cas pour le droit au logement, avec la création d'un « droit au logement opposable » (dont l'efficacité est encore contestée) ou par la voix contentieuse. Cette question peut d'ailleurs recevoir plusieurs réponses, selon le droit en cause, dans les contentieux résolus devant le juge administratif<sup>16</sup>. En ce qui concerne le droit à la santé par exemple, le Conseil d'Etat a refusé d'y reconnaître un droit pouvant être protégé au moyen de la procédure d'urgence du référé liberté<sup>17</sup>. La question de l'invocabilité de la Charte de l'environnement a suscité dès l'origine les interrogations les plus diverses. L'enjeu était fondamental : le juge administratif pouvait assurer la pleine efficacité de la Charte ou au contraire en limiter fortement la portée et la repousser dans le champ des seuls objectifs politiques.

Dès lors, la question de la nature juridique de la Charte constitutionnelle de l'environnement pour les juges constitutionnels et administratifs, qui entretiennent un « dialogue des juges » assez particulier, revêt deux aspects : le problème du statut juridique de la Charte et la question de son invocabilité. Si le premier a été facilement résolu (I), le second est plus complexe (II).

## 1 UNE VALEUR CONSTITUTIONNELLE ASSURÉE

Les principes fondamentaux de la hiérarchie des normes, comme la confirmation logique des décisions passées exigeait que la Charte de l'environnement, compte tenu de raisons juridiques purement formelles, se voit reconnaître une valeur juridique de rang constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel n'a ainsi fait que confirmer sa jurisprudence passée à l'égard d'un texte faisant partie du bloc de constitutionnalité (A). Le Conseil d'Etat, qui tient scrupuleusement compte des décisions du Conseil constitutionnel, en a fait de même dans un arrêt d'Assemblée récent et désormais célèbre, celui du 3 octobre 2008 « Commune d'Annecy » (B).

### 1.1 Un statut normatif constitutionnellement évident

La logique formaliste indépassable dans le système juridique français exigeait de reconnaître à la Charte une valeur constitutionnelle. Elle a été confirmée par le Conseil constitutionnel qui voit ainsi s'accroître les exigences environnementales qu'il utilisait déjà dans ses décisions de conformité à la Constitution.

#### 1.1.1 Une application du principe du formalisme constitutionnel

Selon l'approche formaliste de la Constitution, telle qu'elle a pu être conçue notamment par le juge Marshall et reprise par nombre de juristes, un texte explicitement distingué, par des procédures d'adoption et de protection, du reste des lois d'un système juridique pour être placé à sa tête est de valeur constitutionnelle. Depuis que le Conseil constitutionnel, dans sa célèbre décision

de 1971 dite « Liberté d'association »<sup>18</sup>, a reconnu la valeur constitutionnelle de l'ensemble des textes visés par le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, l'ensemble formé par le texte de la Constitution et les différents textes auxquels son préambule fait référence, appelé couramment « bloc de constitutionnalité », contient des normes qui sont toutes, de façon égale, de rang constitutionnel.

Or, comme le souligne le sénateur Gélard dans son rapport, « *la valeur juridique de la Charte ne soulève pas d'équivoque : par son mode d'adoption sous la forme d'une loi constitutionnelle et par la référence introduite dans le préambule de la Constitution aux « droits et devoirs » de la Charte (article 1<sup>er</sup> du projet de loi constitutionnelle), la Charte dans son ensemble (le préambule et les articles) aura valeur constitutionnelle.* »<sup>19</sup> Nous souscrivons entièrement à cette analyse. Conférer à la Charte une valeur constitutionnelle était d'ailleurs bien l'objectif des promoteurs de cette réforme.

### 1.1.2 La confirmation de la valeur constitutionnelle de la Charte par le Conseil constitutionnel.

Compte tenu de sa jurisprudence passée, le Conseil a clairement souligné la valeur juridique de la Charte constitutionnelle de l'environnement dans plusieurs décisions récentes. Il s'est tout d'abord contenté, par deux fois dès 2005, de contrôler une disposition par rapport aux dispositions de la Charte<sup>20</sup>. Puis, dans sa décision du 19 juin 2008, dite « Organismes génétiquement modifiés – (OGM) », le Conseil a explicitement reconnu que les dispositions de l'article 5 « *comme l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, ont valeur constitutionnelle [et] qu'elles s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif* »<sup>21</sup>.

Il en tire les conséquences contentieuses logiques en précisant « *que, dès lors, il incombe au Conseil constitutionnel, saisi en application de l'article 61 de la Constitution, de s'assurer que le législateur n'a pas méconnu le principe de précaution et a pris des mesures propres à garantir son respect par les autres autorités publiques* »<sup>22</sup>. Comme cela a déjà été reconnu dans des jurisprudences plus anciennes, la valeur constitutionnelle de la Charte est égale à celle des autres dispositions contenues dans les textes faisant partie du bloc de constitutionnalité<sup>23</sup>. Si certains de ces principes ne sont pas nouveaux, leur promotion au rang constitutionnel vient renforcer la place des considérations environnementales dans la jurisprudence du Conseil.

### 1.1.3 Le renforcement du droit de l'environnement dans le contentieux constitutionnel

Le professeur B. Mathieu avait déjà souligné que « *dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois, le Conseil Constitutionnel prend d'ores et déjà en compte des considérations environnementales* »<sup>24</sup>. Il citait à ce propos des décisions n°2000-441 DC (sous la forme de la lutte contre l'effet de serre)<sup>25</sup>

et 2002-464 DC<sup>26</sup> où le Conseil avait exercé son contrôle de la loi en prenant en compte la protection de l'environnement comme but d'intérêt général. Ces premiers éléments ont été particulièrement renforcés par l'introduction dans le bloc de constitutionnalité de la Charte de l'environnement, texte beaucoup plus complet, présentant la très grande particularité d'être spécialisé<sup>27</sup>, confirmant en cela les prévisions du sénateur J. Bizet<sup>28</sup>.

L'application directe de la Charte de l'environnement par le Conseil constitutionnel dans ses décisions relatives à la constitutionnalité des lois dont il est saisi n'emporte pas pour autant invocabilité générale de la Charte dans les contentieux noués devant les juges civils ou administratifs. Elle implique cependant logiquement la reconnaissance du même statut constitutionnel à la Charte par les juges ordinaires, et notamment par le juge administratif.

## 1.2 Un constat logiquement consacré par le Conseil d'Etat

Compte tenu des décisions précitées du Conseil constitutionnel et de ses décisions plus particulièrement consacrées à la Charte de l'environnement, le Conseil d'Etat pouvait difficilement écarter la valeur constitutionnelle de ladite Charte.

### 1.2.1 *Le respect par le Conseil d'Etat de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*

Le Conseil d'Etat n'est certes pas toujours en parfaite harmonie avec le Conseil constitutionnel. Il a parfois pu être relevé que leurs positions ne se recouvraient pas exactement. Il s'agit cependant de cas isolés : que ce soit l'affirmation de sa propre compétence normative constitutionnelle sur le cas limité des Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR)<sup>29</sup> – à propos desquels, il est vrai, le Conseil constitutionnel n'a jamais affirmé sa compétence exclusive<sup>30</sup> – ou la conciliation du droit de grève avec son encadrement normatif, réservé strictement au législateur par le Conseil constitutionnel<sup>31</sup>, et confié de façon supplétive au gouvernement par le Conseil d'Etat<sup>32</sup>. Il faut à ce propos rappeler que les deux juges s'adaptent aussi à la spécificité des contentieux dont ils ont à connaître.

Cependant, de façon générale, il faut souligner le très grand respect manifesté par le Conseil d'Etat aux décisions du Conseil constitutionnel, appliquant ainsi presque scrupuleusement l'article 62 de la Constitution ; même s'il est possible de distinguer à ce propos l'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel comme conforme à la Constitution, qui repose justement pleinement sur l'article 62 de la Constitution, et l'autorité des créations normatives contenues dans sa jurisprudence<sup>33</sup>. Sur la valeur de la Charte, il ne pouvait donc que le suivre.

### 1.2.2 *La confirmation par le Conseil d'Etat de la valeur constitutionnelle de la Charte.*

Les contentieux en référé ouverts rapidement après l'adoption de la Charte de l'environnement n'avaient pas pu donner lieu à une décision du Conseil d'Etat prenant ladite Charte pour fondement à sa solution<sup>34</sup>. Un problème d'application concurrente de la loi du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne, dite couramment « loi montagne » et de celle du 3 janvier 1986 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral dite « loi littoral », a récemment finalement permis au Conseil d'Etat de prendre explicitement position sur la question préalable et fondamentale de la valeur de la Charte de l'environnement. Le Conseil fut saisi à ce sujet par la Commune d'Annecy qui, souhaitant demeurer sous le régime de la loi montagne, contestait un décret du 1<sup>er</sup> août 2006 par lequel le Gouvernement fixait une procédure de délimitation des secteurs où la « loi littoral » s'appliquerait seule, procédure comportant une enquête publique. Or, d'après l'art. 7 de la Charte constitutionnelle, la participation des populations aux décisions administratives est un principe constitutionnel et seul le législateur était désormais compétent en matière d'organisation de la concertation. Particulièrement stimulé par le caractère inédit de ce contentieux, le commissaire du gouvernement Y. Aguila, dans ses très brillantes conclusions sur l'affaire, suggéra à l'assemblée du Conseil de reconnaître explicitement la valeur constitutionnelle de la Charte, en suivant ainsi le Conseil constitutionnel, et d'annuler le décret attaqué, en appliquant directement l'article 7 de la Charte<sup>35</sup>.

Par sa décision du 3 octobre 2008, l'Assemblée du Conseil d'Etat, a consacré la valeur juridique de « l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement »<sup>36</sup>. Le communiqué de presse paru à cette occasion souligne que, conformément au souhait du commissaire du Gouvernement Aguila, cette décision est « en harmonie avec la décision du Conseil constitutionnel du 19 juin 2008 sur la loi relative aux organismes génétiquement modifiés ». Cependant, si le Conseil d'Etat annule bien le décret comme cela lui était proposé, c'est sur le fondement de l'incompétence du pouvoir exécutif, soit un seul des moyens soulevés par le requérant. C'est une démarche classique pour le juge administratif que de traiter d'abord les questions de compétences et en cas de vice sur ce fondement, d'annuler l'acte réglementaire attaqué sans examiner les autres moyens. Mais cela a le désavantage, pour les observateurs (et l'avantage pour lui) de laisser les autres questions en suspens.

### 1.2.3 *L'absence de réponse apportée à la question de l'invocabilité de la Charte*

Le commissaire du gouvernement Y. Aguila, s'il a été suivi sur ce premier point par l'Assemblée du Conseil d'Etat, proposait à ses membres d'aller beaucoup plus loin. Motivé, il est vrai, par une perspective grandiose quant au principe de participation (la confirmation des textes internationaux et de la dimension historique de la Charte de l'environnement), il considérait qu'il fallait reconnaître la possibilité aux justiciables d'invoquer un principe constitutionnel même trop

général, non pas comme un droit subjectif mais a minima, en quelque sorte, à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir contre un acte réglementaire<sup>37</sup>. Sur ce point, l'Assemblée du Conseil d'Etat ne s'est pas prononcée<sup>38</sup> et si elle n'a annulé le décret attaqué, comme le souhaitait le commissaire du gouvernement Aguila, ce n'est que sur le fondement d'un vice d'incompétence<sup>39</sup>.

Dans sa décision d'Assemblée du 3 octobre 2008, le Conseil d'Etat ne s'est donc pas contenté de reconnaître explicitement la valeur constitutionnelle de la Charte de l'environnement, il a également procédé à son application. Cependant, en choisissant de résoudre une question de compétence normative plutôt que de procéder, comme l'y invitait le commissaire du gouvernement, à une application du contenu de la norme, le Conseil d'Etat n'a pas explicitement tranché l'invocabilité contentieuse directe de la Charte par le justiciable.

## 2 UNE INVOCABILITE CONTENTIEUSE PLUS ALEATOIRE

La question de l'invocabilité directe de la Charte de l'environnement par les justiciables à l'occasion de leur contentieux a été anticipée dès l'élaboration de celle-ci par le pouvoir constituant. Si les réticences des constituants à ce propos apparaissent dans les débats (A), le juge administratif n'a pas adopté une attitude complètement fermée sur cette question mais avance néanmoins prudemment (B).

### 2.1 Une réticence évidente du constituant

L'interprétation de la Charte de l'environnement, et plus particulièrement de son invocabilité, peut passer par une identification de la volonté de son auteur à ce sujet. C'est une démarche particulièrement délicate en matière constitutionnelle puisque derrière l'auteur juridique du texte, le constituant, c'est en fait l'auteur littéraire et politique de celui-ci qui est recherché.<sup>40</sup> Cela ne va pas sans poser des problèmes en matière de théorie du droit<sup>41</sup>, mais c'est la pratique courante et elle a le mérite de chercher à identifier l'objectif poursuivi lors de la rédaction du texte.<sup>42</sup>

#### 2.1.1 Des débats clairs quant à leurs objectifs

A propos de la Charte de l'environnement, on peut reconnaître avec les Maîtres des requêtes Geffray et Liéber que les parlementaires ont mélangés plusieurs questions en assimilant absence d'applicabilité immédiate et caractère non invocable devant le juge ordinaire. Ces questions, si elles sont liées, ne sont pas identiques<sup>43</sup>. Cependant, par ce fait même, les débats parlementaires apportent une très grande clarification quant à la portée juridique de la Charte attendue par le pouvoir constituant : elle doit en réalité être proche de la nullité.

En effet, lors des débats parlementaires relatifs à la rédaction de la Charte

constitutionnelle de l'environnement, la totalité des interventions relatives à l'invocabilité directe de la Charte ont défendu explicitement une conception extrêmement restrictive de celle-ci. Seul l'article 5 (principe de précaution) était conçu comme directement invocable devant le juge par les justiciables et encore uniquement, ce qui semble logique, à l'encontre de l'Etat. Ainsi, dans son rapport, le sénateur P. Gélard, par ailleurs éminent constitutionnaliste, opère une distinction entre la valeur juridique de la Charte dont on a vu *supra* qu'elle ne pouvait être que constitutionnelle et « la portée des dispositions qu'elle comporte », qui nous intéressent du point de vue de leur invocabilité. A ce propos, il distingue les articles 3, 4 et 7 qui, renvoyant explicitement à la loi, « ne sont pas directement applicables » ; les articles 6, 8, 9 et 10, qui constituent des obligations à caractère politique et non des obligations juridiques ; les articles 1 et 2, qui « dépendent des principes d'action posés aux articles suivants » et « n'ont donc pas en eux-mêmes d'effets directs » ; de l'article 5 (**principe de précaution**), « défini de manière précise sans que son application soit renvoyée au législateur » et qui seul, « peut être considéré comme d'application directe »<sup>44</sup>. Les débats parlementaires donnent lieu à des précisions allant toutes dans le même sens. Ainsi, Patrick Ollier, président de la commission des affaires économiques précise bien que l'article 5 mis à part, « les droits-créances énoncés dans tous les autres articles de la charte [...] ne sont pas directement invocables par les justiciables et [...] nécessiteront l'intervention ultérieure du législateur »<sup>45</sup>. Le gouvernement défend une interprétation identique, rappelée par exemple à l'occasion d'une réponse à la question d'un député<sup>46</sup>.

La précision régulière par le constituant des « conditions prévues par la loi » lors de la rédaction des articles 3, 4 et 7, avait explicitement pour but d'empêcher cette invocabilité directe devant le juge (hormis le Conseil constitutionnel) et d'assurer au législateur la mainmise la plus étendue sur la mise en œuvre des grands principes du droit de l'environnement.

### 2.1.2. Mais des débats formulés stratégiquement.

De façon assez semblable aux observations qui ont pu être faites à propos de De Gaulle décrivant le rôle primordial du Premier ministre devant le Comité constitutionnel consultatif, il est ici possible d'observer l'expression particulièrement maîtrisée des autorités gouvernementales lors des débats parlementaires relatifs à la Charte de l'environnement. Il s'agit vraisemblablement d'une application de stratégies oratoires et argumentaires en partie décrites (mais dans un tout autre contexte) par Léo Strauss : il y a eu derrière la forme choisie un discours caché. Ainsi, il est possible de soutenir que les positions exprimées par les défenseurs de la Charte de l'environnement ont sciemment épousé les souhaits des parlementaires afin d'obtenir un objectif stratégique à court terme : l'adoption de la réforme constitutionnelle introduisant la Charte dans le bloc de constitutionnalité. En effet, une part importante de la majorité parlementaire d'alors n'épousait pas le combat environnementaliste. L'analyse

très restrictive qui a été développée, et qui a été évoquée *supra*, notamment par Mme Kosciusko-Morizet, rapporteur pour l'Assemblée nationale, avait clairement pour but de se concilier les représentants hostiles à toute portée excessive de la Charte de l'environnement, c'est-à-dire, pour certains d'entre eux, à toute portée juridique tout court<sup>47</sup>. Dès lors, compte tenu des ces différents niveaux du discours politique, il n'est pas certain que la volonté du constituant ait été suffisamment précise, malgré une expression qui a généralement été assez claire en se centrant sur le rôle fondamental du Parlement quant à la mise en œuvre des principes de la Charte. Quoiqu'il en soit, cette incertitude ouvre le champ aux très diverses interprétations dont la portée de la Charte et, pour ce qui nous intéresse, son invocabilité contentieuse, ont pu être l'objet.

### 2.1.3. *Le choix toujours possible d'une autre interprétation de la Charte.*

La volonté initiale du constituant, si elle peut être un guide d'interprétation n'en est pas la maîtresse absolue. La célèbre décision précitée de 1971 est ainsi largement considérée comme apportant une rupture en étant clairement opposée à la volonté des « constituants » de 1958. Bien évidemment, tout ce débat repose uniquement sur une conception particulière qui voudrait que le texte ait eu à l'origine un sens spécifique, sens qui peut être amené à changer selon la volonté des « interprètes authentiques », pour reprendre ici la formule de Kelsen, amenés à le mettre en application. Cela n'a rien à voir avec la conception logique normative qui évacue cette conception du débat strictement juridique<sup>48</sup>.

Ici, le choix d'une technique d'interprétation téléologique, le choix d'interpréter l'invocabilité de la Charte de l'environnement en fonction de ses buts, peut donner lieu à un résultat complètement opposé à celui obtenu à la lecture primaire des débats parlementaires lors de son élaboration. En effet, la logique fondamentale de la Charte constitutionnelle de l'environnement réside bien dans la volonté de donner la force juridique la plus forte aux principes de l'environnement afin de transformer le système juridique d'ensemble de la Nation française, système encadré par sa Constitution. Dès lors, de la même façon que, dans l'arrêt *Marbury v. Madison* du 24 février 1803<sup>49</sup>, la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique a posé la nécessité de sa compétence en matière de contrôle de constitutionnalité des normes, ou que, dans l'arrêt du 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*<sup>50</sup>, la Cour de Justice des Communautés européennes a défendu la primauté du droit communautaire sur le droit des Etats membres, il est nécessaire, si l'on veut donner l'efficacité la plus grande à la Charte constitutionnelle de l'environnement (mais on a vu que ce n'était justement pas le but des parlementaires), de reconnaître son invocabilité devant le juge ordinaire.

Néanmoins, malgré un enthousiasme initial particulièrement créatif de tribunaux administratifs, le Conseil d'Etat a, dans le respect des souhaits du constituant, opté pour une approche des plus prudentes de l'invocabilité directe de la Charte de l'environnement dans le contentieux.



## 2.2 Une approche très mesurée du juge administratif

La jurisprudence est pour le moment relativement limitée. Il faut remarquer une certaine agitation intellectuelle autour du référé liberté, innovation la plus originale de la loi du 30 juin 2000, avec la jurisprudence isolée et précitée du juge des référés du Tribunal Administratif de Châlons-en-Champagne du 29 avril 2005. Cependant, jusqu'à présent, et la décision de principe du 3 octobre 2008 précitée le confirme, les décisions du Conseil d'Etat restent clairement marquées par les deux lignes de forces principales du débat parlementaire : le principe de la compétence du législateur dans la mise en œuvre de la Charte de l'environnement et la faible précision des principes de la Charte, conçue comme une limite à son invocabilité directe. Toute la question se résume donc à savoir quand le juge sortira des limites déterminées dans le cadre des Assemblées parlementaires.

### 2.2.1 Une jurisprudence centrée jusqu'à présent sur les questions de compétences législative

Comme cela a été évoqué supra, la question de l'invocabilité de la Charte constitutionnelle de l'environnement a été très rapidement soulevée devant les juges administratifs du premier degré à l'occasion de contentieux d'urgence, dans le cadre de référés-liberté, comme le doyen Prieur l'avait d'ailleurs anticipé. Le Tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a ainsi eu l'honneur des publications juridiques en étant le premier à reconnaître, sur le base de l'article 1<sup>er</sup> de la Charte, l'existence d'un droit fondamental subjectif à l'environnement détenu par les justiciables<sup>51</sup>. Il a été rapidement contredit par d'autres tribunaux administratifs<sup>52</sup>. Malheureusement, le Conseil d'Etat avait jusqu'alors évité de prendre position<sup>53</sup>. Il est permis de penser que Cour administrative suprême était des plus réservée quant à l'affirmation d'un véritable droit subjectif invocable à l'occasion de référé-liberté. Quoiqu'il en soit, l'incertitude régnait.

Avant sa décision d'Assemblée, *Commune d'Annecy*, le Conseil d'Etat avait néanmoins précisé, par deux décisions rendues en 2006, que lorsqu'une loi met en œuvre la Charte de l'environnement, la méconnaissance directe de cette dernière ne peut utilement être invoquée, l'hypothèse de contrariété d'une loi antérieure à la Charte entraînant son abrogation implicite<sup>54</sup>. Peut-on en déduire qu'en l'absence de loi de mise en œuvre, la Charte pourrait être directement invoquée ? C'est peu probable, sauf à adopter un raisonnement *a contrario* que rien ne justifie. Il est toujours possible mais la lecture de l'arrêt amène à ne constater qu'une seule solution formulée par le Conseil d'Etat : celle applicable en présence d'un écran législatif et rien de plus<sup>55</sup>. Si l'on s'en tient à cette seule évidence, les décisions de 2006 et 2008 du Conseil d'Etat sont très clairement, et habilement situées sur ce qui fut sans doute un des points majeurs du débat parlementaire : la défense de la compétence législative. Dans les trois jurisprudences précitées, le Conseil d'Etat applique la Charte de l'environnement dans la perspective la plus à même de satisfaire le constituant, ici identifié comme nous l'avons vu aux parlementaires : la défense des préro-



gatives du législateur, que ce soit par rapport aux prétentions des justiciables ou par rapport aux empiètements du pouvoir réglementaire. Dans ces deux cas, la formulation volontairement imprécise des principes a pu contribuer à cette position mesurée de la Cour administrative suprême.

### 2.2.2 *Les conséquences contemporaines d'une formulation vague des principes de la Charte*

En rédigeant de façon particulièrement souple (mais n'est-ce pas souvent la règle dans une déclaration des droits ?), les parlementaires français ont souhaité renforcer le principe de leur compétence législative en la matière. Cela fut conçu comme le complément logique des questions précédemment abordées. Dès lors, s'il a défendu la possibilité d'invoquer les principes de la Charte dans le seul cadre d'un recours pour excès de pouvoir contre un acte réglementaire, le commissaire du gouvernement Y Aguila, a reconnu qu'il ne semblait pas possible que « toutes les dispositions puissent être directement invocables pour la reconnaissance de droits subjectifs au profit de particuliers »<sup>56</sup>. En effet, d'après son raisonnement, même si la « circonstance qu'un principe constitutionnel renvoie à la loi n'a jamais davantage été un obstacle à son invocation devant le juge administratif<sup>57</sup>, [ce] qu'on peut admettre, c'est que sa portée varie en fonction du type de demande présenté devant le juge. L'imprécision d'un principe pourrait l'empêcher de créer directement un droit subjectif au profit des particuliers. Par exemple, la Charte ne permet sans doute pas à un simple particulier de demander directement à être associé à l'élaboration d'une décision publique. Il faut bien un texte pour organiser les modalités de la consultation. En revanche, la Charte peut toujours être invoquée dans le cadre d'un contentieux objectif, c'est à dire dans un recours contre un règlement. »<sup>58</sup> Sur ces points, le commissaire du Gouvernement n'a pas été suivi par l'Assemblée du Conseil d'Etat, soit parce qu'elle ne partageait pas son point de vue (mais elle ne l'exprime pas dans sa décision), soit, plus commodément, parce que le contentieux pouvant comme on l'a vu, être tranché sur un autre moyen, elle a préféré réserver sa position<sup>59</sup>. Ce serait une solution des plus sages, et très respectueuse du souhait exprimé par les parlementaires, mais cela n'empêche aucunement des évolutions futures.

### 2.2.3 *La faiblesse potentielle des limites parlementaires à l'effet direct de la Charte*

Le conseiller à la Cour de cassation D. Guihal avait souligné lors du colloque organisé en 2005 sur l'Île de la Cité que deux mouvements pouvait être attendus dans l'application de la Charte de l'environnement<sup>60</sup>. Le premier, simplement possible, était que la dynamique de la Charte amène à la reconnaissance contentieuse d'un droit à un environnement sain et consacre le dommage environnemental notamment dans le contentieux civil<sup>61</sup>. Par contre, et c'est un deuxième mouvement attendu, les effets restrictifs assignés à la Charte par ses rédacteurs parlementaires (tentatives de cantonnement du principe de précaution et d'affadissement du principe pollueur-payeur) seraient vraisemblablement vains<sup>62</sup>.

A propos du principe pollueur-payeur, il faut d'ailleurs remarquer que son absence formelle dans la Charte a fait l'objet d'explications et d'interprétations en partie contraires. Les articles 3 et 4 formeraient à la fois pour certains, une restriction et, pour d'autres, un dépassement du principe pollueur-payeur en posant le principe de prévention/limitation des atteintes à l'environnement et celui, très subtil, de « contribution à la réparation des dommages » environnementaux. Cette « contribution » à la « réparation des dommages » que doit celui qui les a causés, avait été explicitement conçue lors des débats parlementaires pour éviter les risques associés à la sévérité du principe pollueur-payeur. Or, il faut souligner que le principe pollueur-payeur, malgré les apparences, n'est rien moins que précis. Quelque soit la formulation choisie, l'article 4 de la Charte de l'environnement ne pourra empêcher un juge désireux d'y voir une interprétation particulière du principe pollueur-payeur, de l'appliquer à la demande d'un justiciable lors d'un litige présenté devant lui. Tout est affaire de temps. La brusque accélération des débats environnementaux témoigne de la très relative nouveauté de la place occupée désormais par les impératifs écologiques dans les politiques publiques. Les juges tiennent compte des possibilités sociales pour appliquer de façon plus précise un texte des plus aléatoires. L'exemple de la protection croissante des normes communautaires dans le contentieux administratif est un exemple de transformation nette des positions du juge administratif. Dans le futur, rien n'interdit d'imaginer des juges plus audacieux en matière d'invocabilité de la Charte constitutionnelle de l'environnement.

### 3 CONCLUSION : UN TEXTE LOURD DE POSSIBILITES CONTEN- TIEUSES FUTURES

Malgré l'application limitée dont elle fait jusqu'à présent l'objet, la Charte de l'environnement relève bien du « droit dur » et non pas d'un simple gadget politique. Il est certes encore tôt, quelques années seulement s'étant écoulées, mais il est possible, en faisant, comme nous y invite le doyen Prieur<sup>63</sup> et le professeur Mathieu<sup>64</sup>, un parallèle avec les autres textes du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, ou comme nous y invite A. Capitani, un parallèle avec l'évolution du droit international en matière d'environnement<sup>65</sup>, de remarquer que les juges constitutionnels et ordinaires peuvent avec le temps faire évoluer sensiblement leur jurisprudence pour donner à la Charte de l'environnement des effets juridiques que ses concepteurs distinguaient mal. L'imprécision d'un texte est aussi une question de temps.

### RÉFÉRENCES

A. Capitani, La Charte de l'environnement, un leurre constitutionnel ?, *RFDC* n°63, 2005.

\_\_\_\_\_, Le droit à l'environnement, un droit fondamental ?, in T. S. Renoux (dir.), *Protection des libertés et droits fondamentaux*, Paris, La documentation

française, coll. « Les Notices », 2007.

\_\_\_\_\_, **Note sous décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, RFDC, 2009, n°77, pp. 189-196.**

A. Roblot-Trozier, **L'environnement au coeur des évolutions du contentieux constitutionnel**, RFDA, 2008, n°6.

B. Mathieu, La portée de la Charte pour le juge constitutionnel, AJDA, 2005

\_\_\_\_\_, La Charte et le Conseil constitutionnel : point de vue, RDE, 2005, n°spécial.

\_\_\_\_\_, Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement, Cahiers du Conseil constitutionnel, 2003, n°15.

**Beardsley, The Constitutional council and Constitutional liberties in France**, *American journal of comparative law*, 1972.

Bernard Stirn. *Les libertés en question*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2006.

D. Guihal, La Charte de l'environnement et le juge judiciaire, RJE, 2005, n° spécial.

E. Brosset, **Loi relative aux OGM (à propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-564 DC du 19 juin 2008)**, *R. D. publ.*, 2009, n°4, pp. 1181-1215.

E. Geffray et S.-J. Liéber, Valeur et portée juridique de la Charte de l'environnement, Chronique, AJDA, 2008.

F. Luchaire G. Conac et al. (dir.), *La Constitution de la République française. Analyses et commentaires*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Economica, 2009.

F. Luchaire, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1991.

G. D. Haimbaugh, **Was it France's Marbury v. Madison?**, *Ohio State Law Journal*, 1974, vol. 35.

G. Drago : Principes directeurs d'une charte constitutionnelle de l'environnement, AJDA, 2004.

J. Bizet, *Le projet de loi constitutionnelle, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à la Charte de l'environnement*, Avis n°253 au nom de la Commission des affaires économiques du Sénat du 16 juin 2004.

Jacques Chirac. : « Il fallait consacrer un engagement solennel de notre Nation, dans la continuité de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et du Préambule de la Constitution de 1946. », Un engagement solennel de la Nation, RDE, 2005, n°spécial.

K. Foucher, Le droit à l'environnement est-il utilement invocable dans le cadre du référé-liberté ?, AJDA 2007.

L. Hamon, **Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels**, Dalloz, 1974.

Loi constit. n° 2005-205 du 1<sup>er</sup> mars 2005 : JO n° 51 du 2 mars 2005.

M. Levinet, *Théorie générale des droits et libertés*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2008.

M. Long et al., GAJA, 17<sup>e</sup> éd., n° 63 ; RD publ. 1950.

M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, *Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative (GAJA)* 17<sup>e</sup> éd., n°99, Paris, Dalloz, 2009.

M. Prieur. Les nouveaux droits, AJDA, 2005.

\_\_\_\_\_, Environnement et droits de l'homme, la Charte de l'environnement de 2004, in Y. Petit (dir.), *Droit et politiques de l'environnement*, Paris, La documentation française, coll. « Les Notices », 2009.

\_\_\_\_\_, La Charte de l'environnement : droit dur ou gadget politique ? *Pouvoirs* 2008, n°127.

\_\_\_\_\_, La constitutionnalisation du droit de l'environnement, in Association Française de Droit Constitutionnel, B. Mathieu (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008.

M.-A. Cohendet, La Charte et le Conseil constitutionnel : point de vue, RDE, 2005, n°spécial, pp. 107-130.

N. Kosciusko-Morizet, Rapport n°1595 relatif à la Charte de l'environnement, AN, 12 mai 2004.

O. Pfersmann, De l'impossibilité du changement de sens de la constitution, *L'esprit des institutions. L'équilibre des pouvoirs, Mélanges P. Pactet*, Paris, Dalloz, 2003.

P. Gélard, Rapport n°352 relatif à la Charte de l'environnement, Sénat, 16 juin 2004.

R. Encinas de Munagorri, Qu'est-ce qu'un texte directement applicable ? A propos de la Convention internationale de New York sur les droits de l'enfant et de la Charte constitutionnelle de l'environnement, RTD Civ. 2005.

S. Caudal, **Un nouvel obstacle pour l'écotaxe sur l'énergie**, RJE, 2001, n°2, pp. 215-230.

V. Champeil-Desplats, **La Charte de l'environnement prend son envol aux deux ailes du Palais-Royal**, RJE, 2009 (2), p. 219-244.

Y. Jégouzo et F. Loloum, La portée juridique de la Charte de l'environnement, Dr. adm. 2004.

## ANNEXE

### LOI CONSTITUTIONNELLE N° 2005-205 DU 1<sup>ER</sup> MARS 2005 RELATIVE À LA CHARTE DE L'ENVIRONNEMENT :

Le Congrès a adopté,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

#### ARTICLE 1

Le premier alinéa du Préambule de la Constitution est complété par les mots : « , ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004 ».

#### ARTICLE 2

La Charte de l'environnement de 2004 est ainsi rédigée :

« Le peuple français,

« Considérant,

« Que les ressources et les équilibres naturels ont conditionné l'émergence de l'humanité ;

« Que l'avenir et l'existence même de l'humanité sont indissociables de son milieu naturel ;

« Que l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains ;

« Que l'homme exerce une influence croissante sur les conditions de la vie et sur sa propre évolution ;

« Que la diversité biologique, l'épanouissement de la personne et le progrès des sociétés humaines sont affectés par certains modes de consommation ou de production et par l'exploitation excessive des ressources naturelles ;

« Que la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation ;

« Qu'afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins,

« Proclame :

« Art. 1<sup>er</sup>. - Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé.

« Art. 2. - Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement.

« Art. 3. - Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences.

« Art. 4. - Toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi.

« Art. 5. - Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en oeuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage.

« Art. 6. - Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social.

« Art. 7. - Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement.

« Art. 8. - L'éducation et la formation à l'environnement doivent contribuer à l'exercice des droits et devoirs définis par la présente Charte.

« Art. 9. - La recherche et l'innovation doivent apporter leur concours à la préservation et à la mise en valeur de l'environnement.

« Art. 10. - La présente Charte inspire l'action européenne et internationale de la France. »

### ARTICLE 3

Après le quinzième alinéa de l'article 34 de la Constitution [*« La loi détermine les principes fondamentaux : »*], il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

« - de la préservation de l'environnement ; ».

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 1<sup>er</sup> mars 2005.

Par le Président de la République : Jacques Chirac

Le Premier ministre, Jean-Pierre Raffarin  
Le garde des sceaux, ministre de la justice, Dominique Perben  
Le ministre de l'écologie et du développement durable, Serge Lepeltier

- 1 Selon le professeur F. Hamon, le choix d'une Charte, séparée du corps de la Constitution lui-même avait justement pour but de matérialiser à la fois cette différence et cette équivalence des droits de l'environnement par rapport aux libertés de la Déclaration de 1789 et aux droits économiques et sociaux de 1946 : cf. son commentaire du Préambule, in F. Luchaire G. Conac et al. (dir.), *La Constitution de la République française. Analyses et commentaires*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Economica, 2009, p.114.
- 2 Certains auteurs ajoutent même une quatrième génération. C'est le cas du président de la section du contentieux du Conseil d'Etat, Bernard Stirn qui y identifie les droits découlant « *des progrès de la médecine et de la biologie, marquée par le droit à la vie, le respect du corps humain, les interrogations sur la procréation assistée* », in *Les libertés en question*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2006, p.5. Notons que les droits environnementaux n'y sont pas traités.
- 3 Pour une présentation de celles-ci, cf. M. Levinet, *Théorie générale des droits et libertés*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 75 s.
- 4 Cf. à ce propos les propos de Jacques Chirac, dont la teneur a été largement reprise par plusieurs ministres : « *Il fallait consacrer un engagement solennel de notre Nation, dans la continuité de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et du Préambule de la Constitution de 1946.* », Un engagement solennel de la Nation, RDE, 2005, n<sup>o</sup>spécial, p. 23.
- 5 Commission dite « Coppins », du nom de son président. Elle fut désignée par le Président de la République en juin 2002.
- 6 Cf. notamment, M. Prieur, La constitutionnalisation du droit de l'environnement, in Association Française de Droit Constitutionnel, B. Mathieu (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, p. 496.
- 7 M. Prieur, Environnement et droits de l'homme, la Charte de l'environnement de 2004, in Y. Petit (dir.), *Droit et politiques de l'environnement*, Paris, La documentation française, coll. « Les Notices », 2009, p. 53.
- 8 Ibid., p. 55.
- 9 Loi constit. n<sup>o</sup> 2005-205 du 1<sup>er</sup> mars 2005 : JO n<sup>o</sup> 51 du 2 mars 2005, p. 3697 ; cf. sa reproduction en annexe.
- 10 Qui était très proche des propositions de la commission Coppins.
- 11 A. Capitani, La Charte de l'environnement, un leurre constitutionnel ?, *RFDC* n<sup>o</sup>63, 2005, pp. 493-516.
- 12 M. Prieur, La Charte de l'environnement : droit dur ou gadget politique ? *Pouvoirs* 2008, n<sup>o</sup>127, pp.49-65.
- 13 Pour des analyses très prudentes, cf. notamment Y. Jégouzo et F. Louloum, La portée juridique de la Charte de l'environnement, *Dr. adm.* 2004 pp. 8 s. ; N. Chahid-Nourai, La portée de la Charte pour le juge ordinaire, *AJDA* 2005, pp. 1175 s. Contra : R. Encinas de Munagorri, Qu'est-ce qu'un texte directement applicable ? A propos de la Convention internationale de New York sur les droits de l'enfant et de la Charte constitutionnelle de l'environnement, *RTD Civ.* 2005 pp. 556 s.
- 14 B. Mathieu, Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, n<sup>o</sup>15, pp. 242 s. V. également, du même auteur : La portée de la Charte pour le juge constitutionnel, *AJDA*, 2005, pp. 1170 s. ainsi que La Charte et le Conseil constitutionnel : point de vue, *RDE*, 2005, n<sup>o</sup>spécial, pp. 131-136.
- 15 V. à ce sujet les positions de B. Mathieu, art. précité, *RDE*, 2005, n<sup>o</sup>spécial, P. 133 et de M.-A. Cohendet, La Charte et le Conseil constitutionnel : point de vue, *RDE*, 2005, n<sup>o</sup>spécial, pp. 107-130. Cette dernière précise néanmoins que « *Tous les articles de la Charte sont donc de véritables normes directement applicables, quelle que soit leur généralité. Demeure la question des effets qu'ils peuvent immédiatement produire* », p. 127. M. Prieur défend aussi le caractère de droit fondamental pour le droit à l'environnement : Les nouveaux droits, *AJDA*, 2005 pp. 1157 s. C'est également la position de G. Drago : Principes directeurs d'une charte constitutionnelle de l'environnement, *AJDA*, 2004, n<sup>o</sup>3, pp.133-137.
- 16 En France, le Conseil constitutionnel, jusqu'à la révision du 23 juillet 2008, n'avait pas, du fait de sa compétence très spécialisée, à connaître d'un contentieux particulier. Désormais, il va pouvoir être interrogé par les deux cours suprêmes, Cour de cassation et Conseil d'Etat, relativement à une question préjudicielle de constitutionnalité nécessaire pour trancher un litige.
- 17 CE 8 septembre 2005, *Ministre de la Justice c/ B.* : R. p. 388 ; *AJDA* 2006, p. 376, note M. Laujoidis.
- 18 Décision n<sup>o</sup> 71-44 DC du 16 juil. 1971 : JO du 18 juil. 1971, p. 7114 ; Rec. p. 29 ; J.E. Beardsley, *The Constitutional council and Constitutional liberties in France*, *American journal of comparative law*, 1972, pp. 431-452 ; G. D. Haimbaugh, *Was it France's Marbury v. Madison?*, *Ohio State Law Journal*, 1974, vol. 35, p. 910 s.; L. Hamon, *Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels*, *Dalloz*, 1974, chron., pp. 83-90 ; J. Rivero, *AJDA*, 1971, pp. 537-542 ; J. Robert, *Propos sur le sauvetage d'une liberté*, *R. D. publ.*, 1971, pp. 1171-1204 ; F. Luchaire, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1991, p. 77 s.



- 19 P. Gélard, Rapport n°352 relatif à la Charte de l'environnement, Sénat, 16 juin 2004, p.18.
- 20 Décision n°2005-514 DC du 28 avr. 2005, *Loi relative à la création du registre international français*, considérant 38 : JO 4 mai 2005, p. 7702 ; *Rec.*, p. 78 ; *AJDA*, 2005, n°18, p. 975 ; et décision n° 2005-516 DC du 07 juil. 2005, *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*, Considérant 25 : JO 14 juil. 2005, p. 11589 ; *Rec.*, p. 102.
- 21 Décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, considérant 18 : JO 26 juin 2008, p. 10228 ; *Recueil*, p. 313 ; S. Brondel, *Le Conseil constitutionnel module dans le temps les effets de ses censures*, *AJDA*, 2008, n°23, p. 1232 ; E. Brosset, *Loi relative aux OGM (à propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-564 DC du 19 juin 2008)*, *R. D. publ.*, 2009, n°4, pp. 1181-1215 ; A. Capitani, *Note sous décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008*, *RFDC*, 2009, n°77, pp. 189-196 ; V. Champeil-Desplats, *La Charte de l'environnement prend son envol aux deux ailes du Palais-Royal*, *RJE*, 2009 (2), p. 219-244 ; A. Levade, *La décision OGM ou les implicites d'une décision à lire dans son environnement*, *JCP E*, 2008, n°30, pp. 37-42 ; B. Mathieu, *Incertitudes quant à la portée de certains principes inscrits dans la Charte constitutionnelle de l'environnement*, *JCP E*, 2009, n°7, pp. 42-47 ; A. Roblot-Trozier, *L'environnement au coeur des évolutions du contentieux constitutionnel*, *RFDA*, 2008, n°6, pp. 1237-1240.
- 22 *Ibid.*
- 23 Cf. décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation* : JO 17 janv. 1982, p. 299 ; *Rec.*, p. 18. Néanmoins, cette décision a fait naître des interprétations totalement opposées. Cf. pour leur critique, D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2006, pp. 126-128.
- 24 B. Mathieu. *Les conséquences juridiques de l'intégration de la Charte de l'environnement au niveau constitutionnel. Etude pour la commission des Affaires économiques du Sénat* (mai 2004), cité par J.Bizet, *Le projet de loi constitutionnelle, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à la Charte de l'environnement*, Avis n°253 au nom de la Commission des affaires économiques du Sénat du 16 juin 2004, pp. 12-13.
- 25 Décision n° 2000-441 DC du 28 déc. 2000, *Loi de finances rectificative pour 2000*, considérants 35 à 37 : JO 31 déc. 2000, p. 21204. Notons que cette prise en compte de la lutte contre l'effet de serre comme élément du contrôle (car il s'agissait de l'objectif de la loi elle-même), peut paraître paradoxale puisqu'elle a abouti à la censure de l'instauration d'une éco-taxe sur le dioxyde de carbone et l'énergie en France : cf. S. Caudal, *Un nouvel obstacle pour l'écotaxe sur l'énergie*, *RJE*, 2001, n°2, pp. 215-230.
- 26 Décision n° 2002-464 DC du 27 déc. 2002, *Loi de finances pour 2003*, considérants 57 : JO du 31 déc. 2002, p. 22103 ; *Rec.*, p. 583.
- 27 Ce qui avait d'ailleurs suscité la réticence du sénateur R. Badinter : cf. A. Capitani, *La Charte de l'environnement, un leurre constitutionnel ?*, art. précit., p. 496.
- 28 Selon le sénateur Bizet, « force est donc de conclure que par les précisions qu'elle apporte, et l'autorité dont elle est symboliquement et juridiquement revêtue, la Charte conduira nécessairement à un renforcement du poids spécifique accordé aux préoccupations environnementales dans le contrôle opéré par le Conseil Constitutionnel sur la conciliation réalisée par le législateur entre différentes exigences constitutionnelles. », Avis précité, p. 13.
- 29 CE, Ass. 3 juil. 1996, *Moussa Koné*, req. n° n°169219 : *Lebon* p. 255 ; *RFDA* 1996. 870, concl. Delarue et notes Favoreu, Gaïa, Labayle, Delvolvé ; M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, *Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative (GAJA)* 17<sup>e</sup> éd., n°99, Paris, Dalloz, 2009 ; *AJDA*, 1996, p. 722, chron. Chauvaux et Girardot ; D. 1996.509, note Julien-Laferrière ; *RD publ.* 1996, p. 1751, note Braud ; *JCP E* 1996. 22720, note Prétot ; *LPA* 27 déc. 1996, note Guiheux ; *ibid.* 20 déc. 1997, note Pélissier ; *RTDH* 1997. 762, note Pierucci ; *Rev. belge dr.const.* 1997. 123, note Larsonnier.
- 30 D'ailleurs, le Conseil d'Etat applique à ce propos les critères dégagés par le Conseil constitutionnel notamment dans ses décisions n°1988-244 DC du 20 juil. 1988, *Loi d'amnistie*, cons. 12 : JO 21 juil. 1988, p. 9448 ; *Rec.*, p. 119 et n° 93-321 DC321 DC du 20 juil. 1993, *Loi réformant le code de la nationalité*, cons. 18 : JO 23 juil. 1993, p. 10391 ; *Rec.*, p. 196.
- 31 Cf. notamment Décision n°1979-105 DC du 25 juil. 1979, *Droit de grève*, cons. 1 : JO 27 juil 1979 ; *Rec.* p. 33 ; décision n°1980-117 DC du 22 juil. 1980, *Loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires*, cons. 4 : JO, 24 juill. 1980, p. 1867 ; *Rec.*, p. 42 ; décision n°1982-144 DC du 22 oct. 1982, *Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel*, cons. 8 : JO, 25 oct. 1982, p.3210 ; *Rec.*, p. 61.
- 32 Il est vrai que le CE confirme ici une jurisprudence ancienne : CE Ass. 7 juillet 1950, *Dehaene*, req. n°01645 : *Lebon* p. 426 ; M. Long et al., *GAJA*, 17<sup>e</sup> éd., n° 63 ; *RD publ.* 1950, p. 691, concl. Gazier, note Waline ; *Rev. adm.* 1950, note Liet-Veaux ; S. 1950.109, note J.D.V. ; D. 1950. 538, note Gervais. On aurait pu néanmoins penser qu'avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat aurait modifié sa position. Il n'en a rien été. Il l'a, au contraire, confirmée par ses arrêts d'assemblée du 18 janv. 1980,



- Syndicat CFDT des Postes et Télécommunications du Haut-Rhin, req. n°07636 : Rec. p. 31 ; et de section du 17 mars 1997, *Hotz et autres*, req. n° 160684 : inédit au Lebon, AJDA, 1997, p. 533.
- 33 Les auteurs du GAJA précisent à ce propos que « *s'il n'est pas douteux qu'une décision du Conseil constitutionnel statuant sur la constitutionnalité d'un texte déterminé est dotée de l'autorité affirmée par l'article 62 de la Constitution, il n'en va pas de même de la jurisprudence de la Haute instance, bien que le Conseil d'État en tiennne, en pratique, le plus grand compte* », 17<sup>e</sup> éd., n° 118, p. 926. Pour leur part E. Geffray et S.-J. Lièber rappellent dans leur chronique, en faisant référence à leurs prédécesseurs Julien Boucher et Béatrice Bourgeois-Machureau (Les réserves d'interprétation « par ricochet » : retour sur l'étendue de l'autorité de chose jugée des décisions du Conseil constitutionnel, AJDA 2007 p. 2130), que « *le Conseil d'État fait en effet la distinction entre les décisions du Conseil constitutionnel, qui ont l'autorité de la chose jugée dans leur dispositif et dans leurs motifs, et sa jurisprudence, qui ne revêt pas la même autorité. Autrement dit, le Conseil d'État « ne considère pas que le Conseil constitutionnel serait investi [...] d'un pouvoir normatif qui lui permettrait de créer des règles de droit objectives qui s'appliqueraient au-delà des cas d'espèce donnant lieu à ses décisions* » (B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel, principes directeurs*, STH, 1998, § 107). » Notamment sur ces questions, on consultera M. Disant, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil Constitutionnel*, Thèse, Lille 2, 2008.
- 34 Il faut remarquer notamment que la spectaculaire décision de suspension de l'autorisation d'exportation du Clémenceau n'a pas été prise sur la base de la Charte de l'environnement (CE, ord. réf., 15 fév. 2006, *Ban Asbestos France*, req. n° 288801 : AJDA 2006 p. 761, note Pontier). A noter également, une décision de surseoir à statuer et de question préjudicielle auprès de la CJCE : CE 7 mai 2007, *Association nationale pour la protection des eaux et rivières-Tos*, req. n° 286103, 286132. La CJCE s'étant prononcée (décision du 22 janv. 2009, n° C-473/07), le CE a tranché le litige, mais sans avoir à utiliser la Charte de l'environnement : CE, ord., 23 avril 2009, req. n°286103 (sera publié au *Lebon*). Enfin, la Charte a pu être évoquée par les requérants mais sans moyen précis, comme a pu le souligner le commissaire du Gouvernement dans ses conclusions sur CE, 6 juin 2007, *Commune de Groslay*, n° 292942 : AJDA 2007 p. 1527 avec conclusions Aguila.
- 35 Y. Aguila, La valeur constitutionnelle de la Charte de l'environnement, Conclusions sur CE, ass., 3 oct. 2008, *Commune d'Annecy*, req. n° 297931, RFDA 2008, Chroniques p. 1147.
- 36 « La charte de l'environnement est issue de la révision constitutionnelle du 1<sup>er</sup> mars 2005. Le Conseil d'État a reconnu la valeur constitutionnelle de l'ensemble de ses dispositions dont il juge que la méconnaissance peut être invoquée pour contester la légalité des décisions administratives. Par sa décision du 3 octobre, le Conseil d'État se fonde ainsi sur l'article 7 de la Charte, qui consacre le principe de participation du public. Il affirme que « *ces dispositions, comme l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, et à l'instar de toutes celles qui procèdent du Préambule de la Constitution, ont valeur constitutionnelle ; qu'elles s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leurs domaines de compétence respectifs* », Conseil d'État, communiqué de presse du 3 oct. 2008.
- 37 Y. Aguila, conclusions précitées, p.1158.
- 38 Le communiqué de presse précité précise d'ailleurs bien et uniquement que « *La décision présente ainsi un double intérêt : la consécration solennelle de la valeur juridique de la Charte de l'environnement ; l'affirmation du rôle du Parlement dans le domaine environnemental.* », CE, communiqué de presse précité.
- 39 « *Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, depuis la date d'entrée en vigueur de la loi constitutionnelle du 1<sup>er</sup> mars 2005 une disposition réglementaire ne peut intervenir dans le champ d'application de l'article 7 de la Charte de l'environnement que pour l'application de dispositions législatives, notamment parmi celles qui figurent dans le Code de l'environnement et le Code de l'urbanisme, que celles-ci soient postérieures à cette date ou antérieures, sous réserve, alors, qu'elles ne soient pas incompatibles avec les exigences de la Charte ;* », CE, ass., 3 oct. 2008, *Commune d'Annecy*, précité.
- 40 Ainsi, la recherche des intentions du constituant de 1958 ne passe-t-elle pas par l'identification vaine de la volonté des électeurs ayant approuvé le texte par référendum, mais par l'identification de la volonté des divers auteurs littéraires du texte constitutionnel. Démarche tout autant sujette à caution d'ailleurs tant les avis ont pu, en réalité, diverger. Il semblerait en effet a posteriori, compte tenu de sa pratique des institutions, que le général De Gaulle, entre autres, ait défendu lors des débats, plusieurs interprétations conformes à celles de ses interlocuteurs mais opposées aux siennes propres.
- 41 Puisque du point de vue strictement juridique, aller chercher la volonté du constituant au-delà du texte lui-même n'a pas de sens.
- 42 Il s'agira explicitement ici de la rédaction du texte tel qu'il résulte des débats parlementaires. Evidemment, la recherche de la volonté de l'auteur de la Charte de l'environnement peut faire l'objet de mêmes critiques que celles évoquées précédemment, notamment en remarquant que les premiers rédacteurs de la Charte furent les

- membres de la commission Coppens. Ceci dit, M. Prieur souligne que, sous l'influence des deux juristes qui en étaient membres, Y. Jégouzo et F. Loloum, celle-ci fut toutefois des plus prudentes dans ses recommandations : M. Prieur, *La constitutionnalisation du droit de l'environnement*, in AFDC, op. cit., p. 495.
- 43 E. Geffray et S.-J. Liéber, Valeur et portée juridique de la Charte de l'environnement, *Chronique, AJDA*, 2008, p. 2166.
- 44 P. Gélard, Rapport n°352 précité, pp. 19-20. Dans son rapport, N. Kosciusko-Morizet, rapporteur pour l'Assemblée nationale, défend exactement la même analyse : Rapport n°1595 *relatif à la Charte de l'environnement*, AN, 12 mai 2004, pp. 75 et 84.
- 45 Débat, AN, Deuxième séance du mardi 25 mai 2004.
- 46 « *Seul l'article 5 consacrant le principe de précaution est directement applicable et invocable devant le juge* », Réponse du ministère de l'environnement à la question écrite n° 74984 de M. Grosdidier, *JO AN*, 13 juin 2006.
- 47 M. Prieur souligne à ce propos en des termes plus prudents que nous que l'on « *peut penser que cet argument fut présenté pour ne pas effaroucher les opposants à la charte* », *ibid.*, p. 499.
- 48 Cf. à ce sujet O. Pfersmann, De l'impossibilité du changement de sens de la constitution, *L'esprit des institutions. L'équilibre des pouvoirs*, Mélanges P. Pactet, Paris, Dalloz, 2003, pp. 353-374.
- 49 5 U.S. 137.
- 50 Aff. 6/64, Rec. 1964, p. 01141.
- 51 Ord. référé TA de Châlons-en-Champagne, 29 avril 2005, *Conservatoire du patrimoine naturel de Champagne-Ardenne*, req. n° 0500828 : *AJDA* 2005 p. 1357 ; L. Fonbaustier, *Revue de droit immobilier* 2005 p. 265 ; H. Groud et S. Pugeault, Le droit à l'environnement, nouvelle liberté fondamentale, *AJDA* 2005 p. 1357.
- 52 Ord. réf. TA d'Amiens, 8 déc. 2005, *Nowacki*, req. n° 0503011 : *AJDA* 2006 p. 1053, note V. Boré-Eveno. Cf. également TA Marseille 9 mai 2007, *Association interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de Sainte-Croix*, n° 0702932.
- 53 CE, Ord., 11 mai 2007, req. n° 305427, *Association interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de Sainte-Croix* : inédit au *Lebon* ; K. Foucher, Le droit à l'environnement est-il utilement invocable dans le cadre du référé-liberté ?, *AJDA* 2007 p. 2262.
- 54 CE 19 juin 2006, *Association Eaux et rivières de Bretagne*, req. n°282.456 : *AJDA* 2006, p. 1584, Chron. C. Landais et F. Lenica et CE 6 avril 2006, *Ligue pour la protection des oiseaux*, req. n°283103 : *AJDA* 2006, p. 1590, Chron. C. Landais et F. Lenica. Comme le remarque Fr.-X. Fort « *dans sa décision rendue le 19 juin 2006 Association Eaux et rivières de Bretagne, le Conseil d'État était saisi d'une requête dirigée contre un arrêté du ministre de l'Ecologie fixant les règles auxquelles doivent satisfaire les élevages. La requête se fondait sur l'insuffisance de ces mesures au regard de l'impératif de protection découlant des articles 1er, 2 et 6 de la Charte ; le Conseil d'État a affirmé : « Lorsque des dispositions législatives ont été prises pour assurer la mise en oeuvre des principes énoncés aux articles 1<sup>er</sup>, 2 et 6 de la Charte de l'environnement (...), la légalité des décisions administratives s'apprécie par rapport à ces dispositions, sous réserve, s'agissant de dispositions législatives antérieures à l'entrée en vigueur de la Charte de l'environnement, qu'elles ne soient pas incompatibles avec les exigences qui découlent de cette charte ». Dans cette décision, la Haute assemblée se borna à vérifier la légalité de l'arrêté attaqué avec les dispositions du Code de l'environnement relatives aux installations classées. Ainsi, lorsqu'il existait des dispositions législatives pouvant être assimilées à la mise en oeuvre de la Charte (en particulier, les articles soulevés par le requérant), le requérant ne peut invoquer de manière utile ces articles, la légalité de l'acte administratif contesté doit être analysée au regard des dispositions législatives.* », L'insertion de la Charte constitutionnelle de l'environnement au sein du droit public français, *Environnement* n° 2, février 2009, étude n°2.
- 55 Nous souscrivons ici aux remarques de E. Geffray et S.-J. Liéber dans leur chronique précitée, *AJDA*, p. 2166.
- 56 Y. Aguila, conclusions précitées.
- 57 Il cite à ce propos le fait que, par exemple, « *le Conseil d'Etat a déjà fait application des dispositions constitutionnelles sur le droit de grève (Préambule de 1946) ou sur la libre administration des collectivités territoriales (article 72 de la Constitution), qui, pourtant, renvoient à la loi* », *ibid.*
- 58 *Ibid.*
- 59 L. Janicot adopte une interprétation beaucoup plus poussée de la décision du Conseil d'Etat en relevant pour sa part qu'il « *clarifie enfin la question très débattue de la portée juridique de la Charte de l'environnement devant le juge administratif : les dispositions de la Charte sont désormais directement invocables dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir contre des actes administratifs ; ni le renvoi à la loi ni le caractère général ou imprécis des dispositions de la Charte ne font obstacle à leur invocation dans ce type de contentieux.* « *En jugeant que l'existence de la loi du 23 février 2005 ne fait pas obstacle à l'invocation de l'article 7 de la Charte, l'arrêt du 3 octobre 2008 revient ainsi sur l'arrêt du 19 juin 2006, Association Eaux et rivières de Bretagne, dans*

lequel le Conseil d'Etat avait écarté comme inopérant le moyen tiré de la méconnaissance des articles 1<sup>er</sup>, 2 et 6 de la Charte de l'environnement, au motif que des dispositions législatives avaient été prises pour assurer la mise en œuvre des principes énoncés à ces articles. La légalité des décisions administratives ne pouvait être appréciée que par rapport aux seules dispositions législatives.

« L'arrêt du 3 octobre 2008 ne précise pas toutefois si les dispositions de la Charte de l'environnement peuvent également être invoquées en vue d'obtenir directement du juge la réalisation des droits qu'elles consacrent. Le commissaire du gouvernement introduit en effet dans ses conclusions une distinction selon la nature du contentieux ou de la question posée au juge. Si l'invocabilité négative ou défensive de ces normes constitutionnelles à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir contre un acte administratif est désormais admise, l'invocabilité de ces normes dans le but de leur faire produire des effets positifs devrait continuer, selon le commissaire du gouvernement, à être exclue. Cette distinction trouverait son explication dans l'étendue des pouvoirs du juge administratif : si celui-ci « doit veiller au respect de la Constitution par les pouvoirs publics - législateur et gouvernement - dans le cadre de leur activité normative », il ne peut répondre à une demande ayant pour objet la réalisation de ces droits sans se substituer à eux. », RFDA 2008, p. 1158.

60 D. Guihal, La Charte de l'environnement et le juge judiciaire, RJE, 2005, n° spécial, pp. 245-255.

61 Le conseiller Guihal souligne à ce propos plusieurs décisions qui pourraient préfigurer une telle reconnaissance : art. précité., pp. 248-250.

62 Ibid., pp. 250 s.

63 M. Prieur, La constitutionnalisation..., art. précité., pp. 501-503 ; Environnement et droits de l'homme..., art. précité., pp. 59-60.

64 Si plusieurs auteurs ont souligné la prudence d'analyse de B. Mathieu, on peut relever que, dans son étude précitée, il souligne qu'il « n'en reste pas moins que l'on peut considérer ce texte comme un vivier potentiellement considérable pour un juge constitutionnel confronté à des situations que l'on ne peut aujourd'hui imaginer, selon un processus identique à celui qui a conduit le Conseil Constitutionnel à découvrir le principe de dignité dans la condamnation de pratiques dégradant la personne humaine. », cité par J. Bizet, avis précité, Sénat, p. 14.

65 « La portée de la Charte, telle que conçue actuellement, est certes limitée. Cependant, à l'image du mouvement amorcé au niveau international, une prise en compte croissante de l'environnement est envisageable tant au niveau législatif que contentieux. », A. Capitani, Le droit à l'environnement, un droit fondamental ?, in T. S. Renoux (dir.), Protection des libertés et droits fondamentaux, Paris, La documentation française, coll. « Les Notices », 2007, p. 30.

## THE CONSTITUTIONAL CHARTER ON THE ENVIRONMENT AND FRENCH CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE JUDGES

### ABSTRACT

This paper examines the controversial issue of the juridical nature of the Constitutional Charter on the Environment, which was enacted in 2005, according to the point of view of French judges, mainly focusing two aspects: the problem of the juridical situation of the aforementioned Charter and the possibility of using it in French courts.

**Keywords:** Constitutional Charter on the Environment. Juridical nature. Justiciability. Case law controversy.

# O DIREITO SUBJECTIVO AO AMBIENTE: UM ARTIFÍCIO LEGISLATIVO E JURISDICIONAL

Luis Carlos Batista\*

## INTRODUÇÃO: IDENTIFICAÇÃO DO PROBLEMA

Embora o problema que nos levou a redigir este texto seja outro, parece-nos importante começar com um reparo, o de que a nossa formação enquanto juristas tende, lamentavelmente, a sobrepor-se à nossa formação enquanto Homens. Um jurista é, por definição, um homem de Direito<sup>2</sup>, do que resulta uma excessiva inclinação para empolar a letra da lei. Se é verdade que um bom raciocínio deve sempre fundar-se em pressupostos jurídicos, não menos verdade é que a questão sobre se os indivíduos têm ou não direitos, e quais, é acima de tudo uma questão ética<sup>3</sup>.

Quando reconhecemos unidade sistemática ao conjunto de direitos fundamentais que a nossa Constituição consagra fazemo-lo com base na ideia de dignidade da pessoa humana, proclamada, aliás, no seu primeiro artigo. Sem dúvida que, pelo menos, “*de modo directo e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos económicos, sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade de todas as pessoas*”<sup>4</sup>. Mas do que falamos quando falamos em dignidade? E dignidade sobre o quê?

A dignidade há-de reportar-se necessariamente ao (único) direito original de todos os Homens: o de serem livres, protegidos de escolhas alheias, na medida em que a sua liberdade coexista com a dos demais. Ou, para usar uma terminologia diferente, da autoria de LARENZ, o direito a serem respeitados:

We perceived the basic legal relation to be the right of each person to be respected as a person by every other, and simultaneously his duty towards every other is likewise to respect him as a person. The right of a person is what is rightly his as a person, and which the other is therefore obliged, or bound, to grant or respect.<sup>5</sup>

LARENZ constatou duas coisas: em primeiro lugar, que a dignidade emana do ser, e não do ter; logo, que a liberdade deve prevalecer sobre a propriedade; em segundo lugar, que a dignidade de cada um depende do seu reconhecimento *pelos* outros e do reconhecimento *da* dos outros, isto é, “*que cada pessoa vive em relação comunitária, o que implica o reconhecimento por cada pessoa da igual dignidade das demais pessoas*”<sup>6</sup>. A dignidade há-de, pois, partir da liberdade, perante o Estado e perante os pares, para chegar à qualidade de vida, pois só a primeira justifica a segunda. Aplicando o que se disse ao catálogo de direitos fundamentais que encontramos na nossa Constituição, constatamos que os direitos, liberdades e garantias precedem os

\* Licenciado em Direito. Mestrando da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

direitos e deveres económicos, sociais e culturais – comprovando que a protecção que a pessoa possa merecer no plano económico, enquanto titular de bens materiais, se oferece secundária em face da protecção da sua personalidade – mas isso não obsta a que todos os direitos fundamentais derivem da mesma ideia de dignidade.

Trata-se simplesmente de reconhecer que a melhoria da qualidade de vida não pode nunca ser alcançada com prejuízo da solidariedade entre os membros de cada geração (e entre as diferentes gerações), que todos os homens e mulheres devem, independentemente da sua condição económica ou social, ser dotados da mesma dignidade. Neste mesmo sentido escreve VIEIRA DE ANDRADE que:

[...] pode ser diferente o grau de vinculação dos direitos ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, alguns direitos constituem explicitações de primeiro grau da ideia de dignidade, como o direito à vida (...) enquanto outros constituem explicitações de segundo grau, dependentes de opções políticas estruturais.<sup>7</sup>

É nesta segunda categoria que a nossa Constituição insere o direito ao ambiente, enquanto um direito complementar de direitos fundamentalíssimos, dependente, sobretudo, de opções do Estado, de políticas e actos conjunturais. Se devemos ou não concordar com tal inserção constitui outra questão, sobre a qual pretendo tomar posição.

Poderá parecer que o se escreve nada tem de relevante para o Direito do Ambiente, divagando-se sobre considerações que melhor caberiam a um constitucionalista. Não é, porém, o caso. De facto, atrás se disse que todos os direitos fundamentais têm uma fonte comum: a dignidade humana. Mas será que isso equivale a afirmar que, sendo assim, todos eles consagram posições jurídicas subjectivas individuais? Por outras palavras, será que todos se destinam directamente a garantir bens jurídicos pessoais? Para alguém que se limite a ler o art. 66<sup>o</sup>/1 CRP, o excerto “todos têm direito a...” parece mais do que suficiente para a afirmação de um direito subjectivo ao ambiente. Caso não existisse este preceito, o problema nem sequer se colocaria: da leitura isolada do número 2 resulta que o Estado promove e protege o ambiente e, logo, aqueles que dele desfrutam, sem contudo lhes reconhecer direitos. Quanto muito podemos dele retirar um efeito-reflexo, entenda-se uma relação entre o Estado e os particulares que se assemelha à concessão de um direito. Usando as palavras de ALEXY:

The point to be made here is that the question of whether a norm grants a subjective right or not is a normative question. It arises whenever the text of a norm leaves this question open, which is, for example, the case when a norm obliges the state to undertake an act but does not make clear whether X has a right to this act as against the state. Further assumptions are necessary if it is to be held that X has such a right.<sup>8</sup>

Parte da nossa reflexão será dedicada a esta questão: a de saber o que encerra, afinal, o art. 66º CRP.

A resposta a que chegarmos será útil para abordar, em segundo lugar, a temática da colisão entre o direito ao ambiente e outros direitos fundamentais. O que se diga sobre a existência ou inexistência de um direito subjectivo ao ambiente permitirá qualificar adequadamente o tipo de colisão que ocorre: saber se se trata de uma colisão em sentido próprio, isto é, entre dois direitos subjectivos, ou de uma colisão em sentido impróprio, entre um direito subjectivo e um bem jurídico/comunitário. Mais importante que isso, poderá servir de suporte à teorização de uma hierarquia para a resolução de colisões impróprias, construída com fundamento na dignidade da pessoa humana.

## 1 A NECESSIDADE DE UMA CUIDADOSA INTERPRETAÇÃO DO ART. 66º/1 CRP

Impõe-se uma constatação: independentemente das querelas doutrinárias e da posição que cada um de nós assuma, a Constituição consagra um direito subjectivo ao ambiente. No art. 66º/1 encontramos o que pode ser apelidado de “*statement about rights*”<sup>9</sup>, fixando a norma o direito de cada um (seja um cidadão português, seja um estrangeiro) a um ambiente de vida humano, sadio e equilibrado. Para os conhecedores da obra de ALEXY, é possível identificar nesta norma aquilo que o autor classificou de um “direito a algo”: “*The most general form of a statement of a right to something is “X has a right to G as against Y”*”.<sup>10</sup>

Esta afirmação torna claro que um “direito a algo” se nos apresenta como uma relação trilateral, entre o beneficiário do direito, o vinculado pelo direito e o objecto do direito. Nem sempre a trilateralização é expressamente apontada na norma, mas dela tende a decorrer. Assim, a norma limita-se a proclamar que “*todos têm direito a um ambiente...*”: à primeira vista parece indicar apenas o beneficiário – todos – e o objecto do direito – o ambiente. Porém, o mesmo artigo, no número dois, reconhece que além de um direito “negativo” ao ambiente, que exclui ofensas de terceiros, existe um direito “positivo” ao ambiente, que implica para o Estado uma tarefa de o guardar e promover – cá está o principal visado pelo direito. Diga-se, contudo, que também cada um de nós aparece na Constituição simultaneamente na qualidade de beneficiário e visado, pois ao lado do direito o legislador constituinte fixou o dever de defesa do ambiente.

O que se disse foi já amplamente reconhecido pela doutrina. Fique-se, a título de exemplo, com o testemunho de JORGE MIRANDA: “*o ambiente recebe um tratamento de duplo alcance. Ele adquire um relevo concomitantemente objectivo e subjectivo – o de elemento institucional e organizatório e o de feixe de direitos fundamentais e de situações subjectivas conexas ou próximas*”<sup>11</sup>. Há, por isso, que separar o joio do trigo, e reconhecer que a constituição proclama, muito claramente, um direito subjectivo. Dito isto, eis-nos chegados ao ponto que mais interessa: deveria a constituição proclamar tal direito?

Para encontrar uma resposta cabal optámos por fazer dois testes: um histórico e social, o outro estritamente jurídico. O primeiro serve para podermos perceber se a consagração de um direito ao ambiente faz ou não sentido. O segundo visa comprovar se o direito ao ambiente satisfaz as características próprias de um direito subjectivo.

O teste histórico foi já usado para responder às mesmas dúvidas por VASCO PEREIRA DA SILVA<sup>12</sup>. Nem todos os autores usam a mesma classificação dos direitos fundamentais, embora todos concordem que radicam no princípio da dignidade da pessoa humana. No essencial, e optando por usar a classificação de VIEIRA DE ANDRADE, podemos distinguir quatro tipos ou gerações de direitos fundamentais: os direitos de defesa, os direitos de participação, os direitos prestacionais e os direitos de solidariedade. O nome que lhes é dado traduz, no fundo, o fim que subjaz a cada direito. No Estado Liberal os direitos fundamentais resumiam-se à tutela da esfera individual contra a administração: a propriedade privada, a liberdade e a segurança surgem como os primeiros direitos fundamentais por excelência, vocacionados para a defesa do indivíduo perante o colectivo. Com o advento da industrialização, este reduzido leque alargou-se por forma a compreender os recém-reconhecidos direitos das classes operárias a participarem na formação da vontade colectiva. O Estado Social, por seu turno, voltou-se para as necessidades vivenciais dos seus cidadãos, fosse a nível da saúde, da educação ou da habitação. E quando este modelo se tornou obsoleto foi configurada uma nova geração de direitos fundamentais, que extravasou a habitual relação indivíduo-Estado, apostando na horizontalidade e solidariedade. É nesta última categoria que se integra o direito ao ambiente.

A evolução histórica dos direitos fundamentais mostra-nos que todos se reconduzem ao que, em cada momento histórico, as pessoas entenderam ser a sua “dignidade”. A dignidade humana começou por ser resumida à protecção contra o Estado para se ir alargando. Mas quer se pense no direito ao policiamento, no direito de participar de um processo eleitoral, no direito a ter cuidados de saúde públicos ou no direito a respirar ar puro, o seu fundamento último é sempre o mesmo: “*a realização plena e efectiva da dignidade individual*”<sup>13</sup>. A esta luz não parece ser de todo descabida a via do antropocentrismo ecológico: a que decorre da lógica da protecção jurídica individual, partindo dos direitos fundamentais e considerando que as normas reguladoras do ambiente se destinam também à protecção dos interesses dos particulares, que desta forma são titulares de direitos subjectivos públicos. Nas palavras de VASCO PEREIRA DA SILVA, “*é a subjectivização da defesa do ambiente, criando uma espécie de egoísmo, que faz com que cada um se interesse pelos assuntos do Estado como se fossem os seus*”. Em última análise, o teste histórico parece demonstrar que a dignidade humana se projecta, também, na natureza, e que implica um direito negativo de cada cidadão – o de estar protegido contra ofensas ecológicas de terceiros – o que nos leva a concluir que o reconhecimento de um direito subjectivo ao ambiente não ofende, *a priori*, a unidade de sentido dos direitos fundamentais na nossa Constituição. Mas só ele não basta! Cabe agora passar ao segundo,



e mais importante, teste: saber se de um ponto de vista estritamente jurídico faz ou não sentido o resultado a que chegámos. Perguntar-se-á: quais são os elementos constitutivos de um direito subjectivo? Não temos aqui possibilidade de nos dedicarmos exaustivamente ao tema<sup>14</sup>, mas pelo menos os elementos essenciais são simples de identificar: um sujeito, um objecto e uma garantia. O primeiro elemento indispensável constante de um direito subjectivo é a pessoa a quem o bem é atribuído. Não tem de ser um homem sozinho, pode tratar-se de um agrupamento de pessoas que forme um ente colectivo<sup>15</sup>. Mas poderá o mesmo dizer-se de “todos”? Isto é, poderá o destinatário de um direito subjectivo serem todas as pessoas? Quer à luz da noção de direito subjectivo – a permissão normativa *específica* de aproveitamento de um bem<sup>16</sup> - quer do bem jurídico em causa – o qual só pode ser o indicado no art. 6º da LBA – não vejo como. Estamos, justamente, na presença de um interesse difuso, cujos beneficiários (e ao mesmo tempo protectores) não podem ser individualizados, porque somos todos nós. E a característica da individualidade não é apenas reclamada no direito privado, mas igualmente no direito público. Vejam-se, a propósito, as palavras de VIEIRA DE ANDRADE: “*outro elemento característico de um direito subjectivo fundamental será a sua individualidade, ou seja, a possibilidade da sua referência a homens individuais*”<sup>17</sup>. Poderão alguns argumentar que a Constituição também atribui outros direitos fundamentais a todas as pessoas, e que quanto a esses não existem dúvidas que são direitos subjectivos – o melhor exemplo será, talvez, o direito à vida. Porém, tal argumentação não deve proceder, por ser o direito à vida facilmente concretizável em cada cidadão, mercê das ameaças ou revezes que a sua vida sofra. Quando A mata B, perdeu-se a vida de B. Mas quando uma fábrica lança resíduos para um ribeiro, não se perdeu apenas a qualidade da água de B, como a de D, E, F, G... Contrapõe VASCO PEREIRA DA SILVA com a ideia de que o que acabámos de dizer assenta na confusão entre previsão legal e titularidade de um direito no âmbito de uma relação jurídica. Com o maior respeito que o autor nos merece, parece-nos que é este quem incorre em confusão sobre o objecto do Direito do Ambiente. Num litígio que tenha por objecto um recurso ambiental natural, entenda-se ar, luz, água, solo vivo, subsolo, fauna e flora, só por artifício poderemos reconhecer legitimidade directa ao lesado/ofendido. A identificação de “um” titular do bem seria, neste caso, uma mera fantasia.

As suspeitas que começam agora a surgir sobre a escolha do legislador constituinte confirmam-se quando nos debruçamos sobre o objecto do direito em causa. O objecto de um direito subjectivo pode consistir num “*bem de qualquer natureza, coisa corpórea ou de existência imaterial, apreciável em dinheiro ou insusceptível de avaliação económica, tendo um valor de estima, por considerações de ordem moral, intelectual ou sentimental*”<sup>18</sup>. Não é, por isso, suficiente sustentar que o bem “ambiente” não pode ser subjectivizado apenas porque se refere a algo imaterial e insusceptível de uma avaliação pecuniária. Também a honra o é, e nem por isso o direito à honra e ao bom nome deixa de ter uma claríssima vertente subjectiva. A pedra de toque reside no tipo de afectação



jurídica do bem que é feita. Muito úteis revelam-se, neste ponto, as palavras de MENEZES CORDEIRO:

[...] por certo que, na presença de um direito subjectivo, há uma afectação jurídica de um bem; mas esta não equivale, necessariamente, ao direito, isto é, há afectações jurídicas de bens que apenas implicam deveres, ou poderes-deveres, e não direitos, por o seu destinatário não ser livre, aquando do aproveitamento.<sup>19</sup>

Seguindo as passadas de CARLA AMADO GOMES, a possibilidade de utilização do bem ambiente surge “*estritamente ligada a um dever fundamental de utilização racional, numa perspectiva de solidariedade, quer com os restantes membros da comunidade, quer com as gerações futuras*”<sup>20</sup>.

Um terceiro elemento essencial do direito subjectivo é a garantia, a qual pode ser reconduzida, de forma simplista, à ideia de que a todo o direito corresponde uma acção que o assegura. O auxílio da autoridade judicial confere ao direito um crivo de coercibilidade, melhor garantindo a sua realização bem como a sua reintegração e reconhecimento em caso de violação. Um autor em particular, KELSEN, define o direito subjectivo em sentido técnico como o poder legal de fazer valer um direito existente<sup>21</sup>. Hoje, tal traduz-se na possibilidade de o titular do bem tirar ou não o máximo proveito das utilidades dele provenientes, podendo recorrer aos órgãos públicos para forçar o sujeito passivo, quando o haja, a cumprir com a sua obrigação ou para obter a cessação de uma ameaça, perturbação ou violação do seu direito, provinda de quem quer que seja – Estado ou particulares. Ora, tal como se disse atrás, a Constituição prevê uma dimensão negativa do direito ao ambiente – a possibilidade de qualquer cidadão exigir ao Estado que proteja o ambiente e que actue contra os perversificadores. Cabe, porém, saber como é que essa protecção é desencadeada! Mais uma vez chamo a atenção para o verdadeiro objecto do direito do ambiente: os recursos ambientais naturais. É para a impossibilidade da sua apropriação individual, enquanto bens públicos e indetermináveis. Se assim é, qualquer pessoa que pretenda fazer valer esta dimensão negativa nunca aparecerá em juízo dotada de uma legitimidade activa directa, entendida como a titularidade de uma posição activa na relação material controvertida. O queixoso será sempre um actor desinteressado, investido numa legitimidade difusa, a única que se coaduna com a natureza do bem<sup>22</sup>.

O que se disse até aqui pode ficar mais claro se recorrermos à técnica proposta por IHERING: enunciar, para um (potencial) direito subjectivo, um *statement of reason*, um *statemente about protection* e um *statemente about rights*, explicando a relação entre cada um e, acima de tudo, sendo sincero em cada uma das três afirmações<sup>23</sup>:

(1) *Statement of reason* : O direito ao ambiente é uma necessidade que decorre da preservação da dignidade da pessoa humana;

(2) *Statement about protection* : Y pode requerer em tribunal que uma fábrica se abstenha de lançar resíduos para um ribeiro.

(3) *Statement about rights* : Y tem direito a um ar puro.

Dados os exemplos cumpre agora explicar qual a relação que tem de haver entre cada afirmação. A relação entre (1) e (3) é simples: é uma relação de justificação. Para que alguém tenha um direito deve haver uma justificação – a qual será, em última análise, a essência do direito. A relação entre (3) e (2) é uma relação de eficácia, de garante – de nada vale ser titular de um direito que posso ser impunemente atacado.

Explicada a relação, resta perguntar se tudo faz sentido. E a verdade é que, como procurei explicar, não faz, seja porque a protecção do ambiente é realizada na vertente objectiva – de garantias institucionais e dos deveres de solidariedade intergeracional e utilização equitativa e racional dos recursos – e por actores desinteressados (o nosso Y apareceria em tribunal com a intenção única de fazer cessar uma lesão para o ambiente, não sendo movido por considerações patrimoniais pessoais), mas também porque a dignidade humana deve ser entendida não como fundamento de um direito mas de um dever – algo que o teste histórico deixou na sombra. Nisto reside a pedra de toque: dizer que a dignidade humana é fundamento de todos os direitos fundamentais não equivale a dizer que onde esta se projecte tem de haver um direito subjectivo. Casos há em que a maior projecção da dignidade humana será no plano objectivo. Em suma, melhor seria se o legislador constituinte tivesse tratado o ambiente como um dever fundamental autónomo.

## 2 UMA NOVA PROPOSTA DE SUPERAÇÃO DE CONFLITOS

Uma colisão de direitos, como o nome sugere, ocorre sempre que o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular choca com o exercício de outro direito fundamental, por parte de outro titular. A colisão de direitos encerra, porém, realidades diversas, merecedoras de tratamento diferenciado. Autores como GOMES CANOTILHO identificam dois tipos de colisão de direitos: a colisão de direitos fundamentais entre diferentes titulares, a que podemos chamar uma *colisão em sentido estrito*, e a colisão entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade e do Estado, que podemos apelidar de *colisão em sentido impróprio*<sup>24</sup>.

A posição ecocêntrica que assumimos terá aqui uma consequência óbvia: a de, ao falarmos em ambiente, estarmos perante o segundo tipo de colisão de direitos. “É hoje banal aludir-se à referência comunitária dos direitos fundamentais. Em virtude dessa referência necessária à comunidade, podem resultar conflitos entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade”<sup>25</sup>. O que caracteriza este conflito é o exercício incompatível de um direito fundamental com um objecto (material ou imaterial) valioso, merecedor de tutela constitucional. Os bens jurídicos de valor comunitário serão, simplesmente, todos aqueles que, sendo embora protegidos pela Constituição, tenham o carácter de bens da comunidade: serão, entre outros, a saúde, o património cultural, a defesa nacional, a família e o ambiente. Nada mais comum que o bem da comunidade “ambiente” colidir com um direito fundamental, como a liberdade de iniciativa económica ou o direito de propriedade privada.

Identificado o tipo de colisão, cabe agora saber se ela deve ser resolvida da mesma maneira que a colisão em sentido estrito. A Constituição portuguesa não se debruça especificamente sobre o problema da colisão de direitos. Limita-se, quanto muito, a dizer quando é que ocorre uma colisão<sup>26</sup>. Perante este tratamento lacunar, merece adesão a proposta de RUI GOUVEIA PINTO: partir da solução prevista no direito privado e não perder de vista o que é dito no artigo 29º da Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>27 28</sup>. O direito civil prevê duas soluções diferentes, consoante a colisão se dê entre direitos de igual ou diferente espécie<sup>29</sup>. No primeiro caso cada titular deve ceder na medida do necessário para que ambos os direitos em conflito produzam o seu efeito, sem grande constrangimento para qualquer um. Já se os direitos forem desiguais, prevalece o que se deva considerar superior. O legislador civil criou, assim, dois critérios totalmente opostos: o critério da conciliação ou harmonização e o critério da preferência. A Constituição, por seu turno, parece sugerir apenas o critério da conciliação, retirando-se do artigo 19º/2 que não é lícito sacrificar pura e simplesmente um direito a outro. Daí que no que concerne aos direitos fundamentais a generalidade da doutrina defenda o método da concordância prática, *“tentando harmonizar da melhor maneira os preceitos divergentes, em função das circunstâncias concretas em que se põe o problema”*<sup>30</sup>.

A harmonização de que se fala não é mais do que uma aplicação dos três exames propostos por ALEXEY: da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito<sup>31</sup>. Ilustremos com um exemplo das muitas colisões de direitos fundamentais ocorridas em sede laboral: uma empresa fiscaliza diariamente as páginas da *internet* que os seus trabalhadores visitam, com o objectivo de salvar a sua imagem. Eis que surge uma colisão entre o direito à privacidade (dos trabalhadores) e o direito à imagem (do empregador), ambos merecedores de tutela constitucional<sup>32</sup>. Um juiz que pretenda aferir da licitude desta restrição do direito à privacidade terá de realizar três exames:

× exame da adequação verificar se a medida adoptada fomenta a concretização do fim visado. À partida sim, destinando-se a evitar que os trabalhadores visitem páginas que, pelo seu conteúdo ideológico, político, religioso, sexual ou simplesmente lúdico, possam interferir com a produtividade e disciplina laboral. Mais se diga que o fim visado é perfeitamente lícito – salvaguarda da imagem e dos interesses contratuais do empregador<sup>33</sup>.

× exame da necessidade saber se não haveria outro meio que, sendo menos lesivo do direito à privacidade, permite-se alcançar o fim visado com a mesma ou, porventura, maior intensidade. Aqui o juiz poderá perfeitamente argumentar que o empregador poderia simplesmente vedar o acesso à *internet*, total ou parcialmente, consoante as exigências do trabalho. Conseguiria o fim visado sem lesar a privacidade dos seus trabalhadores.

× exame da proporcionalidade *stricto sensu* dos três o mais complicado, pressupõe que se estruturarem argumentos a favor e contra cada direito em colisão, de forma a verificar se, ante o sistema jurídico, a restrição de um em favor

do outro é admissível. Para isso, deve reter-se que “*cuanto mayor es el grado de incumplimiento o de afectación de un principio, tanto maior tiene que ser la importancia del cumplimiento del otro*”<sup>34</sup>. Neste exame, é fundamental atender-se ao âmbito e graduação do conteúdo dos preceitos constitucionais em conflito, para avaliar em que medida e com que peso cada direito se apresenta na situação de conflito. Assim, a intensidade da reserva da intimidade varia conforme se trate de aspectos que integrem a esfera íntima, privada ou pública do trabalhador e, dentro de cada uma, consoante o tratamento dos dados pelo empregador. Não chocaria um juiz uma medida destas, caso o empregador se comprometesse a não divulgar dados, a não os usar senão estritamente para a finalidade apontada e a destruí-los periodicamente. Em suma, seriam estas as ponderações de que o juiz se iria ocupar, tentando harmonizar da melhor maneira os direitos divergentes.

Cumpra agora perguntar se este método que, impondo a ponderação de bens, visa preservar o mais possível a unidade valorativo-sistemática da constituição é eficaz para a resolução de uma colisão de direitos imprópria – que é, lembre-se, a que nos interessa. Autores como GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA defendem que em caso de conflito entre direitos, liberdades e garantias com outros bens constitucionalmente protegidos<sup>35</sup> devem prevalecer os primeiros. Este entendimento configura já um desvio ao método da concordância prática imposto pela Constituição, o qual vale, segundo a letra do artigo 18<sup>a</sup>/2, tanto para as colisões em sentido estrito como para as que contraponham direitos fundamentais a “outros interesses constitucionalmente protegidos”. E o contrário, poderá ser sustentado, isto é, uma prevalência do bem jurídico sobre um direito fundamental? Para alguém que, como nós, adira a essa proposta de resolução, a fundamentação deve procurar resolver dois aparentes óbices: o facto de a maioria esmagadora da doutrina (e os tribunais) rejeitarem *a priori* uma hierarquização dos valores constitucionais; e a demonstração de que tal solução não viola o espírito da constituição.

Quanto à primeira dificuldade, gostaríamos de lembrar que nem todos os valores acolhidos na Constituição, seja sob a forma de direitos subjectivos ou de tarefas estaduais, derivam com a mesma intensidade do fundamento comum da dignidade da pessoa humana. Acresce que a validade de uma hierarquização apenas depende de se atenderem às circunstâncias do caso concreto. E, na verdade, casos há em que um juízo de ponderação é impraticável porque o bem jurídico é afectado no seu conteúdo essencial. Quando o bem “ambiente” é ofendido pelo exercício de um direito fundamental não é correcto usar, de rajada, o método da ponderação, mais que não seja porque as qualidades deste bem o tornam único e insusceptível de avaliação material. Um juiz não pode simplesmente atribuir um valor económico a uma parcela de ar, água ou solo (entre outros) para legitimar a sua supressão por um particular. O perigo de cármos em radicalismos ecológicos não nos deve fazer esquecer que não podemos dar soluções idênticas a problemas diferentes. Se pensarmos que o ambiente é um bem global, que por todos pode ser lesado e, acima de tudo, que a mais pequena lesão pode ter severas repercussões para todos (e não apenas para o agressor), será esta proposta assim tão descabida? Não será o núcleo essencial

deste bem muito maior que, porventura, o de qualquer outro valor acolhido na Constituição? Agora, repetimos que esta hierarquia será sempre fundada no caso concreto. Assim, por exemplo, alguém que se queixe a um juiz de que A ou B ocasionalmente queima roupas velhas no quintal da sua casa, alegando uma lesão para a qualidade de ar dos vizinhos, seria rapidamente admoestado pelo juiz por fazer perder tempo ao tribunal. Mas se a queixa respeitar já ao fumo lançado por uma fábrica – porque a lesão é já significativa e periódica – o juiz não deve perder tempo a indagar da contribuição desta para o *piib* local, antes ordenar a imediata instalação de filtros (entre outras medidas possíveis).

Resta procurar demonstrar que o que dissémos não é de todo impossibilitado pela constituição, apresentando para esse efeito dois principais argumentos:

× o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo fundamento de todos os valores constitucionalmente acolhidos, manifesta-se com diferentes intensidades, sendo eticamente correcto sustentar que um ambiente de vida humano e sadio prima sobre a propriedade e o lucro;

× nenhuma restrição pode afectar o conteúdo essencial de um preceito constitucional, o qual, no caso do ambiente, e no estado crítico em que o planeta se encontra, deve ser todo e mais algum.

No fundo, trata-se de reconhecer que a própria Constituição encerra, por caminhos sinuosos, os instrumentos que nos permitem dar ao ambiente a melhor protecção possível.

### 3 EQUÍVOCOS DA INTERPRETAÇÃO TRADICIONAL

Estamos cientes que a maioria dos leitores terá dificuldade em identificar-se com esta proposta, mais que não seja porque é muito mais simples dizer que existe um direito subjectivo ao ambiente do que provar o contrário. Não os culpamos, outra coisa não seria de esperar quando tanto o legislador como os tribunais nada fazem para evitar o engano – antes pelo contrário! Não nos vamos alongar sobre o contributo de ambos para uma errada percepção do ambiente visto que alguém muito mais dotado já o fez<sup>36</sup>. Ficam apenas algumas linhas sobre o problema.

Começando pelo contributo do legislador, ele está presente não apenas na Constituição mas também na Lei de Bases do Ambiente (Lei 11/87, de 7 de Abril, com as alterações introduzidas pela Lei 13/2002, de 19 de Fevereiro) fundamentalmente em dois locais: no capítulo III e no artigo 40<sup>o</sup>/4. O primeiro erro da LBA consiste em integrar na noção de ambiente aquilo que designa por componentes ambientais humanos:

Os componentes ambientais humanos definem, no seu conjunto, o quadro específico de vida, onde se insere e de que depende a actividade do homem, que, de acordo com o presente diploma, é objecto de medidas disciplinadoras com vista à obtenção de uma melhoria da qualidade de vida. – art. 17<sup>o</sup>/1.

São componentes ambientais humanos: a paisagem, o património natural e construído e a poluição. – nº3.

A intenção do legislador, reconheça-se, até foi boa – salvaguardar a qualidade de vida das gerações presentes e futuras. O lugar escolhido para a materializar é que não foi o adequado. Com efeito, ao associar a preservação da natureza à satisfação das necessidades do Homem e ao integrar na noção de ambiente o património (tanto natural como construído), o legislador deu o mote para a subjectivização do bem jurídico<sup>37</sup>. No artigo 22º encontramos, como objectivo da LBA, a luta contra o ruído. O objectivo seria bastante nobre se se ficasse por aí, entenda-se se a luta contra esta particular forma de poluição estivesse ao serviço da natureza. Porém, o ruído é claramente visto na LBA como um dano para as pessoas e não para o ambiente: “A luta contra o ruído visa a salvaguarda da saúde e bem-estar das populações...” – art. 22º/1/proémio.

Como veremos mais adiante, o tratamento dado pelos tribunais ao problema do ruído (nalguns casos com recurso ao mecanismo da colisão de direitos) é fiel herdeiro desta perspectiva antropocêntrica. *The bottom line is*: quanto mais integramos no ambiente realidades que dele são distintas, quanto mais usarmos o ambiente para tutelar direitos (de personalidade) alheios, maior será a dificuldade em reconhecer razão ao que atrás se disse.

Nenhum outro artigo da LBA é, porém, tao elucidativo da desorientação do legislador quanto o artigo 40º/4: “Os cidadãos directamente ameaçados ou lesados no seu direito a um ambiente de vida humana sadio e ecologicamente equilibrado podem pedir, nos termos gerais de direito, a cessação das causas de violação e a respectiva indemnização”.

Procuremos dissecar esta norma para ver o que ela verdadeiramente encerra. A primeira parte da norma proclama, à semelhança do artigo 66º/1 da Constituição, o direito a um ambiente de vida humano sadio e ecologicamente equilibrado. A referência a um ambiente humano traduz, mais uma vez, a instrumentalização do ambiente ao Homem. Adicionalmente, transforma o ambiente num “saco sem fundo”<sup>38</sup>, onde encontramos uma miríade de direitos de personalidade esgrimidos nas relações de vizinhança. Pensemos a quem aproveita a norma: é ao proprietário lesado por emissões poluentes, é ao morador incomodado pelo ruído de um aeroporto, etc. A norma servirá, essencialmente, de base à legitimade processual activa de todos os que forem lesados nos seus direitos de personalidade, surgindo a protecção do ambiente como um resultado meramente reflexo da acção: quando à fábrica for obrigada a instalar filtros ou a insonorizar as instalações o proprietário/morador sorri, e o ambiente sorri à boleia. Parece-nos, no mínimo, irónico que numa Lei de Bases “para” o ambiente a tutela contenciosa tenha um cunho tão marcadamente individualista<sup>39</sup>. Mesmo que esqueçamos tudo o que disse em 1. e afirmemos convictamente que existe um direito ao ambiente nos termos em que o legislador o proclama, pergunte-se: será esse direito sequer facticamente possível? Muito acertadamente afirma MARIA DA GLÓRIA GARCIA que tal direito é de concretização impossível, uma miragem inscrita na constituição<sup>40</sup>, dado o carácter

global do bem em causa. Pensemos apenas no exemplo da qualidade da água dos nossos rios: por maior que seja o esforço do Estado português em garantir um ambiente sadio e equilibrado estaremos sempre dependentes do comportamento dos nossos vizinhos espanhóis quanto aos rios que com eles partilhamos. E, mesmo que os espanhóis se portem bem, há que ter sorte para que nenhum petroleiro sofra um acidente ao passar pela nossa costa. Tratando-se o ambiente de um bem global, cuja lesão pode afectar qualquer um em qualquer parte do mundo, a sua subjectivização surge-me quase como que inocente.

A segunda parte da norma só pode ser compreendida se a enquadrarmos historicamente. No preâmbulo do recente Decreto-Lei nº 147/2008, de 29 de Julho, que estabelece o regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais, pode ler-se que:

Durante muitos anos a problemática da responsabilidade ambiental foi considerada na perspectiva do dano causado às pessoas e às coisas. O problema central consistia na reparação dos danos subsequentes às perturbações ambientais – ou seja, dos danos sofridos por determinada pessoa nos seus bens jurídicos da personalidade ou nos seus bens patrimoniais como consequência da contaminação do ambiente.

Até ao surgimento deste diploma o nosso quadro legal pura e simplesmente não autonomizava o dano ecológico (puro) do dano ambiental<sup>41</sup> – aquele que representando uma lesão para os direitos de personalidade ou para os bens patrimoniais de alguém implicava também uma ofensa para o ambiente. Ora, quando o legislador remete, no artigo 40º/4 da LBA, para os “termos gerais do direito”, não poderia estar a pensar senão nas normas civis que tutelam os direitos de personalidade e as relações de vizinhança<sup>42</sup>, designadamente:

× o artigo 70º:

1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral; 2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.

× e o artigo 1346º (ambos do Código Civil):

O proprietário de um imóvel pode opor-se à emissão de fumo, fuligem, vapores, cheiros, calor ou ruídos, bem como à produção de trepidações e a outros quaisquer factos semelhantes, provenientes de prédio vizinho, sempre que tais factos importem um prejuízo substancial para o uso do imóvel ou não resultem da utilização normal do prédio de que emanam.



Em bom rigor, o artigo 40º/4 da LBA nada traz de novo – ele limita-se a repetir o que o código civil já diz, ou seja, que alguém que seja lesado no seu “*ambiance*”<sup>43</sup> pode recorrer à jurisdição civil e pedir o ressarcimento pelos danos sofridos, de preferência juntamente com uma medida cautelar de cessação/prevenção da actividade lesiva<sup>44</sup>. Embora o artigo não se refira expressamente ao tipo de ameaça ou lesão, parece-nos que só se aplica se se verificar ilicitude<sup>45</sup> - daí a sua ligação intrínseca aos artigos 70º e 483º CC (responsabilidade por facto ilícito). Caso não haja ilicitude na actuação do lesante, o caso deverá ser resolvido no âmbito da colisão de direitos, aplicando os tribunais o disposto no artigo 335º CC. Em suma, e fazendo nossas as palavras de CARLA AMADO GOMES,

[...] a não identificação clara do dano ecológico redundava em que este só poderia ser atalhado caso resultasse de uma acção lesiva de interesses individuais, cujo titual movesse uma acção inibitória contra o lesante, a qual pusesse fim à produção da emissão prejudicial para pessoas e bens naturais.<sup>46</sup>

Tudo visto, para os que, como nós, defendem uma visão ecocêntrica do ambiente, o novo regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais é de louvar<sup>47</sup>:

× ao autonomizar o dano ecológico dá razão à ideia de que o ambiente não pode ser confundido com outros valores dotados da sua própria tutela constitucional e legal – são danos ambientais os danos causado à fauna e flora protegidas pela legislação nacional, à água e ao solo, nos termos do artigo 11º/1<sup>48</sup>. Eventuais danos pessoais ou patrimoniais colaterais só interessam aqui para efeitos de legitimidade activa, entenda-se, para que alguém possa desencadear um pedido de intervenção à autoridade competente – artigo. 18º/2 alíneas a) e c).

× não está previsto o pagamento de qualquer quantia ao particular, o que atesta claramente a autonomia do bem jurídico tutelado<sup>49</sup>.

#### 4 A TUTELA AMBIENTAL SUBJECTIVISTA COMO A VIA JURISDICCIONAL COMUM EM PORTUGAL

Vários são os acórdãos de tribunais portugueses em que se invoca incorretamente o direito ao ambiente<sup>50</sup> no contexto de uma colisão de direitos. Dadas as similitudes dos casos, dois exemplos bastarão para se ilustrar esta situação. O primeiro é o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra<sup>51</sup>, de 06-12-2005, cujo sumário aqui se transcreve:<sup>52</sup>

- I – O descanso, a tranquilidade e o sono são direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, que se inserem no direito à integridade física, preceituado no artº 25º, nº 1, da CRP, bem como no direito ao ambiente e qualidade de vida, como resulta do artº 66º da mesma Constituição.
- II – No campo da lei ordinária, o direito ao repouso é, ainda, um



direito de personalidade que beneficia da tutela do artº 70º, nºs 1 e 2, do C. Civ.

III – Frequentemente há conflito de direitos fundamentais, podendo, nomeadamente, ser conflituantes o exercício do direito de propriedade sobre um estabelecimento que emite ruídos, e o direito de outrem ao sossego, ao repouso, a um ambiente sadio.

IV – Avaliando colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, dispõe o artº 335º, nº 1, do C. Civ. que devem os direitos ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes.

Aqui temos uma demonstração da facilidade com que os tribunais confundem o direito ao ambiente com os direitos de personalidade – no caso, a integridade física, num escopo mais alargado, concretizada na tranquilidade, sossego, repouso (tudo sinónimos) e sono. Não havia necessidade de confundir os cidadãos. Bastaria enunciar uma colisão entre os direitos de personalidade do autor e dos seus familiares e os direitos económicos da ré<sup>33</sup>. O que o tribunal não pode dizer de ânimo leve é que resulta do artigo 66º da CRP que os direitos ao descanso e ao sono se inserem no direito ao ambiente. A própria referência a qualidade de vida devia ser erradicada porque apenas contribui para a subjectivação de um tutela que se quer *supra-homo*.

Num outro acórdão, desta feita do Tribunal Judicial de Círculo de Santa Maria da Feira<sup>34</sup>, encontramos uma história com alguns paralelismos: as rés dedicam-se à serração, fabrico de tacos, *parquet* e artefactos de madeira, produzindo um ruído constante para os vizinhos através de serras, empilhadoras, compressores e toda uma gama de maquinaria, durante o dia e durante a noite, de segunda a sábado. Para além do ruído, que perturba o sossego da vizinhança e que provoca vibrações (e danos) em portas, janelas, candeeiros e outros objectos, o pó que é libertado para o ar não só é nocivo para a saúde dos queixosos como cobre a mobília e impede a normal frutificação do terreno. Este acórdão merece a nossa atenção pela positiva e pela negativa. O tribunal começa, e bem, por reconhecer que “as questões que importam resolver têm implicações quer ao nível dos direitos de personalidade, das relações de vizinhança, do direito do ambiente e da responsabilidade por factos ilícitos, pelo que devem ser abordadas cada uma de *per si*” e mais que as mesmas se interpenetram pelo que ao abordar uma é normal que se aluda às demais. Nesse sentido, o acórdão divide-se por títulos, consoante o bem violado e as normas chamadas a intervir. Assim temos:

× Os direitos de personalidade dos AA.. – que o tribunal começa por reconduzir à integridade moral e física assegurada na Constituição (art. 25º), na lei civil (art. 70º/1 CC) e em textos internacionais (art. 25º/1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem), e que adiante alarga à protecção da saúde e da qualidade de vida (arts. 64º e 66º CRP). A violação destes direitos requer a adopção das providências adequadas a fazer cessar as ofensas cometidas, como se estipula no artigo 70º/2 do CC.

× O direito de vizinhança entre os AA. e os RR.. – *maxime* a garantia do direito de propriedade privada acolhido no artigo 62º da CRP, embora não de modo absoluto como resulta do artigo 1305º do CC: “o proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas”, sejam estas de direito público ou privado. No âmbito do direito privado é de destacar o disposto no artigo 1346º do CC onde se dispõe que “o proprietário de um imóvel pode opor-se à emissão de fumo, fuligem, vapores, cheiros, calor ou ruídos (...) sempre que tais factos importem um prejuízo substancial para o uso do imóvel...”.

× O direito ao ambiente dos AA.. – neste ponto o tribunal foca-se na poluição do ambiente provocada pela actividade de serração, quer sob a forma de ruído quer sob a forma de pó lançado para o ar. São várias as normas da LBA invocadas, desde o artigo 21º/1 e 2, passando pelo 40º/4 e acabando no 46º e no 47º. O que o tribunal faz ilustra tudo o que se tem vindo a dizer: apesar do ruído e do pó emitidos atentarem contra o bem jurídico ambiente (ar e solo) o tribunal subjectiviza a ofensa, abordando-a como uma mera lesão do direito de propriedade dos AA. (impossibilitados de fruir plenamente do terreno das suas casas) e do seu sossego, para concluir que lhes é devida uma indemnização ao abrigo do artigo 40º/4 da LBA.

É verdade que, para a confusão do objecto da disciplina, existiam circunstâncias atenuantes, sobretudo o facto dos danos ambientais serem tratados em sede de responsabilidade civil<sup>55</sup>. Hoje, a nova lei da responsabilidade por dano ecológico permite-nos destringir duas vias: a cível, sempre que o particular queira ser ressarcido por danos patrimoniais (como era o caso neste acórdão) e a administrativa, sempre que o particular queira tão só fazer cessar uma lesão ambiental, do prisma de um actor desinteressado.<sup>56</sup>

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As abordagens feitas pela doutrina portuguesa ao artigo 66º/1 CRP oscilam entre a qualificação do direito ao ambiente como um direito subjectivo ou como um direito colectivo ou interesse difuso, registando-se, pelo meio, propostas conciliatórias<sup>57</sup>. PEREIRA REIS foi um dos primeiros defensores nacionais da existência de um direito subjectivo ao ambiente, deixando uma argumentação que é o espelho da obediência cega à letra da lei. Disse o autor que, apesar da dificuldade em determinar o conteúdo do direito e, assim, delimitar o seu objecto, da dificuldade em identificar o seu titular e da inapropriabilidade individual dos bens que compõem o ambiente, “*contra factos não há argumentos*”, referindo-se ao facto de a norma constitucional atribuir expressamente um direito fundamental<sup>58</sup>. Mais louvável é a posição de PEREIRA DA SILVA, autor que apesar de integrar as fileiras dos subjectivistas desenvolve um esforço de fundamentação bastante melhor, extraíndo a vertente subjectiva do direito da sua dupla faceta – da vertente negativa ou de defesa, que permite a qualquer um reagir contra agressões perpetradas por entidades públicas e privadas, e da vertente positiva ou prestacional, que permite a qualquer um exigir do Estado a criação de condições de vida

concordantes com a dignidade da pessoa humana. Não nos parece que tenha razão no que diz, seja porque, quanto à vertente prestacional, “*a operatividade do direito ao ambiente não se traduz na possibilidade de exigir do Estado uma qualquer prestação a título individual, mas antes de o levar a desempenhar a tarefa de protecção e promoção da qualidade dos bens ambientais em benefício de todos os membros da comunidade*”<sup>59</sup> mas também porque “*não é possível, em termos universais (...) determinar o nível quantitativo e qualitativo das componentes ambientais de que cada indivíduo necessita para viver*”<sup>60</sup>, seja porque, quanto à vertente de defesa,

[...] não pode, por força da natureza das coisas, existir qualquer pretensão de apropriação individual, nem tão pouco proceder-se à fixação de um quantum de fruição pessoal – daí a existência de um mero interesse de facto. Tal desiderato é suficiente para justificar a intervenção, procedimental e jurisdicional, em defesa da integridade e qualidade dos bens ambientais, através da acção popular, mas faltam-lhe densidade e determinabilidade capazes de consolidar a figura de um direito.<sup>61</sup>

Trata-se, mais uma vez, de reconhecer a legitimidade única da tutela preventiva e ressarcitória de danos ecológicos através do mecanismo da acção popular.

Por seu turno, GOMES CANOTILHO procura hoje uma progressiva despersonalização do direito ao ambiente, reduzindo os momentos subjectivos às vertentes procedimental e processual. Faltou ao autor reconhecer que as normas procedimentais e processuais, quando colocadas ao serviço do ambiente, protegem muito mais que uma “subjectividade individual”, convidando todos os cidadãos a participar nas decisões administrativas que envolvem a conformação de interesses globais. Nesse sentido joga a nova Lei 19/2006, que regula o acesso à informação sobre ambiente, quando dispõe no seu artigo 6º/1 que “as autoridades públicas estão obrigadas a disponibilizar ao requerente informação sobre ambiente na sua posse ou detida em seu nome, sem que o requerente tenha de justificar o seu interesse”, porquanto o bem em causa é de fruição colectiva (a todos pertence).

Mais nos aproximamos da posição sustentada por CARLA AMADO GOMES, identificando o ambiente como um bem colectivo, por todos fruível embora insusceptível de apropriação individual, gerador de deveres de actuação e de fiscalização a cargo das entidades públicas aliados a um dever de conservação dos bens ambientais naturais por todos, num contexto de solidariedade comunitária. Em lugar de um direito, o qual “*conduz a uma amputação considerável do âmbito de protecção da norma constitucional, na medida em que subtrai do seu âmbito as situações de dano ecológico*”<sup>62</sup>, a pedra de toque reside na ideia de um dever fundamental (intergeracional), inerente ao próprio exercício responsável da cidadania. Mais, a redução do objecto deste dever à protecção dos bens ambientais naturais, afastando os equívocos provocados pela noção alargada de ambiente (e pela sua tutela reflexa, por apelo aos direitos de personalidade, de propriedade e de iniciativa económica), é a única maneira de encontrarmos um sentido útil para o artigo 66º CRP<sup>63</sup>.

Terminamos com uma confissão: num artigo anterior, dedicado ao tema das taxas ambientais<sup>64</sup>, foi defendida a privatização dos bens ambientais, tendo sido, porém, salientado que tal era feito não por se achar que seja a melhor forma mas sim porque é a que poderá produzir resultados palpáveis no mais curto prazo. Ao jeito de FERNANDO PESSA dir-se-ia agora “e esta, hein?” – não será o autor um *bocadinho* hipócrita ou, no mínimo, incoerente? Este dilema moral foi já levantado por TIAGO ANTUNES a propósito do mercado de quotas de CO<sub>2</sub>: “*should the legal system recognize individual rights to pollute? Is it not contradictory to award pollution rights when the objective is to protect the environment?*”<sup>65</sup>. Ele obriga-nos a um esforço adicional de destrinça das situações, o qual pode ser ilustrado da seguinte forma:

× Uma fundição recebe uma licença ambiental para operar na periferia de uma cidade. O proprietário desta não tinha qualquer direito (subjectivo) a poluir, mas passou a poder fazê-lo em virtude do acto administrativo autorizativo. A licença ambiental funcionou como um instrumento de privatização da parcela atmosférica na zona de influência da fábrica. Em bom rigor, o proprietário passou a ter um “direito a poluir”, que antes não tinha – daí que a licença ambiental seja uma concretização do princípio da proibição sob reserva de permissão: ao particular é negada a possibilidade de poluir sem se munir previamente de um acto administrativo conformador dos limites desse desgate. Mas à semelhança do artigo 66<sup>o</sup> CRP, o nosso regime do licenciamento ambiental (Decreto-Lei 173/2008, de 26 de Agosto) veste um belo disfarce: ele alicia as pessoas “para o cumprimento de um dever mascarando-o de direito individual clássico”, pois, por detrás da autorização para poluir vem uma miríade de deveres – o operador tem de demonstrar que a instalação não envolve riscos para o ambiente e que usa a melhor tecnologia disponível no mercado para minimizar os riscos (aquando do pedido), não pode ultrapassar os valores limite de emissão que forem fixados pela licença e tem de comunicar periodicamente à Associação Portuguesa do Ambiente os dados resultantes da monitorização das emissões da instalação. Em suma, a privatização dos bens ambientais operada em sede de licenciamento, taxas, direitos de emissão negociáveis, etc., mais não é que uma manobra de ilusionista destinada a ultrapassar a desconfiança de grande parte da doutrina jusinternacionalista perante a ideia de dever.

Cartaxo, 18 de Setembro de 2009

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, n. 66, 2002.

\_\_\_\_\_. In: RIVERS, Julian (Trad.). **A theory of constitutional rights**. Oxford, 2001.

AMARAL, Diogo Freitas do. Ordenamento do território, urbanismo e ambiente:

objecto, autonomia e distinções, **RJUA**, n. 1, 1994.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: 2004.

ANTUNES, Tiago. The use of market-based instruments in Environmental Law. **Revista de Direito do Ambiente e Ordenamento do Território**, n. 14-15, Almedina.

BATISTA, Luis Carlos. **Uma análise económica das externalidades ambientais negativas**: em especial, a solução dos tributos ambientais (a publicar pela AAFDL).

CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Almedina, 1992.

\_\_\_\_\_. Procedimento administrativo e defesa do ambiente. **RLJ**, n. 3799.

CARDOSO, José Lucas. **Sobre o direito das Organizações não governamentais de ambiente à informação administrativa**. **Revista de Direito do Ambiente e Ordenamento do Território**, Almedina, n. 11.

CASOLINO, E. Transformazioni del diritto alla luce del problema ambientale con particolare riferimento al diritto comunitario. In: **DC&SI**, 1992.

CONCI, Luis Arcaro. **Lições de Direito Constitucional em homenagem ao Professor Jorge Miranda**, 2008.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. 3. ed. Almedina, 2005, t. 1.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Tratado de Direito Civil Brasileiro, dos Direitos Subjectivos**. Editora Freitas Bastos, 1941.

GARCIA, Maria da Glória. **O lugar do Direito na protecção do Ambiente**. ALMEDINA, 2007.

GOMES, Carla Amado. A responsabilidade civil por dano ecológico: reflexões preliminares sobre o novo regime instituído pelo DL. 147/2008, de 29 de Julho. **ICJP**. Disponível em: <www.icjp.pt>.

\_\_\_\_\_. Ambiente (Direito do). **Textos dispersos de Direito do Ambiente**, Lisboa, n. I, 2005.

\_\_\_\_\_. **Escrever verde por linhas tortas**: o *direito ao ambiente* na jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos do Homem.

\_\_\_\_\_. O ambiente como objecto e os objectos do direito do ambiente. In: **Textos dispersos de Direito do Ambiente**, Lisboa, n. I, 2005.

\_\_\_\_\_. **Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente**. Lisboa, 2006.

KELSEN, Hans. In: HARTNEY, M. (Trad.). **General Theory of norms**. Oxford, 1991.

LARENZ, K. **Allgemeiner Teil des Deutschen Burgerlichen Rechts**. Munique, 1967.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra, 2000, v. 4.

PINTO, Rui Gouveia. **A colisão de direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976**. Lisboa, 1998.

REIS, J. Pereira. **Contributos para uma teoria do Direito do Ambiente**. Mem Martins, 1987.

SILVA, Vasco Pereira da. **Verde Cor de Direito, Lições de Direito do Ambiente**. Almedina, 2002.

- 1 Texto redigido na sequência de um convite feito pela Prof<sup>a</sup> Carla AMADO GOMES para integrar as fileiras dos novíços da presente revista.
- 2 O que nem sempre corresponde a um “Homem do direito”, usando a que os ingleses chamam “*pune*” ou “*play on words*”.
- 3 Para uma leitura sobre o tema, ver ALEXYS, Robert. In: RIVERS, Julian (Trad.). **A theory of constitutional rights**. Oxford, 2001, p. 111 e segs..
- 4 Cfr. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra, 2000, v. 4, p. 181 e segs..
- 5 LARENZ, K. **Allgemeiner Teil des Deutschen Burgerlichen Rechts**. Munique, 1967, p. 60.
- 6 Cfr. MIRANDA, op. cit., p. 183.
- 7 Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra, 2004, p. 102.
- 8 ALEXYS, op. cit., p. 113.
- 9 E que matematicamente expressou através da fórmula “*X has a right to G*”. Para maiores desenvolvimentos, ver ALEXYS, op. cit., p. 116 e segs..
- 10 Cfr. ALEXYS, op. cit., p. 120.
- 11 MIRANDA, op. cit., p. 185.
- 12 Para os interessados, ler SILVA, Vasco Pereira da. **Verde Cor de Direito, Lições de Direito do Ambiente**. Almedina, 2002, p. 84 e segs..
- 13 *Ibid.*, p. 89.
- 14 Quem quiser aprofundar a questão pode sempre dar uma vista de olhos pela obra de ESPÍNOLA, Eduardo. **Tratado de Direito Civil Brasileiro, dos Direitos Subjectivos**. Editora Freitas Bastos, 1941, pp. 574 e segs.
- 15 As pessoas que o formam e não o ente em si. Cfr. ANDRADE, op. cit., p. 122 e segs..
- 16 Seguindo a noção proposta por CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. 3. ed. Almedina, 2005, t. 1. p. 334.
- 17 Cfr. ANDRADE, op. cit., p. 122.
- 18 Cfr. ESPÍNOLA, op. cit., p. 576.
- 19 Cfr. CORDEIRO, op. cit., p. 333.
- 20 Cfr. GOMES, Carla Amado. O ambiente como objecto e os objectos do direito do ambiente. In: **Textos dispersos de Direito do Ambiente**, Lisboa, n. I, 2005, p. 23.
- 21 Kelsen, Hans. In: HARTNEY, M. (Trad.). **General Theory of norms**. Oxford, 1991, p. 324.
- 22 Veja-se, a propósito, o artigo 10<sup>o</sup> do Estatuto das Organizações não Governamentais de Ambiente (Lei 35/98, de 18 de Julho), o qual lhes atribui legitimidade processual para intentar acções judiciais com vista a reprimir a violação das disposições legais que protegem o ambiente independentemente de **terem ou não interesse directo na demanda**” (*realçado nosso*), estando inclusive as associações em causa dispensadas do requisito procedimental de invocar um prejuízo, actual ou virtual, de qualquer um dos seus representados - neste sentido, cfr. CARDOSO, José Lucas. **Sobre o direito das Organizações não governamentais de ambiente à informação administrativa**. *Revista de Direito do Ambiente e Ordenamento do Território*, Almedina, n. 11, p. 52 e segs..

- 23 O esquema vem desenvolvido em inglês – para os que, como nós, não compreendam alemão – na já mencionada obra de ALEXY, op. cit., p. 116 e segs..
- 24 Ver CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Almedina, 1992, p. 657 e segs..
- 25 Idem, p. 658.
- 26 Assim, na parte final do artigo 18<sup>º</sup>/2 o legislador estabelece que os direitos fundamentais devem ser exercidos por forma a salvaguardar outro direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.
- 27 PINTO, Rui Gouveia. **A colisão de direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976**. Lisboa, 1998, pp. 13 e segs..
- 28 Em especial o n<sup>º</sup>2: No exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática.
- 29 Cfr. o artigo 335<sup>º</sup> do Código Civil.
- 30 Cfr. ANDRADE, op. cit., p. 324.
- 31 Para maiores desenvolvimentos, ver CONCI, Luis Arcaro. **Lições de Direito Constitucional em homenagem ao Professor Jorge Miranda**, 2008, pp. 36 e segs..
- 32 No artigo 26<sup>º</sup>/1 CRP.
- 33 Neste ponto há que discordar de Alexy, que não verifica na adequação a necessidade de se apontar uma legitimidade ao fim.
- 34 ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, n. 66, 2002, p. 29.
- 35 Aos exemplos por eles dados da defesa e da saúde pública voltamos a acrescentar o ambiente.
- 36 Entre outros, recomenda-se a leitura de **Ambiente (Direito do)**, in *Textos dispersos de Direito do Ambiente*, I, Lisboa, 2005, e **Escrever verde por linhas tortas: o direito ao ambiente na jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos do Homem** – Texto escrito para integrar a obra colectiva “O tempo e os direitos humanos: entre a eficácia pretendida e a conquistada”, organizado pela ABDH (Academia Brasileira dos Direitos Humanos). Ambas as obras são da autoria de Carla AMADO GOMES.
- 37 Sobre a dificuldade em compreender a inserção da “poluição” no elenco dos componentes ambientais, ver AMARAL, Diogo Freitas do. Ordenamento do território, urbanismo e ambiente: objecto, autonomia e distinções, **RJUA**, n. 1, 1994, p. 20.
- 38 Expressão da autoria de Carla AMADO GOMES, em **O ambiente**, op. cit., p. 15.
- 39 Já Diogo FREITAS do AMARAL o reconheceu, ao dizer que a nossa Lei de Bases do Ambiente, nos soa hoje como ultrapassada e, porventura, demasiado subordinada às necessidades do Homem. Porque ela fala, no fundo, em proteger a vida do Homem, em garantir a qualidade de vida do Homem, em assegurar a saúde e o bem-estar do Homem, em garantir a utilização dos recursos naturais como pressuposto básico do desenvolvimento do Homem... – Cfr. **Apresentação**, in *Direito do Ambiente*, INA, 1994, pp. 14 e segs..
- 40 “Se os efluentes tóxicos lançados ao Reno por indústrias químicas suíças e francesas tornam imprópria para consumo a água na Holanda; se as partículas radioactivas emergentes de um acidente na Ucrânia contaminam a produção agrícola sueca e emissões de dióxido de enxofre de siderurgias americanas dão origem a chuvas ácidas que destroem florestas no Canadá, fica claro que a dimensão estadual onde, até há pouco, a caracterização do público e do privado era empreendida, entrou em crise.” GARCIA, Maria da Glória. **O lugar do Direito na protecção do Ambiente**. ALMEDINA, 2007, p. 191.
- 41 Para um maior desenvolvimento sobre esta lacuna, ver GOMES, Carla Amado. A responsabilidade civil por dano ecológico: reflexões preliminares sobre o novo regime instituído pelo DL. 147/2008, de 29 de Julho. **ICJP**. Disponível em: <www.icjp.pt>. p. 4 e segs..
- 42 Veja-se, a título de exemplo da tendência dos tribunais para apelarem a essas normas, os acórdãos de 06-12-2005, processo 2962/05, da Relação de Coimbra, e o de 4-4-1997, do tribunal judicial de círculo de Santa Maria da Feira.
- 43 Expressão usada por CANOTILHO, José Gomes. Procedimento administrativo e defesa do ambiente. **RLJ**, n. 3799, p. 290 – e que traduz a tendência das pessoas para transformarem o ambiente em tudo o que as rodeia.
- 44 Nos termos gerais dos artigos 381<sup>º</sup> e segs. do Código de Processo Civil.
- 45 Tanto mais que o artigo seguinte – 41<sup>ª</sup> LBA – ao consagrar a responsabilidade objectiva refere “muito embora com respeito do normativo aplicável”.
- 46 GOMES, **A responsabilidade...**, op. cit., p. 5.



- 47 Sem esconder, todavia, que importa melhorar alguns dos seus aspectos – nesse sentido, ver GOMES, *ibid.*, p. 37. A autora refere, entre outros, a necessidade de consagrar em sede ambiental a inversão do ónus da prova, a falta de referência no diploma a bens ambientais como o ar e o subsolo, ou a ausência de responsabilidade objectiva por riscos ligados ao normal funcionamento de uma instalação.
- 48 Quanto aos danos causados ao ar e ao subsolo, remetemos para as soluções propostas por Carla AMADO GOMES em **A responsabilidade...**, op. cit., p. 12 e segs..
- 49 Veja-se, entre outros, o artigo 23<sup>o</sup>/4 que prevê que o produto da cobrança da taxa inerente às garantias financeiras constituídos para assumir a responsabilidade ambiental em virtude de uma actividade ocupacional reverte integralmente para o Fundo de Intervenção Ambiental (FIA).
- 50 Sendo que pelo que acima se foi escrevendo, por direito ao ambiente devemos entender tão só o conjunto de normas substantivas e adjetivas destinadas à defesa dos bens ambientais naturais mencionados no artigo 6<sup>o</sup> da LBA.
- 51 Processo n<sup>o</sup> 2962/05; Relator: Dr<sup>a</sup> Regina Rosa.
- 52 Sublinhado nosso.
- 53 De um lado tínhamos um agregado familiar que se via impedido de descansar adequadamente por força do barulho gerado pelo estabelecimento comercial da ré, o qual se prolongava até as 3h da manhã, e do outro a liberdade de iniciativa económica e de estabelecimento desta.
- 54 De 4-4-1997.
- 55 Era até frequente o apelo ao instituto do abuso de direito em sede ambiental – ver, no plano internacional, o Acórdão **Trail Smelter** de 1937.
- 56 Desinteressado no sentido de não tirar proveito individual da acção, porquanto a sua iniciativa beneficiará todos quanto habitam o planeta.
- 57 Para um apanhado geral destas posições recomenda-se a leitura do primeiro capítulo da tese de doutoramento de GOMES, Carla Amado. **Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente**. Lisboa, 2006, em especial as pp. 105 e segs..
- 58 Ver REIS, J. Pereira. **Contributos para uma teoria do Direito do Ambiente**. Mem Martins, 1987, pp. 30 e segs..
- 59 Carla AMADO GOMES, **Risco e modificação...**, op. cit., p. 46.
- 60 *Ibid.*, p. 134.
- 61 *Ibid.*, pp. 137-138.
- 62 Cfr. CASOLINO, E. *Transformazioni del diritto alla luce del problema ambientale con particolare riferimento al diritto comunitario*. In: **DC&SI**, 1992, p. 521-522.
- 63 “Se a tutela de tais situações através de um entendimento amplo dos direitos de personalidade (...) é possível e plenamente concebível, porquê defender a existência de um novo direito? Por outras palavras, se há uma cláusula típica de cobertura de tal situação jurídica, quais as razões que justificam o reurso a um alegado direito ao ambiente? No ordenamento nacional, nenhuma.” –GOMES, **Risco e modificação...**, op. cit., p. 119.
- 64 BATISTA, Luis Carlos. **Uma análise económica das externalidades ambientais negativas**: em especial, a solução dos tributos ambientais (a publicar pela AAFDL).
- 65 Cfr. ANTUNES, Tiago. The use of market-based instruments in Environmental Law. **Revista de Direito do Ambiente e Ordenamento do Território**, n. 14-15, Almedina, pp. 174 e segs..

## THE SUBJECTIVE RIGHT TO ENVIRONMENT: A LEGISLATIVE AND JURISDICTIONAL ARTI- FICIAL INVENTION

### ABSTRACT

The Portuguese Constitution includes the subjective right to environment (Section 66<sup>o</sup>/1). This right, « a right to something », is presented as a three-sided relationship, involving the individual who will get the benefits from this right, the one tied to that right and the



aim of the right. Every citizen is simultaneously qualified in the Portuguese Constitution as beneficiary and obliged individual, as people have both the right to the environment and the duty to preserve environment. The essential idea is that the right to environment implies a fundamental task to defend environment, inherent to the responsible practice of citizenship. Furthermore, the limitation of the aim of the fundamental duty to defend environment to the protection on nature is the sole manner of finding an useful meaning to the Section 66<sup>o</sup> of the Portuguese Constitution, avoiding the mistakes provoked by a broadened notion of environment and by a model of environmental protection related to the rights to personality, property and economic initiative.

**Keywords:** Subjective right. Environment. Fundamental duty.

# O AVESSE DOS DIREITOS HUMANOS PRA UMA HISTÓRIA PENSADA DA ESCRAVATURA

Paulo Ferreira da Cunha\*

**“de vils esclaves sourient d’un air moqueur à ce mot de liberté”.**

Jean-Jacques Rousseau – *Du Contrat Social*, III, 12.

## RESUMO

A Escravatura é o contrário da liberdade e da dignidade, e, em verdade, o avesso dos direitos humanos. O seu escândalo é tão forte que por vezes recusamos a vê-la de frente. O presente artigo propõe-se um repensar da história da escravatura, apenas em traços largos, para melhor compreender elementos de uma possível natureza / condição humanas, e para nos ajudar a valorizar e melhor defender os direitos humanos.

**Palavras-chave:** Escravatura. Direitos Humanos. Liberdade. Dignidade.

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito procede frequentemente pela positiva, pela fisiologia, mas há também quem sublinhe que a melhor forma de encontrar o justo é observando e escandalizando-se com a injustiça, ou que não se pode falar em Direito enquanto se não estiver em presença de um litígio, ou mesmo que uma lei só válida e só vem verdadeiramente à vida depois de uma sentença judicial lhe precisar, na prática, os respectivos contornos.

Mais ainda, diz-se que o direito foi feito para os injustos. Todos estes tópicos são indiciadores da ligação, muito forte, do Direito e da conflitualidade, mas, ainda, do direito e da injustiça. Diz uma glosa medieval que o Direito procede da Justiça como um filho de sua mãe, mas quiçá se poderia dizer o mesmo do

\* Catedrático e Director do Instituto Jurídico Interdisciplinar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

## Direito relativamente à Injustiça...

Hoje, a Dignidade e a Liberdade estão abundantemente presentes em discursos, doutrina e jurisprudência, mas nem sempre se entenderá o valor que representam, como verdadeiros marcos (e tesouros) civilizacionais. Daí que se deva procurar o seu radical contrário: a escravatura, negação completa de uma e outra. Se podemos eventualmente tentar medir o nível de respeito pela dignidade e de possibilidade de exercício da liberdade, para uma pessoa, ou mesmo numa concreta sociedade (embora os instrumentos de quantificação sejam muito fálveis e subjectivos), certamente estaremos todos de acordo ao considerar que, em qualquer escala, uma e outra estariam, no caso da escravatura, em valores negativos. Respeito pela dignidade e pela liberdade *abaixo de zero*.

Mas estará a escravatura suficientemente presente na nossa memória para nos suscitar o escândalo, a revolta, contra a mais absoluta das contradições com as Liberdades e os Direitos Fundamentais, que são a marca da nossa juridicidade hodierna?<sup>2</sup> Contradição na verdade profunda. Ao ponto de o escravo se degradar e poder mesmo não apreciar a liberdade e reconhecer a própria dignidade e o respeito que lhe é devido, como pessoa.

Propomo-nos neste sintético estudo recordar a presença histórica e contemporânea dessa negação rotunda da liberdade e da dignidade humanas, de forma impressionista e ilustrativa, como não poderia deixar de ser, *brevitatis causa*.

## 2 ESCRAVATURA, PENA E MORTE

A primeira relação a ter juridicamente em conta no que respeita à escravatura parece dar-nos, significativamente, quer uma possível chave desta (porque a origem da “instituição” em causa é obscura ainda<sup>3</sup>), quer a origem e paradigma fundante do próprio Direito Penal<sup>4</sup>. O que, atento o mistério e o *pathos* que a ambas as entidades envolve, se revela de particular interesse e importância na arqueologia dos sentidos<sup>5</sup> da juridicidade e dos fenómenos sociais.

A escravatura teria sido, antes de mais, e sobretudo, uma consequência da guerra. Pelo menos numa perspectiva mítica, mas que parece absolutamente razoável como realidade, o escravo teria sido originariamente um prisioneiro de guerra, que naturalmente estaria condenado à morte. E esta morte, típica pena, pena arquetípica de todo o Direito Penal (a começar pelo da guerra), teria sido comutada em servidão vitalícia e hereditária. Falamos, obviamente, do velho Direito Penal, não do ramo renovado que surgiu depois, com o humanitarismo setecentista, e, mais no nosso tempo, com a sua constitucionalização e com a sua assunção como *ultima ratio*<sup>6</sup>.

Assim, a escravatura, sendo uma morte social penal (o escravo morre para a sua antiga vida, comunidade, sociedade; mais tarde, em muitos casos a técnica esclavagista consistirá mesmo em separar famílias de escravos, e em comprar escravos de lugares distantes, com língua e religião diversas, para que o escravo realmente

morra para a vida de liberdade e renasça como escravo), não deixaria ainda de ser um aligeiramento, uma comutação, da pena de morte *proprio sensu*, de eliminação física, pena por excelência, e ponto de Arquimedes do Direito Penal.

Mas, como dissemos, também este ramo do Direito, contudo, iria ser sujeito a uma evolução humanista e humanitarista, ganhando progressivamente em sensibilidade à dignidade humana de todas as Pessoas, e assim, por um processo de sucessivas “comutações”, não já de sentença ou administração militar, mas do próprio legislador (ou seja, alterações de tipos de penas e molduras penais, além de discriminalizações), o Direito Penal também se libertará quase por completo da pena de morte. Da pena de morte à escravatura (num tempo, aos trabalhos forçados, ao degredo...), da escravatura à prisão, desta a medidas alternativas... A história da escravatura e a história das penas são não completamente paralelas mas entretecem laços não descuráveis. Afinal, trata-se num caso como noutro da humanização do Homem.

De qualquer modo, não há dúvidas da relação entre a escravatura e a morte social. E sublinha-o, claramente, um Orlando Patterson<sup>7</sup>. Não esqueçamos, desde logo, que os escravos eram considerados, desde o Antigo Egipto, como “mortos-vivos”.

A ideia de que a escravatura se liga à comutação da morte também se encontra de algum modo em Roma. Um *paterfamilias* de coração mais amolecido, mas que não quisesse um qualquer de seus filhos, recém-nascido, em vez de o assassinar atirando-o, como era de uso, ao Tibre, poderia simples e mais condoidamente expô-lo. Seria então recolhido, como escravo, por comerciantes especializados. Estas crianças eram, elas também, tal como os prisioneiros de guerra, destinadas em princípio à morte, e delas resgatadas pelo seu sucedâneo, a escravatura. E a prática de bem educar uma criança (encontrada ou mesmo comprada) e de a vender mais tarde, por bom preço, era mesmo considerada digna de louvor em Roma.

### 3 GLOBALIZAÇÃO, ECONOMIA E ANTROPOLOGIA

É supreendente verificar, em tempos, como os nossos, em que se glorifica a globalização, que o primeiro ‘capitalismo’ com traços muito internacionalizados se construiu sobre o tráfico de escravos. Mas não se pense, como é comum, que tal teria começado com as descobertas marítimas e o estabelecimento colonial dos países ibéricos (ou outros, em plena Idade Moderna). Tal vem de antes, de muito antes. Os Descobrimientos não fizeram mais que alargar o Mundo conhecido dos europeus, e intensificar o tráfico, especializando-o, como veremos, num tráfico negroiro.

Pelo menos desde o neolítico (não esqueçamos que o neolítico foi uma profunda revolução tecnológica, mas também social) que o tráfico de escravos era uma das principais actividades comerciais na Europa<sup>8</sup>. E parece também que o escravo teria sido a primeira mercadoria a ser colocada no comércio

ultrapassando este as funções de mera troca, para passar a ter como fito o lucro. Terrível maldição, essa, se pudesse haver maldição decorrente dessa origem tão vergonhosa. Mas não excluamos que uma reminiscência possa haver dessa situação, entre os que o condenaram, sobretudo por razões espirituais ou religiosas (assim como o seu correlato “juro”, cuja história, porém, parece muito mais estudada).

Há paradoxos recorrentes em economia, e na sua relação com as mentalidades. Parece, por exemplo que, do ponto de vista estritamente económico (sem atender às pessoas – embora a economia seja “acção humana”, como na obra humana de Von Mises<sup>9</sup>), se poderia duvidar do sucesso da empresa escravagista tal como ela se passou.

O tráfico negreiro, economicamente, era profundamente deseconómico. Há imensos números em circulação em obras especializadas. Mas um número razoável parece ser o de 40% de africanos que morreram antes de chegar ao seu destino, nas Américas. Segundo o heterodoxo Davis Eltis, parece que a própria Europa, por si só, poderia ter fornecido toda a mão de obra escrava “necessária” aos empreendimentos americanos. Vagabundos, criminosos, cativos de guerra poderiam facilmente ter desempenhado historicamente esse papel (e o Mundo, e em especial o Novo Mundo, seria hoje diferente... só diferente, não parecem pertinentes, nem sequer factíveis, quaisquer juízos de valor: pois todas as escravaturas serão certamente, do mesmo modo péssimas escolhas éticas). Contudo, é óbvio que se interpunha um obstáculo intransponível, então.

Esse obstáculo era de mentalidade, de autognose e heterognose antropológica. No tempo das Descobertas já não era concebível, na Europa, esse dar a morte simbólica tão radicalmente cruel e sobretudo inumano ao seu semelhante. Apenas se poderia fazer isso ao *outro*, ao diferente, ao não-humano ou infra-humano, e esse papel era desempenhado à maravilha por quem tivesse cor de pele diferente e hábitos que com facilidade poderiam ser, pela diversidade face aos europeus, considerados selvagens. Além, obviamente, das diferenças culturais, linguísticas (por óbvio) e, acima de tudo, religiosas. O paganismo era fatal e radical diferença.

Voltaremos à questão da legitimação religiosa da escravatura. É curioso notar-se que na mesma época não repugnava ao Europeu maltratar, torturar ou matar um outro Europeu (as guerras intra-europeias só terão acabado, espera-se, com a União Europeia, e apenas no seu interior, porque nas suas fronteiras, ainda europeias, continuariam os conflitos). Mas é já um importante progresso civilizacional não se consentir a escravatura. De modo semelhante, e continuando com o paralelo que começámos por estabelecer, a sensibilidade penal também se vai aprimorando. Embora seja um processo mais tardio, caminhar-se-á também para a abolição da pena de morte. O qual ainda não está, infelizmente concluído, e tem assistido a alguns casos, felizmente raros, de recuo, como o da sua reintrodução na Libéria.

A questão antropológica nesta sede é antiga.

A situação do escravo em Roma era ambígua. Dividindo os romanos o seu Direito em pessoas, coisas e acções, o escravo parecia encontrar-se num limbo, partilhado entre as duas primeiras categorias. Era coisa, propriedade, mas também se ia reconhecendo que fosse pessoa. E por causa desta complexidade de estatuto é que o sempre arguto e iconoclasta Michel Villey, enquanto romanista, que também foi, desconfiava profundamente do *ius vitae ac necis*, que tradicionalmente se diz pertencer ao *paterfamilias* para todos os que estão sob o seu tecto e *potestas*, quer familiares, quer escravos. Para a alma sensível e humanista do mestre de Paris, pareceria certamente muito difícil que o Direito Romano, que para si era o modelo da própria juridicidade, pudesse realmente atribuir ao senhor o poder de vida e de morte sobre os escravos. E contudo é conhecida uma *petite histoire* divertida a esse propósito, que reconhece o seu *fair play* académico. Tendo prometido publicamente uma garrafa de champanhe a quem lhe trouxesse a prova documental da efectiva existência desse direito, acabaria por ter que oferecê-la ao seu discípulo Yan Thommas, que descobriria um fragmento indiciador do referido poder<sup>10</sup>. Sem dúvida uma mancha (elas caem no melhor pano) na reputação dos criadores do *ius redigere in artem*, os clássicos criadores do Direito tal como nós o conhecemos. Aliás, diz-se que Catão, o Censor matava publicamente os seus escravos insumissos ou prevaricadores, para exemplo...

Mas este facto é, na história das mentalidades, certamente solidário da própria existência da escravatura, ligada originalmente à morte. Há coisas que se não compreendem umas sem as outras. Quase se poderia ousar dizer que, se não houvesse esse recurso *in extremis* de dar a morte a um escravo a própria escravatura estaria em risco. Ou perderia o seu sentido social, naquele contexto.

E tal nada impedirá que a situação dos escravos seja complexíssima, em Roma. Que haja escravos letrados (importados sobretudo da Grécia, como, por exemplo, um Políbio<sup>11</sup>), que haja escravos a exercer ricamente o comércio por conta e em vez dos seus senhores patrícios, já então não querendo sujar as mãos nessa actividade plebeia (*infra-plebeia*, no caso), etc. Apesar de submetidos, em tese e última instância, ao referido estatuto duríssimo, tal não impediria, assim, que alguns escravos se tivessem tornado tão ricos, em Roma, que houve quem cogitasse a possibilidade de os fazer distinguir da população livre (ou teórica, juridicamente, livre) por algum símbolo distintivo, como uma fita, um sinal, um emblema. Porém, logo sabiamente se optaria por não recorrer a essa forma de identificação, que permitiria aos escravos também reconhecerem-se uns aos outros e tomarem consciência do seu elevadíssimo número, da sua força e, no fim de contas, até da sua por vezes muito elevada “posição social” *de facto*, embora não *de iure*.

#### 4 A IDEOLOGIA LEGITIMADORA

As construções ideológicas são flores teóricas que, ao menos muito frequentemente, agrinaldam e ocultam cadeias, segundo uma fórmula já clássica. Embora por vezes exerçam uma função simbólica eventualmente mais inócua dificilmente fungível. Neste último caso, estaria o próprio Direito, *tout court*, desde logo na lúcida e desconstrutora visão de João Baptista Machado<sup>12</sup>.

Contudo, não haverá certamente dúvidas de que, no caso da justificação teórica da escravatura, a função ideológica foi não só legitimadora, como legitimadora do tipo do *síndrome do limão doce*, tentando doirar a situação, e mistificar o injustificável.

A ideologização teve um trabalho importante (e vasto, de que nos ficaram importantes e abundantes documentos) na tentativa (eticamente impossível) de justificação da escravatura.

Concordar-se-á que nenhuma das três grandes religiões originais do Livro (judeísmo, cristianismo e islão) se poderia transformar, na sua lição ética fundamental, na sua antropologia e na sua teologia, em instrumento de legitimação teórica do escravagismo, nem de racismo, que acabaria por se lhe mesclar a partir de um dado momento. Como poderiam vir, então, adeptos desses credos, uns após os outros, invocar a religião para justificar esse crime contra a Humanidade, que não menos ferirá o Divino?

Encontrámos um elo histórico possível, embora inacreditável em termos racionais. Mas sabemos como a História não é nada racional, nem mesmo a história das ideias, e das crenças.

Parece que certos autores judeus e cristãos teriam inventado uma deformação hermenêutica de uma passagem bíblica, permitindo depois a intérpretes árabes (e muçulmanos) uma ampla divulgação do que seria (mas não era realmente, nem jamais se poderia interpretar assim) um anátema simultaneamente racista e escravagista.

O apoio textual para esta maquinação seria a maldição de Noé contra os filhos de Cam<sup>13</sup>. Ora, segundo o Génesis<sup>14</sup>, a impreciação teria sido lançada contra Canaã e não contra Cuxe (seria esta última a raiz e origem dos povos de pele negra). Em todo o caso, tal foi o suficiente para associar religiosamente a sina eterna dos africanos à escravatura. Negritude seria, assim, pelo direito irrevogável do patriarca veterotestamentário, sinónimo de escravatura, porque já antes disso equivalente a inferior.

Este silogismo não deixava de ter precedentes, porém. Antes que a vítima privilegiada da escravatura tivesse sido o africano, já um outro ser havida sido escolhido como alvo preferencial. Também fisicamente determinável, passível, portanto, de entrar na lógica da alteridade discriminadora, mesmo confiscadora da essência (e até muito tarde, do próprio reconhecimento da posse de “alma”): a mulher. Com efeito, o número de escravas era muito maior que o de escravos<sup>15</sup>, e

parece que ainda assim continuaria por muito tempo. Apesar da necessidade de braços fortes para as galés, e depois para os engenhos de açúcar e as plantações...

A escravatura é, assim, uma sensitiva forte e eloquente de muitos dos nossos preconceitos actuais, e das discriminações que ainda subsistem: contra o estrangeiro, e especificamente contra o vencido na guerra, contra a criança indefesa, contra a mulher, contra o considerado inferior, contra o de aspecto diferente, o que pode passar até pela construção ideológica de um conceito pseudo-científico, o de “raça” – o qual se encontra, cientificamente, mas não no discurso corrente, e até nalgum discurso político, “superado”. Somos ainda, em grande medida, escravos dos preconceitos que permitiram a escravatura.

Tudo se passa por vezes muito devagar. E por vezes há países que são menos racistas, até mesmo na escolha dos seus escravos. Impressiona um tanto a relação dos escravos libertados por morte de uma proprietária de Évora, em 1562. Impressiona pela variedade. Ou será que seria colecionadora de tipos “exóticos”? O tempo, grande escultor de fortuitos exemplos, pode também induzir-nos em erro com a selecção dos documentos que nos fez chegar. Assim, em pleno séc. XVI, o testamento dessa senhora menciona dez escravos: três ameríndios, dois mouros, dois mestiços ( na verdade, faz uma distinção: um “mestiço” e um “pardo” – “pardo” ainda há pouco se usava no Brasil, para determinar a “cor” ou a “raça”...), um chinês, e apenas um negro<sup>16</sup>.

Em todo o caso, a “especificidade” crescente do tráfico de escravos, além da justificação bíblica referida, ganhará também glosas legitimadoras no mesmo sentido de justificação, designadamente (como era natural, na época, dado o caldo de cultura predominante) de timbre religioso.

Um dos casos notáveis neste sentido terá sido a justificação da escravatura pelo mito luso-brasileiro de um São Tomé americano<sup>17</sup>. Sérgio Buarque de Holanda considera, acertadamente, que

[...] uma vez admitida a pregação universal do Evangelho, tenderiam por força a alargar-se as possibilidades de guerra justa contra alguns povos primitivos, equiparados, agora, não a simples gentios, ignorantes da verdade revelada, mas aos apóstatas.<sup>18</sup>

E parece que o mito se enriquecerá com a sua passagem de terras de colonização portuguesa, de onde proviria, às possessões de Castela, mais a ocidente<sup>19</sup>.

O cronista Gomes Eanes de Zurara, que escreverá páginas de vívida pintura do desfilar dos negros e da sua tragédia, também nos dará o tom sobre a caça aos escravos negros em África, no penúltimo capítulo da sua *Crónica da Guiné*<sup>20</sup>. As intenções seriam as melhores... Nada mais que levar para o bom caminho da salvação as almas de outra forma irremediavelmente perdidas. E mesmo os críticos ulteriores das atrocidades da escravatura, naturalmente os intelectuais da época, e assim, em grande parte, clérigos, não conseguiram as



mais das vezes sair desta armadilha ideológica, e acabariam por ir considerando como um aspecto positivo deste genocídio reiterado a sua contribuição para a salvação das almas dos escravos africanos.

Contudo, em alguns casos, outras justificações, menos piedosas, se juntam. Relevando do preconceito racial. E é assim que mesmo o grande José de Anchieta, o jesuíta fundador de São Paulo, acabará por, em carta do ano de 1563, claramente afirmar a sua adesão à servidão índia, considerando que “para este género de gentes não há melhor pregação do que espada e vara de ferro, na qual mais do que em nenhuma outra é necessário o *compelle e os intrare*”<sup>21</sup>.

A mentalidade tem a sua recepção, naturalmente, nas normas. Um dos documentos normativos (pseudo-jurídicos, mas desprovido de justiça, logo, não verdadeiramente jurídico – pois se mesmo *Lex iniusta non est Lex...*) mais impressionantes até hoje elaborado é o chamado Código Negro (*Code noir*), que ostentava na sua capa esse mesmo título, a que se acrescentava o subtítulo explicativo: *Recueil d'édits, déclarations et arrêts concernant les esclaves nègres de l'Amérique*, que data de 1685 (com uma nova versão em 1724). Parece que a sua inspiradora seria Madame de Maintenon, que vivera na Martinica alguns anos, e estava decidida a “fazer cristãos”. E assim, o baptismo passou a ser obrigatório para os escravos. Procedimento em tudo idêntico à máquina de fazer cristãos de D. Manuel I de Portugal, que com tal expediente de benzer judeus nos pouparia, numa primeira fase, a muitos problemas.

Considerado “o texto jurídico mais monstruoso produzido nos tempos modernos” por Louis Sala-Moullins, o código negro tinha a intenção de fazer uma quadratura do círculo: regular o que estava por regular (designadamente, em matéria de libertação de escravos e da sorte dos filhos de senhores e escravas), no sentido de limitar os abusos numa instituição que, por si só, em si mesma, é um abuso enormíssimo contra a dignidade humana, e representa um exemplo de escândalo.

Todas as preocupações religiosas com o escravo revelam que, no fundo da sua consciência, os autores do código reconheciam a humanidade naquele ser. Mas não era capazes de lhe reconhecer a mais elementar liberdade e autonomia. Os interesses mercantis falavam mais alto.

## 5 DAS REACÇÕES

Em 1555, em Coimbra, o Padre Fernando (ou Fernão) de Oliveira ousava questionar a ideologia dominante, adormecida com os filtros legitimadores, atacando como irracional o comércio de pessoas<sup>22</sup>.

No Brasil, a reacção religiosa chegou mesmo ao passo mais extremo. Proprietários de escravos chegaram a ser feridos de excomunhão, pelo menos na prática. Destacaram-se nesta reacção jesuítas como Miguel Garcia e Gonçalo Leite<sup>23</sup>.

Apesar de, segundo a mentalidade da época, a economia e a sociedade do Novo Mundo se não poderem conceber sem a base infraestrutural da escla-

vatura, autores houve, como o Padre António Vieira (aliás frequente pregador em confrarias de escravos), que não hesitaram em votar pura e simplesmente ao inferno os esclavagistas. Pois não ensinava o direito natural (não o aristotélico, mas esses são contos largos) que todos os homens eram livres?<sup>24</sup>

Os momentos altos e significativos de luta contra a escravatura são vários, centrados em diversos pontos do globo. O nosso inevitável etnocentrismo europeu e ocidental, que é também o dos documentos a nós mais acessíveis, limita-nos a escolha. Mesmo assim, os exemplos transbordariam dos limites necessários deste estudo. Mas não nos interessou, desde o início, a exaustividade, antes a exemplaridade.

No domínio hispânico, a controvérsia de Valladolid revela-se muito interessante, com uma quase unanimidade em favor da figura de Las Casas, que contudo tinha escravos negros, e que uma literatura mais ou menos marginal não considera como um herói dos direitos humanos totalmente coerente<sup>25</sup>. Mas embrenharmo-nos nessa polémica consumiria todos os nossos esforços. Fica apenas a referência, para posteriores investigações.

Noutro quadrante, o anglo-saxónico, há algumas polémicas menos nossas conhecidas, que merecem alguma recordação e reflexão.

Um dos debates mais interessantes foi o que ocorreu em Londres, na Câmara dos Comuns, no seguimento de uma petição de 25 de Março de 1659, devida a Marcellus Rivers e a Oxembridge Foyle, em seu nome e no de mais setenta “ingleses livres”, mas na verdade reduzidos à escravatura em Barbados<sup>26</sup>. Aí, as normas em vigor desde 1661 (e que serviriam de exemplo, a partir do ano seguinte, para todas as possessões britânicas da América do Norte), permitiam que os senhores dispusessem livremente dos escravos: desde a mutilação a dar-lhes a morte pelo fogo.

Para além de aspectos relativamente pitorescos e inegavelmente interessantes, mas que podem despistar do essencial (como os discursos que tendem a confundir a petição com as tendências monárquicas pró-Carlos I dos peticionários), há neste debate aspectos que merecem ponderação.

O que principalmente nos toca é o discurso *natural e intrinsecamente* racista que subjaz praticamente a todos os intervenientes. Há os que se desculpam, explicando que em Barbados o trabalho é sobretudo feito por negros. Outros opõem a liberdade inglesa à (natural) servidão africana. Outros ainda, como Sir Arthur Hesilridge, quase se lavam em lágrimas à simples ideia de ver um inglês trabalhar ao lado de negros.

E contudo, neste clima geral, em que a mentalidade da época se revela à maravilha, elevam-se algumas vozes que afirmam essa evidência, então imensamente revolucionária: as pessoas não podem ser objecto de comércio. Ponto.

Outro acto da peça passa-se igualmente em Londres, em 3 de Abril de 1792, dia do chamado “Acordo de Abril”. Alguns relataram o que se passou com suficiente distanciamento. Sigamo-los.

Tendo Wilberforce persuadido o parlamento britânico a tomar uma resolução pela abolição do comércio de escravos, o sinuoso secretário do interior, cujo nome, em retaliação, a História parece pouco registar, ao menos para este caso, maquinou de imediato a introdução de uma interpolação no texto aprovado: um inofensivo e prudente “gradualmente”. Tanto bastaria para que se comentasse que o caminho estava agora aberto para uma *expansão* (e não para uma retracção) do tráfico negroiro<sup>27</sup>. O Reino Unido, contudo, acabará por decretar formalmente o fim de tal tráfico em 1833.

Entretanto, para além dos confrontos de punhos de renda nos parlamentos, das representações ao Papa, da actividade das sociedades abolicionistas, sempre houve, desde o fundo dos séculos, revoltas de escravos, naturalmente sangrentas. A mais mítica de todos, celebrada aliás com impressividade pelo cinema, seria a de Spartacus em Roma. Não sendo revoltas de escravos *proprio sensu*, mas de servos e pobres, as Jacqueries francesas, e os milenarismos utopistas europeus têm o mesmo impulso de levantamento para sacudir o jugo... levando de vencida tudo o que podem e como podem.

Lembremos apenas alguns marcos. Significativamente num primeiro de Maio, em 1638, eclodiria a primeira revolta de escravos em possessões do Reino Unido, na ilha de Providence. Na Jamaica, uma das mais célebres revoltas seria a de Tacky, muito difícil de subjugar e imbuída de ideais de liberdade que dariam os seus frutos. Seria longa a lista das revoltas em cadeia que ocorreram praticamente todos os anos, de 1762 a 1776. Nas Antilhas, naturalmente, mas também no próprio subcontinente Norte Americano.

Se tivermos uma visão mais contextualizada historicamente, compreendendo a *circunstância* (no sentido gasseteano) mesmo daqueles que cuidavam legislar para sempre e para todos, como os revolucionários generosos e sem dúvida geniais da Revolução Francesa, não nos espantará que esta grande mutação social, marco convencional para o início da Idade Contemporânea, não ousaria proclamar uma liberdade tão livre, uma igualdade tão igualitária, nem uma fraternidade suficientemente fraterna para seriamente colocar em causa a escravatura<sup>28</sup>.

É certo que a Convenção, em 4 de Fevereiro de 1794, votaria a abolição da escravatura colonial francesa. Porém, Bonaparte começará por recuar sobre essa medida (em 1802), para depois a readoptar, já como Napoleão, em 1815. Como ocorre muito frequentemente com determinações mais ou menos platónicas, que ficam letra morta, a proibição da escravatura seria novamente decretada em França em 4 de Março de 1848.

Um episódio de *petit histoire* parece, com efeito, revelador da persistência de preconceitos. As mentalidades não se mudam por decreto (o que não significa que não deva haver decretos que ajudem a que, mesmo chocadas ou contrariadas, vão começando a mudar: porque há uma função pedagógica do Direito). O já referido abolicionista brasileiro Joaquim Nabuco, que era fiel monárquico, conta que mesmo o republicano Thiers, por ele aliás muito admirado, lhe viria a

confiar pessoalmente, já em 1873, que, “dada” a “inferioridade” da “raça” negra, decorreria o direito, para os brasileiros brancos, não de a colocar nos ferros da escravidão (os costumes tinham-se tornados mais brandos...), mas sem dúvida de a forçar ao trabalho, num regime de servidão semelhante ao utilizado pelos Holandeses com os Javaneses<sup>29</sup>.

Subtileza na verdade digna do autor dos discursos matizados de 1871, com as “nuances” entre “constituir” e “reorganizar”, “renunciar” e “reservar” o poder constituinte<sup>30</sup>...

Não se deve esquecer que Portugal foi o primeiro país a abolir a escravatura, no continente e na Índia. Foi no reinado de D. José I, sendo seu ministro todo-poderoso Sebastião José de Carvalho e Melo, Marquês de Pombal. É uma data a reter: 12 de Fevereiro de 1761. Evidentemente, a questão esclavagista persistiria no restante território então português, e continuaria, em boa parte (apesar dos esforços, designadamente de D. João VI) aquando da independência do Brasil<sup>31</sup>. Tendo a questão da escravatura sido um dos pesados legados portugueses ao novo país independente, e como de discórdia interna fundamental depois de plenamente livre e senhor do seu destino.

## 6 NORMA E REALIDADE

Múltiplos textos internacionais condenam, proíbem, e chegam mesmo a prever a punição da escravatura. A Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 8.º), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 4.º), e textos da Organização Internacional do Trabalho, etc.

O mais recente Estatuto (de Roma) do Tribunal Penal Internacional (art. 7.º, 1, al. c)), criminalizando a redução à escravatura tipificado como crime contra a humanidade, vem confirmar, essa senda. E todos reforçam, no direito positivo internacional, no direito constitucional geral, comum, a proibição moral e de direito natural que pesa sobre a escravatura. E a sua condição de “crime natural”. Pois, com a tortura, o genocídio, o homicídio, há poucas outras actividades humanas tão facilmente reconhecíveis pela consciência jurídica geral como crime, independentemente do seu recorte em *fattispecie* por esta ou aquela ordem jurídica. Além de que hoje há crimes internacionais, felizmente.

Contudo, apesar das proibições que dardejам das mais unânimes reprovações do “mundo civilizado” (que ultrapassa o simplesmente “mundo ocidental”), subsiste a escravatura nos nossos dias civilizados. E a civilização ainda não encontrou formas suficientemente eficazes para a erradicar. Claro que estamos perante situações marginais, nos confins do mundo em que o Direito é respeitado, e tudo depende, antes de mais, das mentalidades. Sem uma revolução de mentalidades, e sem, simultaneamente, alterações das forças produtivas (nessas zonas marginais ainda muito primitivas), temos de concordar que esse tipo de relações de produção tende a perpetuar-se. Lei terrível da economia, que teima em impor-se às boníssimas intenções do Direito.

Subsiste, assim, teima em persistir, a escravatura na península arábica, no Indo, no Níger e no Mali, por exemplo. A ONU calcula em dois milhões o número de pessoas que a cada ano se tornam escravos. O que dá bem a dimensão de que se não trata, afinal, de uma relíquia do passado, remoto e enterrado. Mas de uma ameaça constante às nossas dignidade, liberdade e humanidade.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) falava há algum tempo de vinte e cinco milhões de escravos modernos, ou seja, submetidos a novas formas, menos clássicas e mais subtis, de escravatura. Mas se contarmos as vítimas do proxenetismo, o trabalho forçado de crianças e as crianças recrutadas à força para os exércitos, parece-nos óbvio que, pelo mundo fora, esse número crescerá muito significativamente.

A renovação das leis contra a escravatura é sinal seguro da sua persistência, como sublevação dos factos tortos contra a juridicidade. Na Mauritânia, por exemplo, apesar de proibida desde pelo menos 1981 (o que, neste plano, e bem vistas as coisas, é uma data muito recente), a escravatura foi criminalizada, com penas até dez anos de cadeia, ainda em 2007.

## 7 EPÍLOGO

A nossa contemporaneidade, em geral livre da marca e mancha fatais e vergonhosas da escravatura (ou que como tal se deseja ver e apresentar), enganamos, afinal, numa visão romântica da História da Humanidade (que sempre é vista a partir de nós e do nosso tempo e com os nossos conceitos e preconceitos).

Não que “branqueie” sempre a ignomínia. Mas o facto de hoje se ter aparentemente chegado a uma situação de “normalidade” nos padrões de dignidade humana leva a que se considere o passado extenso e profundo de agressão à dignidade quase como excepção.

Terá sido mesmo excepção? Ficamos – talvez ainda bem para o nosso equilíbrio social e psíquico – com uma ideia muito mais simpática sobre a nossa antropologia. Mais optimismo, mais humanidade.

Os factos e os números das almas caídas nos infernos sem remissão da escravatura, mesmo os mais tímidos, são, contudo, assustadores. Teremos até tendência a pensar que sejam exagerados. As descrições dos mártires e da insensibilidade dos seus algozes parece não poderem ser atribuíveis senão a alienígenas, outras gentes, que não a nossa bela Humanidade. E é essa Humanidade que proclama os Direitos do Homem, e hoje os banaliza a qualquer propósito, a responsável por essas mesmas páginas de sangue, suor e lágrimas. Não outros, ela mesma. A nossa.

E quando se vai aos lugares do crime, ainda hoje se sente, e dolorosamente. Por exemplo, quando se entra na fortaleza de Goré, no Senegal, entreposto negreiro com sua porta para o Atlântico, e se olha a sinistra porta sem volta, tingida da dor de séculos.

Como vimos, na preservação e na criação de uma boa ou menos má consciência, teria um papel fundamental o discurso legitimador, essa ideologia que realmente, no caso, funciona como “falsa consciência”. A análise da *décalage* entre ideologia (ou propaganda) e a dureza dos factos nos poderá ser proveitosa para encarar outras subtilezas, também ideológicas, que actualmente contribuem para fazer da nossa relação com o poder e o trabalho uma relação profundamente desumanizada, e que metaforicamente ao menos se poderia dizer “escrava”<sup>32</sup>. Hoje como ontem, como assinalou Karl Jaspers, há bandeiras que cobrem mercadoria.

Finalmente, será preciso deixar explícito que a escravatura não é uma questão meramente de tráfico e de navios negreiros, e que desde a “escravatura natural”, desse Aristóteles que contudo casou com uma serva e libertaria por morte os seus escravos, à servidão voluntária de La Boétie, à dialéctica do senhor e do escravo, de Hegel, na sua *Fenomenologia do Espírito*, não poucas são as interpelações à nossa condição social e à nossa mais radical condição (ou natureza) humana?

Estes todos são reptos a repensarmos o nosso conforto contemporâneo que, mesmo com todas as crises, preserva a imagem da relação com o outro como algo de sinalagmático, ao menos testemunhando-lhe algum respeito, sinal exterior do reconhecimento de dignidade. Pois os graus negativos da dignidade e da liberdade são certamente um desafio a que repensemos a nossa tranquilidade, e também valorizemos a ordem política, social e jurídica que, com todas as suas múltiplas imperfeições e injustiças, apesar de tudo nos considera pessoas, cidadãos, e sujeitos de direito.

## REFERÊNCIAS

AA. VV. **Droit, Nature, Histoire**, IV.me Colloque de l'Association Française de Philosophie du Droit (Université Paris II, 23-24 Novembre 1984), Michel Villey, Philosophe du Droit, s.l, Presses Universitaires de Marseille, 1985.

BALZAC, Honoré de. **Le Lys dans la vallée**, 1835. Disponível em: <fr. wiki-source.org.>.

BAPTISTA MACHADO, João. **Introdução ao Direito e ao Discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1985.

BOBBIO, Norberto. *Letà dei Diritti*, Einaudi, 1990. In: COUTINHO, Carlos Nelson (Trad.). **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CRISTÓVÃO, Fernando. A Abolição da Escravatura e a obra precursora do Padre Manuel Ribeiro Rocha. In: **Diálogos da Casa e do Sobrado**. Ensaios Luso-Brasileiros e outros, Lisboa, Cosmos, 1994.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Droit Pénal, Droit de Mort. Revue Internationale de Philosophie Pénale et de Criminologie de l'Acte, n. 3-4, Paris, 1992-1993. In : **Arqueologias Jurídicas. Ensaios jurídico-humanísticos e jurídico-políticos**, Porto, Lello, 1996.

- \_\_\_\_\_. **A Constituição do Crime.** Da substancial constitucionalidade do Direito Penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Filosofia Política.** Da Antiguidade ao Século XXI. Lisboa: Imprensa Nacional; Casa da Moeda, 2010.
- \_\_\_\_\_. As Liberdades Tradicionais e o Governo de D. João VI no Brasil. Ensaio Histórico-Jurídico Preliminar. In: **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, v. 32, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Pensar o Estado.** Lisboa: Quid Juris, 2009.
- DUMOND, Jean. **La Vraie Controverse de Valladolid.** Paris : Critérium, 1995.
- FOUCAULT, Michel. **L'Archéologie du Savoir.** Paris : Gallimard, 1969.
- FURET, François; HALEVI, Ran. **Orateurs de la Révolution française.** I. Les Constituants. Paris: Gallimard, La Pléiade, 1989.
- HAYEK, F. A. **The Road to Serfdom.** London: Routledge, 1991.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Visão do Paraíso.** Os motivos edênicos no descobrimento e colonização do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- HUGH, Thomas. **The Slave Trade: The History of the Atlantic Slave Trade.** Londres: Picador, 1997.
- LINENBAUGH, Peter; REDIKER, Marcus. The Many-Headed Hydra. In: VARGA, Berilo (trad.). **A Hidra de Muitas Cabeças.** Marinheiros, escravos, plebeus e a história oculta do Atlântico revolucionário. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- MIGUEL, Carlos Frederico Montenegro de Sousa. Escravatura. In: SERRÃO, Joel (Dir.). **Dicionário da História de Portugal.** Lisboa: Iniciativas Editoriais, 1971, v. 2.
- OLIVEIRA, Fernando de. **Arte da Guerra do Mar.** Coimbra, 1555. In: FONSECA, Quirino da, 1957.
- PALMA, Maria Fernanda. **Direito Constitucional Penal.** Coimbra: Almedina, 2006.
- PATTERSON, Orlando. **Slavery and social death.** Cambridge: Harvard Univ. Press, 1982.
- PIGOT, Stuart. **Ancient Europe: from the beginnings of agriculture to the classical antiquity.** Chicago: Aldine, 1965.
- PUY, Francisco. Pena e Direito Penal. In: **Tópica Jurídica. Tópica de Expresiones,** México, Porrúa, 2006.
- SILVA, Alberto Costa e. **A Manilha e o Libambo.** A África e a Escravidão de 1500 a 1700. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002.
- VON MISES, Ludwig. **Human Action.** A Treatise on Economics, trad. fr.



L'Action Humaine. *Traité D'Economie*. Paris: P.U.F., 1985.

WILLIS, John Ralph (Org.). *Slaves & Slavery in Muslim Africa*. Londres: Frank Cass, 1985, v. 1.

ZURARA, Gomes Eanes de. *Crónica da Descoberta e Conquista da Guiné*. Caps. XXV e XCVI.

- 1 Este estudo terá uma versão portuguesa em homenagem do historiador do Direito Prof. Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva, homenagem que também no Brasil se assume.
- 2 Cf., por todos, BOBBIO, Norberto. *Letà dei Diritti*, Einaudi, 1990. In: COUTINHO, Carlos Nelson (Trad.). *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- 3 V. *Encyclopaedia Britannica*, v. XXVII, p. 288 ss.
- 4 Cf. os nossos *Droit Pénal, Droit de Mort*, «Revue Internationale de Philosophie Pénale et de Criminologie de l'Acte», n.º 3-4, Paris, 1992-1993 recolhido hoje in *Arqueologias Jurídicas. Ensaios jurídico-humanísticos e jurídico-políticos*, Porto, Lello, 1996. V. ainda PUY, Francisco. Pena e Direito Penal. In: *Tópica Jurídica. Tópica de Expressões*, México, Porrúa, 2006.
- 5 Cf. FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du Savoir*. Paris : Gallimard, 1969.
- 6 Cf., por todos, o nosso *A Constituição do Crime*. Da substancial constitucionalidade do Direito Penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. E PALMA, Maria Fernanda. *Direito Constitucional Penal*. Coimbra: Almedina, 2006.
- 7 PATTERSON, Orlando. *Slavery and social death*. Cambridge: Harvard Univ. Press, 1982.
- 8 PIGOT, Stuart. *Ancient Europe: from the beginnings of agriculture to the classical antiquity*. Chicago: Aldine, 1965, p. 172.
- 9 VON MISES, Ludwig. *Human Action*. A Treatise on Economics, trad. fr. L'Action Humaine. *Traité D'Economie*. Paris: P.U.F., 1985.
- 10 AA. VV. *Droit, Nature, Histoire*, IV.me Colloque de l'Association Française de Philosophie du Droit (Université Paris II, 23-24 Novembre 1984), Michel Villey, Philosophe du Droit, s.l, Presses Universitaires de Marseille, 1985.
- 11 Cf., v.g., o nosso *Filosofia Política*. Da Antiguidade ao Século XXI. Lisboa: Imprensa Nacional; Casa da Moeda, 2010, p. 72 ss..
- 12 BAPTISTA MACHADO, João. *Introdução ao Direito e ao Discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 1985.
- 13 WILLIS, John Ralph (Org.). *Slaves & Slavery in Muslim Africa*. Londres: Frank Cass, 1985, v. 1, p. 7 ss..
- 14 Gén. IX, 25-27.
- 15 Cf. SILVA, Alberto Costa e. *A Manilha e o Libambo*. A África e a Escravidão de 1500 a 1700. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002, p. 21.
- 16 HUGH, Thomas. *The Slave Trade: The History of the Atlantic Slave Trade*. Londres: Picador, 1997, p. 112 ss..
- 17 HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Visão do Paraíso*. Os motivos edênicos no descobrimento e colonização do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, máx. p. 172 ss.
- 18 *Ibidem*, p. 201.
- 19 *Idem*, *Ibidem*.
- 20 ZURARA, Gomes Eanes de. *Crónica da Descoberta e Conquista da Guiné*, caps. XXV e XCVI.
- 21 ANCHIETA, Padre José de. *Cartas, informações, fragmentos históricos e informações*. Rio de Janeiro, 1933, p. 186, *apud* HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Visão do Paraíso*. Os motivos edênicos no descobrimento e colonização do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 441-442.
- 22 OLIVEIRA, Fernando de. *Arte da Guerra do Mar*. Coimbra, 1555. In: FONSECA, Quirino da, 1957. V. MIGUEL, Carlos Frederico Montenegro de Sousa. *Escravidão*. In: SERRÃO, Joel (Dir.). *Dicionário da História de Portugal*. Lisboa: Iniciativas Editoriais, 1971, v. 2, p. 78.
- 23 SILVA, op. cit., p. 853.
- 24 Cf., v.g., CRISTÓVÃO, Fernando. A Abolição da Escravidão e a obra precursora do Padre Manuel Ribeiro Rocha. In: *Diálogos da Casa e do Sobrado*. Ensaios Luso-Brasileiros e outros, Lisboa, Cosmos, 1994, p. 189.
- 25 DUMOND, Jean. *La Vraie Controverse de Valladolid*. Paris : Critérion, 1995.
- 26 LINENBAUGH, Peter; REDIKER, Marcus. The Many-Headed Hydra. In: VARGA, Berilo (trad.). A



- Hidra de Muitas Cabeças.** Marinheiros, escravos, plebeus e a história oculta do Atlântico revolucionário. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 144 ss.
- 27 Ibid., p. 355.
- 28 Cf. muitos textos interessantes sobre os primeiros tempos revolucionários na constituinte in FURET, François; HALEVI, Ran. **Orateurs de la Révolution française**. I. Les Constituants. Paris: Gallimard, La Pléiade, 1989.
- 29 NABUCO, op. cit., p. 38.
- 30 Cf. Ibid.. p. 50.
- 31 Cf. o nosso As Liberdades Tradicionais e o Governo de D. João VI no Brasil. Ensaio Histórico-Jurídico Preliminar. In: **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, v. 32, 2003.
- 32 Não nos queremos referir aos problemas (ou, pelo menos à maior parte e especificidade deles) levantados por HAYEK, F. A. **The Road to Serfdom**. London: Routledge, 1991. Mas precisamente pela situação de extrema dependência e precariedade, desde logo no trabalho, que passaram a experimentar os cidadãos com as engenharias económicas, financeiras e laborais neo-liberais. Cf., por todos, o nosso **Pensar o Estado**. Lisboa: Quid Juris, 2009. E não há dúvida que a dependência (o receio e o tremor) pode redundar em escravidão, ainda que sem “escravatura” instituída: “Suivant les caractères, l’habitude de trembler relâche les fibres, engendre la crainte et la crainte oblige à toujours céder. De là vient une faiblesse qui abâterdit l’homme et lui communiqué je ne sais quoi d’esclave”, diz BALZAC, Honoré de. **Le Lys dans la vallée**, 1835. Disponível em: <fr.wikisource.org.>. p. 7.

## THE OPPOSITE OF HUMAN RIGHTS: THOUGHTS ON THE HISTORY OF SLAVERY

### ABSTRACT

Slavery is the contrary of liberty and dignity. Indeed, it is the opposite of human rights. Slavery is such a scandal that one sometimes refuses to face it. This paper proposes a reconsideration of the history of slavery, in order to better understand elements that may point to human nature and human condition and so as to help to appraise and to better defend human rights.

**Keywords:** Slavery. Human Rights. Liberty. Dignity.

# ENTREVISTA COM MARTÔNIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA

por Tércio Aragão Brilhante

Martônio Mont'Alverne Barreto Lima é graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (1988), Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (1993), Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main (1998 e 2004). Seus estudos pós-doutorais foram feitos sob orientação da Professora Doutora Ingeborg Maus. É Professor universitário desde 1989. Ao lado dessa substanciosa e ilustrada carreira acadêmica, ocupa, por concurso, o cargo de procurador do município de Fortaleza, estando à frente dessa instituição de advocacia pública, desde 2006, na qualidade de Procurador Geral.

O entrevistado recebeu Opinião Jurídica em seu gabinete na PGM, numa ensolarada manhã de quarta-feira, durante intervalo de sua agenda profissional. Intelectual sério e democrata, com pensamentos profundos e sempre relacionados com o concreto, com o mundo real em que estamos inseridos, Professor Martônio teceu considerações sobre o Estado e o concerto institucional de seus Poderes, Democracia, Política e Direito, protagonismo judicial, comissões da verdade, Karl Marx, Arte, música e literatura.

Martônio Mont'Alverne Barreto Lima encerra a entrevista fazendo esta bela afirmação, própria de mentes iluminadas:

*“Sem arte, sem literatura, sem música, a tarefa de compreensão do país, da alma brasileira e do gênero humano será impossível”.*

Eis a entrevista.

**Opinião Jurídica – Professor, comecemos com tema que lhe é caro. A configuração institucional do Estado contemporâneo, caracterizada pela expansão mundial do *judicial review* e da adoção de Constituições rígidas, implica a prevalência do Judiciário sobre os demais Poderes?**

**Martônio Mont'Alverne Barreto Lima** – Nos dias de hoje, eu diria que sim. Eu diria isso até com um sentimento de que deveria haver uma mudança, pelo simples fato que eu acho que decisões políticas têm que ser tomadas por quem recebeu o voto do Povo. Então, esse protagonismo do Judiciário, hoje em dia, sem dúvida, é um dos principais aspectos do Direito, como também é um dos principais desafios à Democracia. Essa configuração advém da própria expansão resultante das reflexões que o Poder Judiciário tem feito. Mas não só disso. Também é verdade, não há como se negar esse aspecto, que muitos parlamentares, em determinadas situações, preferem que certas questões sejam decididas pelo Judiciário. Evitam, assim, uma tomada de posição e a conseqüente necessidade

de contornar adversidades que teriam com seus eleitores. Essa é uma postura que eu espero que mude, porque o parlamentar é eleito para tomar posições. Você veja, por exemplo, a questão do aborto. Qualquer parlamentar tem dentre seus eleitores aqueles que são contra o aborto e aqueles que são favoráveis, o que gera o receio em alguns parlamentares de não querer desagradar qualquer dos dois grupos. Daí porque creio que há uma parcela de responsabilidade dos membros do Poder Legislativo no protagonismo judicial. Junte-se a isso o fato da própria expansão do Poder Judiciário. Caminhamos hoje, eu acho que ainda não é o caso, mas caminhamos hoje para uma democracia judiciária, o que, claro, afasta cada vez mais a democracia do seu real sentido de emancipação, de recuperação, de uma tradição que nós temos desde o século XVIII, com o Iluminismo.

**Esse ponto que o senhor tocou é interessante. Interessante e pouco lembrado. O Parlamentar ou o Partido, para evitar perdas políticas com seu eleitorado e mesmo com os aliados, aciona o Judiciário, para evitar as conseqüências da tomada de decisões polêmicas.**

No caso brasileiro, isso é perceptível tanto na esfera federal, quanto na estadual e municipal. Várias vezes, até com uma certa surpresa, eu vejo alguns parlamentares da Assembléia Legislativa do Ceará dizerem: - Vamos esperar para saber o que o Judiciário dirá. O Judiciário é quem vai dizer o que é certo. Ou seja, apesar de eles próprios terem a prerrogativa de decidir, preferem aguardar pelo Judiciário. É verdade, não há como ser negado, que a raiz disso era a tentativa, principalmente quando os partidos de esquerda eram oposição, de reverter uma eventual derrota parlamentar no Poder Judiciário. Com a Constituição de 88, com a recepção das novas teorias sobre a Constituição, isso começou a se acirrar. Hoje em dia, nós temos esta situação: qualquer questão que seja decidida no Parlamento, a parte que foi derrotada politicamente leva a questão para o Poder Judiciário. Então, há um enfraquecimento do Poder Legislativo.

**Professor, o Judiciário exerce, inegavelmente, um papel relevantíssimo e indispensável no concerto entre os Poderes e no asseguramento dos direitos individuais e coletivos. Uma atuação prática desse papel relevante o senhor falou agora: a garantia do direito das minorias parlamentares. Todavia, algumas situações merecem ser melhor refletidas. Pensemos nas decisões judiciais que recaem sobre escolhas políticas, sobre a execução de pautas próprias dos Poderes eleitos. Creio que uma eventual substituição de uma escolha, de uma decisão política tomada por um representante eleito pelo Povo, por uma outra escolha, uma outra decisão, desta vez tomada judicialmente, feriria a Separação de Poderes e, por que não dizê-lo, nos remeteria, a depender do caso, à velha questão da aversão que os letrados têm ao Povo.**

Isso também é um aspecto, eu diria, de um preconceito. Na verdade, o pensamento liberal, principalmente o pensamento liberal da segunda metade do século XIX, teve uma enorme desconfiança do que eles chamavam de maiorias loucas. E quem eram essas maiorias? Eram maiorias eleitas por

todos. Tradicionalmente, os liberais achavam que o homem que tem que trabalhar para viver, que não tem tempo para se dedicar aos estudos, não poderia votar nem muito menos pensar em ser votado; porque a tarefa política, a tarefa de governar, é uma tarefa de ilustrados. É uma tarefa somente para aqueles que podem estudar. À época, os que podiam estudar eram os que eram ricos. Aqueles que não têm educação formal, caso votassem, produziram “maiorias loucas nos parlamentos”. Esse era um preconceito que se tinha. Veja o caso brasileiro. Desde 88, com a inclusão - que eu defendo e acho extremamente salutar - do analfabeto no rol daqueles capazes de votar, nós temos um Parlamento que foi ator político fundamental de consolidação da nossa Democracia. Nós tivemos o impeachment de um Presidente, escândalos de toda sorte, investigações, julgamentos, enfim. E o Parlamento é absolutamente transparente. Neste Parlamento, estava, também, a contribuição dos pobres, para a consolidação da nossa Democracia. O que eu vejo hoje é uma desconfiança fortíssima contra os Parlamentos. E eu vejo isso entristecido, na medida em que eu sou um defensor da política, dos políticos e principalmente dos Parlamentos. Qualquer canto do mundo a política e os políticos são produto daqueles que, tradicionalmente, o pensamento liberal qualificou de incapazes para votar, e que, mesmo assim, deram suas contribuições. E, nós não podemos ser maniqueístas, deram suas contribuições ruins, mas deram, também, suas contribuições boas. É sob essa ótica realista que devemos analisar esse acúmulo histórico.

**Entre as pessoas que estudam e trabalham o Direito, se percebe uma forte resistência, um menoscabo até, em relação ao Parlamento e aos representantes eleitos de um modo geral. Por outro lado, há uma defesa do papel preva-  
lente do Judiciário na organização estatal. O Professor Jeremy Waldron aponta que há um processo de identificação pessoal, de reconhecimento, entre os que têm formação jurídica e os Juizes. O pensamento seria algo como: - ah, se eu tivesse que decidir sobre o tema, também argumentaria assim. Existe uma identificação e empatia de discursos. Diferentemente, não há esse processo de identificação com a atuação parlamentar, pautada em discussões e consenso. Discussões muitas vezes acirradas, brigas até. Nesse caso, os juristas pensariam algo como: - ah, isso aí não é pra mim...**

Diriam algo como: isso não é uma reflexão séria. Eu me lembro muito bem que, no julgamento do impeachment do Presidente Collor de Melo, ao proferir seu voto, o então Ministro Moreira Alves, disse claramente: este - se referindo ao julgamento do Supremo Tribunal Federal - este não é um julgamento político, onde tudo é possível. Este é o julgamento de uma Corte, ou seja, havia, como ainda há, uma lei que regulamenta o processo e julgamento de crime de responsabilidade de Presidente da República, processo admissibilidade da denúncia pela Câmara dos Deputados e o posterior julgamento sendo admitida a denúncia pelo Senado Federal. A matéria possui uma normatização que está na Constituição, nos artigos 85 e 86, mas que também está em lei. Então o Ministro estava insinuando que aquelas Casas do Congresso não eram capazes de

observar o processo legal, algo nesse sentido. Então, realmente há essa distância que você fala. Os juristas têm uma dificuldade de aceitar uma outra linguagem que não a deles, se recusam em aceitar um outro discurso como tão bom, tão eficiente, tão democrático, tão claro, com tanto conteúdo.

**Falemos de possíveis tensões entre o Judiciário e os demais Poderes, trazendo ao debate o caso de Cesare Battisti, tão em voga no biênio 2009/2010. Na sua opinião, quem detém a atribuição de decidir por último sobre manter ou não manter alguém no país num pedido de extradição?**

Eu acho que o Supremo julgou corretamente. O Supremo, respeitando o tratado, os termos do tratado, reconheceu a prerrogativa do Presidente para a tomada dessa decisão. O Supremo deu a opinião dele, disse que era o caso de haver a extradição por não se tratar de crime político, mas remeteu ao Presidente para decidir. Creio que o Presidente Lula também fez correto ao negar a extradição. Não conheço detidamente os autos do processo no Supremo Tribunal Federal, mas alguns aspectos que conheço dão razão ao Presidente Lula. Battisti nunca foi ouvido por um Juiz, as quatro testemunhas contra ele foram beneficiadas com delação premiada, e todos nós sabemos que os anos 70 na Itália foram anos de instabilidade política. Creio que a condição dele de refugiado parece estar devidamente configurada. Mas, há um segundo aspecto, o aspecto humanitário, o asilo e o perdão têm que integrar qualquer sociedade, principalmente as sociedades que passaram por movimentos autoritários, como a nossa, como a italiana. Ou se faz esse trabalho do passado na perspectiva do perdão para se construir o futuro juntos, ou se pode trabalhar o passado na perspectiva da cobrança e da vingança, o que não é construtivo. Então, eu creio que a posição do ex-presidente Lula fortalece o aspecto humanitário.

**Pegando aqui o mote que o senhor deu, de países que viveram regimes autoritários e a questão de vingança ou não, o que o senhor acha das comissões da verdade, cuja realização, no Brasil, está sendo proposta pela Secretaria de Direitos Humanos?**

Essas comissões são importantíssimas. O melhor exemplo, na minha opinião, foi a experiência ocorrida na África do Sul. Lá, foi dado nome extremamente adequado: Comissão de Conciliação e Verdade. Toda sociedade que enfrentou esse tipo de situação de regime de exceção tem que esclarecer os fatos então ocorridos. Esclarecer, como eu lhe disse, não no sentido da vingança, mas esclarecer no sentido de que sejam postos sobre a mesa os fatos, as versões das pessoas, para que se saiba de tudo. Não se pode admitir, por exemplo, uma pessoa que não pode sepultar um filho seu. Ou que não saiba em que circunstâncias ele morreu. Isso, para o ser humano, é uma dor insuportável. Não se pode admitir, por exemplo, como o caso da Argentina, das mães, das avós da Praça de Maio, elas não terem o direito de criarem os seus netos, filhos dos filhos mortos pela ditadura militar. Isso beira a perversidade. Não se pode admitir que até hoje, por incrível que pareça, decorridos mais de

65 anos do final da segunda guerra mundial, não se tenha um esclarecimento completo de quem fez o quê na Alemanha, nos campos de concentração, contra a população judaica. Isso tem que ser esclarecido. Eu acho que esses episódios são fundamentais, como eu lhe disse, para a sociedade se encontrar e construir outro futuro. Foi o que se deu na África do Sul, inclusive com algumas figuras representativas da população negra também tendo que dar determinados esclarecimentos sobre atitudes suas que levaram a morte de cidadãos. Foi o caso da ex-mulher de Nelson Mandela, Winnie Mandela. O exemplo sul-africano é interessantíssimo, e por conta dele a África do Sul tenta hoje seguir em frente, seguir o seu futuro. Isso é muito positivo. Isso tem que ser feito no Brasil, na Argentina, no Chile, em países que viveram a experiência de regimes autoritários.

**Voltemos para o embate entre os Poderes. O senhor é, por concurso público, Procurador do Município de Fortaleza, e ocupa, desde 2006, o cargo de Procurador Geral. Nessa atuação profissional, já vivenciou momentos de tensão entre decisões do Executivo e do Judiciário?**

Sim, sim, em vários momentos. Primeiro, eu gostaria de dizer que eu creio que isso é salutar para o debate democrático. Acho que isso é importante, que enriquece a Democracia. Agora, essas tensões poderiam desencadear uma reflexão maior. Por exemplo, nós temos decisões judiciais cotidianas sobre as chamadas políticas públicas, que eu prefiro chamar de políticas sociais, pois não concebo uma política que não seja pública. E, dentre essas decisões, quero destacar aquelas relacionadas à obrigatoriedade de a União, o Estado, e o Município, de fornecer remédios. Nós temos vários estudos sérios, publicados na Revista Saúde Coletiva, por exemplo, como temos, também, dados oficiais a indicar o seguinte: o Brasil, de 2003 para cá, gasta mais com medicamentos do que a Inglaterra, em dados per capita. No Brasil, o orçamento da saúde deu um salto de quase 48%, ou seja, há um esforço sincero da Administração, para atingir aquilo que a Constituição dirigente diz, em seu artigo 196, que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado. Quando nós temos essas decisões de fornecimentos isolados de medicamentos ou de tratamentos caros, elas desorganizam esse planejamento completamente. Isso impede uma evolução mais rápida de uma política para todos. Isso está, inclusive, no discurso dos próprios liberais. Se você ler, por exemplo, “A Vontade Soberana”, de Ronald Dworkin, ele, um liberal, afirma isso. Uma política que favorece uma individualidade em detrimento da coletividade em nada se relaciona com o que a Constituição prevê. Então, quando nós vemos isso, nós vemos que é muito mais, na verdade, um certo sentimento de um juiz que tem diante da sua porta um pedido e ele não sabe o que fazer e fica - e eu até entendo - desesperado para dar uma solução. Agora, essa angústia do magistrado também é a minha angústia como administrador. Mas acontece que os recursos são para a população inteira. Algumas vezes eu recebo aqui ordens judiciais para leitos de UTI. Recebi uma ordem nesse sentido e o mesmo desespero que acomete o magistrado me acomete. E eu perguntei,

então, para o magistrado: está aqui a lista de internos, está aqui o mal deles, o senhor me diga quem eu devo tirar, quem eu devo colocar. Porque isso nós chegamos nas *tragic choices*. Eu vou ter que fazer uma escolha trágica, infelizmente. Mas, eu tenho que tratar o assunto com a frieza da razão. Há uma expansão de leitos de cirurgias que nunca houve na história da saúde no Ceará. Eu não creio que o Poder Judiciário possa fazer essas escolhas. Mas esse é um momento de debate, se houvesse um debate organizado nesse sentido.... Houve no âmbito nacional, por meio das audiências sobre o direito à saúde no Supremo Tribunal Federal. E o Supremo Tribunal Federal recomendou a extrema cautela na concessão desses casos. Eu não percebo o desdobramento desse debate no âmbito do estado do Ceará.

**O senhor é filiado ao Partido dos Trabalhadores. Em 2005, o Governo Lula e o PT viveram tormentosos momentos que passaram para a história como “a crise do mensalão”. Qual é sua análise sobre esses fatos?**

O primeiro aspecto que eu gostaria de deixar claro é o seguinte: eu faço o possível para não cair na armadilha do moralismo abstrato. Eu não estou dizendo que a moral não é importante, a moral tem o seu lugar. Agora, essa moral não é um discurso abstrato. No meu entendimento, ela tem que ser proveniente da realidade concreta que nós vivenciamos. Então, para que nós julguemos, sob o ponto de vista moral, se é condenável ou não alguma atitude política, temos que observar alguns parâmetros. Em que sistema vivemos? Em que sistema político? Em que sistema econômico? Como é o desdobramento da realidade dos atores desse sistema? Nós temos que ver isso. É a partir dessa realidade concreta, que extraio qual seria o princípio da moralidade que está na Constituição. Spinoza, no Século XVII, afirmou que infeliz da sociedade que se baseia no moralismo ou na convicção abstrata dos aspectos religiosos para a *vita civitas*, para a vida na cidade. Então, quando eu participei dos debates sobre a crise do mensalão, escrevi alguns artigos na imprensa e fiz esta pergunta central: de que crise nós falávamos? Porque havia denúncias, como nunca houve, havia prisões, havia investigações pela Polícia Federal, o Ministério Público se manifestava, a Câmara dos Deputados pôs para fora quem ela entendeu que deveria pôr. O devido processo legal foi obedecido. O Poder Judiciário decidiu aceitar denúncias contra altos integrantes do Governo. Então, ocorreu algo extremamente positivo para a democracia brasileira. Positivo e inédito. Acho que isso foi, repito, positivo para nós mesmos brasileiros. Diante de tantos escândalos, as instituições puderem seguir inalteradas. Não só as instituições seguiram inalteradas, mas também o desenvolvimento econômico, o que é importante para qualquer sociedade. O Partido dos Trabalhadores realizou um congresso para resolver a questão. Na minha opinião, como filiado do Partido, o PT poderia ter sido mais incisivo. Mas, ao mesmo tempo, deu um exemplo de extrema vitalidade com o resultado das eleições de 2006. Creio que o PT tem dado uma contribuição importante para a sociedade brasileira.



O muro de Berlim caiu em 1989, e o capitalismo parece ser dotado, não de sete, mas de infinitas vidas. Mesmo diante da crise de 2008, não foi apontada uma alternativa sequer ao modelo, um nova via. Por sua vez, em 2010, o senhor foi co-autor e co-organizador do livro “Direito e Marxismo” ao lado do Professor Carioca Enzo Bello. Permita-me uma provocação: na contemporaneidade, Marx ainda tem respostas a nos dar?

Não só Marx, mas todos os clássicos têm respostas a nos dar. Os clássicos são clássicos, na verdade, porque permanecem ao longo do tempo. Maquiavel, Spinoza, Hobbes, Hegel, Kant, Rousseau permanecem atuais nos dias de hoje. Eu estava recentemente escrevendo um artigo com um colega exatamente sobre essas questões de Poder Judiciário\*, esta lá uma frase de Rousseau no Contrato Social: “O Poder Legislativo é o coração do Estado, o Poder Executivo é o cérebro, que dá o movimento a todas as partes. O cérebro pode cair em paralisia e o indivíduo prosseguir vivendo. Um homem fica imbecil e vive, mas assim que o coração cessar suas funções, o animal está morto. Não é pela lei que o Estado subsiste, mas pelo poder legislativo”. Isso foi dito no século XVIII e permanece atual. Ocorre-me agora um pensamento de Maquiavel, que eu julgo extremamente atual, em que ele diz: “O homem esquece mais rapidamente a morte do seu pai do que aquele que tomou seu patrimônio”. Outra referência que permanece. Então, por que Marx não permaneceria? O capitalismo se modernizou, não por um impulso próprio, por um impulso endógeno, mas pela crítica que foi feita da crueldade das relações econômicas. Para Marx, o capitalismo, que a sociedade assimilava, era escandalosamente desumano. Uma criança, por exemplo, trabalhando 10 horas. Essa crítica de Marx permanece válida. Você me pergunta: o que se pode aprender com Marx para os dias de hoje? A provocação me lembra que, em 1904, quando se comemorou o centenário da morte de Kant, que é um pensador liberal idealista, não há a menor dúvida, mas um grupo de socialistas, sociais-democratas, na Áustria, chamados novos Kantianos, fez uma recuperação de Kant no seguinte sentido: não se trata de dizer que Kant era um socialista, mas se trata de dizer o quê que nós, socialistas, podemos ganhar com Kant. Esse ganho é, por exemplo, princípios como democracia, igualdade, transparência. E o que Marx tem a dizer para o Direito hoje? Qual a importância de levar adiante uma publicação sobre Marxismo e Direito? Primeiro, vale lembrar que não há uma teoria do Direito em Marx. Por outro lado, é de se reconhecer a idéia que Marx e Engels tiveram do Direito não é simplesmente uma idéia de reflexo de uma subestrutura. É muito mais complexo do que isso. Engels, que viveu mais que Marx e teve mais tempo para refletir sobre o tema, percebeu essa complexidade e escreveu expressamente sobre ela, como bem observa o Professor Friedrich Müller. É necessário compreender aquilo que o Direito pode ganhar com a perspectiva Marxiana, com aspectos como análise do concreto, análise da realidade, o abandono dos dogmas da moral, a política como concreto, a existência de interesses e classes distintas, a crítica implacável ao objetivo do Estado burguês, de exclusão na participação política, a necessidade

\* Referência ao artigo intitulado Controle preventivo e Juristocracia, escrito em co-autoria com Professor Lenio Luiz Streck. Cf. [http://www.conjur.com.br/2011-jan-29/nao-espaco-controle-preventivo-constitucionalidade-brasil#\\_ftnref1\\_6407](http://www.conjur.com.br/2011-jan-29/nao-espaco-controle-preventivo-constitucionalidade-brasil#_ftnref1_6407).



da divisão da riqueza. Tudo isso pode ser aproveitado pelo Direito. Ora, a importância do Marxismo para o Direito hoje pode vir de uma simples constatação em nossa Constituição. O artigo 219 da Constituição Federal, dispositivo pouco lembrado por grande parte dos constitucionalistas, diz que o mercado integra o patrimônio nacional e deverá ser incentivado para permitir o desenvolvimento cultural, sócio-econômico, tecnológico do País e o bem-estar da população. Você quer algo mais intervencionista do que isso? E qual seria a origem desse dispositivo? A origem é o pensamento Marxiano, e sua crítica à roubalheira das potências européias contra as colônias. Uma exploração sem ganho algum para as colônias e suas populações. Uma exploração sem ganho algum mesmo para as pessoas que compunham as classes trabalhadoras de Inglaterra, Alemanha, França. E quem é que poderia resolver grande parte desse problema? O Estado. Nesse sentido, Marx é Hegeliano. E o quê que nós temos hoje na Constituição dirigente brasileira de 1988? A herança desse pensamento. Por isso, julgo interessante a realização de uma obra sobre o Marxismo e o Direito, até porque Marx é rejeitado, muito rejeitado, pelos juristas de um modo geral. Apesar dessa rejeição, no Brasil, há um grupo de juristas que se preocupa com o tema, motivo pelo qual resolvemos organizar a obra, que teve aceitação extremamente positiva.

**Para encerrar: já presenciei diversas vezes o senhor fazendo referência à Arte. O senhor faz, por exemplo, referências constantes ao Dom Quixote. Numa oportunidade em que compôs audiência de palestra sua, o senhor fez um prelúdio solicitando ao apoio técnico do auditório que tocasse “O mio babbino caro” e trechos de “Medeia”, na voz de Maria Callas. Peço, portanto, que fale da importância da Arte para o ser humano, de um modo geral, e, de um modo mais específico, para os que estudam e trabalham o Direito.**

A arte é imprescindível para todo mundo. Aliás, é o próprio Marx que diz que não só de pão vive o homem. Diferentemente dos animais, as necessidades humanas não são apenas reprodução e alimentação. As necessidades humanas são reprodução, alimentação, lazer, educação, prazer. O prazer da leitura, da pintura, ou seja, da estética. O artista não está preso, digamos assim, às amarras do cientista. O trabalho científico é o trabalho da razão, ele é um trabalho sóbrio, ele é um trabalho frio, e eu acho que tem que ser assim. O trabalho do artista não, ele não deixa de ser um trabalho da razão, mas é um produto muito mais elaborado. Perceba que estou me referindo à boa Arte, não à vulgaridade. Estou me referindo à Arte que acrescenta algo ao espírito humano. Você lembrou Dom Quixote, ópera. E eu lembro vários tipos de música. Acho que o nosso gosto tem que ser infinito. Por exemplo: Chico Buarque, Cartola, que possuem obras tão boas e tão agradáveis, capazes de fazer tanto bem à alma quanto Cervantes, Chopin, Beethoven, Verdi. O importante é o sentimento e a maneira como é produzida ou composta a obra. Machado de Assis é um gênio da humanidade, para o nosso orgulho, orgulho da Língua Portuguesa e orgulho dos brasileiros. Também Patativa do Assaré é genial. A capacidade dessas pessoas de perceberem a realidade e traduzir isso na forma da Arte, na forma da poesia. Só pessoas realmente muito privilegiadas têm essa capacidade. Eu incentivo meus alunos,

aqueles com quem eu posso dialogar mais amiúde, a conhecerem obras desse porte. Um aluno de Direito que não conhece a literatura não tem capacidade ou, pelo menos, terá muita dificuldade em escrever. Digo sempre para os meus alunos, nas primeiras aulas, que a leitura de Machado de Assis é fundamental. Como gosto muito dos contos fluminenses, sugiro a eles que comecem pelos contos. Mas se você imagina alguém, um profissional do Direito, que não tenha lido Machado de Assis é uma tragédia. Nós não podemos prescindir de Eça de Queiroz, que é um nome que me ocorre agora. Eu acho que a Arte é importantíssima para a compreensão da realidade. Nós que, por exemplo, observamos e estudamos o direito constitucional e o direito político, podemos encontrar um fragmento de Cervantes, um diálogo entre Sancho Pança e Dom Quixote, que eu acho interessantíssimo: “Ora essa! Então é possível que andando comigo há tanto tempo, ainda não tenhas visto que todas as coisas dos cavaleiros andantes parecem quimeras, tolices e desatinos, e que são todas feitas pelo avesso? Não é que sejam realmente assim, mas simplesmente porque há sempre, entre nós, uma caterva de feiticeiros, que todas as coisas mudam, transformam e invertem, conforme seu gosto e segundo tenham vontade de favorecer-nos ou destruir-nos”. E o que se observa no diálogo da política do cotidiano? As coisas são transformadas para favorecer ou para destruir, a genialidade de Cervantes está nisso. Dom Quixote via o que ninguém mais via. Então, quem é o louco? Dom Quixote via a realidade. Eu encontro isso nas obras científicas, nos tratados filosóficos e políticos, mas eu encontro isso, também, de uma maneira genial, muitíssimo agradável de ler, em Cervantes em Camões, em Goethe, em Dante Alighieri. Como é que nós podemos viver sem isso? E não somo só nós do Direito. E não são apenas as obras de literatura, mas os clássicos em geral. Costumo dizer, para os meus alunos, na minha opinião cometendo algumas injustiças, que existem quatro obras que toda pessoa que entra numa faculdade de Direito, aliás, que entra em qualquer faculdade no Brasil, deveria ler: “Casa Grande e Senzala”; “Os donos do Poder”; “Coronelismo, Enxada e Voto”; e “Raízes do Brasil”. Essas obras deveriam ser de leitura obrigatória para os alunos que ingressassem numa universidade brasileira. Ler essas obras e, claro, ler também Machado de Assis, ler Dom Casmurro. Essas leituras são importantes para conhecer o país, para conhecer a elegância da Língua Portuguesa. Para abrir horizontes. Acho que a música e a literatura - e eu lamento não ter mais tempo para me dedicar tanto a outras artes -, mas a música e a literatura, às quais eu me dedico o quanto posso, auxiliam na tarefa de compreender o país, de compreender a alma brasileira. Na verdade, auxiliam na tarefa de compreensão do gênero humano. Sem arte, sem literatura, sem música, a tarefa de compreensão do país, da alma brasileira e do gênero humano, será impossível.

# NORMAS DE PUBLICAÇÃO

## 1 LINHAS DE PESQUISA

Os temas poderão receber abordagens variadas, tanto de natureza mais dogmática, quanto teórica. São admissíveis leituras históricas, políticas, jurídicas, metodológicas e interdisciplinares. É facultado aos autores abordar apenas aspectos específicos no contexto maior da linha de pesquisa escolhida. São elas:

- 1) Constituição, Estado e Sociedade
- 2) Direitos Humanos e Fundamentais
- 3) Teoria Política e do Direito
- 4) Estado Democrático de Direito

## 2 ESTRUTURA GERAL DO ARTIGO CIENTÍFICO (15 a 30 PÁGINAS)

### Elementos pré-textuais:

- 4 Título e subtítulo (se houver), separado por dois pontos;
- 4 Nome do autor (e do co-autor, se houver), acompanhado de breve currículo que o qualifique na área de conhecimento do artigo, com a respectiva titulação acadêmica e endereço eletrônico (em nota de rodapé);\*
- 4 Resumo na língua do texto: sequência de frases concisas e objetivas, e não uma simples enumeração de tópicos, de 150 a 250 palavras, espaçamento entre linhas simples. Seguem-se as palavras-chave, representativas do conteúdo do trabalho, separadas por ponto e finalizadas por ponto (de 3 a 5 palavras).

---

\* A submissão do artigo, sem qualquer menção de autoria, para os pareceristas, ficará a cargo da Editora-responsável.

### Elementos textuais:

Modelo A:

- 1 Introdução
- 2 Desenvolvimento
- 3 Conclusão

Modelo B:

- 1 Introdução
- 2 Referencial Teórico
- 3 Metodologia da Pesquisa
- 4 Análise dos Resultados (deve conter a análise dos dados obtidos)
- 5 Conclusão

### Elementos pós-textuais:

- 4 Agradecimento (não é obrigatório)
- 4 Referências
- 4 Notas de fim, após referências, em Times New Roman 10

## **3 FORMATAÇÃO DO ARTIGO**

O título deve estar centralizado, em negrito e em caixa alta, sendo escrito em tamanho 14.

Logo abaixo do título do trabalho devem constar o(s) nome(s) completo(s) do autor, do(s) co-autor(es) recuados à direita, acompanhados de breve currículo que os qualifique(m) na área de conhecimento do artigo, com a respectiva titulação acadêmica e endereço eletrônico (em nota de rodapé identificada com asterisco).

Exemplo:

## TÍTULO DO ARTIGO

João J. João\*

Pedro P. Pedro\*\*

Maria M. Maria\*\*\*

O texto deve ser digitado com letra **Times New Roman, tamanho 12**, usando espaço entrelinhas 1,5 e espaçamento entre parágrafos de 0 pt antes e 06pt depois. O espaço da primeira linha dos parágrafos é de 1cm. As citações de mais de três linhas, as notas de rodapé, as referências e os resumos em vernáculo e em língua estrangeira devem ser digitados em espaço simples.

O formato do papel a ser utilizado, tanto na versão eletrônica quanto na impressa, deve ter formato A4 (210 mm x 297 mm), com as seguintes margens: superior e esquerda - 3,0cm; inferior e direita - 2,0 cm.

O trabalho deve estar **obrigatoriamente** digitalizado em *Word*.

## 4 REFERÊNCIAS

As referências devem ser constituídas por todas as obras **citadas** no artigo e devem ser listadas de acordo com a norma ABNT-NBR-6023/2002, conforme exemplos abaixo:

### Livros

ALVES, Roque de Brito. **Ciência Criminal**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BANDEIRA, Manuel (Org). **Gonçalves Dias: poesia**. 11. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1983.

### Artigos em periódicos

MONTEIRO, Agostinho dos Reis. O pão do direito à educação... **Educação & Sociedade**, Campinas, SP, v. 24, n. 84, p. 763-789, set. 2003.

---

\* Breve currículo

\*\* Breve currículo

\*\*\* Breve currículo

O MELHOR de dois mundos. **Após**, São Paulo, ano 1, p. 24-25, fev. 2003.

### Artigos em revistas, jornais etc.

MONTEIRO NETO, Armando. Desoneração da folha salarial. **Estado de Minas**, Belo Horizonte, n. 22.368, p. 9, 26 mar. 2003.

### Sites

CONY, Carlos Heitor. O frágil lenho. **Folha online**, São Paulo, 19 jan. 2004. Disponível em: <[www.folha.uol.com.br/folha/pensata/ult505u135.shtml](http://www.folha.uol.com.br/folha/pensata/ult505u135.shtml)>. Acesso em: 19 jan. 2004.

FREIRE, José Bessa. O patrimônio cultural indígena. In: WELFORT, Francisco; SOUZA, Márcio (Org.). **Um olhar sobre a cultura brasileira**. Brasília: Ministério da Cultura, 1998. Disponível em: <<http://www.minc.gov.br/textos/olhar/patrimonioindigena>>. Acesso em: 20 jan. 2004.

## 5 CITAÇÕES

As citações deverão ser feitas da seguinte forma (NBR 10520): citações de até três linhas devem estar contidas entre aspas duplas; as citações de mais de três linhas devem ser destacadas com recuo de 4cm da margem esquerda, em Times New Roman 10, sem aspas.

Para enfatizar trechos da citação, deve-se destacá-los indicando essa alteração com a expressão “grifo nosso” entre parênteses após a chamada da citação ou “grifo do autor”, caso o destaque já faça parte da obra consultada.

A referência da citação será feita em nota de fim, após as referências do texto.

## 6 ABSTRACT E KEYWORDS

Após as referências, seguem-se as notas de fim; após as notas de fim, culminando todo o trabalho, deve-se fazer constar o título do artigo, o resumo e as palavras-chave em versão para o inglês, com recuo de 4cm, em espaço simples.



Este número da revista foi composto na fonte GoudyOlSt BT, corpo 11.  
O miolo foi impresso em papel AP 75 g/m<sup>2</sup> e a capa em cartão supremo 250 g/m<sup>2</sup>.  
Impresso pela Gráfica LCR.