



PREFÁCIO

A *Cadernos* teve em 2015 mais um ano importante, o periódico alcançou o estrato B2 no QUALIS-CAPES e já havia lançado, até essa edição, outros dois números. Agora, com o número ordinário do segundo semestre, e terceiro no ano, estão publicados 45 trabalhos para a comunidade científica. Os trabalhos foram publicados de acordo com as normas da CAPES e, salvo os convidados, passaram pela rigorosa avaliação cega por ao menos dois especialistas na área. Esses acontecimentos indicam a estabilidade, o bom funcionamento e a adequação às normas que a revista conseguiu alcançar nos últimos anos.

Neste volume X, número 3, o oitavo número realizado integralmente em meio digital, novamente contamos com o apoio de todos os atores que já se tornaram parte do periódico. São alunos, professores e servidores da Universidade Federal do Rio Grande do Sul que contribuem enviando artigos, avaliando, editorando, corrigindo e garantindo que os números sejam impressos e enviados para todo o país. Além deles, há o grupo de pesquisadores que compõe o Conselho Editorial, o de avaliadores e os autores de outras unidades da federação – são mais de duas centenas de pessoas externas à UFRGS que auxiliam a revista, submetendo suas produções e participando de etapas essenciais para que a revista publique e continue sendo um espaço aberto e democrático.

Procuramos preparar para nossos leitores, novamente, uma publicação interessante, que cubra diversos ramos do Direito e tenha participação de autores de diversas regiões do Brasil e de fora dele. Dentre os autores convidados, temos o artigo de Ralf Poscher, professor de Direito Público, História Constitucional e Filosofia do Direito na Universidade de Freiburg, Alemanha, e atual chefe de Filosofia do Direito daquela instituição. Sua obra estabelece um diálogo importante com o modo como os princípios jurídicos vêm sendo compreendidos no Direito e tem ampla repercussão no Brasil, onde as teorias estudadas por ele tem profunda repercussão. Também trazemos um trabalho do professor argentino Ezequiel Abasolo, que palestrou na Faculdade de Direito neste ano, e é professor *Protitular* de História do Direito Argentino, com dedicação especial para pesquisa, na Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA), professor em História do Direito em várias instituições argentinas, e é atualmente o 2º vice-diretor do tradicional *Instituto de Investigaciones en Historia del*



Derecho (Argentina). Sua obra examina a utilização de conteúdos argentinos, e os motivos de sua incorporação, nos clássicos *Comentários à Constituição brasileira* do jurista gaúcho Carlos Maximiliano (1873-1960). E, por fim, temos um trabalho da reconhecida professora Gisele Cittadino, que escreve de forma instigante sobre liberdade, identidade e Direito a partir da obra de Philip Roth.

Dentre os artigos enviados por meio das regras do Edital de Seleção, temos novamente um artigo de autor internacional. Audrey Marie Dauchy, doutoranda pela Université Panthéon-Assas Paris II, França, e pesquisadora visitante no Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte (MPIeR), Alemanha, submeteu um artigo sobre o *locatio conductio* a partir da perspectiva das obras dos glosadores medievais, que foi aceito e está sendo publicado. Além dela, temos autores brasileiros que escreveram nas áreas de Direito Penal, Direito Tributário, Direito Internacional Público e Privado, Sociologia do Direito e Teoria Política, além de artigos sobre temas relacionados aos Direitos Humanos. Ainda, nesta edição temos o prazer de publicar também diversos artigos sobre Direito Processual, uma área que, apesar de sua importância, teve menos autores nas edições passadas.

Esperamos contemplar autores e leitores com uma revista que os deixe satisfeitos – com a qualidade do periódico, mas também com todos os procedimentos adotados, que garantem uma publicação alinhada às melhores práticas científicas e aberta à publicação de ideias de diversos matizes, áreas e regiões. Desejamos a todos uma boa leitura.

Porto Alegre, 31 de dezembro de 2015.

Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior
Editor-chefe

Profa. Dra. Claudia Lima Marques
Coordenadora PPGDir – UFRGS
Editora-chefe Substituta

Doutorando Gustavo Castagna Machado
Doutoranda Mariana Kuhn de Oliveira
Doutorando Wagner Silveira Feloniuk
Mestrando Kenny Sontag
Editores-colaboradores

ACERTOS, ERROS E EQUÍVOCOS DE AUTOCOMPREENSÃO DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS*

EINSICHTEN, IRRTÜMER UND SELBSTMISSVERSTÄNDNIS DER PRINZIPIENTHEORIE

INSIGHTS, ERRORS AND SELF-MISCONCEPTIONS OF THE THEORY OF PRINCIPLES

Ralf Poscher**

RESUMO: A teoria dos princípios é multifacetada. Sua expressão inicial contém um importante argumento contra as teorias positivistas de aplicação do Direito. Como teoria do Direito, ela falha em seu esforço de reivindicar uma diferença estrutural entre regras e princípios. Ela também falha como teoria metodológica que reduz a aplicação jurídica à subsunção e à ponderação. Ela se autocompreende de forma equivocada quando concebida como dogmática especial dos direitos fundamentais. Seu aspecto mais promissor poderia ser sua contribuição para uma teoria da argumentação mais abrangente.

ZUSAMMENFASSUNG: Die Theorie der Prinzipien ist vielfältig. Ihr ursprünglicher Ausdruck enthielt ein wichtiges Argument gegen die positivistischen Theorien der Rechtsanwendung. Als Rechtstheorie scheitert sie an ihren Bemühungen einen strukturellen Unterschied zwischen Regeln und Prinzipien zu erreichen. Sie verfehlt auch als methodische Theorie, die die Rechtsanwendung auf Subsumtion oder Abwägung reduziert. Sie verkennt sich selbst, wenn sie als eine spezielle Dogmatik der Grundrechte konzipiert wird. Ihr viel versprechendster Aspekt könnte ihr Beitrag zu einer umfassenderen Theorie der juristischen Argumentation sein.

ABSTRACT: The theory of principles is multifaceted. Its initial expression contained an important argument against positivist theories of adjudication. As a legal theory, it fails in its effort to claim a structural difference between rules and principles. It also fails as a methodological theory that reduces adjudication to subsumption or balancing. It misunderstands itself when it is conceived as a special doctrinal theory of fundamental rights. Its most promising aspect could be its contribution to a more comprehensive theory of legal argumentation.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria dos princípios. Acertos. Equívocos teóricos. Teoria da argumentação jurídica. Teoria da aplicação do Direito.

SCHLÜSSELWÖRTER: Prinzipientheorie. Einsichten. Theoretische Missverständnisse. Theorie der juristischen Argumentation. Theorie der Rechtsanwendung.

KEYWORDS: Theorie of principles. Insights. Theoretical misconceptions. Theory of Legal Argumentation. Theory of Adjudication.

SUMÁRIO: 1. O ponto de partida: a crítica correta às teorias positivistas da aplicação do direito; 2. O erro de teoria do Direito: a distinção estrutural entre princípios e regras; 3. A reincidência no erro metodológico: o conceito de regra da teoria dos princípios; 4. A posição sistemática: a teoria da argumentação; 5. O equívoco de autocompreensão: a teoria dos princípios como dogmática. Referências.

Sob o conceito de “teoria dos princípios”, que sugere unidade, esconde-se um grande número de projetos talvez relacionados, mas também muito diferenciados. Sem pretensão de

* Publicação original: POSCHER, Ralf. *Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie*. (In) SIECKMANN, Jan-R. (Org.) *Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*. Nomos, 2007. P. 59-79. Traduzido por Pablo Castro Miozzo, doutorando em Direito pela Universidade de Freiburg (Albert-Ludwigs-Universität Freiburg), Alemanha, com autorização do autor.

** Professor titular de Direito Público, História Constitucional e Filosofia do Direito, diretor do Departamento de Filosofia do Direito da Universidade de Freiburg (Albert-Ludwigs-Universität Freiburg), Alemanha. Possui doutorado e livre-docência (*Habilitation*) em Direito pela Humboldt-Universität zu Berlin, Alemanha.



completude, em todo caso, é possível distinguir cinco diferentes aspectos da teoria dos princípios.

No contexto de discussão anglo-saxônico encontra-se a teoria dos princípios, 1) como argumento de princípio, no nível das teorias estruturais do Direito, que pergunta pelas características gerais de ordens jurídicas e pelas suas relações com outros fenômenos normativos, em especial, o ético-moral ou também o fenômeno do político.¹ 2) Como projeto lógico-jurídico ou teórico-jurídico representa a teoria dos princípios não uma teoria sobre a estrutura de uma ordem normativa – da ordem jurídica – mas sim uma teoria sobre a estrutura lógica de normas individuais. A este contexto pertence a tese de que o inventário no espaço do normativo pode ser categoricamente classificado em princípios ou regras.² 3) Em conexão com essa tese, mas, entretanto, dela carente de diferenciação, aparece a teoria dos princípios também como teoria metodológico-jurídica de uma diferença categórica entre dois modos de aplicação do Direito: nomeadamente a aplicação do Direito por meio da subsunção no caso das regras e por meio da ponderação no caso dos princípios.³ 4) Além disto, há um projeto teórico-argumentativo, que investiga o significado dos princípios no espaço de fundamentações jurídicas. “Princípios são argumentos”, diz-se com frequência entre os defensores da teoria dos princípios.⁴ A preocupação de Esser⁵ também pode ser provavelmente mais bem situada no espaço de um projeto desse tipo. 5) Por fim, vincula-se com o conceito de teoria dos princípios uma tese de dogmática dos direitos fundamentais. De acordo com tal tese, os direitos fundamentais são mandamentos de otimização e questões sobre direitos fundamentais só podem ser respondidas por meio de uma ponderação de princípios colidentes.⁶

4

As reflexões que seguem pretendem demonstrar que a teoria dos princípios trouxe, em sua forma original, uma contribuição restaurativa, porém importante, para uma teoria da

1 RAZ, J. *Legal principles and the Limits of the Law*. The Yale Law Journal 81, 1972. p. 823-854; DWORKIN, R. *Bürgerrechte ernstgenommen*. Frankfurt: Suhrkamp, 1984. p. 55, 102-104; HART, H.L.A. *Concept of Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 155-180, 268-272; a recepção alemã também aponta para esta relação teórico-estrutural, Cf. ALEXY, R. *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg: Alber, 1992. p. 117-129.

2 ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1986. p. 72.

3 SIECKMANN, J.-R. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Baden-Baden: Nomos, 1990., p. 18 e ss, também ALEXY, R. *On Balancing and Subsumption*. Ratio Juris 16, 2003. p. 433; Cf. também LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6. ed. Berlin: Springer, 1991. p. 472-482.

4 SIECKMANN, J.-R. *Rechtssystem und praktische Vernunft*, ARSP 78: 1992. p. 154-151; do mesmo autor, *Modelle des Eigentumsschutzes*. Baden-Baden: Nomos, 1998. p. 38.

5 ESSER, J. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Form des Privatrechts*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1990.

6 ALEXY. *Theorie der Grundrechte*. p. 71-77.



aplicação do Direito; que em sua hipertrofia metodológica e teórico-normativa, no entanto, se baseia em erros e que, enquanto uma teoria dogmática dos direitos fundamentais, ela se autocompreende de forma equivocada. Com isto, as reflexões farão sempre referência à teoria dos princípios como teoria dos direitos fundamentais, não apenas porque neste âmbito a sua recepção é mais amplamente avançada⁷, mas também porque ela é considerada internamente (no interior da escola) um caso de aplicação paradigmático.

1 O PONTO DE PARTIDA: A CRÍTICA CORRETA ÀS TEORIAS POSITIVISTAS DA APLICAÇÃO DO DIREITO

Em sua gênese, o pensamento a partir de princípios reagiu a um campo de debate que se desenvolveu, pelo menos na discussão alemã e na anglo-saxônica, com conexões individuais, mas também, em um grau surpreendente, de forma paralela e independente. Nesse e naquele lado do Atlântico a teoria dos princípios teve sua origem em um desenvolvimento apenas temporalmente deslocado no clima teórico-jurídico global. A precedência coube em dado momento à discussão de língua alemã. Em reação ao endurecimento, mas principalmente a estilizações da jurisprudência dos conceitos e em sintonia com as ciências sociais em desenvolvimento enquanto disciplinas, formou-se aproximadamente no final do séc. XIX uma crítica radical às ideias metodológicas tradicionais.⁸ A ideia do Juiz como um “autômato da subsunção”, com quem a reivindicação burguesa ao Estado-justiça fora controlada⁹, foi levada metodicamente a sério e “desmascarada”. A crítica intensificou-se até chegar ao programa cético-jurídico da escola do

5

7 Ver sobre isso as traduções da “Theorie der Grundrechte” de Alexy para o espanhol por VALDEZ, E. G. *Teoría de los derechos fundamentales*. 3. ed. 2001. ou para o inglês por RIVERS, J. *A theory of Constitutional Rights*. 2002; bem como os respectivos trabalhos de seus alunos, que se concentram essencialmente na dogmática dos direitos fundamentais, JANSEN, N. *Die Abwägung von Grundrechten*. (In) *Der Staat* 36. 1997. p. 25-54; SIECKMANN. *Rechtssystem und praktische Vernunft*. ARSP 78. 1992. p. 154-151; BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. 2. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 1998.; do mesmo autor, *Prinzipien als Grundrechtsnormen*. ZöR 53. 1998. p. 307-335; TEIFKE, N. *Flexibilität der Menschenwürde?* In: C. Bäcker/S. Baufeld (Org.), *Objektivität und Flexibilität im Recht*. ARSP Beiheft 10: 2005. p. 142-156; BOROWSKI, M. *Die Glaubens- und Gewissenfreiheit des Grundgesetzes*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

8 JHERING, R. *Der Kampf ums Recht*. Wien: Manz, 1872.; ADICKES, F. *Zur Lehre von den Rechtsquellen insbesondere über die Vernunft und die Natur der sache als Rechtsquellen und über das Gewohnheitsrecht*. Kassel: Wigand, 1872. p. 9- 15; JHERING, R. *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*. Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1884.; BÜLOW, O. *Gesetz und Richteramt*. Berlin: Berliner Wissenschaftsverlag, 1885.; EHRLICH, E. *Über Lücken im Rechte*. (1888), in: EHRLICH, E. *Recht und Leben*. Berlin: Duncker und Humblot, 1967. p. 30-169.

9 OGOREK, R. *Richterkönig oder Subsumtionsautomat?* Frankfurt: Klostermann, 1986. p. 292-325.

Direito livre, que rejeitava amplamente a força de determinação do Direito e desenvolveu alternativas, geralmente programas de aplicação do Direito psicologizantes¹⁰ ou com base nas ciências sociais^{11,12}. Além de François Geny¹³, Rudolf Jhering¹⁴ é visto como precursor e Eugen Ehrlich¹⁵ como protagonista escola do Direito livre, e todos foram fontes essenciais de inspiração europeia para o desenvolvimento paralelo do realismo jurídico americano.

O realismo jurídico americano defendia, na essência, um programa similar ao da Escola do Direito livre e reagia, como ela, à pretensão metodológica hipertrofiada de uma compreensão do Direito a partir de conceitos jurídicos, que, sob a bandeira do formalismo, dominava a teoria e a prática nos EUA.¹⁶ A reação americana também se ligava à indeterminação do Direito e se transformou, na modalidade radical do realismo jurídico, num amplo ceticismo jurídico.¹⁷

10 EHRlich, E. *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*. Leipzig: C. L. Hirschfeld, 1903.; EHRlich, E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. München und Leipzig: Duncker und Humblot, 1913; FUCHS, E. *Was will die Freirechtsschule?*, (1929), (In) FUCHS, E. *Gerechtigkeitswissenschaft. Ausgewählte Schriften zur Rechtslehre*. Karlsruhe: CF Müller, 1965. p. 21-63; KANTOROWICZ, H. *Rechtswissenschaft und Soziologie*. (In) KANTOROWICZ, H. *Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre*. Karlsruhe: Müller, 1962. p. 117-144.

11 FLAVIUS, G. (H. Kantorowicz). *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1906. p. 16-19; ISAY, H. *Rechtsnorm und Entscheidung*. Aalen: Scientia, 1929. p. 85-120; para maiores detalhes sobre a escola do Direito livre, ver GFINGEL, A./MOLNAU, K. A. (Org.), *Gesetzesbindung und Richterfreiheit*. Freiburg: Haufe-Lexware, 1992.

12 Para abordagens correspondentes de caráter sociológico ou psicológico no âmbito do realismo jurídico americano, ver LEITER, B. *American Legal Realism*. (In) EDMUNDSON, W. / GOLDING, M. (Org.) *The Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory*. Malden: Wiley-Blackwell, 2003. p. 54-56.

13 GENY, F. *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*. Lausanne: F. Pichon et Durand-Auzias, 1899.

14 Sobre a influência de Jhering no desenvolvimento teórico americano ver. SUMMERS, R. S. *Rudolf von Jhering's Influence on American Legal Theory*, in: BEHRENDTS, O. (Org.), *Jherings Rechtsdenken*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1996. p. 61-76; DUXBURY, N. *Jhering's Philosophy of Authority*. Oxford Journal of Legal Studies, 2007.

15 Assim, POUND, R. *Enforcement of Law*. Washington: Green Bag, 1908. p. 401-406: "we have a great deal of freie Rechtsfindung in America, while disclaiming it in theory"; em particular sobre a recepção americana, NELKEN, D. *Pound and Ehrlich on the Living Law*. (In) *Rechtstheorie*: 1986. p. 175-187; HERGET, J. E.; WALLACE, S. *The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism*. Va. L. Rev. 73: 1987. p. 399-440.

16 Para o desenvolvimento teórico americano ver DUXBURY, N. *Patterns of American Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press: 1995. p. 9-64.

17 Sobre isso, POUND, R. *Law in Books and Law in Action*. Am. L. Rev. 44: 1910.; POUND, R. *An Introduction to the Philosophy of Law*. 24. ed. Cumberland, RI: Yale University Press. 1982. p. 23 e ss.; LLEWELLYN, K. N. *A Realistic Jurisprudence - The Next Step*. (In) *Columbia Law Review* 30: 1930. p. 431-465; FRANK, J. *Law and the Modern Mind*. New York: Brentanos, 1930.; acerca da tese da indeterminação metódica como fundamento do realismo jurídico americano, LEITER. *American Legal Realism*. (In) W. Edmundson; M. Golding (Hg.), *The Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory*. Malden: Wiley-Blackwell, 2003.p. 51 e ss.



Na discussão continental, uma parte da força explosiva da escola do Direito livre foi acolhida pela jurisprudência dos interesses¹⁸, uma outra parte foi marginalizada no positivismo jurídico. Também nele os dois desenvolvimentos se encontram. A teoria da aplicação do Direito configura o ponto cego não só na concepção teórica de Hans Kelsen¹⁹, mas também na de Hart²⁰. É possível reduzir tanto a teoria da aplicação do Direito de Kelsen como a de Hart, sem maiores perdas teóricas, a um tipo de modelo de aplicação do Direito sem refinamentos.²¹ De acordo com tal modelo, há candidatas entre as normas jurídicas que podem ser determinadas, tanto negativa como positivamente, a partir de critérios jurídicos. O resto dos casos, que nessa tendência são conceituados como fenômenos excepcionais, não podem mais ser decididos a partir de critérios jurídicos, mas apenas a partir de critérios morais ou políticos, para os quais, incidentalmente as normas correspondentes autorizam o aplicador do Direito.²² Com esse modelo a discussão tinha por ora se tranquilizado, haja vista a inexistência de ofertas teóricas concorrentes por parte das diferentes formas de positivismo enquanto teorias estruturais do Direito.

Contra esse modelo de aplicação do Direito, não apenas aqui desenhado como sem refinamentos, mas também, – *cum grano salis* – substancialmente sem refinamentos, os teóricos dos princípios protestaram em momentos diferentes, deste e daquele lado do Atlântico. A simplificação positivista não convenceu nem a Esser nem a Dworkin, na qual eles viam – em seu próprio modo positivista – uma caricatura da prática jurídica. Para ambos, foi com base no significado tradicional dos princípios jurídicos (*Grundätze und Prinzipien*) na aplicação do Direito que eles puderam desmascarar os erros das concepções positivistas neste âmbito.²³ Eles recolocaram os princípios jurídicos, que, com o recuo do jusnaturalismo apenas

18 HECK, P. *Das Problem der Rechtsgewinnung*. Bad Homburg: Gehlen, 1912.; HECK, P. *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1932.

19 KELSEN, H. *Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre*. (In) *Juristische Wochenschrift* 58: 1929. KELSEN, H. *Reine Rechtslehre*. 2. ed. Wien: Österreich, 1960. p. 242-247, 346-354.

20 Hart, H.L.A. *The Concept of Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 173-204.

21 Em todo caso, Hart sabia do caráter deficitário de suas reflexões acerca da aplicação do Direito: “But I certainly wish to confess now that I said far too little in my book about the topic of adjudication and legal reasoning and, in particular, about arguments from what my critics call legal principles. I now agree that it is a defect of this book that principles are touched upon only in passing.” HART. *The Concept of Law*. p. 259.

22 Para a tentativa de um renascimento deste aspecto do positivismo na forma de uma teoria normativa da autorização (normative Ermächtigungslehre) JESTAEDT, M. *Rechtsprechung und Rechtsetzung - eine deutsche Perspektive*. (In) ERBGUTH, W.; MASING J. *Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen: Europa- recht und nationales Recht*. Stuttgart : Richard Boorberg, 2005. p. 25, 75-79; JESTAEDT, M. *Das mag in der Theorie richtig sein* Tübingen: Mohr Siebeck, 2006. p. 43-85.

23 DWORKIN. *Bürgerrechte ernstgenommen*. Frankfurt: Suhrkamp, 1984. p. 54 e ss.; ESSER. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Form des Privatrechts*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1990. p. 10 e ss.; para uma

foram ocultados,²⁴ mas que permaneceram na prática incontestados pelo positivismo, também teoricamente no lugar que lhes era de direito. É mérito duradouro da teoria dos princípios ter insistido na seriedade e na autonomia da controvérsia jurídica com referência ao papel dos princípios jurídicos na aplicação do Direito e ter rejeitado a referência obrigatória ao autoengano²⁵ coletivo da prática jurídica.

A ênfase no significado dos princípios para aplicação do Direito mirava, na variante anglo-saxônica, na compreensão até então ligada ao positivismo acerca da relação entre Direito e Moral. A necessidade de se recorrer aos princípios no processo de aplicação do Direito que, em todo caso, em parte não eram explicitamente codificados, era considerada por Dworkin essencialmente como moeda de troca contra a tese da separação, que negava qualquer relação entre Direito e Moral. De que origem deveriam ser os princípios invocados, uma vez que não eram codificados, senão moral no sentido amplo?²⁶

O positivismo reagiu a essa objeção principalmente com uma ampla gama de estratégias inclusivas.²⁷ Estas estratégias, que reconhecem fundamentalmente a objeção de Dworkin, fazem a disputa em torno da tese da separação parecer, ao menos neste ponto, desnecessária, como se nela se tratasse meramente da questão sobre se os empréstimos que a aplicação do Direito faz junto à moral cotidiana ou à filosofia moral, podem ser reconduzidos a um fundamento compreensível explícita ou implicitamente, direta ou indutivamente a partir do Direito legislado; ou sobre se tal dedução, ao menos em alguns casos, não é possível. Que tais empréstimos ocorrem, como os empréstimos que o Direito faz junto à matemática²⁸ no direito financeiro ou junto à cronometria no cálculo de prazos ou de velocidade, não é mais discutido.

compilação enciclopédica mais recente dos princípios da Common Law: BAYLES, M. D. *Principles of Law*. Dordrecht: Reidel, 1987.

24 Para este desenvolvimento PASCUA, J. A. R. *Die Grundlage der rechtlichen Geltung von Prinzipien* (In): ORSI, G. *Prinzipien des Rechts*. Frankfurt: Peterlang, 1996. p. 11-13

25 HECK. *Das Problem der Rechtsgewinnung*, p. 17; KELSEN. *Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre*. 1723 (1726); KELSEN. *Reine Rechtslehre*. p. 350 e ss.; HART. *The Concept of Law*. p. 176-189.

26 Um esboço curto, porém interessante, acerca da história da posição normativa dos princípios jurídicos na codificação romana desde a decadência do Direito natural, encontra-se em PASCUA. *Die Grundlage der rechtlichen Geltung von Prinzipien*. p. 11-13. O movimento crítico de rejeição do direito natural mostra-se contrário à referência a “princípios jurídicos naturais” na determinação sobre o preenchimento de lacunas legais, primeiramente em alusões ambivalentes aos “princípios jurídicos gerais”, mas também, em seguida, em prescrições conscientemente positivistas sobre os “princípios gerais do Direito vigente”.

27 Uma visão geral das estratégias é oferecida respectivamente por SIECKMANN. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. p. 178-198; COLEMAN, J L. *The Practice of Principle*. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 103-119, ambos com referências adicionais.

28 Para tal comparação, ver já KANTOROWICZ. *Der Begriff des Rechts*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1939. p. 58 e ss.

Trata-se a este respeito, de qualquer forma, de parâmetros jurídicos, no sentido de que as normas morais não podem simplesmente ser contrapostas a normas jurídicas com força derogatória, mas apenas podem servir de recurso no âmbito da aplicação do Direito quando se encaixam no Direito legislado e forem a ele adaptadas, conforme também acentuou Dworkin com a dimensão de “ajuste” (“fit”).²⁹ Neste sentido o Tribunal Constitucional Federal faz uso da formatação dogmática da garantia dignidade humana, qual seja, a fórmula-objeto³⁰, que é subjacente a uma formulação do imperativo categórico de Kant. Entretanto, tal formatação nem receberia com isso inteiramente a filosofia moral de Kant, nem tampouco poderia fazer uso de partes de sua filosofia, se a Constituição, no art.1, inciso 1 da Lei Fundamental, não lhe desse razão para isso. Assim, a ideia de uma proteção elevada da dignidade humana em comparação com outros bens, como a vida, pode não ser compreensível do ponto de vista de uma ética consequencialista. No entanto, ainda que uma correspondente teoria se mostrasse como filosoficamente superior, uma interpretação da Lei Fundamental deveria oferecer um esboço de dignidade humana que a ela se contraponha. A aplicação jurídica não recorre simplesmente a normas morais, mas desenvolve padrões jurídicos próprios com recurso a normas extrajurídicas. Embora estes padrões se apoiem em conceitos morais e filosóficos e a eles possam se assemelhar, eles são genuinamente jurídicos.³¹ É justamente uma tarefa da dogmática adaptar conceitos de outras disciplinas, inclusive da filosofia moral, às especificidades de um sistema jurídico e à sua história sedimentada em instituições e decisões prévias, e desenvolvê-los como jurídicos. Isto por si só, no entanto, não anula a separação entre Direito e Moral, da mesma forma que o recurso às quatro operações aritméticas no Direito Financeiro não anula a separação entre Direito e matemática.

A teoria dos princípios, na roupagem que ela recebeu de Alexy, postula uma vinculação ainda mais forte entre Direito e moral, segundo a qual o Direito não pode estar em grande desconformidade com a moral *correta* sem que perca sua validade. Tal tese não decorre, entretanto, do argumento de princípio.³² Por último, mas não menos importante, o

29 DWORKIN, R. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 255-257. A crítica correspondente de SIECKMANN. *Rechtssystem und praktische Vernunft*. p.145-160-163, é motivada pela teoria da validade e não pela teoria dos princípios.

30 BVerfGE 27. I (6); BVerfG, NJW 2006, 751/757 e ss.

31 Para um argumento similar na discussão do positivismo americano, PRIEL, D. *Oxford J. Legal Stud.* 25: 2005. p. 675-696.

32 Nesse sentido, também sobre o argumento da correção de Dworkin, KOCH, H.-J. *Zur Methodenlehre des Rechtspositivismus*. (In) DREIER, R. (Hg.), *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts*. ARSP Beiheft 37: 1988. p. 152-157, 160.



próprio Dworkin demonstrou que, embora o Direito faça empréstimos da moral no âmbito da aplicação jurídica, disto não resultam, entretanto, quaisquer medidas sobre que tipo de moral será adotado como referência.³³ Da mesma forma como o Direito recorre à forma da matemática, da cronometria etc. na aplicação jurídica, que constitui em uma sociedade o fundamento da vida em comum, relaciona-se ele com a moral. Neste sentido, a aplicação jurídica em um regime jurídico injusto (*Unrechtsregime*) também pode recorrer a uma moral injusta (*Unmoral*), a fim de se prover de valores e princípios (*Wertungen, Grundätzen und Prinzipien*) correspondentes para construção de estruturas dogmáticas, tipologias de casos, decisões singulares etc. Os postulados excedentários dos defensores da teoria dos princípios não estão atrelados a princípios, senão ao seu conceito de Direito³⁴ ou de validade³⁵, que demandariam uma crítica própria.

Para a consideração do caso principal de aplicação da teoria dos princípios enquanto uma teoria dogmática dos direitos fundamentais é de se registrar que, não por acaso, a teoria dos princípios foi desenvolvida em ambos os lados do Atlântico, e de forma independentemente uma da outra, não como uma teoria dogmática, mas em reação a uma teoria insuficiente da aplicação do Direito. Do ponto de vista genético não sugere, de qualquer forma, formular uma teoria dos princípios como teoria dogmática, especialmente como uma teoria dogmática dos direitos fundamentais. Em sua gênese, a teoria dos princípios está situada em outro nível de abstração: ela pertence ao campo da teoria geral da aplicação jurídica, não ao nível da dogmática concreta. Assim como a subsunção, analogia ou o argumento a contrário não podem constituir uma dogmática setorial, algo como o

10

33 DWORKIN. *Bürgerrechte ernstgenommen*. p. 102-108.

34 ALEXY, R. *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg: Alber, 1992. p. 64-69, 129-135, que liga o conceito de Direito não apenas com a pretensão de correção moral, mas com a própria correção moral; crítico à fundamentação de Alexy acerca da conexão, HILGENDORF, E. *Argumentation in der Jurisprudenz*. Berlin: Duncker & Humblot, 1991. p. 115 e ss.

35 SIECKMANN. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. 1990, p. 100-102, que, ao lado da efetividade de uma norma e sua validade ética e relativa no âmbito de um sistema jurídico, conhece uma “validade jurídica absoluta”, cujo *status* teórico, entretanto, permanece turvo, no sentido de não estar claro sobre se se trata de uma validade jurídica de estilo próprio ou apenas de uma validade relativa com vistas à moral correta. As explicações permanecem obscuras: “Ambas as construções são problemáticas. A aceitação de um dever ser jurídico de estilo próprio conduz a problemas filosóficos difíceis, sobre se existe unidade de dever ser [...] Ademais, é uma definição [...] do conceito de validade jurídica em que ela mesma emprega o conceito de “jurídico”, o que a expõe à objeção de circularidade. A segunda alternativa, de se falar em um mandamento de aplicação moral, conduz facilmente a mal-entendidos e ao debate em torno do juspositivismo e do jusnaturalismo. Para a finalidade destes estudos não precisa ser decidido, se se está a falar de um mandamento apenas jurídico ou também moral.” *Op. cit.*, p. 246; ver também, do mesmo autor, *Modelle des Eigentumsschutzes*. p. 145-148.



enriquecimento sem causa, também um princípio não pode sê-lo. Eles podem ser utilizados para formação de uma dogmática, mas em si não constituem uma dogmática.

2 O ERRO DE TEORIA DO DIREITO: A DISTINÇÃO ESTRUTURAL ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

A tese lógico-jurídica da teoria dos princípios parte do pressuposto de que regras e princípios se diferenciam em sua estrutura formal. Enquanto as regras ordenariam uma consequência jurídica definitiva, preveriam os princípios suas consequências jurídicas apenas *prima facie*.³⁶ Esta estrutura diferente de ambos os tipos de normas se manifestaria principalmente no seu comportamento de colisão. Enquanto no caso de colisão entre regras deveriam ser introduzidas exceções em uma delas ou uma de ambas deveria ser declarada nula, a validade dos princípios em caso de colisão permaneceria não afetada, uma vez que eles reivindicariam apenas um efeito *prima facie* e, em caso de colisão, somente restariam concretizados em uma regra definitiva por meio da ponderação no caso individual.³⁷ Regras e princípios constituem, por isso, tipos de normas categoricamente distintos.

Uma análise do trato da ordem jurídica com colisões de normas mostra, porém, que regras e princípios são estruturados de forma idêntica e que se diferenciam não em sua estrutura, mas apenas no conteúdo contingente de uma estrutura unitária.³⁸ Isto fica claro quando se leva em conta como e, quão diferente, as colisões entre normas são resolvidas. A ordem jurídica reage a colisões entre normas com regras de colisão, que possuem conteúdos substancialmente diferentes e podem, dependendo da apresentação, ser pensadas como regras independentes ou ser integradas na regra como supostos de fato excepcionais

36 ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. p. 88-90; SIECKMANN. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. p. 67-71

37 ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. p. 77-87; SIECKMANN. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. p. 68.

38 Fora do círculo dos citados defensores da teoria dos princípios esta visão predomina. Exemplarmente: LERCHE, P. *Übermaß und Verfassungsrecht*, 2. ed. Goldbach: Keip, 1999. p. XXII: “Em minha opinião, a diferença entre estas categorias é apenas de natureza quantitativa.” MARMOUR, A. *The Separation Thesis and the Limits of Interpretation*. Can. J.L. & Juris. 12. 1999. p. 135-145 e ss.; SCHILCHER, B. *Prinzipien und Regeln als Elemente einer Theorie des gebundenen Ermessens*, (In) SCHILCHER, B.; KOLLER, P.; FUNK, B.-C. *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*. Wien: Österreich, 2000. p. 153-164, 169; REIMER, F. *Verfassungsprinzipien*. Berlin: Duncker & Humblot, 2001. p. 179-182; na literatura anglosaxônica, já HART. *Concept of Law*. p. 259 e ss.; para uma possível reconstrução lógico-jurídica da diferença gradual, VERHEIJ, B.; HAGE, J.; VAN DEN HERIK, H. J. *An integrated view on rules and principles*. *Artificial Intelligence and Law* 6: 1998. p. 3-26.

(*Ausnahmetatbestände*).³⁹ Essas regras de colisão conduzem a que, ou uma das normas colidentes perde sua vigência, ou serão incorporados supostos de fato excepcionais a uma ou a ambas as normas, que evitem a colisão.⁴⁰ O mandamento da ponderação otimizadora é com isso apenas um conteúdo possível de tal suposto de fato excepcional. A ponderação otimizadora se diferencia de outros supostos de fato excepcionais da mesma forma que eles se diferenciam entre si quanto ao conteúdo. O conteúdo distinto dos outros supostos de fato excepcionais não afeta, entretanto, a estrutura das normas. Assim como o princípio da Lex-posterior não cria um tipo de norma estruturalmente próprio, o princípio da ponderação também não o faz.

Isto pode ser demonstrado com duas normas que Alexy cita como exemplos de princípios.⁴¹ A norma N1 autoriza o Estado a adotar medidas para proteger seus interesses externos. A N2 concede aos cidadãos liberdade de imprensa.

N1: Se uma ação ameaça os interesses externos do Estado, então ela deve ser proibida.

N2: Se uma ação é útil à imprensa, então o Estado deve se abster de proibi-la.

Para ambas as normas há intersecções de supostos de fatos nas quais tanto uma como outra são aplicáveis. Para estas intersecções de supostos de fatos a ordem jurídica deve introduzir uma regra de colisão, que possa ser incorporada como exceção no suposto de fato das normas. Esta regra de colisão pode ser algo como o princípio da Lex-posterior (Ca). Fosse a norma N1 sobre a proteção do Estado ainda provinda do período de uma ditadura militar e a norma N2 do período posterior à reviravolta democrática, então o princípio da Lex-posterior não estaria em si excluído para as normas N1 e N2. Tal situação apontaria para o fato de que, caso a N1 não fosse totalmente incompatível com a nova ordenação, a N1 seria completada interpretativamente com um suposto de fato excepcional.

N1a: Se uma ação ameaça os interesses externos do Estado *e tal ação não é útil para a imprensa*, então ela deve ser proibida.

N2a: Se uma ação é útil para a imprensa, então o Estado deve se abster de proibi-la.

A interpretação de ambas as prescrições também poderia conduzir, no entanto, a regras de colisão que não operassem apenas em detrimento de uma das normas envolvidas. Para isto, a regra de colisão Ca deve ser ligeiramente modificada, num sentido democrático funcional: nem toda atividade da imprensa deve gozar de precedência com relação aos interesses

³⁹ DWORKIN. *Bürgerrechte ernstgenommen*. p. 62.

⁴⁰ ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. p. 77.

⁴¹ ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. p. 147.

exteriores do Estado, mas tão somente aquela que objetive a formação da opinião política. No caso desta norma de colisão Cb deveriam ambas as normas, N1 e N2, ser ampliadas por meio de uma situação de fato excepcional.

N1b: Se uma ação ameaça os interesses externos do Estado *e tal ação não é útil para formação da opinião política*, então ela deve ser proibida.

N2b: Se uma ação é útil para a imprensa e não ameaça os interesses externos do Estado, ou objetiva a formação da opinião política, então o Estado deve se abster de proibi-la.

A regra de colisão pode apresentar elementos de peso, sem com isso produzir um princípio no sentido da teoria dos princípios. Isto poderia ser proporcionado por uma redução teleológica de N2, de forma que ela devesse valer apenas para elevados interesses exteriores. A partir desta regra de colisão Cc ter-se-ia:

N1d: Se uma ação ameaça *elevados* interesses exteriores do Estado, então ela deve ser proibida.

N2c: Se uma ação é útil para a imprensa *e não ameaça elevados interesses exteriores do Estado*, então o Estado deve se abster de proibi-la.

Também aqui a valoração da ameaça precisaria de um sopesamento, mas diferentemente da lei da ponderação, tal valoração não seria pensada a partir do prejuízo para a liberdade de imprensa. Seria necessário apenas estabelecer se o interesse exterior ameaçado seria elevado.

A partir da regra de colisão Cc é apenas um pequeno passo para uma regra de colisão e um correspondente suposto de fato de fato excepcional, que é próprio das normas que a teoria dos princípios concebe como princípios. Se uma regra de colisão Cd se assenta sobre interesses exteriores “preponderantes” ao invés de “elevados”, nascem duas normas que exigem a ponderação entre a ameaça aos interesses exteriores e o prejuízo da liberdade de imprensa. Então elas podem ser compreendidas como mandamentos de otimização no sentido de Alexy, os quais poderão ser equacionados a partir da lei da ponderação⁴².

N1d: Se uma ação ameaça interesses exteriores do Estado *preponderantes*, então ela deve ser proibida.

N2d: Se uma ação é útil para a imprensa *e não ameaça interesses exteriores do Estado preponderantes*, então o Estado deve se abster de proibi-la.

⁴² ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. p. 145-154.

O deslocamento semântico de “elevado” para “preponderante” deixa a estrutura da norma intocada. Não existe diferença estrutural entre as normas Nc e Nd, e sim uma diferença contingente de conteúdo. Tanto uma como outra são normas de um tipo condicional com uma cláusula de exceção, que encontramos na ordem jurídica de forma onipresente e com os conteúdos mais variados.

Sopesamentos relativos também são encontrados em outras formas que não os mandamentos de otimização ontologicamente concebidos pela teoria dos princípios. Neste sentido há na dogmática dos direitos fundamentais uma proposta de interpretação do princípio da proporcionalidade que, ao lado da necessidade de uma medida, exige apenas um simples controle amplo de coerência, no sentido de que a medida não esteja em demasiada desproporcionalidade em relação ao fim perseguido pelo legislador, ou seja, que não sejam usados canhões para a tirar em pardais.⁴³

N1e: Se uma ação ameaça os interesses exteriores do Estado *e a ameaça não está em grande desacordo com sua proibição*, então ela deve ser proibida.

N2e: Se uma ação é útil para a imprensa e não ameaça os interesses exteriores do Estado ou se uma proibição estivesse em grande desacordo com a medida do perigo, então o Estado deve se abster de proibi-la.

Não há limites para a fantasia desenvolver supostos de fato excepcionais. Entretanto, normas com supostos de fato excepcionais diversos em termos de conteúdo não se diferenciam em sua estrutura normativa, nem mesmo aquelas que contêm um mandamento de otimização.⁴⁴ Assim como não parece sensato assumir a regra da relevância ou da desproporcionalidade como um tipo normativo ontologicamente próprio para ao princípio da Lex-posterior, também não o é evidente para o princípio da proporcionalidade entendido como mandamento de otimização.

O conteúdo das regras de colisão não é apenas contingente, mas também pode ser controverso. A decisão acerca da interpretação correta do princípio da proporcionalidade em

⁴³ PIEROTH, B.; SCHLINK, B. *Grundrechte*. 21. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2005. nota lateral 294; POSCHER, R. *Grundrechte als Abwehrrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003. p. 224; fundamentalmente, no sentido de uma posição mínima, SCHLINK, B. *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1976. p. 76-78, 192-195; para princípios constitucionais (*Verfassungsgrundsätze*) em geral HAIN, K-E. *Die Grundsätze des Grundgesetzes*. Baden-Baden: Nomos, 1999. p. 158; Cf. também REIMER, F. *Verfassungsprinzipien*. p. 326-348: Niveau- und Rahmenbestimmungen.

⁴⁴ Cf. a reconstrução baseada em regras de uma colisão de princípios já em ALEXY, R. *Zum Begriff des Rechtsprinzips*. (In) ALEXY, R. *Rechts, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt: Suhrkamp, 1995. p. 177-196; ver também SIECKMANN. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. p. 65; BOROWSKI, M. *Grundrechte als Prinzipien*. p. 76 e ss.

sentido estrito como proibição de desproporcionalidade, como acima descrito, ou como mandamento de otimização não decorre de diferenças pseudo-ontológicas de tipos de normas distintos, mas deve ser tomada com argumentos jurídico-constitucionais. Em parte, o próprio legislador constitucional também positivou regras de colisão que se mostram incomparavelmente mais complexas que as acima listadas. Neste sentido, quando se pensar em colisão de direitos fundamentais,⁴⁵ podem as reservas de lei ser compreendidas como tais regras de colisão.⁴⁶ A regulação do caso de colisão ocorre de forma reflexiva: o legislador constitucional não o regulou diretamente, mas deixou a regulamentação fundamentalmente a cargo do legislador ordinário.⁴⁷

Que os mandamentos de otimização não são categorias de norma de estilo próprio que se contrapõem a regras, nem os defensores da teoria dos princípios contestam mais.⁴⁸ Segundo Alexy, entretanto, isso não faz ruir a teoria dos princípios, mas “apenas joga sobre ela uma luz mais nítida”.⁴⁹ Seria o caso agora de

[...] diferenciar entre mandamentos que devem ser otimizados (*zu optimierende Gebote*) e os mandamentos para otimizar (*Gebote zu optimieren*). Os mandamentos que devem ser otimizados são os objetos da ponderação. É possível designá-los como “dever ser ideais” ou como “ideais”.⁵⁰

Para salvar a diferença ontológica entre princípios e regras deve agora ser feita uma diferenciação entre mandamentos de otimização e mandamentos que devem ser otimizados. Em termos lógico-jurídicos a idealidade do dever ser dos mandamentos que devem ser otimizados deveria corresponder a uma reiteração infinita de um mandamento de validade.⁵¹

Ao pensar um “dever ser ideal” e um “mandamento de validade infinitamente reiterado” sempre enquanto tal, esta tentativa de resgate, já difícil de realizar, se equivoca,

⁴⁵ Para um modelo de direitos fundamentais livre de colisões POSCHER, R. *Grundrechte als Abwehrrechte*. p. 198-203.

⁴⁶ BOROWSKI, M. *Grundrechte als Prinzipien*. p. 107 e ss.

⁴⁷ Acerca da reflexividade dos direitos fundamentais, POSCHER, R. *Grundrechte als Abwehrrechte*.

⁴⁸ SIECKMANN. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. p. 65 e ss; ALEXY, R. *Zur Struktur von Rechtsprinzipien*. (In) SCHILCHER, B.; KOLLER, P.; FUNK, B.-C. *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*. Wien: Österreich, 2000. p. 31-38 e ss.; da mesma forma AARNIO, A. *Taking Rules Seriously*, in: MAIHOFER, W.; SPRENGER, G. (Org.), *Law and the States in modern Times*. ARSP Beiheft 42. 1990. p. 187-192.

⁴⁹ ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. p. 31-38 e ss. – grifo no original.

⁵⁰ ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. p. 31-38 e ss.

⁵¹ SIECKMANN, *Zur Analyse von Normkonflikten und Normabwägungen*. (In) MEGGLE, G. *Analytomen, 2. Proceedings of the 2nd Conference "Perspectives in Analytical Philosophy"*, Bd. III. Berlin: de Gruyter, 1994. p. 349-352; fundamentalmente de acordo com esta reconstrução, ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. p. 31-39 e ss.



pois para reconstrução de mandamentos de otimização não são necessários mandamentos que devam ser otimizados, mas apenas objetos que devam ser otimizados. Mandamentos de otimização ordenam que algo seja otimizado, mas não ordenam que *mandamentos* sejam otimizados. Na compreensão da teoria dos princípios, o art. 2, inciso 2 da Lei Fundamental contém algo como um mandamento para otimização da saúde e da integridade corporal ou também da vida humana. No entanto, saúde e vida não são mandamentos. Não são objetos normativos, mas sim empíricos. Uma norma que previsse a otimização da pressão dos pneus para veículos motorizados também seria um mandamento de otimização. Também não é o caso, que os objetos dos mandamentos de otimização tenham que ter um caráter normativo para esclarecer a normatividade destes.⁵² Os objetos dos mandamentos de otimização adquirem normatividade por meio da ordem para intensificar um objeto, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, contida no mandamento de otimização. Conforme demonstra o exemplo da pressão dos pneus, os objetos dos mandamentos de otimização em si não precisam de modo algum ser identificados como normativos. A normatividade dos mandamentos de otimização resulta apenas dos mandamentos para otimizar. Não é necessário para tal, como objeto da otimização, um mandamento que deve ser otimizado. É possível otimizar tudo, como, por exemplo, doença e morte, comprimento, largura, altura, temperatura, tempo etc. Da mesma forma, a direção da otimização não é estipulada pelo objeto do mandamento, mas sim pelo mandamento da otimização, que estabelece principalmente por meio do contexto do objeto, se o objeto deve ser maximizado ou minimizado relativamente às possibilidades fáticas ou jurídicas. Assim se compreende diante de um direito fundamental que em princípio proíbe a interferência na saúde – se ele for compreendido como mandamento de otimização – que ela deva ser otimizada e não minimizada, de acordo com as possibilidades fáticas e normativas. Diferente poderia ser o comportamento diante da interpretação teórico-principiológica de um regulamento para pesticidas. Entretanto, nem o mandamento da otimização nem a direção normativa do mandamento resultam do “objeto da ponderação”, senão do “mandamento para otimizar”.

Que mandamentos de otimização são de fato mandamentos, que, sem embargo, normalmente não são relacionados a um mandamento, fica claro em comparação com casos nos quais isto excepcionalmente não ocorre. Mandamentos de otimização podem se relacionar com quaisquer objetos. Podem inclusive, mas não devem necessariamente, se referir a objetos

⁵² Assim, entretanto, SIECKMANN. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. p. 66.



normativos. Normas também podem ser otimizadas e, com isso, também mandamentos. Assim, regramentos de Direito penal que ainda contam com lacunas de punibilidade (*Strafbarkeitslücken*), podem ser otimizados a partir da publicação de leis que preencham estas lacunas. Entretanto, por um lado, mesmo que os direitos fundamentais sejam compreendidos como mandamentos de otimização, eles normalmente não têm como objeto regramentos correspondentes,⁵³ mas sim situações empíricas ou liberdades; por outro lado, os regramentos, com os quais os mandamentos de otimização também podem teoricamente se relacionar, não se encontram na esfera misteriosa de um “dever ser ideal” e também não são associados a mandamentos de validade reiterados infinitamente. São, isso sim, simples mandamentos reais.

Os mandamentos de otimização não precisam, em virtude de sua estrutura normativa, se relacionar a mandamentos – muito menos a um “dever ser ideal” ou a mandamentos de validade reiterados infinitamente -, nem tampouco os direitos fundamentais, que são tomados como paradigmas pelos defensores da teoria dos princípios, se relacionam, em regra, com objetos normativos. Mesmo com a tentativa adicional de provar a existência de seu objeto, a teoria dos princípios não é capaz de convencer. Acerca dos mandamentos de otimização, que são objeto da teoria dos princípios, poderia não apenas ser demonstrado que se tratam de regras, mas também que os próprios defensores da teoria dos princípios não afirmam mais outra coisa sobre eles. Na medida em que a teoria dos princípios procura nos mandamentos de otimização princípios como objetos ideais, sua análise teórico-normativa dos mandamentos de otimização se equivoca. Medida pelos seus próprios parâmetros ontologizantes, a teoria dos princípios é uma teoria sem objeto.

17

3 A REINCIDÊNCIA NO ERRO METODOLÓGICO: O CONCEITO DE REGRA DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS

A teoria dos princípios tem uma preocupação metodológica. Regras e princípios são por ela diferenciados também metodologicamente. Enquanto a concepção de subsunção é vinculada ao conceito de regra, a ponderação é conectada metodicamente com o conceito de princípio.

⁵³ Direitos fundamentais caracterizados normativamente apresentam peculiaridades.

A aplicação de regras ocorre por meio da subsunção de um estado de coisas/situações de fato (*Sachverhalt*) ao seu suposto de fato (*Tatbestand*) e da dedução de uma consequência [...] A aplicação de princípios exige, em contraposição [...], a ponderação entre os princípios em colisão.⁵⁴

Para teoria dos princípios existem metodicamente dois processos de aplicação do Direito: a subsunção, conduzida hermeneuticamente, diante de uma regra inequívoca, ou, a ponderação de princípios, que dirige todos os casos que não correspondem ao ideal da subsunção. A partir deste ponto de partida metodológico, os princípios poderiam ser respectivamente reconhecidos na ordem jurídica na medida em que a subsunção do estado de coisas a uma norma encontrasse dificuldades. E ninguém negaria que a subsunção a dispositivos de direitos fundamentais como “a arte é livre” é difícil. Por conseguinte, os direitos fundamentais devem ser princípios, *quod erat demonstrandum* (*q. e. d.*).

O caráter questionável desta dedução, do ponto de vista metodológico-jurídico, reside menos no conceito de princípio do que no conceito de regra adotado pela teoria dos princípios. Seu conceito de regra está baseado em um ideal jurídico-conceitual⁵⁵ que, de um lado, deveria ser superado com a teoria dos princípios, mas que, de outro, permanece a ela subjacente em seu conceito de regra. Isto também fica claro nos exemplos que são dados para o conceito de regra. As regras que aparecem na teoria dos princípios – como a ordem de deixar a sala ao soar a campainha⁵⁶; o horário de abertura da loja entre 7 e 19 horas⁵⁷; o pagamento de um tributo com caráter impessoal (*Kopfsteuer*) no valor de 1.000 marcos⁵⁸ – são regularmente tão concretas, que o ideal tradicional da subsunção parece lhes corresponder. Da mesma forma, as regras que devem resultar da colisão de princípios são, ao seu turno, tão concretas, que sua aplicação surge sempre aparentemente como possível sem maiores argumentações ou valorações.

Não obstante, a aplicação de uma norma jurídica à riqueza de situações de fato ou estados de coisas que lhe são trazidos para consideração não se limita fundamentalmente, em qualquer norma, à alternativa entre subsunção, por meio de um simples seguir a regra em

⁵⁴ SIECKMANN. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. p. 18; ver também ALEXY. *On Balancing and Subsumption*. p. 433.

⁵⁵ Crítico ao conceito de regra da teoria dos princípios de Dworkin já KOCH. *Zur Methodenlehre des Rechtspositivismus*, p. 152 e ss.; Hart também o rejeita como interpretação equivocada de seu conceito de regra. HART. *Concept of Law*. p. 263.

⁵⁶ ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. p. 78.

⁵⁷ ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. p. 77.

⁵⁸ SIECKMANN. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. p. 70.



casos fáceis⁵⁹, e ponderação, no sentido de um mandamento de otimização, em todos os outros casos restantes. A aplicação de uma norma à riqueza de situações de fato que lhe são trazidos para consideração reúne, pelo contrário, um pacote complexo de técnicas de aplicação jurídica, dentre as quais estão sempre a subsunção, por meio de um simples seguir a regra e, certamente também, às vezes, a ponderação, no sentido de um mandamento de otimização, mas também ainda uma gama de outros procedimentos e as diferentes combinações de todas estas técnicas. A aplicação jurídica pode, em qualquer norma, consistir num simples seguir a regra em casos fáceis, mas também, consistir em reflexões analíticas mais complexas no caso de normas ou estados de coisas mais complexos, e ainda em argumentações ou valorações mais complexas em casos difíceis, nos quais a ponderação de bens, no sentido de um mandamento de otimização, desempenha um papel. De que forma a aplicação jurídica acontece, não é uma questão relativa à norma que está sendo aplicada, mas sim da situação que deve ser julgada de acordo com a norma. Basicamente existem para cada norma, mais ou menos frequentemente ou raramente, casos fáceis, nos quais a aplicação pressupõe apenas um seguir a regra e, outros casos, nos quais são necessárias reflexões, argumentações e valorações mais amplas e, sob certas circunstâncias, também ponderações. Isto também pode ser demonstrado em relação às normas que a teoria dos princípios tem à disposição como como modelos exemplares para o conceito de regra. Deve a sala ser também abandonada ao soar a campainha se com isso estivesse necessariamente relacionado um perigo para a saúde dos alunos da escola em virtude de temperaturas excepcionais, alerta de poluição atmosférica (*Smog-Alarm*) etc.? Qual o peso teria a vontade do legislador para lidar formalmente com determinações sobre alarmes de incêndio etc.? Para além dos casos fáceis, a aplicação pressupõe uma abundância de reflexões, nas quais a ponderação de argumentos desempenha um papel, que, por vezes, será executado no sentido de uma otimização.

Da perspectiva de uma teoria da aplicação do Direito, a teoria dos princípios se mostra como a tentativa de escolher dois processos, entre a ampla gama daqueles utilizados na aplicação jurídica, quais sejam, a aplicação por meio de um simples seguir a regra em casos fáceis e a ponderação de bens otimizadora, e hipostaziá-los como diferentes normas e, com isso, chegar não à diferença entre dois tipos de técnica de aplicação distintos, mas a dois a dois tipos de normas distintos. Contra isto depõe o fato de que, em primeiro lugar, ambas as

⁵⁹ Sobre isso, em breve, ROSCHER, R. *Einfache Fälle*; acerca da diferença entre seguir uma regra e interpretação, WITTGENSTEIN, L. *Philosophische Untersuchungen*. ANSCOMBE, G.E.M.; WRIGHT, G.H.; REES, Rush (Org.), (1953), (In) *Werkausgabe*, Vol. 1, 2. ed. 1992, § 201.

técnicas previstas pela teoria dos princípios encontram aplicação normalmente em qualquer norma; por isso, toda a norma é, no sentido da teoria dos princípios, tanto regra como princípio. Isto, em compensação, não autoriza que as normas sejam classificadas a partir do esquema princípio-regra em diferentes categorias.⁶⁰ Em segundo lugar, as técnicas de aplicação jurídica não se esgotam no dualismo entre um simples seguir regras e a ponderação de bens otimizador. O processo de aplicação jurídica pode, isto sim, pressupor ainda uma grande gama de outros processos intelectuais, como para normas ou situações de fato mais complexas que exigem, ao lado do mero seguir regras, técnicas analíticas, mas não ponderação de bens. Segundo o esquematismo da teoria dos princípios, para cada uma destas técnicas analíticas deveria ser exigido um tipo próprio de norma. Da mesma forma, o procedimento junto a colisões entre bens jurídicos não se limita a processos de ponderação otimizador. São também pensáveis reflexões sobre desproporcionalidade mais graves⁶¹ ou conceitos de posições mínimas⁶², da mesma forma como elas são defendidas com relação ao princípio da proporcionalidade. Para todo procedimento de aplicação do Direito que divergisse de um mero seguir a regra ou da otimização de bens, seriam exigidos tipos de normas específicos e, então, todos os tipos de normas deveriam ser novamente atribuídos a cada norma. Da perspectiva de uma teoria da aplicação jurídica, constitui um erro de categoria da teoria dos princípios ontologizar diferentes técnicas de aplicação de uma norma e considera-las como diferentes tipos de normas.⁶³

20

Para uma teoria principialista dos direitos fundamentais isso significa, por outro lado, que da reduzida capacidade de subsunção direta dos direitos fundamentais não se pode

60 Isto explica o motivo pelo qual os defensores da teoria dos princípios são incapazes de classificar claramente normas individuais em uma ou outra categoria, mas apenas falam do “caráter duplo das normas de direitos fundamentais” ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. p. 122-124 ou referem que “no âmbito das regras jurídicas existiriam elementos de princípios” KOCH, H. *Die normtheoretische Basis der Abwägung* (In) ERBGUTH, W. et. al. *Abwägung im Recht*. Köln: Heymanns, 1996. p. 9-18, ou apontam para um “complexo entrelaçamento entre regras e princípios” MICHAEL, L. *Methodenfragen der Abwägungslehre*, (In) JöR 48. 2000. p. 169-176; no mesmo sentido, também no pensamento original acerca da separação DWORKIN. *Bürgerrechte ernstgenommen*. p. 64 e ss.

61 PIEROTH, B.; SCHLINK, B. *Grundrechte*. nota lateral 294; POSCHER, R. *Grundrechte als Abwehrrechte*. p. 224.

62 SCHLINK, B. *Abwägung im Recht*. p. 76-78, 192-195; comparar também HAIN, K-E. *Die Grundsätze des Grundgesetzes*. p. 158, que exige para os princípios constitucionais em geral em razão de fundamentos jurídico-funcionais apenas uma observação mínima e não otimização; ver também REIMER, F. *Verfassungsprinzipien*. p. 326-348: Niveau- und Rahmenbestimmungen.

63 Assim também GÜNTHER. *Der Sinn für Angemessenheit*. Frankfurt: Suhrkamp, 1988. p. 270-276; o argumento metódico também vale para a diferença entre princípios e regras com conteúdo estipulado completo ou incompleto (*Festsetzungsgelalt*) desenvolvida por HAIN, K-E. *Die Grundsätze des Grundgesetzes*. p. 99-106.

deduzir um caráter lógico-jurídico de princípio e, com isso, também não pode ser deduzido que eles devam ser compreendidos como simples mandamentos de otimização, que seriam mediados somente por meio da ponderação. Ao contrário, todo o instrumentário de técnicas jurídicas de aplicação e de argumentação também está à disposição para a dogmática dos direitos fundamentais. E este instrumentário também deve ser utilizado para sustentar uma determinada compreensão dos direitos fundamentais. A este respeito, nada resulta da equivocada divisão categorial do cosmos das normas em princípios e regras.

4 A POSIÇÃO SISTEMÁTICA: A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO

Em sua forma teórico-argumentativa a teoria dos princípios destaca não que princípios são normas com determinada estrutura ou métodos de aplicação, mas sim que são normas que possuem uma determinada função no âmbito da argumentação. Nesta linha, também apontava essencialmente Esser, que não via como função essencial dos princípios que eles fossem utilizados para que deles fosse retirada uma consequência jurídica direta para o caso concreto, mas sim para que eles fossem utilizados para fundamentar normas ou deduções a partir de normas, que, por seu turno, então, fossem diretamente aplicáveis.⁶⁴ As reflexões de Sieckmann vão na mesma direção, para quem “a caracterização dos princípios como fundamentos para decisões de ponderação” serve de “ideia condutora”⁶⁵.

Com esta orientação teórico-argumentativa, a teoria dos princípios se reaproxima de seu contexto de surgimento, a teoria da aplicação jurídica. Esser, Dworkin e outros pontuaram com razão que os princípios podem desempenhar um papel significativo na aplicação jurídica, em especial em casos difíceis, nos quais a aplicação não ocorre, como nos casos fáceis, mediante subsunção por meio de um simples seguir a regra. Esses conhecimentos, que são pouco discutíveis, foram radicalizados de um modo esplêndido pela teoria dos princípios, na formatação que ela recebeu a partir de Alexy e de seus alunos.

Como contribuição para uma teoria da argumentação, tal radicalização se relaciona primeiramente com a estrutura dos princípios jurídicos que são utilizados na aplicação.

⁶⁴ ESSER. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Form des Privatrechts*. p. 137.

⁶⁵ SIECKMANN. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. p. 52; do mesmo autor comparar SIECKMANN. *Rechtssystem und praktische Vernunft*. p. 145-155 e ss.; da mesma forma, NEUMANN, U. *Die Geltung von Regeln, Prinzipien und Elementen*, (In) SCHILCHER, B.; KOLLER, P.; FUNK, B.-C. *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*. Wien: Österreich, 2000. p. 115-116 e ss., vê a função essencial dos princípios no nível da fundamentação de decisões jurídicas.

Segundo a teoria dos princípios, todos os princípios jurídicos que não possam ser aplicados sempre mediante um simples seguir a regra, devem ter a estrutura de mandamentos de otimização. Esta homogeneização dos princípios jurídicos, entretanto, tangencia sua diversidade.⁶⁶

É de fato correto que alguns princípios jurídicos, como o princípio da proteção da confiança, sob certas circunstâncias, também podem ser reconstruídos como mandamentos de otimização. Mas isto não vale para todos os princípios jurídicos. Nossa ordem jurídica conhece uma gama inteira de princípios jurídicos que não apresentam a estrutura de otimização, sem decorrer desta inequívocidade, que eles possam ser aplicados sempre mediante um simples seguir a regra. Isto vale para um dos princípios jurídicos mais proeminentes, não apenas do Direito civil. O princípio da “boa-fé” (*Treu und Glauben*) não exige otimização, mas mera observação: Quando algo fere a boa-fé então não há que se falar mais em ponderação.⁶⁷ Também o princípio da igualdade, com sua perspectiva fenomenológica comparativa, não pode ser colocado no espartilho de um mandamento de otimização, sem que exatamente este seu elemento específico se perca.⁶⁸ Não por último, a diversidade dos princípios jurídicos se mostra também no princípio da proporcionalidade, que segundo a teoria dos princípios, está mais proximamente vinculado ao pensamento do mandamento de otimização: “a teoria dos princípios implica o princípio da proporcionalidade e vice-versa”.⁶⁹ Da mesma forma, entretanto, o princípio da proporcionalidade não precisa ser compreendido como mandamento de otimização. Já restou assinalado que, para além do critério pareto-otimal da necessidade, ele também pode ser compreendido como garantia de uma posição mínima⁷⁰ ou como proibição de desproporcionalidade grave⁷¹. Os princípios constitucionais são compreendidos em geral por um grande número de autores como

⁶⁶ Isso vale também para a riqueza de facetas e significados que corresponde ao conceito de “princípio” na tradição filosófica, que tem na “Arché” grega um de seus pontos de partida conceituais. Para uma notável história do conceito REIMER. *Verfassungsprinzipien*, p. 146-171, que já por razões de história conceitual rejeita a redução do conceito de princípio a uma “aptidão para ponderação”. *Idem*, p. 179.

⁶⁷ Para esta objeção, com mais exemplos, também WEINBERGER, O. *Revision des traditionellen Rechtssatzkonzepts*. (In) SCHILCHER, B.; KOLLER, P.; FUNK, B.-C. *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*. Wien: Österreich, 2000.p. 53-64.

⁶⁸ Comparar para tal, SOMEK, A. *Eine egalitäre Alternative zur Güterabwägung*. (In) SCHILCHER, B.; KOLLER, P.; FUNK, B.-C. *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*. Wien: Österreich, 2000. p. 193-220.

⁶⁹ ALEXY. *Zur Struktur von Rechtsprinzipien*. p. 31/35.

⁷⁰ SCHLINK. *Abwägung im Verfassungsrecht*. p. 76-78, 192-195.

⁷¹ PIEROTH, B.; SCHLINK, B. *Grundrechte*. nota lateral 294; POSCHER, R. *Grundrechte als Abwehrrechte*. p. 224.



garantias-quadro ou garantias mínimas e não como mandamentos de otimização.⁷² Seja como for a atual interpretação destas controversas, elas de todo modo mostram que o princípio da proporcionalidade, em si, não precisa ser interpretado como mandamento de otimização. O processo de aplicação jurídica da ponderação otimizadora está em uma posição oblíqua (*quer liegen zu*) em relação ao conceito de princípio. É possível que haja princípios que podem ser aplicados pela via de uma ponderação otimizadora, mas inexistente qualquer conexão conceitual entre ponderação otimizadora e os princípios jurídicos. Ao contrário, uma correspondente moldagem de um princípio jurídico deve em primeiro lugar ser demonstrada interpretativamente. Especialmente para princípios constitucionais estas respectivas interpretações estão geralmente em concorrência com interpretações alternativas. No âmbito dessa concorrência elas não conseguem se impor por meio da referência a um caráter geral de otimização dos princípios.

Sem embargo, a pretensão teórico-argumentativa da teoria dos princípios não se esgota na tese da homogeneização. A partir de uma leitura extremamente geral ela objetiva não apenas a reconstrução dos princípios jurídicos tradicionais como mandamento de otimização, mas também a reconstrução da argumentação prática totalmente baseada no esquema de explicação dos mandamentos de otimização e da lei da ponderação. A teoria dos princípios não pretende, neste sentido, oferecer a única teoria da argumentação prática imaginável, mas sim a teoria superior.⁷³ Nesta versão teórico-argumentativa da teoria dos princípios não se trata mais apenas de uma teoria especificamente jurídica, mas sim de uma teoria universal da argumentação prática, que pretende ter descoberto com a lei da ponderação a fórmula teórico-argumentativa mundial para o discurso prático.

Para essa versão teórico-argumentativa geral da teoria dos princípios todos os argumentos, inclusive aqueles cuja estrutura superficial não remete a um mandamento de otimização, devem, em última instância, poder ser reconduzidos a mandamentos de otimização. Em uma controvérsia acerca do dever dos motociclistas usarem capacete o argumento do direito de autodeterminação poderia então ser construído diretamente como

⁷² HAIN, K-E. *Die Grundsätze des Grundgesetzes*. p. 157; REIMER, F. *Verfassungsprinzipien*. p. 329-333, 338-348, respectivamente com mais notas.

⁷³ SIECKMANN. *Rechtssystem und praktische Vernunft*. p. 155 e ss.; neste mesmo volume, JANSEN, Nils. *Die normativen Grundlagen rationalen Abwägens.*, parte, em todo caso, de uma superioridade normativa da teoria dos princípios.



mandamento de otimização⁷⁴. Entretanto, o mesmo se aplicaria também para o argumento contrário da previsibilidade do aumento de mortes no trânsito, que, enquanto prognose sobre fatos, não possui o caráter de um mandamento de otimização. Nesta medida, os defensores da teoria dos princípios podem fazer referência ao caráter entimemático⁷⁵ dos argumentos fáticos no discurso prático. Segundo o princípio da universalidade de Richard M. Hare, um argumento moral somente é então completo, se uma norma puder ser especificada com critérios tais que permitam que fatos mencionados sejam caracterizados como normativos.⁷⁶ Para os defensores da teoria dos princípios isto significa que o argumento das mortes no trânsito deve ser reconduzido a um mandamento de otimização. No exemplo, reconduzido ao mandamento para otimizar a proteção da vida, tendo em conta as condições fáticas e jurídicas. Depois da recondução correspondente de todos os argumentos ao mandamento de otimização, todas as questões práticas devem ser decididas por meio da lei da ponderação.

Entretanto, do princípio da Universalidade proposto por Hare apenas resulta que argumentos fáticos devam ser reconduzidos a normas, mas nada acerca do conteúdo das respectivas normas⁷⁷ e, com isso, também não resulta que elas devam um mandamento de otimização como conteúdo. Assim, por exemplo, o mandamento de evitar sofrimento que está na base das argumentações práticas de Stephen E. Toulmin⁷⁸ não possui como conteúdo um mandamento de otimização. Em virtude disso, a tese teórico-argumentativa geral da teoria dos princípios somente se sustentaria se as normas que não tem um mandamento de otimização como conteúdo pudessem novamente ser reconduzidas a mandamentos de otimizações e sua ponderação. Entretanto, o catálogo de normas, não apenas formais, mas também materiais⁷⁹, que o próprio Alexy desenvolveu para argumentação prática e para o qual a teoria dos princípios sempre novamente apela,⁸⁰ não é corolário de nenhuma ponderação de princípios, mas sim essencialmente de reflexões (linguístico-)analíticas bem como pragmático-universais e/ou pragmático-transcendentais. Além disso, também não é evidente para a argumentação prática em geral, que nela, em última instância, normas que estabeleçam posições mínimas,

⁷⁴ Para uma construção como esta, ver FISCHER, K. *Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung*. 1997, p. 132-165.

⁷⁵ Acerca disso, FOLLESDAL, D./ WALLOE, L / ESTER, J. *Rationale Argumentation*. Berlin: Walter de Gruyter & Co (1977), 1988. p. 244 e ss.

⁷⁶ HARE, R. M. *Freiheit und Vernunft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1973. p. 105-248.

⁷⁷ ALEXY, R. *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt: Suhrkamp, 1983.

⁷⁸ TOULMIN, S. E. *The Place of Reason in Ethics*. London: Cambridge University Press, 1950. p. 136, 223.

⁷⁹ Comparar, em Alexy, a Regra 2.3: ALEXY, R. *Theorie der juristischen Argumentation*. p. 240.

⁸⁰ Por todos, ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. p. 498-521.

que exijam reflexões sobre desproporcionalidade excessiva ou disponham sobre exigências de tratamento igualitário etc. e que não possam ser reconstruídas como ou reconduzidas a mandamentos de otimização, certamente não com um ganho sistemático ou teórico, não exerçam uma função.⁸¹ Se por exemplo normas não sujeitas a ponderação fossem redefinidas como princípios absolutos, cujo peso fosse tão forte que eles se impusessem em qualquer ponderação,⁸² esta redefinição contribuiria para imunização da teoria dos princípios para o seu próprio bem, mas não para o conhecimento. Também não é evidente qual a vantagem que a ponderação de princípios deveria ter em relação a outras fontes de conhecimento prático como, por exemplo, nossas intuições, uma vez que ela mesma, no entanto, se baseia em intuições dificilmente explicáveis acerca do peso relativo dos princípios em ponderação.⁸³ Para a argumentação jurídica acresce ainda, que, no Direito, frequentemente as otimizações já estão pré-estruturadas pelo legislador, e não podem mais ser colocadas em questão por meio de uma ponderação. A teoria dos princípios tenta dar conta deste argumento dizendo que ela reinterpreta a vinculação à legislação também como um mandamento de otimização, ordenado estruturalmente de forma equivalente a outros princípios.⁸⁴ Mas a aplicação jurídica será caracterizada erroneamente se, em última análise, todas as disposições de direito positivo forem reduzidas a um mandamento pressuposto no sentido de otimizar a vinculação à legislação, que deve respectivamente ser ponderado com todos os outros pontos de vista abordados no caso concreto.

Contudo, uma descrição precisa do papel dos princípios jurídicos e, entre eles, também dos que contêm otimizações como conteúdo, bem como da lógica interna da ponderação

⁸¹ Para outros processos argumentativos alternativos também JANSEN. *Die normativen Grundlagen rationalen Abwägens*.

⁸² SIECKMANN. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. p. 59; do mesmo, SIECKMANN. *Rechtssystem und praktische Vernunft*. p. 156; de forma mais cautelosa, ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. p. 156.

⁸³ SOMEK, A. *Abwägungsregeln*. (In) HIEBAUM, C.; KOLLER, P. (Org.) *Politische Ziele und juristische Argumentation*. ARSP-Beihft 92. Stuttgart: Franz Steiner, 2003. p. 113 e ss.

⁸⁴ Acerca dos princípios formais ver ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. p. 120; SIECKMANN. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. p. 147-164; em especial para a reconstrução da prerrogativa de decisão do legislador com base em princípios formais, RAABE. *Grundrechte und Erkenntnis*. Baden-Baden: Nomos, 1998.; criticamente em relação à adequação dos princípios formais para redução de falhas de competências e da perda de determinação que surgem a partir da interpretação teórico-principiológica do Direito, HAIN. *Die Grundsätze des Grundgesetzes*. p. 135-138; no mesmo sentido, detalhadamente com vistas aos espaços de atuação política do legislador, M. JESTAEDT. *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999. p. 222-260; POSCHER. *Grundrechte als Abwehrrechte*. p. 82-84 respectivamente com fontes adicionais. A remissão obrigatória ao discurso prático geral para superação desta indeterminação induzida pela teoria dos princípios se expõe à contradição que ALEXY. *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 355, procura evitar com fundamento nas restrições que o discurso jurídico impõe ao discurso geral. Sobre isso ver também HAIN. *Die Grundsätze des Grundgesetzes*. p. 141-157.

otimizadora no âmbito de uma reconstrução abrangente dos diferentes processos de aplicação jurídica, poderia consistir em um mérito de uma teoria dos princípios. A teoria dos princípios encontraria sua determinação sistemática como parte de uma teoria da aplicação jurídica prática que, por sua vez, é parte de uma teoria abrangente da aplicação do Direito. Diferentemente do que pensam seus defensores, o ganho não residiria em uma “simplificação essencial em nossa compreensão acerca do papel da aplicação jurídica”⁸⁵, que reduz a aplicação jurídica à ponderação de interesses quando não se está diante de casos fáceis.⁸⁶ Na medida em que a teoria dos princípios reduz a configuração multifacetada da aplicação jurídica à alternativa “subsunção ou ponderação”, ela dá um passo atrás, enquanto teoria da argumentação, em relação ao nível de conhecimento já atingido, para o qual de forma mais intrincada o próprio Alexy competentemente contribuiu.⁸⁷ Simplificação no sentido de sua teoria dos princípios significaria, em contrapartida, uma perda da capacidade de diferenciar e de profundidade da nossa compreensão acerca daquilo que nós fazemos quando aplicamos Direito.

Direitos fundamentais também podem ser argumentos no sentido de apoiar juízos de valor em argumentações jurídicas, que, pressupõem, por exemplo, que a liberdade de imprensa enquanto tal é desejável e não um mal. Alguém que em uma argumentação jurídica sustente, que uma determinada aplicação de uma norma promove a liberdade de imprensa, sem ameaçar outros bens jurídicos, tem um argumento, uma vez que a liberdade de imprensa foi reconhecida positiva e normativamente em um artigo da Lei Fundamental. Também de uma teoria dos princípios assim orientada para uma teoria da argumentação não decorre, no entanto, que o conteúdo dos direitos fundamentais se limite a este significado reconstruído argumentativamente nos moldes teórico-principlistas. Ali onde os direitos fundamentais são utilizados não somente para apoio normativo de um argumento, mas como medida para limitações concretas, eles podem ser desdobrar nitidamente em formas dogmáticas mais exigentes.⁸⁸

⁸⁵ KOCH, H.-J. *Rechtsprinzipien im Bauplanungsrecht*. (In) SCHILCHER, B.; KOLLER, P.; FUNK, B.-C. (Org.) *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*. Wien: Österreich, 2000. p. 245-257.

⁸⁶ Koch parece, nesta medida, sucumbir a uma ameaça para a qual ele mesmo adverte em outro momento: “O papel dos princípios [...] na solução de casos difíceis não deveria de forma alguma ser sobrestimado [...] em uma espécie de embriaguez principiológica.” KOCH, H.-J. *Zur Methodenlehre des Rechtspositivismus*. p. 152-160.

⁸⁷ ALEXY. *Theorie der juristischen Argumentation*.

⁸⁸ Inexiste escassez de propostas correspondentes. Para tal, ver em BUMKE, C. *Der Grundrechtsvorbehalt*. Baden-Baden: Nomos, 1998., uma proposta funcional pluralista e em POSCHER. *Grundrechte als Abwehrrechte*., uma proposta funcional monista.

5 O EQUÍVOCO DE AUTOCOMPREENSÃO: A TEORIA DOS PRINCÍPIOS COMO DOGMÁTICA

O giro teórico-argumentativo da teoria dos princípios já demonstra onde reside fundamentalmente o seu equívoco de autocompreensão como teoria dos direitos fundamentais. Se há um mérito na teoria dos princípios então ele reside no âmbito e no nível de abstração, no qual ela originariamente surgiu neste e naquele lado do Atlântico. A teoria dos princípios se movimenta no nível da teoria geral da aplicação jurídica, da teoria da argumentação jurídica. Isso sempre esteve, de qualquer forma, claro para Esser e caracterizava para ele exatamente o essencial dos princípios jurídicos.⁸⁹ O significado dos princípios não consiste em substituir a dogmática, mas sim em esclarecer seu surgimento e sua necessidade. Nesta linha pensava Esser acerca do princípio do enriquecimento ilícito, ao qual ele sempre fazia referência como um caso arquetípico de princípio:

Assim, a fim de que possamos de uma maneira geral ter alguma ideia acerca deste princípio “material”, é necessária a fixação de todos os elementos dogmáticos do Direito dos contratos e do Direito ao enriquecimento ilícito e da construção de ambas as instituições por força da tradição jurisprudencial e doutrinária.⁹⁰

A colocação da ponderação de princípios e da dogmática no mesmo nível se equivoca, em primeiro lugar, quanto à função argumentação jurídica e, com isso, também com relação à função que os princípios tem neste mesmo espaço, qual seja, a de fundamentar as dogmáticas; em segundo lugar, uma dogmática que se limite à ponderação de princípios não pode ser assim considerada. A dogmática surge por meio da formação de estruturas normativas no caminho da argumentação jurídica na qual, ao lado de casos julgados, tradições, história, gênese, circunstâncias fáticas, reflexões analíticas e sistemáticas etc., podem entrar também ponderações otimizadoras. Mas ponderação de princípios não é dogmática. Ela oferece apenas uma estrutura argumentativa dentre outras, no interior da qual se pode argumentar acerca de uma determinada dogmática dos direitos fundamentais.⁹¹

⁸⁹ ESSER. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Form des Privatrechts*. p. 79 e ss.

⁹⁰ ESSER. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Form des Privatrechts*. p. 154.

⁹¹ Assim também CREMER, W. *Freiheitsgrundrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003. p. 223-227.

Isso não significa que esforços dogmáticos não possam falhar.⁹² Se se quer demonstrar que as normas de direitos fundamentais existentes não autorizam uma estruturação mais forte, para além de remeter ao fato de que, observando-se todas as circunstâncias do caso concreto, os direitos fundamentais em colisão devam ser ponderados,⁹³ então este poderia também ser o resultado de uma discussão dogmática com os direitos fundamentais. Mas a interpretação de uma estrutura normativa que apenas diga que o aplicador do direito deva chegar a uma ponderação fundamentada racionalmente,⁹⁴ observando todas as circunstâncias do caso concreto, é o ponto zero de uma dogmática jurídica. Não é capaz exatamente de desenvolver proposições dogmáticas concretizadoras com ajuda da argumentação jurídica. Qualquer outra sugestão que não esteja em posição de inferioridade em algum outro aspecto em relação a essa teoria, seria preferível sob todos os critérios que são listados para a eficiência de uma dogmática jurídica, isto é, função de orientação, capacidade de ensinar e aprender, potencial crítico para decisões etc.⁹⁵ De qualquer forma, esta capitulação da dogmática dos direitos fundamentais não está prefigurada pela estrutura lógica dos direitos fundamentais nem por meio de conhecimentos metodológicos para a aplicação jurídica.

28

Se a garantia da dignidade da pessoa humana deveria ser entendida como absoluta, não sujeita à ponderação, ou como um mandamento de otimização conduzido via ponderação,⁹⁶ não é uma questão de lógica jurídica ou de metodologia, mas uma decisão dogmática, sobre a qual é possível discutir com todos os meios da argumentação jurídica. Um destes meios é certamente a ponderação de uma grande quantidade de argumentos. O mesmo se aplica à decisão sobre se o conceito de “lei geral” contido no art. 5, inciso 2 da Lei Fundamental deve ser compreendido no sentido de uma teoria da ponderação ou de uma teoria do direito especial (*Sonderrechtslehre*), que não pode ser tomada com base em um suposto caráter de princípio dos direitos fundamentais, que a abre regra geral para ponderação. Também em favor da

⁹² O Direito positivo pode exigir, como na Lei do Plano Diretor (Planungsrecht), uma ponderação explícita que, em certas circunstâncias, pode ser reconstruída mais adequadamente como mandamento de otimização. Acerca do Plano Diretor, ver KOCH. *Rechtsprinzipien im Bauplanungsrecht*.

⁹³ Sensível a esta tendência da teoria dos princípios para uma “jurisdição ad hoc” (*Kadijustiz*), KOCH. *Die normtheoretische Basis der Abwägung*. p. 9-19.

⁹⁴ Suscintamente ROSSEN, H. *Grundrechte als Regeln und Prinzipien* (In) GRABENWARTER, C. et. ali. (Org.) *Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft*. Ed. C. Grabenwarter et al. Stuttgart: Boorberg. 1994. p. 42-59: “Que de uma norma decorre um juízo singular que decide o caso exige, antes, uma justificação separada [...] que somente é imparcial se considerar por completo todos os elementos fáticos e jurídicos do caso concreto.”

⁹⁵ ALEXY. *Theorie der juristischen Argumentation*. p. 326.

⁹⁶ Quanto a isto, do ponto de vista da teoria dos princípios, TEIJKE. *Flexibilität der Menschenwürde?* p. 142-156.



teoria da ponderação ou do direito especial se pode e deve discutir com todos os argumentos, sejam históricos, genéticos, teleológicos, de teoria da democracia etc. A teoria dos princípios não traz qualquer solução para esta questão.⁹⁷ Que também a jurisprudência nem sempre sucumbe à tentação da teoria dos princípios – em que pese a perspectiva da teoria dos princípios lhe possa parecer atraente em virtude da ausência de critérios dogmáticos –, mostram as decisões sobre as reuniões de extremistas de direita, que reforçaram a teoria do direito especial no âmbito da liberdade de expressão,⁹⁸ e, recentemente, a decisão sobre a lei de segurança do espaço aéreo,⁹⁹ que protegeu de forma absoluta a proteção da dignidade humana, negando-se a ponderá-la, mesmo diante de uma ponderação aparentemente clara em favor da vida de milhares de pessoas, eventualmente. Se a teoria dos princípios quiser confrontar outras propostas de dogmáticas de direitos fundamentais, então ela deve começar pelo mesmo nível da dogmática. Ela não pode fazer isso a partir da perspectiva panorâmica da teoria do Direito. Ela deve, ao contrário, fundamentar com toda a plenitude dos argumentos jurídicos – em última instância, para cada direito fundamental – por que cada um deles deve ser mais bem compreendido como mandamento de otimização e por que não é possível tratar dogmaticamente os direitos fundamentais sem fazer remissão a uma ponderação no caso concreto. Ela deve se afirmar, por assim dizer, no campo de batalha (*Häuserkampf*) dogmático. Se a teoria dos princípios se retraísse, porém, dizendo não ter jamais afirmado outra coisa senão que na conformação dogmática dos direitos fundamentais argumentos jurídicos contrapostos devem ser ponderados, então tal retração daria conta das críticas aqui apresentadas. Em termos de dogmática dos direitos fundamentais, no entanto, isto seria uma retirada rumo à banalidade.

29

REFERÊNCIAS

AARNIO, A. *Taking Rules Seriously*. (In) MAIHOFER, W.; SPRENGER, G. (Org.), *Law and the States in modern Times*. ARSP Beiheft 42, 1990.

⁹⁷ Cf. HAIN. *Die Grundsätze des Grundgesetzes*. p. 158, que de fato reconhece uma distinção lógico-jurídica entre regras e princípios mas que, por razões jurídico-funcionais, rejeita uma interpretação dos princípios constitucionais como mandamentos de otimização.

⁹⁸ *BVerfG*, NJW 2001, 2075; *BVerfGE* 111, 147.

⁹⁹ *BVerfG*, NJW 2006, 751-761.



ADICKES, F. *Zur Lehre von den Rechtsquellen insbesondere über die Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquellen und über das Gewohnheitsrecht*. Kassel: Wigand, 1872.

ALEXY, R. *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg: Alber, 1992.

_____. *On Balancing and Subsumption*. (In) *Ratio Juris* 16, 2003.

_____. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1986.

_____. *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt: Suhrkamp, 1983.

_____. *Zum Begriff des Rechtsprinzips*. (In) ALEXY, R. *Rechts, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt: Suhrkamp, 1995.

_____. *Zur Struktur von Rechtsprinzipien*. (In) SCHILCHER, B.; KOLLER, P.; FUNK, B.-C. (Org.) *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*. Wien: Österreich, 2000.

30

BAYLES, M. D. *Principles of Law. A normativ analysis*. Dordrecht: Reidel, 1987.

BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. 2. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 1998.

_____. *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

_____. *Prinzipien als Grundrechtsnormen*. (In) *ZöR* 53: 1998.

BÜLOW, O. *Gesetz und Richteramt*. Berlin: Berliner Wissenschaftsverlag, 1885.

BUMKE, C. *Der Grundrechtsvorbehalt*. Baden-Baden: Nomos, 1998.

BVerfG, NJW 2006, 751/757.

BVerfG. NJW 2001, 2075.



BVerfG, NJW 2006, 751-761.

BVerfGE 27. I (6).

BVerfGE 111, 147.

COLEMAN, J L. *The Practice of Principle*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

CREMER, W. *Freiheitsgrundrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

DUXBURY, N. *Jhering's Philosophy of Authority*. Oxford Journal of Legal Studies: 2007.

_____. *Patterns of American Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press: 1995.

31

DWORKIN, R. *Bürgerrechte ernstgenommen*. Frankfurt: Suhrkamp, 1984.

_____. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

EHRlich, E. *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*. Leipzig: C. L. Hirschfeld, 1903.

_____. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. München und Leipzig: Duncker und Humblot, 1913.

_____. *Über Lücken im Rechte*. (1888), in: EHRlich, E. *Recht und Leben*. Berlin: Duncker und Humblot, 1967.

ESSER, J. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Form des Privatrechts*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1990.

FOLLESDAL, D.; WALLOE, L.; ESTER, J. *Rationale Argumentation*. Berlin: Walter de Gruyter & Co (1977), 1988.



FRANK, J. *Law and the Modern Mind*. New York: Brentanos, 1930.

FUCHS, E. *Was will die Freirechtsschule?* (1929), (In) FUCHS, E. *Gerechtigkeitswissenschaft. Ausgewählte Schriften zur Rechtslehre*. Karlsruhe: CF Müller, 1965.

FLAVIUS, G. (H. Kantorowicz). *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1906.

GENY, F. *Méthode d' interpretation et sources du droit privé positif*. Lausanne: F. Pichon et Durand-Auzias, 1899.

GFINGEL, A./MOLNAU, K. A. (Org.) *Gesetzesbindung und Richterfreiheit*. Freiburg: Haufe-Lexware, 1992.

GÜNTHER, K. *Der Sinn für Angemessenheit*. Frankfurt: Suhrkamp, 1988.

HARE, R. M. *Freiheit und Vernunft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1973.

HART, H.L.A. *Concept of Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

HAIN, K-E. *Die Grundsätze des Grundgesetzes*. Baden-Baden: Nomos, 1999.

HECK, P. *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1932.

_____. *Das Problem der Rechtsgewinnung*. Bad Homburg: Gehlen, 1912.

HERGET, J. E.; WALLACE, S. *The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism*. Va. L. Rev. 73, 1987.

HILGENDORF, E. *Argumentation in der Jurisprudenz*. Berlin: Duncker & Humblot, 1991



ISAY, H. *Rechtsnorm und Entscheidung*. Aalen: Scientia, 1929.

JANSEN, N. *Die Abwägung von Grundrechten*. (In) *Der Staat* 36: 1997.

_____. *Die normativen Grundlagen rationalen Abwägens*. (In) SIECKMANN, Jan-R. (Org.) *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys. Baden Baden: Nomos, 2007.

JESTAEDT, M. *Das mag in der Theorie richtig sein* Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

_____. *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.

_____. *Rechtsprechung und Rechtsetzung - eine deutsche Perspektive*. (In) ERBGUTH, W.; MASING J. (Org.) *Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen: Europa- recht und nationales Recht*. Stuttgart : Richard Boorberg, 2005.

33

JHERING, R. *Der Kampf ums Recht*. Wien: Manz, 1872.

_____. *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*. Leipzig : Breitkopf & Härtel, 1884.

KANTOROWICZ, H. *Der Begriff des Rechts*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1939.

_____. *Rechtswissenschaft und Soziologie*. (In) KANTOROWICZ, H. *Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre*. Karlsruhe: Müller, 1962.

KELSEN, H. *Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre*. (In) *Juristische Wochenschrift* 58: 1929.

_____. *Reine Rechtslehre*. 2. ed. Wien: Osterreich, 1960.

KOCH, H.-J. *Die normtheoretische Basis der Abwägung* (In) ERBGUTH, W.; *et.al. Abwägung im Recht*. Köln: Heymanns, 1996.



_____. *Zur Methodenlehre des Rechtspositivismus.* (In) DREIER, R. (Org.), *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts.* ARSP Beiheft 37: 1988.

_____. *Rechtsprinzipien im Bauplanungsrecht.* (In) SCHILCHER, B.; KOLLER, P.; FUNK, B.-C. (Org.) *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts.* Wien: Österreich, 2000.

LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft.* 6. ed. Berlin: Springer, 1991.

LEITER, B. *American Legal Realism.* (In) EDMUNDSON, W.; GOLDING, M (Org.) *The Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory.* Malden: Wiley-Blackwell, 2003.

LERCHE, P. *Übermaß und Verfassungsrecht.* 2. ed. Goldbach: Keip, 1999.

LLEWELLYN, K. N. *A Realistic Jurisprudence - The Next Step.* (In) Columbia Law Review 30, 1930.

MARMOUR, A. *The Separation Thesis and the Limits of Interpretation.* Can. J.L. & Juris. 12, 1999.

MICHAEL, L. *Methodenfragen der Abwägungslehre,* (In) Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 48: 2000.

NELKEN, D. *Pound and Ehrlich on the Living Law.* (In) Rechtstheorie, 1986.

NEUMANN, U. *Die Geltung von Regeln, Prinzipien und Elementen.* (In) SCHILCHER, B.; KOLLER, P.; FUNK, B.-C. (Org.) *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts.* Wien: Österreich, 2000.

OGOREK, R. *Richterkönig oder Subsumtionsautomat?* Frankfurt: Klostermann, 1986.

PASCUA, J. A. R. *Die Grundlage der rechtlichen Geltung von Prinzipien* (In) ORSI, G. *Prinzipien des Rechts.* Frankfurt: Peterlang, 1996.

PIEROTH, B.; SCHLINK, B. *Grundrechte.* 21. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2005.



POSCHER, R. *Grundrechte als Abwehrrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

POUND, R. *An Introduction to the Philosophy of Law*. 24. ed. Cumberland, RI: Yale University Press, 1982.

_____. *Enforcement of Law*. Washington: Green Bag, 1908.

_____. *Law in Books and Law in Action*. Am. L. Rev. 44, 1910.

PRIEL, D. *Farewell to the Exclusive-Inclusive Debate*. Oxford Journal of Legal Studies 25: 2005.

RAABE, M. *Grundrechte und Erkenntnis*. Baden-Baden: Nomos, 1998.

RAZ, J. *Legal principles and the Limits of the Law*. The Yale Law Journal 81, 1972.

REIMER, F. *Verfassungsprinzipien*. Berlin: Duncker & Humblot, 2001.

ROSSEN, H. *Grundrechte als Regeln und Prinzipien* (In) GRABENWARTER, C. et. al. (Org.) *Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft*. Ed. C. Grabenwarter et al. Stuttgart: Boorberg. 1994.

SCHILCHER, B. *Prinzipien und Regeln als Elemente einer Theorie des gebundenen Ermessens*. (In) SCHILCHER, B.; KOLLER, P.; FUNK, B.-C. (Org.) *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*. Wien: Österreich, 2000.

SCHILCHER, B.; KOLLER, P.; FUNK, B.-C. (Org.) *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*. Wien: Österreich, 2000.

SCHLINK, B. *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1976.

SIECKMANN, J.-R. *Modelle des Eigentumsschutzes*. Baden-Baden: Nomos, 1998.



_____. *Rechtssystem und praktische Vernunft* (In) Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 78: 1992.

_____. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Baden-Baden: Nomos, 1990.

_____. *Zur Analyse von Normkonflikten und Normabwägungen*. (In) MEGGLE, G. *Analyomen*, 2. Proceedings of the 2nd Conference "Perspectives in Analytical Philosophy", Bd. III. Berlin: de Gruyter, 1994.

SOMEK, A. *Abwägungsregeln*. (In) HIEBAUM, C.; KOLLER, P. (Org.) *Politische Ziele und juristische Argumentation*. ARSP-Beiheft 92. Stuttgart: Franz Steiner, 2003.

_____. *Eine egalitäre Alternative zur Güterabwägung*. (In) SCHILCHER, B.; KOLLER, P.; FUNK, B.-C. (Org.) *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*. Wien: Österreich, 2000.

36

SUMMERS, R. S. *Rudolf von Jhering's Influence on American Legal Theory*. (In) BEHRENDTS, O. (Org.), *Jherings Rechtsdenken*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1996.

TEIFKE, N. *Flexibilität der Menschenwürde?* (In) Bäcker, C.; Baufeld, S. (Org.), *Objektivität und Flexibilität im Recht*. ARSP Beiheft 103. Stuttgart: Franz Steiner, 2005.

TOULMIN, S. E. *The Place of Reason in Ethics*. London: Cambridge University Press, 1950.

VERHEIJ, B.; HAGE, J.; VAN DEN HERIK, H. J. *An integrated view on rules and principles*. Artificial Intelligence and Law 6. 1998.

WEINBERGER, O. *Revision des traditionellen Rechtssatzkonzepts*. (In) SCHILCHER, B.; KOLLER, P.; FUNK, B.-C. *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*. Wien: Österreich, 2000.

WITTGENSTEIN, L. *Philosophische Untersuchungen*. ANSCOMBE, G.E.M.; WRIGHT, G.H.; REES, Rush (Org.), (1953), (In) Werkausgabe, Vol. 1, 2. ed. 1992.



Submissão: 18/12/2015
Aceito para Publicação: 18/12/2015



OS “COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO” DE CARLOS MAXIMILIANO PEREIRA DOS SANTOS E A REPERCUSSÃO DA CULTURA JURÍDICA ARGENTINA NO BRASIL DURANTE A PRIMEIRA METADE DO SÉCULO XX*

LOS COMENTARIOS A LA CONSTITUCIÓN DE CARLOS MAXIMILIANO PEREIRA DOS SANTOS Y LA REPERCUSIÓN DE LA CULTURA JURÍDICA ARGENTINA EN EL BRASIL DURANTE LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX

THE COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO (COMMENTS ON THE CONSTITUTION) BY CARLOS MAXIMILIANO PEREIRA DOS SANTOS AND THE REPERCUSSION OF ARGENTINIAN LEGAL CULTURE IN BRAZIL DURING THE FIRST HALF OF THE TWENTIETH CENTURY

39

Ezequiel Abásolo**

RESUMO: Como parte de uma linha de investigação demarcada no PICT Bicentenário 2010 de número 2821 – “Experiências jurídicas no direito privado entre América Latina e Europa na primeira metade do séc. XX (1901-1945)”, patrocinado conjuntamente pela Agência Nacional de Promoção Científica e Tecnológica da Argentina e o Max-Planck-Institut da Alemanha, neste trabalho se aborda a recriação de um aspecto do processo de aceitação e difusão da cultura jurídica argentina que teve lugar no Brasil entre fins do séc. XIX e primeira metade do séc. XX. Recorrendo a uma variedade de fontes doutrinárias e legislativas da época, e após fazer várias referências à situação geral do fluxo horizontal de ideias, experiências e produtos normativos entre Argentina e Brasil durante a época, a atenção se centra no exame dos conteúdos argentinos, e os

RESUMEN: Como parte de una línea de investigación enmarcada en el PICT Bicentenario 2010 2821 “Experiencias jurídicas en el derecho privado entre América Latina y Europa en la primera mitad del siglo XX (1901-1945)” (patrocinado conjuntamente por la Agencia Nacional de Promoción Científica y Tecnológica de la Argentina y el Max-Planck-Institut de Alemania), en este trabajo se aborda la recreación de un aspecto del proceso de aceptación y difusión de la cultura jurídica argentina que tuvo lugar en el Brasil entre finales del siglo XIX y la primera mitad del XX. Recurriendo a una variedad de fuentes doctrinarias y legislativas de época, y tras hacer varias referencias a la situación general del flujo horizontal de ideas, experiencias y productos normativos entre Argentina y Brasil durante la época, la atención se

ABSTRACT: As part of a research framed by the PICT 2010 2821 Bicentennial “Legal experiences in private rights between Latin America and Europe in the first half of the twentieth century (1901-1945)”, co-sponsored by the National Agency of Science and Technology of Argentina and the Max Planck Institute in Germany, the essay studies a part of the process of acceptance and dissemination of Argentinian legal culture that took place in Brazil during the late nineteenth and mid-twentieth century. Drawing on a variety of doctrinal and complementary legislative sources of the time, and after making several references to the general situation of the horizontal flow of ideas, experiences and normative products between Argentina and Brazil during the time, we will focus on the examination of Argentinean content, and the reasons for its incorporation, reflected in the

* Versão original publicada do texto: ABÁSULO, Ezequiel. Los Comentarios a la Constitución de Carlos Maximiliano Pereira dos Santos y la repercusión de la cultura jurídica argentina en el Brasil durante la primera mitad del siglo XX. *Revista de Historia del derecho* [online]. 2014, n. 47, p. 1-13. ISSN 1853-1784. Tradução de Denis Guilherme Rolla, mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), com a autorização do autor. Revisão da tradução de Alfredo de J. Flores, professor da graduação em Direito da UFRGS e professor permanente do PPGDir-UFRGS.

** Doutor em Direito pela *Universidad de Buenos Aires* (UBA). Doutor em Ciências Políticas pela *Pontificia Universidad Católica Argentina* (UCA). Professor *Protitular* de História do Direito Argentino, com Dedicção Especial para Pesquisa (UCA). Professor em História do Direito em várias instituições argentinas. É atualmente o 2º Vice-diretor do *Instituto de Investigaciones en Historia del Derecho* (Argentina).

motivos de sua incorporação, refletidos nos *Comentários à Constituição brasileira* que publicara o jurista Carlos Maximiliano Pereira dos Santos em 1918.

centra en el examen de los contenidos argentinos, y los motivos de su incorporación, reflejados en los Comentarios a la Constitución brasileña que publicara el jurista Carlos Maximiliano Pereira dos Santos en 1918.

Comentários à Constituição brasileira (Comments on the Brazilian Constitution) published by the jurist Carlos Maximiliano Pereira dos Santos in 1918.

PALAVRAS-CHAVE: História do Direito Ibero-americano. Circulação de ideias jurídicas. História constitucional brasileira. História constitucional argentina. Cultura jurídica.

PALABRAS LLAVE: *Historia del derecho iberoamericano. Circulación de ideas jurídicas. Historia constitucional brasileña. Historia constitucional argentina. Cultura jurídica.*

KEYWORDS: *Legal History of Ibero-America. Circulation of Legal Ideas. Brazilian Constitutional History. Argentinean Constitutional History. Legal Culture.*

SUMÁRIO: Introdução. 1 Aproximações teóricas. 2 A imagem da cultura jurídica argentina no Brasil entre finais do século XIX e início do século XX. 3 Trajetória intelectual e obra de Carlos Maximiliano. 4 As expressões da cultura jurídica argentina nos *Comentários* de Carlos Maximiliano. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Durante a primeira parte do século XX, dois episódios singulares, ocorridos no Brasil com quinze anos de diferença em dois pontos geograficamente distantes entre si em dois mil quilômetros, podem considerar-se, contudo, adequada expressão do clima intelectual e dos interesses e preocupações que, a respeito da Argentina e do argentino, então permeavam a cultura jurídica do país irmão. E não é somente isso. De ditas manifestações intelectuais, a primeira se vinculava expressamente à obra que constitui o principal objeto de interesse deste ensaio, vale dizer, os *Comentários à Constituição* de Carlos Maximiliano Pereira dos Santos, publicados pela primeira vez em 1918. Quanto à segunda, ainda que não possamos dizer que esta deriva inevitavelmente dos *Comentários*, o certo é que o que se externou na oportunidade coincidia em grande medida com o elenco de referências doutrinárias utilizadas por Carlos Maximiliano. Contudo, não vamos nos adiantar e antes nos ocuparemos dos episódios em questão.

O primeiro, datado em novembro de 1925, teve lugar na Assembleia Legislativa do estado nordestino da Paraíba. Aconteceu que por aqueles dias a Comissão de Constituição e Poderes do referido corpo – integrada por Antônio Botto, José Pereira e Pedro Firmino – emitiu um ditame a respeito daquilo que a memória coletiva terminaria por batizar como o “Memorial dos advogados”. Foi este um escrito ventilado por juristas locais, no qual se cogitava a necessidade de reformar a Constituição estadual. O que nos interessa destacar agora é que, em abono de seu ponto de vista, os legisladores opinantes invocaram, entre



outros argumentos, a ideia de que “o municipalismo é liberdade e escola de liberdade” conforme ensinava José Manuel Estrada na sua obra *Política liberal sob a tirania de Rosas*¹.

O segundo episódio, de sua parte, teve lugar no Rio de Janeiro em julho de 1940 e seu protagonista foi o advogado Levi Fernandes Carneiro (1882-1971). Oriundo de Niterói, graduado bacharel no Rio de Janeiro, da convenção constituinte em 1933-1934, ativo participante na vida da Ordem dos Advogados do Brasil, nosso jurista também esteve muito vinculado à vida da Universidade Federal Fluminense². O que agora nos interessa é que por motivo da apresentação na então capital federal brasileira da *Exposição do Livro Argentino*, Levi Carneiro pronunciou uma interessantíssima conferência intitulada “O livro jurídico argentino³”. Nela, rende homenagem à “plêiade de constitucionalistas exímios que tanto inspiraram nossa doutrina e nossa jurisprudência dos tribunais durante os primeiros anos da República”, mencionando expressamente a José Manuel Estrada, Julián Barraquero, Amancio Alcorta, Manuel Augusto Montes de Oca, Perfecto Araya, Agustín de Vedia, Luis V. Varela, Joaquín V. González, José Nicolás Matienzo e Juan A. González Calderón⁴.

41

O que nos dizem ambos os testemunhos? Que para o segundo quarto do século XX a aceitação e conhecimento da doutrina constitucional argentina no Brasil era uma realidade tangível e estendida. Agora, dado nosso atual grau de conhecimentos na matéria, entendemos que um dos grandes responsáveis pelo entusiasmo e atenção suscitados no Brasil pela temática argentina e pelos autores de nosso país foi Carlos Maximiliano, graças a seus, já várias vezes, referidos *Comentários*, cuja página 660 de sua primeira edição, por exemplo, seria o “canal” de acesso dos legisladores paraibanos de 1925 à obra do autor argentino J. M. Estrada. Tal é o assunto que se centra este ensaio, o qual, diga-se de passagem, está vinculado ao já aludido programa de pesquisa *PICT Bicentenário 2010* de número 2821 – “*Experiências jurídicas no direito privado entre América Latina e Europa na primeira metade do séc. XX (1901-1945)*”.

¹ Transcreve-se a parte pertinente do ditame em: FERNANDES, Flávio Sátiro. *História constitucional da Paraíba*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 135.

² PECHMAN, Robert. Verbete “Levi Carneiro”. In: BELOCH, Israel; ABREU, Alzira Alves de. *Dicionário histórico-biográfico brasileiro pós-1930*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas – Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil (CPDOC), 2010. Disponível em: www.cpdoc.fgv.br.

³ Mariana de Moraes Silveira chama a atenção recentemente sobre o conteúdo desta conferência no texto: “Em busca da ‘vinculação internacional pela inteligência e pela cultura’: a *Revista Forense* e as trocas intelectuais entre Brasil e Argentina na passagem dos anos 1930 aos anos 1940”, original não ainda publicado que pude consultar por gentileza da autora.

⁴ Cfr. *Revista Forense* (Rio de Janeiro), vol. LXXXIV, n. 449 (novembro de 1940), p. 503.

1 APROXIMAÇÕES TEÓRICAS

Antes de seguir avançando, contudo, parece-nos oportuno reter a atenção em algumas considerações teóricas, derivadas da linha de investigação que venho desenvolvendo no âmbito do PICT mencionado acima. Assim, se nossa tarefa científica enquanto historiadores do direito nos leva a indagar sobre o *subsolo* oculto desse campo mais ou menos autônomo⁵ de produção e circulação simbólica, que em função de ideias, valores e categorias próprias⁶, modela os critérios dos operadores jurídicos, não podemos tangenciar que, muitas vezes, é a partir das mesmas práticas que o jurídico termina assumindo sua real dimensão⁷. Nesta ordem de coisas, deve-se evitar pensar na construção do capital jurídico de cada comunidade como um fenômeno autárquico, ou seja, alheio a elementos estrangeiros. Todo o contrário.

Junto com as experiências próprias e o concurso de propostas que derivam de reflexões mais ou menos meditadas, as culturas jurídicas se alimentam de uma infinidade de aportes exógenos. Disso resulta que é preciso examinar com cuidado os fenômenos relacionados com a circulação de ideias, experiências e produtos normativos. A esse respeito, o certo é que os deslocamentos simbólicos não se produzem de qualquer maneira ou em qualquer ambiente. Pelo contrário; existem mecanismos e situações concretas de difusão, cujas modalidades merecem nossa atenção. Isso é assim, na medida em que muito nos ilustrará acerca da modulação na circulação das ideias, experiências e produtos normativos, determinar as formas concretas de transmissão em cada época; sua importância relativa; sua velocidade; e seu impacto. Nesta ordem de coisas, por exemplo, a escola jus-histórica florentina fez muito nas últimas décadas por recriar o papel das revistas na formação do pensamento jurídico ocidental.

Agora, além das revistas, no final do séc. XIX e começo do séc. XX a circulação intelectual no campo do direito terminou sendo o resultado de uma pluralidade de modalidades concorrentes, muitas delas inovadoras. Entre elas cabe considerar as visitas pessoais de professores e de estudantes; a manutenção de uma rica correspondência epistolar

⁵ BOURDIEU, Pierre. Sur le pouvoir symbolique. *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, ano 32, n. 3 (1977), p. 409.

⁶ VERDIER, Raymond. À l'occasion du centenaire de la naissance de Jean Carbonnier. *Droit et Cultures*, n. 56 (2008), § 24.

⁷ Cfr. CAILLOSSE, Jacques. Pierre Bourdieu, *juris lector*: anti-juridisme et science du droit. *Droit et Société*, 56/57 (2004), p. 26.

científica; a organização de congressos acadêmicos; o conhecimento de notícias ventiladas pela imprensa genérica; e a celebração de exposições. Isso não significa, contudo, que perdesse significado um recurso antigo. Refiro-me ao impacto que é suscitado pelo acesso a um ou mais livros singulares, aos quais se atribuiu o caráter de “autoridade” ou de “modelo”. No caso da vinculação horizontal entre as culturas jurídicas argentina e brasileira da primeira metade do séc. XX⁸, entendemos, precisamente, que isso é o que aconteceu com nosso autor Carlos Maximiliano e seus *Comentários*.

2 A IMAGEM DA CULTURA JURÍDICA ARGENTINA NO BRASIL ENTRE FINAIS DO SÉCULO XIX E INÍCIO DO SÉCULO XX

No segundo quarto do séc. XX acabaria o relativo desconhecimento brasileiro da produção normativa e doutrinária argentina, além, também, do correlativo desinteresse argentino por divulgar no Brasil os critérios jurídicos nacionais. Assim, por exemplo, ao fundamentar em 1934 um projeto relativo à unidade jurídica brasileira, o convencional constituinte baiano e graduado em direito Homero Pires recorreu, entre outros fundamentos, à posição doutrinária dos argentinos Perfecto Araya, Julián Barraquero e Agustín de Vedia⁹, e quase dez anos antes, em 1926, na Câmara de Deputados do Brasil se reconheceu que, “comumente”, os legisladores do país vizinho recorriam a exemplos da República Argentina para formar a sua opinião¹⁰.

Distantes pareciam, portanto, os dias da mais que discreta participação da doutrina argentina na *Exposição de Trabalhos Jurídicos* que organizou o Instituto dos Advogados Brasileiros em setembro de 1894. Tenha-se presente que nessa oportunidade o catálogo da produção nacional liberada ao conhecimento do público curioso se limitou, no essencial, a quatro autores, sendo que nenhum dos quais cultivava especificamente o direito constitucional. Refiro-me a Carlos Calvo, Baldomero Llerena, Manuel Obarrio e Lisandro

⁸ Sobre a circulação *horizontal* entre culturas jurídicas, tomamos a liberdade de citar nosso texto: ABÁSULO, E. Aportes del comparatismo jurídico al estudio de la circulación de ideas y experiencias normativas en Europa y América durante la primera mitad del siglo XX. In: ABÁSULO, Ezequiel (org.). *La cultura jurídica latinoamericana y la circulación de ideas durante la primera mitad del siglo XX: Aproximaciones teóricas y análisis de experiencias*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2014. p. 20-21.

⁹ *Annaes da Assembléa Nacional Constituinte 1933-1934*, vol. 17, p. 246.

¹⁰ *Diário do Congresso Nacional. Estados Unidos do Brasil*, ano XXXVII, n. 103, sessão de 2 de setembro de 1926, p. 2821.

Segovia¹¹. Entretanto, o austero panorama começou a mudar uns anos antes, por causa da reunião da Assembleia constituinte brasileira de 1890-1891. Isso se deu na medida em que esta convenção supôs no país irmão uma renovação profunda nos elencos jurídicos utilizados na argumentação legislativa, forense e doutrinária. Sua causa? As fontes da Constituição aprovada. A tal respeito, Amaro Cavalcanti¹², constituinte oriundo do Rio Grande do Norte, graduado em direito por Albany (Estados Unidos de América) em 1881 e futuro ministro do Supremo Tribunal Federal durante os anos 1906 a 1914, esclareceria que o projeto discutido – e logo aprovado –, longe de pretender ser uma “obra original”, era uma “elaboração de política experimental” que combinava a Constituição norte-americana com disposições das Constituições suíça e argentina, para efeitos de acomodar o texto constitucional brasileiro às circunstâncias locais¹³.

Produziu-se, em consequência, uma singular recepção da orientação constitucional argentina, sobretudo em matérias tais como o estado de sítio (assunto específico sobre o qual chamou a atenção, em um profundo ensaio, o professor Christian Edward Lynch¹⁴). Daí que surgisse no Brasil um inusitado interesse pela doutrina constitucional argentina e, incidentalmente, por sua jurisprudência. Assim, por exemplo, na hora de argumentar sobre a matéria, Leopoldo de Bulhões, senador por Goiás e graduado em direito por São Paulo¹⁵ em 1880, citou e reproduziu ante seus colegas de assembleia amplos fragmentos da obra *Espírito e prática da Constituição* do jurista Julián Barraquero (argentino de Mendoza), enquanto que o senador Quintino Bocaiuva decidiu cobrir-se da autoridade de Amancio Alcorta, Domingo Faustino Sarmiento e Nicolás Avellaneda¹⁶. Além disso, na hora de compor uns comentários sobre a Constituição brasileira, o deputado e antigo magistrado baiano Aristides A. Milton não somente invocou em mais de meia centena de vezes a normativa argentina, mas também

¹¹ Cfr. *Relatório da Exposição de Trabalhos Jurídicos realizada a 7 de setembro de 1894 pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros apresentado por Deodato C. Vilella dos Santos, diretor Geral da mesma exposição*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1895. p. 37, 40 e 41.

¹² JUNQUEIRA, Eduardo. Verbete “Amaro Cavalcanti”. In: ABREU, Alzira Alves de (coord.). *Dicionário da elite política republicana (1889-1930)*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas – Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil (CPDOC). Disponível em: www.cpdoc.fgv.br.

¹³ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Annaes do Congresso Constituinte da Republica, 1890-1891*. Tomo 1. 2ª ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1924. p. 530 – sessão 7, de 13 de dezembro de 1890.

¹⁴ LYNCH, Christian Edward Cyril. O caminho para Washington passa por Buenos Aires. A recepção do conceito argentino do estado de sítio e seu papel na construção da República brasileira (1890-1898). *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 27, fevereiro de 2012.

¹⁵ MELO, Demian de; SETEMY, Adrianna. Verbete “Leopoldo Bulhões”. In: ABREU, Alzira Alves de (coord.). *Dicionário da elite política republicana (1889-1930)*, cit.

¹⁶ *Annaes do Senado Federal*, año 1894, vol. I, 7 de julio de 1894, pp. 162 y 167.

apoiou seus pontos de vista nos critérios de Domingo Faustino Sarmiento, José Manuel Estrada, Nicolás Avellaneda e Julián Barraquero, como aludiu a alguns pronunciamentos da Corte Suprema de Justiça argentina, como o que esta pronunciou em 1893 no caso “Alem”¹⁷.

Apesar de tudo o que já foi dito, ainda em finais da última década do século XIX não abundavam no Brasil quem acompanhasse o legendário Rui Barbosa, quem então instou seus compatriotas a interiorizar-se nas “coisas literárias” dos argentinos. Assim, foi quase solitariamente que o imortal baiano se preocupou por difundir o pensamento e a obra de Juan Bautista Alberdi¹⁸, ainda desconhecido naqueles lares e autor a quem não trepidou em qualificar como o “maior dos publicistas americanos”¹⁹.

3 TRAJETÓRIA INTELECTUAL E OBRA DE CARLOS MAXIMILIANO

Conhecido entre os juristas argentinos contemporâneos – daí que Juan Antonio González Calderón o qualificasse como um “eminente constitucionalista brasileiro, com notável atuação política”, a quem se deviam uns “sábios comentários” à Lei fundamental de seu país, que não admitiam “réplica alguma”²⁰ –, Carlos Maximiliano Pereira dos Santos (mais conhecido, simplesmente, como Carlos Maximiliano) foi um personagem público de significativa relevância durante a terceira década da denominada *República Velha* brasileira (1911-1920), e também durante o primeiro governo de Getúlio Vargas (1930-1945). Para seus compatriotas, era um dos “intérpretes togados de vocações magníficas que, tanto no passado como no presente do Brasil, formaram como formam agora uma reta consciência nacional”²¹.

Nascido em 1873 no Estado do Rio Grande do Sul e falecido em 1960, no Rio de Janeiro, estudou direito em Minas Gerais. Ali começou sua aprendizagem na Escola de

¹⁷ MILTON, Aristides A. *A constituição do Brasil*: Notícia histórica, texto e comentário. 2ª ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1898. p. 9. Para as citações de Sarmiento, ver p. 163. Para Amancio Alcorta, p. 155, 163, 372, 453 e 457. Para Nicolás Avellaneda, p. 27 e 163. Para José Manuel Estrada, p. 27, 132 e 310. Para Julián Barraquero, p. 29, 157 e 459. Para as citações da Corte Suprema de Justiça da Argentina, p. 413, 463 e 467. La sentencia do caso “Alem” se pronunciou em 15 de dezembro de 1893 e foi reproduzida no tomo 54, p. 453 a 466 da *Colección de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Disponível em: <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarHjFallos&falloId=141943>.

¹⁸ BARBOSA, Rui. A convenção fatal. In: *Obras Completas de Rui Barbosa*. vol. XXVI (1899), “A imprensa”, t. VII. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1967. p. 56.

¹⁹ Cfr. BARBOSA, Rui. O voto do estrangeiro. In: *Obras Completas...*, cit., vol. XXVI (1899), “A imprensa”, t. III, p. 239.

²⁰ GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A. *Derecho constitucional argentino*: Historia, teoría y jurisprudencia de la Constitución. Tomo III. 3ª ed. corrigida [1ª de 1923]. Buenos Aires: Lajouane, 1931. p. 329 e 330.

²¹ Wellington Brandão (convencional constituído por Minas Gerais), projeto sobre “Linhas fundamentais do município”. Sessão 40, 4 de abril de 1946. *Annais da Assembléia Constituinte de 1946*, vol. VI, p. 8.

Direito de Ouro Preto, concluindo em 1898 na Faculdade Livre de Direito que se instalou em Belo Horizonte, por aqueles dias a flamante capital estadual. Logo ao retornar à sua terra natal, Carlos Maximiliano alternou o exercício da advocacia com a administração rural, até que em 1911 sua militância na política rio-grandense o catapultou a um posto de deputado federal, cargo que ocupou durante o período 1911-1914. Segundo Regina da Luz Moreira, no exercício deste mandato rapidamente “se destacou por seus pareceres”²². Cabe imaginar que foi este brilhante desempenho que o conduziu a ser escolhido pelo presidente Wenceslau Brás para assumir a titularidade do Ministério de justiça federal entre os anos 1914 e 1918. Ao término desta experiência, voltou ao congresso como deputado, cargo que manteve até que seu enfrentamento com o líder rio-grandense Borges de Medeiros, acontecido no início da década de 1920, o obrigasse a abandonar momentaneamente a cena pública nacional. Seu retorno se produziu por obra da Revolução de 1930, liderada pelo também rio-grandense Getúlio Vargas. Então foi designado Consultor Geral da República, e atuou como membro da *Comissão do Itamarati* – redatora do anteprojeto de Constituição de 1934 – e na Assembleia constituinte de 1933-1934. Em meados de 1934 foi designado Procurador Geral da República, e, em 1936, ministro do Supremo Tribunal Federal, cargo que ocupou até que se retirasse por motivo de idade²³, em junho de 1941.

Ademais de seus *Comentários* – aos quais nos referiremos à continuação –, Carlos Maximiliano escreveu outras sólidas contribuições, como seu *Direito das sucessões*, ou sua *Teoria da retroatividade das leis*. Neste momento, parece-me oportuno dedicar certo espaço a sua *Hermenêutica e aplicação do direito*, obra publicada por primeira vez em 1924 e que em 2011 alcançou sua vigésima edição na Editora Forense (Grupo Gen) do Rio de Janeiro. Isso se dará na medida em que nesta obra Carlos Maximiliano explica alguns de seus pontos de vista sobre como entende a normatividade. Assim faz sua a ideia de que “o direito constitui apenas um fragmento de nossa cultura geral, que está particular e inseparavelmente ligada a correntes de ideias e necessidades éticas e econômicas”. Cultor prático do direito comparado e dotado de uma curiosidade que o leva a consultar a produção erudita na língua francesa, italiana, inglesa e alemã, em sua obra *Hermenêutica...* ressoam uma e outra vez os sobrenomes de

²² MOREIRA, Regina da Luz. Verbete “Carlos Maximiliano”. In: *Dicionário da elite política republicana (1889-1930)*, cit.

²³ Para o desempenho como integrante do máximo Tribunal brasileiro, pode-se consultar: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Memória jurisprudencial: Ministro Carlos Maximiliano*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2010.



Geny, Saleilles e Lambert. Entre os argentinos, de sua parte, são mencionados Raymundo Salvat e seu *Tratado de Direito civil argentino*, e Olegario Machado e sua *Exposição e comentário do Código civil argentino*²⁴.

Sua obra mestra, entretanto, foram seus *Comentários à Constituição brasileira*, que lhe permitiram alcançar um reconhecimento que sobreviveu à sucessiva substituição das constituições de 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 (1969). E mais, ainda hoje, durante a vigência da Constituição de 1988, seus pontos de vista continuam sendo considerados nos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal do Brasil²⁵. Tal como o expressara Eduardo Espínola na despedida de nosso autor como ministro do STF em 18 de junho de 1941, com a aparição de seus *Comentários*, Carlos Maximiliano passou a ocupar de imediato uma posição destacadíssima entre os mais reconhecidos especialistas brasileiros²⁶.

Com formidável coerência intelectual, seu livro integra uma unidade conceitual com os critérios que desenvolveu como legislador e ministro. Bastante avançada sua redação já para 1914, o exercício da titularidade da Pasta da Justiça fez que atrasasse quase quatro anos mais para concluir a obra, na qual, à diferença de seus predecessores, como João Barbalho, a dogmática constitucional e os eventuais pronunciamentos jurisprudenciais não desfilavam desnudados, mas acompanhados por frutíferos aportes do direito comparado e as perspectivas política, histórica e sociológica.

De outra parte, cabe consignar que ainda não haviam passado seis meses desde sua publicação no Brasil e já a obra não somente era conhecida em Buenos Aires, como também era citada em debates parlamentares argentinos. É mais: o entusiasmo de Joaquín V. González com a obra foi tal que no dia 5 de setembro de 1918 assegurou no Senado que a jurisprudência brasileira “veio a incorporar-se, aumentando o volume de interpretação de nossa própria carta, que já a Constituição dos Estados Unidos nos oferecia, e com maior vantagem ainda, porque a Constituição do Brasil, que é federativa, representativa e republicana, em seu art. 64, tomado exatamente do art. 6º da Constituição argentina, segundo a declaração de seus próprios comentadores, veio a dar a nosso país a vantagem de ter dois

²⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. p. 8, 9, 29, 37, 49, 80, 130, 199 e 224.

²⁵ Ver, v.g., o despacho do ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro Celso de Mello de 1º de fevereiro de 2011, citando os *Comentários* no processo AI 631276.

²⁶ As palavras do doutor Eduardo Espínola são reproduzidas na obra de Carlos Maximiliano (*Hermenêutica...* cit., p. 314).

tribunais mais, fora da Suprema Corte Nacional, para esclarecer, estudar e interpretar seus preceitos”²⁷.

4 AS EXPRESSÕES DA CULTURA JURÍDICA ARGENTINA NOS *COMENTÁRIOS* DE CARLOS MAXIMILIANO

Já no pórtico de sua obra, Carlos Maximiliano confessa que seus critérios se enriqueceram transitando, entre outras, pelo caminho recorrido por “exímios publicistas argentinos”²⁸. Uma leitura quantitativa dos *Comentários* confirma a assertiva. Com efeito, considerando as referências individuais – que podem ser uma ou mais por nota de rodapé –, se contabilizam no livro um total de 3.053 citações. De todas estas, 266 (8,7% do total) se integram em um elenco de escolas nacionais minoritárias, provenientes, em ordem decrescente, da Bélgica, Alemanha, Portugal, Reino Unido e Suíça; com setenta citações, no caso belga, e trinta e quatro no suíço. Fora disso, são feitas menções a Aristóteles, ao Direito romano, ao mexicano e ao chileno em um pouco mais de uma dezena de oportunidades. Todo o resto (91%) das referências efetuadas é, por outro lado, de origem brasileira (1.024), norte-americana (961), francesa (346), argentina (232) e italiana (221).

Agora, este 7,6% de referências argentinas se integrou, quase em sua totalidade, com expressões de índole doutrinária. Com efeito, excetuando três ou quatro casos que em boa medida parecem ser citações de citações, a jurisprudência nacional quase não constituiu objeto de interesse. Já quanto à doutrina, com a única exceção de uma menção da obra de Lisandro Segovia, os autores mencionados são constitucionalistas. Tratava-se de: José Manuel Estrada (e seus livros *Curso de Direito constitucional* e *Política liberal sob a tirania de Rosas*); Julián Barraquero (e seu *Espírito e prática da Constituição argentina*), Joaquín V. González (e seu *Manual da Constituição argentina*); Amancio Alcorta (e sua obra *Garantias constitucionais*); Agustín de Vedia; Perfecto Araya (e seus *Comentários à Constituição*); José Nicolás Matienzo (e sua obra *O governo representativo federal*) e Juan Antonio González Calderón (e seu livro *Direito constitucional argentino*).

Se bem que as referências argentinas são onipresentes – ao ponto de os nomes de Juan Manuel de Rosas, Bartolomé Mitre, Domingo Faustino Sarmiento e Carlos Pellegrini se

²⁷ GONZÁLEZ, Joaquín V. *Estudios constitucionales*. Tomo III. Buenos Aires: La Facultad, 1930. p. 32.

²⁸ Prefácio – *Comentários*, p. 4.



repetirem aqui e ali, com surpreendente familiaridade –, o que predomina da presença argentina é sua aparição esclarecendo tópicos constitucionais de dimensão “política”. Importa dizer que resulta mais contundente em temas tais como intervenções federais, estado de sítio, anistia ou imigração. Não é raro, então, que a doutrina argentina acompanhe e comparta protagonismo com “autoridades” norte-americanas como Story ou Paschal. De outra parte, assim como ele é um homem jovem e de uma geração alheia aos constituintes de 1891, os interlocutores de Carlos Maximiliano também são autores novos, ou antigos em novas edições ou versões. Dado isso, não resulta tão surpreendente que Juan Bautista Alberdi só apareça mencionado nos *Comentários* uma só vez, e só devido ao fato de ter sido mencionado por um dos constitucionalistas argentinos.

Quais são os motivos do interesse brasileiro e do prestígio assinalado à doutrina argentina por parte de Carlos Maximiliano? Um dos motivos é que essa doutrina está explicando uma Constituição que se considera “fonte subsidiária”²⁹ da Carta brasileira de 1891, na medida em que resultou inspiração dos constituintes locais³⁰, e suas cláusulas trocaram de modelo a respeito de certas instituições concretas³¹. Assim, por exemplo, nosso autor adverte: “não se esqueça que é da República Argentina que o legislador constituinte importou o atual sistema de suspensão das garantias constitucionais”³². O mesmo se afirma a respeito da unidade jurídica do país, frente ao critério de pluralidade normativa estadual norte-americana³³. Agora, além de tratar-se da existência de constituições “congêneres”³⁴, o certo é que Argentina e Brasil tinham outra coisa em comum: os dois eram países “novos”³⁵. Ainda mais importante que isso resultava, para Carlos Maximiliano, advertir o potencial da liberdade praticada pelos argentinos acerca do modelo norte-americano e a possibilidade de que, como na Argentina, os precedentes do país do norte não restringissem o intérprete brasileiro³⁶. Assim, mais de uma vez, admite que o argentino houvesse servido de alternativa ao modelo puro norte-americano³⁷. Neste sentido, Carlos Maximiliano diz, referindo-se à designação de deputados: “a Constituição brasileira se separou do modelo norte-americano quando concedeu

²⁹ *Comentários*, p. 172 e 390.

³⁰ *Comentários*, p. 322.

³¹ *Comentários*, p. 276.

³² *Comentários*, p. 380, nota 7.

³³ *Comentários*, p. 394.

³⁴ *Comentários*, p. 185. Ver também p. 208.

³⁵ *Comentários*, p. 689.

³⁶ *Comentários*, p. 172 e 182.

³⁷ Ver um exemplo – *Comentários*, p. 330.

representantes, no Congresso, ao Distrito Federal. Preferiu o exemplo argentino, inspirado por Alberdi³⁸. Daí também que se tenha a convicção de que a doutrina argentina servia para entender os alcances da Constituição brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mesmo que resulte paradoxal, os interlocutores argentinos de Carlos Maximiliano foram, antes de tudo, juristas. Importa dizer que em uma época marcada pela primazia do estatismo normativo, a legitimidade do jurídico continuou, para além dos discursos, nas mãos dos operadores particulares e no Estado. Nesse sentido, nosso autor terminou fazendo as vezes de divulgador e legitimador de uma doutrina argentina cujos autores, segundo cremos, nunca estiveram verdadeiramente conscientes do reconhecimento que seus critérios suscitaram no país vizinho. Por certo, o recurso à Argentina e ao argentino não foi alheio ao clima da época. Em rigor da verdade, o excepcional foi a densidade de sua consideração e as repercussões de seus ensinamentos.

50

REFERÊNCIAS

ABÁSULO, E. Aportes del comparatismo jurídico al estudio de la circulación de ideas y experiencias normativas en Europa y América durante la primera mitad del siglo XX. In: ABÁSULO, Ezequiel (org.). *La cultura jurídica latinoamericana y la circulación de ideas durante la primera mitad del siglo XX: Aproximaciones teóricas y análisis de experiencias*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2014.

ABREU, Alzira Alves de (coord.). *Dicionário da elite política republicana (1889-1930)*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas – Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil (CPDOC). Disponível em: <www.cpdoc.fgv.br>.

BARBOSA, Rui. *Obras Completas de Rui Barbosa*. vol. XXVI (1899), “A imprensa”, t. VII. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1967.

BELOCH, Israel; ABREU, Alzira Alves de. *Dicionário histórico-biográfico brasileiro pós-1930*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas – Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil (CPDOC), 2010. Disponível em: <www.cpdoc.fgv.br>.

³⁸ Cfr. *Comentários*, p. 321.



BOURDIEU, Pierre. Sur le pouvoir symbolique. *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, ano 32, n. 3, 1977.

BRASIL. *Annaes da Assembléa Nacional Constituinte 1933-1934*, vol. 17.

BRASIL. *Annais da Assembléa Constituinte de 1946*. vol. VI.

BRASIL. *Annaes do Senado Federal*, ano 1894, vol. I, 7 de julho de 1894.

CAILLOSSE, Jacques. Pierre Bourdieu, *juris lector*: anti-juridisme et science du droit. *Droit et Societé*, n. 56/57, 2004.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Annaes do Congresso Constituinte da Republica, 1890-1891*. Tomo 1. 2ª ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1924.

51

Colección de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarHjFallos&falloId=141943>>.

Diario do Congresso Nacional. Estados Unidos do Brasil, ano XXXVII, n. 103, sessão de 2 de setembro de 1926.

FERNANDES, Flávio Sátiro. *História constitucional da Paraíba*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Memória jurisprudencial*: Ministro Carlos Maximiliano. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2010.

GONZÁLEZ, Joaquín V. *Estudios constitucionales*. Tomo III. Buenos Aires: La Facultad, 1930.

GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A. *Derecho constitucional argentino*: Historia, teoría y jurisprudencia de la Constitución. Tomo III. 3ª ed. corrigida [1ª de 1923]. Buenos Aires: Lajouane, 1931.



LYNCH, Christian Edward Cyril. O caminho para Washington passa por Buenos Aires. A recepção do conceito argentino do estado de sítio e seu papel na construção da República brasileira (1890-1898). *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 27, fev. 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

MILTON, Aristides A. *A constituição do Brasil*: Notícia histórica, texto e comentário. 2ª ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1898.

Relatorio da Exposição de Trabalhos Juridicos realizada a 7 de setembro de 1894 pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros apresentado por Deodato C. Vilella dos Santos, diretor Geral da mesma exposição. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1895.

Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. LXXXIV, n. 449, nov. 1940.

VERDIER, Raymond. À l'occasion du centenaire de la naissance de Jean Carbonnier. *Droit et Cultures*, n. 56, 2008.

Submissão: 29/12/2015

Aceito para Publicação: 29/12/2015

LIBERDADE, IDENTIDADE E DIREITO:

SOBRE A INDELÉVEL MARCA HUMANA EM PHILIP ROTH

FREEDOM, IDENTITY, AND LAW: ON THE INDELIBLE HUMAN STAIN IN PHILIP
ROTH

Gisele Cittadino*

RESUMO: A partir do romance *A Marca Humana*, de Philip Roth, esse texto pretende discutir como o direito pode assegurar às pessoas a possibilidade de redefinirem sua identidade, especialmente diante das múltiplas formas de discriminação racial, social e religiosa existentes nas sociedades contemporâneas. Partindo da configuração moderna de que o indivíduo é sujeito capaz de autorreflexão e crítica, escolhemos o protagonista de Philip Roth para mostrar que o homem das democracias atuais tem a capacidade de se comportar reflexivamente em relação à própria subjetividade, endossando valores ou libertando-se de compromissos. Nessa última hipótese, é preciso garantir-lhe o direito de “pular fora”.

PALAVRAS-CHAVE: Identidade. Discriminação Racial. Direito de “pular fora”.

ABSTRACT: From the *Human Stain*, a novel written by Philip Roth, this text intends to discuss how law can assure people the possibility to redefine their identity, especially considering the multiples forms of racial, social, and religious discriminations that exists in the contemporary societies. Starting from the modern configuration that the individual is a subject capable of self-reflection and criticism, we choose the leading figure of Philip Roth's novel to show that the human being in the modern democracies has the ability to behave reflectively regarding their own subjectivity, endorsing values or freeing up from commitments. In this latter hypothesis, it is needed to ensure him the right to “step out”.

KEYWORDS: Identity. Racial Discrimination. Right to Step Out.

SUMÁRIO: 1. *A Marca Humana*. 2. Tragédia, Identidade e Traição. 3. Autonomia ou o Direito de “Pular Fora”. Referências.

1 A MARCA HUMANA¹

Coleman Silk é professor de literatura clássica na Universidade de Athena, na Nova Inglaterra. Com 70 anos, branco, judeu, foi o responsável – como decano nas últimas quatro décadas – por uma revolução na instituição, recrutando jovens professores assistentes, trazendo alunos de fora da cidade, reformando currículos ultrapassados, incentivando agressivamente a aposentadoria precoce de pesquisadores desmotivados.

* Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Doutora em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ), em 1998.

¹ *A Marca Humana* (*Human Stain*-2000), de Philip Roth, conclui a trilogia da qual fazem parte *A Pastoral Americana* (*American Pastoral*-1997) e *Casei com um Comunista* (*I Married a Communist*-1998), textos que apresentam um painel da sociedade americana nas últimas décadas. Philip Milton Roth nasceu em 1933, em Newark, Nova Jersey. Descendente de judeus, é um dos maiores escritores norte-americanos contemporâneos. Autor de mais de vinte romances, tem oito livros traduzidos para o português e publicados no Brasil pela Companhia das Letras.

Na segunda metade dos anos 90, após deixar o cargo – mas ainda presente na sala de aula – Coleman, percebendo a ausência frequente de dois alunos que ainda não conhecia, pergunta aos demais: “*Alguém conhece essas pessoas? Elas existem mesmo ou são 'spooks'?*”. O termo significa espectro, fantasma, mas também tem um sentido pejorativo, usado para se referir aos negros.

Naquele mesmo dia, Coleman foi chamado pelo novo decano e, inteiramente atônito, fica sabendo que terá de responder à acusação de racismo, pois os alunos ausentes eram negros e foram informados da expressão usada pelo professor. Delphine Roux, a diretora do departamento de línguas e literatura, é sua perseguidora mais implacável. Francesa, bonita, inteligente, formada nos “lycées das elites” e fascinada por si mesma, Delphine é emocionalmente confusa e muito imatura. Coleman a descreve como uma jovem ambiciosa, que, escondendo-se da dimensão humana por trás de palavras, temas e ideias, ora age como uma criança que teme estar sendo ignorada, ora como alguém que tem medo de ser desmascarada.

Após uma sucessão interminável de reuniões, audiências e depoimentos, convencido de que seus colegas e alunos sabiam que a acusação era absurda – afinal ele havia, anos atrás, lutado para contratar o primeiro professor negro do departamento de ciências sociais – Coleman pede demissão depois que sua mulher sofre um derrame e morre. O seu inferno particular, no entanto, apenas começara.

Dois anos depois, Coleman conhece Faunia Farley, 34 anos, divorciada, faxineira na Universidade de Athena. Nascida em uma família privilegiada, molestada sexualmente pelo padrasto na infância, fugiu de casa, arranhou empregos onde podia, e casou-se aos 20 anos com um ex-combatente da guerra do Vietnã que a espancava com regularidade. Depois de perder os dois filhos em um incêndio na fazenda onde viviam, Faunia guarda as suas cinzas em uma lata debaixo da cama.

Coleman descreve Faunia como uma mulher cuja sensatez é resultado de uma existência marcada por ferozes surpresas. Presa à vida apenas por um fio, eleita favorita da má-sorte, eterna filha desprotegida de uma mulher narcisista, Faunia, ao mesmo tempo em que nada mais espera do futuro, tem uma imensa capacidade de seguir em frente sem sentir-se intimidada.

Juntos, Coleman e Faunia redescobrem a vida, o poder da paixão, da intimidade e da confiança. Nesse momento, o ciclo das retaliações novamente se inicia: o julgamento dos

filhos de Coleman, os prudentes e insistentes conselhos do seu advogado, as ameaças anônimas de Delphine Roux e a incansável perseguição de Lester Farley, o atormentado ex-marido de Faunia, que, finalmente, joga seu caminhão contra o carro em que está o casal, provocando o acidente que será fatal para ambos.

Nathan Zuckerman é o narrador-personagem deste romance. Com 65 anos, vizinho de Coleman, impotente em função do tratamento de um câncer na próstata, Zuckerman, alter ego de Philip Roth e velho conhecido dos seus romances, é quem descobre, logo após o enterro dos amantes, o segredo que Coleman jamais revelou a ninguém. O brilhante intelectual, especialista em Sófocles e que tudo sabia sobre a Ilíada, era negro. Um negro sem traços étnicos visíveis, com uma tonalidade de pele que lhe permitia passar-se por um branco judeu com raízes no Oriente Médio.

A partir daí é Nathan Zuckerman o autor do relato. É ele quem nos conta que Coleman Silk nascera negro, no seio de uma família negra e que por muito tempo se identificara como negro. Aluno brilhante, atleta excepcional, orador da turma no ensino médio, Coleman sempre teve o pai a protegê-lo do perigo da discriminação racial. Mas quando se muda para Washington para frequentar a Howard University, uma instituição exclusiva para negros, passa a enfrentar a humilhação, os obstáculos, a segregação. Sentindo-se por vezes um homem invisível, agredido fisicamente em outras situações, Coleman se desespera quando Steena Palsson, americana de sangue dinamarquês, seu primeiro e mais intenso amor, o abandona quando descobre a verdade sobre sua origem, dizendo, simplesmente: “*desculpe, mas não consigo*”. Nesse momento, que coincide com a morte de seu pai, Coleman Silk toma uma decisão e, movido por uma extraordinária energia, sente-se livre para ser o que quiser; na verdade, sente-se agora livre não apenas de seu pai, mas de tudo aquilo que ele havia sido obrigado a suportar. Se o fracasso e a derrota, com suas marcas de dor, mágoa e vergonha, haviam acompanhado os passos de seu pai ao longo da vida, Coleman Silk estava livre para seguir adiante sem permitir que uma sociedade preconceituosa lhe determinasse o destino. E foi assim que, aos 26 anos, assumindo a brutalidade do ato mais brutal de que já fora capaz, Coleman procura a sua tão dedicada e amorosa mãe para dizer-lhe que decidira tornar-se branco e que, por isso, jamais voltaria a vê-la.

Nos anos seguintes Coleman casa-se com Iris Gittelmann, branca e judia, conclui seus estudos na New York University, tem quatro filhos sem que nenhum deles demonstre o menor sinal do seu segredo e constrói uma brilhante vida acadêmica na Universidade de Athena.

Coleman finalmente havia conseguido aquilo que desde sempre desejara: ser livre. Identificar-se como branco simplesmente lhe pareceu a opção mais natural para alguém com sua cor de pele, seu temperamento e suas opiniões. Em sua escolha não havia a intenção de insultar ninguém ou imitar alguém que considerasse superior ou mesmo realizar algum protesto. Além disso, como muitas das pessoas que ele conhecia sempre o tomavam por judeu, tinha sido bastante fácil explicar que Silk era uma forma atenuada de Silberzweig, imposta a seu pai por um simpático funcionário da imigração.

A decisão de Coleman havia sido tomada contra dois grupos: o maior, pois não podia permitir que lhe impusesse seu preconceito; mas igualmente não podia admitir que o menor lhe impusesse a sua ética. Contra um *nós* moral coercitivo, englobante, histórico e inevitável, Coleman havia optado pela agilidade e pela singularidade de um *eu* livre. Isso significava não aceitar o destino que lhe estava traçado, desvencilhar-se de suas origens e reinventar a si mesmo como um simples membro – sem filiações – da raça humana.

56

2 TRAGÉDIA, IDENTIDADE E TRAIÇÃO

Os dicionários costumam descrever as tragédias como dramas que retratam graves conflitos entre o protagonista e alguma força superior, cuja conclusão desperta no leitor sentimentos de piedade ou horror. Em *A Marca Humana*, Philip Roth nos coloca, sem dúvida, diante de uma tragédia. O drama retrata a luta individual de um personagem em luta contra o seu destino. Coleman Silk, o protagonista, tal como os heróis gregos que tanto admira, pretende triunfar sobre forças sociais poderosas, e recusa-se a admitir que não tem controle sobre o curso de sua vida.

Como professor apaixonado pela literatura clássica, Coleman tomba como um herói – na batalha. Nem mesmo quando é acusado de racismo por seus colegas acadêmicos, Coleman revela a verdade sobre sua origem. Ele vive e morre dentro de sua própria estrutura narrativa, permanecendo invisível para todos. Philip Roth, que não poupa referências a Sófocles e aos mitos gregos ao longo do texto, utiliza o segredo de Coleman para transformá-lo em um personagem análogo aos heróis clássicos.

Tal como Édipo, Coleman acredita que está livre da sua sina. Supõe que ao converter-se em um homem branco escapará do lugar que lhe foi designado pela sociedade norte-americana. Se Édipo não quer voltar para Corinto porque acredita que assim não se realizará a

profecia do oráculo, Coleman igualmente recusa a identidade negra para impedir que o seu destino se cumpra. Coleman e Édipo também compartilham outra dimensão da tragédia. Para o professor, a decisão de viver como branco resulta na simbólica morte de sua mãe, já que ele sabe que jamais poderá reencontrá-la. O jovem príncipe, para sua desgraça, mata o seu pai – sem conhecê-lo – quando se envolve em uma luta; Coleman, deliberadamente, repete todos os dias o assassinato de sua mãe.

Os deuses ou o destino são igualmente irônicos com Édipo e Coleman. O príncipe foge para Tebas para escapar da sua sorte; mas a maldição que recai sobre a cidade só será afastada se Édipo dela for banido. Da mesma forma, Coleman tenta escapar de uma sociedade discriminatória apenas para ser punido por uma comunidade acadêmica provinciana que, movida por um sentimento de vingança, o acusa de racista. Finalmente, tanto Coleman como Édipo têm suas *marcas humanas*. A origem negra, num caso, e a cicatriz no calcanhar, no outro, são os registros indelévels que cumprem a função de inviabilizar todas as tentativas de purificação.

Em *A Marca Humana* não é apenas Coleman que redefine a sua identidade com a esperança de melhor sobreviver. Faunia Farley também constrói uma personagem. Fingindo ser analfabeta, acredita que ao assumir voluntariamente essa desvantagem pode melhor desempenhar o papel da marginalizada. Essa característica é, para ela, mais adequada à função de faxineira da Universidade de Athena do que deixar evidente para todos a sua alma crítica e ativa. Delphine Roux, da mesma forma, desempenha um papel e quer se fazer passar por alguém que não é. Em um ambiente acadêmico dominado por homens, ela, mulher e estrangeira, mede o seu sucesso por meio de sua capacidade de assimilação. A personagem da francesa desenraizada que faz a si mesma é perfeita para Delphine, ainda que para isso seja necessário reprimir a sexualidade e os afetos em favor do intelecto. Há, todavia, uma diferença entre a forma como Faunia e Delphine constróem suas próprias personagens. Se Delphine foge dos estereótipos que sobre ela poderiam ser criados – “diferente” porque estrangeira ou “incompetente” porque bonita – Faunia faz questão de ser identificada com todos os estereótipos vinculados ao seu papel. Tanto uma como outra, no entanto, tentam apagar as pistas que poderiam levar a que fossem vistas como pessoas iguais ou diferentes daquilo que efetivamente são.

Ao descrever pessoas que redefinem a sua identidade, Philip Roth universaliza o particular para falar das múltiplas formas de discriminação racial, social e religiosa existentes

na sociedade contemporânea. São várias as referências às alteridades ameaçadoras e ao seu potencial desestabilizador: o judeu; o negro; o branco pobre; o estrangeiro. O que Roth pretende é chamar a atenção para o fato de que há um novo espírito norte-americano que, de alguma forma, é incompatível com a representação histórica do país como terra prometida, lugar para onde escapar, não apenas da miséria, mas da opressão de sociedades hierarquizadas onde não há espaço para qualquer tipo de singularidade.

Em um primeiro momento, portanto, Philip Roth nos coloca diante de uma traição. Afinal, o país que sempre reivindicou um individualismo radical, capaz de abrigar os sonhos e as esperanças de todos aqueles que pretendem escapar das múltiplas formas de rigidez cultural, é o mesmo que revela tanto orgulho de um comunitarismo que cada vez mais encontra dificuldades para lidar com a diferença e a alteridade. O velho compromisso histórico com a liberdade individual, aquela que ao menos teoricamente nos torna, a cada um de nós, construtor do nosso próprio destino, parece desfazer-se diante de uma sociedade integrada por múltiplas pequenas sociedades, cada qual com sua diferente interpretação da existência, com seu discurso moral, com seus próprios particularismos. O que Roth vislumbra como traição é a existência de um comunitarismo que ao invés de supor uma sociedade civil diferenciada e ativa, capaz de potencializar as diferentes formas culturais existentes, representa uma sociedade fechada em múltiplos compartimentos estanques, no interior dos quais cada indivíduo – ali situado pelos desígnios da sorte – desenvolve-se como membro de uma comunidade concreta.

De outra parte, se o compromisso com um comunitarismo repressivo e limitador significa uma deslealdade porque contrasta com o sonho norte-americano, o processo radical de autocriação de Coleman Silk não representa, para Roth, um ato de traição. O protagonista de *A Marca Humana* não é alguém que simplesmente foge ou recusa a sua herança racial. Coleman, como um individualista romântico, acredita que sua vontade é soberana. Nesse sentido, sua decisão pouco tem a ver com sua origem étnica; vincula-se, na verdade, com a liberdade. Trata-se apenas de uma escolha, tão difícil e perigosa quanto qualquer outra.

A decisão de Coleman de apresentar-se como judeu tem um caráter meramente prático em seu processo de auto-invenção. Roth, inclusive, não ratifica nenhum dos velhos estereótipos existentes sobre negros e judeus. Coleman é um atleta que ingressa no mundo do boxe pelas mãos de um judeu, enquanto que sua família negra tem uma longa tradição de compromisso com a literatura clássica.

De qualquer forma, não há indignidade ou traição na decisão de Coleman de reinventar a si mesmo. Ele simplesmente pretende ser independente e livre. Nem negro, nem branco, nem judeu, apenas alguém que toma o futuro em suas próprias mãos ao invés de permitir que múltiplas comunidades preconceituosas determinem seu destino. Soberano na invenção de seu próprio *self*, Coleman faz a opção contrária a de seu irmão, Walter, que confia fortemente em suas próprias tradições. Enquanto Walter pretende dar prosseguimento de forma não problemática a algo que outros já iniciaram porque acredita que seus antepassados não pretendem enganá-lo, Coleman opta por um distanciamento reflexivo em relação às tradições que conformam sua identidade. Em outras palavras, Coleman opta por “*pular fora*”.

3 AUTONOMIA OU O DIREITO DE “PULAR FORA”

Os mundos culturais apenas sobrevivem quando os indivíduos que os compartilham, ainda que obrigados a confrontarem-se com culturas distintas, optam por regenerar a força de suas identidades culturais. Isso significa dizer que não podemos aplicar às culturas o mesmo tratamento dispensado pela ecologia à preservação das espécies. Nem os legados culturais podem ser impostos, nem protegidos de avaliações críticas, especialmente porque nas sociedades democráticas contemporâneas a relação com o estranho é inevitável.²

Não há dúvida de que nossas identidades individual e social são constituídas por meio da internalização e da adoção de papéis e regras sociais que são transmitidas pela via de costumes, valores e tradições concretas. Sabemos, no entanto, que um dos traços fundamentais da modernidade é a configuração do indivíduo como sujeito capaz de autorreflexão e crítica. Nesse sentido, ainda que nossa identidade se constitua a partir da sua inserção em uma forma de vida compartilhada – na medida em que aprendemos a nos relacionar com os outros e com nós mesmos por meio de uma rede de reconhecimento recíproco que se estrutura por meio da linguagem – isso não pode significar uma lógica de aprisionamento. Cada um de nós têm a capacidade de se comportar reflexivamente em relação à própria subjetividade, endossando valores ou libertando-se de compromissos, ilusões ou fantasias.

Em *A Marca Humana*, são diferentes as relações estabelecidas por Coleman e Walter Silk com suas identidades culturais. Enquanto Coleman prefere identificar-se com algum tipo de cosmopolitismo, Walter não encontra encantos fora do particularismo. De um lado, o *eu*, a singularidade, o autoconhecimento, a vertigem; de outro, o *nós*, a homogeneidade, a internalização, a segurança. É evidente que Coleman, ao questionar as normas do mundo em que vive, o faz a partir de convicções que integram o seu próprio contexto cultural. Ainda que isso possa nos levar a imaginar que Coleman coloca em questão a sua própria existência quando critica as formas de vida nas quais sua identidade foi constituída, não devemos dramatizar os limites que a eticidade do mundo da vida nos apresenta. Ter a capacidade de refletir criticamente sobre a faticidade das instituições e normas presentes no mundo da vida certamente não se traduz no questionamento da própria existência. Em outras palavras, uma ação reflexiva sobre a própria subjetividade pode simplesmente significar autonomia e, no caso de Coleman, o direito de “pular fora”.

Para muitos, no entanto, o direito de “pular fora”, especialmente quando estamos diante de alguém que integra um grupo historicamente marginalizado – Coleman é negro – representa uma ação de infidelidade em relação a si mesmo. Não haveria como “pular fora” sem que isso representasse uma violação do ideal de autenticidade, ou seja, um ataque à dimensão original da própria identidade. Em outras palavras, Coleman não estaria moralmente valorizando a importância de ser autêntico em relação a si mesmo. Ao invés, Walter, irmão de Coleman, manteria sua “identidade intacta”³, seu compromisso com a autenticidade, na medida em que não abre mão de sua herança cultural.

Quando Philip Roth nos conta a história de um homem cuja existência está baseada tanto em uma negação como em uma afirmação de si mesmo, a história de um homem que triunfa porque constrói aquilo que desejava, fala-nos de um sujeito que, pela via da reflexão e da crítica, rompe com a validade intuitiva de seus valores. Estamos, portanto, diante da ideia de que todos os seres humanos têm autonomia e o mesmo valor moral. Ao mesmo tempo, esse ideal não está baseado em nenhuma visão de mundo particular, pois esse sujeito moral autônomo tem a capacidade de formular essa ética por sua própria conta. Em outras palavras,

² Ver, a respeito, HABERMAS, Jürgen Habermas. *Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State*. In: GUTMAN, Amy (ed.). *Multiculturalism*. Princeton: Princeton University Press, 1994.

³ Ver, a respeito, FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribución o Reconocimiento?* Madrid: Ediciones Morata, 2006.

o direito de “pular fora” não viola o ideal de autenticidade, pois a nossa identidade não é apenas algo com que inevitavelmente nos defrontamos, mas também é nosso próprio projeto.⁴

Resta-nos, finalmente, indagar sobre as consequências normativas desse compromisso com uma autonomia moral que nos garanta o direito de “pular fora”. Necessitamos, sem dúvida, de uma teoria da justiça ancorada em um ponto de vista deontológico que assegure um sistema de direitos capaz de transformar esse indivíduo moral autônomo em autor e sujeito de direito. Esse processo de atribuição de direitos não pode estar simplesmente ancorado em uma herança cultural comum. É preciso esclarecer desde logo que o processo de atribuição de direitos não é posterior ao sentimento de pertencimento a uma comunidade, porque o sistema de direitos não pode ser considerado apenas uma expressão valorativa de um sistema cultural específico. Ainda que tenha surgido, enquanto ideia normativa, em um mundo particular de cultura, isto não significa que não possa ser visto como o resultado de um processo reflexivo a partir do qual os indivíduos podem tomar certa distância em relação às suas próprias tradições e aprender a entender o próximo a partir de sua própria perspectiva.

Coleman Silk jamais teria autodeterminação para redesenhar sua própria existência se Philip Roth acreditasse que as identidades culturais estão delimitadas por nítidas fronteiras. Isso impediria qualquer movimento emancipatório voltado para a remoção de barreiras ao exercício de escolhas autônomas. É exatamente por não acreditar que o processo histórico conforma inteiramente as individualidades – pois os sujeitos não são apenas seres concretamente situados em uma tradição particular – que Roth permite que Coleman rompa com os valores que unem coletivamente os membros de sua própria comunidade de origem. Em outras palavras, o sistema de direitos que assegura a Coleman a possibilidade de “pular fora” não deriva de qualquer tradição cultural particular, mas é sim o resultado daquela ideia que é central no pensamento de Rousseau e Kant, ou seja, a de que o ordenamento normativo é resultado da autonomia de sujeitos de direito associados. Ou, como fala Habermas, estamos falando de um modelo que supõe um debate público no qual pessoas livres e iguais definem quais direitos devem mutuamente reconhecer se pretendem legitimamente regular sua vida em comum por meio do direito.

Ao mesmo tempo, esse sistema de direitos – desvinculado de qualquer herança cultural e cuja função é garantir a autonomia moral dos indivíduos – também assegura a integridade de

⁴ Ver, a respeito, HABERMAS, Jürgen. *La Necesidad de Revisión de la Izquierda*. Madrid: Editorial Tecnos,



cada um nos contextos sociais e culturais nos quais a sua identidade se constitui. Isso significa dizer que o princípio do igual respeito – fundamento do sistema de direitos – não é cego ou ineficaz em face da discriminação e das desigualdades sociais e culturais. O compromisso com a cidadania igualitária não é incompatível com a garantia de direitos culturais demandados e introduzidos sob o signo das “políticas de reconhecimento”. Afinal, se uma sociedade democrática é uma comunidade de cidadãos livres e iguais, o ordenamento jurídico não pode ser um mero distribuidor de liberdades de ação de tipo privado. A distribuição dos direitos só pode ser igualitária se os cidadãos – na qualidade de legisladores – estabelecem um consenso acerca dos critérios por meio dos quais o igual vai receber um tratamento igual, enquanto que o desigual um tratamento desigual.

Se estamos falando de uma sociedade democrática em que os cidadãos asseguram a todos, como legisladores, esferas de liberdade em face da autodeterminação moral de cada um, não há dúvidas que tanto Coleman como Walter Silk não encontrarão obstáculos à realização de seus projetos pessoais de vida. O sistema de direitos que assegura os direitos culturais sem os quais Walter Silk não pode dar continuidade às tradições de seus antepassados é o mesmo sistema de direitos que permite a Coleman Silk “pular fora”.

Finalmente, analisando a trajetória do protagonista de Philip Roth, nos resta perguntar sobre a inexorabilidade da marca humana. Coleman Silk teria ou não escapado do seu destino? A sua própria história terminou por alcançá-lo por meio da acusação de racismo? A marca humana significa que não podemos escapar daquilo que é essencial e, por vezes, escuro no interior de nós mesmos? Ou a marca humana estaria mais bem representada por uma vulnerabilidade que não resistiu, no caso de Coleman, à violência de Lester Farley? Qualquer que seja a resposta, ela não é essencial. Ao final da trajetória, morreremos todos. Coleman conseguiu “pular fora” e construir autonomamente o seu percurso. É isso o que importa.

REFERÊNCIAS

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribución o Reconocimiento?* Madrid: Ediciones Morata, 2006.



HABERMAS, Jürgen. Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State. In: GUTMAN, Amy (ed.). *Multiculturalism*. Princeton: Princeton University Press, 1994.

HABERMAS. Jürgen. *La Necesidad de Revisión de la Izquierda*. Madrid: Editorial Tecnos, 1996.

HABERMAS. Jürgen. Remarks on Erhard Denninger's Triad of Diversity, Security, and Solidarity. *Constellations*. v. 7, n. 4, Blackwell Publishers, 2000.

POSNOCK, Ross. Purity and Danger: On Philip Roth. *Raritan Review*. n. 21. v. 2. Outono de 2001.

ROTH, Philip. *A Marca Humana*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SAFER, Elaine B. Tragedy and Farce in Roth's *The Human Stain*. *Critique*. n. 3. v. 43. Primavera de 2002.

SÓFOCLES. *Édipo Rei*. São Paulo, Editora Scipione Ltda., 2002.

TAYLOR, Charles. *El Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

Submissão: 20/11/2015

Aceito para Publicação: 20/11/2015



RÉFLEXIONS SUR LES PARTITIONS DU CONTRAT DE LOCATION DANS LES PRODUCTIONS DES GLOSSATEURS

REFLEXÕES SOBRE AS DIVISÕES DO CONTRATO DE LOCAÇÃO NOS TRABALHOS DOS GLOSADORES

THOUGHTS ABOUT THE DIVISIONS OF THE CONTRACT OF LETTING AND HIRING IN GLOSSATORS' WORKS

Audrey Marie Dauchy*

RESUMO: Os glosadores, nos séculos XII e XIII, construíram a divisão do contrato de locação, *locatio conductio*, e revelaram seus aspectos de prestação de serviços e mesmo de locação de obra ou empreitada. Essa construção, no entanto, não é nem linear e nem sempre explícita. Alguns autores evocam unicamente a locação de coisas, o que coloca em questão o significado do seu silêncio. Alguns outros descreveram as diversas locações, mas com mais força em uma definição centrada sobre a locação de coisas. As relações entre as diferentes locações podem agora somente ser objeto de hipóteses. Outras fontes ainda mostram uma divisão clara do contrato entre a locação de coisas e a prestação de serviços, mas apresentam uma certa ambiguidade quanto à locação de obra ou empreitada. Os aspectos explícitos da divisão do contrato se revestem ainda de algo misterioso, porque eles remetem às questões da relação entre a coisa e a pessoa, e a identificação da pessoa aos serviços que ela presta.

PALAVRAS-CHAVE: *Locatio conductio*. Contrato de locação. Locação de coisas. Prestação de serviços. Locação de obra ou empreitada. Trabalho. Pessoa. Glosadores.

RESUME : *Les glossateurs, aux XII^e et XIII^e siècles, ont construit la division du contrat de location, locatio conductio, et ont révélé ses aspects de location de services, et même de location d'ouvrage. Cette construction, toutefois, n'est ni linéaire, ni toujours explicite. Certains auteurs évoquent uniquement la location de chose, ce qui pose la question de la signification de leur silence. D'autres font état de plusieurs locations, mais présentent une définition centrée sur la location de chose. Les relations entre les différentes locations peuvent alors seulement faire l'objet d'hypothèses. D'autres sources encore montrent une partition claire du contrat entre la location de chose et la location de services, mais réservent un sort ambigu à la location d'ouvrage. Les aspects explicites de la division du contrat revêtent aussi une part de mystère, puisqu'ils renvoient aux questions de la relation entre la chose et la personne, et de l'identification de la personne aux services qu'elle rend.*

MOTS-CLÉS : *Locatio conductio. Contrat de location. Location de chose. Location de services. Location d'ouvrage. Travail. Personne. Glossateurs.*

ABSTRACT: *Glossators, in the 12th and 13th centuries, built the division of the contract of letting and hiring, locatio conductio, and revealed its aspects regarding the letting and hiring of services, and even the letting and hiring of work. This construction, however, is neither linear, nor always explicit. Some authors only mention the letting of a thing, which raises the question of the meaning of their silence. Some others describe several types of letting and hiring, but set out a definition focused on the letting of a thing. In this case, we can only make assumptions on the relationships between the different types of letting and hiring. Some other sources show a clear division of the contract between the letting of a thing and the letting of services, but deal ambiguously with the letting of work. There is also a part of mystery remaining in the explicit aspects of the division of the contract, since they refer to such issues as the relationships between the thing and the person, and the identification of a person with the services provided.*

KEYWORDS: *Locatio conductio. Contract of letting and hiring. Letting and hiring of things. Letting and hiring of services. Letting and hiring of work. Labour. Person. Glossators.*

SOMMAIRE : Introduction. 1. Les présentations unitaires du contrat, reflets d'une conception unitaire ? 1.1. Les présentations en apparence exclusivement fondées sur l'usage de la chose. 1.2. Les présentations fondées sur l'usage de la chose, ouvertes à d'autres locations. 2. Les déclinaisons du contrat de location. 2.1. Les cas explicites de bipartition du contrat : la chose et les services, la chose et la personne. 2.2. Au-delà de la bipartition du contrat ? Sources et bibliographie.

* Doutoranda em História do Direito pela Université Panthéon-Assas Paris II, França. Pesquisadora visitante no Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte (MPIeR), Alemanha. Bolsista do Institut Franco-Allemand/Sciences Historiques et Sociales (IFRA/SHS). Mestre em História do Direito pela Université Panthéon-Assas Paris II, França.

INTRODUCTION

Les expressions *locatio rei*, location d'une chose, *locatio operarum*, location de services, et de *locatio operis (faciendi)*, location d'un ouvrage (à faire), permettent d'identifier trois branches constituant le contrat de louage.

Ces expressions ne sont pas employées en tant que telles dans les compilations justiniennes. Elles ne leur sont pas pour autant tout à fait étrangères, puisqu'une « chose » ou des « choses », un « service » ou des « services », et un « ouvrage » sont dits être loués, ou pris en location. Dans le titre du Digeste relatif à la *locatio conductio*, il est ainsi question de la solidarité des preneurs à l'égard de la chose louée¹, de la jouissance de la chose prise en location², de la distinction entre les genres de choses louées³, ou encore du préjudice subi en raison de la chose prise en location⁴. Le terme service, au singulier ou au pluriel, est associé à la location à propos de la prise en location des services d'un esclave⁵, sont aussi développés les cas d'un secrétaire qui loue ses services⁶, et d'un artisan louant son service⁷; en outre, quelqu'un qui a loué ses services doit recevoir la rémunération de toute la durée de la location, s'il ne dépend pas de lui qu'il en ait moins répondu⁸. Enfin, le risque au regard de l'ouvrage loué est en principe à la charge du preneur jusqu'à ce que le bailleur approuve l'ouvrage⁹; l'expression « j'ai loué un ouvrage à faire » est employée à propos de l'action du bailleur en cas de réalisation défectueuse de l'ouvrage¹⁰, le délai d'achèvement de l'ouvrage est évoqué « dans la location d'ouvrage »¹¹, et lorsqu'une personne a loué un ouvrage pour une rémunération certaine, l'estimation du coût de construction de l'ouvrage ne peut dépasser le coût effectif¹².

Ces références au louage de choses, de service ou d'ouvrage ne doivent cependant pas égarer le lecteur : à aucun moment, le contrat de louage ne fait l'objet d'une partition

¹ ULPIANUS. *Libro trigesimo secundo ad edictum*, D., 19, 2, 13, 9.

² *Ibid.* D., 19, 2, 15, 2.

³ ALFENUS. *Libro quinto a Paulo epitomarum*, D., 19, 2, 31.

⁴ PAULUS. *Libro vicesimo secundo ad edictum*, D., 19, 2, 45, 1.

⁵ ULPIANUS. *op. cit.*, D., 19, 2, 9, 1.

⁶ *Ibid.* D., 19, 2, 19, 9.

⁷ PAULUS. *Libro trigesimo quarto ad edictum*, D., 19, 2, 22, 2.

⁸ *Id.* *Libro singulari regularum*, D., 19, 2, 38, *pr.*

⁹ FLORENTINUS. *Libro septimo institutionum*, D., 19, 2, 36.

¹⁰ IAVOLENUS. *Libro undecimo epistularum*, D., 19, 2, 51, 1.

¹¹ LABEO. *Libro quarto posteriorum a Iavoleno epitomatorum*, D., 19, 2, 58, 1.

¹² *Id.* *Libro quinto posteriorum a Iavoleno epitomatorum*, D., 19, 2, 60, 4.



explicite. Plusieurs théories sur la nature du contrat de *locatio conductio* ont été avancées au XX^e siècle, selon lesquelles le contrat aurait pu être considéré par les juristes romains comme unitaire, ou implicitement tripartite. Au-delà de cette question, il peut être simplement constaté que le contrat ne fait pas l'objet dans les compilations du VI^e siècle d'une construction juridique opérant son partage.

À l'opposé, la construction du contrat en trois parties est marquée par une étape significative à la fin du XVII^e et au début du XVIII^e siècle, sous la plume du juriste néerlandais Johannes Voet. Ce dernier distingue, au titre de son commentaire sur les Pandectes concernant la *locatio conductio*, plusieurs types de contrats de louage. Sont ainsi différenciés, au sujet du louage, l'usage de choses et les services¹³, puis, au-delà de ces deux possibilités, l'ouvrage peut être loué¹⁴. L'usage de choses, les services et l'ouvrage sont ainsi identifiés et considérés comme pouvant être objets de location. Il peut être remarqué que Johannes Voet n'emploie pas la terminologie précise *locatio rei*, *locatio operarum*, *locatio operis*. Comme le signale Filippo Ranieri¹⁵, Johannes Gottlieb Heineccius utilise en revanche cette terminologie dans des développements consacrés au contrat¹⁶, tout en continuant à définir le contrat de louage comme un contrat consensuel d'usage de la chose ou de service, selon une vision bipartite¹⁷. L'histoire de la construction tripartite du contrat trouve enfin un point d'aboutissement avec

¹³ VOET, JOHANNES. *Com. ad D.*, 19, 2, n^o 6: « Praeter usum rerum elocantur et operae, tam liberorum hominum quam servorum, mercenariae, non aliae » [1^{ère} éd., Leiden, 1698-1704], (*Commentarius ad Pandectas*, Hagae-Comitum, 1707, p. 827).

¹⁴ ID. *Com. ad D.*, 19, 2, n^o 33: « Praeter usum et operas, praecipua locationis objecta, etiam opus locari potest » (*op. cit.*, p. 838).

¹⁵ RANIERI, Filippo. « Dienstleistungsverträge: Rechtsgeschichte und die italienische Erfahrung ». In: ZIMMERMANN, R. (ED.). *Service contracts. Gesellschaft für Rechtsvergleichung. (Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung, 15)*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, p. 15.

¹⁶ HEINECCIUS, JOHANNES GOTTLIEB. *Elementa juris civilis secundum ordinem Institutionum commoda auditoribus methodo*, 3, 25, §. 917: « Est ergo locatio conductio vel rerum, quando rei usus, vel operarum, quando operae illiberales praestantur, vel operis, quando opus conficitur pro certa mercede » [1^{ère} éd., Amsterdam, 1725], (éd. Giessae, ca. 1750, p. 417).

¹⁷ ID. *Elementa juris civilis secundum ordinem Institutionum*, 3, 25, §. 916: « Alter contractus, qui consensu initur, est locatio conductio, quae est contractus consensualis de usu rei ad certum tempus, vel opera pro certa mercede praestandis » (*op. cit.*, p. 417-418).



les travaux des pandectistes au XIX^e siècle, selon lesquels trois types de contrats sont distingués¹⁸.

Le romaniste Félix Olivier-Martin défendait en 1936 que la présentation de Johannes Voet était à l'origine de la théorie de la partition du contrat en trois branches différentes, tout en soulignant que cette présentation devait avoir fait l'objet d'une construction antérieure¹⁹. Si les glossateurs ne font état d'aucune division du contrat en trois parties similaire à celle qui apparaît dans le commentaire aux Pandectes de Voet, une analyse du contrat en plusieurs parties est en formation dans la production des glossateurs au XII^e et XIII^e siècle. Les définitions, en apparence unitaires en ce qu'elles sont centrées sur l'usage de la chose, révèlent une réalité plus complexe du contrat, tandis que d'autres approches proposent une bipartition, et même l'esquisse d'une tripartition du contrat.

1 LES PRÉSENTATIONS UNITAIRES DU CONTRAT, REFLETS D'UNE CONCEPTION UNITAIRE ?

68

Pour le romaniste Roberto Fiori, l'*uti frui* constitue la prestation caractéristique du contrat donnant lieu au versement d'une rétribution, à l'époque romaine comme dans la tradition romanistique²⁰. L'expression *uti frui* est tirée d'un passage du Digeste [D., 19, 2, 15, 2] où Ulpien, citant Servius, relate que le dommage de la perte des récoltes serait assumé par le bailleur si un tremblement de terre avait lieu, parce qu'il faut répondre du champ au preneur, de sorte qu'il en ait la jouissance²¹.

Cette conception unitaire de l'objet du contrat, basée sur la possibilité d'avoir accès à ce qui est mis à disposition, est en effet très présente dans les textes des glossateurs, qui utilisent peu le terme de jouissance, mais plutôt celui d'usage. Elle apparaît dans les textes présentant

¹⁸ Parmi les premières études, SINTENIS, CARL FRIEDRICH FERDINAND. *Der Pacht- oder Miethcontract*, §. 118 : « Man unterscheidet hiernach drei Arten dieses Contracts, je nach welchen seine näheren Bestimmungen sich besonders gestalten, und welche denn auch besondere Benennungen veranlassen, nämlich Pacht oder Miethe in engem Sinn (locatio conductio rerum), von denen die erste aber wieder besonders da gebraucht wird, wo Früchte oder sonstige feste Einkünfte Gegenstand des Contracts sind, namentlich also Grundstücke, die nicht blos in Gebäuden und unfruchtbaren Plätzen bestehen, - Dienstmiethe (l. c. operarum), und Verdingung von Arbeiten (l. c. operis) » (*Das praktische gemeine Civilrecht*. t. II. *Das Obligationenrecht*. Leipzig, 1847, p. 647-648).

¹⁹ OLIVIER-MARTIN, Félix. « Des divisions du louage en droit romain ». *Revue historique de droit français et étranger*. t. 15 (1936), p. 467-469.

²⁰ FIORI, Roberto. La definizione della « locatio conductio ». *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*. Napoli: Jovene, 1999, p. 305.

²¹ ULPIANUS. *Libro trigesimo secundo ad edictum, D.*, 19, 2, 15, 2 : « Sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit ».

le contrat sous un angle strictement unitaire fondé sur l'usage de la chose, mais aussi dans ceux où le contrat se divise en deux espèces, usage de la chose et de services. La notion d'usage est donc largement employée, et constitue pour les glossateurs une base du contrat de location. Il est à signaler que le terme « usage » est rarement employé de manière absolue, et il est presque toujours associé directement ou indirectement aux termes « chose » ou « services », même s'il existe une exception dans la *Summa Londinensis*²². L'usage de services ne se rencontre pas seul dans les sources, l'usage de la chose constitue donc la déclinaison minimale de l'expression du contrat de location.

Certains auteurs mentionnent uniquement l'usage de la chose, tandis que d'autres, tout en insistant sur l'usage de la chose, évoquent d'autres formes de location.

1.1 Les présentations en apparence exclusivement fondées sur l'usage de la chose

Les textes dans lesquels apparaît une conception unitaire, à l'exclusion de toute ouverture vers une bipartition du contrat, proposent ou non une définition du contrat.

La *Summa Justiniani est in hoc opere* et la *Lectura Vindobonensis* font partie des sources livrant une définition exclusivement unitaire. Pour l'auteur de la *Summa Justiniani est in hoc opere*, identifiée par André Gouron comme ayant été composée vers 1130 dans la ville de Die, au pied du massif des Alpes²³, la location, *locatio*, est le transfert d'une chose pour son usage, et son pendant qui est la prise en location, *conductio*, est l'acceptation de la chose pour son usage²⁴. Il est proposé une définition similaire dans la *Lectura Vindobonensis*. Son auteur et sa provenance ont fait l'objet de nombreuses conjectures, mais elle semble être un ouvrage précoce au sein de l'école des glossateurs²⁵. Selon cette source, la location consiste dans le transfert d'une chose pour son usage, et la prise en location s'effectue quand une

²² *Summa Institutionum Londinensis*, 3, 24, A : « Post venditionem et emptionem agit de locato et conducto, quia proxima sunt, et convenientia in tantum, quod id, quod hic dicitur merces, ibi dicitur pretium ; ibi transfertur dominium, hic usus » (éd. ZULUETA, F. DE; STEIN, P. *The teaching of Roman Law in England around 1200*. London, 1900 [*Selden Society*, Suppl. Ser., 8], p. 98).

²³ GOURON, ANDRÉ. « La science juridique française aux XI^e et XII^e siècles : diffusion du droit de Justinien et influences canoniques jusqu'à Gratien ». *Ius Romanum Medii Aevi* I, 4, d-e, Mediolani, Giuffrè, 1978, p. 32, réimpr. in *Études sur la diffusion des doctrines juridiques médiévales*, [CS, 264]. London: Variorum, 1987, II.

²⁴ *Summa Institutionum « Justiniani est in hoc opere »* : « Locatio est res ad usum data certa constituta mercede. Conductio est res ad usum accepta certa constituta mercede » (éd. P. LEGENDRE. Frankfurt am Main, 1973 [*Jus commune*, Sonderhefte, 2], p.110).

²⁵ LANGE, HERMANN. *Römisches Recht im Mittelalter*. t. I, *Die Glossatoren*. München: Beck, 1997, §. 53, p. 435.

chose est reçue en usage²⁶. Il est fait dans la *Lectura Vindobonensis* une plus grande différence que dans la *Summa Justiniani est in hoc opere* entre les situations respectives du bailleur et du preneur. L'objectif de permettre l'usage de la chose y est ainsi uniquement marqué à l'égard du bailleur (*ad usum*), tandis que le rôle du preneur recevant la chose est davantage passif (*in usum*). Ces deux sources ont en commun d'être des ouvrages rédigés à l'aube du développement de l'école des glossateurs, et d'être une somme et une glose aux Institutes, elles-mêmes condensées. Faut-il en déduire que cette présentation exclusivement unitaire est le fait d'une pensée naissante, ou l'expression d'un impératif de concision ?

La *Summa Vindobonensis*, que la *Lectura* du même nom a pour vocation de compléter, est plus ancienne encore que cette dernière. Il y est pourtant clairement énoncé une bipartition du contrat dans le cadre d'une définition : la location, selon l'auteur de la *Summa Vindobonensis*, se distingue ainsi par la concession de l'usage d'une chose ou de services contre une rémunération²⁷. Cette somme, qui aurait pu être écrite par Irnerius, un élève de Martinus ou encore un contemporain des *Quattuor doctores* selon différentes hypothèses avancées²⁸, ne fait aucun mystère d'une partition du contrat entre la location de chose ou de services. L'exemple de la *Summa Vindobonensis* vient donc s'opposer à l'idée selon laquelle les premiers ouvrages des glossateurs livraient des définitions strictement unitaires du contrat. Dans ces conditions, le caractère concis de la *Lectura Vindobonensis* pourrait expliquer, bien plus que sa rédaction précoce, sa définition exclusivement centrée sur l'usage de la chose. Il faut ajouter à cela que l'auteur de la *Lectura Vindobonensis*, après avoir fait état d'une définition exclusivement unitaire, ne se concentre pas uniquement sur des cas relatifs à la location de chose. Il évoque les exemples du foulon et du raccommodeur, en précisant que leurs activités ne feraient pas l'objet d'une location si la rémunération n'était pas établie immédiatement²⁹. L'action de fouler ou de raccommoder des vêtements pourrait

²⁶ *Lectura Vindobonensis*, 24, V^o Locatio : « Locatio constat in re ad usum data, cum mercedis diffinitione conductio vero constat, cum res in usum recipitur cum constituta mercede » (éd. PALMIERI, J.B. Wernerii summa Institutionum cum glossis Martini, Bulgari, Alberici aliorumque. *Bibliotheca Iuridica Medii Aevi*. t. I. Additiones. Bononiae, 1914, p. 128).

²⁷ *Summa Vindobonensis*, 24 : « Est autem locatio cum usum rei mee, vel operas meas pro mercede tibi concedo » (éd. PALMIERI, J.B. Wernerii summa Institutionum cum glossis Martini, Bulgari, Alberici aliorumque. *Bibliotheca Iuridica Medii Aevi*. t. I. Additiones. Bononiae, 1914, p. 128).

²⁸ LANGE, Hermann. *Römisches Recht im Mittelalter*. t. I. Die Glossatoren. *op. cit.*, §. 53, p. 435.

²⁹ *Lectura Vindobonensis*, 24, V^o Cum : « Si fulloni polienda, idest plananda vel ornanda, curandave, aut sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit, nulla statim mercede constituta, sed postea tantum daturus quantum inter eos convenerit, non proprie locatio et conductio contrahi intelligitur, quia certa merces non est constituta,

donc donner lieu à une location dans le cas d'une fixation immédiate de la rémunération. Ces exemples rappellent la casuistique des compilations justiniennes, et ne présentent en eux-mêmes aucune nouveauté. Ils ont toutefois la vertu de montrer qu'une même source peut livrer une définition strictement unitaire, et présenter des exemples qui ne sont pas nécessairement ceux de la location de chose.

Au soutien de l'argument de la concision, d'autres sources plus tardives, qui appartiennent au genre des sommes aux Institutes et qui sont également peu développées, font état d'un détachement surprenant à l'égard de la question de la division du contrat. Ainsi Placentin, vers 1165, ne donne dans sa *Summa Institutionum* aucune définition du contrat, ni même n'emploie le terme de services, alors qu'il énonce dans sa *Summa Codicis* une définition bipartite du contrat entre la chose et les services dès les premières lignes du titre consacré à la location. La comparaison entre la *Summa Institutionum* et la *Summa Codicis* d'Azon, rédigées vers 1210, indique le même phénomène.

De nombreux abrégés au droit romain présentent une vision unitaire centrée sur l'usage de la chose, ce qui vient conforter l'idée que les ouvrages courts privilégient d'autres aspects que la partition du contrat. Le *Brachylogus*, abrégé de la région d'Auxerre rédigé vers 1166-1167³⁰, peut se ranger comme la *Summa Justiniani est in hoc opere* et la *Lectura Vindobonensis* parmi les ouvrages définissant le contrat sur le fondement exclusif de l'usage de la chose. Dans le titre *De locatione et conductione*, composé de trois courts paragraphes, la location est d'abord rapprochée de la vente, puis elle en est différenciée : la location ne traite pas de la propriété de la chose, mais de son usage³¹. Les obligations du bailleur sont aussi abordées sous l'angle de l'usage de la chose, puisque le bailleur est tenu de remettre au preneur l'usage de la chose³². Le seul exemple évoqué dans le *Brachylogus* relève exclusivement de la location de la chose, puisqu'il concerne le fermier qui n'aurait pas

sed eo nomine prescriptis verbis actio datur, eo quod innominatus contractus est, et incertum exigitur » (*op. cit.*, p. 128).

³⁰ GOURON, André. « L'auteur du 'Brachylogus': un compagnon de Thomas Becket en exil ? ». *A Ennio Cortese*. t. II. Roma: Il Cigno, 2001, p. 169.

³¹ *Brachylogus*, III, 14, 1 : « Ita locationis et conductionis differunt tamen, quia in venditione de dominio tradendo agitur ; in locatione vero non de dominio rei, sed de usu agitur. » (éd. BÖCKING, E. Berolini, 1829, réimpr. anast. Goldbach, 2002, p. 99, l. 10-13).

³² *Brachylogus*, III, 14, 2 : « Locator vero conductori conducti actione ad usum rei tradendum. » (*op. cit.*, p.100, l. 1-2).

acquitté pendant deux ans le loyer dû au bailleur³³. L'*Epitome* « *Exactis regibus* », abrégé anglo-normand composé entre 1150 et 1175³⁴, livre une remarque procédurale également fondée sur l'usage de la chose par le preneur : ce dernier fait valoir son action en justice pour qu'il puisse utiliser la chose qu'il a prise en location³⁵. Une impossibilité d'utiliser la chose constituerait le cas le plus évident de recours à une action en justice du preneur contre le bailleur. D'autres ouvrages font partie de ces collections d'abrégés qui développent des exemples exclusivement basés sur l'usage de la chose, sans toutefois présenter de définition. Le degré de garde de la chose dans la location est estimé en comparaison avec le dépôt et le commodat au chapitre « De la chose louée » des *Exceptiones Petri legum Romanorum*³⁶, seul chapitre de cet ouvrage consacré à la location, et l'auteur du *Liber iuris florentinus* considère uniquement la location dans le chapitre relatif à l'action en revendication³⁷.

Le cas de la location de services est passé sous silence dans ces ouvrages synthétiques, cela ne signifie pas pour autant qu'elle est exclue. Ceci est d'autant plus visible dans les textes qui s'appuient uniquement sur des exemples précis de location de chose, puisque ces développements particuliers n'excluent en rien d'autres types de location. La présentation unitaire du contrat n'est pas non plus une règle absolue des abrégés de droit romain. Dans le *Liber pauperum*, ouvrage de synthèse du droit romain de la seconde moitié du XII^e siècle, l'auteur, Vacarius, base son raisonnement à propos d'un fragment du Digeste sur la différence entre la location de chose et la location de service, qu'il formule comme tels³⁸, et évoque même l'ouvrage à plusieurs reprises.

Les *Glossae ad Exceptiones Petri* font figure d'exception dans ce tableau des conceptions exclusivement unitaires basées sur l'usage de la chose. La location y fait l'objet

³³ *Brachylogus*, III, 14, 3 : « Et conductor si quidem colonus sit et per continuum biennium debitam pensionem locatori non solverit, non solum locati et Serviana tenetur, sed etiam ius locationis amittit, nisi communis sterilitas regionis et improvisa acciderit. » (*op. cit.*, p.100, l. 4-8).

³⁴ LANGE, Hermann. *Römisches Recht im Mittelalter*. t. I. Die Glossatoren. *op. cit.*, §. 50, p. 422-423.

³⁵ *Epitome* « *Exactis regibus* », IX, 32 : « Actione vero conducti experiendum est conductori, ut ei liceat uti re quam conduxit. In has quoque actiones venit quod speciali pacto convenit. » (éd. CONRAT, M. Berlin, 1884, réimpr. anast. Aalen, 1965, p. 131, l. 6-7).

³⁶ *Exceptiones Petri legum Romanorum*, II, 23 : « De re locata. In re locata non tam levis custodia adhibenda est ut in deposita, neque tam gravis ut in commodata, sed mediocris, id est talis qualem bonus paterfamilias in re sua habere solet. » (éd. MOR, C. G. *Scritti giuridici preirneriani*. t. II. Milano, 1938 [*Orbis romanus*, t. X], p. 112).

³⁷ *Liber iuris florentinus*, IV, 16, 4 : « Utilis datur superficiario et ei qui conductum habet vectigalem agrum a municipio et ei qui rem ad prolixum tempus conduxit et forte eadem equitate omni conductori infra tempus conductionis. » (éd. CONRAD, M. *Das florentiner Rechtsbuch*. Berlin, 1882, p. 82, l. 32-33, p. 83, l. 1-2).

³⁸ VACARIUS. *Liber Pauperum*, IV, 51 (*ad D.*, 19, 2, 15, 6) : « Multum interest an res vel opera locetur » (éd. ZULUETA, F. DE. *The Liber Pauperum of Vacarius*. London, 1927 [*Publications of the Selden Society*, 44], p. 155).

d'une définition selon laquelle il y a location par la partie qui transfère, mais il y a prise en location de la partie qui reçoit³⁹. Les mots chose, service ou ouvrage ne sont pas employés, ni même les termes d'usage ou de jouissance, mais l'aspect synallagmatique du contrat et les obligations des parties fondent cette définition unitaire particulière. Cette exception met d'autant plus en relief le caractère fondamental de l'usage de la chose dans le contrat.

1.2 Les présentations unitaires fondées sur l'usage de la chose, ouvertes à d'autres locations

Certains ouvrages font de l'usage de la chose la pierre angulaire de leur réflexion sur la location, tout en ouvrant le contrat à la location de services et même d'ouvrage. La *Glossa Londinensis*, glose aux Institutes composée vers 1215-1220 en Angleterre⁴⁰ en offre l'exemple le plus frappant. Une première définition de la location, puis de la prise en location sont données au regard de l'usage de la chose. La location se caractérise ainsi par le transfert d'une chose pour son usage, et la prise en location, par l'acceptation d'une chose en usage⁴¹. Ces définitions rappellent celles de la *Lectura Vindobonensis* par leur balancement entre l'objectif d'utiliser la chose dont le bailleur dit répondre, *ad usum*, et le caractère passif de l'utilisation par le preneur, *in usu*. Ces deux ouvrages appartiennent au genre des gloses aux Institutes, ce qui confirme que les ouvrages de synthèse privilégient l'aspect unitaire du contrat fondé sur l'usage de la chose. L'auteur de la *Glossa Londinensis* ne s'en tient pas toutefois à cette première définition, puisque les termes de services et d'ouvrage, associés à ceux de location et de prise en location, font ensuite irruption dans une autre glose. Selon le texte de cette dernière, quand quelqu'un loue ses services, il est tenu par l'action de prise en location, mais quand quelqu'un prend en location un ouvrage à faire, il est tenu par l'action de location et non par l'action de prise en location⁴². En d'autres termes, le bailleur de ses

³⁹ *Gl. ad Exceptiones Petri*, 135, 13 : « Locatio fit ex parte dantis, conductio vero ex parte accipientis. » (éd. FITTING, H. Halle, 1874, p. 52).

⁴⁰ LEGENDRE, Pierre. « Recherches sur les commentaires pré-accursiens ». *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*. t. XXXIII (1965), p. 360 [8].

⁴¹ *Glossa Londinensis*, 101 (III, XXIV, *pr.*) : « Locacio est res ad usum data cum diffinitione certe mercedis. Conduccio est res in usu accepta cum mercede consti(tu)ta » (éd. LEGENDRE, P. « Recherches sur les commentaires pré-accursiens ». *op. cit.*, p. 381 [29]).

⁴² *Glossa Londinensis*, 475 (III, XXIV) : « Nota quando quis locat operas suas tenetur conducti ; quando vero conduit opus faciendum tenetur locati et non conducti. Locat quis operas suas certa mercede singulis diebus pro

services est soumis à l'action du preneur, tandis que le preneur d'un ouvrage est tenu par l'action du bailleur. L'inversion entre ces deux figures contractuelles doit être remarquée : on est bailleur de ses services, mais on est preneur d'un ouvrage à faire. Cette assertion étonnante n'est pas à proprement parler une définition. Elle pose toutefois les schémas des relations entre les parties, qui correspondent à ceux des opérations qui seront appelées ultérieurement *locatio conductio operarum* (quand quelqu'un loue ses services), et *locatio conductio operis* (quand quelqu'un prend en location un ouvrage à faire), la même inversion y est présente. L'exemple de la *Glossa Londinensis* montre qu'un auteur présentant une définition clairement unitaire du contrat ne s'interdit pas moins de faire référence à d'autres possibilités de location. Cette source questionne le contrat : l'auteur considère-t-il pour autant que la location de services ou la location d'ouvrage constituent des branches à part entière du contrat de location ? Les formulations « quand quelqu'un loue ses services » et « quand quelqu'un prend en location un ouvrage à faire » sont limpides, ce qui tend à les détacher de la location de chose. Elles sont encore mises en parallèle, comme si elles formaient deux hypothèses distinctes. De surcroît, le régime juridique de la location de services est différencié de celui de la location d'ouvrage au sein de la même glose ; c'est ainsi qu'une rémunération certaine est établie au jour le jour pour quelqu'un qui loue ses services, et qu'une rémunération est fixée pour l'ensemble de l'ouvrage à faire lorsque quelqu'un prend en location un tel ouvrage. Faut-il alors comprendre que la définition de la location s'attache à ce qui semble le plus essentiel dans le contrat, à savoir la location de chose en tant qu'entité distincte, délaissant d'autres locations possibles ? Dans ce cas, le contrat serait déjà non seulement implicitement scindé, mais encore hiérarchisé entre la location de chose et d'autres locations. Une autre hypothèse consiste à considérer que la location de chose a une valeur générale, et forme une unité qui comprend d'autres locations. La location de services et la location d'ouvrage seraient alors des genres de locations de chose, comme si les services et l'ouvrage étaient entendus dans le vocable « chose ». Une autre possibilité, plus décevante, serait d'admettre que la définition de la location omet purement et simplement la location de services ou d'ouvrage. Ceci signifierait cependant que la location de chose revêt une sorte de primauté inconsciente sur d'autres formes de location, et renverrait à la première hypothèse. Il est encore possible de penser que toute location suppose la remise d'une chose, à laquelle peuvent éventuellement

operis suis constituta et ducit quis opus faciendum certa mercede pro universo opere faciendo constituta. » (éd. LEGENDRE, P. « Recherches sur les commentaires pré-accursiens » (*op. cit.*, p. 417 [65]).

s'ajouter la prestation de services ou la réalisation d'un ouvrage. Le cas de la *Glossa Londinensis* n'est pas isolé, puisqu'une même ouverture à d'autres locations se manifeste dans d'autres sources à présentation unitaire, les différentes versions du *Lo Codi*. Les mêmes hypothèses leur sont applicables, à défaut de pouvoir trancher en faveur de l'une d'entre elles.

La version du *Lo Codi* en latin, dont la datation est estimée à 1176⁴³, et les versions postérieures en dauphinois et castillan commencent toutes par une définition centrée sur la chose, qui est vite rectifiée par l'exemple de quelqu'un qui loue son service⁴⁴. Ces trois versions du *Lo Codi* ont pour point commun de se fonder sur la location de la chose dans le cadre d'une définition. L'idée d'usage n'y est pas exprimée en tant que telle. Dans la version en latin, il est précisé que la chose est transférée « aux fins de moudre ou d'habiller ». La formulation de but fait écho à l'obligation du bailleur de permettre l'usage de la chose. S'agit-il pour le bailleur de louer une chose -un moulin, un atelier- dont le preneur doit pouvoir avoir l'usage afin de réaliser des activités qui seraient indépendantes d'une location ? Dans ce cas, la location est strictement une location de chose. Alternativement, il serait possible de voir dans cette opération la mise à disposition d'une chose à l'usage du preneur afin qu'il réalise des activités, qui feraient cette fois l'objet d'une location. La définition apparemment unitaire est donc en elle-même sujette à diverses interprétations.

Après cette définition, ces trois textes se poursuivent par une ouverture à la location d'un service, exprimée sous la forme « si quelqu'un loue son service » ou « si quelqu'un loue ses services ». Le cas d'un copiste vient illustrer cette location. Cet exemple du copiste est

⁴³ WEIMAR, Peter. « Die legistische Literatur der Glossatorenzeit ». In: COING, H. (ÉD.). *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*. t. I. Mittelalter (1100-1500). Die gelehrten Rechte und die Gesetzgebung. München: Beck, 1973, p. 200.

⁴⁴ *Lo Codi*, IV, 69, 2 : « Locacio est quando ego do rem meam alii ad pisionem vel ad vestituram pro pecunia quam aliquis dat michi vel promittit. (...) Similiter si aliquis locat operam suam, ipsa est locatio similiter, sicuti si aliquis scribit michi librum pro pecunia quam sibi do vel promitto. » (éd. FITTING, H. ; SUCHIER, H. *Lo Codi. Eine Summa Codicis in provenzalischer sprache aus der Mitte des XII. Jahrhunderts*. Erster Teil. *Lo Codi in der lateinischen Übersetzung des Ricardus Pisanus*. Halle : Max Niemeyer, 1906, p. 139, l. 28-29 et p. 140, l. 3-4) ; *Lo Codi*, IV, 69 : « Loïement est quant eu dono ma chosa a un outro a possession per pecuni que cel me done ou me promet. (...) Atressi si alcuns loïe s'oura, icen est loïement, issi coma si alcuns escrit a mi un liuro per pecuni que eu li dono o li prometo. » (éd. ROYER, L.; THOMAS, A. « La somme au Code. Texte dauphinois de la région de Grenoble publié d'après un manuscrit du XIII^e siècle appartenant à la bibliothèque du château d'Uriage ». *Notices et extraits des manuscrits de la Bibliothèque nationale et autres bibliothèques*. t. 42, Paris, 1932, p. 20, l. 24-25 et l. 27) ; *Lo Codi*, IV, 70, 2 : « Logaçión es quando yo algo do una cosa a otro por aver que <da o que me> me promete. (...) Otrossi si alguno aloga las sus obras aquello es alogaçión, (otrossi) assi como si él escribe un libro por aver que ome le da o ome le promete.» (éd. ARIAS BONET, J. A. *Lo Codi en Castellano segun los manuscritos 6416 y 10816 de la Biblioteca nacional*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1984, p. 216).

intéressant, puisque sa formulation reprend quasiment les mêmes termes que la définition unitaire. D'après cette dernière, la location est quand « je » transfère ma chose à un autre contre de l'argent qui m'est transféré ou promis. Selon les développements des différentes versions du *Lo Codi*, quelqu'un écrit un livre contre de l'argent qui lui est transféré ou promis. La comparaison entre la définition et l'illustration conduit d'abord à observer que la contrepartie en argent est un élément unitaire incontestable du contrat. L'attention se porte ensuite sur les deux premières parties des phrases : faut-il conclure que l'entité « écrire un livre » est assimilable au transfert d'une chose à quelqu'un d'autre ? Dans l'affirmative, le service en question, écrire un livre, est-il considéré tout entier comme une chose qui est transférée contre une rémunération, ou, selon une vision plus matérielle, la chose transférée dans le cadre de cette activité est-elle le livre copié lui-même ? Ces questions, qui n'appellent pas de réponse définitive, renvoient à nouveau à des hypothèses d'interprétation. La location de chose revêtirait alors une valeur générale, comprenant la location de service par inclusion du service dans la chose, ou alors il faudrait considérer que toute location suppose la remise d'une chose, qu'elle ait fait ou non l'objet de transformations.

La version provençale du *Lo Codi* paraît plus complète que les autres versions. Une annonce de plan qui distingue clairement la location de chose et la location de services est d'abord faite⁴⁵, puis le même contenu que celui des autres versions apparaît⁴⁶. Quelle est la portée de cette présentation ? En lien avec cette interrogation, pourquoi les autres versions du *Lo Codi*, toutes postérieures à cette version provençale rédigée en 1160 et 1170⁴⁷, ne la reprennent-elles pas ? La nature d'annonce de plan du texte provençal interdit de lui attribuer une valeur de définition bipartite du contrat entre la chose et les services. Il faut donc à nouveau se contenter de conjectures. Les autres versions pourraient avoir fait l'économie de cette précision d'ordre didactique, indépendamment de la signification véritable qu'elle pourrait revêtir. Il serait ensuite envisageable que l'annonce corresponde à une vision bipartite

⁴⁵ *Lo Codi*, IV, 68 : « Aici ditz, cals dreiz es d'aquelas causas que om donna a loguer o d'aquel omen que loga sas obras. » (éd. DERRER, F. *Lo Codi. Eine Summa Codicis in provenzalischer Sprache aus dem XII. Jahrhundert. Die provenzalische Fassung der Handschrift A (Sorbonne 632)*. Zurich: Juris Druck, 1974, p. 100).

⁴⁶ *Lo Codi*, IV, 68, 2 : « Logados es aco, cant eu logui una causa ad autre per auer qu'el m'en dona o qu'el m'en promet. (...). Arregers si alcuns om loga las soas obras, aco es logados eissament, si cum es, si el escrius un libre per auer que om lui done o lui promes. » (éd. DERRER, F. *Lo Codi. Eine Summa Codicis in provenzalischer Sprache aus dem XII. Jahrhundert. op. cit.*, p. 101).

⁴⁷ GOURON, André. « Le manuscrit 632 de la Sorbonne : à la convergence des droits savants en pays d'Oc ». *Mélanges de la Bibliothèque de la Sorbonne* 6. Paris, 1985, p. 13, réimpr. in *Droit et coutume en France aux XII^e et XIII^e siècles*, [CS, 422], Adershot, Variorum, 1993, IX.

du contrat que les versions postérieures auraient reconnue comme telle et considérée comme une évidence. Pour concilier cette possibilité avec la définition unitaire présente dans toutes les versions du *Lo Codi*, il faudrait admettre que le contrat de location se définisse avant tout par la location de chose, mais que la location de services s'en distingue. Il est enfin possible de considérer que le texte provençal ne fait pas état d'une bipartition aboutie du contrat mais la préfigure. Le contrat reste défini par la chose, il faut alors revenir aux hypothèses déjà envisagées au sujet du copiste : les services seraient un genre de chose, ou les services viendraient se greffer à la remise d'une chose dans une location de chose.

Les conclusions a minima de cette étude de sources présentant des définitions centrées sur l'usage de la chose peuvent être que les services, ou même la réalisation d'ouvrage, se manifestent toutefois dans ce cadre unitaire. D'autres sources, explicites, autorisent davantage de certitudes, qui s'arrêtent cependant à la bipartition du contrat.

2 LES DÉCLINAISONS DU CONTRAT DE LOCATION

77

Certaines définitions révèlent sans ambiguïté une partition du contrat entre la location de chose et la location de services. La location d'ouvrage apparaît dans certains écrits, mais la question de son indépendance des autres locations, en particulier de la location de services, reste entière.

2.1 Les cas explicites de bipartition du contrat : la chose et les services, la chose et la personne

Lorsqu'une partition du contrat est exprimée dans le cadre d'une définition, il s'agit toujours de partager le contrat entre la location de chose et la location de services. La définition précitée de la *Summa Vindobonensis* est peut-être l'une des premières en ce sens, avec celle de la *Summa Trecensis*⁴⁸, une somme au Code rédigée en Provence entre 1135 et 1140, dont l'auteur, Géraud, a été identifié par André Gouron en 1984⁴⁹. Les définitions de la *Summa Vindobonensis* et de la *Summa Trecensis* sont quasiment identiques, comme l'avait

⁴⁸ *Summa Trecensis*, IV, 57, 2 : « Locatio quidem est cum usum rei mee, vel operas meas pro mercede tibi do » (éd. FITTING, H. *Summa Codicis des Irnerius*. Berlin: Guttentag, 1894, p. 131, l. 24, et p. 132, l.1).

⁴⁹ GOURON, André. « L'auteur et la patrie de la *Summa Trecensis* ». *Ius commune*. t. 12 (1984), p. 28.

souligné Gerhard Otte⁵⁰. Ces définitions proposent qu'il y ait location lorsqu'il y a concession de l'usage d'une chose ou de services. L'usage concerne uniquement la chose, la même précaution ne s'applique pas aux services.

Placentin, entre 1160 et 1170, donne dans sa somme au Code une définition bipartite très semblable à celle de la somme au Code d'Azon, vers 1208-1210. « Or, la location consiste dans la remise d'une personne ou d'une chose pour un usage, avec l'établissement d'une rémunération certaine à chiffrer en argent »⁵¹, d'après Placentin, et « la location consiste dans la remise d'une personne ou d'une chose pour un usage, quand il y a accord sur une rémunération à chiffrer en argent »⁵², selon Azon. Le premier réflexe, à la comparaison de ces deux définitions, est de songer à une influence directe de Placentin sur Azon. Cependant, les deux auteurs pourraient avoir pour source commune les enseignements de Bulgarus. Placentin a en effet suivi à Bologne les cours de Bulgarus⁵³, qui était aussi le maître de Jean Bassien⁵⁴, dont Azon était l'élève⁵⁵. En outre, Azon a été probablement davantage influencé par son maître Jean Bassien, qu'il citait souvent et contredisait peu⁵⁶, que par Placentin.

Dans ces deux définitions, le mot « services » est remplacé par celui de « personne », et l'usage concerne à la fois la chose et la personne. La substitution du terme services par celui de personne ainsi que l'emploi du mot usage à propos de la personne ne sont pas anodines, et conduisent à des questions relatives au traitement de la personne à la fois par Placentin et Azon, et par les glossateurs en général. Les définitions de Placentin et Azon permettent certes d'identifier une différenciation claire entre la personne et la chose. Faut-il en conclure que les auteurs des autres définitions qui utilisent le terme services, ou qui sont centrées sur la chose, ne pensent pas une telle différence entre la chose et la personne ? A contrario, Placentin et Azon assimilent-ils complètement la personne aux services qu'elle peut rendre ? Si leurs définitions ont pour effet de distinguer une personne d'une chose, ne réifient-elles pas la personne en évoquant son usage ? La mention de l'usage au sujet de la personne pourrait

⁵⁰ OTTE, Gerhard. *Dialektik und Jurisprudenz. Untersuchungen zur Methode der Glossatoren*. Frankfurt am Main, 1971 (*Ius Commune*, Sonderhefte, t. 1), p. 112.

⁵¹ PLACENTINUS. *Summa Codicis*, IV, 65 : « Est autem locatio personae reive ad usum facta concessio, mercede certa constituta in pecunia numeranda », Moguntiae, 1536, réimpr. anast. Torino, 1962, p. 189.

⁵² AZO. *Summa Codicis*, IV, 65 : « Est autem locatio persone reive ad usum facta concessio, mercede in pecunia numeranda et conventa », Papie, 1506, réimpr. anast. Augustae Taurinorum, 1966 (*Corpus Glossatorum Juris Civilis*, t. II), p. 170, colonne 1.

⁵³ LANGE, HERMANN. *Römisches Recht im Mittelalter*. v. I. Die Glossatoren. *op. cit.*, p. 208.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 255.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 216.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 256.

avoir pour fonction de nuancer la distinction entre chose et personne.

La question de l'identification de la personne et du service ne reste pas totalement en suspens. Dans la même somme au Code, Placentin évoque la rémunération du bailleur « quand la personne est louée, ou le service de la personne »⁵⁷. La conjonction « ou » (*sive*) pourrait indiquer une distance entre la personne et le service, mais l'emploi de l'expression « la personne est louée », illustrée par les exemples du paysan et du secrétaire, incline au contraire à penser que Placentin assimile la personne et son service.

Des formulations, dont certaines datent du début de l'école des glossateurs, expriment une partition du contrat entre la location de chose et celle de service. Elles ne sont pas des définitions à proprement parler, mais révèlent que leurs auteurs envisagent au moins une telle partition du contrat entre la chose et les services. Dans la première moitié du XII^e siècle, Irnerius distingue la location de chose de la location de services⁵⁸. Le régime juridique de chaque cas est ensuite exposé. Il est à noter que cette distinction n'est nullement contradictoire avec la mention par ailleurs de l'obligation du bailleur de répondre de la jouissance de la chose⁵⁹. Vacarius, dans la seconde moitié du XII^e siècle en Angleterre, opère aussi une distinction entre la location de chose ou de service, dans une présentation précitée. La partition du contrat peut aussi s'illustrer dans l'analyse de cas. La *Collectio Codicis Chisiani 218*, un ouvrage appartenant au genre de la dispute scolaire de la fin du XII^e siècle⁶⁰, fait état de la question de la location perpétuelle de services par un homme libre⁶¹.

Cette séparation du contrat entre la location de chose et la location de services peut être approfondie, parfois par les mêmes auteurs, parfois par d'autres.

2.2 Au-delà de la bipartition du contrat ?

⁵⁷ PLACENTINUS. *Summa Codicis*, IV, 65 : « Distinguitur ita locatio: locatur alias persona, ut fossoris, et excerptoris, alias res, ut ager, domus, equus. Et certe ubi locatur persona, sive personae opera, locator debet recipere personae mercedem » (*op. cit.*, p. 190).

⁵⁸ IRNERIUS. *Dist. Par.* 4603, 30 : « Locat quis quandoque rem suam, quandoque operas suas » (éd. PESCATORE, G. *Die Glossen des Irnerius*. Greiswald, 1888, réimpr. anast. Frankfurt am Main, 1968. t. II, p. 70).

⁵⁹ ID. *Gl. ad D.*, 19, 2, 15, 2, *Ex conducto*, V^{is} Vis tempestatis : « Quamvis locator teneatur ad hoc ut rei fructum prestat, si tamen fructus fortuito vel vi interciderit, excusatur ita tamen ut et ipse careat mercede, quod in venditore non ita est. Is enim precium feret licet res interierit » (éd. BESTA, E. *L'opera d'Irnerio*. Torino, 1896, t. II, p. 198).

⁶⁰ LANGE, Hermann. *Römisches Recht im Mittelalter*. t. I. Die Glossatoren. *op. cit.*, p. 148.

⁶¹ *Collectio Codicis Chisiani 218*, §. 81 : « An liber homo operas suas in perpetuum locare possit ? Differunt. » (éd. HÄNEL, G. *Dissensiones dominorum sive iuris romani interpretum*. Lipsiae, 1834, réimpr. Aalen, 1964, p. 181).



Il serait abusif d'évoquer une tripartition claire du contrat. Néanmoins, le mot *opus*, ouvrage, apparaît dans certaines sources, de manière plus ou moins identifiée et plus ou moins récurrente. Le terme d'ouvrage est parfois utilisé en relation avec celui de services, sans qu'il soit possible de déterminer si les deux termes sont individualisés. L'emploi d'*opus* au sujet de la location se retrouve très tôt, dans les gloses au Digeste d'Irnerius. Le cas de la location d'un entrepôt qui fait l'objet d'une garde y est exposé⁶². Ce cas est analysé par Irnerius comme une location de chose dans laquelle est effectué un service, selon une conception bipartite du contrat partagé entre la location de chose et de services. Il est ensuite expliqué que « celui qui prend en location des ouvrages est appelé au contraire bailleur d'ouvrage ». Cette phrase peut surprendre, puisque le bailleur (*locator*) y est dit prendre en location (*conducit*). Faut-il y voir de manière globale la description du renversement de la qualification des parties entre la location de services et la location d'ouvrage, dont l'inversion serait soulignée par Irnerius (*e contrario*) ? La relation entre cette assertion et l'opération de location d'entrepôt faisant l'objet d'une garde n'est pas suffisamment claire pour en avoir la certitude.

Les services ne sont pas non plus parfaitement distingués de l'ouvrage dans la glose ordinaire. Il faut ici distinguer la glose ordinaire au Digeste et la glose ordinaire au Code.

La location d'un ouvrage à faire est certes évoquée sans détour dans la glose ordinaire au Digeste⁶³. Il y est ainsi explicitement question de louer un ouvrage à faire. Les parties font aussi l'objet d'une identification : « il » représente la partie qui loue, le bailleur, et « moi », celle qui reçoit la rémunération. Le preneur réalise donc l'ouvrage, ce qui distingue cette opération de la location de service, dans laquelle le bailleur effectue les services. Le régime juridique est même précisé, puisque le preneur doit recevoir sa rémunération pour tout l'ouvrage effectué.

Cependant, les rapports entre les services et l'ouvrage sont présentés de manière beaucoup plus indistincte dans la glose ordinaire au Code. La constitution qui sert de base à la

⁶² IRNERIUS. *Gl. ad D.*, 19, 2, 57, *Qui domum* : « Ita et hoc dici solet me conducere eam rem in quam impendo meam operam, cum possim et alii locare idem faciendum. Item tibi loco horreum ut tibi non tam ad te et rei quam ad metum earum rerum custodia pertinet. Prestat igitur custodiam non tantum conductor, sed interdum etiam locator cum idem et conductor dicatur: et e contrario qui conducit opera locator operis vocitatur » (éd. BESTA, E. *L'opera d'Irnerio. op. cit.*, p. 202).

⁶³ ACCURSIUS. *Gl. ord. ad D.*, 19, 2, 33, *Si fundus*, V^o Locasses : « Locavit ergo opus ad faciendum, ut mihi pro toto opere praestaret mercedem » (*Glossa in Digestum vetus*, [*Corpus Glossatorum Juris Civilis*, t. VII], Venetiis, 1488, réimpr. anast., Augustae Taurinorum, 1969, fol. 290 va).

réflexion évoque la question de la dette de la personne qui a pris en location des édifices à construire⁶⁴. Dans cette constitution, il n'est pas complètement évident que cette personne soit chargée de réaliser les bâtiments. Cette partie pourrait tout aussi bien, en l'absence de contextualisation, être un client qui prendrait en location des édifices à construire. Il est clair, néanmoins, que cette personne est preneur, puisqu'elle prend en location. Or, dans la glose ordinaire à cette constitution, cette personne qui réclame sa dette est assimilée à un artisan, qui est lui-même qualifié de bailleur d'un service⁶⁵. La même personne est donc preneur dans la constitution, et bailleur dans la glose au Code. La comparaison des actions préconisées par la constitution et sa glose est révélatrice de la requalification de la partie concernée. Le preneur de la constitution poursuit sa dette par une action de prise en location, *ex conducto*, alors que selon la glose, l'artisan bailleur peut agir par une action de location-prise en location, *ex locato et conducto*, comme si la simple mention de l'action *ex locato* avait rendu trop évidente cette requalification. Une autre glose complète la réflexion sur ce cas en posant la question de la date à laquelle le bailleur de services peut réclamer une rémunération⁶⁶. La réponse est surprenante, puisqu'il est dit que la rémunération peut être réclamée à la fin de l'ouvrage quand on a pris en location à son risque. Il peut d'abord être observé que le bailleur de ses services peut réaliser un ouvrage. Le rétablissement du verbe « prendre en location », alors même que le bailleur de services loue, est aussi à souligner : est-ce parce qu'il est question d'un ouvrage que ce verbe est employé ? Cet exemple tiré de la glose ordinaire n'est pas sans rappeler l'analyse de Roberto Fiori, selon laquelle la location d'ouvrage a pu être considérée jusqu'au début du XVII^e siècle comme une location de service dont le prestataire assumerait la responsabilité et le risque⁶⁷.

L'ouvrage est aussi évoqué dans certaines sources, sans faire l'objet d'une classification. La perception du contrat est particulièrement étagée chez Odofrède, dans la seconde moitié du XIII^e siècle, puisqu'il commence par proposer une définition unitaire du

⁶⁴ ANTONINUS. *C.*, 4, 65, 2, [a. 213] : « Adversus eos, a quibus extruenda aedificia conduxisti, ex conducto actione consistens eo iudicio quod est bonae fidei debitum cum usuris solitis consequeris ».

⁶⁵ ACCURSIUS. *Gl. ord. ad C.*, 4, 65, 2, *Adversus*, V^o Conduxisti : « Quod conductio dicitur nomine edificii et eiusdem ratione dominus dicitur locator. Item conductor dicitur dominus ratione eiusdem opere et faber locator ratione eiusdem opere unde faber potest agere ex locato et conducto ad mercedem » (*Glossa in Codicem*, [*Corpus Glossatorum Juris Civilis*, t. X], Venetiis, 1488, réimpr. anast., Augustae Taurinorum, 1968, fol. 125 va).

⁶⁶ ID. *Gl. ord. eod. loc.*, V^o Solitis : « Sed iste qui sic locavit operas, quando poterit petere mercedem? Respondetur finito opere (...) sed illud quando suo periculo conduxit, unde quando non suo periculo conduxisset, posset dici contra » (*op. cit.*, fol. 125 va).

⁶⁷ FIORI, ROBERTO. *La definizione della « locatio conductio »*, *op. cit.*, p. 306-307.

contrat centrée sur la chose. Le bailleur répond ainsi de la chose, et le preneur, de la rémunération⁶⁸. Cette définition convient aussi à une location de services, que l'auteur envisage en citant les exemples de l'ouvrier et du secrétaire qui louent leurs services. L'hypothèse d'une location d'ouvrage est implicitement écartée dans cette définition, puisque la partie qui répond de la rémunération est alors le bailleur. Pourtant, Odofrède n'exclut pas par ailleurs la possibilité d'une location d'ouvrage, d'abord parce qu'il identifie le preneur d'ouvrage comme le créancier d'une rémunération. Il évoque ainsi le cas où « je » loue un ouvrage à faire à « tu », qui doit percevoir une rémunération certaine chaque jour⁶⁹. Dans ce schéma, « je » est bailleur et « tu », preneur, est le destinataire de la rémunération, ce qui s'oppose à la définition précitée. Ensuite, Odofrède emploie de manière récurrente la formulation « si je t'ai loué un ouvrage à faire »⁷⁰, avec la variante « si j'ai pris en location un ouvrage à faire »⁷¹. L'emploi de cette expression construite autour de l'ouvrage à faire, sous la forme figée *opus faciendum*, correspond à des fragments du Digeste où le terme *opus* est employé sous sa forme déclinée. L'expression *opus faciendum* n'est employée qu'une seule fois dans le Digeste⁷². L'usage systématique de cette expression par Odofrède semble révéler la construction de l'opération juridique de location d'ouvrage, alors même qu'elle n'est pas considérée dans le cadre de sa définition du contrat.

La présentation qui identifie le plus les trois hypothèses de contrat est certainement celle d'Azon⁷³. Elle s'insère après la définition bipartite selon laquelle la location consiste dans la

⁶⁸ ODOFREDUS. *Com. ad C.*, 4, 65 : « Nam proprie est locator, qui prestat rem. Proprie est conductor, qui prestat mercedem. (...) Sed nos habemus talem considerationem ibi, ut dicamus faber et scriptor proprie dicitur locare operas suas mihi, et dicor ego conducere, qui solvo certum quod pro opera. » (*In primam Codicis partem praelectiones*, Lugduni, 1552, réimpr. anast. Bologna, 1968, [*Opera Juridica Rariora*, t. v/1], fol. 257 ra).

⁶⁹ ID. *Com. ad D.*, 19, 2, 51, 1, *Locavi opus* : « In paragrapho isto dicitur : locavi tibi aliquod opus faciendum eo pacto ut tu deberes habere certam mercedem singulis diebus pro illo opere » (*In secundam Digesti veteris partem praelectiones*, Lugduni, 1552, réimpr. anast. Bologna, 1968, [*Opera Juridica Rariora*, t. II/2], fol. 120 ra)

⁷⁰ ID. *Com. ad D.*, 19, 2, 13, 10, *Si in lege operis* (*op. cit.*, fol. 115 va) ; ID. *Com. ad D.*, 19, 2, 24, *pr.*, *Si in lege* (*op. cit.*, fol. 117 vb) ; ID. *Com. ad D.*, 19, 2, 30, 3, *Qui edem* (*op. cit.*, fol. 118 vb) ; ID. *Com. ad D.*, 19, 2, 36, *Opus quod adversione locatum est* (*op. cit.*, fol. 119 va) ; ID. *Com. ad D.*, 19, 2, 37, *Si prius* (*op. cit.*, fol. 119 va) ; ID. *Com. ad D.*, 19, 2, 51, 1, *Locavi opus* (*op. cit.*, fol. 120 ra) ; ID. *Com. ad D.*, 19, 2, 58, 1, *In operis locatione* (*op. cit.*, fol. 120 rb).

⁷¹ ID. *Com. ad D.*, 19, 2, 48, *pr.*, *Si cui locaverim* (*op. cit.*, fol. 119 vb).

⁷² IAVOLENUS. *Libro undecimo epistularum*, *D.*, 19, 2, 51, 1.

⁷³ AZO. *Summa Codicis*, IV, 65 : « Ergo si domum haberem et te conventa mercede inhabitare permitto, tu conductor ergo locator dicor ut ff., eodem, *Si tibi* [*D.*, 19, 2, 5] et lege *Cum fundus* [*D.*, 19, 2, 3] et infra, eodem, lege III [*D.*, 19, 2, 3] et lege *Nemo* [*D.*, 19, 2, 51, *pr.*] et lege *Conductoris* [*D.*, 19, 2, 24, 1], tuque si operis tuis mercede conventa in re mea utaris diceris locator operarum tuarum, et ego earumdem conductor ut ff., eodem, *Qui operas* [*D.*, 19, 2, 38, *pr.*]. Si vero tibi opus faciendum mercede conventa dederis respectu operis ego locator, tu vero conductor diceris ut ff., eodem, *Item queritur*, §. I [*D.*, 19, 2, 13, *pr.*], et §. *Si gemma* [*D.*, 19, 2, 13, 5] et

remise d'une personne ou d'une chose pour un usage, ce qui invite plutôt à penser qu'elle vient expliquer la définition sous l'angle de différentes situations concrètes, afin de faciliter la compréhension du lecteur. D'un côté, l'aspect didactique de ce paragraphe se fait jour grâce à plusieurs indices. Cet exposé s'attache en effet tout spécialement à qualifier les parties, bailleur ou preneur. Il s'agit en outre d'une présentation concrète, puisque l'auteur commence par évoquer le cas d'une maison. D'un autre côté, un aspect théorique se manifeste. Trois hypothèses différentes apparaissent ainsi, identifiées par « si » : « si j'ai une maison et je te permets d'y habiter », « si tu fais usage de tes services », « si en revanche je t'ai donné un ouvrage à faire ». De plus, chaque hypothèse est illustrée par un ou plusieurs renvois au Digeste.

La première hypothèse, « si j'ai une maison et je te permets d'y habiter », illustre une location de choses. Le bailleur permet au preneur d'utiliser ce qui est à lui, la maison. Même si Azon ne précise pas qui perçoit la rémunération, il souligne l'existence d'une rémunération convenue, et on peut déduire du sens de l'opération que le bailleur reçoit une rémunération du preneur.

Dans la deuxième hypothèse, « si tu fais usage de tes services », « toi », qui était preneur dans la première hypothèse, devient bailleur parce qu'il propose de réaliser des services au profit du preneur. L'autre partie, « je » qui était bailleur de la chose, devient preneur des services. Il est important de relever que les parties changent de qualification entre les deux hypothèses. La partie qui touche la rémunération n'est à nouveau pas précisée. Il découle de l'opération décrite par Azon que le bailleur, « tu », qui effectue les services, perçoit la rémunération.

La troisième hypothèse, « si en revanche je t'ai donné un ouvrage à faire », envisage la location d'un ouvrage. La partie qui donne l'ouvrage à faire est bailleur, celle qui l'exécute est preneur. Il n'est pas précisé si le bailleur fournit la matière sur laquelle travaille le preneur. Azon insiste au contraire sur l'action de donner l'ouvrage à faire, ce qui invite à penser que le bailleur est identifié par l'ordre qu'il donne, et non par la matière qu'il fournirait éventuellement. L'expression « une fois la rémunération convenue » est à nouveau employée, sans autre précision. Puisque le preneur effectue dans ce cas un ouvrage, il reçoit du bailleur une rémunération. Les allégations se réfèrent aux cas d'un cocher, d'un foulon et d'un

§. *Si fullo* [D., 19, 2, 13, 6], et lege *Opus* [D., 19, 2, 36], et quasique diceris, redemptor, ut ff., eodem, *Qui insulam*, §. *Qui edem* [D., 19, 2, 30, 3] » (*op. cit.*, p. 170, colonne 1).

bijoutier. L'ouvrage n'a pas forcément d'assise matérielle, comme le montre le cas du cocher dont la tâche est de transporter. Azon précise que le preneur est alors quasiment un entrepreneur, et renvoie à un paragraphe du Digeste qui emploie le même mot d'entrepreneur (*redemptor*)⁷⁴. L'emploi de ce terme distingue cette hypothèse des deux premières, ce qui ne signifie pas pour autant que la location d'ouvrage a une existence indépendante des deux autres.

L'analyse de la division du contrat de location dans les productions des glossateurs s'envisage avec prudence. La rencontre des textes permet cependant de questionner le silence de certaines sources qui évoquent uniquement l'usage de la chose, ou laisse entrevoir, au-delà d'une définition unitaire ou bipartite, une conception plus multiforme du contrat.

SOURCES ET BIBLIOGRAPHIE

I.— SOURCES

ACCURSIUS. *Glossa in Codicem*, Venetiis. 1488, réimpr. anast., Augustae Taurinorum, 1968 (*Corpus Glossatorum Juris Civilis*, t. X).

_____. *Glossa in Digestum vetus*, Venetiis. 1488, réimpr. anast., Augustae Taurinorum, 1969 (*Corpus Glossatorum Juris Civilis*, t. VII).

AZO. *Summa [super Codicem. Instituta. Extraordinaria]*. Papie, 1506, réimpr. anast. Augustae Taurinorum, 1966 (*Corpus Glossatorum Juris Civilis*, t. II).

COLLECTIO *Codicis Chisiani 218*. In: HÄNEL, G. (éd.). *Dissensiones dominorum sive iuris romani interpretum*. Lipsiae, 1834, réimpr. Aalen, 1964.

CORPUS *juris civilis*. t. I. IN: KRUEGER, P.; MOMMSEN, TH. (ED). *Institutiones et Digesta*. 11. éd. Berlin, 1963, réimpr. anast. Hildesheim, 1988; t. II. IN: KRUEGER, P. (éd.). *Codex Justinianus*. 11. éd. Berlin, 1954, réimpr. anast. Hildesheim, 1989.

CORPUS *legum sive Brachylogus juris civilis et incerti scriptoris epitome juris civilis*. In: BÖCKING, E. (éd.). Berolini, 1829, réimpr. anast. Goldbach, 2002.

⁷⁴ ALFENUS. *Libro tertio digestorum a Paulo epitomarum*, D., 19, 2, 30, 3.

EPITOME « Exactis regibus » (Die.). Mit Anhängen und einer Einleitung : Studien zur Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter. In: CONRAT, M. (éd.). Berlin, 1884, réimpr. anast. Aalen, 1965.

EXCEPTIONES Petri legum Romanorum. In: MOR C. G. (éd.). *Scritti Giuridici Preirneriani.* t. II. Milano, 1938 [*Orbis romanus*, t. X].

GLOSSA Londinensis ad Institutiones. In: LEGENDRE, P. (éd.). « Recherches sur les commentaires pré-accursiens ». *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, t. XXXIII (1965), p. 353-429.

GLOSSE zu den Exceptiones legum Romanorum des Petrus. In: FITTING, H. (éd.). Halle, 1874.

HEINECCIUS, Johannes Gottlieb. *Elementa juris civilis secundum ordinem Institutionum commoda auditoribus methodo.* Giessae, ca. 1750.

IRNERIUS. *Glossae ad Digestum vetus.* In: BESTA, E. (éd.). *L'opera d'Irnerio.* t. II. Torino, 1896.

_____. In: PESCATORE, G. (éd.). *Die Glossen des Irnerius.* t. II. Greiswald, 1888, réimpr. anast. Frankfurt am Main, 1968.

LECTURA Vindobonensis super Institutiones. In: PALMIERI, J.B. (éd.). *Wernerii summa Institutionum cum glossis Martini, Bulgari, Alberici aliorumque.* *Bibliotheca Iuridica Medii Aevi.* t. I. Additiones. Bononiae, 1914, p. 1-208 (*notae*).

LIBER juris florentinus. In: CONRAD, M. (éd.). *Das florentiner Rechtsbuch, ein System römischen Privatsrechts aus der Glossatorenzeit.* Berlin, 1882.

LO Codi. In: ROYER, L.; THOMAS, A. (éd.). « La somme au Code. Texte dauphinois de la région de Grenoble publié d'après un manuscrit du XIII^e siècle appartenant à la bibliothèque du château d'Uriage ». *Notices et extraits des manuscrits de la Bibliothèque nationale et autres bibliothèques.* t. 42. Paris, 1932.



LO Codi. In: DERRER, F. (ÉD.). *Eine Summa Codicis in provenzalischer Sprache aus dem XII. Jahrhundert. Die provenzalische Fassung der Handschrift A (Sorbonne 632)*. Zurich, 1974.

LO Codi. In: FITTING, H.; SUCHIER, H. (éd.). *Eine Summa Codicis in provenzalischer sprache aus der Mitte des XII. Jahrhunderts*. Erster Teil. Lo Codi in der lateinischen Übersetzung des Ricardus Pisanus. Halle, 1906.

LO Codi en Castellano segun los manuscritos 6416 y 10816 de la Biblioteca nacional. In: ARIAS BONET, J. A. (éd.). Madrid, 1984.

ODOFREDUS DE DENARIIS. *In primam Codicis partem complectentem I., II., III., IIII., et V libros praelectiones*, Lugduni, 1552, réimpr. anast. *Lectura super Codice I*, Bologna, 1968 (*Opera Juridica Rariora*, t. V/1).

_____. *In secundam Digesti veteris partem praelectiones*. Lugduni, 1552, réimpr. anast. *Lectura super Digesto veteri II*, Bologna, 1968 (*Opera Juridica Rariora*, t. II/2).

PLACENTINUS. *Summa Codicis*. Moguntiae, 1536, réimpr. anast. Torino, 1962.

SINTENIS, Carl Friedrich Ferdinand. *Das practische gemeine Civilrecht*. t. II. Das Obligationenrecht. Leipzig, 1847.

SUMMA Institutionum « Iustiniani est in hoc opere » (Ms. Pierpont Morgan 903). In: LEGENDRE, P. (éd.). Frankfurt am Main, 1973 (*Jus commune*, Sonderhefte, 2).

SUMMA Institutionum Londinensis. In: ZULUETA, F. DE; STEIN, P. (éd.). *The teaching of Roman Law in England around 1200*. London, 1900 (*Selden Society*, Suppl. Ser., 8).

SUMMA Trecensis. In: FITTING, H. (éd.). *Summa Codicis des Irnerius*. Berlin, 1894.

SUMMA Vindobonensis. PALMIERI, J.B. (éd.). *Wernerii summa Institutionum cum glossis Martini, Bulgari, Alberici aliorumque*. *Bibliotheca Iuridica Medii Aevi*. t. I. Additiones. Bononiae, 1914, p. 1-208.

VACARIUS. *Liber Pauperum*. In: ZULUETA, F. DE (ED.). *The Liber Pauperum of Vacarius*. London, 1927 (*Publications of the Selden Society*, 44).



VOET, Johannes. *Commentarius ad Pandectas*. Hagae-Comitum, 1707.

II.— BIBLIOGRAPHIE

FIORI, Roberto. La definizione della « locatio conductio ». *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*. Napoli: Jovene, 1999, XI- 410 p.

GOURON, André. « La science juridique française aux XI^e et XII^e siècles : diffusion du droit de Justinien et influences canoniques jusqu'à Gratien ». *Ius Romanum Medii Aevi* I, 4, d-e, Mediolani, Giuffrè, 1978, p. 3-118, réimpr. in *Études sur la diffusion des doctrines juridiques médiévales*. London: Variorum, 1987 (CS, 264), II.

_____. « L'auteur du 'Brachylogus' : un compagnon de Thomas Becket en exil ? ». *A Ennio Cortese*. t. II. Roma: Il Cigno, 2001, p. 161-173.

_____. « L'auteur et la patrie de la *Summa Trecensis* ». *Ius commune*, t. 12 (1984), p. 1-38.

_____. « Le manuscrit 632 de la Sorbonne : à la convergence des droits savants en pays d'Oc ». *Mélanges de la Bibliothèque de la Sorbonne* 6, Paris, 1985, p. 6-20, réimpr. in *Droit et coutume en France aux XII^e et XIII^e siècles*, [CS, 422], Adershot, Variorum, 1993, IX.

LANGE, Hermann. *Römisches Recht im Mittelalter*. t. I. *Die Glossatoren*. München: Beck, 1997, XXXI- 485 p.

LEGENDRE, Pierre. « Recherches sur les commentaires pré-accursiens ». *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, t. XXXIII (1965), p. 353-429.

OLIVIER-MARTIN, Félix. « Des divisions du louage en droit romain ». *Revue historique de droit français et étranger*. t. 15 (1936), p. 419-475.

OTTE, Gerhard. *Dialektik und Jurisprudenz. Untersuchungen zur Methode der Glossatoren*. Frankfurt am Main, 1971 (*Ius Commune*, Sonderhefte, t. I), 255 p.

RANIERI, Filippo. « Dienstleistungsverträge: Rechtsgeschichte und die italienische Erfahrung ». In: ZIMMERMANN, R. (ED.). *Service contracts. Gesellschaft für Rechtsvergleichung. (Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung, 15)*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, p. 1- 41.

WEIMAR, Peter. « Die legistische Literatur der Glossatorenzeit ». In: COING, H. (ÉD.). *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte. t. I. Mittelalter (1100-1500). Die gelehrten Rechte und die Gesetzgebung*. München: Beck, 1973, p. 129-260.

Submissão: 30/09/2015
Aceito para Publicação: 21/12/2015



A ÚLTIMA PALAVRA E DIÁLOGO INSTITUCIONAL: RELAÇÕES COM AS TEORIAS DEMOCRÁTICAS EM DWORKIN E WALDRON

THE LAST WORD AND INSTITUTIONAL DIALOGUE: RELATIONS WITH THE DEMOCRATIC THEORIES IN DWORKIN AND WALDRON

Fernando José Longo Filho*

RESUMO: O propósito deste artigo é analisar as teorias democráticas de Dworkin e Waldron a fim de compreender como esses autores justificam normativamente os conceitos de última palavra e diálogo institucional. Dworkin é analisado como representante da perspectiva teórica do Poder Judiciário como o detentor da última palavra. Waldron é apresentado como o antagonista dessa perspectiva quando enfatiza o papel do Parlamento. Entretanto, embora sejam antagonistas quanto ao tema da última palavra, tanto Dworkin como Waldron têm convergências sobre o conceito de democracia. É a partir da análise dessas divergências e convergências que se pretende explorar a temática da última palavra e do diálogo institucional.

ABSTRACT: The purpose of the essay is to analyze the democratic theories of Dworkin and Waldron in order to understand how these authors justify normatively the concepts of last word and institutional dialogue. Dworkin is analyzed as a representative of a theoretic approach to the Judiciary Branch as the owner of the last word. Waldron is presented as the antagonist of this approach when emphasizes the roll of the Parliament. However, despite the fact they are antagonists in relation to the topic of the last word, Dworkin as well as Waldron have convergences about the concept of democracy. It is from the analysis of these divergences and convergences that it is intended to explore the theme of the last word and institutional dialogue.

PALAVRAS-CHAVE: Diálogo institucional. Parlamento. Judiciário. Democracia.

KEYWORDS: Institutional dialogue. Parliament. Judiciary. Democracy.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A última palavra em Dworkin. 2. A última palavra em Waldron. 3. Democracia, última palavra e diálogo. Conclusões. Referências

INTRODUÇÃO

O conceito de diálogo institucional ingressou, recentemente, no debate jurídico internacional e nacional.¹ Por diálogo institucional, entenda-se, em um primeiro momento e apenas como um conceito descritivo, a existência de uma interação entre Cortes Constitucionais e Parlamento na atividade de interpretar e dar sentido à Constituição.

* Mestrando em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Procurador do Distrito Federal desde 2005.

¹ Conferir HOGG, Peter W. and BUSSELL, Alisson A. The charter dialogue between Courts and Legislatures. (Or perhaps The Charter of Rights isn't such a bad thing after all). *Osgoode Law Journal*, v. 35, n. 1, 1997. GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese apresentada ao Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Ciência Política. São Paulo: 2008. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo Institucional e Controle de Constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

A institucionalização desse conceito por meio da Carta de Direitos e Liberdades de 1982 no Canadá representou a primeira afirmação formal da existência de um diálogo institucional entre Corte Constitucional e Parlamento, o que ocorreu com introdução da cláusula denominada “não obstante” prevista no art. 33² que autoriza que o Parlamento ou a legislatura provincial (o equivalente as nossas Assembleias Legislativas) reedite uma lei declarada inconstitucional pela Corte Constitucional Canadense pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sendo que essa reedição da lei inconstitucional poderá ser renovada sempre por até 5(cinco) anos, indefinidamente. Foi nesse contexto que Hogg e Bushell³ cunharam a expressão diálogo institucional que, de certa maneira, incorporou-se ao debate acadêmico.

Atualmente, reconhece-se, pelo menos no aspecto descritivo, a existência de diálogo institucional em outros sistemas jurídicos⁴, como, por exemplo, o americano e o brasileiro, cujas decisões das Cortes Constitucionais são superadas, geralmente, por emendas constitucionais.⁵ Entretanto, o fato de o diálogo constitucional ter assumido uma feição normativa no Canadá relaciona-se com a tentativa de acomodação da inserção de um sistema de *judicial review* em um país de tradição de soberania do parlamento, típico dos países da *commonwealth*.⁶

E esse aspecto nos interessa, isto é, de como as teorias democráticas conformam os sentidos de quem tem “a última palavra”, se Parlamento ou Corte Constitucional, ou se o que se justifica normativamente é o permanente diálogo entre Parlamento e Corte Constitucional. No caso canadense, a tradição constitucional era de supremacia do Parlamento, ou seja, cabia ao Parlamento dar a última palavra sobre a Constituição e direitos fundamentais. O sistema

² “33. (1) O Parlamento ou a legislatura de uma província poderá promulgar uma lei onde se declare expressamente que a lei ou uma das suas disposições terá vigor independentemente de qualquer disposição incluída no artigo 2 ou nos artigos 7 a 15 da presente Carta.

(2) A lei ou disposição da lei que esteja em vigor sob a declaração de que trata este artigo terá o efeito que teria, exceto pela referência à disposição desta Carta referida na declaração.

(3) A declaração feita ao abrigo do parágrafo (1) cessará de ter validade cinco anos após ter entrado em vigor ou em uma data anterior especificada na declaração.

(4) O Parlamento ou a legislatura provincial poderá promulgar novamente a declaração feita ao abrigo do parágrafo (1).

(5) O parágrafo (3) será válido para todas as promulgações repetidas adotadas ao abrigo da parágrafo (4).”

³ HOGG, Peter W. and BUSSELL, Alisson A. The charter dialogue between Courts and Legislatures. (Or perhaps The Charter of Rights isn’t such a bad thing after all). *Osgoode Law Journal*, v. 35, n. 1, 1997.

⁴ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 225-271.

⁵ No caso brasileiro, é importante destacar que a súmula n.º 726 do STF, cuja redação era “Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço fora de sala de aula” foi superada por lei ordinária, tendo sido reconhecida a constitucionalidade dessa modificação pelo STF na ADIN n.º 3772.

⁶ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo Institucional e Controle de Constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 188-189.

dialógico canadense implicou a adoção de outro modelo teórico de democracia. Recusou-se o modelo forte de *judicial review* norte-americano⁷, em que a Suprema Corte é protagonista em outorgar “a última palavra”, sendo suas decisões superadas apenas por emenda constitucional, o que é extremamente difícil no caso dos EUA.

Esses modelos de *judicial review* estão assentados em concepções de democracia. E o objetivo desse ensaio é explorar a relação entre esses modelos de *judicial review* e teorias democráticas. Se, do ponto de vista descritivo, não há dúvida sobre a existência de uma interação entre Corte Constitucional e Parlamento; pela ótica da justificativa normativa, as alternativas variam de acordo com os modelos de democracia supostos.

Nesse contexto, será explorada as relações entre teoria democrática e o sistema forte de *judicial review* proposto por Dworkin. Em seguida, o autor a ser analisado é Jeremy Waldron que é um arquétipo teórico de defesa da supremacia do Parlamento e de rejeição da supremacia judicial, e pode ser definido como um antagonista de Dworkin.

Em seguida, serão exploradas as coincidências e as divergências entre Dworkin e Waldron, analisando-se como esses autores trabalham as categorias democracia, última palavra e diálogo. Embora esse último conceito não esteja presente como referência teórica expressa em nenhum dos dois autores, isto não significa que não tenham dito nada sobre a interação entre Parlamento e Corte Constitucional.

92

1 A ÚLTIMA PALAVRA EM DWORKIN

Dworkin reconhece que a supremacia judicial é um fato histórico da sociedade americana que considera o Poder Judiciário como o intérprete final da Constituição, cuja compreensão dos direitos fundamentais é a de um ordenamento principiológico. E argumenta que não há motivo para se forçar as práticas americanas a se amoldarem a uma filosofia majoritária.⁸

⁷ Waldron propõe uma classificação de sistemas de *judicial review* em forte, médio e fraco. Os EUA e alguns países da Europa teriam um sistema forte de *judicial review*, em contraposição ao Reino Unido e Nova Zelândia, que teriam um sistema fraco. O Canadá é classificado como um sistema médio porque a cláusula “não obstante” impõe um ônus ao legislador. Conferir WALDRON, Jeremy. *Judicial Review and Judicial Supremacy*. New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series. Working Paper n° 14-57, November 2014, p. 9-10.

⁸ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Oxford University Press, 2005. p. 34-35.



Apesar desse reconhecimento, o esforço teórico de Dworkin é para justificar a legitimidade democrática do *judicial review*, isto é, de que os direitos fundamentais podem ser usados como trunfos, na conhecida fórmula, para bloquear as decisões de política adotadas pela sociedade por meio dos órgãos da democracia representativa, cuja tese pode ser sintetizada da seguinte maneira nas suas próprias palavras⁹:

Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral -, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais.

É a distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política (*policy*). Cabe ao Poder Judiciário decidir de acordo com os argumentos de princípio. Para essa finalidade, Dworkin desenvolve a sua concepção de Direito como integridade e elabora uma sofisticada teoria da interpretação e aplicação do Direito.¹⁰ Embora seja questionável essa distinção tão demarcada entre princípios e política (*policy*)¹¹, o que nos interessa é o fundamento que apoia o conceito de argumento de princípios e, por consequência, autoriza o *judicial review*. Trata-se da concepção de democracia substantiva elaborada por Dworkin, formulada do seguinte modo:

Estamos, finalmente, em condições de examinar nossa hipótese de maneira direta: a **melhor defesa da legitimidade política** – o direito de uma comunidade política tratar seus membros como tendo obrigações em virtude de decisões coletivas da comunidade – vai ser encontrada não onde os filósofos esperam encontrá-la – no árido terreno dos contratos, dos deveres de justiça ou das obrigações de jogo limpo, que poderiam ser válidas entre os estranhos –, **mas no campo mais fértil da fraternidade, da comunidade e de suas obrigações concomitantes. Como a família, a amizade e outras formas de associação mais íntimas e locais, a associação política contém a obrigação em seu cerne.**¹²

Dworkin afasta-se de uma concepção contratualista de democracia em favor de um modelo fundado na fraternidade política, no caráter associativo da comunidade política. Essa distinção é mais nítida quando Dworkin diferencia dois tipos de ação coletiva: a estatística e a comunal. Quando se diz que a democracia é o governo do povo e pelo povo, supõe-se que os

⁹ Id, *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 101.

¹⁰ Id, *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

¹¹ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. Op. cit. p. 164.

¹² DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 249-250. Destaques nossos.

indivíduos atuem coletivamente, o que pode ocorrer de maneira estatística ou comunal. A depender de como seja a ação coletiva – se estatística ou comunal, a premissa majoritária irá se modificar, isto é, o modo como se concebe o funcionamento da democracia.¹³

Segundo Dworkin, a ação coletiva é estatística quando a atuação política considera apenas os indivíduos isoladamente, sem admitir a ação de um sujeito coletivo, o povo, como ator político. O sistema eleitoral de contagem de votos e formação de maiorias parlamentares é um exemplo de ação estatística que forja uma concepção majoritária de democracia.¹⁴ Em outras palavras, o sistema de regras e processos eleitorais majoritários não explicam o conceito de democracia de Dworkin.

A ação coletiva comunal ou associativa é explicada com o exemplo da orquestra. Para que o desempenho de uma orquestra seja um sucesso, não basta apenas que os músicos toquem adequadamente seus instrumentos de maneira isolada; porém, é necessário que toquem como uma orquestra, isto é, cada um contribuindo para o desempenho do grupo e assumindo a sua responsabilidade coletiva nesse empreendimento.¹⁵

É com base nessa noção de ação coletiva comunal ou associativa que Dworkin constrói seu conceito de democracia constitucional. Afirma que para se ter um conceito de democracia é imprescindível que estejam presentes condições relacionais¹⁶ que são extraídas da noção de ação coletiva comunal ou associativa e explicitadas por Dworkin assim¹⁷:

Uma comunidade política não pode considerar alguém como um membro moral a não ser que conceda a essa pessoa uma parte na decisão coletiva, uma participação nela e independência dessa decisão coletiva.

A primeira condição é a de participar da comunidade política, o que significa dizer que um membro da comunidade política deve ter assegurada a oportunidade de fazer diferença nas decisões coletivas. Essa condição implica garantir o direito de sufrágio universal, a legitimidade do processo eleitoral e o princípio da representatividade. Entretanto, não se

¹³ Id, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Oxford University Press, 2005. p. 19.

¹⁴ Ibid, p. 20.

¹⁵ Ibid, p. 20.

¹⁶ Ao lado das condições relacionais, Dworkin afirma que são necessárias também as condições estruturais, que versam essencialmente sobre aspectos históricos. Nos deteremos aqui as condições relacionais por reputarmos mais importantes para a compreensão do conceito de democracia constitucional de Dworkin. Conferir DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Oxford University Press, 2005. p. 23.

¹⁷ Ibid, p. 24, tradução nossa livre do inglês: “A political community cannot count anyone as a moral member unless it gives that person a part in any collective decision, a stake in it, and independence from it.”

esgota nesses aspectos, abrangendo também o direito de liberdade de expressão que desempenha um importante papel no autogoverno.¹⁸

Prosseguindo, Dworkin assevera que a segunda condição corresponde ao fato de que uma comunidade política genuína deve expressar de boa-fé uma concepção de igual consideração pelos interesses de todos os membros, ou seja, as decisões políticas que afetam a distribuição de riquezas, benefícios e encargos devem considerar todos igualmente.¹⁹

A última condição – independência moral – seria a mais controvertida para Dworkin. Embora os membros dessa comunidade política sejam guiados por uma ação coletiva comunal ou associativa e, por esse motivo, são parceiros de uma aventura conjunta, uma comunidade política genuína é composta por indivíduos independentes moralmente, isto é, ninguém pode ditar regra sobre juízos éticos, morais ou políticos, mas, pelo contrário, deve encorajar as pessoas a alcançarem as suas convicções nesses assuntos por meio da sua própria reflexão e decisão individual.²⁰ Dworkin se socorre novamente no exemplo da orquestra para explicar o conceito de independência moral. O regente tem o poder de decisão de como será interpretado um determinado trecho de uma peça musical e o músico não sacrifica nenhum aspecto de sua vida quando isso ocorre. Todavia, ocorrerá justamente o contrário quando o regente não apenas determina o que se tocará, mas procura ditar quais são os padrões de gostos musicais que o violinista deveria cultivar. Nessa última hipótese, tem-se a violação da independência moral do membro da comunidade política.²¹

E o que é o Direito como integridade? Não é a compreensão do Direito apenas como um sistema de regras convencionais, destinado a conferir estabilidade e previsibilidade, tendo, portanto, caráter meramente instrumental. Trata-se de entender que a força política do Direito nasce porque ele está destinado a assegurar a igual consideração de todos os indivíduos na comunidade política.²² Essa é a integridade do Direito para Dworkin. Como se verifica, o conceito de integridade do Direito deriva da concepção de democracia substancial de Dworkin.

A integridade do Direito corresponde a justificativa moral para o uso da coerção estatal. E esse é um aspecto que, segundo Dworkin, passa despercebido pelos filósofos do

¹⁸ Ibid, p. 25.

¹⁹ Ibid, p. 25.

²⁰ Ibid, p. 25-26.

²¹ Ibid, p. 26.

²² Id, *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 120.



Direito. Argumenta que há uma espécie de divisão do trabalho. Os cientistas políticos se ocupam dos problemas relativos à força do Direito, ou seja, da justificativa para a coerção estatal. Os filósofos do Direito se dedicam aos fundamentos do direito – “*circunstâncias nas quais proposições jurídicas específicas devem ser aceitas como bem fundadas ou verdadeiras*”.²³

Nesse contexto, Dworkin assevera que o Direito entendido apenas como um sistema de regras baseado em um modelo convencionalista supõe uma atuação egoística de seus membros. Confira-se²⁴:

Chamo modelo ‘das regras’ ao segundo modelo de comunidade. Pressupõe que os membros de uma comunidade política aceitam o compromisso geral de obedecer às regras estabelecidas de um certo modo que é específico dessa comunidade. Imaginemos pessoas voltadas para os seus próprios interesses, mas extremamente honestas, que competem em um jogo, ou que constituem as partes de um acordo comercial limitado e provisório. Elas obedecem às regras que aceitaram ou negociaram como uma questão de obrigação, e não de mera estratégia, mas admitem que o conteúdo dessas regras esgota sua obrigação.

Por essa razão, Dworkin argumenta que a integridade do Direito implica a adoção de uma associação política guiada por princípios, ou seja, um fórum de princípios. É o modelo da comunidade de princípios que atende a todas condições da democracia substancial de Dworkin, em que todos devem ter igual consideração e são responsáveis pela aplicação do Direito naquela associação política.²⁵ E nessa lógica, Dworkin arremata afirmando que a obrigação política adquire uma ideia de fidelidade a um sistema de princípios²⁶:

A obrigação política deixa de ser, portanto, apenas uma questão de obedecer a cada uma das decisões políticas da comunidade, como, em geral a representam os filósofos políticos. Torna-se uma ideia mais impregnada da noção protestante de fidelidade a um sistema de princípios que cada cidadão tem a responsabilidade de identificar, em última instância para si mesmo, como o sistema de comunidade à qual pertence.

Com fundamento nessa compreensão de democracia constitucional e de integridade do Direito, Dworkin propugna por um conceito de leitura moral da Constituição, cujo objetivo é elaborar uma teoria de como as constituições devem ser interpretadas, o que implica em

²³ Ibid, p. 136-137.

²⁴ Ibid, p. 253.

²⁵ Ibid, p. 256-257.

²⁶ Ibid, p. 231.

identificar quais as questões devem ser formuladas e respondidas ao se interpretar a Constituição. A leitura moral não é uma teoria sobre quem faz perguntas ou sobre de quem deve ter a palavra final sobre a Constituição.²⁷ Esse aspecto é relevante. Dworkin elabora uma sofisticada teoria de interpretação da Constitucional. Todavia, isso não significa que Dworkin não tenha dito nada sobre quem deva ter a última palavra sobre a Constituição.

Dworkin trabalha com os conceitos de integridade na legislação e integridade na deliberação judicial. Afirma que o legislador deve se guiar pela integridade, mas, em algumas ocasiões, a integridade pode ceder em face da justiça.²⁸ Menciona como exemplo o caso hipotético de uma lei aprovada pelo legislador que considera que a indenização por automóveis defeituosos ocorre com base na responsabilidade objetiva. Afirma que a integridade exigiria que se aprovasse uma lei para todos os outros produtos. Entretanto, essa proposição provavelmente levaria muito tempo para ser aprovada. Os outros fabricantes teriam resistência na aprovação dessa lei. Assim, ele conclui que, nesse caso, a integridade condena o resultado, mas a justiça aprova porque antes pouco do que nada.²⁹

O conceito de integridade na deliberação judicial exige que os juízes tratem o sistema jurídico como um conjunto coerente de princípios, interpretando-o, de modo, a identificar as normas implícitas.³⁰ Afirma que a integridade na deliberação judicial não imuniza o Judiciário de se equivococar, porém conclui que³¹:

O princípio de integridade na deliberação judicial, portanto, não tem necessariamente a última palavra sobre de que modo usar o poder de coerção do Estado. Mas tem a primeira palavra, e normalmente não há nada a acrescentar àquilo que diz.

Portanto, para Dworkin, o Judiciário não tem a última palavra, mas a primeira palavra e se trata de uma palavra altamente qualificada, pois assevera que normalmente não há nada acrescentar a interpretação do Poder Judiciário. É a desconfiança de Dworkin com o

²⁷ Id, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Oxford University Press, 2005. p. 34.

²⁸ “Para nós, a integridade é uma virtude ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal, mas isso não significa que, em alguma das duas formas assinaladas, a integridade seja necessariamente, ou sempre superior às outras virtudes. O legislativo deveria ser guiado pelo princípio legislativo da integridade, e isso explica por que não deve promulgar leis conciliatórias apenas por uma preocupação com a equidade. Contudo, as leis conciliatórias constituem uma violação flagrante – e fácil de evitar – da integridade; daí não se segue que o legislativo nunca deve, sejam quais forem as circunstâncias, tornar o direito mais incoerente em princípio do que ele já é. (...)”. Id, *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999 p. 261-262.

²⁹ Ibid, p. 262.

³⁰ Ibid, p. 261.

³¹ Ibid, p. 263.



legislador. Contudo, Dworkin reconhece que os juízes erram e, nessas hipóteses, parece que a alternativa que resta para preservar a integridade do Direito é a desobediência civil. Confira-se³²:

O argumento que exorto os alemães a adotar, de que o direito, bem compreendido, pode apoiar o que chamamos de desobediência civil, só pode ser um argumento efetivo quando rejeitamos esse aspecto do positivismo e insistimos em que, **embora os tribunais possam ter a última palavra, em qualquer caso específico, sobre o que é o direito, a última palavra não é, por essa razão apenas, a palavra certa.**

Desse modo, para Dworkin, o Judiciário tem a primeira palavra qualificada em que, geralmente, não há nada a se acrescentar; ou a última palavra, o que significa dizer que se os juízes errarem, resta a desobediência civil para se preservar a integridade do Direito. A concepção de democracia de Dworkin implica, na prática, conferir a última palavra ao Judiciário.

2 A ÚLTIMA PALAVRA EM WALDRON

98

Waldron é um filósofo do Direito nascido na Nova Zelândia; logo, de um país pertencente a tradição de supremacia do Parlamento, típico dos países vinculados ao Reino Unido. Waldron critica veementemente a prática do *judicial review*, isto é, a atribuição de juízes não eleitos declararem a nulidade de leis aprovadas por parlamentos constituídos democraticamente.³³

Apesar dessa crítica, não ignora a realidade da existência de sistemas de *judicial review*, inclusive classificando-os em forte, intermediário e fraco.³⁴ Entretanto, faz uma distinção entre *judicial review* e *judicial supremacy*. Entende que *judicial review* pode operar no melhor das vezes como um modesto poder de contenção; enquanto, a ideia de *judicial supremacy* implica que os juízes devem ser supremos ou até mesmo soberanos na política e que todos os outros Poderes constituídos devem ser subordinados a eles.³⁵ Esclarece, por exemplo, que a Suprema Corte Americana tem se inclinado para o *judicial supremacy* não em

³² *Ibid.*, *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pág.171. Destaques nossos.

³³ WALDRON, Jeremy. *Judicial Review and Judicial Supremacy*. New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series. Working Paper n° 14-57, November 2014. p. 4.

³⁴ *Ibid.*, p. 9-10.

³⁵ *Ibid.*, p. 5.



razão de se caracterizar por um sistema forte de *judicial review*, mas em virtude do modo como tem exercitado esse sistema forte de *judicial review*.³⁶

Assevera que a supremacia judicial implica o deslocamento do autogoverno, a criação de uma soberania judicial e a usurpação do poder constituinte.³⁷ A supremacia judicial tem a tendência de retirar do povo e de seus representantes o amplo poder de deliberar e decidir sobre a futura direção das instituições políticas, econômicas e sociais.³⁸

Além disso, a supremacia judicial, segundo Waldron, pode ser definida como soberania judicial, ou seja, o Poder Judiciário encontra-se como pleno detentor do poder de dar a última palavra. De acordo com Hobbes, o problema da soberania significa identificar aquele poder que não se sujeita a nenhum outro, isto é, um poder que é fonte de toda coerção normativa e que não está contido por nenhum outro poder a não ser por si mesmo.³⁹ A solução hobbesiana é a do Rule of Law – atribui-se a soberania ao Monarca ou ao Parlamento, o que é explicado pelo raciocínio de que a soberania não é limitada pelo texto constitucional, mas por um ente político. Portanto, segundo Hobbes, ou se tem o Monarca ou o Parlamento como detentor da soberania. A rejeição de leis pelo Poder Judiciário dissolve a construção de Hobbes da soberania como o Rule of Law e implica atribuir ao Poder Judiciário a soberania. É isso que Waldron denomina de supremacia judicial.⁴⁰

Por fim, Waldron afirma que a supremacia judicial corresponde a uma usurpação do poder constituinte. Lembra que o Poder Judiciário, assim como os demais Poderes, são poderes constituídos. E por essa razão, os juízes ao decidirem devem se perguntar até que ponto estão repudiando interpretações da Constituição que emanam de outros poderes com base em suas próprias convicções.⁴¹ É o perigo do Judiciário se tornar a “voz” da Constituição.⁴²

Para Waldron, o sistema de *judicial review* tende à supremacia judicial quando as cortes pensam e se apresentam como agentes que estão implementando um programa ou política coerente em vez de simplesmente responder a abusos particulares identificados em

³⁶ Ibid, p. 11

³⁷ Ibid, p. 12-24.

³⁸ Ibid, p. 13.

³⁹ Ibid, p. 15.

⁴⁰ Ibid, p. 17.

⁴¹ Ibid, p. 24.

⁴² Ibid, p. 37.

um catálogo de direitos de fundamentais.⁴³ Essa inclinação também pode ocorrer quando os juízes se consideram os “donos” da Constituição, enquanto os demais Poderes e o povo não teriam direito a uma interpretação consistente da Constituição.⁴⁴

A ofensiva contra a supremacia judicial é contra a prerrogativa que se outorgou ao Judiciário de ter a última palavra sobre a Constituição. Nesse sentido, Waldron menciona os casos envolvendo a liberdade religiosa nos EUA.⁴⁵ Explica que a liberdade religiosa pode ser compreendida de duas maneiras pelos filósofos liberais: (1) como um direito de evitar a existência de uma legislação que pretende impor um ônus sobre a prática religiosa de alguém; ou (2) como um direito de evitar a legislação que imponha um ônus sobre a prática religiosa, independentemente de existir a pretensão de criar esse ônus ou não. No caso *Employment Division v. Smith*, a Suprema Corte americana se inclinou pela posição (1) que é mais restritiva em relação ao direito de liberdade religiosa. A Corte declarou a constitucionalidade de uma restrição imposta por lei que vedava a concessão de seguro desemprego a empregados demitidos em razão do uso do peiote (substância alucinógena utilizada em alguns rituais dos índios americanos).

100

Essa decisão gerou uma forte reação na sociedade americana, o que implicou a aprovação do Freedom Religious Restoration Act (FRRA) pelo congresso que, na prática, reverteu a decisão da Suprema Corte americana ao disciplinar que as leis gerais restritivas à liberdade religiosa devem ser submetidas ao critério (2), ou seja, a um escrutínio judicial mais rigoroso, pois, mesmo que o objetivo não seja restringir a liberdade religiosa, caso isso ocorra, devem ser declaradas inconstitucionais. No caso *City of Boerne v. Flores*, a Corte declarou a inconstitucionalidade do FRRA porque o Parlamento estaria almejando corrigir a decisão da Corte. Diante desses casos, Waldron se indaga porque uma questão nuclear que está em aberto no texto constitucional tem que ser definida pelo Judiciário e não pelo Parlamento eleito democraticamente.⁴⁶ É a defesa intransigente de Waldron da dignidade da legislação. E o que confere dignidade à legislação?

O argumento de Waldron é de que a dignidade da legislação repousa no fato de que discordamos e a legislação são os nossos acordos compartilhados. O Direito Positivo introduz aquilo que o Direito Natural não pode fornecer: previsibilidade e estabilidade. Por meio do

⁴³ *Ibid*, p. 27.

⁴⁴ *Ibid*, p. 32.

⁴⁵ *Ibid*, p. 34-37.

⁴⁶ *Ibid*, p. 36.

Direito Positivo, as mudanças são deliberadas⁴⁷, o que não pode ser desprezado, uma vez que existe uma série e firme discordância sobre questões morais na sociedade.

A premissa fundamental de Waldron é a discordância sobre questões de política e justiça, o que não significa a existência de um subjetivismo, isto é, a impossibilidade de se ter respostas corretas. Entretanto, nega que a possibilidade de se obter a resposta correta sobre questões de justiça a partir de uma maneira politicamente dispositiva.⁴⁸ Essa é a crítica de Waldron a Rawls com a sua perspectiva de posição original e seus princípios de justiça.⁴⁹ O raciocínio de Waldron é no sentido de que os membros da legislatura podem discordar inclusive a respeito dos princípios fundamentais da justiça.⁵⁰ Prossegue afirmando que a discordância é uma circunstância da política, isto é, um atributo sem o qual não se pode cogitar de política. Confira-se⁵¹:

Podemos dizer, nessa maneira linha, que a discordância entre os cidadãos quanto ao que devem fazer, como corpo político, é uma das circunstâncias da política. Não é totalmente circunstâncias da política, é claro: há também a necessidade sentida de agir conjuntamente, embora discorremos quanto ao que fazer. Como a escassez e o altruísmo limitado no caso da justiça, as circunstâncias da política são um par conjugado: a discordância não teria importância se as pessoas não preferissem uma decisão comum, e a necessidade de uma decisão comum não daria à política como a conhecemos se não houvesse pelo menos o potencial para a discordância quanto a qual deve ser a decisão comum. **Nessa exposição, imaginar eliminada a discordância é como deseja eliminar a escassez em qualquer exposição de justiça distributiva.**

101

A outra circunstância da política é a decisão comum, isto é, a necessidade de uma ação política coletiva que implique a adoção de uma visão comum no “*calor das nossas discordâncias, não fundamentada na suposição de um consenso sereno que existe apenas como ideal*”.⁵² É o lugar dos membros do legislativo em que as mudanças são intencionadas e deliberadas pelo direito positivo. Significa adotar o critério majoritário para decidir sobre as discordâncias. E, nesse ponto, resta a indagação de qual é a justificativa para o critério majoritário.

Waldron repudia uma concepção teórica que denomina de fiscalista, cuja ideia central é de que um corpo se move por ordem da maioria porque a maioria é mais forte. É uma

⁴⁷ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 17.

⁴⁸ Ibid, p. 61.

⁴⁹ Ibid, p. 86-89.

⁵⁰ Ibid, p. 88.

⁵¹ Ibid, p. 187. Destaques nossos.

⁵² Ibid, p. 189.

explicação baseada na física ou ciência natural. Essa concepção fiscalista conta com 3(três) pressupostos. Primeiro, que o corpo político não irá se desintegrar ou se romper. Segundo, pressupõe que alguns membros estão se movendo em uma direção; enquanto, outros membros estão se dirigindo em outro sentido. O vetor de direcionamento será o resultado da interação entre os vetores e não uma composição entre maioria e minoria. Terceiro, há um pressuposto implícito de que a influência das partes sobre o movimento do todo é igual.⁵³

Afirma que esses pressupostos têm potencialmente repercussões políticas. Primeiro, o poder político da maioria somente é eficaz se o sistema político se mantiver coeso, o que significa, em um modelo fiscalista, que a maioria terá que se apoiar na força para coagir uma minoria dissidente. Segundo, o que se tem descrito é o resultado de um processo de votação e não de formação de coalizões e construção de consensos. Terceiro, o pressuposto da igualdade corresponde apenas ao aspecto formal da política, esquecendo-se que os indivíduos e grupos tem recursos desiguais.⁵⁴ Segundo Waldron, essa concepção fiscalista da deliberação majoritária assemelha-se a uma lógica militar *“com a vitória cabendo ao exército que tiver tantos soldados que alguns deles não consigam encontrar parceiros de combate entre os membros do outro lado”*.⁵⁵

A proposta de Waldron é de outra natureza que nomeia de física do consentimento individual em oposição a física da força ou poder individual. Esclarece que *“o consentimento não traz consigo a força física; traz, antes, força moral no que diz respeito aos fins para os quais se exige o consentimento”*.⁵⁶

O contrato social é antecedente a física do consentimento individual que justifica a decisão majoritária. Os homens que são livres aderem ao contrato social, sujeitando-se a autoridade estatal e o fazem por meio de seu consentimento individual. Na etapa do contrato social, a unanimidade é necessária e a **“física” do consentimento individual é a de um veto como trunfo**, pois, apesar de estarem vinculados contratualmente, os homens continuam livres como estavam no estado de natureza, na terminologia Lockeana usada em abundância por Waldron.⁵⁷ Após o contrato social, os homens se deparam então com a necessidade de constituir instituições legisladoras e o dilema de como constitui-las. E o *modus* de

⁵³ Ibid, p. 159-160.

⁵⁴ Ibid, p. 160-161.

⁵⁵ Ibid, p. 162.

⁵⁶ Ibid, p. 166.

⁵⁷ Ibid, p. 166.

constituição dessa instância legisladora está inexoravelmente vinculado ao conceito de consentimento individual, porquanto os homens ainda permanecem livres.⁵⁸

A física do consentimento individual tem consequências na leitura que se faz dos pressupostos da vida política de uma sociedade. Primeiro, a coesão do corpo político é assentada no compromisso implícito com o consentimento individual e não mais na força física, isto é, o consentimento original significa que os homens podem ser obrigados por uma decisão política da comunidade fundada no consentimento individual, ainda que seja majoritária. Por ser necessário o consentimento individual, existe uma lógica racional e baseada em motivos e razões para consentir. O que significa ainda, de acordo com Waldron, que há limites ao consentimento, ou seja, existem direitos inalienáveis que estão excluídos da disputa política, ainda que haja discordância sobre quais são esses direitos.⁵⁹

O segundo pressuposto é o da direção tomada pelo corpo político. Uma concepção fiscalista supõe que a direção será o mero resultado do choque das direções apontadas pela maioria e minoria. A física do consentimento tem como força motriz da política de que o corpo político deve mover-se apenas na direção que foi explicitamente proposta e em que alguém consentiu com a proposta.⁶⁰

O terceiro pressuposto relaciona-se com o conceito de igualdade formal. À luz de uma visão meramente fiscalista, a igualdade formal encobre as diferenças materiais que influenciam a direção do corpo político. Contudo, pela lógica da física do consentimento, a igualdade formal é justificada normativamente pelo aspecto de que o consentimento é uma questão de autoridade e legitimidade individual.⁶¹

E como a física do consentimento justifica a adoção de um sistema deliberativo majoritário? Por uma concepção fiscalista, a simples agregação de consentimentos justificaria um sistema majoritário. Recorde-se que Waldron não abre mão de seu argumento – discordância. Os homens discordam sobre questões de justiça e precisam tomar decisões coletivas. Então, qual é a maneira mais adequada de proceder? Waldron responde⁶²:

Quando colocamos a questão dessa maneira, parece que podemos nos mover diretamente para o princípio majoritário como a resposta evidente. Pois pode ser

⁵⁸ Ibid, p. 167-168.

⁵⁹ Ibid, p. 169-172.

⁶⁰ Ibid, p. 173.

⁶¹ Ibid, p. 174-175.

⁶² Ibid, p. 180.

demonstrado que nenhum outro princípio dá maior peso às visões de qualquer membro individual, exceto dando a suas opiniões maior peso do que o atribuído à de algum outro membro individual. Na verdade, o método de decisão majoritária tenta dar à opinião de cada indivíduo nesse processo o maior peso possível que seja compatível com um peso igual para as opiniões de cada um dos outros.

A decisão majoritária justifica-se porque o consentimento individual tem igual importância na deliberação coletiva. Nesse contexto, para Waldron, o indivíduo deve ser considerado como alguém com capacidade moral, isto é, alguém com capacidade de pensar a relação moral entre seus interesses e os interesses dos outros, o que constitui uma competência democrática básica.⁶³ É a contraposição de Waldron a um modelo egoísta de deliberação em que os indivíduos decidem considerando aspectos utilitaristas. Entretanto, Waldron ressalva que a deliberação entre sujeitos morais responsáveis não implica a eliminação da discordância. Pelo contrário, nesse modelo de discordância, homens e mulheres debatem passionalmente e ferozmente sobre os direitos que supõe possuir e sobre as questões a respeito do que é justo.⁶⁴ E Waldron conclui que não se deve ter vergonha dessa discordância, uma vez que a discordância é o melhor sinal nos dias de hoje de que o povo leva os direitos à sério.⁶⁵

Entende, assim, que se (1) as instituições democráticas estiverem funcionando bem, com um legislativo eleito de acordo com os princípios representativos, (2) se o Judiciário atua com independência, (3) se há um comprometimento da maioria dos membros da sociedade e de seus agentes público com a ideia de indivíduo e de direitos da minoria e (4) há uma persistente, substancial e de boa-fé discordância sobre os direitos, a decisão coletiva cabe ao legislador, devendo ser afastado o *judicial review*. É o que Waldron chamou de o núcleo do caso contra o *judicial review*.⁶⁶

Portanto, para Waldron, o Parlamento ocupa um lugar central, repudiando o que denominou de supremacia judicial. Entretanto, mesmo com essa forte ênfase, o autor não descarta o *judicial review*. Dessa maneira, em alguns casos, Waldron admite o *judicial review*, como, por exemplo, para o caso das minorias discretas e insulares. Contudo, ressalva o autor que essa concessão ao *judicial review* não invalida o seu argumento, na medida em que a intervenção judicial se justifica para se reparar as falhas do sistema representativo, o que

⁶³ Id, *Law and Disagreement*. New York, Oxford University Press, 2004. p. 282.

⁶⁴ Ibid, p. 305.

⁶⁵ Ibid, p. 311.

⁶⁶ Ibid, The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115, 1346, 2005-2006.

corresponde a uma ausência das condições necessárias para explicar a preponderância do parlamento.⁶⁷

3 DEMOCRACIA, ÚLTIMA PALAVRA E DIÁLOGO

Dworkin e Waldron situam-se, sem sombra de dúvida, entre os autores contemporâneos que apresentam uma sofisticada visão da relação entre Democracia e Constituição. Embora diverjam sobre a posição do *judicial review* no sistema político - Dworkin colocando uma forte ênfase no sistema de *judicial review*; enquanto, Waldron propondo uma contenção do *judicial review* - tem pontos de convergência.

Primeiro, ambos repudiam uma determinada visão de democracia. Dworkin denominou essa visão de democracia estatística. Waldron a apelidou de fiscalista. Apesar das nomenclaturas distintas, reconhece-se a identidade entre os conceitos. Trata-se da perspectiva de uma democracia baseada na competição, amparada exclusivamente em um sistema de cômputo de votos e regras procedimentais, cujo objetivo é obter decisões vinculantes em uma sociedade composta por indivíduos egoístas e que buscam apenas o próprio interesse. É a noção de uma democracia de freios e contrapesos entre os poderes que competem disputando espaço, cujo objetivo é evitar a guerra social.⁶⁸ E atualmente, segundo alguns autores, tornou-se uma democracia de competição entre partidos políticos.⁶⁹

Outro aspecto que Dworkin e Waldron convergem é sobre a complexidade do conceito de democracia. A democracia substancial de Dworkin assenta-se na concepção de que a comunidade política não é regulada por matrizes contratuais, porém é disciplinada por aspectos associativos, o que a caracteriza como uma fraternidade política. A comunidade política é uma comunidade de princípios, pois, para existir uma comunidade política, é necessário que as pessoas sejam membros que participam das decisões coletivas e, simultaneamente, tenham independência em relação a essa decisão coletiva, isto é, os direitos fundamentais são trunfos do cidadão. A ideia de integridade é a obrigação política que a comunidade política deve ter em relação aos princípios jurídicos. E Dworkin afirma que essa

⁶⁷ *Ibid.*, págs. 1403-1406

⁶⁸ GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.

⁶⁹ LEVINSON, Daryl J.; PILDES, Richard H. Separation of parties, not powers. *Harvard Law Review*, v. 119, n. 8, p. 2314, jun. 2006.

concepção de obrigação política está mais impregnada da noção protestante de fidelidade a um sistema de princípios. E é esse último aspecto que aproxima Dworkin de Waldron.

Waldron rejeita também o modelo de democracia liberal da competição que denomina de fiscalista. A concepção de democracia de Waldron tem como suposto a inevitável discordância sobre questões de justiça e a necessidade de ação política. Para Waldron, como a discordância é um problema insolúvel e as deliberações políticas não podem ser delegadas pela comunidade política. Propõe então um paradigma de democracia, cuja premissa fundamental é a do consentimento individual. A unanimidade é necessária para a formação da sociedade política por meio do contrato social. Entretanto, a celebração do contrato social e, por seu turno, a formação do Estado, não implica a abolição da liberdade individual que ainda permanece, sendo os indivíduos convocados a participar das deliberações da vida política. Segundo Waldron, o consentimento individual funciona como trunfo do indivíduo. Para que haja deliberação política, é necessário o consentimento individual, e somente são aprovadas as proposições que nasceram de iniciativas de indivíduos. O critério majoritário é empregado porque confere igual peso as visões de mundo de todos os indivíduos da sociedade. E as deliberações políticas são realizadas por indivíduos dotados de uma competência democrática básica, a de considerar seriamente os seus interesses e os dos demais membros da comunidade política. Por esse motivo, embora haja feroz discordância, os indivíduos, enquanto comunidade política, são aqueles capazes de levar os direitos a sério.

E é nesse ponto que mais uma vez convergem. Os modelos teóricos de democracia dos dois autores supõem indivíduos virtuosos. Em Dworkin, a obrigação política equivale a um ato de fidelidade protestante. Em Waldron, os indivíduos são dotados de maneira inata de um senso de justiça que os torna aptos a deliberarem seriamente sobre os direitos da comunidade política.

Em contraponto ao modelo de democracia liberal de competição e disputa, tanto Dworkin como Waldron propugnam, ao meu juízo, um modelo extremamente idealizado, na medida em que a capacidade de levar os direitos a sério é depositada na ideia de fidelidade protestante e de senso de justiça inato, ou seja, em um padrão de conduta ascético e na aptidão genética de se ter igual consideração pelo direito de todos.

O que difere é a arena em que a disputa é travada. Evidentemente, não são autores ingênuos. O desrespeito aos direitos fundamentais e a discordância feroz sobre visões de justiça são realidades que não escapam do horizonte de problematização dos dois autores.



Entretanto, para Dworkin, os direitos fundamentais são trunfos do indivíduo, uma vez que, é no âmbito do Poder Judiciário, que o indivíduo pode travar a disputa pelos seus direitos a fim de que sejam levados a sério. Em Waldron, o trunfo é o consentimento do indivíduo. A aptidão e a opção de participação do indivíduo nas deliberações políticas é o que torna legítima a democracia, isto é, a vinculação de decisões coletivas em meio a uma feroz discordância. A arena de disputa é o parlamento.

E, nesse ponto, tem-se outra distinção. Em Dworkin, não há diálogo institucional. A primeira e última palavra é a do Judiciário. Na hipótese de o Judiciário errar, resta o recurso a desobediência civil. A obrigação política é de fidelidade aos princípios jurídicos da comunidade política. Assim, a comunidade política é fiel aos direitos fundamentais e não ao Poder Judiciário.

Em Waldron, a última palavra é do Parlamento, é da comunidade política. A obrigação política fundamental é de respeito as decisões coletivas oriundas da deliberação política da comunidade política. Contudo, Waldron faz uma concessão ao Poder Judiciário. Reconhece que a intervenção judicial é necessária para a proteção das “*minorias discretas e insulares*” que se encontram desprotegidas no âmbito de sistema de deliberação política em face das fragilidades operacionais de uma democracia representativa.

E a última convergência entre os dois autores. O respeito aos direitos fundamentais é uma obrigação política da comunidade política. Em Dworkin, a ideia de fidelidade aos princípios jurídicos da comunidade política justifica a desobediência civil. Em Waldron, é a própria deliberação política feroz da comunidade política que implica a possibilidade de se levar a sério os direitos.

CONCLUSÕES

O caminho trilhado pelas teorias democráticas de Dworkin e Waldron evidencia a estreita relação entre democracia e o conceito de última palavra, isto é, pela ótica institucional a quem compete dar a última palavra sobre o sentido da Constituição. A ênfase de Dworkin é no Judiciário; enquanto para Waldron, o parlamento é o *locus* privilegiado da última palavra.



De qualquer sorte, embora haja essa distinção, é importante reconhecer que tanto Dworkin como Waldron repudiam uma visão de uma democracia liberal meramente de freios e contrapesos e advogam um modelo de democracia constitucional de critérios substantivos. E ainda convergem para a importante compreensão de que a obrigação política de respeito aos direitos fundamentais é de titularidade da comunidade política.

O que aponta para um aspecto relevante para a teorização do conceito de diálogo institucional, na medida em que não se pode excluir do conceito de democracia a noção de que a obrigação política de respeito aos direitos fundamentais é de titularidade da comunidade política e, por seu turno, é mais do que natural, é necessário do ponto de vista normativo, que o sentido da constituição e dos direitos fundamentais seja um empreitada dialógica entre os poderes constituídos e, de maneira ampliativa, com a comunidade política como um todo.

Entretanto, como foi visto, tanto Dworkin como Waldron, comungam de uma perspectiva idealizada do indivíduo, o que sobrecarrega normativamente o conceito de democracia de ambos, isto é, se impõe um ônus dialógico racional ao indivíduo que inviabiliza a própria democracia.

E essa é a objeção apresentada pelos defensores de uma democracia liberal competitiva. Foi o que Madison defendeu, tendo do lado oposto os antifederalistas, como acentuou Gargarella⁷⁰:

Assim, a afirmação madisoniana segundo a qual os homens não eram anjos tem um destinatário preciso: a visão, que parece presente em muitos republicanos (antifederalistas) que se opunham à Constituição, quem sustentava que as personas atuavam ou podiam atuar, coletivamente, motivadas pelo puro ou fundamental desejo de servir aos demais e, por consequência, aos interesses de sua comunidade.

O diálogo institucional é uma realidade empírica inquestionável. Entretanto, a justificativa normativa por uma teoria dialógica de construção do sentido da Constituição depende do modelo teórico de democracia. Oscila-se entre um modelo de indivíduos virtuosos a um de indivíduos egoístas. Será que as alternativas são a dos anjos ou dos demônios? Ou

⁷⁰ “Así, la afirmación madisoniana según la cual los hombres no eran ángeles tenía un destinatario preciso: la visión, al parecer extendida entre muchos republicanos (antifederalistas) que se oponían la Constitución, quienes sostenían que las personas actuaban o podían actuar, colectivamente, motivadas por el puro o fundamental deseo de servir a los demás y, en consecuencia, a los intereses de su comunidad.” (Tradução nossa livre do espanhol.) GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. p. 2475-2480.



não existe a opção teórica de democracia que considere aquilo que somos: homens e mulheres?

REFERÊNCIAS

DAHL, Robert. Decision-making in a democracy: the supreme court as national policy-maker. *Emory L. J.*, v. 50, p. 56, 2001.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CAMPOS, Francisco. *Estado Nacional*. Disponível em: <<http://www.ebookbrasil.org/eLibris/chicocampos.html>>.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Oxford University Press, 2005.

GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.

HOGG, Peter W. and BUSSELL, Alisson A. The charter dialogue between Courts and Legislatures. (Or perhaps The Charter of Rights isn't such a bad thing after all). *Osgoode Law Journal*, v. 35, n. 1.

LEVINSON, Daryl J.; PILDES, Richard H. Separation of parties, not powers. *Harvard Law Review*, v. 119, n. 8, jun. 2006.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese apresentada ao Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Ciência Política. São Paulo: 2008.



PILDES, Richard H. Is the Supreme Court a “Majoritarian Institution”? *New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series*. Working Paper n° 11-01, jan. 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1733169>>.

TUSHNET, Mark. Dialogic Judicial Review. *Ark. L. Rev.*, v. 205, 2009.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo Institucional e Controle de Constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

_____. *Law and Disagreement*. New York, Oxford University Press, 2004.

_____. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115, p. 1346, 2005-2006.

_____. Judicial Review and Judicial Supremacy. *New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series*. Working Paper n° 14-57, nov. 2014.

Submissão: 06/09/2015
Aceito para Publicação: 22/12/2015



**A AUSÊNCIA DE EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A
VULNERABILIDADE DAS PESSOAS QUE DEPENDEM DA SAÚDE PÚBLICA:
ONDE ESTÁ A INVIOABILIDADE DA DIGNIDADE HUMANA?**

*THE LACK OF EFFECTIVENESS OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH AND
THE VULNERABILITY OF PEOPLE WHO DEPEND ON PUBLIC HEALTH SERVICES:
WHERE IS THE INVIOABILITY OF HUMAN DIGNITY?*

Cleide Fermentão*

Pedro Henrique Sanches Aguera**

Resumo: Neste ensaio, inicialmente aborda-se o desenvolvimento de conceitos de pessoa e de indivíduo que aqui são utilizados. Dessa forma, é correto afirmar a dignidade da pessoa humana e não a dignidade do indivíduo. Também se fundamenta que a finalidade principal do Direito é a proteção dos valores humanos, porque a pessoa humana é centro do Direito, e, portanto, deve ser respeitada a sua dignidade. Depois, afirma-se que a segunda geração de direitos fundamentais corresponde aos direitos sociais, econômicos e culturais, estando ligada diretamente a direitos prestacionais sociais do Estado perante o indivíduo. A segunda geração difere das demais gerações pelo fato de o Estado passar a ter a obrigação de possibilitar à pessoa humana o seu desenvolvimento. A Constituição Federal brasileira de 1988 regulamentou os direitos de segunda geração, incluindo o direito à saúde como um direito social. É a saúde um direito fundamental de segunda geração e, ao mencionar o dispositivo que ele é um direito de todos, é ele tanto um direito individual como coletivo. Há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado, inclusive com a formulação de políticas públicas, devendo o Estado criar meios para que todos possam usufruir do mesmo. Na medida em que ficou determinado pelo constituinte um sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde, foi reforçada a ideia de responsabilidade solidária entre os entes da federação. Surge o problema aqui apontado das questões ligadas à implementação e à manutenção das políticas públicas de saúde já existentes. Estando a dignidade da pessoa humana ligada aos direitos fundamentais de segunda geração e sendo ela o princípio norteador do ordenamento jurídico, poderia-se imaginar que qualquer pessoa teria sua dignidade garantida, se tivesse seus direitos sociais assegurados, incluído o direito à saúde.

Abstract: In this essay, initially it is addressed the development of the concepts of person and individual that are used here. Thus, it is correct to affirm the dignity of the human person and not the dignity of the individual. Also, it is justified that the main purpose of the Law is the protection of human values, because the human person is the center of the Law, and therefore its dignity must be respected. Then it is said that the second generation of fundamental rights corresponds to the social, economic, and cultural rights, being bound directly to social rights to State positive actions to the individual. The second generation differs from other generations by the fact the State go on to have a duty to enable the human person to develop. The Brazilian Federal Constitution of 1988 regulates the rights of second generation, including the right to health as a social right. The right to health is a fundamental right of second generation, and, by stating a constitutional clause that it is a right for everyone, it is both an individual and collective right. There is the fundamental duty of providing health care by the State, including the elaboration of public policies, and the State must provide for everyone to avail themselves of it. In the extent that the constituent determined a universal system of access to public health services, the idea of joint liability between the federal entities has been reinforced. The problem here pointed of the issues associated with implementation and maintenance of existing public health policies arises. Being human dignity bound to the fundamental rights of second generation, and being it the guiding principle of the legal system, one would imagine that anyone would have guaranteed their dignity if they had their social rights, including the right to health, ensured.

112

* Doutora em Direitos Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito Civil pela Universidade Estadual de Maringá, Paraná (UEM). Professora do Programa de Mestrado, Especialização e Graduação do Centro Universitário de Maringá, Paraná (Unicesumar), e da Faculdade Metropolitana de Maringá, Paraná (Famma).

** Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) do Centro Universitário de Maringá, Paraná (Unicesumar), com bolsa CAPES. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Pós-Graduado em Direito Empresarial pelo Centro Universitário de Maringá, Paraná (Unicesumar).

Palavras-chave: Direito à Saúde. Dignidade da Pessoa Humana. *Keywords:* Right to Health. Human Dignity. Second-Generation Human Rights. State's Duty. Public policies. Políticas Públicas.

Sumário: Introdução. 1. Indivíduo e Pessoa Detentores do Direito à Saúde. 1.1. Indivíduo. 1.2 Pessoa. 2. Direito à Saúde como Direito Fundamental Social de 2ª Geração. 3. Proteção Constitucional do Direito à Saúde. 4. Dignidade da Pessoa Humana, Direito da Personalidade e o Direito à Saúde. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Atualmente, os temas referentes à saúde e, principalmente, referentes aos problemas da saúde pública no âmbito social, vêm ganhando repercussão pelos meios de comunicação e chamado a atenção dos juristas. A discussão do péssimo desempenho estatal tem deixado a sociedade apreensiva, gerando grande repercussão na mídia e no meio social.

A vida é algo sublime, como tal não se pode aceitar vivê-la de outra forma que não seja no pleno gozo de uma vida saudável. A vida com qualidade não advém por um simples sopro de vontade, mas sim exige esforço no sentido de mantê-la digna a cada dia. Para tanto, é certo que ter resguardo à eficácia do direito à saúde representa que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado.

O ordenamento jurídico estabelece o dever do Estado em possibilitar a todas as pessoas o direito à saúde. O Estado tem deveres de prestação social perante o indivíduo. Especificamente o direito à saúde, que proporciona o desenvolvimento físico e psíquico de uma pessoa. Tal direito é garantido pela Constituição Federal.

Toda pessoa tem o direito de ver garantido pelo Estado o seu desenvolvimento físico e mental, isso representa o mínimo existencial que a dignidade humana exige. A dignidade da pessoa humana tem a pessoa como um fim e não como objeto, um meio para se obter alguma coisa. De modo que, é garantida, como princípio constitucional, a autonomia da pessoa humana, de forma permanente no ordenamento jurídico brasileiro. A saúde garante a vida digna.

Nesse contexto, não haveria como dissociar a historicidade dos direitos fundamentais, propriamente ditos, os direitos fundamentais de 2ª geração, que correspondem aos direitos sociais, econômicos e culturais.

A dignidade humana, estabelecida na Constituição Federal, auxilia na aplicação e efetivação do direito social à saúde.



Neste trabalho científico, foi utilizado o método teórico que consiste na pesquisa de obras e artigos de periódicos especializados que tratam do assunto.

1 INDIVÍDUO E PESSOA DETENTORES DO DIREITO À SAÚDE

1.1 Indivíduo

A origem do termo indivíduo pode ser encontrada inicialmente no contexto medieval. Hespanha assim estabelece a relação acerca da origem do surgimento do paradigma individualista:

Embora se lhe possam encontrar antecedentes mais recuados (oposição entre estóicos a aristotélicos, entre agostinianismo e tomismo), a genealogia mais direta do paradigma individualista da sociedade e do poder deve-se buscar na escolástica franciscana quatrocentista [Duns Scotto (1266 – 1308), Guilherme d'Occam (1300–1350)].¹

114

Posteriormente, em Immanuel Kant, o conceito de indivíduo se comunica à definição de liberdade, por meio da noção de autonomia da vontade, entendendo como a independência da ética do ser humano.

A vontade é uma espécie de causalidade dos seres vivos enquanto racionais, e liberdade seria a propriedade desta causalidade, pela qual ela pode ser eficiente, independentemente de causas estranhas que a determinem; assim como necessidade natural é a propriedade da causalidade de todos os seres irracionais de serem determinados à atividade pela influência de causa estranhas².

A autonomia é a possibilidade de o ser humano ser racional. Opõe-se com isso a uma concepção antropológica que identifica o ser humano simplesmente pela teoria da natureza. Dessa forma, a autonomia é a autolegislação pela pura razão.

Em relação a este aspecto, Kant analisa a autonomia da vontade como a faculdade de dar a si mesmo sua própria lei. É a autonomia que explica por que o indivíduo deve sujeitar-se à lei moral, pois esta obriga o indivíduo porque é produzida pelo próprio agente como ser

¹HESPANHA, António Manuel. *O direito dos letrados no império português*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p.33.

²KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 93.

autônomo. É também dever da autonomia distinguir o ser humano dos demais seres vivos, atribuindo-lhe uma dignidade. Com este fundamento o ser humano seria um fim em si mesmo, isto é, não poderia ser instrumentalizado como meio para quaisquer fins.

Com estímulo nessa teoria surge a noção de indivíduo que constantemente é mencionada. Antes do século XVIII, a noção de indivíduo praticamente não existia, pois os seres humanos eram vistos na medida de cada grupo e de cada época, apenas como pessoa. Em outras palavras, o indivíduo era tratado na proporção em que interessava economicamente e politicamente para o grupo social. Dessa forma, se o fosse era considerado uma pessoa, senão ele se tornava um objeto, uma coisa, um instrumento.

Todas as pessoas são iguais e assim devem ser tratadas. E cada indivíduo é único, caracterizado pela sua história, sua vontade e sua biografia. As especificações de cada indivíduo constituem seu diferencial; as particularidades de sua personalidade e da sua liberdade de ser.

Os direitos da personalidade que cada pessoa tem por seus atributos personalíssimos, são direitos de cada indivíduo por pertencerem exclusivamente a cada indivíduo. Dito de outro modo: todas as pessoas possuem direitos da personalidade, mas cada indivíduo possui os seus próprios, únicos e exclusivos.

115

1.2 Pessoa

O termo pessoa indica no sentido técnico-jurídico atual, “todo ser, capaz ou suscetível de direitos e obrigações”³. Dessa forma, sujeito das relações jurídicas e, como tal, possuidor de direitos e deveres.

A palavra pessoa vem do latim *persona* que significa “máscara de teatro”. Origina-se do teatro grego da Antiguidade, onde os personagens gregos do drama encenado se diferenciavam pelas máscaras utilizadas. Em outras palavras, o conceito de *pessoa* traz a ideia de representação social, do desempenho de um papel social, o papel a ser representado por aquele que está utilizando a máscara. Numa evolução conceitual, o termo *persona* passou a designar o próprio ator, personagem. Por certo, não existe termo mais apropriado para qualificar o homem do que o termo *persona*. Para Tomás de Aquino,⁴ designa aquilo que há

³ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 1.157.

⁴ AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. São Paulo: Loyola, 2003, p. 29.

de mais perfeito no universo. Para ele, *persona* significa que é mais perfeito em toda a natureza, isto é, um indivíduo subsistente de natureza racional.

Ao decorrer da história, as leis já eram familiarizadas com o termo de pessoa. Pois na relação social, em todos os tempos, persistiu a necessidade da interação e do desenvolvimento de papéis sociais. No Brasil, no período pré-republicano, verifica-se um claro relato de exclusão da pessoa negra escrava que, para o direito penal, eram consideradas pessoas e, para o direito civil, consideradas apenas um objeto. Isto é, na área criminal esperava-se um comportamento, um portar-se de determinada maneira, existindo desta forma um papel a ser desempenhado. Por outro lado, no âmbito civil, onde prevaleciam as relações privadas, não tinha papel nenhum a desempenhar, considerado uma coisa, suscetível à apropriação pelos brancos.

Esse conceito foi atribuído tanto na sociedade antiga, como na sociedade contemporânea, em que existe maior mobilidade social. Conseqüentemente, o reflexo de *persona* apresenta-se como uma noção perfeita para a contemporaneidade, já que se trata de uma formulação voltada para uma dimensão massificada da existência social.

Para Miguel Reale, existe uma construção filosófica entre homem e dignidade. Para ele é “dessa autoconsciência que nasce a ideia de pessoa, segundo a qual não se é homem pelo mero fato de existir, mas pelo significado ou sentido da existência”⁵. Nesse sentido não tem como diferenciar o conceito de pessoa e homem, visto que estão interligados. Na análise de Hannah Arendt, “homem é genérico, podendo referir a qualquer homem, enquanto pessoa entende-se alguém que pode ser individualizado”⁶. Em que pese os homens serem iguais entre si, quando falam ou agem se distinguem uns dos outros como sendo seres únicos. Com voz, fisionomia e palavras que inauguram uma pessoa única no mundo.

Para Hannah Arendt, os homens são indistintos, não possuindo singularidade, ao passo que a pessoa é um ser único dotado de individualidade intransponível. “A pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir”⁷. O homem é um ser indivisível, composto de corpo e espírito, é um sujeito soberano,

⁵ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 211.

⁶ ARENDT, Hannah. *Homens em tempos sombrios*. Tradução de Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 78.

⁷ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 16.

dotado da potência do Verbo. Enfim, é uma pessoa, um espírito encanado⁸. Por tudo isso, a dignidade da pessoa humana independente das condições singulares de cada indivíduo. Dessa forma é correto afirmar a dignidade da pessoa humana e não a dignidade do indivíduo. Independentemente da representação social que cada pessoa possua, isto é, pela simples razão de ser uma pessoa humana é dotada de dignidade, e assim deve ser tratada, sobretudo pelo ordenamento jurídico.

No universo não existe nenhum outro ser racional como o homem, por esta razão ele, e somente ele, é pessoa. Os demais seres, por mais que cumpram sua finalidade natural, nem assim se igualam ao homem. O homem possui a dimensão da liberdade que lhe permite escolher, de forma racional, quanto ao seu desígnio, podendo afasta-se ou aproximar-se do seu fim maior. Portanto, a finalidade principal do Direito é a proteção dos valores humanos, porque a pessoa humana é centro do Direito, e, portanto, deve ser respeitada a sua dignidade.

2 DIREITO À SAUDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL DE 2ª GERAÇÃO 117

A segunda geração de direitos fundamentais corresponde aos direitos sociais, econômicos e culturais, estando ligada diretamente a direitos prestacionais sociais do Estado perante o indivíduo. A segunda geração difere das demais gerações pelo fato de o Estado passar a ter a obrigação de possibilitar à pessoa humana o seu desenvolvimento.

O caráter de liberdade negativa estabelecida na primeira dimensão se deu em razão de afastar o Estado para que a liberdade fosse exercida. Já na segunda dimensão, o Estado tem a obrigação em concretizar e efetivar a proteção e o desenvolvimento da pessoa humana. O Estado pode diretamente atuar em prol destes direitos ou simplesmente ensejar a participação de outras instituições, com o propósito de concretizá-lo⁹.

Themistocles Brandão analisa o surgimento desta geração:

O começo do século viu a inclusão de uma nova categoria de direitos nas declarações e, ainda mais recentemente, nos princípios garantidores da liberdade das nações e das normas da convivência internacional. Entre os direitos chamados

⁸ SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do Direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 15.

⁹ FACHIN, Zulmar. *Teoria Geral do Direito Constitucional*. 2. ed. Londrina: IDCC, 1997, p. 65.

sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice etc.¹⁰

Ao se estabelecer a premissa de que o direito à saúde é um direito fundamental, fez-se necessário determinar a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico Brasileiro. Por ser a saúde um direito fundamental de segunda geração, o Estado deve criar meios para que todos possam usufruir do mesmo. Existe uma obrigatoriedade que repousa sobre o Estado, qual seja, o dever de atuar na aplicação do direito social à saúde. Ou seja, a Constituição federal exige do Estado um dever em tornar eficaz a norma, possibilitando a todos a saúde por meio de ações públicas.

A Constituição Federal de 1988 regulamentou os direitos de segunda geração, estando expressos no ordenamento por meio dos artigos 6º e 196. Nesta medida, admite-se o direito à saúde como um direito social. Portanto, a saúde é, também, um direito de segunda geração, conseqüentemente passa a ser um direito que exige do Estado prestações positivas, para deste modo evidenciar a sua garantia de efetividade.

118

3 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE

O direito à saúde está disposto na Constituição Federal como um direito social, dentre os quais constam ainda direitos que objetivam o bem-estar e a justiça social, tais como a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a maternidade e a infância, a assistência aos desamparados, conforme disposto no artigo 6º da Constituição Federal. A saúde é inerente ao ser humano, assim como os demais direitos que foram dispostos anteriormente. Portanto, há a necessidade de maior proteção jurídica, devidamente atendida com os artigos 6º e 196 da Constituição Federal.

A respeito da Constitucionalização do direito a saúde, relevante afirmar que a Constituição de 1988 é a primeira Constituição brasileira a consagrar o referido direito, pois as Constituições anteriores tratavam apenas de questões específicas e eventuais, envolvendo o direito à saúde. Nesse sentido, discorre Zulmar Fachin:

A constituição de 1988 organizou um amplo sistema de seguridade social, compreendendo um conjunto de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade com o objetivo de assegurar os direitos à saúde (art. 196) à previdência social (art. 201) e a assistência social (art. 203).Ao contrario das Constituições

¹⁰ BRANDÃO, Themistocles. *Princípios gerais de direito público*. 3. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2003, p. 130.

anteriores, que tratavam apenas de previdência social, a atual instituiu um sistema mais abrangente. Além de terem sido criados novos direitos, foram constitucionalizados muitos direitos que já existiam na legislação infraconstitucional.¹¹

É possível verificar que foi dada uma relevante importância ao direito à saúde, principalmente considerando o fato de estar intimamente atrelado ao direito à vida, manifestando a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana. A lei constitucional não faz qualquer menção ao tipo de saúde que é garantida a proteção, possibilitando o entendimento de que a tutela do Direito à saúde apresentaria duas faces – uma de preservação e outra de proteção. Enquanto a preservação da saúde se relacionaria às políticas de redução de risco de uma determinada doença, numa órbita genérica, a proteção à saúde se caracterizaria como um direito individual, de tratamento e recuperação de uma determinada pessoa. Há que demonstrar, ainda, que o Direito à saúde é Direito de todos e dever do Estado, e deve ser garantido por meio de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. É o que dispões o artigo 196 da Constituição Federal¹².

119

No que diz respeito à interpretação do referido artigo constitucional, entende-se que, primeiramente, ao mencionar ser um direito de todos, entende-se como um direito tanto individual como coletivo, sendo considerado um dever do Estado, em que, além de ser um direito fundamental, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado. No que confere às políticas sociais e econômicas, fica ressalvada a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde visando sempre a redução do risco de doenças e outros agravos de forma a evidenciar sua dimensão preventiva. Ficou, ainda, determinado pelo constituinte um sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde, reforçando a ideia de responsabilidade solidária entre os entes da federação¹³.

É possível argumentar que a disposição acerca do direito à saúde se insere no contexto de direitos fundamentais com o intuito de colaborar com a proteção necessária ao princípio da dignidade da pessoa humana, existindo como um dos serviços públicos mais importantes e necessários ao ordenamento jurídico pátrio.

¹¹ FACHIN, Zulmar. *Teoria Geral do Direito Constitucional*. 2. ed. Londrina: IDCC, 1997, p. 98.

¹² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 643-644.

A competência para legislar acerca da proteção e defesa da saúde engloba a união, estados e distrito federal, conforme previsão expressa no artigo 24, XII, da Constituição Federal. No que confere a competência executiva, incluirá nesse rol os municípios, conforme mencionado no próprio artigo 23, II da Constituição.

Os problemas existentes no Brasil, ligados a saúde, não são todos derivados da falta de legislação específica, mas mais propriamente da falta de aplicabilidade de tais normas. As questões ligadas à implementação e à manutenção das políticas públicas de saúde já existentes não são eficazes, tornando todo o sistema de proteção constitucional à saúde lúdico para os legisladores e ligeiramente falho para a sociedade como um todo.

De modo geral, ao se considerar o Direito constitucional à saúde existente no ordenamento jurídico pátrio e as medidas de efetivação, fica claro que o maior problema existente não está na legislação atribuída, e, portanto, o direito a saúde deve se efetivar mediante ações específicas (dimensão individual) e mediante amplas políticas públicas com a intenção de diminuição no risco de doença e de outros agravos¹⁴. De todo o modo, a saúde é um direito social previsto constitucionalmente no artigo 6º e no artigo 19 da Constituição Federal de 1988, sendo norma de ordem pública, imperativa e inviolável, cabendo ao Estado concretizar tal direito. Em razão disso, os problemas existentes na ausência de concretização desse direito fundamental, ocorrem em razão da ausência de aplicabilidade da norma, e a aplicação da mesma é de responsabilidade do Estado.

A falta de eficácia das normas existentes em defesa da pessoa humana em sua saúde é materializada pela falta de leitos em hospitais, ausência de equipamentos necessários para tratamentos específicos, falta de médicos e medicamentos. Pessoas estão perecendo em portas de hospitais ou sendo atendidas em corredores, sem a condição necessária de tratamento, o que fere o dispositivo constitucional e a dignidade humana¹⁵.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 644.

¹⁵ PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça. *Apelação/Reexame Necessário*. REEX 10066320108170480 PE 0001006-63.2010.8.17.0480 (TJ-PE). Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO DE CARUARU. ALEGAÇÃO DE QUE A MORTE DA PACIENTE DECORREU DA AUSÊNCIA DE LEITO NA REDE PÚBLICA. FALTA DE ATENDIMENTO ADEQUADO EM HOSPITAL MUNICIPAL. FALHA NO ATENDIMENTO. COMPROVADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RECONHECIDA. REEXAME NECESSÁRIO PROVIDO PARCIALMENTE. DECISÃO UNÂNIME.

4 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DIREITO DA PERSONALIDADE E O DIREITO À SAÚDE

A Constituição Federal de 1988 positivou o princípio da dignidade da pessoa humana em seu art. 1º, inciso III, considerando uma cláusula geral de concreção e do desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Para tanto adquire aparência axiológica, sendo utilizado como alicerce onde transita o sistema fundamental e a estruturação do Estado brasileiro.

Szaniawski¹⁶ aponta que os direitos da personalidade não se esgotam no art. 5º da Constituição Federal e que há outras colunas de sustentação do sistema jurídico como: o princípio fundamental de toda a pessoa possuir um patrimônio mínimo, previsto no título II, art. 5º, inciso XXII, e no título VII, capítulos II e III; e os demais princípios, consagrados no título VIII, garantindo, no capítulo II, a toda pessoa, o exercício do direito à saúde; no capítulo VI, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a fim de poder exercer seu direito à vida com o máximo de qualidade de vida; e, no capítulo VII, o direito de possuir uma família e de planejá-la, de acordo com o princípio da dignidade humana e da paternidade responsável.

A doutrina brasileira vem aceitando a classificação tripartida dos direitos da personalidade, agrupados da seguinte forma: (a) direito à integridade física, compreendendo: o direito à vida e aos alimentos; o direito sobre o próprio corpo vivo; o direito sobre o próprio corpo morto; o direito sobre o corpo alheio vivo; (b) direito à integridade intelectual, que compreende: o direito à liberdade de pensamento; e (c) direito à integridade moral com as seguintes tipificações: direito à liberdade civil, política e religioso; direito à imagem e o direito à identidade pessoal, familiar e social.

O princípio da dignidade humana no ordenamento jurídico pátrio é considerado um dos princípios constitucionais de maior importância, tendo em vista que emanam dele todos os direitos fundamentais do ser humano, entende-se relevante examiná-lo com mais precisão. Tem seu berço secular na filosofia. Com fundamentação na ética, na filosofia moral, a

¹⁶ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da Personalidade e sua Tutela*. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 138.

dignidade humana se constitui inicialmente em um valor, um conceito axiológico, vinculado à moralidade¹⁷.

A maior influência para a filosofia moral e jurídica é de Immanuel Kant. O pensamento kantiano foi responsável por diferenciar as coisas das pessoas, afirmando que as coisas não possuem um fim em si mesmo, mas, a pessoa deve ser sempre tratada com um fim e não como um meio, apontando que as coisas têm preço, mas a pessoa humana é dotada de dignidade. Com base nestes ensinamentos, o ser humano passou a ser tratado como um ser único, inestimável e diferenciando dos demais seres vivos, pois eles são dotados de um valor intrínseco absoluto, ao qual se dá o nome de dignidade¹⁸.

Luís Roberto Barroso afirma a necessidade de se estabelecer o conteúdo mínimo para o conceito, devido à importância crescente do tema. Nesse contexto, afirma-se:

Grosso modo, essa é minha concepção minimalista: a dignidade humana identifica 1. O valor intrínseco de todos os seres humanos; assim como 2. A autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário).¹⁹

122

A dignidade está garantida no ordenamento jurídico e não pode sofrer arranhões, nem ser vítima de argumentos que a coloque em um relativismo.

O princípio da dignidade da pessoa humana está extremamente vinculado aos direitos sociais, na medida em que, para iniciar o respeito a este princípio, tem-se que primeiramente concretizar os direitos sociais, por sua vez atrelados ao caput dos artigos 225 e 6º da Constituição Federal. Neste sentido Rizzato Nunes ensina:

Está mais do que na hora de o operador do Direito passar a gerir sua atuação social pautado no princípio fundamental estampado no Texto constitucional. Aliás, é verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas.²⁰

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução de Humberto Laport de Mello. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 133.

¹⁸ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 135 e 140.

¹⁹ *Ibidem*, p. 134.

²⁰ RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: 2002, p. 51.

O conteúdo do princípio da dignidade é apresentado em dois momentos. Inicialmente, a dignidade é responsável pela proteção da pessoa humana no que diz respeito à sua integridade. Em segunda percepção, o princípio assume a ideia de a pessoa ser respeitada como ser intelectual. Sobre o enfoque da saúde, é importante analisarmos o primeiro prisma²¹. Dessa forma, a dignidade da pessoa humana é o princípio norteador do ordenamento jurídico, que serve para fundamentar os demais princípios e normas nacionais, como alicerce. Por essa coordenação, a dignidade da pessoa humana possui dupla natureza, vista como um postulado normativo, em razão de servir para apontar a forma em que as demais normas devem ser feitas e aplicadas, sendo que nenhuma norma pode ferir a dignidade da pessoa humana²².

Dessa união é que se poderia imaginar que qualquer pessoa teria sua dignidade garantida, se fosse assegurada seus direitos sociais. Assim, é notório que a própria constituição se pauta na direção da implementação da dignidade no meio social. A defesa da dignidade humana na área da saúde está em exigir do Estado a aplicabilidade da norma, proporcionando à pessoa humana o desenvolvimento físico e psíquico, que pode ser entendido como saúde.

123

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante sua inclusão no texto constitucional, o direito social à saúde é fixado tanto com base na 2ª dimensão dos direitos fundamentais, como no princípio basilar da dignidade da pessoa humana. A saúde, atualmente, é objeto de estudo nas diversas disciplinas do ordenamento jurídico. A consagração dos direitos sociais, o seu reconhecimento enquanto direito fundamental, leva à necessidade de aplicação máxima de seu texto. Especificamente, o que se refere como direito fundamental de segunda geração, propriamente dito o direito a saúde, caminha para o questionamento de uma série de dogmas, em especial aqueles que levam a um núcleo central: a autonomia, com efeito *erga omnes* e sua concretização no mundo dos fatos.

No plano formal e técnico, pode-se afirmar com propriedade que a legislação atual, no que se refere a direito à saúde, é referência no mundo todo. Entretanto, tal afirmação não se

²¹ COING, H. *Elementos Fundamentais da Filosofia do Direito*. Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 246-247.

²² LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Cia das letras, 1988. p. 78.

concretiza sobre a sua aplicabilidade. Este é o paradigma dominante. A norma determina ao Estado garantir o mínimo necessário para o desenvolvimento da pessoa humana, a sua saúde, e com isso uma vida digna existe. Falta-lhe, porém a eficácia, o que tem gerado uma inquietude, pois há perecer de vidas diariamente às portas de hospitais, falta de atendimento, ou atendimento precário em corredores, hospitais destruídos e falta de medicamentos. Com isso o Estado tem negado a dignidade às pessoas, principalmente àquelas que dependem exclusivamente da saúde pública. O caos está instalado. A dignidade humana precisa ser respeitada.

O direito à saúde é um direito fundamental e, como tal, obriga o Estado a buscar meios que possa viabilizar a sua aplicabilidade. O direito à saúde é direito de todos e deve ser protegido pelo Estado, por meio de políticas públicas, dentre as quais controle social e integralidade. Entretanto, o que se observa na prática é um total desrespeito aos princípios constitucionais. O Estado faz valer da reserva do possível, atuando no sentido de retirar sua responsabilidade, tornando-se omissivo ou simplesmente inerte frente a este direito à saúde e à vida. A morte anunciada por falta de estrutura do Estado nada representa para este. É tempo de gritar em defesa da dignidade humana.

O direito da dignidade não pode ser algo disponível porque possui características próprias. Sendo este individual, indisponível, inalienável, não pode ninguém dispor do direito da dignidade, devendo o Estado garantir a cada indivíduo a dignidade da pessoa humana.

O direito à saúde na teoria encontra-se perfeito, porém, na prática, lamentavelmente, sucumbe ao desinteresse e omissão do Estado, que não cumpre o seu papel, estabelecido na 2ª geração de direitos constitucionais. Deste modo, a impotência do Estado em cumprir com o seu dever se dá pela má administração dos recursos públicos e políticas públicas que não correspondem com os preceituado nos princípios da ordem social. Há no ar o choro de crianças que não se tornarão adultos e de adultos que não verão os seus filhos crescerem. Onde está a dignidade humana?

REFERÊNCIAS

AQUINO, Tomás. *Suma teológica*. 2. ed. v. L. Tradução de Alexandre Correia. Caxias do Sul: Livraria Sutina Editora, 1980.



ARENDDT, Hannah. *Homens em tempos sombrios*. Tradução de Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da Personalidade: de acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRANDÃO, Themistocles. *Princípios gerais de direito público*. 3. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2003.

BRASIL. *Código Civil*. Lei número 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. DOU, Brasília, DF, 11 janeiro de 2002. VadeMecum. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1998.

CANOTINHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Russell, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

COSTA, Helena Regina Logo da. *A dignidade humana: teoria de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2008.

CUPIS, Adriano de. *Os Direitos da Personalidade*. Campinas: Romana Jurídica, 2004.



FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FACHIN, Zulmar; OLIVEIRA, Evaldo Dias de. Seguridade social como direito fundamental: garantia de efetivação na Constituição Brasileira. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 15, n. 1, p. 175-197, jun. 2011.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

FREUD, Sigmund. *O ego e o id*. Tradução de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1974, v. 19.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HESPANHA, António Manuel. *O direito dos letrados no império português*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

126

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Leopoldo Halzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003.

_____. *Fundamentação à metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2005.

_____. *A Metafísica dos Costumes*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

_____. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

NUNES, Rizzato. *O princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PLATÃO. *A República*. Tradução de M. H.R. Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17. ed. Saraiva: São Paulo, 1996.



SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARLET, Wolfgang Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do Direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da Personalidade e sua Tutela*. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.



O DIREITO DE VISITA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

CHILDREN'S AND TEENAGERS' VISITING RIGHTS IN BRAZILIAN PRISON SYSTEM

Giovanna Rossetto Magaroto Cayres*

Viviane Boacnin Yoneda Sponchiado**

Resumo: O presente artigo trata da Lei nº 12.962/2014, que diz respeito ao direito à convivência de crianças e adolescentes com os pais privados de liberdade. Justifica-se a pesquisa pela relevância social da questão, que envolve a ressocialização de presos e a manutenção de laços familiares. Como objetivo, pretende-se conciliar dogmaticamente os direitos e deveres decorrentes da Lei de Execução Penal com os decorrentes do Estatuto da Criança e do Adolescente. Para tanto, abordamos os aspectos principais da nova legislação, colocando a convivência familiar de crianças e adolescentes no cerne da proteção da entidade familiar. Sendo assim, observa-se neste trabalho que a Lei nº 12.962/2014 assegura a efetividade dos direitos fundamentais previstos na Constituição Brasileira, principalmente no tocante ao direito à convivência familiar das crianças e adolescentes e também àqueles que vivem no sistema carcerário, constatando-se que as tentativas de ressocializar e de reinserir socialmente os presidiários, bem como a promoção do convívio com a família, são as principais ações para tentar evitar a reincidência.

Palavras-chave: Sistema Prisional Brasileiro. Direito de Visita de Crianças e Adolescentes. Direito à Convivência Familiar.

Sumário: Introdução. 1 O Direito dos presos. 2 O Direito das crianças e adolescentes. Considerações Finais. Referências.

Abstract: This paper deals with Statute No. 12962 / 2014, which concerns the right to family life of children and adolescents with their arrested parents. This research is justified by the social relevance of the issue, which involves the rehabilitation of prisoners and the preservation of family ties. As an objective, it is intended to dogmatically reconcile the rights and duties arising from the Penal Enforcement Laws with those arising from the Statute of Children and Adolescents. To this end, we discuss the main aspects of the new legislation, placing the family life of children and adolescents at the heart of protecting the family unit. Thus, it is noted in this paper that Statute No. 12962 / 2014 ensures the effectiveness of the fundamental rights provided for in the Brazilian Constitution, particularly as regards to the right to family life of children and adolescents and also to those living in the prison system, noting that attempts to re-socialize and to reintegrate socially the inmates, as well as the promotion of family life, are the main actions to try to prevent a recidivism.

Keywords: Brazilian Prison System. Children's and Teenagers' Visiting Rights. Right to Family Life.

129

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo discutir um tema de grande relevância social: que a criança ou o adolescente vivencie a experiência da figura paterna ou materna submetida à tutela do Estado. Embora representem avanços, na prática, a Lei de Execução Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente

* Mestranda em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM.

** Delegada da Polícia Civil do Estado de São Paulo e mestranda em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM.

parecem inconciliáveis, pois o direito ao convívio e ao vínculo da criança com o pai ou mãe inserido no sistema carcerário apresenta-se, de fato, de difícil compressão.

A realidade é que a convivência dos presos dentro sistema carcerário brasileiro é regida pela Lei nº 7.210/84, conhecida como Lei de Execução Penal e, segundo este dispositivo, o Estado garantirá aos presos e internos assistência material, jurídica, educacional, social e religiosa. Em meio ao rol de direitos carcerários no Brasil, destaca-se a possibilidade de receber visitas de familiares e amigos, sendo uma forma de contato com o mundo exterior, facilitando a reinserção social e o retorno à liberdade.

A aprovação da Lei nº 12.962/2014 ainda é recente e tem como objetivo efetivar o direito à proteção integral e garantia de convivência familiar de crianças e adolescentes com os seus pais privados de liberdade, alterando dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Mas será que a nova legislação soluciona os problemas enfrentados em relação à convivência familiar de filhos de pais presos?

No decorrer deste trabalho veremos que os dois dispositivos legais abordados, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei de Execução Penal, estão na mesma escala de importância. De um lado deve-se observar o direito do presidiário de ter contato com seus familiares; e de outro, o direito de proteção integral da criança e do adolescente. As duas legislações representam um grande avanço ao humanizar e respeitar a singularidade do ser humano. No entanto, percebe-se que em se tratando de filhos de pais presos, a interação ocorria de maneira precária, ou não chegava a existir. A legislação ignorava, até então, o direito ao convívio desses adultos com seus filhos.

Ao abordarmos a presença de crianças e jovens no sistema carcerário, reconhecemos que o filho verá pessoalmente que seu pai ou mãe está detido, assim como a situação a qual ficam submetidos. Por outro lado, esse infante verá que sua presença tem a possibilidade de melhoria no comportamento do seu genitor, podendo até agregar valores morais e éticos, às vezes ausentes na realidade do encarceramento, o que faz com que alguns pais desconheçam o real sentido da entidade familiar e se esqueçam da importância da responsabilidade paterna ou materna.

Desta forma, pela nova lei, os filhos têm o direito de visitar periodicamente os pais presos, acompanhados pelo responsável; ou, quando estiverem em acolhimento institucional, pela entidade

responsável, sem a necessidade de autorização judicial. Prevê também que a criança ou o adolescente seja mantido em sua família de origem, devendo ser incluída em programas oficiais de auxílio, deixando claro que a condenação criminal do genitor não implicará destituição do poder familiar, exceto em casos de condenação por crime doloso que tenha sido cometido contra o próprio filho. O intuito do legislador é fortalecer o laço familiar com as visitas periódicas e atender as famílias atingidas por rupturas e pela ausência de convívio dos pais privados de liberdade com seus filhos.

A pesquisa pauta-se pelo método de investigação dedutivo. Foram utilizados livros, doutrinas, leis e jurisprudências para coleta e análise de dados. Tem-se como ponto de partida o estudo bibliográfico, para a posterior abordagem do atual contexto legislativo brasileiro.

1 O DIREITO DOS PRESOS

Segundo levantamento do Instituto Avante Brasil, entre os anos de 1990 e 2013 a população brasileira cresceu 36%, enquanto a população carcerária cresceu 507%. Em 2013 foram contabilizados 574.027 presos no país, ou seja, uma taxa de 300,96 presos para cada 100 mil habitantes. Estima-se que 50 % da população carcerária do mundo está concentrada em apenas quatro países: EUA, China, Rússia e Brasil. Entre os países da América Latina, o Brasil tem a maior população prisional (GOMES, 2015).

Os números chamam a atenção. Passando para um levantamento mais recente, em 23/06/2015 o Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça - DEPEN divulgou a quantidade atualizada de presos no Brasil: 607.731. Estas pessoas estão divididas em 1.424 unidades prisionais por todo o país. Dentre as unidades, 260 estabelecimentos penais são destinados ao cumprimento de pena em regime fechado, 95 são destinados ao regime semiaberto e 23 ao regime aberto. Ainda, 725 estabelecimentos são destinados a presos provisórios e 20 são hospitais de custódia (AGÊNCIA, 2015).

Com estes dados dá para se ter uma ideia da dimensão do complexo prisional brasileiro. A grande maioria dos estabelecimentos prisionais é administrada pelos Estados da Federação, com exceção de quatro unidades prisionais federais, subordinadas ao Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça. Elas estão localizadas nas cidades de Catanduvas (PR), Campo Grande (MS),

Porto Velho (RO) e Mossoró (RN), e foram criadas para abrigar os presos de alta periculosidade, conforme disposto nos artigos 3º a 5º do Regulamento Penitenciário Federal:

Art. 3º Os estabelecimentos penais federais têm por finalidade promover a execução administrativa das medidas restritivas de liberdade dos presos, provisórios ou condenados, cuja inclusão se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso.

Art. 4º Os estabelecimentos penais federais também abrigarão presos, provisórios ou condenados, sujeitos ao regime disciplinar diferenciado, previsto no art. 1º da Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003.

Art. 5º Os presos condenados não manterão contato com os presos provisórios e serão alojados em alas separadas (BRASIL, 2007).

Em relação aos estabelecimentos prisionais administrados pelos Estados, apenas o Estado de São Paulo, sozinho, possui hoje 163 unidades prisionais, divididas entre penitenciárias, centros de progressão penitenciária, centros de detenção provisória e centros de ressocialização. O Estado de São Paulo possui também uma unidade de Regime Disciplinar Diferenciado, conhecido como RDD, e três hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico (SÃO PAULO, 2015).

Os estabelecimentos são divididos por suas diferentes finalidades. Além da separação de acordo com os regimes de cumprimento de pena, fechado, semiaberto e aberto, há também a separação dos presos provisórios, que devem ser mantidos apartados daqueles que já receberam condenação definitiva. Os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, por sua vez, são destinados aos inimputáveis ou semi-imputáveis, para cumprimento de medidas de segurança.

No ranking dos Estados que mais prendem, São Paulo fica em terceiro lugar, com uma taxa de 502,8 presos para cada 100 mil habitantes. Perde apenas para o Acre (520,8 presos por 100 mil habitantes) e para o Mato Grosso do Sul (519,1 presos por 100 mil habitantes) (GOMES, 2015).

Diante de tamanha população carcerária é imprescindível a criação de regras de convívio que permitam a coexistência digna de todos os presos, bem como as relações entre estes e as pessoas livres. A convivência dos presos dentro do sistema carcerário brasileiro é regida pela Lei nº 7.210/84, chamada Lei de Execução Penal. Segundo ela, o Estado garantirá aos seus presos e internos assistência material, jurídica, educacional, social, religiosa e à saúde. Existem no texto seções específicas com previsão dos direitos, deveres e da disciplina a ser seguida:

Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

XVI - atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento (BRASIL, 1984, grifo nosso).

Em meio ao rol de direitos dos presos no Brasil, destaca-se, por sua importância, a possibilidade de receber visitas de parentes e amigos. Sem dúvida a visitação é um dos poucos contatos do preso com o mundo exterior e uma forma de assistência social, na medida em que serve de amparo tanto para o preso como para sua família, facilitando a reinserção social e o retorno à liberdade.

O dispositivo da Lei de Execução Penal encontra respaldo na Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 5º, inciso XLIX, assegura a integridade física e moral dos presos e, em seu inciso LXIII, prevê a assistência da família como um dos direitos assegurados ao preso (BRASIL, 1988). Também encontra consonância no Pacto de San José da Costa Rica, que em seu artigo 5º estipula: “6. *As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados*” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

Como a Lei de Execução Penal prevê o direito de visita, mas não se estende sobre o assunto, no Estado de São Paulo a Resolução SAP nº 144/10 trouxe as regras e procedimentos para concretizar tal direito. Trata-se do Regime Interno Padrão das Unidades Prisionais do Estado de São Paulo que integram a Secretaria da Administração Penitenciária, instituído pelo Secretário de Estado Lourival

Gomes em 2010. A Resolução reservou um título inteiro para regulamentar as visitas, deixando clara a relevância social desse tipo de contato:

Artigo 93 - As visitas têm a finalidade de preservar e estreitar as relações do preso com a sociedade, a família, a companheira e os parentes, sob vigilância e com limitações, ressocializando-o e reintegrando-o de forma espontânea ao âmbito familiar e comunitário, quando do cumprimento da sua pena, bem como as visitas têm caráter terapêutico objetivando desenvolver e aprimorar o senso de comunhão social na esfera das unidades prisionais (SÃO PAULO, 2010).

Logo em seguida, prevê que as visitas deverão acontecer em espaço que proporcione ao mesmo tempo dignidade e segurança. Conforme o texto, são autorizadas, mediante observância das regras de disciplina do próprio regimento, as visitas dos cônjuges, companheiros, parentes de até 2º grau e membros de entidades religiosas e humanitárias (SÃO PAULO, 2010).

Em âmbito federal o direito de visitas, como não poderia deixar de ser, também é valorizado. A família é um elo muito importante com o mundo exterior e mesmo os presos de unidades de segurança máxima são incentivados a manterem os vínculos existentes fora do encarceramento. Com esse objetivo foi criado o Projeto Visita Virtual, por meio do qual os presos em estabelecimentos federais podem se comunicar com seus visitantes em um ambiente virtual, parecido com uma sala de bate-papo, possível graças a programa do Ministério da Justiça.

O chamado “Projeto Visita Virtual” permitirá que detentos de unidades de segurança máxima entrem em contato com seus familiares, amigos e cônjuges ou companheiros através de um encontro virtual. O projeto será coordenado pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), em parceria com a Defensoria Pública da União (DPU) dos estados.

[...] De acordo com o Depen, esse sistema permitirá aos quase 500 presos das penitenciárias federais de Catanduvas (PR), Porto Velho (RO) e Mossoró (RN) rever suas famílias de maneira tecnológica. O objetivo é garantir o direito de visita aos presos, que muitas vezes possuem família em outros estados (IBCCRIM, 2010).

Segundo site do ENAP (Escola Nacional de Administração Pública, 2015):

Desde a implantação do Projeto Visita Virtual e Videoconferência Judicial, em maio de 2010, 509 presos participaram da visita virtual e puderam conversar e visualizar seus familiares e amigos por meio desse recurso, conferindo, assim, um resultado extremamente satisfatório, visto que há pelo menos um ano não recebiam visitas.

Deve-se observar, no entanto, que o direito de visita não é mera liberalidade, a ser utilizada sem critério ou sem o cuidado por parte do Poder Público. Preocupa-se com a saúde e bem-estar, tanto do preso, como do visitante e, sabe-se que nem todas as visitas contribuem para a reintegração social do preso ou para a manutenção de seus vínculos familiares. Por esse motivo, o Estado de São Paulo previu a existência de equipe assistencial de apoio:

Artigo 103 - o visitante, exceto parentes de até 2º grau, devem se submeter à entrevista pessoal junto ao serviço social da unidade prisional, que, após manifestação, encaminhará a proposta de inclusão no rol de visitantes do preso ao diretor da área de segurança e disciplina.

Parágrafo único - o relatório pessoal sobre o visitante, elaborado pelo serviço social, deve ser anexado ao prontuário do preso (SÃO PAULO, 2010).

O texto usa como critério objetivo o parentesco, fixando que têm direito de estar no rol de visitantes, independente de entrevista, os parentes de até 2º grau, ressalvados os casos que fundamentadamente prejudiquem a segurança da unidade. Priorizar os parentes próximos tem como objetivo cristalino fortalecer as relações familiares. Com esse mister é que também foram incluídas na visita, de maneira expressa, as crianças e os adolescentes:

Artigo 112 - a entrada de crianças e adolescentes, para visitas comuns, é permitida somente quando o menor for filho ou neto do preso a ser visitado.

Parágrafo único - As crianças e os adolescentes devem estar acompanhados por um responsável legal e, na falta deste, por aquele que for designado para sua guarda, determinada pela autoridade judicial competente.

O alcance da Resolução SAP nº 144/10, no entanto, não foi abrangente a ponto de pacificar o tema. Primeiro por ser uma Resolução Estadual e, portanto, com efeitos somente no seu Estado de origem. Segundo, por ser um ato emanado do Poder Executivo, mais especificamente de um Secretário de Estado, o que significa que seus ditames não passaram por todo o rigoroso processo constitucional de elaboração de uma lei.

O remédio veio com a Lei Federal nº 12.962/2014, que se preocupou em sanar dois assuntos majoritários: a visita de crianças e adolescentes aos pais privados de liberdade e a destituição do poder familiar. Com ela foi acrescentado no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente o seguinte parágrafo:

Será garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial (BRASIL, 2014).

Rompendo com ideias mais antigas, o texto ainda esclareceu que a simples condenação criminal dos pais, ou de um deles, não faz com que o condenado seja destituído de seu poder familiar. Os genitores só perderão o poder familiar se condenados por crime doloso contra o próprio filho. E não é qualquer crime que autoriza a destituição, apenas aqueles que possuem pena de reclusão (BRASIL, 2014).

A lei quis prestigiar a convivência entre pais e filhos, reconhecendo que o pleno desenvolvimento das crianças e adolescentes depende do convívio com os genitores. É uma questão muito mais delicada do que a reinserção social do preso. A lei foi voltada para a formação das crianças e jovens, os quais não podem ser privados dos seus laços afetivos e dos referenciais familiares.

Além disso, a nova lei delimita um assunto atual e necessário, principalmente em vista da quantidade de presos existente no sistema carcerário brasileiro e do crescimento progressivo desse numeral nos últimos anos, conforme já exposto neste tópico.

2 O DIREITO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

O Estatuto da Criança e do Adolescente passou por diversas modificações que buscaram sua adequação às novas realidades e o aperfeiçoamento na garantia dos direitos das crianças e adolescentes. Sendo assim, em 2014 a presidente Dilma Rousseff sancionou a Lei nº 12.962, que assegura a convivência familiar de crianças e adolescentes com pais privados de liberdade.

Antes, os presos que se encontravam cumprindo pena privativa de liberdade em regime fechado tinham o direito de visita do cônjuge, familiares e amigos, em dias determinados, como dispõe no artigo 41, X, da Lei nº 7.210/84, no entanto, não havia previsão legal expressa sobre a visita de filhos no estabelecimento prisional. Ainda, segundo o artigo 52, III, da mesma lei, assegura-se ao preso incluído no regime disciplinar diferenciado o direito de visitas semanais de duas pessoas, com duração de duas horas, sem mencionar a visita de crianças. (BEZERRO, 2014).

No caso de suspensão de visita pelo diretor do estabelecimento prisional, conforme assegura o artigo 41 da Lei nº 7.210/84, ou mesmo diante de falta grave cometida pelo preso, de acordo com o artigo 50 da mesma lei, só haveria êxito nas visitas com a autorização judicial.

Compreende-se que o direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes é direito fundamental, onde todo menor deve se desenvolver no seio da entidade familiar, tendo por perto a presença de sentimentos como amor, carinho, felicidade, respeito e cuidados que possam garantir seu desenvolvimento físico, psíquico e moral.

O artigo 227 da Constituição Federal de 1988, assim como os artigos abaixo do Estatuto da Criança e do Adolescente, vem pautando os debates travados, estabelecendo que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

[...]

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

[...]

Art. 70. É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.

Diante dos artigos mencionados, demonstra-se a importância de se conferir efetividade à determinação de origem constitucional, com os destinatários que são a família, a sociedade e o Estado,

pertinente à obrigação de se colocar a criança e o adolescente a salvo de toda forma de violência, prevenindo situações que possam trazer qualquer abalo a sua integridade física ou moral.

Percebeu-se que a presença da família e dos filhos pode ser um elemento paliativo das tensões do cotidiano dentro da prisão, pois a visita e o contato com o(s) filho(s) são um dos elementos que ajudam a manter o equilíbrio psicológico, bem como uma forma de acompanhá-los em seu desenvolvimento e crescimento.

Ressalva-se, no entanto, que na opinião de alguns pais presos, esse contato poderia trazer aspectos negativos, e ainda, outros presos se sentiriam envergonhados por terem seus filhos vendo-os nessa situação, ou sentiriam desespero em ter seus filhos dentro do sistema carcerário, por conta do risco em relação à segurança dos infantes.

Foi realizada uma pesquisa em uma Penitenciária no interior do Estado de São Paulo, contando com a participação de alguns presidiários, levando em conta sua condição de pai no ambiente prisional:

De acordo com os participantes é importante o contato com o filho, embora revelem certas inseguranças por seu filho frequentar aquele ambiente. Apresentam medos em relação às influências que o ambiente da prisão possa exercer em seu filho, além de temores relacionados às questões de segurança e integridade física do filho e familiares. Consideraram que tanto o procedimento de revista, quanto o contato com a instituição prisional podem ser nocivos ao desenvolvimento do filho. A questão financeira foi colocada como um impedimento a esses pais de acompanhar o desenvolvimento e ter mais contato com seu filho. A prisão não lhes parece um ambiente de tranquilidade e confiabilidade onde seu filho possa circular. O dia de visita se configura como uma ameaça à segurança do funcionário, diante da possibilidade de rebelião, como ultimamente ocorreu. (SILVA; GUZZO, 2007).

Estão em jogo dois importantes princípios: o princípio da proteção integral da criança e do adolescente e o princípio do respeito a sua peculiar situação de desenvolvimento. O primeiro princípio determina que o conjunto dos direitos das crianças e dos adolescentes seja assegurado ao máximo e em sua integralidade. O segundo princípio determina um tratamento diferenciado e de proteção às crianças e adolescentes, já que, por estarem em desenvolvimento, eles se encontram em uma situação peculiar (MINAS GERAIS, 2013).

A lei nº 12.962/2014, ao assegurar a convivência das crianças e adolescentes com os pais privados de liberdade, parece complementar e garantir efetividade ao Estatuto da Criança e do



Adolescente, na medida em que este previu que todas as crianças e jovens têm o direito de ser criados e educados no seio de suas famílias. Entretanto, a nova lei merece algumas considerações.

Pela leitura do dispositivo recentemente acrescentado ao Estatuto da Criança e do Adolescente (§4º, acrescentado ao artigo 19), entende-se que a autorização judicial seria desnecessária apenas quando se tratasse da visita dos filhos que estejam em entidades de acolhimento institucional, por estarem em situação de maior vulnerabilidade e privação do contato com a família natural ou extensa, deixando dúvidas em relação aos filhos que não estão abrigados.

Outro problema encontrado é que a nova lei não distingue expressamente se o direito de convivência dos filhos com os pais privados de liberdade pode ser exercido por todos os pais presos, ou se haveria alguma diferenciação entre presos definitivos ou provisórios.

Para dirimir tais dúvidas, deve-se ter em mente que o Estatuto da Criança e do Adolescente expressamente previu a proteção integral das crianças e dos adolescentes, reconhecidos como sujeitos de direitos. Como seres em desenvolvimento e em processo de formação, é necessário também observar sua vulnerabilidade, o que os torna merecedores de proteção por parte da família, da sociedade e do Estado, devendo este último atuar por meio de políticas públicas para promoção e defesa de seus direitos.

Não se pode perder de vista que privar o filho do direito à convivência familiar vai de encontro ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o qual deve nortear as decisões que envolvam os interesses de menores.

Com a lei nº 12.962/2014, o legislador pretendeu impedir o parâmetro muitas vezes utilizado pelos diretores dos estabelecimentos prisionais, os quais proibiam o direito de visita dos filhos menores, alegando a existência de risco à segurança e à integridade física, psíquica e moral dos mesmos. O legislador também teve intenção de prestigiar a ressocialização dos presos, lembrando que o pai ou mãe preso tem o direito ao convívio familiar e isso facilitará sua reinserção na sociedade, tendo em vista que eles estão privados do direito de locomoção e não dos demais direitos, como por exemplo, o de manter o poder familiar, não suspenso ou destituído.

Observa-se o seguinte julgado:

EMENTA: CIVIL E CONSTITUCIONAL. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. VISITAS DOS FILHOS À MÃE ENCARCERADA. DIREITO DA PRESA. DIREITO FUNDAMENTAL DAS CRIANÇAS. TEMPERAMENTO DE VALORES. DICOTOMIA ENTRE A PROTEÇÃO DA INTEGRIDADE E O DIREITO DE MANTER CONTATO COM A MÃE. PREVALÊNCIA DO ÚLTIMO. SENTENÇA MANTIDA.- É apenas aparente o embate de normas e valores relativos ao direito da mãe - que se encontra presa em estabelecimento penal - de receber a visita dos filhos em contraposição à necessidade de preservação da integridade física e psíquica das crianças que desejam estar com ela nos dias de visitação. - Se ponderada a questão sob a ótica dos filhos terem o direito de manter o vínculo com sua mãe, independentemente da condição em que se encontre, a aparente contrariedade de normas se esvai, restando a proteção ao vínculo familiar, ao contato afetivo com o amor materno. (Apelação Cível 1.0439.13.008377-7/001, Relator (a): Des.(a) Alberto Vilas Boas , 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 25/02/2014, publicação da sumula em 10/03/2014).

É evidente que, quando se fala em crianças e adolescentes, deve-se levar em consideração o ambiente e a segurança nos sistemas prisionais, pois os riscos são palpáveis. No entanto, a nova lei, ao sopesar os interesses envolvidos, considerou os riscos menos ofensivos, acreditando que a probabilidade de acontecer algum ataque à segurança dos infantes é menor do que o prejuízo resultante das crianças ficarem privadas do convívio com seus pais, devendo, portanto, ser assegurado o direito à convivência familiar.

Sendo assim, os presídios terão que se estruturar para receber as crianças e adolescentes nos dias de visita, para garantir a segurança dos presos, dos visitantes e dos funcionários. Dentre as medidas de estruturação pelas quais terão que passar os estabelecimentos prisionais, tem especial importância a adequação dos procedimentos de revista pessoal. Muitos são os familiares e demais visitantes que são obrigados a se submeter a situações vexatórias e constrangedoras durante os procedimentos de revista, para que consigam ingresso no sistema carcerário.

A Organização dos Estados Americanos (OEA) já se manifestou contra a revista vexatória e humilhante em alguns casos, como o do Complexo Penitenciário Aníbal Bruno, em Pernambuco (JUSTIÇA GLOBAL BRASIL, 2014). Apesar deste procedimento já ser proibido em alguns Estados, em pelo menos dez deles ainda continua em vigor, como acontece em Minas Gerais, onde a prática de revista íntima, conhecida como revista vexatória, é amplamente aplicada nos estabelecimentos prisionais, expondo mulheres idosas, jovens e crianças a situações degradantes e humilhantes. Isso acontece também, no Rio de Janeiro, onde, de acordo com a Organização Rede Justiça Criminal, este

ato continua sendo praticado (MELLO, 2014). Este entendimento é detectado na jurisprudência de Tribunais de Justiça, *in verbis*:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO PEC. NÃO CONHECIMENTO. DIREITO À VISITA DE PARENTES. FILHA MENOR. DESACONSELHÁVEL. IMPROVIMENTO. Não tendo sido aventada na decisão recorrida, a preliminar de nulidade do PEC, inviável a apreciação do recurso, nesta parte, sob pena de supressão de um grau de jurisdição. Embora a visita de parentes constitua-se um direito do preso, conforme previsão do art. 41, inciso X, da LEP, não é absoluto. Em se tratando de criança, é desaconselhável a submissão da mesma a situações constrangedoras, como a revista, obrigatória nos estabelecimentos prisionais. Agravo parcialmente conhecido e, na parte apreciada, improvido. (Agravo Nº 70035385954, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gaspar Marques Batista, Julgado em 24/06/2010).

Embora esta seja uma decisão de 2010, portanto, anterior à lei aqui estudada, demonstra-se quão importante é a adequação dos sistemas prisionais, a fim de que as visitas familiares ocorram em segurança e sem qualquer constrangimento dos envolvidos. Com isso, a visita de menores deixará de ser “desaconselhável”, para que seja um pleno exercício de direitos, conforme agora positivado na lei nº 12.962/2014.

A sociedade e a comunidade da qual faz parte a criança, tem o dever de zelar pelo bem estar desta. E, ao Estado incumbe cumprir sua parte, propiciando às crianças e adolescentes, como sujeitos de direito, o exercício e garantia do acesso à escola, à saúde, ao lazer, a uma vida digna afastada da violência, a inoportunidade de qualquer tratamento desumano ou vexatório, preservando-se o princípio da dignidade da pessoa humana.

O ser humano, com a Carta de 1988, passou a ser o centro de todo o ordenamento constitucional, do sistema político, econômico e social. E assim, o Estado existe para o ser humano, para assegurar as condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas que permitam que ele atinja seu fim. Visa sua mais ampla proteção (FURLAN, 2009, p.12).

Para que os filhos possam visitar seus pais recolhidos em estabelecimento prisional, deve-se levar em conta o princípio constitucional do melhor interesse da criança, que decorre do princípio da dignidade humana. E não evidenciado motivo suficiente que caracterize risco à segurança e à integridade física dos menores, a visita deve ser concretizada, em razão da proteção constitucional da

entidade familiar por meio do afeto e da garantia de convivência, ainda que no ambiente carcerário (MINAS GERAIS, 2014).

O termo ressocializar origina-se da palavra sociedade e refere-se ao retorno ao convívio social. É esta a finalidade maior da pena, que busca reeducar o detento, com o intuito da não reincidência. E, conforme estabelece a Lei nº 12.962/2014, a convivência familiar e o contato dos presos com os filhos nas prisões, além de ser um direito agora positivado, é uma forma de reinserção social.

Conclui-se que as alterações legislativas visam a assegurar o direito à convivência familiar da criança ou adolescente com o seu genitor ou genitora, mesmo que encarcerados. Os laços de afeto não devem ser rompidos, pois muitos pais acreditam perder o poder familiar quando presos, simplesmente por desconhecerem o processo de destituição e a legislação sobre o tema. Muitos presos, pela ausência de visitas, acabam perdendo os vínculos familiares e o afastamento dos filhos corresponde a uma pena a mais a cumprir.

142

Considerações finais

O princípio da proteção integral impõe que o Estado, a família e a sociedade assegurem a efetivação plena de todos os direitos fundamentais assegurados à criança e ao adolescente, dentre os quais está resguardado o direito à convivência familiar. Num primeiro momento, não se mostra em desacordo com o princípio da proteção integral o direito de visita dos menores aos pais que estão cumprindo pena em estabelecimentos prisionais, principalmente quando condicionada ao acompanhamento do representante legal e ao monitoramento do serviço social respectivo (MINAS GERAIS, 2013).

Ressalta-se que, mesmo diante da realidade imprópria das prisões, a convivência familiar tem um papel imensurável e necessário no desenvolvimento das crianças e adolescentes, podendo sua falta trazer toda uma gama de reflexos negativos.

Desta forma, a visita dos filhos ao genitor que se encontra preso tem por escopo assegurar a convivência da criança com o pai/mãe, o que contribui para a sua boa formação por meio do desenvolvimento e da manutenção dos vínculos de afeto. Ou seja, em casos como este, não prepondera

apenas o direito do preso em receber visitas, mas o direito que toda criança tem de conviver, ainda que minimamente, com a figura paterna ou materna (MINAS GERAIS, 2014).

As visitas têm ainda a finalidade de preservar e estreitar as relações do preso com o mundo externo, sob vigilância e com limitações, ressocializando-o e reintegrando-o ao âmbito familiar e comunitário (BRASIL, 2007).

Por fim, para que a Lei nº 12.962/2014 se torne efetiva, todos os visitantes devem ser tratados com humanidade e com dignidade, assegurando-se um ambiente saudável para as visitas e acabando-se com os procedimentos de revista pessoal vexatórios e degradantes.

Lembramos que a criança e o adolescente devem ser tratados com respeito e dignidade, não podendo ser submetido a situações humilhantes no momento das visitas dentro do sistema carcerário. Devendo, desse modo, com o advento da nova lei, ser observado fielmente esse tratamento, de forma que não se atinja a integridade da criança ou adolescente, não prejudicando os direitos estabelecidos e garantidos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

143

Referências

AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS. *Conheça os diferentes tipos de estabelecimentos penais*. Disponível em http://www.olhardireto.com.br/juridico/noticias/exibir.asp?noticia=Conheca_os_diferentes_tipos_de_estabelecimentos_penais&edt=0&id=27018. Acesso em 30/07/2015.

BEZERRA, Eduardo Buzetti Eustachio. *Lei nº 12.962, de 8 de abril de 2014: A Convivência da Criança e do Adolescente com os Pais Privados de Liberdade*. Conteúdo Jurídico, Brasília: 19 abr. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47742&seo=1>. Acesso em: 01 set. 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988.

_____. *Decreto nº 6.049, de 27 de Fevereiro de 2007*. Aprova o Regulamento Penitenciário Federal. Diário Oficial da União, 28 fev. 2007.



_____. *Lei 7.210*, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, 13 jul. 1984.

_____. *Lei 12.962*, de 8 de abril de 2014. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990- Estatuto da Criança e do Adolescente, para assegurar a convivência da criança e do adolescente com os pais privados de liberdade. Diário Oficial da União, 9 abr. 2014.

ENAP- Escola Nacional de Administração Pública. *Projeto visita virtual e videoconferência judicial*. Disponível em <<http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/257>>. Acesso em 26/11/2015.

FURLAN, Alessandra Cristina. Dignidade da Pessoa Humana. In: PICCIRILLI, Miguel Belinati; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (Coordenadores). *Inclusão Social e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Boreal Editora, 2009, pp. 1-15.

GOMES, Luiz Flávio. *Colapso do Sistema Penitenciário: tragédias anunciadas*. Disponível em <<http://institutoavantebrasil.com.br/colapso-do-sistema-penitenciario-tragedias-anunciadas/>>. Acesso em 30/07/2015.

IBCCRIM. *Presos terão direito a visita virtual em presídios de segurança máxima*. Disponível em <<http://www.ibccrim.org.br/noticia/13669-Presos-tero-direito-a-visita-virtual-em-presdios-de-segurana-mxima>>. Acesso em 10/08/2015.

JUSTIÇA GLOBAL BRASIL. *OEA pede o fim da revista vexatória e a redução da superlotação no Complexo Penitenciário Aníbal Bruno, em Pernambuco*. 2014. Disponível em <<http://global.org.br/programas/oea-pede-o-fim-da-revista-vexatoria-e-a-reducao-da-superlotacao-no-complexo-penitenciario-anibal-bruno-em-pernambuco/>>. Acesso em 26/11/2015.

MACHADO, Martha de Toledo. Direito da infância e da juventude. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (Coordenador). *Manual de direitos difusos*. São Paulo: Verbatim, 2009.

MELLO, Alessandra. *Visita a presídios expõe mulheres e crianças a revistas vexatórias*. Disponível em <http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2014/11/30/interna_politica,594920/a-longa-fila-da-

humilhacao.shtml>. Acesso em 03/09/2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Acórdão na apelação cível nº 1.0439.13.000865-9/001*. Relatora: Selma MARQUES. Disponível em <<http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/1801/1/0205-TJ-JC-002.pdf>>. Acesso em 1/12/2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Acórdão na apelação cível nº 1.0439.13.007185-5/001*. Relator: Armando FREIRE. Disponível em <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=10439130071855001>. Acesso em 29/12/2015.

_____. Tribunal de Justiça. *Acórdão na apelação cível nº 1.0439.13.007185-5/001*. Relator: Armando FREIRE. Disponível em <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=10439130071855001>. Acesso em 1/12/2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)*. 1969. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 10/08/2015.

SÃO PAULO. Secretaria da Administração Penitenciária. *Resolução 144*, de 29 de junho de 2010. Institui o Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais do Estado de São Paulo. Diário Oficial do Estado de São Paulo, 30 jun. 2010.

_____. Secretaria da Administração Penitenciária. *Unidades prisionais*. Disponível em <<http://www.sap.sp.gov.br/>>. Acesso em 30/07/2015.

SILVA, Mônica Ferreira da; GUZZO, Raquel S L. Presidiários: percepções e sentimentos acerca de sua condição paterna. *Rev. bras. crescimento desenvolv. hum.*, São Paulo, v. 17, n. 3, dez. 2007. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12822007000300006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 03 set. 2015.



Submissão: 28/09/2015
Aceito para publicação: 09/12/2015



A POLIFONIA DO USO DOS EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL DO COLETOR DE LIXO DOMICILIAR DE MACAPÁ-AP

THE POLYPHONY OF THE USE OF PERSONAL PROTECTIVE EQUIPMENT OF THE HOUSEHOLD GARBAGE COLLECTOR OF MACAPÁ-AP

Hênyo Hytallus Andrade*

RESUMO: O artigo analisa os discursos polifônicos que se imbricam ou se sobrepõem ao se tratar do uso dos equipamentos de proteção individual para a saúde e segurança laboral. Assim, essas vozes se apresentam sob o ponto de vista do discurso da legislação, dos trabalhadores coletores de lixo domiciliar de Macapá e da empresa de limpeza urbana. Utilizou-se um método dedutivo e pesquisas em documentos históricos e bibliográficos para traçar o embasamento teórico, bem como a análise do discurso com base nas concepções polifônicas de Mikhail Bakhtin. Também foi necessária a pesquisa de campo na empresa de limpeza urbana de Macapá, com aplicação de questionários com perguntas fechadas para um quantitativo de 53 obreiros, e perguntas abertas para a empresa. A partir da análise polifônica das vozes envolvidas no presente estudo, infere-se que nem sempre tais vozes defendem um único ponto de vista, podendo conflitar ou até mesmo auxiliar na (re)invenção de um discurso de uso dos Equipamentos de Proteção Individual (EPI) que não reflete a real preocupação com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, mas, porém, o interesse capitalista em manter a produtividade.

PALAVRAS-CHAVE: Equipamentos de Proteção Individual (EPI). Saúde e Segurança Laboral. Trabalhador Coletor de Lixo Domiciliar. Polifonia.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Considerações sobre a exposição ocupacional dos trabalhadores coletores de lixo de Macapá. 2. Competências normativas quanto às políticas de uso de equipamento de proteção individual. 3. Metodologia. 4. Análise e discussão dos resultados. Considerações Finais. Referências.

ABSTRACT: This article analyzes the polyphonic discourses that imbricate or overlap, when it is approached the use of personal protective equipment for health and labor safety. So, these voices are presented from the point of view of the discourse of legislation, of the household garbage collection workers from Macapa, and of the urban cleaning company. We used a deductive method and researches on historical and bibliographical documents to outline the theoretical foundation, as well as discourse analysis based on Mikhail Bakhtin's polyphonic conceptions. Fieldwork in the urban cleaning company from Macapa, with questionnaires with closed questions for a quantitative staff of 53 workers, and open questions for the company was also required. From the polyphonic analysis of the voices involved in this study, it appears that not always such voices advocate a single point of view, and they may conflict or even assist in the (re)invention of a discourse for the use of Personal Protective Equipment (PPE) that does not reflect the real concern with the constitutional principles of human dignity and social value of work, but yet, the capitalist interest in maintaining productivity.

KEYWORDS: Personal Protective Equipment (PPE). Health and Labor Safety. Household Garbage Collection Worker. Polyphony.

INTRODUÇÃO

A questão da saúde e segurança do trabalhador no ambiente em que atua desempenhando diariamente suas atividades é foco de uma variedade de “vozes polifônicas” (legislação, empregados e empresa/empregador). No plano constitucional, a Carta Magna de 1988 (BRASIL, 1988) prevê, em seu artigo 7º, inciso XXII, o direito dos trabalhadores urbanos e rurais à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde,

* Mestre em Direito Ambiental e Políticas Públicas pela Fundação Universidade Federal do Amapá (UNIFAP). Pró-Reitor de Gestão de Pessoas da Universidade Federal do Amapá (UNIFAP).

higiene e segurança. No campo infraconstitucional, o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho-CLT) (BRASIL, 1943) é mais específico ao determinar em seu artigo 158, parágrafo único, alínea “b”, a obrigação de “usar e conservar os Equipamentos de Proteção Individual (EPI)”. De outro lado, a mesma lei estabelece, no artigo 166, a obrigatoriedade legal que o empregador possui de fornecer os EPI, e também possuem o papel de bem instruir, fiscalizar e exigir aos trabalhadores o uso desses protetores. Além disso, a reposição dos EPI danificados deve ser realizada pela empresa. O empregado que falhar em suas obrigações no que diz respeito à proteção de sua saúde poderá ter extinguido o contrato de trabalho por justa causa.

Com base nesse contexto, é oportuno entender e confrontar as distintas “vozes polifônicas” presentes nos variados discursos sobre o uso dos equipamentos de proteção individual, destacadamente do trabalhador coletor de lixo domiciliar do município de Macapá. Assim, se fez necessária a análise do discurso com base na polifonia de Bakhtin. Nesse sentido, Pereira (2003, p. 09) afirma: articulada ao princípio dialógico e a essa noção de sujeito, temos uma outra noção fundamental na teoria bakhtiniana de linguagem: a noção de polifonia; determinado social e historicamente, todo texto trabalha a linguagem de forma a criar maior ou menor efeito polifônico. É nesse sentido que se tem disseminada a metáfora de que o texto se transforma em uma arena de lutas em que vozes, situadas em diferentes posições, emergem, polifonicamente, numa relação de aliança, de oposição ou de polêmica.

A partir da concepção Bakhtiniana acima referenciada, percebe-se que a polifonia possibilita o encontro de diversas “vozes” oriundas de variadas fontes, que podem ser conflituosas ou até mesmo unidas na defesa de um determinado significado social e histórico em que a linguagem é produzida e readaptada para atender aos interesses da classe que domina os meios linguísticos de persuasão. O discurso alheio, ao integrar a cadeia discursiva, é reprocessado, provocando deslocamentos, mas não pode ser ignorado como discurso do outro, tal como a bivocalidade da palavra alheia incorporada (MACHADO, 2005, p.162).

Assim, o presente estudo sustenta os objetivos e a busca de respostas a um problema a partir do método de análise polifônica das vozes sobre o uso dos equipamentos de proteção individual, para que se possa avaliar se os direitos e deveres quanto o fornecimento e uso dos equipamentos de proteção individual para a saúde e segurança do trabalhador coletor estão



realmente sendo efetivados. Um estudo empírico da natureza proposta neste artigo visa propor a construção fontes alternativas de evolução do direito do trabalho, na possibilidade de suporte técnico às decisões de implementação e/ou re(formulação) de políticas públicas que possam impactar de forma positiva na segurança, saúde e qualidade de vida desses obreiros.

Como método de abordagem, utilizou-se o método dedutivo, que, segundo Andrade (2007, p.121) se caracteriza como aquele que “[...] partindo-se de teorias e leis gerais, pode-se chegar à determinação ou previsão de fenômenos particulares”. Adotou-se como técnica as pesquisas documental e bibliográfica (livros, legislações, artigos, documentos históricos), bem como a análise do discurso de todas as vozes envolvidas nesta pesquisa.

A análise do discurso é uma teoria que apresenta-se como um entrecruzamento de diversos campos disciplinares, com destaque para a linguística, o materialismo histórico (por situar a linguagem na história) e a psicanálise (que introduz a noção de sujeito discursivo) (FERNANDES, 2008; ORLANDI, 1999). O sujeito discursivo é portador de várias vozes sociais, a polifonia, a que se refere Bakhtin (1992) que dialogam com o sujeito enunciador, o dialogismo (BAKHTIN, 1992).

Desenvolveu-se a pesquisa de campo na empresa de coleta de lixo urbano de Macapá-AP, objeto do estudo aqui proposto acerca da polifonia do uso dos EPI do coletor de lixo domiciliar de Macapá-AP. Como instrumento de coleta de dados aplicou-se o questionário com perguntas fechadas e abertas para 53 trabalhadores, de setembro a novembro de 2013, nos períodos matutino, vespertino e noturno, meia hora antes dos trabalhadores saírem da empresa para desempenhar suas atividades laborais, bem como a observação participativa do entrevistador em relação aos entrevistados, cuja descrição comportamental dos entrevistados está descrita na análise e discussão dos resultados (item 4 deste artigo). Após a realização da entrevista com esses trabalhadores, foram realizadas as mesmas perguntas à empresa de limpeza urbana, para confrontar com as vozes dos obreiros, com as vozes da legislação e com a voz do pesquisador.

No instrumento de pesquisa foram considerados aspectos discursivos dos trabalhadores, da legislação e da empresa com as seguintes perguntas, cada uma com três alternativas: a) quais os principais motivos do uso do EPI, seria a questão da saúde ou segurança?, a obrigatoriedade por lei? ou a imposição da empresa? (questionamento direcionado aos obreiros), e a outra indagação: Se os EPI deixassem de ser obrigatórios, você continuaria

usando?, não usaria mais? ou usaria só às vezes? Para avaliação dos dados utilizou-se a estatística descritiva focando o percentual geral de 100%. A exceção a esse instrumento foi a seguinte pergunta aberta que o pesquisador fez para a empresa: se os EPI não fossem mais obrigatórios pela legislação trabalhista brasileira, vocês continuariam a fornecer tais equipamentos aos trabalhadores?

É importante esclarecer que, cada objetivo deste trabalho foi eleito didaticamente a sua divisão em três capítulos, sendo que no primeiro capítulo abordou-se considerações sobre a exposição ocupacional dos trabalhadores coletores de lixo de Macapá.

No segundo capítulo, discorreu-se sobre as competências normativas quanto as políticas de uso de Equipamentos de Proteção Individual-EPI.

No terceiro e último capítulo, consolidou-se o objetivo geral da pesquisa que foi: “analisar os discursos polifônicos que se imbricam ou se sobrepõem ao se tratar do uso dos equipamentos de proteção individual para a saúde e segurança laboral, com foco na dignidade da pessoa humana, bem como os valores sociais do trabalho, ambos princípios constitucionais capitulados nos incisos III e IV do art.1º da Constituição da República de 1988(BRASIL, 1988).

151

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXPOSIÇÃO OCUPACIONAL DOS TRABALHADORES COLETORES DE LIXO DE MACAPÁ

Os profissionais que atuam na coleta de lixo domiciliar de Macapá constituem uma população de trabalhadores que são potencialmente vulneráveis à exposição a variados riscos ocupacionais provocados por agentes físicos, químicos, ergonômicos, biológicos, sociais e mecânicos (acidentes), riscos os quais afetam diretamente a dignidade da pessoa humana, bem como os valores sociais do trabalho, ambos princípios constitucionais capitulados nos incisos III e IV do art.1º da Constituição da República de 1988(BRASIL, 1988).

Nesse prisma, o Meio Ambiente do Trabalho, utilizado como referencial teórico na pesquisa, possui o status de Direito Constitucional Fundamental, uma vez que engloba direitos direcionados à saúde, segurança, trabalho e essencialmente à vida, tendo em vista a existência da relação desses direitos com os princípios da dignidade da pessoa humana e da prevenção de acidentes e doenças ocupacionais. Considerando ainda, a relevância jurídica no

trato ao uso ou desuso dos equipamentos de proteção individual para a saúde e segurança do trabalhador, cabe destacar os termos insculpidos no artigo 118 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, cuja redação é a seguinte:

Art. 118 O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantia, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente. (CÉSPEDES; PINTO; WINDT, 2011, p.1554).

Partindo da análise do dispositivo supracitado, percebe-se que há um vínculo do mesmo com a dignidade da pessoa humana e com os valores sociais do trabalho insculpidos no art.1º, incisos III e IV combinado com os artigos 6º e 7º, todos da Constituição da República de 1988, assegurando a vítima do infortúnio laboral uma “certa estabilidade em seu ofício”, uma vez que estabelece a sua permanência no trabalho, mesmo depois de expirado o lapso temporal do auxílio doença acidentário, sendo que tal benefício pode ser estendido, minimamente, em até 12 meses. Logo, entende-se que o referido prazo é uma imposição legal a ser cumprida pelo empregador, e mantê-lo após tal prazo é uma faculdade.

Diante desse quadro, infere-se que, à medida que a demanda pelos serviços de coleta de lixo domiciliar cresce em Macapá, maiores são as probabilidades de doenças e infortúnios laborais. Em razão da fácil percepção dos riscos que envolvem estes trabalhadores, infere-se que os mesmos conhecem os fatores de risco a que se expõe diariamente, bem como sabem quais são as medidas protetoras para evitar acidentes ou doenças ocupacionais, ainda que isto não implique diretamente a adoção por parte de tais trabalhadores de políticas de precaução.

Dentre as políticas de precaução, inclui-se a utilização de barreira para proteção, como o uso de equipamentos de proteção individual, cujo uso correto é de extrema relevância, pois permite a realização das tarefas laborais de forma segura para o trabalhador. Vale destacar neste ponto o que são equipamentos de proteção individual, os chamados EPI. De acordo com a Norma Regulamentadora 6 (NR-6) do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) (BRASIL, 1978), que trata da necessidade de uso de EPI para a prevenção de acidentes, se verifica que:

6.1 Para os fins de aplicação desta Norma Regulamentadora –NR, considera-se Equipamento de Proteção Individual-EPI, todo dispositivo ou produto, de uso individual utilizado pelo trabalhador, destinado à proteção de riscos suscetíveis de ameaçar a segurança e a saúde no trabalho.(CURIA, CÉSPEDES, NICOLETTI, p.118, 2013)

Desse prisma, EPI são todos os instrumentos de uso individuais voltados para a proteção da saúde e da integridade física do obreiro que tem o seu uso regulamentado na NR-6. No caso específico dos trabalhadores coletores de lixo domiciliar de Macapá, os EPI são: calça, camisa de manga, botas, óculos, capuz, luvas e creme protetor contra os raios solares. Cabe ressaltar que tais equipamentos podem até não evitar as consequências de todos os iminentes e diversos riscos aos quais os trabalhadores estão expostos (atropelamento, quedas, esmagamentos pelo compactador de lixo, fraturas, mordidas de cachorro, acidentes com perfurocortantes, dentre outros), mas pode minimizar grande parte destes.

2 COMPETÊNCIAS NORMATIVAS QUANTO ÀS POLÍTICAS DE USO DE EPI

O ato de proporcionar e usar equipamentos de proteção individual no trabalho não é facultativo, mas uma obrigação vinculada à lei, uma vez que o sistema jurídico brasileiro trouxe em seu bojo inúmeras normas que impõe o dever de busca e manutenção do meio ambiente laboral saudável para os trabalhadores, cujo bem jurídico tutelado é a vida, saúde e segurança do obreiro. Assim, a precaução dos riscos laborais por meio de EPI não é apenas atribuição dos empregadores, mas envolve ainda, a responsabilidades dos próprios trabalhadores.

Acerca do dever legal da empresa em prover os EPI aos trabalhadores, o artigo 166 da CLT assim determina:

Art. 166 - A empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, equipamento de proteção individual adequado ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados. (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977) (ARAUJO JUNIOR; BARROSO, 2012, p.836)

Nesse sentido, corrobora o item 6.3 da NR-6 do MTE, cujo teor é o seguinte:

6.3. A empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, EPI adequado ao risco, em perfeito estado de conservação e funcionamento, nas seguintes circunstâncias:

a) sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes do trabalho ou de doenças profissionais e do trabalho;



- b) enquanto as medidas de proteção coletiva estiverem sendo implantadas; e,
- c) para atender a situações de emergência. (CURIA; CÉSPEDES; NICOLETTI, p.118, 2013)

A partir dos dispositivos supracitados, percebe-se que a empresa tem o dever legal de proporcionar aos obreiros, de forma gratuita, EPI apropriado aos riscos presentes no ambiente de trabalho, que possuam qualidade para uso, nas hipóteses em que os instrumentos utilizados pela empresa não protejam de maneira completa o trabalhador contra riscos de acidentes ou doenças ocupacionais, ou enquanto medidas de proteção coletiva ainda estiverem em processo de implantação, bem como para atender casos de emergência.

A NR-6, em seu item 6.6, detalha ainda mais as responsabilidades do empregador quanto ao EPI:

6.6. Responsabilidades do empregador

6.6.1. Cabe ao empregador quanto ao EPI:

- a) adquirir o adequado ao risco de cada atividade;
- b) exigir seu uso;
- c) fornecer ao trabalhador somente o aprovado pelo órgão nacional competente em matéria de saúde e segurança no trabalho;
- d) orientar e treinar o trabalhador sobre o uso adequado, guarda e conservação;
- e) substituir imediatamente, quando danificado ou extraviado;
- f) responsabilizar-se pela higienização e manutenção periódica;
- g) comunicar ao MTE qualquer irregularidade observada;
- h) registrar o seu fornecimento ao trabalhador, podendo ser adotados livros, fichas ou sistema eletrônico. (CURIA; CÉSPEDES; NICOLETTI, p.118, 2013)

154

Como se pode observar, não basta que o empregador apenas entregue o EPI ao trabalhador, deve ainda, ordenar a sua utilização, inclusive orientando-o e treinando-o a forma de uso, guarda e conservação. Interessante atentar ao teor da alínea “c” supracitada, ao afirmar que os equipamentos a serem fornecidos aos obreiros deve ser apenas aquele aprovado por órgão nacional competente, o que foi derivado dos termos do artigo 167 da CLT, ao determinar que o EPI apenas pode ser colocado a venda ou usado com a adequada certificação de aprovação do MTE. Observa-se que os dispositivos supramencionados ressaltam a preocupação e orientação para a qualidade dos equipamentos de proteção individual a serem adquiridos pela empresa, justamente para que estes atinjam sua finalidade, qual seja: a proteção do trabalhador.

Os trabalhadores, por sua vez, também possuem atribuições relevantes na prevenção de suas saúdes e segurança, conforme se verifica no artigo 158 da CLT:



Art. 158 - Cabe aos empregados:

I - observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo anterior; (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

II - colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste Capítulo. (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

Parágrafo único - Constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada: (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

a) à observância das instruções expedidas pelo empregador na forma do item II do artigo anterior; (Incluída pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

b) ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa. (ARAUJO JUNIOR; BARROSO, 2012, p.834)

Nesse sentido, o item 6.7 da NR-6 do MTE (BRASIL, 1978) prevê:

6.7. Responsabilidades dos trabalhadores

6.7.1. Cabe ao empregado quanto ao EPI:

a) usar, utilizando-o apenas para a finalidade a que se destina;

b) responsabilizar-se pela guarda e conservação;

c) comunicar ao empregador qualquer alteração que o torne impróprio para uso; e,

d) cumprir as determinações do empregador sobre o uso adequado. (CURIA; CÉSPEDES; NICOLETTI, p.119, 2013)

155

A partir da norma acima referenciada, nota-se que a saúde e segurança do trabalhador também deve ser zelada por ele mesmo, exigindo seus direitos e cumprindo seus deveres quanto ao EPI, do uso a conservação, em obediência as normas da empresa. Assim, verifica-se que a legislação que trata do EPI atribui responsabilidades tanto para a empresa como para os trabalhadores, para que se possa materializar o direito à saúde e segurança do trabalhador, direito este capitulado no artigo 7º, inciso XXII, o direito que os trabalhadores urbanos e rurais possuem quanto a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (BRASIL, 1988).

Diante desse cenário jurídico, não restam dúvidas de que os princípios e valores em tela visam a materialização da garantia do direito fundamental à dignidade da pessoa humana capitulado no artigo 1º, inciso III da CF/88, que é ratificado, por sua vez, no artigo 225 (BRASIL, 1988), que defende o direito de toda a coletividade de usufruir do meio ambiente equilibrado, que é essencial à sadia qualidade de vida humana, atribuindo-se ao poder público e a sociedade o papel de tutela e preservação. Considerando-se que o local onde o trabalhador atua também já foi reconhecido como uma das perspectivas do meio ambiente, os obreiros

fazem jus a essa garantia de equilíbrio onde laboram, sem a qual não há condições de usufruto de uma vida sadia.

Em consonância ao dever conjunto de atuação do poder público e da coletividade prevista no artigo 225, (BRASIL,1988), na proteção e prevenção do meio ambiente, a PNSST estabelece, no item III de seu anexo, a necessidade de contínua articulação de ações governamentais na seara das relações de trabalho, produção, consumo, ambiente e saúde, juntamente com a participação das organizações dos obreiros e empregadores, com base nas diretrizes do Decreto nº 7.602, de 7 de novembro de 2011, que dispõe sobre a Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho-PNSST.

Tais diretrizes estão plenamente alinhadas aos princípios da universalidade, prevenção, diálogo social e integralidade. O princípio da universalidade é constatado no item “a”, ao defender a inclusão de todos os obreiros do País no sistema nacional de promoção e proteção da saúde. Já o princípio da prevenção é constatado nos itens “b” e “c”, que determina a harmonização da legislação e a articulação das ações voltadas para a saúde do trabalhador e de medidas para atividades de alto risco. Por fim, os princípios do diálogo social e integralidade nos itens “d”, “e”, “f” e “g”, enfatizam a necessidade de rede integrada de informações em saúde do trabalhador, implantação de programa de gestão da segurança e saúde nos ambientes laborais, bem como estudos e pesquisas integradas nesse sentido.

Como se observa, pelo menos em tese, já se tem uma dimensão holística dos procedimentos necessários para que seja viabilizado e materializado o PNSST. Talvez os principais entraves a sua real implementação em cada Estado/Município estejam relacionados à falta de maiores informações sobre o PNSST e de profissionais capacitados para conduzir tais procedimentos, bem como a carência de recursos de ordem material financeira e humana. Daí surgiu a necessidade da União em atribuir responsabilidades a diversos órgãos e instituições na intenção de tornar possível a implementação e execução do plano em debate.

De acordo com o Decreto nº 7.602, de 07 de novembro de 2011 (BRASIL, 2011), o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), o Ministério da Saúde (MS) e Ministério da Previdência Social (MPS) possuem competências específicas e essenciais para a aplicabilidade do PNSST, uma vez que é por intermédio desses órgãos legitimados é que podem ser adotados todos os mecanismos de elaboração, implementação, execução e controle do plano em escala nacional.



Aos olhos do PNSST tal plano deverá ser viabilizado por uma gestão participativa dirigida mediante a Comissão Tripartite de Saúde e Segurança no Trabalho (CTSST) (governo, trabalhadores e empregadores) torna-se essencialmente indispensável para ampliar as possibilidades de melhorias na assistência do direito à saúde e segurança dos trabalhadores brasileiros. A referida previsão legal é, indiscutivelmente, um instrumento de grande valia, pois corrobora ainda mais com a legislação que trata da saúde e segurança do trabalhador, uma vez que enfatiza com maior intensidade a necessidade de maior comprometimento de todos os envolvidos nesta gestão.

3 ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

A discussão e análise dos resultados obtidos por intermédio da pesquisa de campo realizada com 53 trabalhadores garis que atuam na função de coletores de lixo domiciliar na cidade de Macapá/AP que se dispuseram a responder voluntariamente o formulário de entrevista. É oportuno ressaltar que os questionamentos realizados, as respostas dos trabalhadores e a análise do pesquisador foram balizados pelos objetivos traçados para este estudo.

Para a realização da entrevista foi explicado o objetivo da pesquisa, lavrado Termo de Autorização para realização da Pesquisa pelo Diretor do Departamento de Gestão Sustentável de Resíduos Sólidos da Secretaria Municipal de Manutenção Urbanística (SEMUR) e da Empresa Clean Gestão Ambiental Serviços Gerais LTDA e apresentado o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, que foi lido aos trabalhadores e após assinado pelo pesquisador, em seguida os obreiros assinaram Termo de Autorização para a concretização da entrevista. Tais entrevistas duraram cerca de 30 minutos e foram realizadas na sala de reunião da empresa, nos horários de chegada dos trabalhadores (matutino, vespertino e noturno) para registro de controle de assiduidade e pontualidade.

Cabe registrar que as referidas pesquisas, bem como a observação direta dos ambientes de coleta de lixo domiciliar ocorreram no período de outubro de 2013 a janeiro de 2014, sendo que neste último mês ocorreu o encerramento contratual celebrado entre a empresa de limpeza urbana e a Prefeitura Municipal de Macapá/AP. Considerando-se que a empresa já possuía um tempo razoável de prestação de serviços na capital (quase três anos), o pesquisador resolveu desenvolver a pesquisa sob a presunção de que neste período poderiam



ter ocorrido muitos casos de acidentes de trabalho, bem como seria possível identificar junto a esses trabalhadores os fatores que vem contribuindo para a ocorrência de acidentes laborais.

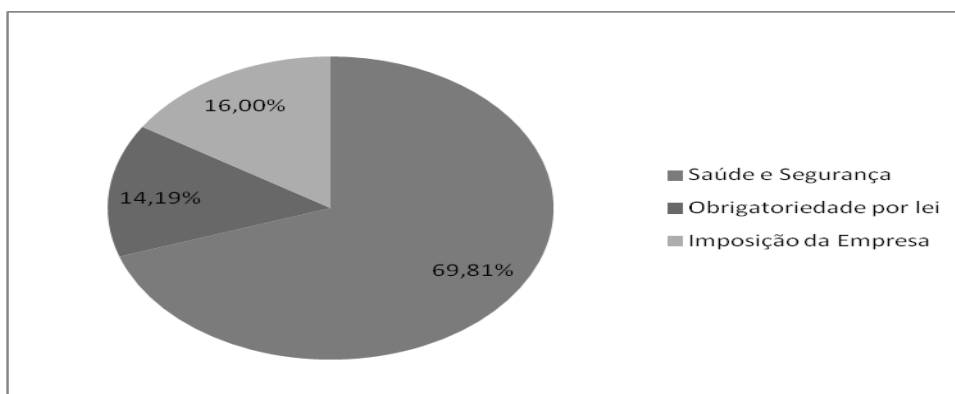
No âmbito deste estudo, é relevante esclarecer que a coleta de lixo domiciliar é caracterizada como uma atividade que apresenta iminentes e constantes riscos à integridade física dos trabalhadores que nela atua, vulnerabilizando-se dessa forma, os bens juridicamente protegidos pela CF/88, a saber: a vida, a saúde e a segurança desses obreiros. Diante da significativa complexidade de perigos que são inerentes a referida atividade, o Anexo 14 da NR-15, do MTE, aprovado pela Portaria SSST nº 12, de 12 de novembro de 1979 (CÉSPEDES; CURIA; NICOLETTI, 2013, p.362), considera a coleta de lixo domiciliar como um serviço que possui “*grau de insalubridade máxima*”.

O estudo em tela admitiu diversas causas e efeitos, e o registro dessas variações procurou determinar, nas conclusões finais da pesquisa, o grau de informações e conhecimentos sobre a matéria. Nesse sentido, foi realizada a análise de conteúdo que, segundo Bardin (2011, p. 48), pode ser definida como:

Um conjunto de técnicas de análise de comunicação visando obter, por procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo mensagens, indicadores (quantitativos ou não) que permitam a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção/recepção destas mensagens.

Desta forma, utilizou-se a técnica estatística para apresentar as informações obtidas dos resultados dos questionários aplicados, com o auxílio de gráficos, que foram analisadas de modo qualitativo que, de acordo com Bardin (2011, p.145): “é válida, sobretudo, na elaboração das deduções específicas sobre um acontecimento ou uma variável de inferência precisa, e não em inferências gerais”. Com base na referida técnica, organizou-se os dados apresentados nos gráficos 1 e 2, realizando-se a análise das vozes polifônicas segundo as concepções de Mikhail Bakhtin.

Gráfico 1 – Opiniões dos Coletores quanto aos principais motivos do uso dos EPI



Fonte: Dados de campo, 2013.

Constata-se no gráfico 1, que 69,81% dos trabalhadores coletores de lixo entendem que o principais motivos para usar os EPI está na preocupação com sua saúde e segurança laboral, ao passo que 16% utilizam tais equipamentos somente porque a empresa impõe, enquanto que 14,19% usam em razão da obrigatoriedade da lei. De acordo com o artigo 158, inciso II, alínea “b” combinado com o item 6.7 da NR-6 do MTE, o obreiro é obrigado a utilizar os equipamentos de proteção individuais em seu ambiente de trabalho, constituindo falta grave desobedecer a essa ordem, que pode resultar em demissão por justa causa.

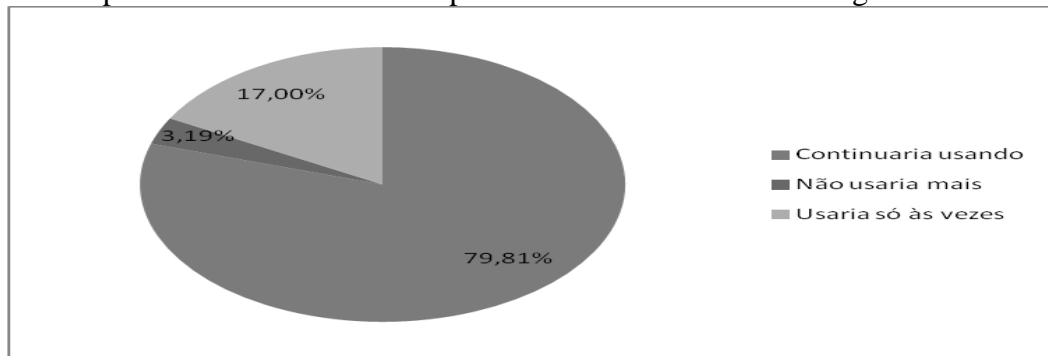
A partir dessa constatação, infere-se que esses trabalhadores possuem um elevado grau de compreensão de que os uso dos EPI são relevantes para a preservação da própria saúde e segurança, independentemente das obrigações impostas.

A empresa de limpeza urbana de Macapá também foi questionada sobre a mesma pergunta, e respondeu orientar os trabalhadores sobre o uso adequado e imprescindível dos equipamentos de proteção individuais nas atividades de coleta de lixo domiciliar nos padrões da legislação de saúde e segurança do trabalho, e que realiza constantes treinamentos e cursos que visam conscientizá-los sobre o uso de tais equipamentos em suas rotinas diárias face aos riscos presentes nas atividades que executam, bem como alertam que a desobediência ao uso podem motivar justa causa.

A partir da observação participativa nas atividades de campos desses profissionais nos períodos matutino, vespertino e noturno, observou-se que todos utilizavam os seguintes EPI: calça, camisa de manga, botas e luvas, ao passo que uma parcela desses trabalhadores também utilizava outros equipamentos como: óculos, capuz, creme protetor contra os raios solares. A partir do confronto do discurso dos trabalhadores com o discurso da empresa e com a vivência de campo, infere-se que os percentuais apresentados sobre os principais motivos do uso dos

EPI são verdadeiros, e que o público entrevistado (trabalhadores e empresa) apresentou alteridade. A partir das concepções de Bakhtin (1992), infere-se que a alteridade é um aspecto da linguagem discursiva inerente a todo o processo de construção do sujeito, que tem início a partir da interação dialógica desse sujeito com outras vozes sociais dos grupos aos quais pertence, favorecendo a resignificação de discursos alheios ou até mesmo o surgimento de novos discursos.

Gráfico 2 – Opiniões dos Coletores na hipótese dos EPI não fossem obrigatórios



Fonte: Dados de campo, 2013.

Quando se analisa os dados apresentados no gráfico 2, constata-se que 79,81% dos trabalhadores entrevistados afirmaram que se os EPI não fossem obrigatórios, assim mesmo continuariam a utilizá-los em sua rotina laboral, enquanto que 3,19% não usariam mais, e 17% só usariam às vezes. Em que pese a falta de unanimidade entre as alternativas, percebe-se que a maioria dos trabalhadores está consciente de que o compromisso pelo zelo com a própria saúde independe de legislação ou empresa que a imponha. O percentual de 3,19%, embora ínfimo, seria preocupante, porque traz o entendimento de que tais trabalhadores não estariam considerando possíveis consequências maléficas à sua saúde e segurança, assim também os 17% desses trabalhadores, que usariam somente de vez em quando os EPI, quando se sabe que estes devem ser usados sempre, pois os riscos ambientais laborais são constantes.

Após a entrevista com os trabalhadores, questionou-se novamente a empresa de limpeza urbana de Macapá, com a seguinte pergunta: se os EPI não fossem mais obrigatórios



pela legislação trabalhista brasileira, vocês continuariam a fornecer tais equipamentos aos trabalhadores? O pesquisador observou que, ao finalizar tal indagação, a empresa demonstrou uma certa surpresa, silenciando-se por um momento, buscando formular uma resposta a qual supostamente nunca havia pensado, levando o pesquisador a perguntar a si mesmo: por que este silêncio? Por que essa reflexão? Será que esta resposta será verdadeira? Haverá alteridade? E o discurso da empresa sobre os dados do gráfico 1 estariam comprometidos?

Em meio a tantas reflexões e o silenciamento da empresa, surgiu a resposta: “sempre buscamos proporcionar aos trabalhadores todas as condições para que realizem suas tarefas da forma mais segura possível, e não teria como fazer isso se a eles não fossem concedidos os EPI, mesmo que as normas trabalhistas assim não determinassem”. Esse foi o discurso “tenso” da empresa. A resposta parece não demonstrar segurança, estaria a empresa fornecendo EPI somente porque a legislação obriga?

Sobre a matéria, Orlandi (1997, p.70) afirma: “o silêncio não é o vazio, o sem-sentido; ao contrário, ele é o indício de uma totalidade significativa”. A partir da frase de Orlandi, entende-se que o silêncio é, na verdade, apenas uma parte do sistema da linguagem discursiva que pode levar um indivíduo a presumir que o silêncio no discurso possa omitir e até mesmo afirmar o verdadeiro significado discursivo de uma determinada situação. No caso em análise, o silêncio, embora parcial, induz inferir que, provavelmente a empresa não foi convincente porque ela mesma não tem convicção de que o uso dos EPI são essenciais para garantir a saúde e segurança dos trabalhadores, e que a referida empresa/empregador fornece tais EPI por obrigação e por necessidade de se resguardar - legalmente e para garantir a sua produtividade.

Portanto, o discurso não é na realidade, próprio da empresa, mas dos órgãos que a obrigam a fazer o correto. A polifonia está presente no caso pesquisado, mas nota-se que os órgãos se sobrepõem com a voz da autoridade, o que faz a empresa/empregador restar tensa quando precisa falar desse assunto. A mesma situação ocorre na hipótese do gráfico 1, quando se indagam os obreiros sobre os motivos que os levam a usar os EPI, em que 14,19% dizem usar EPI em razão da obrigatoriedade da lei, ou seja, porque é a lei obriga e porque os órgãos legitimados por lei assim exigem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acerca do que foi discutido, infere-se que as diversas vozes polifônicas (legislação, trabalhadores e empresa) parecem defender os mesmos interesses, quais sejam: o uso dos EPI pelos obreiros coletores de lixo de Macapá para a prevenção da saúde e segurança laboral. Esse entendimento constata-se na voz da legislação que impõe como dever da empresa o fornecimento de equipamentos de proteção individual aos trabalhadores, bem como a responsabilidade pela orientação e adequado treinamento para o correto manuseio de tais instrumentos de trabalho. Por outro lado, parte das vozes dos trabalhadores faz compreender que estes possuem a consciência da necessidade do uso dos EPI para a proteção de sua saúde. Porém, uma pequena parcela de vozes de outros trabalhadores induz ao entendimento de que usam os referidos equipamentos apenas porque a legislação assim obriga, o que demonstra alteridade. Por fim, a voz da empresa não demonstrou convicção ao responder a pergunta: *se os EPI não fossem mais obrigatórios pela legislação trabalhista brasileira, vocês continuariam a fornecer tais equipamentos aos trabalhadores?*, uma vez que houve uma reflexão e um silenciamento sobre o questionamento, levando a induzir que a empresa apenas fornece tais equipamentos porque a legislação obriga.

A partir da análise polifônica das vozes envolvidas no presente estudo, infere-se que nem sempre tais vozes defendem um único ponto de vista, podendo conflitar ou até mesmo auxiliar na (re)significação de um discurso de uso dos EPI que não refletem a real preocupação com a saúde humana, mas sim na necessidade de reforçar interesses capitalistas por meio de dispositivos legais que versam sobre a matéria, para que, no fundo, seja evitada a ausência de trabalhadores no ambiente laboral por ocasião de acidentes, para evitar a queda da produtividade e lucratividade para os detentores do capital.

Em que pese essa constatação, a expectativa é de que este artigo sirva de parâmetro para que os atores sociais iniciem e cumpram efetivamente ações de saúde e segurança do trabalhador. O pleno respeito uso dos equipamentos de proteção individual no meio ambiente de trabalho do coletor de resíduo sólido domiciliar de Macapá poderá fazer emergir o princípio da prevenção para a tutela do direito ambiental do trabalho desses profissionais, cuja realização atingirá seu ápice na dignidade da pessoa humana e no direito personalíssimo à vida e aos direitos sociais constitucionalmente previstos como a saúde e a segurança no



trabalho, direitos estes merecedores de concreta proteção por todos os cidadãos e órgãos que integram o seio social, sejam pessoas físicas ou jurídicas.

REFERÊNCIAS

ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio; BARROSO, Darlan. *Vade Mecum especialmente preparado para a OAB e concursos*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Tradução de Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011.

BAKHTIN, Mikhail. *Marxismo e filosofia da linguagem*. São Paulo: HUCITEC, 1992.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, atualizada até a emenda constitucional nº 70 de 29 de Março de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%20%7a.htm>. Acesso em: 07 nov. 2013.

_____. *Decreto nº 7.602*, de 07 de novembro de 2011. Dispõe sobre a Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho-PNSST. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7602.htm>. Acesso em: 07.Dez.2015.

CÉSPEDES, Livia; CURIA, Luiz Roberto; NICOLETTI, Juliana. *Segurança e Medicina do Trabalho: Normas Regulamentadoras NRs de 1 a 35*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERNANDES, Cleudemar Alves. *Análise do discurso: reflexões introdutórias*. São Carlos: Editora Claraluz, 2008.

MACHADO, I. Gêneros discursivos. In: BRAIT, B.(Org). *Bakhtin: conceitos-chave*. São Paulo: Contexto, 2005.

ORLANDI, Eni Pulcinelli. *Análise de discurso: princípios e procedimentos*. Campinas: Pontes, 1999.



_____. *As formas do silêncio: no movimento dos sentidos*. Campinas: Editora da Unicamp, 1997.

PEREIRA, Helena B. C. & ATIK, M. Luiza G. (orgs.) *Língua, Literatura e Cultura em Diálogo*. São Paulo: Ed. Mackenzie, 2003.

Submissão: 30/09/2015
Aceito para Publicação: 21/12/2015



IMUNIDADES PARA INSTITUIÇÕES ASSISTENCIAIS E SEU IMPACTO NA SEGURIDADE SOCIAL: UMA VISÃO CONTEMPORÂNEA

IMMUNITIES TO ENTITIES OF SOCIAL ASSISTANCE AND ITS IMPACT ON SOCIAL WELFARE: A CONTEMPORARY VIEW

Marcel Citro de Azevedo*

RESUMO: Este trabalho apresenta uma visão contemporânea da discussão acerca do veículo legislativo apropriado para regulamentar as imunidades a contribuições previdenciárias previstas no artigo 195, §7º da Constituição Federal, medindo em especial o impacto desta indefinição sobre os serviços prestados por entidades assistenciais. Parte de um apanhado histórico sobre os primórdios da tributação até o advento do Estado Social de Direito, com o que define a espécie tributária contribuição e aponta suas particularidades. Discorre sobre o conteúdo normativo da expressão “entidades beneficentes de assistência social” e apresenta a discussão que se travou no Supremo Tribunal Federal, em 2014, tendente a definir se a regulamentação poderia ser realizada por lei ordinária ou se exige o diploma complementar.

PALAVRAS-CHAVE: Entidades beneficentes de assistência social. Imunidade tributária. Lei Complementar em matéria tributária. Requisitos materiais e formais para o gozo de imunidade tributária.

SUMÁRIO: Introdução. 1 A Definição do Campo de Competência para o Custeio da Seguridade Social. 1.1 O financiamento direto por contribuições. 1.2 Normas de imunidade atinentes à seguridade. 2 A Regra Imunitória do Artigo 195, §7º. 2.1 Alcance e limites da expressão “entidades beneficentes de assistência social”. 2.2 Lei ordinária ou lei complementar? Um ponto ainda a definir. Conclusão. Referências Bibliográficas.

ABSTRACT: This paper presents a contemporary view regarding the discussion on the appropriate legislative vehicle to regulate immunities on social welfare contributions provided by the article 195, §7 of the Brazilian Constitution, measuring in particular the impact of this uncertainty on the services provided by entities of social assistance. Starting from a historical overview on the beginnings of taxation until the advent of the Social Constitutional State, the paper comes to the definition of tax contribution species and points its peculiarities. The text also addresses the legal content of the expression "entities of social assistance" and presents a discussion that took place in the Brazilian Supreme Federal Court, in 2014, aiming to define whether the regulation could be made by ordinary law or if a supplementary law is required.

KEYWORDS Benevolent Entities of Social Assistance. Tax Immunity. Supplementary Law on Tax Matters. Substantial and procedural requirements in order to benefit from tax immunity.

166

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar as normas imunitórias concernentes à tributação por contribuições, e mais especificamente, aquelas regras que retiram competência impositiva da União Federal no que tange ao custeio da seguridade social.

Sendo a seguridade o campo de atuação estatal que abrange a saúde, a assistência e a previdência social, seu estudo passa por um pequeno esboço histórico dos períodos antecedentes, em que o Direito não priorizava o ser humano em sua integralidade. O estudo do

* Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Juiz Federal vinculado à 4ª Região, professor de Direito Tributário da Escola da Magistratura Federal e diretor cultural da Associação dos Juizes Federais do Rio Grande do Sul.



Estado Fiscal Contemporâneo, pressuposto e condicionante do Estado Social de Direito, é melhor realizado mediante a comparação das práticas atuais e as de outrora.

Isso porque no estágio atual de desenvolvimento do direito pátrio, o cidadão, mais do que simples administrado, passou a ser proativo e cômico de sua posição perante o Estado. Não há mais mera relação de poder entre o contribuinte e os entes tributantes, com a justificação de condutas marcadas pelo autoritarismo e pelo arbítrio *no jus imperium*, mas sim relação jurídica pontilhada de direitos e deveres de parte a parte.

Pode-se afirmar, por conseguinte, que também as relações com o fisco vêm se desenvolvendo sob o pálio do primado dos direitos fundamentais, adquirindo especial significado o papel do princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CF). Tal princípio possui eficácia irradiante na definição e alcance do mínimo existencial, entendido como detentor de uma dupla conotação: proteção negativa contra a tributação excessiva e proteção positiva ao constituir-se o ser humano como destinatário de conjunto mínimo de prestações materiais no que tange à seguridade e à educação fundamental.

Neste particular, Ricardo Lobo Torres ressalta que o conceito de mínimo existencial está ligado ao conceito de liberdade, visto que não há alternativas de escolha em condições mínimas de sobrevivência (TORRES, 2000, p. 90-92). A preponderância do valor da dignidade da pessoa humana e da manutenção do mínimo existencial funda-se sobre a ideia da solidariedade social.¹

O paradoxal é que o tributo, historicamente, sempre esteve associado à perda da liberdade. Na antiguidade, povos vencidos deveriam pagar tributos aos vencedores, como contrapartida de não terem sido arrasadas as suas aldeias e plantações, ou mesmo não terem sido serem tomados como escravos pelos agressores. Daí vem o termo tributo, cuja etimologia remete a *repartir por tribos*, ou seja, dividir os despojos e resultados da guerra por entre as tribos que, conduzidas por um líder guerreiro, lograram obter o êxito militar (COSTA, 2015, p. 33).

Durante a formação do Estado Nacional, a situação se manteve, com a renda dos tributos direcionadas o mais das vezes para o benefício exclusivo de determinados estamentos – o rei, a nobreza, o alto clero – em detrimento do interesse coletivo. Essa situação só veio a modificar-se a partir do século XVIII, com o influxo das idéias iluministas.

¹ Nos termos do art. 3º da Constituição, é objetivo da república brasileira a construção de uma sociedade que seja livre, justa e solidária.

Surgiram então, em consequência da concretização dos ideais iluministas, os estados liberais clássicos, cujas constituições positivavam uma série de deveres de abstenção por parte do estado, entendidos como direitos de primeira geração. Tais direitos não ensejavam um financiamento de larga escala, pois implicavam tão só em abstenção ou tolerância. A partir do término da 1ª Guerra Mundial, todavia, passaram a figurar nos textos constitucionais os direitos de segunda geração – direitos à prestação na área de saúde, previdência e assistência social. Passou a ser exigido do Estado não só que respeitasse a vida, a liberdade e a propriedade do cidadão, mas que também lhe oferecesse prestações materiais que lhe garantissem o mínimo vital com o intuito de promover uma igualdade efetiva na sociedade.

Pode-se dizer que a história da tributação é aquela que leva o indivíduo da servidão à cidadania, tanto que a cidadania é hoje questão fundamental da fiscalidade. Ao longo deste trajeto foram constitucionalizados direitos e positivadas limitações aos poderes de tributar, dentre as quais as regras imunitórias, que procuram salvaguardar valores caros ao ordenamento, e os princípios, vigas-mestras do nosso sistema constitucional tributário.

Todavia, costuma-se afirmar que os chamados direitos de segunda geração² estão sob a “reserva do possível”, porque são dispendiosos, sua implementação envolve o consumo de recursos escassos e a escolha de alternativas mutuamente excludentes. A “reserva do possível” é, assim, entendida como limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos sociais a prestações. Nesse contexto, a Constituição incorporou a ilação de que, para que se possa realizar e garantir serviços e benefícios correlacionados à seguridade social, indispensável que haja meios para tanto, positivando tal requisito de modo literal ao disciplinar, no artigo 195, §5º, as linhas gerais do financiamento da Seguridade Social: “Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total” (CALIENDO, 2008, p. 200-213).

A tributação é vista, hoje, como uma fonte de financiamento dos direitos fundamentais. Paralelamente, ela pode ser vista como um alargamento da reserva do possível, fornecendo os elementos para que os direitos fundamentais sociais sejam realizados ao expandir a esfera de

² Os direitos de primeira geração estão correlacionados aos deveres de abstenção por parte do estado, concernentes à vida, liberdade e propriedade, correspondendo assim àquela atuação liberal clássica, identificada com o constitucionalismo do século XIX. Os direitos de segunda geração, por sua vez, são direitos sociais, culturais e econômicos, dentre os quais aqueles atinentes à saúde e à assistência social, que demandam políticas públicas e iniciativas de governo, o mais das vezes dispendiosas. Para um maior aprofundamento sobre o tema, recomendamos a leitura do Curso de Direito Constitucional de Paulo Bonavides, em qualquer de suas edições.

possibilidade de seu cumprimento. Uma outra maneira de expansão da reserva do possível passa pelo incentivo aos particulares para que prestem diretamente aos hipossuficientes serviços na área da saúde, previdência e assistência, como será desenvolvido ao longo dos tópicos seguintes.

1 A DEFINIÇÃO DO CAMPO DE COMPETÊNCIA PARA O CUSTEIO DA SEGURIDADE SOCIAL

1.1 O financiamento direto por contribuições

No rol de espécies tributárias, ao lado de impostos, taxas, contribuições de melhoria e empréstimos compulsórios, alinham-se as contribuições especiais, cuja norma de competência básica é o artigo 149 da Constituição. Não é objetivo do presente trabalho esmiuçar cada uma em particular, mas sim oferecer uma visão panorâmica de quais as notas distintivas desta espécie em relação às demais, para depois analisarmos sucintamente as bases econômicas do artigo 195.

Contribuição especial abarca, no sistema jurídico brasileiro, uma *espécie tributária* que abrange as *subespécies* indicadas no artigo 149 da Carta em vigor, quais sejam: as contribuições sociais, as contribuições corporativas e as contribuições de intervenção no domínio econômico³. São dois os elementos conceituais que diferenciam as Contribuições Especiais dos demais tributos, a saber: (a) hipótese de incidência não vinculada a qualquer atuação pública; e (b) a sua afetação jurídica a finalidades estatais pré-determinadas.

No que tange à afetação, é pertinente referir a lição de Andrei Pitten Velloso (conteúdo online):

Assinalo, outrossim, que, para fins de enquadramento conceitual, releva a afetação tributária, e não a destinação fática dos recursos angariados com a contribuição. É no momento da instituição que se deve averiguar a espécie tributária que foi criada, e não no do emprego dos recursos arrecadados. Tributo criado com as características de contribuição, contribuição é, mesmo que os seus recursos sejam totalmente desviados pela legislação orçamentária. E tributo não afetado quando da sua instituição jamais se qualificará como contribuição, a menos que sofra uma metamorfose jurídica, em razão de modificação que lhe dê feições diversas.

³ Para uma classificação minudenciada das chamadas contribuições especiais, vale examinar o didático voto do Ministro Carlos Velloso no RE 138.284 (STF, pleno, julgamento em 01/07/1992, Publicação: DJ 28-08-1992)

Tais quais os impostos, as contribuições especiais incidem sobre fatos ou situações correlacionados aos contribuintes, não ao Poder Público, mas são destinadas, pela própria legislação tributária, à concretização de finalidades estatais específicas. Exemplificativamente, a União pode cobrar a contribuição ao salário-educação com base na competência consagrada no art. 212, § 5º, da CF, mas para tanto deve ater-se à sua finalidade própria, que é custear o *ensino fundamental público*. O titular da capacidade tributária ativa não pode exigí-la para financiar, por exemplo, a educação superior.

É exatamente este aspecto teleológico que diferencia as normas concessivas de competência para a instituição de contribuições especiais das que autorizam a cobrança de impostos. Marco Aurélio Greco, na sua obra clássica *Contribuições: uma figura sui generis* (2000, p. 119), refere com precisão que o critério de validação constitucional da contribuição é a sua finalidade. A Constituição da República autoriza a edição de uma lei não porque tenha acontecido algo ou porque se esteja diante de determinada situação, mas *para que* se obtenha um dado resultado. Refere tratar-se de um “modelo fundamentalmente *para que* se atinja algo, implicando visão muito *mais* modificadora da realidade” (GRECO, 2000, p. 119).

170

Neste contexto, cabe referir que jamais poderá ser confundida a finalidade com o fato gerador das obrigações tributárias⁴, pois tais fatos geradores correspondem às manifestações de riqueza dos contribuintes que deixam entrever a capacidade contributiva e, por isso, eleitos para ensejarem as obrigações de prestar dinheiro para destinações constitucionalmente relevantes.

Há também que ser destacada uma terceira nota distintiva das contribuições em relação às demais espécies: a sua referibilidade, entendida como *pertinência* ou *referência* a certo conjunto de contribuintes, o qual será chamado a suportar o gravame adicional que elas representam. Mais precisamente, é o liame entre a finalidade da contribuição e o grupo dos sujeitos passivos instados a suportar o seu ônus.

A referibilidade constitui-se, assim, na relação de pertinência que deve existir entre a atividade a ser custeada e aquelas pessoas físicas e jurídicas chamadas a contribuir. Não se exige que o contribuinte seja beneficiado pela atividade, ou que dela obtenha alguma vantagem, basta que integre um grupo a que se refere, de alguma maneira, à atividade custeada. Impõe-se, pois, uma motivação racional que justifique a tributação.

⁴ Nos termos do artigo 113 do CTN, são as situações previstas em lei como necessárias e suficientes ao surgimento das referidas obrigações fiscais.

No que tange especificamente às Contribuições Sociais de Seguridade Social, que se fundamentam no princípio da solidariedade, o texto constitucional estabelece uma atenuação à referibilidade característica das demais contribuições especiais. Isso porque o art. 195 da Constituição, ao estabelecer normas especiais aplicáveis a esta subespécie, destaca o dever de todos em face da magnitude e da complexidade da tarefa de auxiliar o Poder Público no fornecimento de prestações de saúde, assistência e previdência aos grupos mais necessitados.

Assim, ao estatuir o financiamento da seguridade social por toda a sociedade, o art. 195 revela o seu caráter solidário, conforme já destacado. Com isso, podem as pessoas serem convocadas ao custeio independentemente de terem ou não relação direta com os beneficiários das prestações ou de serem ou não destinatárias de eventuais benefícios. Neste particular, destaco que é justamente o princípio da solidariedade que justifica a cobrança do tributo sobre os proventos de aposentados e pensionistas do serviço público, ou que determina o sacrifício financeiro do aposentado do regime geral que venha a retornar à ativa, prestando serviços no regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

A esta altura da fundamentação, e como pressuposto para avançarmos no estudo das imunidades concernentes à Seguridade Social, cabe repetir o seu conceito, tal qual posto no artigo 194 da Constituição: é o campo de atuação estatal que abrange a saúde, a assistência social e a previdência social. Da leitura do trecho em referência percebe-se não se tratar de um ente isolado da administração direta ou indireta de quaisquer das pessoas políticas, mas um conjunto de iniciativas de governo, políticas públicas ou tomadas de decisão.

A base de tal ilação provém do próprio texto constitucional, pois a carta, ao inaugurar as disposições atinentes à Seguridade Social, esclarece em seu art. 194: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.” Quaisquer destas áreas referidas são entendidas como fundamentais para a concretização dos ideais de igualdade e de dignidade da pessoa humana, conforme visto na parte introdutória deste trabalho, e implicam prestações por parte do Poder Público, ou seja, demandam políticas públicas ao invés de simples abstenção ou tolerância. Exigem, em última análise, que o Estado ofereça benefícios e serviços cuja efetiva outorga aos beneficiários depende da disponibilidade de recursos financeiros.

Adentrando especificamente no custeio em si, esclarecemos que as bases constitucionais nominadas previstas no artigo 195 autorizam a instituição de contribuições tão só por lei

ordinária, pois o art. 146, III, “a” da Constituição, ao prever lei complementar que contemple normas gerais, faz referência apenas à espécie tributária imposto no que tange a fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes. Uma leitura a *contrario sensu* do artigo conduz à ilação de que tais fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes das Contribuições Sociais de Seguridade Social podem ser definidas pela espécie legislativa ordinária, que requer tão só simples maioria parlamentar para a sua aprovação.

Dada à natureza indiscutivelmente tributária das contribuições, não há dúvidas de que o conteúdo do caput do artigo 195 está deslocado. Deveria integrar o título VI da Carta, concernente à Ordem Econômica e Financeira, ao invés do título atinente à Ordem Social. Todavia, esta impropriedade do poder constituinte originário é contornada pela existência do artigo 149, ínsito à tributação e que se correlaciona com o referido artigo 195 como um detalhamento da subespécie contribuição social de seguridade social.

Por outro lado, compete exclusivamente à União instituir tais contribuições, o que se harmoniza com a competência privativa do artigo 22, XXIII. Já no que concerne ao regime previdenciário dos servidores estaduais, distritais e municipais, o artigo 149, §1º encontra consonância no art. 24, I, que trata da competência concorrente para legislar sobre direito tributário, e art. 24, XII, relativo à competência concorrente para editar normas sobre previdência social.

O texto constitucional, em sua acepção original, estabelecia por meio do art. 195 que a seguridade social seria financiada por “toda a sociedade, de forma direta e indireta”, por meio de recursos provenientes dos orçamentos dos entes políticos e de contribuições sociais cobradas “do empregador, incidentes sobre a folha de salários, faturamento e lucro”. Esta redação original ensejou um sem número de ações versando sobre o avanço da legislação de regência sobre os limites da autorização constitucional, procurando tributar situações que se situavam à margem da norma de competência.

Decidindo as questões a ele submetidas, o STF entendeu que a competência concedida alcançava até mesmo os potenciais empregadores (RE 364.215, Relator Ministro Carlos Velloso), mas que não se poderia incluir no conceito de Folha de Salário a remuneração paga aos administradores, avulsos e autônomos (ADI 1.102, Relator Ministro Mauricio Côrrea), nem alargar o conceito de faturamento para incluir também receitas financeiras (RE 346.084, Relator Ministro Marco Aurélio).

Tais questões restaram superadas com a redação atual do artigo 195, que prevê sejam as contribuições cobradas não só do empregador, mas também da empresa e da entidade a ela equiparada, e não só sobre a folha de salários, mas também sobre os rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, ainda que sem vínculo empregatício. A emenda constitucional número vinte, ao alterar a redação original, também elegeu a receita como base tributável, ao lado do faturamento e do lucro, entendida como o resultado empresarial positivo após a dedução das despesas e custos. Por fim, a emenda constitucional quarenta e dois previu a possibilidade de cobrança das contribuições também sobre as operações de importação de produtos e serviços, face à inegável capacidade contributiva daí emanada, elegendo como base de cálculo o valor aduaneiro.

Seja com a redação ora em vigor, seja no regime da redação anterior, a verba indenizatória sempre ficou de fora da autorização constitucional, já que o ingresso que repõe patrimônio jamais poderá configurar remuneração, por configurar mera mutação patrimonial que não agrega riqueza nova ao destinatário.

Assim sendo, após esta visão panorâmica das normas concessivas de competência, passamos à análise das regras imunitórias concernentes às contribuições de seguridade, para que possamos bem definir o campo de competência tributária, entendido como a resultante do entrelaçamento das regras que autorizam a instituição das contribuições e das normas que vedam tal instituição, desonerando certas grandezas em função de valores caros à ordem constitucional.

1.2 Normas de imunidade atinentes à seguridade

A norma do artigo 195, §7º, em que pese ser a mais estudada regra imunitória, não é o único dispositivo referente à desoneração constitucional ao custeio da seguridade social. Com efeito, tanto o artigo 40, §18º como o artigo 195, I, da Carta estabelecem regra de não incidência para as aposentadorias e pensões concedidos pelo regime previdenciário próprio do servidor público até o valor máximo previsto para os benefícios concedidos no âmbito do regime previdenciário geral, que na data de conclusão deste trabalho acadêmico é de R\$ 4.390,24.

No que tange aos proventos pagos no regime geral, cumpre ressaltar que aquilo que é imunizado é o benefício da aposentadoria ou pensão, e não a pessoa do aposentado ou pensionista. Neste contexto, o aposentado do regime geral que volta a trabalhar realiza nova

filiação e passa a ser sujeito passivo da subespécie tributária, ainda que não aufera nenhum benefício direto com os novos recolhimentos que venha a fazer.

Por outro lado, cabe indagar qual seria o motivo pelo qual as contribuições estão limitadas a um teto de incidência no âmbito da contribuição de quem está no regime geral, e paralelamente não haja teto para a contribuição do servidor público. Por que a base de cálculo desse último compreende, em tese, a integralidade da remuneração?

A resposta é simples: as contribuições previdenciárias devem ser estratificadas segundo critérios de justiça comutativa, não de justiça distributiva⁵. Embora não se exija uma correspondência matemática, na medida em que o sistema previdenciário público não é de capitalização, é imperativo que a graduação das contribuições previdenciárias sobre os trabalhadores públicos e privados em geral se oriente pela expectativa da contraprestação a ser obtida, na forma de benefícios previdenciários. Esta a justificativa para a disparidade entre as contribuições cobradas dos servidores públicos, de um lado, e dos segurados do regime geral, de outro.

É interessante observar que, anteriormente à promulgação da Emenda Constitucional 41/2003, que acrescentou o §18º ao texto original, a tributação sobre a remuneração dos servidores públicos havia sido instituída pela Lei 9783/99, declarada inconstitucional pelo STF na ADI 2010/DF⁶. Referida emenda, acatando os fundamentos proferidos por ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, modificou o teor do artigo 40 de forma que a tributação do inativo pudesse ser viabilizada⁷.

Também o parágrafo 21 deste mesmo artigo 40 imuniza os proventos de aposentadoria e pensão limitadas ao dobro do limite máximo definido para o benefício do regime geral, quando o beneficiário ostenta moléstia incapacitante.

Por fim, o artigo 149, §2º, I determina que as contribuições sociais instituídas para o custeio da seguridade social não devam incidir sobre a integralidade das receitas decorrentes de

⁵ André Franco Montoro conceitua a justiça distributiva como "a virtude pela qual a comunidade dá a cada um de seus membros uma participação no bem comum, observada uma igualdade proporcional ou relativa" (MONTORO, 2005, p. 220-221). Nesta modalidade de justiça, dá-se a cada um de acordo com a sua necessidade. Já a justiça comutativa estaria representada em uma situação em que um particular dá a outro aquilo que lhe é devido, segundo uma igualdade simples, sem considerações acerca da necessidade mas valorizando-se o acordo de vontades e o mérito.

⁶ O princípio de vedação à tributação com efeito confiscatório configura, em verdade, uma modulação do exercício da competência, e não uma regra imunitória propriamente dita, conforme se verifica na obra de Luiz Felipe Silveira Difini Proibição de Tributos com Efeito de Confisco (2006).

⁷ O STF, ao julgar a ADIN 3.105/DF, já assentou a constitucionalidade da cobrança dos inativos.

vendas para o exterior, visando justamente à promoção das exportações e, por conseguinte, o desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza, nos termos do artigo 3º, II e III da CF. Trata-se de imunidade objetiva, concedida à prestação de serviços no estrangeiro ou a operações que transfiram produtos para o exterior, e não imunidade subjetiva às empresas exportadoras, de forma que não alcança o lucro (STF, pleno, RE 564.413, Rel. Min. Marco Aurélio). Também não alcança as movimentações financeiras decorrentes das operações de exportação, tributadas à época pela CPMF e, em alguns casos, pelo IOF, já que tais aplicações bancárias são posteriores à operação de exportação em si.

Como assevera Andrei Pitten Velloso (2007, p. 186), tal imunidade

Almeja desenvolver a indústria interna e o comércio internacional, levando à criação de postos de trabalho e ao desenvolvimento da economia como um todo, fatos que por sua vez implicam um incremento na base contributiva, fazendo com que as perdas de arrecadação decorrentes da imunidade sejam parcial ou totalmente compensadas.

Chegamos, assim, à norma do artigo 195 §7º, que trata de verdadeira imunidade, e não de isenção. O equívoco da redação já foi solucionado pelo Supremo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.028/DF, relator ministro Moreira Alves. É imunidade por constituir-se *limitação ao poder de tributar* com sede constitucional, que suprime competência impositiva.

Ao relatar o RE 636941, em fevereiro de 2014, o Ministro Luiz Fux salientou que

A expressão ‘isenção’ equivocadamente utilizada pelo legislador constituinte decorre de circunstância histórica, porquanto versa o tema de verdadeira imunidade. O primeiro diploma legislativo a tratar da matéria foi a Lei nº 3.577/59, que isentou a taxa de contribuição de previdência dos Institutos e Caixas de Aposentadoria e Pensões às entidades de fins filantrópicos reconhecidas de utilidade pública, cujos membros de sua diretoria não percebessem remuneração.

Como a imunidade às contribuições sociais somente foi introduzida na Carta Constitucional de 1988, esclareceu o relator que “a transposição acrítica do seu conteúdo, com o viés do legislador ordinário de isenção, gerou esta controvérsia, já superada pela jurisprudência desta Suprema Corte no sentido de se tratar de imunidade” (STF, RE 636941).

2 A REGRA IMUNITÓRIA DO ARTIGO 195 §7º DA CONSTITUIÇÃO

2.1 Alcance e limites da expressão “entidades beneficentes de assistência social”

Não obstante a regra imunitória em tela tratar-se de uma limitação constitucional ao poder de tributar, não foi editada a lei complementar sobre a matéria. De fato, com exceção da LC 104/01, que alterou pontualmente o artigo 14, I do CTN, a matéria carece de legislação complementar, em que pese tenham sido editadas várias leis ordinárias versando sobre o assunto.

O Supremo Tribunal Federal vinha entendendo que o CTN, em seu artigo 14, faz às vezes da regulamentação faltante, já que a Lei 5.172/66 foi recepcionada com status de lei complementar pelo regime constitucional vigente.

Assim dispõe o CTN:

Art. 14. O disposto na alínea “c” do inciso IV do art. 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; (Nova redação conforme a LC 104/2001, vigente desde a publicação em 11/01/01)

II – aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III – manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

Sobre a aplicação do artigo retro transcrito também sobre as contribuições sociais de seguridade, Leandro Paulsen esclarece (2011, p. 579):

O art. 14 do CTN regula a imunidade relativa a impostos incidentes sobre o patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, sindicatos, instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos. Entretanto, na ausência de regulação, por lei complementar, da imunidade relativa às contribuições de seguridade social das entidades beneficentes de assistência social prevista no art. 195, § 7º, da CF, a doutrina e mesmo os tribunais têm entendido que assume também este papel.

No que tange ao inciso I do artigo em referência, cabe assinalar que o pagamento de salários a dirigentes não afeta a imunidade das entidades beneficentes sem fins lucrativos, desde que não haja uma distribuição de resultado disfarçada, com o pagamento muito acima dos padrões de mercado.

No que se refere ao inciso II, trata-se da exigência que a entidade que almeja o favor constitucional não remeta parcela do seu resultado positivo para o exterior, o que era bastante comum na assistência social, com entidades de inspiração religiosa que desenvolviam serviços na área de saúde ou educação instadas a tais remessas para a instituição mantenedora – geralmente patrocinada por alguma ordem situada na Europa (maristas e jesuítas de tradição católica, luteranos e adventistas de inspiração protestante, entre outros credos). Em que pese a



possibilidade do reenvio de recursos para outras áreas sensíveis do globo, quiçá ainda mais necessitadas do que o Brasil, a norma complementar exige, com razão, que eventual resultado positivo seja reaplicado integralmente no país. Concede-se a imunidade, portanto, sob a condição do reinvestimento para manter ou ampliar o atendimento aos hipossuficientes brasileiros.

O inciso III, por fim, veicula norma que é, em verdade, uma garantia da observância das duas antecedentes. Só por intermédio de uma contabilidade idônea, bem escriturada e em conformidade com as leis contábeis é que se pode assegurar que não se está frente a uma distribuição disfarçada de resultado a gestores, ou a uma remessa irregular de recursos ao estrangeiro.

O artigo 55 da lei 8212/91, ora revogado, e a lei 12.101/09 pretenderam acrescentar outros requisitos e condicionantes àqueles expressos acima. A questão é saber se lei ordinária pode estabelecer requisitos formais, caso em que se interpretará a menção à lei no artigo 195 § 7º como mera referência ao princípio da reserva legal, ou se apenas o diploma complementar possa dispor validamente sobre o tema, caso em que se teria evitado no texto constitucional o qualificativo *complementar* tão só para evitar a tautologia. Esta ambiguidade da norma, dada à relevância e a atualidade do tema – o assunto está sendo debatido ao longo deste ano de 2014 – será tratada em tópico específico.

De qualquer maneira, é certo que não se pode definir o alcance de uma expressão sem analisar primeiramente a finalidade que inspira a formulação de seu conteúdo. A finalidade da exoneração constitucional é justamente induzir os cidadãos e as pessoas jurídicas em geral a auxiliarem o estado nas importantes atividades concernentes à seguridade social, prática que deve ser incentivada já que é bastante comum haver insuficiência de cobertura e atendimento à população, escassez de benefícios e serviços ofertados, bem como equívocos na implementação de políticas públicas de saúde e assistência, quando não desperdício e ineficiência explícitos.

De fato, a lógica na concessão desta desoneração de sede constitucional é de fácil entendimento. Como o Estado Brasileiro se erige sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, não haveria sentido em onerar com tributos aqueles entes que realizam precipuamente a atividade que os governos dos entes federados deveriam realizar, diminuindo assim, com a tributação, os recursos destinados para a finalidade.

Ademais, não possuem os órgãos estatais condições materiais de efetivar os amplos objetivos correlacionados à prestação de serviços de saúde, previdência e assistência sem a

imprescindível ajuda da sociedade civil, tanto que o próprio *caput* do artigo 194 prevê a sua participação de forma expressa. Ora, se pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos estão suprindo deficiências do próprio estado, incapaz de formular e executar políticas públicas abrangentes que possam garantir o mínimo existencial no que tange à seguridade, nada mais razoável do que imunizá-las do pagamento de tributos instituídas com a finalidade de, exatamente, financiar as políticas públicas que o estado não dá conta de executar com o alcance e a eficiência necessários.

Vale reprisar a lição de Marco Aurélio Greco (2000, p. 120), a espécie tributária contribuição nada mais é do que um *instrumento* para a atuação estatal em áreas constitucionalmente relevantes. Se o Estado brasileiro é dispensado de atuar porque o particular já está agindo neste desiderato, então o instrumento tributação é prescindível no que concerne àquele que realiza a prestação diretamente.

Por outro lado, o termo assistência social está vinculado à ideia de auxiliar o pleno desenvolvimento da pessoa humana. O Estado social moderno, razão principal da existência do Estado fiscal a ele subjacente, tem o dever de oferecer condições mínimas de vida ao cidadão, propiciando-lhe uma existência com dignidade. Assim, a assistência social destina-se a proteger primeiramente a família, ainda a célula *mater* da sociedade e primeiro invólucro do indivíduo. Após, a pessoa da gestante carente, por ações coordenadas na área assistencial e de saúde. Infância e adolescência, períodos que demandam especial cuidado em função das questões relativas ao abandono e à drogadição, devem receber redobrada atenção nas situações em que estas problemáticas são potencializadas pela pobreza. Por fim, também a velhice demanda serviços assistenciais crescentes por parte do estado, mormente considerando que o aumento da expectativa de vida sem ganhos proporcionais em sua qualidade resultam muitas vezes em idosos carentes de forças para prover o próprio sustento.

Vê-se, assim, que a assistência social não se subsume ao artigo 203 da Carta Política. Nas três áreas da seguridade social há uma interpenetração mútua de programas e atividades concernentes às outras duas, uma vez que o que se protege é o ser humano na sua integralidade. Não há de se falar, pois, em uma interpretação estanque ou separatista da seguridade social. O equívoco desta exegese se evidencia face ao amplo universo de riscos sociais que podem acometer o cidadão, pertencentes às mais diversas ordens. Assim, por exemplo, tutela-se a senelitude de um cidadão humilde que postula a aposentadoria rural com programas previdenciários e ações do SUS, pois de nada adianta garantir-lhe um salário assistencial de um



mínimo (CF, art. 203, V) se não lhe for garantido um tratamento a uma doença crônica que lhe ameaça a vida e lhe causa dor física intensa. Salva-se o adolescente do risco das ruas com programas assistenciais ligados à prática do esporte, mas também com ações de ensino e saúde, e assim sucessivamente.

Nos termos do voto proferido pelo Min. Marco Aurélio no RE 566.622- RS, o STF⁸

Reconhece sentido mais amplo ao termo “assistência social” constante do artigo 203 da Carta de 1988, concluindo que, entre as formas de promover os objetivos revelados nos incisos desse preceito, estão incluídos os serviços de saúde e educação. Toda pessoa jurídica que preste esses serviços, sem fins lucrativos, com caráter assistencial, em favor da coletividade e, em especial, dos hipossuficientes, estará atuando em concerto com o Poder Público na satisfação de direitos fundamentais sociais.

Tem-se, assim, que as entidades de assistência social devem atuar conjuntamente com o Poder Público para concretizar os objetivos almejados pelo multimencionado artigo 203. Para tanto, necessitam de desoneração em sede constitucional, que prive o ente tributante de qualquer tentação de valer-se de maiorias ocasionais no parlamento para aumentar a arrecadação, reduzindo ou ampliando o alcance de eventual isenção que viesse a conceder consoante às circunstâncias econômicas e políticas do momento.

Com efeito, não há sentido algum em se onerar com a instituição de contribuição social recursos do ente que está prestando diretamente o benefício ou serviço à população destinatária da atuação estatal. O mínimo exigível, neste caso, é que o Estado não tribute manifestações de capacidade econômica tendentes a serem revertidas na manutenção ou ampliação de atividade assistencial pelos particulares.

Ademais, as contribuições são destinadas a prover de recursos a seguridade social como um todo, o que também compreende a área previdenciária, cujo regime é contributivo e não distributivo. Seria um contrassenso retirarem-se recursos de quem presta atividades assistenciais para aplicá-lo em área não assistencial.

Nesta mesma linha de raciocínio, não se pode limitar o *status* de entidade de assistência social tão só aquelas organizações que prestam assistência em uma concepção estrita, nos moldes das antigas Santas Casas de Misericórdia. Tal interpretação assaz restritiva não se coaduna com a noção de um estado plural, social e democrático de direito. Desta forma, o alcance da expressão entidade beneficente se sobrepõe ao espectro mais limitado das sociedades filantrópicas, que se mantêm tão só por doações.

⁸ Processo em julgamento.

Transcrevo, por oportuno, excerto do voto do Min. Moreira Alves (ADI 2.028-MC/DF), que elucida muito bem o tema:

A Constituição, ao conceder imunidade à entidades beneficentes de assistência social, o fez para que fosse a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios auxiliados nesse terreno de assistência aos carentes por entidades que também dispusessem de recurso para tal atendimento gratuito, estabelecendo que a lei determinaria as exigências necessárias para que as entidades pudessem ser consideradas beneficentes de assistência social. (...) Aliás, são essas entidades – que, por não serem exclusivamente filantrópicas, têm melhores condições de atendimento aos carentes que o prestam- que devem ter sua criação estimulada para o auxílio ao Estado nesse setor, máxime em época em que, como a atual, são escassas as doações para a manutenção das que se dedicam exclusivamente à filantropia.

Reprisando uma vez mais os termos do voto proferido pelo Min. Marco Aurélio no RE 566622 / RS, que por sua vez cita precedente do Min. Moreira Alves na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.028:

Entidade beneficente é aquela sem fins lucrativos, que não visa a interesse próprio, mas alheio, trabalhando em benefício de outros. Deve atuar no campo da assistência social, auxiliando o Estado na busca pela melhoria de vida da população e realização de necessidades básicas em favor dos hipossuficientes.

180

Por fim, cabe destacar que não só assistência social e saúde estariam albergadas pelo benefício, mas também a previdência. As entidades privadas de previdência estão abrangidas pelo favor constitucional, conforme entendimento já sumulado no enunciado 730 do STF, nos seguintes termos: “A imunidade tributária conferida às instituições de assistência social sem fins lucrativos pelo artigo 150, VI, ‘c’ da Constituição somente alcança as entidades fechadas de previdência social privada se não houver contribuição dos beneficiários”.

Feita estas considerações sobre o alcance e a abrangência da regra imunitória, resta ainda perquirir qual seria o diploma legislativo hábil para veicular requisitos para a efetiva fruição do favor constitucional.

2.2 Lei ordinária ou lei complementar? Um ponto ainda a definir

Friso, primeiramente, que seja qual for o veículo legislativo adequado, não poderá ser reduzido o alcance das imunidades para aquém das possibilidades semânticas das expressões *entidades beneficentes e assistência social*. Nem mesmo a lei complementar poderia, por exemplo, eleger como requisito para o gozo da imunidade o déficit operacional da instituição, ou restringir o favor constitucional tão só para entes filantrópicas - espécie do gênero entidade

de assistência social - ou mesmo tão só para aqueles que prestem serviços na área de assistência em sentido estrito.

No que tange especificamente à questão que dá título ao tópico, desde a decisão no agravo regimental no RE 428.815-0, em junho de 2005, o STF vinha adotando a posição de que os aspectos materiais, concernentes às lindes da imunidade, estariam reservados à lei complementar, enquanto que os aspectos formais, atinentes à constituição e funcionamento das entidades, poderiam ser veiculados por lei ordinária, com base em precedente antigo do Min. Soares Muñoz (RE 93.770/RJ).

Recentemente, por ocasião do voto do relator Ministro Luiz Fux no RE 636941/RS, em 13.02.2014, foi reforçado o entendimento de que a imunidade tributária prevista no art. 195, § 7º, da CF abrange a contribuição para o PIS. Na ocasião, o relator asseverou que “exigências constitucionais feitas às entidades beneficentes de assistência social, para o gozo de imunidade, estariam satisfeitas com a simples edição de lei ordinária”.

Ao relatar o recurso, o Min Luiz Fux (RE 636941) assim asseverou:

As entidades que promovem a assistência social beneficente, inclusive educacional ou de saúde, somente fazem jus à concessão do dão benefício imunizante se preencherem cumulativamente os requisitos de que trata o art. 55, da Lei nº 8.212/91, alterada pelas Lei nº 9.732/98 e Lei nº 12.101/2009, nos pontos onde não tiveram sua vigência suspensa liminarmente pelo STF nos autos da ADI 2.028 MC/DF (Rel. Moreira Alves, Pleno, DJ 16-06-2000), e aqueles prescritos nos artigos 9º e 14, do CTN.

O ministro também se referiu a precedentes antigos para asseverar que o §7º do art. 195 “determina apenas a existência de lei que as regule; o que implica dizer que a Carta Magna alude genericamente à ‘lei’ para estabelecer princípio de reserva legal, expressão que compreende tanto a legislação ordinária, quanto a legislação complementar”.

Também foi asseverado pelo relator, neste mesmo julgamento, o seguinte:

A definição dos limites objetivos ou materiais, bem como dos aspectos subjetivos ou formais, atende aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, não implicando significativa restrição do alcance do dispositivo interpretado, qual seja, o conceito de imunidade, e de redução das garantias dos contribuintes. Com efeito, a jurisprudência da Suprema Corte indicia a possibilidade de lei ordinária regulamentar os requisitos e normas sobre a constituição e o funcionamento das entidades de educação ou assistência (aspectos subjetivos ou formais).

Decidindo a questão, o STF reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, mas, no mérito e por maioria, não reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, que seria submetida a posterior julgamento. Como nesse precedente



não havia sido alegada a inconstitucionalidade do referido artigo 55, o ministro Marco Aurélio ao proferir seu voto asseverou estar relatando um recurso extraordinário mais abrangente (RE 566622), que abarcava inclusive a lei 8212/91.

Quatro meses depois, ao ser colocado em pauta o referido recurso extraordinário, o ministro Marco Aurélio (RE 566622) asseverou:

A parte final do § 7º do artigo 195 autoriza o legislador a impor condições ao gozo, pelas entidades beneficentes de assistência social, do direito à imunidade. A questão controversa refere-se à espécie legislativa credenciada pela Carta para estabelecer as condições necessárias. Na solução do litígio, deve o Supremo seguir a linha hermenêutica utilizada quanto às outras espécies de imunidade e compreender a cláusula de reserva legal tendo em conta a unidade da Constituição e as funções políticas e sociais próprias da imunidade ora discutida. O Tribunal deve manter a interpretação sistemática e teleológica. (...) Daí que, em se tratando de autêntica limitação ao poder de tributar, “exigências legais” ao exercício das imunidades são sempre “normas de regulação” às quais fez referência o constituinte originário no inciso II do artigo 146, no qual consta devam ser as mesmas dispostas em lei complementar.

E aduziu que “sob o pretexto de disciplinar aspectos das entidades pretendentes à imunidade”, o legislador ordinário acabou por restringir de forma indevida o alcance subjetivo da regra constitucional, “impondo condições formais reveladoras de autênticos limites à imunidade” e promovendo a regulação do direito ao arrepio do veículo legislativo previsto no 146, inciso II, da Carta Política. Transcreveu em seu voto lição de Ives Gandra Martins (1994, p. 83) para esclarecer que a lei ordinária não pode veicular condicionantes além dos previstos no CTN, nos seguintes termos:

Nenhuma lei ordinária de qualquer poder tributante pode criar requisitos adicionais, impondo ônus que o constituinte deliberadamente quis afastar. Todos os requisitos acrescentados ao restrito elenco do artigo 14 são inconstitucionais, em face de não possuir o Poder Tributante, nas três esferas, nenhuma força legislativa suplementar. Apenas a lei complementar pode impor condições. Nunca a lei ordinária, que, no máximo, pode reproduzir os comandos superiores.

Sumarizando, pode-se dizer que em sua última manifestação sobre o tema o STF inclina-se para entender que o artigo 55 da Lei nº 8.212, de 1991 define requisitos para o exercício da imunidade tributária que se consubstanciam em “verdadeiras condições prévias ao aludido direito”, razão pela qual “deve ser reconhecida a inconstitucionalidade formal desse dispositivo no que extrapola o definido no artigo 14 do Código Tributário Nacional, por violação ao artigo 146, inciso II, da Constituição Federal” (Min. Marco Aurélio, RE 566622). E tende a estabelecer que os requisitos legais cabíveis são somente aqueles do referido artigo 14 do CTN.

Imaginamos que seja esta a tendência de nosso tribunal constitucional porque quatro votos foram proferidos a favor dos contribuintes, já que os ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia e Luís Roberto Barroso acompanharam o relator, tendo sido o julgamento interrompido pelo pedido de vista do ministro Teori Zavascki.

Neste particular, pensamos que o posicionamento adotado pelo relator e seguido pelos três ministros referidos é o mais correto. A uma, porque o art. 146, II da Carta Política não diferencia requisitos objetivos e subjetivos, sendo assente a regra interpretativa pela qual nos pontos em que a Constituição não diferencia não cabe ao intérprete diferenciar. A duas, porque o particular que colabora com o Estado na prestação de serviços de ensino e seguridade aos hipossuficientes tem direito constitucionalmente assegurado à regulação integral do tema por espécie legislativa que exige maior consenso parlamentar, constituindo um atentado a sua segurança jurídica a permissão de que o benefício constitucional seja restringido por mera lei ordinária, o que o mais das vezes é resultado da conversão de medida provisória. A três, porque este direito não pode ser mutilado por intermédio de uma dissociação não embasada em uma análise sistemática da CF.

Este último argumento desafia um esclarecimento adicional: pensamos que não há amparo sistemático para exigir-se que a referência à lei complementar seja expressa a cada vez que veiculada limitação ao poder de tributar, pois tal resultaria em exigir-se do poder constituinte, que em suas subespécies poder originário e poder complementar jamais adotou uma linguagem técnica, a reiteração da prática do vício de linguagem da tautologia, como se os destinatários dos comandos constitucionais não fossem capazes de compreender os desideratos últimos da Constituição.

Assim, consoante o artigo 146, II da CF, limitações constitucionais ao poder de tributar só devem ser tratadas por meio de lei complementar. Não só pelos argumentos já alinhavados, mas porque a imunidade é um limite, seja pela sua localização tópica no texto da carta política, seja porque implica efetivamente em um freio ao poder de exigir prestações pecuniárias compulsórias de quem demonstre alguma capacidade contributiva.

Haveria ainda um argumento adicional: a lei ordinária não teria o condão de instituir limites efetivos ao legislador tributário também porque na espécie tributária contribuições o fato gerador, a base de cálculo e os contribuintes podem ser estabelecidos justamente por tal



veículo legislativo.⁹ Nesse contexto, seria exigível veículo de maior hierarquia, ou, por outra corrente doutrinária, veículo com potencialidades legislativas distintas, mesmo porque a regulação das imunidades deve ser nacionalmente uniforme, por meio da lei apta a pormenorizar o conteúdo das limitações ao poder de tributar. A lei complementar, pelo quórum qualificado que exige, se eleva sobre a competência de legislar em matéria tributária comum aos entes federados, nos termos do artigo 24, I da Constituição em vigor.

CONCLUSÃO

De todo o exposto, verificou-se que o Estado Social contemporâneo, calcado nos ideais da solidariedade, mantém-se apenas por meio da estrutura que lhe é disponibilizada pelo Estado Fiscal, fundado em uma concepção de justiça que, no âmbito tributário, se desdobra nos conceitos de segurança jurídica, isonomia e capacidade contributiva.

Se a interpretação do título constitucional atinente à Tributação e ao Orçamento deve se iniciar no preâmbulo de nossa Carta Política, como vem sendo destacado pela doutrina ao discorrer sobre tributos e direitos fundamentais, e se a sua concreção pelos tribunais passa necessariamente pelos “ideais de solidariedade e fraternidade, inspirados no respeito à dignidade de cada um dos nossos semelhantes”, como acentuou Luiz Felipe Silveira Difini (2004, p. 184), então o fenômeno tributário considerado em sua inteireza – desde o momento da subsunção do fato econômico à norma jurídica até a sentença extintiva da execução fiscal – deve se pautar pela observância de tais valores (Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2014).

Por outro lado, a tributação que enseja a cobrança das cinco espécies tributárias – este dever fundamental dirigido às pessoas dotadas de capacidade contributiva em prol da coletividade – é hoje considerado um fenômeno intersistêmico que envolve a Política, a Economia e o Direito. Os três subsistemas ocupam-se com a equação *recursos escassos contrapostos a necessidades de seguridade ilimitadas*, o que no âmbito do custeio da seguridade

⁹ O art. 146, III, “a” dispõe que fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes da espécie tributária imposto devem ser veiculados por lei complementar, estabelecendo um silêncio eloquente acerca das contribuições sociais. Tanto é assim que a LC 70/91, que instituiu a COFINS, é entendida como formalmente lei complementar mas materialmente lei ordinária. Também quando da alegação de inconstitucionalidade da instituição da CSLL-Contribuição Social sobre Lucro Líquido pela lei 7.689/88 o STF foi enfático ao estabelecer que por não ser a CSLL um imposto “não há necessidade de que a Lei Complementar defina o seu fato gerador, base de cálculo e contribuintes” (STF, pleno, ADI 2010 MC, relator Min Celso de Mello)



social impõe a observância da chamada reserva do possível, assim entendida como limite ao poder do estado de concretizar direitos fundamentais a prestações.

Para expandir os limites da reserva do possível, deve-se agir sobre a despesa pública, implementando efetivamente o princípio da otimização da ação estatal, e sobre a receita, buscando ampliar as bases de financiamento da seguridade sem estrangular as forças produtivas. Uma alternativa à ampliação destas bases é justamente estimular os particulares a oferecer às parcelas menos aquinhoadas da população benefícios e serviços assistenciais, educacionais e de saúde. Esta prestação direta de benefícios e serviços por entidades privadas, atuação que estariam a princípio a cargo do Estado Social de Direito, constitui-se na justificativa filosófica para a imunidade prevista no artigo 195, §7º.

Neste contexto, o termo assistência social utilizado na regra imunitória passa a abarcar um amplo espectro, abrangendo não só os serviços de educação, mas até mesmo as entidades de previdência privada que não exijam contraprestação de seus beneficiários. A tutela da segurança jurídica de todos estes atores sociais é melhor efetivada mediante a exigência de lei complementar para veicular a integralidade dos requisitos que condicionam o exercício da imunidade, tanto os de ordem material como os de ordem formal.

Tão só o artigo 14 do CTN, com a sua redação quase cinquentenária, não normatiza de forma suficiente os aspectos mais polêmicos atinentes ao gozo da desoneração constitucional. É um diploma complementar específico que deverá estabelecer a relação entre benefícios subsidiados e benefícios onerosos.

Urge que se edite rapidamente tal norma, pois não se pode deixar à própria entidade assistencial a definição do nível de gratuidade que deseje ofertar. Não é salutar do ponto de vista do interesse coletivo conceder-se tamanha discricionariedade ao ente que pleiteia o benefício imunitório, sob pena de permitir-se a transferência de renda dos setores mais pobres – prejudicados com a renúncia fiscal – aos mais aquinhoados e influentes politicamente, que experimentaríamos assim a redução de seus custos finais com saúde e educação de qualidade em troca de um número desprezível de bolsas de estudo ou de leitos destinados ao SUS. A renúncia de receita provocada pelo benefício imunitório deve ensejar ganhos proporcionais à população de menor renda, mais necessitada de políticas públicas de saúde e educação e duramente penalizada pela insuficiência e má qualidade destes serviços essenciais, quando prestados diretamente pelas três esferas de governo.



Em suma, faz-se necessário um amplo debate parlamentar tendente à obtenção de quorum qualificado para definir, no caso concreto, aquilo que Aristóteles intitulava o “caminho do meio”: Uma relação que não implique em percentual exagerado a ponto de inibir o imprescindível auxílio dos particulares nas atividades assistenciais, nem em percentual assaz reduzido a ensejar tão só redução de custos para as parcelas mais aquinhoadas da população.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Sistema constitucional tributário*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11ª edição. Atualização Misabel Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BARBOSA, Daniel Marchionatti *et al.* Imunidade a contribuições para a seguridade social. In: DIFINI, Luiz Felipe Silveira (Org.). *Imunidades Tributárias e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, pleno, RE 138.284, relator Ministro Carlos Velloso, DJ 28/08/92.

_____. Supremo Tribunal Federal, pleno, RE 564.413, relator Min. Marco Aurélio, DJ 03/11/10.



_____. Supremo Tribunal Federal, pleno, Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.028/DF, relator Ministro Moreira Alves, DJ 16/6/2000.

_____. Supremo Tribunal Federal, pleno, RE 566622, relator Ministro Marco Aurélio, em julgamento (ata de julgamento publicada em 13/06/2014, quatro votos proferidos e autos remetidos ao gabinete do Ministro Teori Zavascki: site do STF www.stf.jus.br, acesso em 23/06/2014).

_____. Supremo Tribunal Federal, pleno, RE 636941, relator Ministro Luiz Fux, sessão de 13/02/2014, acórdão publicado no DJE 04/04/2014.

_____: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação/Reexame Necessário Nº 5052893-51.2012.404.7100/RS TRF4, relator Jorge Antonio Maurique.

CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Editora Campus/Elsevier, 2008.

187

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1997.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Manual de Direito Tributário*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Proibição de Tributos com Efeito de Confisco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições (uma figura sui generis)*. São Paulo: Dialética, 2000.

MACHADO, Hugo de Britto. *Curso de Direito Tributário*. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 26ª ed. São Paulo: Revista dos



Tribunais, 2005.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário – Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 14ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Curso de Direito Tributário*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

PAULSEN, Leandro. VELLOSO, Andrei Pitten. *Contribuições: teoria geral, contribuições em espécie*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SORRENTINO, Thiago Spinelli. *Imunidade das entidades assistenciais e filantrópicas sem fins lucrativos após a aparente queda da reserva de lei complementar para dispor sobre a matéria*. In Revista Dialética de Direito Tributário n. 225 p. 163-177, junho 2014.

188

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães (org). *Tratado das Imunidades e Isenções Tributárias*. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*, vol. III- Os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidade e Isonomia. São Paulo: Renovar, 2000.

VELLOSO, Andrei Pitten. *Constituição Tributária Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Teoria das Contribuições Especiais: Elementos Conceituais*. Jornal Carta Forense. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/teoria-das-contribicoes-especiais-elementos-conceituais/13183>>. Acessado em: 22 jul. 2014.



Submissão: 29/09/2015
Aceito para Publicação: 18/12/2015



O DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL E A SUA APLICAÇÃO NA TRAJETÓRIA INTERNACIONAL DA LEI MARIA DA PENHA

GLOBAL ADMINISTRATIVE LAW AND ITS APPLICATION IN THE INTERNATIONAL PATH OF MARIA DA PENHA LAW

Priscila Ramos de Moraes Rego Agnello*

RESUMO: O trabalho pretende apresentar alguns conceitos básicos do Direito Administrativo Global fazendo uma ligação com a trajetória internacional que culminou na edição da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) e a política pública para mulheres no Brasil. Para tanto, será realizada uma revisão bibliográfica com a aplicação como referencial teórico das Teorias de Jürgen Habermas e Herbert Hart aos instrumentos utilizados pelo Direito Administrativo Global. É objetivo geral do trabalho apresentar uma reflexão sobre o contexto em que está inserida a atual política de prevenção à violência doméstica e as possíveis influências do direito administrativo global, tanto no âmbito nacional como internacional. Assim, será realizada a contextualização que envolveu o caso de Maria da Penha Fernandes e a trajetória internacional que resultou na edição da Lei 11.340/2006 utilizando-se como referência autores do Direito Administrativo Global. Dentro deste contexto, observa-se que as influências externas dos membros que fazem parte de uma mesma rede internacional podem influenciar as legislações nacionais.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Maria da Penha. Direito Administrativo Global. Poliarquia deliberativa.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Conceitos do Direito Administrativo Global (DAG). 1.1. As normas de reconhecimento e o Direito Administrativo Global. 2. A possibilidade de um controle das redes nos casos de crimes supranacionais. 3. Os direitos humanos no DAG. 4. A trajetória internacional da Lei Maria da Penha e a aplicação do DAG. Conclusão. Referências.

ABSTRACT: The paper aims to present some basic concepts of the Global Administrative Law making a connection with the international trend that culminated with the edition of the Maria da Penha Law (Law 11.340 / 2006) and public policy for women in Brazil. To this end, a literature review with the application of Jürgen Habermas and Herbert Hart theories as a theoretical framework to the instruments used by the Global Administrative Law will be held. It is the general aim of this study to present a reflection on the context which is inserted the current policy of prevention of domestic violence and the possible influences of Global Administrative Law, both nationally and internationally. Thus, the contextualization that involved the case of Maria da Penha Fernandes and the international trajectory that resulted in the enactment of Law 11.340 / 2006 using as reference the authors of Global Administrative Law will be held. In this context, it is observed that the external influences of members who are part of the same international network can influence national legislation.

KEYWORDS: Maria da Penha Law. Global Administrative Law. Deliberative polyarchy.

191

INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo Global tem ganhado espaço na doutrina europeia e brasileira como uma resposta a algumas dificuldades existentes no atual modelo positivista. Pode-se citar entre esses problemas o excesso de normas que são implementadas, gerando uma insegurança jurídica, em virtude da denominada hipertrofia legislativa, que se caracteriza por uma crescente produção de leis e regulamentos para adequar-se às políticas socioeconômicas do Estado Nacional.

A multiplicação descontrolada e as consecutivas alterações do quadro legal acabam gerando uma crescente desconfiança na legislação formal, por não manterem o equilíbrio das

* Mestranda em Direito e Políticas Públicas no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Professora de Direito do Instituto Federal de Brasília (IFB). Advogada.

relações jurídicas em vários setores da sociedade, e põem em xeque a norma escrita que se vê afetada em dois de seus mais importantes pilares: o da legalidade e o da segurança jurídica (HEILMANN, 2011, p. 84).

As mudanças sociais tendem a uma flexibilização da norma o que entra em conflito com a objetividade da aplicação da lei pelo Direito Administrativo. Essa relação conflituosa tem sido denominada de “anomia jurídica” (HEILMANN, 2011, p. 95) pois existe o Estado atuando em sua perspectiva formal (Estado Regulatório ou Intervencionista) paralelo e gradativamente substituído por um Estado Informal que atua ambigualmente, dando origem a uma forte tendência de sistemas jurídicos regulados por redes (cadeias normativas) marcado pela acelerada produção legislativa conflituosa.

Essa regulação por redes poderia ocorrer na hipótese da aplicação de normas internacionais (em sentido estrito) ou mesmo por meio de jurisprudências internacionais que também seriam utilizadas em âmbito nacional e não necessariamente obedecendo a um processo legislativo. Esses são ideais do Direito Administrativo Global, um ramo do direito que proporciona uma relação dialógica para a solução de conflitos de ordem mundial.

De acordo com Christopher Hood (1991, p. 12), a administração pública estaria fundada em dois modelos. O primeiro seria o modelo clássico, centralizado na ideia de serviço público da administração pública, dominado pela noção de interesse público. O segundo modelo estaria influenciado pelo conceito de “nova gestão pública” (“new public management” – NPM) que teria como principal foco a eficiência e eficácia precedendo os valores ligados aos direitos humanos.

Em contraposição a esses modelos, notou-se, no final da década de 90, a existência de jurisprudência expansiva nos tribunais europeus, que mudou o foco das decisões, deixando de utilizar o conceito de “direitos e obrigações civis” substituindo-o para o campo do bem-estar, enfatizando os “princípios de boa administração” (HARLOW, 2006, p. 206), fundados nos direitos humanos.

Essas decisões podem ter contribuído para a noção de um direito comunitário fundado na existência de tribunais transnacionais ou mesmo de outras instâncias menos formais, como os painéis de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (HARLOW, 2006, p. 213) que poderiam contribuir para a criação e promulgação de princípios jurídicos globais.

Assim, com influência dessa última tendência, surge o Direito Administrativo Global, utilizando-se dos textos normativos e decisões sobre direitos humanos, com o objetivo de afirmar a universalidade das normas do devido processo administrativo com fundamentos humanísticos, utilizando-se de preceitos de harmonização das normas do direito internacional aplicadas ao âmbito nacional.

Diante deste tema, o presente trabalho pretende apresentar alguns conceitos básicos do Direito Administrativo Global fazendo uma ligação com a trajetória internacional que culminou na edição da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) e a política pública para mulheres no Brasil, com vistas a exemplificar a influência das relações internacionais e a produção legislativa nacional.

Para tanto, será realizada uma revisão bibliográfica com a aplicação como referencial teórico das teorias de Jürgen Habermas e Herbert Hart aos instrumentos utilizados pelo Direito Administrativo Global.

Assim, torna-se objetivo geral do trabalho apresentar uma reflexão sobre o contexto em que está inserida a atual política de prevenção à violência doméstica e as possíveis influências do direito administrativo global, tanto no âmbito nacional como internacional.

193

1 CONCEITOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL (DAG)

A proteção dos direitos humanos, dentro de uma perspectiva kantiana sobre um direito cosmopolita de que os cidadãos não são apenas de cada Estado, mas podem ser sujeitos de entidades supranacionais ou de um Estado federal genuinamente mundial, “concebendo neste sentido uma teoria do direito à cidadania universal, que situe na base todos os seres humanos como cidadãos do mundo” (RAMOS, 2008, p. 732; HEILMANN, 2011, p. 107) tem sido em um primeiro momento criticada, haja vista a noção de soberania, porém, realizando-se reflexão sobre a ideologia humanitária é possível enxergar uma possibilidade nesses ideais.

Heilmann (2011, p. 108) utilizando-se dos conceitos de esferas dialógicas propostas por Jürgen Habermas, instrumentaliza essa perspectiva no seguinte sentido:

Esta teoria tem como fundamento a ideia de que as relações internacionais se regem por um sistema de cooperação sem soberania, razão pela qual a inexistência de um governo global ou de uma constituição mundial faz gerar uma ordem política não estável. Todavia, a presença dos poderes públicos supra estatais e ultra estatais

exerce uma autoridade legítima internacional baseada no respeito do *due process of law*, guiado pelo Direito.

A existência de redes supranacionais não significa que a soberania nacional estaria mitigada em seu todo, mas sim que o ordenamento jurídico poderia receber de maneira satisfatória a solução apresentada por essas redes.

A perspectiva do direito supranacional mínimo entende que deveria existir uma lógica normativa que estabeleceria as competências de organismos internacionais, sem uma hierarquia perante a autonomia interna. Esta tese constrói a ideia de um direito internacional estruturado segundo uma espécie de regionalização policêntrica, ao contrário de uma estrutura hierárquica que correria o risco de provocar, no mínimo, a revolta dos Estados periféricos (ZOLO, 2002, p. 216).

A possibilidade de implementação desse novo direito tem sido observada com a noção do direito comunitário experimentada pela Comunidade Europeia, o que se tem denominado de “regionalização policêntrica”, na qual o direito administrativo comunitário seria influenciado pelos ordenamentos nacionais, podendo ser elaborado pelo conjunto de tratados e acordos dos Estados (CASSESSE, 2002, p. 55).

Independente do entendimento a ser seguido, resta esclarecido que naquela comunidade existe uma confluência entre os princípios nacionais e comunitários, o que seria um aspecto positivo, e as decisões do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), utilizadas para uniformizar as práticas em âmbito interno, podendo até impor sanções em obediência ao princípio da culpabilidade.

Pode se considerar que existe tendência do direito europeu a uma relação de interdependência, havendo uma harmonização entre direitos (já que existe o princípio da prevalência do direito comunitário (o país pode criar instrumentos nacionais de cumprimento) e não uma unificação de direitos.

Assim, pode-se entender que o Direito Administrativo Global - DAG pode possibilitar a criação de redes transnacionais que influenciarão as práticas normativas e decisões dos tribunais no cenário nacional. É preciso ressaltar que o inverso também existe, caso determinada norma ou uma prática seja satisfatória nacionalmente, nada impede que ela seja adotada pela rede e aplicada aos demais membros, havendo, portanto, uma influência em toda a comunidade. Essa possibilidade estreita os laços entre os membros e a perspectiva de um direito efetivamente comunitário.

1.1 As regras de reconhecimento e o Direito Administrativo Global

O conceito de direito proposto por Herbert Hart tem sido utilizado para legitimar as práticas experimentadas pelo DAG. A confluência entre a prática social e a existência de regras primárias de comportamento e as secundárias de reconhecimento pode ser utilizada para validar determinada prática social. Nesta interação normativa, as regras secundárias poderiam mudar as primárias, desde que as pessoas envolvidas aceitem a mesma regra de reconhecimento e sintam um sentido interno da obrigação, a vontade de obedecer às regras, distinguindo das ameaças ou recompensas associadas ao cumprimento, trazendo legitimidade a determinada regra mesmo que ela não esteja inserida no sistema normativo. Cabendo ressaltar que, mesmo assim, será considerada como parte de um sistema legal. Portanto, se uma determinada prática social é reconhecida como válida, ela ganha caráter normativo de uma norma primária.

Hart analisa a noção de regra social, o autor distingue comportamento governado por regras de comportamento habitual, e distingue as regras legais das normas estruturadas em ameaças.

As normas jurídicas são atos normativos, que podem ser pensados como diferentes dos padrões, tais como “o devido cuidado” e que eles não podem ser plausivelmente vistos até mesmo como ordens gerais apoiadas em ameaças. Na comparação entre as normas jurídicas com as ordens, ele destacou a importante distinção entre o tipo de regra que direciona as pessoas para agir ou deixar de agir, e do tipo de regra que capacita as pessoas a fazer coisas, como legislar e fazer testamentos e contratos. Hart marca a distinção entre esses dois tipos de regras, utilizando os termos “primário” e “secundário”, o que chama de “união” destes dois tipos de regras, que constituiria o “coração” de um sistema legal. Em essência, as regras primárias impõem deveres enquanto as secundárias “conferem poderes, públicos ou privados” (HART, 2005, p. 79).

Os critérios de validade jurídica podem assumir uma ou mais variedade de formas, tais como referência a um texto oficial, decretos legislativos, decisões anteriores, a prática habitual, ou geral. Nos modernos sistemas as dúvidas são resolvidas por meio da regra de reconhecimento. Esta regra especifica critérios para identificar quais regras devem ser



reconhecidas como regras do sistema. Ao introduzir uma regra de reconhecimento, as dúvidas quanto à inserção de regras no sistema jurídico são sanadas.

Hart menciona uma união de regras primárias e secundárias. Ao introduzir em um regime de regras primárias as normas secundárias (como as regras de mudança, as regras de julgamento, as regras relativas às sanções), e uma regra de reconhecimento, uma “união” de regras primárias e secundárias é formada. A regra secundária de reconhecimento “une” todas as regras do regime em que todas satisfazem os critérios de validade especificadas por esta regra. É a combinação de regras primárias e secundárias que permite esclarecer conceitos tão básicos e importantes como legalidade, validade e obrigação.

Kingsbury (2009, p. 28) entende que a Teoria do direito de Hart fornece um ponto de partida mais promissor para uma abordagem positivista moderna ao conceito de lei no direito internacional. Por esta compreensão, o DAG não se afastaria por completo do positivismo, mas poderiam ser pensados novos instrumentos para a sua consolidação.

O positivismo será aplicado ao Direito Administrativo Global (DAG) ao se compreender que as perspectivas das práticas e regras de reconhecimento poderiam ser entendidas como normas, assim como os diversos entendimentos jurisprudenciais.

Assim, Kingsbury (2009, p. 57) exemplifica o conceito de direito no DAG incluindo a ênfase de Hart em práticas sociais, fontes do direito, e reconhecimento. O autor entende que a escolha de um determinado conceito de direito é parte política, e parte conceitual, e que uma abordagem positivista Hartniana, traria para o conceito os requisitos legais da publicidade, satisfazendo ambos os critérios políticos e conceituais nas condições difíceis em que o DAG opera. Ele também reflete sobre a análise teórica, que daria sentido, orientação e coerência para a prática indisciplinada e assim conclui:

A conclusão dessa investigação muito preliminar é que, embora o quadro seja desigual, é razoável afirmar que há “lei” em direito administrativo global. Mais ousadia na análise do direito administrativo mundial pode enriquecer a teoria legal - incluindo as possibilidades de incorporar abordagens Hartinianas ao conceito de direito, e até mesmo para o Estado de reconhecimento, uma exigência de caráter público.

Por esse entendimento, pode-se compreender que se determinado ente se manifesta pela aplicação de um princípio e este é reconhecido pelo Estado, seria aplicável a Teoria de Hart. Para os positivistas que entendem não haver direito sem sanção, o DAG se apresentaria

como autorregulatório, porque o próprio sistema o repreende, pois como fonte, o reconhecimento faz o Direito.

Ainda a esse respeito, Kingsbury menciona que existiria uma dicotomia entre entes privados e públicos, pois os primeiros só seriam regulados se estivessem ligados aos segundos. Não concordamos com essa opinião, pois em algumas situações, como no caso das organizações não governamentais, pode haver uma pressão para que determinado ente aja de alguma forma e essa ação pode ser pautada por determinado reconhecimento social que de certa forma pode vir a colidir com o interesse do ente público.

Ademais, concordamos com o autor no sentido de trazer um referencial teórico ao DAG, entendendo que não se trata de um sistema sem segurança jurídica, numa perspectiva positivista clássica, mas sim de uma nova possibilidade em que a legitimidade da norma se dá pelo reconhecimento e não apenas por determinado sistema instituído, nesses termos, o poder consolidado poderia ser mais essencial que o poder instituído.

197

2 A POSSIBILIDADE DE UM CONTROLE DAS REDES NOS CASOS DE CRIMES SUPRANACIONAIS

A criação de redes transnacionais pode ser utilizada para vários fins, estando entre eles a possibilidade de proteção aos direitos humanos, principalmente para coibir crimes que têm incidência em vários países.

Ferrajoli (2006, p. 89) entende que existe uma maior incidência de crimes que estão diretamente ligados a questões econômicas e políticas, e que de certa forma afetam o direito administrativo em nível global. Assim, ele cita algumas categorias, como o crime organizado; os crimes econômicos e os crimes envolvendo a administração pública.

Seria um tipo de criminalidade que se organiza em redes e para o seu enfrentamento ele sugere uma maior cooperação da segurança pública internacional, das instituições que compõem o poder judiciário e das instituições públicas. Esse tipo de enfrentamento não é tão fácil devido à corrupção existente dentro das próprias instituições públicas, mas não é impossível de ser combatida quando existem vários atores envolvidos.

É preciso ressaltar que esses crimes corroboram para o cometimento de outras categorias delitivas conforme afirma Heilmann (2011, p. 150):

O caráter heterogêneo reside na sua ramificação, ora estreitamente ligada com a criminalidade econômica (do segundo grupo), também se manifesta em crimes contra a humanidade, torturas e delitos cometidos por forças policiais, serviços secretos, subversão das cúpulas de algumas instituições, invasões territoriais e guerras declaradas em desprezo à carta dos Direitos Humanos. Em síntese, o caráter dos desvios praticados por representantes dos poderes públicos afeta os direitos individuais e coletivos, os bens fundamentais a ponto de transgredir a paz e violar a democracia.

É cediço que existe a violação de direitos humanos diretamente relacionadas a esses delitos e a maior dificuldade encontrada pelos organismos internacionais são os instrumentos efetivos de combate, haja vista que uma punição internacional poderia colidir com determinada norma penal interna, havendo um descumprimento da soberania daquele país.

Em contraposição a essa visão sistemática da aplicação da norma, percebemos que existindo uma rede transnacional, algumas pressões externas colaboram para que medidas nacionais de enfrentamento à violência sejam criadas, o que reafirma a possibilidade de um enfrentamento global dessas categorias de crimes.

O direito administrativo global não é impositivo, utilizam-se instrumentos informais para regular determinadas situações, podendo ser incluídos na abrangência do GAL: a influência das decisões da corte internacional na mudança dos presídios e leis internas, assim como, a utilização de outros modelos e jurisprudência alemã pelo STF (Supremo Tribunal Federal).

Devido a essa característica de dialogicidade é possível a prevenção ou enfrentamento a determinado delito por organizações internacionais, sempre visando à possibilidade da instauração de uma “poliorquia deliberativa”, que seria a tomada de decisões por meio da razão mútua. Essa deliberação sujeita o exercício do poder coletivo para a disciplina da razão, ao que Habermas já descreveu como “a força do melhor argumento”, e não a vantagem dos melhores situados (COHEN, 2006, p. 24).

3 OS DIREITOS HUMANOS NO DAG

Há uma crítica sobre a proteção dos direitos humanos numa sociedade global em virtude dos aspectos normativos e culturais de determinados países, porém, essa dificuldade pode ser superada quando a proteção a esses direitos é priorizada.

As reivindicações de direitos humanos podem ser apresentadas como elementos de um padrão, a razão pública global, ela própria parte do mundo da política global, que estabelece

as condições de tratamento aceitáveis, implicando que as sociedades políticas devem assegurar condições de filiação para aqueles que vivem no seu território. A exigência de respeito aos direitos humanos, entendidos como condições de adesão, não depende apenas de ideias liberais sobre a pessoa humana, mas de uma verdadeira reflexão sobre a importância desses direitos.

É notório que existem dificuldades na internalização de normas sobre direitos humanos que tratam de temas que são culturalmente divergentes, mas uma vez estabelecidos os limites de imposição da regra internacional, essa torna-se uma possibilidade para a efetivação e proteção dos direitos humanos:

Uma característica das normas internacionais de proteção internacional dos direitos humanos seria que em determinados temas sensíveis em que não há consenso, que tocam questões importantes das especificidades locais, a efetividade dos padrões protetivos globais não pode ser imposta por um conjunto de países aos demais. Nestes casos, é essencial não apenas tolerar, mas prever uma margem nacional de apreciação para que os Estados internalizem os padrões internacionais de acordo com as especificidades locais. A internalização se faz pela expansão dos discursos comunicativos por meio dos atores nacionais e pelos avanços dos direitos humanos em pontos até que os próprios atores nacionais estejam convencidos da necessidade de mudanças (VARELLA, 2013, p. 327).

199

Entende-se que a proteção aos direitos humanos pode ocorrer em nível global, vez que as normas são influenciadas por atores internacionais e promovidas pelas interdependências globais, nesse sentido, haveria uma necessidade de comunhão entre as instituições internacionais e as governamentais para limitar as violações, independente de aspectos culturais, devido a importância da proteção desses direitos para a paz mundial.

4 A TRAJETÓRIA INTERNACIONAL DA LEI MARIA DA PENHA E A APLICAÇÃO DO DAG

Utiliza-se a trajetória internacional da Lei Maria da Penha para exemplificar como a influência de determinadas instituições internacionais pode ser utilizada para mudanças nacionais.

No ano de 2006 foi editada no Brasil a Lei 11.340, que recebeu o nome de Lei Maria da Penha, em virtude de um caso de violência doméstica que ganhou uma repercussão

internacional e culminou na edição norma e também na implementação de políticas públicas de combate à violência contra a mulher no país.

O Caso Maria da Penha teve início no ano de 1983¹, quando a cearense e biofarmacêutica Maria da Penha Fernandes sofreu uma dupla tentativa de homicídio cometida pelo seu marido Marco Antônio Heresia Viveiros, um professor universitário de economia. Primeiro ele tentou matá-la com um tiro nas costas, ocasião em que à mesma ficou paraplégica; e em outra oportunidade, seu companheiro tentou eletrocutá-la enquanto tomava banho numa banheira.

Diante da gravidade das agressões o réu foi condenado pelos tribunais locais por 2 vezes, em 1991 e 1996, mas, valendo-se de recursos processuais contra a decisão condenatória do Tribunal do Júri, nunca foi preso, conseguindo passar 15 anos em liberdade mesmo depois de sentenciado.

Em virtude da morosidade do poder judiciário brasileiro, Maria da Penha recorreu à Justiça Internacional, tendo inicialmente apresentado o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, buscando a efetiva punição de seu agressor. Para a consecução de tal objetivo, a biofarmacêutica procurou a ajuda do Centro para a Justiça e o Direito Internacional (CEJIL)² e do Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM)³. Mesmo tendo tomado conhecimento sobre o caso denunciado à comissão interamericana, o governo brasileiro não tomou nenhuma medida para a efetivação do cumprimento de pena do agressor.

Diante deste fato, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 13 de março de 2001 enviou um relatório ao Estado brasileiro, de acordo com o artigo 51 da Convenção, com o prazo de um mês estabelecido para o cumprimento das recomendações instituídas. O

¹ Utilizou-se como instrumento de consulta o artigo publicado por Aline Vicentim que descreve toda a trajetória internacional. VICENTIM, Aline. A trajetória jurídica internacional até formação da lei brasileira no caso Maria da Penha. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8267>. Acesso em: dez. 2014.

² A CEJIL é uma organização sem fins lucrativos e não-governamental que protege os direitos humanos nas Américas por meio uso de instrumentos provenientes dos direitos humanos. Ela se utiliza do Sistema Interamericano de Direitos Humanos para responder a vários dos problemas mais graves na região. A organização dá prioridade aos casos paradigmáticos de violações de direitos humanos com o objetivo de obter uma mudança sistêmica e servir como jurisprudência para a região.

³ O CLADEM é uma rede feminista que tem por finalidade “contribuir à plena vigência dos direitos das mulheres na América Latina e Caribe, utilizando o direito como um instrumento de mudança. Conta com status consultivo na Categoria II perante as Nações Unidas desde 1995 e goza de reconhecimento para participar nas atividades da OEA desde 2002.” Disponível em: <<http://cladem.org/po/sobre-o-cladem>>. Acesso em: 07 dez. 2014.



prazo, mais uma vez, foi expirado sem resposta do Estado brasileiro. Perante esses fatos, a Comissão tornou público o relatório e o incluiu o Brasil no Relatório Anual à Assembleia Geral da OEA do ano 2000.

Com essa inclusão, a Organização dos Estados Americanos (OEA), em 2001, responsabilizou o país por omissão e negligência no que diz respeito à violência doméstica, utilizando como base o relato de Maria da Penha. A OEA recomendou ao Brasil que tomasse medidas em prol da criação de políticas públicas que inibissem as agressões no âmbito doméstico em desfavor das mulheres.

Por meio de toda a pressão internacional e tendo a sua imagem de país que viola os direitos femininos estampada para todos os membros da OEA, em 2002 o governo brasileiro tomou medidas para que o processo criminal contra o agressor fosse encerrado, o que culminou na prisão de Marco Antônio em 2003.

Esse desfecho deve-se, indubitavelmente, à pressão internacional promovida pelas organizações internacionais de proteção aos Direitos Humanos e pode fielmente exemplificar a aplicação de Direito Administrativo Global, haja vista que foram utilizados instrumentos de promoção de diálogo (as recomendações) e não sendo satisfatórios, partiu-se para uma exposição do Brasil perante os outros países, o que não seria viável para as suas relações políticas e econômicas.

Por meio desse exemplo é possível refletir sobre os instrumentos utilizados pelo DAG, porque mesmo não havendo uma sanção, como as presentes nas normas em sentido estrito, as práticas previstas pelos membros da rede transnacional e reconhecidas por eles como legítimas tornam-se suficientes para a solução das lides, o que supera o modelo positivista clássico e traz novas perspectivas como as propostas por Hart e Habermas.

CONCLUSÃO

Pode-se concluir que o Direito Administrativo Global prevê a criação de redes transnacionais que poderão influenciar as práticas normativas e decisões dos tribunais no cenário nacional. Além dessa previsão, também existe a possibilidade de que determinada norma nacional venha a ser adotada pela rede e aplicada aos países membros, havendo uma influência em toda a comunidade.

Como referencial teórico do Direito praticado por essas redes, utilizou-se a doutrina de Herbert Hart, citando como fontes as práticas sociais e as regras de reconhecimento e a possibilidade de inserção de esferas democráticas dialógicas, tendo como referência Jürgen Habermas.

Uma vez estabelecidos os conceitos e referenciais teóricos inerentes a esse ramo do Direito, demonstrou-se a aplicação para a proteção dos Direitos Humanos, fazendo uma correlação com a trajetória internacional que influenciou a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)

Restou esclarecido que a pressão internacional promovida pelas organizações internacionais de proteção aos Direitos Humanos foi essencial para a promoção de diálogo (utilizando-se de instrumentos como as recomendações) e não sendo satisfatórios, partiu-se para uma exposição do Brasil perante os outros países, o que não seria viável para as suas relações políticas e econômicas. A pressão realizada foi essencial para a edição da norma interna.

A relação entre os membros da rede costuma ser motivada por interesses comuns e que promoverão o bem-estar geral (VERDIER, 2009, p. 170) trata do assunto se utilizando da teoria dos jogos, que seriam as formas de interação. Em uma extremidade do espectro estariam os chamados “jogos de pura coordenação”, em que os Estados compartilham um interesse comum em coordenar suas ações (exemplo da condução de regras). O Estado precisaria ter interesse na regra para poder respeitá-la. Verdier entende que uma característica importante dos jogos de coordenação pura é que o resultado ideal é autossustentável, ou seja, uma vez que a coordenação é alcançada, os estados não têm incentivos para se desviarem da norma. Como resultado, a coordenação geralmente não requer extensos mecanismos de controle e aplicação, mas pode ser alcançada por meio de um simples acordo. Esse tipo de acordo não precisaria ser vinculativo em direito internacional, desde que ele fornecesse um “ponto focal” para os estados anteciparem as ações de cada um dos outros. E caso surgissem alguns problemas de coordenação, eles poderiam ser resolvidos por mecanismos informais, não obrigatórios, como as redes de regulação.

Os interesses comuns tornam-se importantes nas relações entre os membros. Outro aspecto importante tratado pelo autor é a questão escolha pública que pode ser utilizada como um veículo para que os reguladores nacionais avancem nas iniciativas que não seriam politicamente viáveis sem apoio externo. Enquanto isso pode ser benéfico em certos casos,



pode também permitir que os reguladores para criar uma frente comum para expandir os instrumentos burocráticos.

Assim, pode-se entender que a forma como se tem organizado o Direito Administrativo Global é uma tendência contemporânea e que promove a proteção dos direitos humanos e incentiva a democracia por meio do diálogo promovido entre as nações, seguindo a perspectiva de uma poliorquia deliberativa.

REFERÊNCIAS

CASSESE, Sabino. *El espacio jurídico global*. Madrid: RAP, 2002. n. 157.

COHEN, Joshua; SABEL, Charles F. Global Democracy?. *International Law and Politics*, p. 12-36, 16 nov. 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. In: *A Inclusão do Outro: estudos da teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

HARLOW, Carol. Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values. *The European Journal of International Law*, v. 17 n. 1, EJIL 2006.

HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. *Globalização e o novo direito administrativo*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

HOOD, Christopher. A Public Management For All Seasons?. *Public Administration*, v. 69, n. 1, p. 3–19, March, Spring, 1991.

KINGSBURY, B. The Concept of ‘Law’ in Global Administrative Law. *IILJ*, 2009/1.



RAMOS, André de Carvalho. Direitos dos Estrangeiros no Brasil: a Imigração, direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em situação irregular. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Igualdade, Diferenças e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013.

VERDIER, P. Transnational regulatory networks and their limits. *The Yale Journal of International Law*, v. 34, p. 113-172, 2009.

VICENTIM, Aline. A trajetória jurídica internacional até formação da lei brasileira no caso Maria da Penha. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8267>. Acesso em: dez. 2014.

ZOLO, Danilo. Una Crítica Realista del Globalismo Jurídico desde Kant a Kelsen y Habermas. Universidad de Florencia. *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, 36. 2002.

204

Submissão: 17/09/2015

Aceito para Publicação: 09/12/2015



A INTEGRAÇÃO ECONÔMICA E O REGIME JURÍDICO DO EURO

ECONOMIC INTEGRATION AND THE LEGAL REGIME OF THE EURO

Fabrício José Rodrigues de Lemos*

RESUMO: Em um mundo de relações econômicas cada vez mais complexas, as nações se veem compelidas a formalizar uniões em torno de objetivos comuns, de maneira a fazer frente à acirrada concorrência internacional. Nesse sentido, buscam a formação dos chamados espaços econômicos integrados. Para isso, são necessários diversos requisitos, tais como a livre circulação de mercadorias, a liberdade de estabelecimento, a livre circulação de trabalhadores e de capitais. Entretanto, para que seja atingido o estágio mais aprofundado da integração econômica, além das exigências já exemplificadas, se constata imprescindível a instituição de moeda única. Nesse sentido, o artigo pretende, a partir de reflexões históricas e filosóficas acerca da implantação da zona do Euro, fazer apontamentos sobre a integração econômica existente na União Europeia, detalhando o regime jurídico da moeda única europeia, para, ao final, tecer considerações sobre o futuro do mercado comum europeu.

PALAVRAS-CHAVE: Integração econômica. Zona do Euro. Regime jurídico. União Europeia.

ABSTRACT: In a world of increasingly complex economic relations, nations find themselves compelled to formalize unions around common goals, in order to cope with the fierce international competition. In this sense, they seek the formation of the so-called integrated economic spaces. Thereunto, several requirements must be met, such as the free movement of goods, freedom of establishment, free movement of workers and capital. However, in order to achieve the furthest stage of economic integration, in addition to the requirements already explained, the institution of a single currency is imperative. In this sense, the article intends to give pointers, from historical and philosophical reflections about the implementation of the Euro zone, on the existing economic integration in the European Union, detailing the legal regime of the single European currency, to, at the end, weave considerations about the future of the common European market.

KEYWORDS: Economic integration. Eurozone. Legal regime. European Union.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Reflexões Históricas e Filosóficas acerca da Implantação da Zona do Euro. 1.1 Implantação da Zona Monetária Comum e o Critério de Convergência. 1.2 Conceito de eficiência em Richard Posner e a maximização da riqueza e do bem-estar social. 2 Regime Jurídico na Zona do Euro. 2.1 Integração regional e o Mercado Comum Europeu. 2.2 Considerações sobre o futuro do Mercado Comum Europeu. Considerações Finais. Referências.

206

INTRODUÇÃO

Composta de uma união supranacional de vinte e oito países associados sob as mesmas motivações integracionistas e regime político próprio, com economias nacionais que, somadas, agregam meio bilhão de habitantes e formam o maior bloco econômico do mundo, a União Europeia exerce enorme influência no cenário mundial. Deliberando sobre esse panorama, o presente artigo pretende, sob o ponto de vista do conceito de eficiência e da maximização da riqueza e bem-estar no Direito Econômico, além de fornecer subsídios à reflexão a respeito do regime jurídico lá implantado, delinear as motivações que incitaram o bloco europeu ao estabelecimento de uma zona monetária comum, cujo inédito sucesso, fundamentação e formação servem de parâmetro para as demais comunidades internacionais.

* Mestrando em Direito Público, na Linha de Pesquisa Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização, pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Integrante do Núcleo de Direitos Humanos da Unisinos (NDH). Advogado.

O artigo inicia com breve reflexão histórica, avançando ao estudo acerca dos chamados critérios de convergência, cujos requisitos qualificam a zona do Euro como um espaço de responsabilidade fiscal e de política monetária homogênea. Aliada ao delineamento mais aprofundado do parâmetro filosófico exigido para a concepção da ideia de um sistema monetário europeu unificado, baseando-se principalmente em leituras do doutrinador americano Richard Posner, expoente da teoria econômica do Direito, o tema delimita-se, de início, como uma reflexão a respeito do conceito de eficiência na visão de Posner e da fundamentação ética e política para a implantação de um plano de maximização da riqueza descrito pela introdução de uma moeda comum a países com culturas e tradições tão díspares quanto os países integrantes da União Europeia.

Nesse passo, postas as considerações delineadas acima, o presente artigo projeta lançar fundamento à apreciação, por meio de análise mais detalhada do regime jurídico do Euro, sobre o que pode ser esperado do mercado comum europeu e quanto às expectativas para o futuro da própria União Europeia. Tal exame será feito, para que, ao final, instigue reflexões sobre os mecanismos de defesa jurídico-econômicos implantados na zona monetária comum europeia, de maneira a contribuir ao debate sobre como melhorá-los e expandi-los a outros mercados comuns, como o Mercosul.

207

1 REFLEXÕES HISTÓRICAS E FILOSÓFICAS ACERCA DA IMPLANTAÇÃO DA ZONA DO EURO

De início, o artigo irá tratar sobre a implantação da zona do Euro e acerca das condições que levaram as economias dos Estados-Membros da União Europeia a pensar e instituir os critérios de convergência. Após, no segundo momento, tratará, com foco na moeda única europeia, a respeito do conceito de eficiência em Richard Posner e acerca da maximização da riqueza e do bem-estar social.

1.1 Implantação da Zona Monetária Comum e o Critério de Convergência

A ideia de integração econômica com vistas à criação e implantação de uma moeda única em dois ou mais Estados independentes europeus não pode ser considerada uma ambição recente: como exemplos, podemos citar que, entre 1865 e 1927, França, Bélgica,



Suíça e Itália formavam a chamada União Monetária Latina e que, entre 1873 e 1924, Suécia, Dinamarca e Noruega constituíam a União Monetária Escandinava. Entretanto, à exceção da zona monetária do Euro, a *Deutscher Zollverein* pode ser considerada o exemplo mais bem-sucedido: firmada entre os diversos estados germânicos em 1834, para que fosse, de início, uma união aduaneira, culminou na criação de um banco central, o *Reichsbank*, o que viabilizou a rápida implantação de uma moeda única no ano de 1873, dois anos após a criação do Estado alemão. (COMISSÃO EUROPEIA, 2002b, p. 01).

Contudo, foi somente a partir do final da década de 1950 que os países europeus começaram a traçar os parâmetros para a criação da União Econômica e Monetária. Àquele tempo, tornou-se clara a necessidade de uma maior cooperação econômica e monetária entre os Estados-Membros: com esse escopo, portanto, o Tratado de Roma (UNIÃO EUROPEIA, 2014), assinado em 1957, instituiu a Comunidade Econômica Europeia e, após uma série de esforços, estabeleceu as diretrizes para a criação de um espaço econômico integrado em que fosse permitida a livre circulação de mercadorias, serviços, pessoas e capitais, com vistas ao desenvolvimento pleno do mercado comum.

Ante o colapso do sistema *Bretton Woods* (COMISSÃO EUROPEIA, 2002b, p. 04), formato de gestão monetária internacional firmado em 1944, que indexava as moedas das principais potências industriais mundiais ao preço do ouro, houve a revalorização do marco alemão e a desvalorização do franco francês, o que colocou em perigo o sistema normal de preços da política agrícola comum, principal conquista da Comunidade Europeia à época.

Então, face o cenário de perturbação criada pelo colapso do sistema citado aliado ao experimento aduaneiro bem-sucedido trazido pela política agrícola una, tornou-se prioridade a construção da União Econômica e Monetária: para tanto, os líderes europeus instituíram um seleto grupo de pensadores de alto nível liderado pelo primeiro-ministro de Luxemburgo Pierre Werner (COMISSÃO EUROPEIA, 2002b, p. 05). O relatório Werner previu, em três fases, a criação e o estabelecimento completo da União Econômica e Monetária no prazo de dez anos, i.e., até 1980 (COMISSÃO EUROPEIA, 2002b, p. 05). Em 1971, contudo, considerando que o estudo havia fundamentado todo o sistema de fixação das taxas de câmbio com base no dólar americano, houve forte instabilidade nos mercados cambiais europeus quando a política monetária norte-americana optou por permitir a flutuação de sua moeda.

No ano de 1979, sob a denominação de Sistema Monetário Europeu, foi criado um mecanismo para gerir as flutuações de moeda, com objetivo de reduzir a instabilidade das



taxas de câmbio, visando o investimento e o crescimento econômico, cujo maior trunfo, entretanto, foi o estabelecimento do consenso entre os Estados-Membros quanto ao controle e redução da inflação como prioridade econômica (COMISSÃO EUROPEIA, 2002b, p. 04).

O sucesso do Sistema Monetário Europeu foi crucial para que, quando das negociações concernentes ao Tratado de Maastricht (UNIÃO EUROPEIA, 2014), entre 1990 e 1991, fosse possível a instituição de ambiente favorável para sua discussão, mormente no relativo à redução da volatilidade a curto prazo das taxas de câmbio das moedas europeias, “graças a uma associação entre a convergência das taxas de inflação, a gestão das taxas de juro orientada para as taxas de câmbio, a intervenção conjunta nos mercados cambiais externos e os controlos de capitais” (COMISSÃO EUROPEIA, 2002b, p. 04).

Portanto, como já visto, o embrião da implantação da zona monetária comum teve seu alvorecer no início da década de 1960, contudo, a introdução da moeda ocorreu efetivamente apenas no final da década de 1990 e no começo dos anos 2000, em operação que criou uma das maiores economias conjuntas do globo: perto de 330 milhões de pessoas e um Produto Interno Bruto combinado capaz de fazer frente à economia norte-americana (COMISSÃO EUROPEIA, 2002b, p. 10-11).

Nesse passo, o Tratado de Maastricht, instituidor da União Europeia e da União Monetária e Econômica, firmado pelos chefes de Estado e de Governo em fevereiro de 1992, ante o tamanho expressivo das economias envolvidas, fez sair do papel as fases dois e três do Relatório Delors (COMISSÃO EUROPEIA, 2002b, p. 07): o relatório havia estabelecido metas com vistas à implantação da moeda única europeia até o ano de 1999, como, por exemplo, a criação do Instituto Monetário, mais tarde substituído pelo Banco Central Europeu, além do reforço na convergência econômica dos países. Ademais, para que o objetivo comum pudesse ser alcançado efetivamente, criaram-se, no tratado, mecanismos de controle para evitar crises profundas e garantir a saúde financeira da união monetária: os chamados critérios de convergência, ou seja, os parâmetros para que um Estado-Membro pudesse se tornar e manter-se parte da zona do Euro, que possuem como objetivo “ensure that (1) any country joining monetary union is fiscally responsible, and (2) participating countries



are sufficiently similar economically to warrant a single monetary policy” (CHABOT, 1999, p. 27) (tradução livre)¹.

Os critérios de convergência estão descritos no artigo 140 da Consolidação do Tratado Instituidor da União Europeia, também chamado de Tratado de Maastricht:

(1) A realização de um elevado grau de estabilidade de preços, que será expresso por uma taxa de inflação que esteja próxima da taxa, no máximo, dos três Estados-Membros com melhores resultados em termos de estabilidade de preços; (2) A sustentabilidade das suas finanças públicas, que será traduzida pelo fato de ter alcançado uma situação orçamental sem déficit excessivo, determinado nos termos do n. 6 do artigo 126 do tratado; (3) A observância, durante pelo menos dois anos, das margens normais de flutuação previstas no mecanismo de taxas de câmbio do Sistema Monetário Europeu, sem ter procedido a uma desvalorização em relação ao Euro; (4) O caráter duradouro da convergência alcançada pelo Estado-Membro que beneficia de uma derrogação e da sua participação no mecanismo de taxas de câmbio deve igualmente refletir-se nos níveis das taxas de juros a longo prazo (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

Conforme se depreende da análise dos parâmetros indicados, estes servem, de forma clara, a apenas um objetivo: fortalecer o bloco econômico. Quanto maior o índice de convergência das economias envolvidas dentro dos critérios estabelecidos pelo Conselho Europeu e o Eurogrupo, reunião dos ministros das Finanças da Europa e dos países que aderiram ao Euro como moeda única (COMISSÃO EUROPEIA, 2013, p. 07), respectivamente, maior será a capacidade da zona do Euro de contornar crises e percalços e se estabelecer como potência econômica: características como a solidificação do mercado econômico europeu para bens e serviços, as mudanças profundas de estruturas fiscais em países notoriamente conhecidos por serem fiscalmente imprudentes e a reorganização da política monetária em algumas das nações mais avançadas e industrializadas do mundo invariavelmente convergem para o critério de eficiência.

210

1.2 Conceito de eficiência em Richard Posner e a maximização da riqueza e do bem-estar social

Conforme destacado pela Comissão Europeia (COMISSÃO EUROPEIA, 2010), em razão de que o mercado unitário e a instituição da moeda única trouxeram inúmeros benefícios à União Europeia, salienta-se que o critério de eficiência pode ser notado nas

¹ Assegurar que (1) qualquer país aderente à união monetária é fiscalmente responsável, e (2) países participantes são suficientemente similares economicamente para garantir uma política monetária única.

políticas econômicas europeias que visam fortalecer o bloco econômico, como uma forma de aumento da riqueza social. Nesse sentido, o princípio da eficiência pode ser vislumbrado, por exemplo, na maior diversidade de produtos e preços estáveis, na segurança e oportunidade para implantação de novas empresas e mercados, no crescimento econômico uniforme, nos mercados financeiros com maior integração e incentivos ao investimento, na maior demonstração do poderio econômico da União Europeia como *player* mundial, e na caracterização consolidada do símbolo concreto da identidade europeia.

Ademais, os critérios de convergência, que são os parâmetros utilizados pelos países da zona do Euro para classificar candidatos passíveis de entrar na União Monetária Europeia e para avaliar, periodicamente, os Estados-Membros já integrantes, são parte importante do sistema de controle econômico europeu, consolidando a visão totalmente voltada à eficiência e à continuidade do bloco. A Comissão Europeia, por isso, comparando o novo cenário europeu à situação pré-Euro, no relativo às melhorias implantadas pela instalação da área monetária unificada, ainda salienta que “muitas destas vantagens estão inter-relacionadas, [...] sendo que a moeda única proporciona novas oportunidades decorrentes da integração e da dimensão da economia da zona euro, o que aumenta a eficiência do mercado único” (COMISSÃO EUROPEIA, 2010).

Cumprе salientar, entretanto, que o conceito de eficiência consoante tradicionalmente delineado no Direito Administrativo – i.e., em termos simplificados, aquele que o administrador público deve perseguir ao tomar toda e qualquer decisão, sendo que o princípio veda “terminantemente, todo e qualquer desperdício de recursos públicos ou aquelas escolhas que não possam ser catalogadas como verdadeiramente comprometidas com a busca da otimização ou do melhor” (FREITAS, 2004, p. 75) -, difere daquele exposto neste artigo, ainda que se desenvolva “na tríplice linha administrativa, econômica e técnica” (MEIRELLES, 1993, p. 91). O conceito de eficiência no âmbito de Direito e Economia é mais bem refletido pela seguinte citação:

Numa perspectiva de Direito e Economia, os recursos orçamentários obtidos por meio da tributação são escassos e as necessidades humanas a satisfazer, ilimitadas. Por essa razão, o emprego daqueles recursos deve ser feito de modo eficiente a fim de que possa atingir o maior número de necessidades pessoais com o mesmo recurso (SARLET; TIMM, 2008, p. 56-57).

Nesse mesmo sentido, Richard Posner, doutrinador americano expoente da Análise Econômica do Direito, aduz que a teoria “ocupa-se da maximização do bem-estar na sociedade por meio da alocação racional de recursos conforme as preferências individuais” (DAVID, 2010, p. 94) e indica, como conceito de sociedade justa, aquela em que haverá maximização da riqueza baseada em um sistema no qual há o aumento do progresso social por meio da eficiência, técnica em que, na visão do doutrinador americano, se torna possível conciliar alguns importantes princípios éticos concorrentes: a utilidade, a liberdade e a igualdade.

O pensamento de Posner acerca da eficiência como maximização da riqueza surgiu como forma de abordagem jurídica do princípio econômico da superioridade de Vilfredo Pareto, economista italiano que cunhou o conceito em que “uma forma de alocação de recursos é superior à outra se puder melhorar a situação de pelo menos uma pessoa sem piorar a de ninguém” (POSNER, 2010, p. 105).

A superioridade de Pareto é bastante criticada, eis que, segundo seus antagonistas, tal princípio somente poderia existir em um mundo ideal, em que houvesse a possibilidade de estabelecimento do valor de cada negócio, seja material ou imaterial (PIKETTY, 2014, p. 358-359). Por essa razão, os economistas utilizam uma evolução desse conceito, que é aquele cunhado por Nicholas Kaldor e John Hicks, em que, ao invés de “exigir que ninguém saia prejudicado por uma alteração na alocação de recursos, estabelece apenas que o aumento no valor seja suficiente para compensar plenamente os prejudicados” (POSNER, 2010, p. 108). Importante frisar que essa última concepção é também criticada pela teoria econômica, eis que não importa na efetiva compensação das perdas, isto é, não garante que seja feita a alocação de recursos para aqueles que sofreram com a maximização de riquezas de outrem (POSNER, 2010, p. 109).

Dada a breve explanação feita acima, se pode depreender, portanto, da análise dos rigorosos parâmetros que regem a zona do Euro, cujos critérios voltam-se à eficiência, que a moeda única europeia continua a garantir um espaço cada vez maior na economia mundial. Nesse passo, levando em consideração a política de maximização de riqueza cujo fortalecimento é fomentado pelo regime de austeridade fiscal e de geração de emprego implantado na União Europeia, em aliança com uma crescente capacidade de minimizar riscos advindos das crises econômicas externas (COMISSÃO EUROPEIA, 2014a), o Euro possui

potencial para se tornar moeda de reserva de países terceiros – e, assim, aumentar ainda mais seu peso no cenário global.

2 REGIME JURÍDICO NA ZONA DO EURO

Ao dissertar acerca do regime jurídico na zona do Euro, cabe, primeiramente, distinguir os diferentes órgãos supranacionais existentes e suas respectivas atribuições, para que se especifique, com maior clareza, essa bem-sucedida experiência de integração europeia. Após, o artigo passará às ponderações acerca do futuro do mercado único europeu.

2.1 Integração regional e o Mercado Comum Europeu

A União Europeia pode ser considerada o melhor exemplo de integração regional existente no âmbito mundial atualmente. Por isso, claro está que o mercado comum europeu é muito mais do que somente uma união aduaneira, em que há o princípio da livre concorrência e da igualdade de tratamento, pois abarca também as características de um espaço econômico integrado, i.e., congrega um âmbito em que há livre circulação de mercadorias, liberdade de estabelecimento, livre circulação de trabalhadores, livre circulação de capitais, além de mesmas regras de concorrência e mesma legislação, ou seja, disciplina jurídica unitária (COMISSÃO EUROPEIA, 2007).

Apesar da importância dos conceitos acima indicados, o doutrinador português João Mota de Campos, aduz, com propriedade, que a integração econômica não se restringe às liberdades aduzidas:

Seria, no entanto, um erro grave tentar reduzir a empresa de integração econômica às cinco liberdades referidas. Com efeito, para conseguir a realização de um verdadeiro mercado comum, torna-se necessário acrescentar às medidas indicadas todas as demais necessárias para coordenar, harmonizar ou mesmo unificar as regras e as políticas nacionais – por vezes divergentes ou mesmo contraditórias – de modo que, em todo o espaço econômico que se pretende integrar, a produção e as trocas possam desenvolver-se num quadro de regras e políticas comuns a todos os Estados-Membros (CAMPOS, 1997, p. 484).

Após a criação da União Econômica e Monetária, considerando-se justamente essa posição de introdução de medidas de coordenação, harmonização e unificação das regras e políticas nacionais, viu-se a necessidade da formação de diversos órgãos supranacionais,

todos com finalidades específicas, alguns dos quais exclusivamente voltados à governança econômica. Por óbvio, não se espera no presente artigo exaurir as explanações acerca dos diferentes órgãos indicados, mas somente lançar uma breve conceituação acerca do Parlamento Europeu, do Conselho Europeu, do Conselho, do Eurogrupo, da Comissão Europeia e do Banco Central Europeu, para que se possa ter uma visão organizacional do que é a experiência monetária única europeia. Nesse espírito, portanto, passa-se à conceituação aludida, por ordem de especificidade em relação ao Euro:

O Parlamento Europeu partilha com o Conselho o poder legislativo e exerce uma importante competência consultiva, além de intervir, de forma limitada, porém determinante, no estabelecimento do orçamento comunitário (COMISSÃO EUROPEIA, 2013, p. 06).

O Conselho Europeu, composto pelos chefes de Estado e de Governo de todos os países da União Europeia, define as principais orientações políticas, eis que os Estados decidiram, em cooperação conjunta, “assegurar a eficácia crescente e a coerência das políticas praticadas no âmbito da Comunidade com as seguidas por cada um deles no quadro interno e no plano internacional” (CAMPOS, 1997, p. 219).

O Conselho, composto pelos ministros da Economia e das Finanças de todos os países da União Europeia, “assegura a coordenação das políticas econômicas gerais dos Estados-Membros” (CAMPOS, 1997, p. 209), e, ao debater as propostas da Comissão, vincula suas decisões a cada país da União Europeia.

Tratando de matéria especificamente ligada à moeda única, o Eurogrupo, em atividade similar à do Conselho, porém sendo somente composto pelos ministros das Finanças dos países da zona euro e pelo presidente do Banco Central Europeu, decide, no âmbito estratégico econômico e político, sobre matérias relacionadas com o euro, com poder para executar suas resoluções (COMISSÃO EUROPEIA, 2013, p. 07).

De enorme importância para o critério de eficiência debatido neste artigo, a Comissão Europeia, ao verificar o cumprimento das regras do Pacto de Estabilidade e Crescimento, analisando uma série de indicadores referentes à situação econômica de cada país-membro da União Europeia, propõe ao Conselho, após a elaboração de relatórios, orientações de política econômica e orçamentária, além de supervisionar o desempenho dos países da União Europeia, assegurando que estes cumpram as decisões e as recomendações do Conselho (COMISSÃO EUROPEIA, 2013, p. 07).

Em caráter estritamente econômico, o Banco Central Europeu aplica, com total independência, a política monetária para a zona do Euro, tendo como principal objetivo o controle da inflação com vistas à estabilidade de preços, conforme se depreende da passagem transcrita abaixo:

Na zona euro, a política monetária, que determina as taxas de juro e a estabilidade dos preços, é da competência do Banco Central Europeu (BCE), que a exerce com total independência. O seu objetivo é assegurar uma taxa de inflação estável e baixa através da fixação das taxas de juro aplicáveis ao crédito concedido pelo Banco. O principal objetivo da política monetária do BCE é a estabilidade dos preços e a salvaguarda do valor do euro. Para o efeito, o BCE visa manter a taxa de inflação a médio prazo ligeiramente abaixo de 2%, ou seja, uma taxa de inflação suficientemente baixa para a economia poder colher todos os benefícios da estabilidade de preços, assegurando simultaneamente uma margem de manobra adequada para evitar o risco de deflação, de acordo com o compromisso assumido pelo BCE (COMISSÃO EUROPEIA, 2013, p. 05).

Ainda em consideração à eficiência buscada incansavelmente pela União Europeia no relativo à governança econômica, em 2010, em resposta à crise mundial que assolou diversos países da zona do Euro, criou-se o chamado Fundo Europeu de Estabilidade Financeira. Esse fundo foi concebido sob a ideia de ser um mecanismo de resgate momentâneo às economias mais atingidas pela crise, consolidando a ideia unitária da comunidade, com um objetivo principal: “to safeguard financial stability in Europe by providing financial assistance to euro area Member States within the framework of a macro-economic adjustment programme” (EUROPEAN FINANCIAL STABILITY FACILITY, 2014) (tradução livre)².

A assistência fornecida aos países em crise está sujeita a condições rigorosas, baseadas em um programa de ajuste concebido especialmente para o país em crise. Em dois casos bastante distintos atualmente, tanto Grécia como Portugal receberam significativas ajudas monetárias da União Europeia a partir de 2010 e, em troca, prometeram a assunção de diversas medidas de austeridade. No período de 2006 a 2014, a dívida pública da Grécia, um Estado tradicionalmente irresponsável fiscalmente, praticamente dobrou – atingiu 177% do PIB. Por isso, em 2015, apesar do referendo negando a tomada de medidas que impactassem a sociedade grega, o Parlamento grego aprovou uma série de medidas de contenção de despesas e responsabilidade fiscal, de maneira a se qualificar a receber o terceiro aporte europeu desde 2010, cujos montantes agora representam cerca de dois terços da dívida total. Entretanto, já há

² Salvar a estabilidade financeira na Europa, fornecendo assistência financeira aos Estados- Membros da área do Euro, dentro dos parâmetros do programa de ajuste macroeconômico.

novos problemas: o país precisa fazer pagamentos ao fundo à monta de 24 bilhões de Euros em 2018, os quais dificilmente serão honrados. (ALDERMAN et al, 2015). Por outro lado, em um exemplo distinto, em maio de 2014, Portugal, um dos Estados socorridos pelo fundo em 2011, retirou-se, com sucesso, do plano de recuperação nacional apresentado como requisito para o recebimento da ajuda monetária. Os objetivos do plano português eram claros: “fiscal consolidation; structural reforms to boost potential growth, create jobs and improve competitiveness; and stabilisation of the financial sector through strengthening banks’ liquidity and capital” (EUROPEAN FINANCIAL STABILITY FACILITY, 2014) (tradução livre)³. Indica-se que, sempre com vistas à manutenção da estabilidade econômica, compreendendo a necessidade de fortalecimento da comunidade, os países cujas economias continuavam sólidas fizeram enormes aportes ao fundo. Os países em crise aderiram aos planos de recuperação, sendo que “the reforms implemented in Portugal have laid the foundation for an economic recovery, which in turn have enabled Portugal to end reliance on external financial assistance and resume long-term funding in financial markets.” (EUROPEAN FINANCIAL STABILITY FACILITY, 2014) (tradução livre)⁴.

216

Nesse passo, portanto, tendo sido consideradas algumas das diversas instituições supranacionais europeias, cada uma com um papel distinto no âmbito econômico continental, destaca-se a importância que a União Europeia atribui à questão da governança financeira: interligados e em conjunto, os órgãos citados objetivam, por meio de enorme concentração de esforços, sob uma hierarquia definida, com um relativamente alta taxa de sucesso, a aplicação permanente e constante manutenção dos critérios de convergência, com vistas à maior eficiência supranacional possível, ao nível mais elevado de integração regional e à melhor forma de estruturação do mercado comum.

Resta, portanto, exprimir algumas considerações sobre o futuro do mercado comum europeu.

³ Consolidação fiscal; reformas estruturais para catalisar o crescimento potencial, criar empregos e melhorar a competitividade; e a estabilização do setor financeiro por meio do fortalecimento da liquidez dos bancos e de seu capital.

⁴ As reformas implementadas em Portugal lançaram as bases para uma recuperação econômica, o que, por sua vez, permitiu que Portugal acabasse com a dependência da assistência financeira externa e retomasse o financiamento de longo prazo nos mercados financeiros.

2.2 Considerações sobre o futuro do Mercado Comum Europeu

Cumprе frisar, entretanto, antes de adentrar no mérito deste item, que, anteriormente à sua implantação, a experiência do Euro foi duramente criticada por juristas como Carlo Almirante, doutrinador italiano, que dedicou seção em uma de suas obras à crítica à forma como a moeda fora pensada, na qual, inclusive, pondera acerca da visão de Amartya Sen, agraciado com o Prêmio Nobel de Economia em 1998, quanto ao Euro, à qual se alia: o economista indiano critica os parâmetros utilizados para a implantação da moeda, principalmente, frise-se, na questão dos critérios de convergência, que, segundo a perspectiva de desaprovação do laureado, não levaram em consideração a ideia de *welfare state*, o que o influencia a propor “um redimensionamento da importância do crescimento econômico em termos de renda *per capita*, substituindo o PIB por um índice do desenvolvimento humano (IDH)” (ALMIRANTE, 2003, p. 19). Considerando o estudo proposto por Thomas Piketty, o autor poderia concordar com uma regulação maior do mercado, visando a diminuição da desigualdade na União Europeia (PIKETTY, 2014, p. 541 e ss).

217

Entretanto, resta indubitável que o Euro, podendo ser inclusive considerado parte indissociável da União Europeia, dada sua relação simbiótica com o bloco, se beneficia das estratégias criadas visando o desenvolvimento integrado da Europa, e, apesar de que a sugestão de Sen deva ser considerada louvável, ao analisar os índices apresentados pela União Europeia nos últimos anos (MENDONÇA; ROCHA, 2011), pode-se notar que as preocupações acerca do bem-estar social na zona do Euro e no continente europeu são, em sua maioria, infundadas.

Ademais, nesse espírito de constantes melhorias, em substituição à Estratégia de Lisboa, que vigorou de 2000 a 2010, a Comissão Europeia organizou o plano Europa 2020, com a previsão de estratégias visando o crescimento inteligente, sustentável e inclusivo da União Europeia, em que foram “definidos cinco grandes objetivos interligados, a atingir pela UE até 2020 nos domínios do emprego, investigação e desenvolvimento (I&D)⁵, alterações climáticas e energia, educação e luta contra a pobreza e exclusão social” (COMISSÃO EUROPEIA, 2014b, p. 03).

⁵ Cumprе destacar: investigação e desenvolvimento (I&D), em geral, são aquelas atividades desenvolvidas por unidades especializadas ou centros de pesquisa de empresas, laboratórios de universidades e agências estatais. Pesquisa e desenvolvimento (P&D), por outro lado, são as atividades perpetradas por empresas particulares, geralmente visando o benefício comercial dos produtos desenvolvidos.

No balanço de 2014 do plano indicado, a palavra “eficiência” foi citada em cinco ocasiões, em diferentes aspectos: na utilização de recursos, como forma de desenvolvimento sustentável, especialmente no caráter energético, de maneira a aumentar a competitividade e auxiliar na diminuição da emissão de gases causadores do efeito-estufa; na economia, com vista a ampliar a importância do bloco no âmbito mundial e, em decorrência do baque atribuído à passagem da crise de 2008, buscando aprimorar qualitativamente os gastos públicos, melhorando a administração pública e os sistemas fiscais, “nomeadamente transferindo ainda mais a carga fiscal do trabalho para o consumo, bens e poluição, terá um papel cada vez mais importante na salvaguarda e definição do futuro do crescimento da Europa e dos modelos sociais europeus” (COMISSÃO EUROPEIA, 2014b, p. 03). Cumpre frisar, entretanto, que os objetivos não são taxativos, sendo considerados exemplificativos da mudança dinâmica pretendida pelo plano Europa 2020.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

218

Após ter sido apresentada a evolução histórica da ideia de moeda única no âmbito europeu, em que foram descritos algumas das tentativas de implantação de zona monetárias comuns no continente europeu, o artigo discorreu sobre os critérios de convergência, que são os parâmetros para que os países-membros da União Europeia possam adentrar e se manter na zona do Euro.

Em um segundo momento, apresentou comentários ao regime jurídico do Euro, analisando brevemente os diversos órgãos supranacionais existentes para salvaguarda dos parâmetros econômicos impostos pela União Europeia e pela moeda comum. Ao arguir acerca do estado atual da união monetária, o artigo visou argumentar sobre o que se pode esperar do mercado comum europeu no futuro.

Em sede de conclusão, visa, entretanto, ainda apresentar possíveis melhorias à já bem-sucedida experiência europeia: para que o mercado comum se realize plenamente, autores como João de Campos Mota (CAMPOS, 1997, p. 501), indicam que há a necessidade de implantação, por exemplo, de políticas comuns de agricultura, do comércio externo e dos transportes, além de um aprofundamento generalizado das políticas regionais, sociais, industriais, energéticas, do meio ambiente, de proteção aos consumidores, de investigação e desenvolvimento tecnológico, aliado à formação cultural, profissional e de educação da



juventude, visando, nesse último sentido, dar continuidade ao plano europeu nas próximas gerações.

Apesar de a sugestão do doutrinador português parecer bastante extensa, para um melhor nível de integração regional, ainda que haja muito a ser feito, é imperativo que a União Europeia continue no mesmo caminho trilhado atualmente, visando sempre incentivar as boas formas de governança, com foco voltado à eficiência e ao preparo das novas gerações. Nesse mesmo diapasão, então, cumpre aparelhar o Mercado Comum do Sul (Mercosul), criado em 1991 pelo Tratado de Assunção, que conta com o fato positivo de não possuir a barreira da linguagem como empecilho à maior integração regional, com critérios de convergência semelhantes e formas de administração similares, para que tire pleno partido das vantagens apresentadas na experiência bem-sucedida da União Europeia e da zona do Euro. Não basta, contudo, apenas copiar a experiência europeia; cumpre, primeiramente, analisar quais técnicas de gestão seriam mais eficazes na América Latina, quais critérios poderiam ser aplicados aqui e, principalmente, quais as formas de controle desses critérios. Ademais, importante analisar quais as vantagens que poderiam se sobressair de uma moeda única latina, à parte daquelas óbvias existentes na União Europeia, com o escopo de fomentar o progresso regional e se preparar para um futuro cada vez mais competitivo no cenário mundial.

219

A preparação indicada torna-se cada vez mais imperativa, na medida em que a implantação da moeda única, por si só, não cria estabilidade tampouco crescimento econômico; a moeda única proporciona, apenas, a diminuição de alguns empecilhos técnicos, jurídicos e políticos para que os países integrantes busquem, em conjunto, uma maior eficiência econômica e de bem-estar social para o bloco por meio da criação de mecanismos de autorregulamentação e ajuda mútua, com vistas ao crescimento econômico e manutenção da estabilidade no bloco.

Isso consegue-se, em primeiro lugar, graças a uma gestão adequada da economia da zona euro, de acordo com as normas do Tratado e do Pacto de Estabilidade e Crescimento, elemento essencial da união econômica e monetária. Em segundo lugar, como mecanismo fundamental para fomentar as vantagens do mercado único, da política comercial e da cooperação política, o euro faz parte integrante das estruturas econômicas, sociais e políticas da União Europeia actual (COMISSÃO EUROPEIA, 2010).

Nesse passo, pode-se inferir que o Mercosul, apesar de possuir potencial de ser considerado um importante *player* mundial, tem muito a se espelhar na União Europeia,



momento no sentido de que a integração regional deve ser vista como fruto de um esforço conjunto incansável para a melhoria das relações internacionais, além da criação de planejamento estratégico de médio e longo prazo, com objetivos pré-definidos e cumpridos dentro do prazo.

Conclui-se, portanto, das colocações inseridas no presente artigo, que a Europa, em aliança com o Euro, está caminhando a passos largos em direção à maior eficiência descrita por Richard Posner, voltada à maximização da riqueza de forma integrada nos países membros, com desenvolvimento econômico sustentável aliado à política do bem-estar social, eis que, em conjunto com o peso histórico dos pensadores comunitários e os ideais integracionistas, sistematicamente, continua a prever estratégias para o fortalecimento do bloco no médio e longo prazo.

REFERÊNCIAS

ALDERMAN, Liz; KANTER, James; YARDLEY, Jim et al. *Greece's Debt Crisis Explained*. New York Times, 2015. Disponível em: < <http://tinyurl.com/ooemygs>>. Acesso em: 07 set. 2015.

ALMIRANTE, Carlo. *Unões supranacionais e reorganização constitucional do Estado*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

AMORIM, Celso. A integração sul-americana. *Revista Diplomacia, Estratégia e Política*, Brasília, n. 10, p. 5-26, out.-dez. 2009.

CAMPOS, João Mota de. *Direito comunitário*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. v. 1.

CHABOT, Christian. *Understanding the Euro: the clear and concise guide to the new trans-European economy*. New York: McGraw-Hill, 1999.

COMISSÃO EUROPEIA. *A união econômica e monetária e o Euro*. Bruxelas, 2013.



_____. *Emerging stronger from the crisis: the European vision*. 2014. 1 post (6 min 14 s)
Postado em: 2014a. Disponível em: <http://europa.eu/pol/emu/index_en.htm>. Acesso em: 05 ago. 2014.

_____. *Estado atual da estratégia Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*. Bruxelas, 2014b.

_____. *Porquê o Euro?* Bruxelas, 2010.

_____. *Steps toward a deeper economic integration: the internal market in the 21st century – a contribution to the Single Market Review*. Bruxelas, 2007.

_____. *Study on regional economic integration in Asia and Europe*. Bruxelas, 2002a.

_____. *Uma moeda para a Europa: o caminho para o Euro*. Bruxelas, 2002b.

221

DAVID, Tiago Bitencourt de. Eficiência, economicidade e direitos fundamentais: um diálogo necessário e possível. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 67, p. 87-115, set.-dez. 2010.

ENCYCLOPEDIA Britannica Online Academic Edition. Monday-Friday, July 21 2014. Disponível em: <<http://tinyurl.com/oavrc2x>>. Acesso em: 21 jul. 2014.

EUROPEAN Financial Stability Facility (EFSF). Disponível em: <<http://tinyurl.com/otkjzp3>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 75.

HAY, Colin; ROSAMOND, Ben. *Globalisation, european integration and the discursive construction of economic imperatives*. Disponível em: <<http://tinyurl.com/kct6dd5>>. Acesso em: 16 abr. 2014.

LINDBERG, Leon. *The political dynamics of european economic integration*. Stanford: Stanford University Press, 1963.



MENDONÇA, Cátia; ROCHA, João Manuel. *Índice de desenvolvimento humano na zona Euro*. Público, Lisboa, 2011. Disponível em: <<http://static.publico.pt/homepage/infografia/mundo/IndiceDesenvolvimento/>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

MERCOSUL. *Tratado de Assunção*. Disponível em: <<http://tinyurl.com/9lj7by5>>. Acesso em: 24 mar. 2015.

PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

POSNER, Richard Allen. *A economia da justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. *Problemas de filosofia de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

222

REIS, Magnus dos. *Os efeitos do novo regionalismo sobre o comércio*. 2012. 106 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo, RS, 2012. Disponível em: <<http://tinyurl.com/kz676ub>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratados da União Europeia*. Disponível em: <<http://tinyurl.com/lpcuzf9>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

VIDIGAL, Erick. O regime jurídico das integrações político-econômicas regionais. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 95-110, jul.-dez. 2011.

Submissão: 24/03/2015
Aceito para Publicação: 08/09/2015



LIBERDADE DE CONCORRÊNCIA NA UNIÃO EUROPEIA: CONVERGÊNCIA DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA NO RECONHECIMENTO DA DISCIPLINA CONCORRENCIAL COMO BASE PARA O MERCADO INTERNO

FREEDOM OF COMPETITION IN THE EUROPEAN UNION: CONVERGENCE OF THE DOCTRINE AND THE CASE LAW IN THE RECOGNITION OF COMPETITION LAW AS A BASIS TO THE INTERNAL MARKET

Nicole Rinaldi de Barcellos*

RESUMO: O objetivo deste estudo é investigar o papel da liberdade de concorrência no mercado interno da União Europeia, mediante análise doutrinária e jurisprudencial. A disciplina concorrencial compõe os instrumentos fundacionais do referido bloco econômico desde as primeiras versões até o presente momento, mantendo uma considerável estabilidade ao longo do tempo. A aplicação do direito da concorrência, por sua vez, encontra-se em constante aprimoramento, sendo objeto de discussão constante no âmbito do Tribunal de Luxemburgo, conforme os objetivos integracionistas são alargados, estimulando o desenvolvimento econômico equilibrado dos atores no mercado interno. Para desenvolver os objetivos propostos, a pesquisa foi dividida em duas partes. Na primeira seção são abordados os principais fundamentos teóricos da liberdade de concorrência no âmbito da União Europeia. Na segunda parte são apresentados casos jurisprudenciais considerados relevantes na consolidação da liberdade de concorrência como base ao mercado interno. Por fim, é destacada a essencialidade da liberdade concorrencial no processo de integração da União Europeia ao garantir e amparar as demais liberdades econômicas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional da Concorrência. União Europeia. Liberdade de Concorrência. Mercado Interno. Tribunal de Justiça da União Europeia.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Fundamentos doutrinários da liberdade de concorrência no ordenamento jurídico da União Europeia. 1.1 Características estruturais da liberdade de concorrência na União Europeia. 1.2 Domínio de Aplicação da Liberdade Concorrencial na União Europeia. 2 Contribuição da jurisprudência do Tribunal de Luxemburgo para a consolidação da liberdade de concorrência. 2.1 Caso Dióxido de Titânio como marco jurisprudencial (C-300/89). 2.2 Casos TeliaSonera (C-52/09) e Comissão c. Itália (C-496/09). Considerações finais. Referências.

ABSTRACT: The purpose of this study is to investigate the role of freedom of competition in the European Union internal market based on doctrinal and case law analysis. Competition law composes the founding instruments of the European Union since its first versions to the present moment, maintaining a considerable stability over time. Application of competition law, however, is in constant improvement by the Luxembourg Court as integrationist goals are extended, in order to stimulate balanced economic development to the actors in the internal market. To develop the proposed objectives, the research is divided into two parts. The first section examines the main theoretical foundations of the freedom of competition within the European Union. In the second part it is presented a case law summary, considered relevant to the consolidation of the subject. Ultimately, it is highlighted that freedom of competition is substantial to the European Union process of integration by ensuring and supporting the other essential economic freedoms.

KEYWORDS: International Competition Law. European Union. Freedom of Competition. Internal Market. Court of Justice of the European Union.

224

INTRODUÇÃO

A União Europeia possui como finalidade a criação de um espaço interno economicamente ampliado, com especial empenho na realização de uma integração profunda

* Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), na linha de pesquisa Fundamentos da Integração Jurídica. Bolsista da CAPES/UFRGS. Especialista em Direito Internacional Público e Privado, e Direito da Integração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

mediante seus instrumentos fundacionais. Conforme dispõe Roberto Ruiz Díaz Labrano, a evolução desse processo de integração deve ocorrer por meio de ações acordadas livremente pelos Estados, afetando setores sociais, econômicos, políticos e jurídicos, mediante bases estabelecidas com grande responsabilidade¹.

As mencionadas bases são os Tratados de integração, que têm como ponto central a expansão dos intercâmbios comerciais e a circulação das pessoas entre os Estados-membros, respeitando-se as regras de liberdades econômicas expostas em seu bojo como pressupostos fundamentais do mercado interno². Nesse âmbito, são identificadas na União Europeia cinco liberdades econômicas fundamentais: as liberdades de circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços, de capitais e a liberdade de concorrência, conforme teoria adotada por este estudo³. No ponto é importante destacar que a doutrina clássica defende a existência de apenas quatro liberdades, entretanto, a liberdade de concorrência encontra-se elevada ao seletor rol quando consideradas as características da sua relação com o mercado interno no direito da União Europeia.

Cada uma das liberdades econômicas fundamentais somente poderá ser realizada se acompanhada das outras, por interferir não somente nos objetivos econômicos e sociais imediatos, mas, a longo prazo, por promover a unificação dos países nos processos de integração⁴. No que tange à liberdade concorrencial, o legislador europeu estabeleceu um quadro jurídico único que pode ser aplicado em toda a União Europeia, destinado à proteção do consumidor no tocante às vantagens com que se beneficia no mercado interno, ao impedir que tanto as empresas, como os governos, adotem comportamentos lesivos à concorrência⁵.

As regras da concorrência fazem parte dos tratados constitutivos da União Europeia desde a sua primeira versão até o Tratado de Lisboa, mantendo uma considerável estabilidade

¹ RUÍZ DÍAZ LABRANO, Ricardo. La integración y las constituciones nacionales de los Estados Parte del Mercosur. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*: Edición 1999. Buenos Aires: Ciedla, Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999, p. 65-78.

² BERTONI, Liliانا. La Libre Circulación y los Derechos Fundamentales en los Procesos de Integración Regional. In: MOLINA DEL POZO, Carlos (Coord.). *Evolución histórica y jurídica de los procesos de integración en la Unión Europea y en el Mercosur*. Buenos Aires: Eudeba, 2011, p. 99.

³ Sobre a liberdade de concorrência como quinta liberdade econômica fundamental na União Europeia destaca-se a obra do doutrinador Augusto Jaeger Junior. Salienta-se que a doutrina clássica entende por liberdades econômicas a livre circulação de bens, pessoas, serviços e capitais. Ver: JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul*. São Paulo: LTr, 2006, 807 p.; *Id. Mercados Comum e Interno e Liberdades Econômicas Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2010, 800 p.

⁴ ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Lições de Direito Comunitário*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 256.

⁵ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito Internacional da Concorrência: entre perspectivas unilaterais, bilaterais, multilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 296.

ao longo dos anos⁶. Por outro lado, a aplicação dessas regras encontra-se em evolução constante como objeto de discussão sobretudo no âmbito do Tribunal da Justiça da União Europeia, conforme os objetivos integracionistas são alargados, no intuito de estimular o desenvolvimento econômico equilibrado dos atores no mercado interno⁷.

O presente artigo concentra-se na busca por respostas à seguinte questão: segundo a doutrina brasileira e estrangeira sobre integração regional e direito da concorrência, e a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, qual a relação entre a liberdade de concorrência e o mercado interno na União Europeia? O estudo centra-se na delimitação do papel desta liberdade no mercado interno da União Europeia, tomando-se como marco teórico a doutrina que reconhece à liberdade de concorrência o caráter de liberdade econômica fundamental na União Europeia⁸. Aproveita-se para fazer um recorte negativo no tema abordado, porquanto não serão referidas com profundidade as regras de condutas destinadas à proteção da concorrência, mas será privilegiado o sistema concorrencial da União Europeia.

Para desenvolver os objetivos propostos, a pesquisa foi dividida em duas partes. Na primeira seção são abordados os principais fundamentos teóricos da liberdade de concorrência no âmbito da União Europeia, na delimitação dos conceitos básicos e das características estruturais, bem como, do domínio de aplicação do controle concorrencial no âmbito do bloco. Na segunda seção são apresentados casos jurisprudenciais considerados interessantes na definição do papel da liberdade de concorrência em relação ao mercado interno.

Por fim, salienta-se que há muito tempo a União Europeia transfere a outros continentes conhecimentos e experiências, no âmbito do direito ou em outras áreas, mediante um “processo de circulação de modelos”⁹. Extrai-se, então, a importância do estudo do tema, tendo em vista que o processo de integração europeu é exemplo para os demais blocos econômicos, pois consiste no modelo de maior profundidade visto até então, de modo que a observação da sua experiência integracionista (jamais a transposição do seu modelo), seja ela positiva ou negativa, pode conduzir a alternativas viáveis aos blocos que intencionem qualquer tipo de integração econômica.

⁶ COMISSÃO EUROPEIA. *Directorate General for Competition Management Plan 2012*. Bruxelas, 2011.

⁷ SCHULTES, Marcelo. O Controle Concorrencial: Regulador do Mercado Interno na União Europeia. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*. Porto Alegre, v. 9, n. 1, 2014, p. 3.

⁸ Sobre a liberdade de concorrência como quinta liberdade econômica fundamental na União Europeia, ver: JAEGER JUNIOR, *Liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul*, 800 p.

⁹ *Id.* Metodologia jurídica europeia e mercosulista: considerações fundamentais. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul*. Assunção, n. 3, mar. 2014, p. 119.

1 FUNDAMENTOS DOUTRINÁRIOS DA LIBERDADE DE CONCORRÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO DA UNIÃO EUROPEIA

1.1 Características estruturais da liberdade de concorrência na União Europeia

Caso seja tomado por consideração um ponto de vista puramente econômico, o objetivo da integração dos mercados de diversos países funda-se na possibilidade de conceder aos indivíduos dele integrantes maiores possibilidades de escolha, mediante a oferta de uma ampla gama de produtos a menores preços¹⁰. Entretanto, pode-se dizer que existe no processo de integração da União Europeia características específicas que a tornam um mecanismo *sui generis*, pois almeja a promoção de uma integração que ultrapassa os fins econômicos, com base em um processo dinâmico de harmonização das práticas nos sistemas nacionais para permitir a formação de um verdadeiro mercado único sem barreiras internas¹¹.

Todas as regras e políticas que possuem como finalidade auxiliar na realização do mercado interno na União Europeia são classificadas como regras a ele apoiadoras¹², como a promoção da livre concorrência, que deve permear as relações econômicas a serem concretizadas no processo de integração. Nesse aspecto, são destacados dois distintos objetivos perseguidos pelas legislações da concorrência de países ou regiões, que são denominados gerais ou integracionistas, conforme dispõe Ricardo Thomasinho da Cunha, de modo que “os primeiros estão presentes em qualquer lei de defesa da competição e os segundos somente existem em um processo de integração econômica, funcionando como instrumento auxiliar da união”¹³.

Isso significa dizer que em um processo de integração econômica, a legislação concorrencial possui a finalidade de instrumento formador do espaço único ou do mercado interno, como é o caso da União Europeia. Ocorre, entretanto, que esta é uma “via de mão

¹⁰ AYRAL, Michel. *Le marché intérieur de l'Union européenne: Les règles du jeu*. Paris: Le documentation française, 1998, p. 7.

¹¹ Segundo dispõe Michel Ayral: “(...) Il y a cependant, dans le mécanisme d'intégration de la communauté, des particularités qui en font un mécanisme *sui generis*”. *Ibid.*, p. 7.

¹² JAEGER JUNIOR, *Liberdade de concorrência na União Europeia e no Mercosul*, p. 238.

¹³ CUNHA, Ricardo Thomasinho da. *Direito e Defesa da Concorrência: Mercosul e União Europeia*. Barueri: Manole, 2003. p. 24.



dupla¹⁴, porquanto a instauração de um livre mercado entre os Estados-membros é pressuposto fundamental na obtenção de vantagens concorrenciais, porém, a concorrência apenas se instala onde existir o livre mercado¹⁵. Somente mediante a perda das proteções estatais é criada a concorrência entre as empresas, expondo os integrantes de um mercado a ela¹⁶, o que resulta na adoção de práticas pelas empresas que são próprias para a manutenção dos mercados, como cartéis, ou as práticas dos Estados para a proteção das empresas, como os auxílios públicos.

As normas destinadas à regulação destes fenômenos possuem como objeto a garantia da concorrência, no intuito de impedir que os agentes econômicos ajam em detrimento do mercado, e, principalmente, para permitir a formação de um mercado interno onde estes possam agir¹⁷. As consequências para esse fenômeno são o aumento nos ganhos de eficiência das empresas, o surgimento de novos padrões de concorrência, a inovação empresarial e a multiplicação de novos processos negociais¹⁸.

Diante disso, inicialmente, é importante analisar o conceito de direito da concorrência, de modo que o seu papel possa ser definido perante o ordenamento jurídico da União Europeia. A concorrência, como fundamento da economia de mercado, é a grande impulsionadora da competição existente entre os agentes atuantes em um mesmo mercado, fazendo com que coexistam de forma sadia, na busca pelo consumidor¹⁹. Nesse âmbito, o direito da concorrência fornece o “aparato necessário para manter esta disputa em níveis razoáveis, impedindo, assim, o desenvolvimento da denominada concorrência predatória”²⁰.

Segundo Gesner Oliveira e João Grandino Rodas, “o direito da concorrência é o conjunto de regras jurídicas destinadas a apurar, reprimir e prevenir as várias modalidades de abuso do poder econômico”²¹, favorecendo-se a livre iniciativa, em favor da coletividade. A regulação da concorrência, então, possui inspiração liberal, ao ser baseada no dinamismo da

¹⁴ JAEGER JUNIOR, *Direito Internacional da Concorrência*, p. 285.

¹⁵ HOEKMAN, Bernard; MAVROIDIS, Petors C. *Economic development, competition policy and WTO*. Washington DC: Banco Mundial, 2002, p. 4.

¹⁶ GOODE, W. *Dictionary of Trade Policy Terms*. 4. ed. 2003. Disponível em: <<http://ctr.c.sice.oas.org/trc/WTO/Documents/Dictionary%20of%20trade%20policy%20terms.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

¹⁷ EVENETT, Simon. Merger and anti-cartel policies in an era of integrating markets. In: HOEKMAN, B.; MATTOO, A.; ENGLISH, P. (Ed.). *Development, Trade and WTO: a handbook*. Washington DC: Banco Mundial, 2002, p. 456-462.

¹⁸ JAEGER JUNIOR, *Direito Internacional da Concorrência*, p. 286.

¹⁹ MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *Direito Internacional da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 108.

²⁰ *Ibid.*, p. 108.

²¹ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 44.

iniciativa privada e no jogo das forças do mercado²². Trata-se de uma ordem pública, pois protege um bem jurídico de interesse público, que é o mercado²³.

Sob esse prisma, Jorge de Jesus Ferreira Alves salienta que existem três modelos econômicos segundo os quais é possível a definição da concorrência: o primeiro visa à maior liberdade de ação das empresas e à maior liberdade de ação dos consumidores; o segundo tem interesse na proteção e reconstituição de uma concorrência pura e perfeita; e o terceiro, por outro lado, não corrobora a tese da concorrência pura e perfeita, devendo esta ser vista de forma evolutiva e aberta a adaptações²⁴.

No âmbito do direito da União Europeia, tanto o Tratado da União Europeia, como o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, silenciam sobre o modelo de concorrência que pretendem preservar. Segundo João Mota de Campos, entretanto, a análise das disposições dos Tratados e da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia permite concluir que estes almejam assegurar uma “concorrência praticável”, ou seja, o direito da concorrência no âmbito da União Europeia protege uma competição efetiva e eficaz no quadro de um mercado comunitário tradicionalmente pouco concorrencial²⁵.

O interesse da disciplina da concorrência na União Europeia para a preservação de uma concorrência praticável possui um regime operado no intuito de preservar a liberdade de “concorrência entre os desiguais”²⁶, em razão das assimetrias encontradas entre os agentes sob a égide do liberalismo econômico²⁷. Cuida-se da segurança de acesso ao mercado para um número suficiente de empresas independentes funcionando em condições adequadas, de forma a proporcionar aos consumidores e utilizadores uma razoável possibilidade de escolha²⁸.

Na União Europeia, a concorrência adota a função de instrumento para a obtenção do equilíbrio econômico²⁹, à medida que se molda para as finalidades da União. Desse modo, ela

²² FRISON-ROCHE, Marie; PAYET, Marie-Stéphane. *Droit de la concurrence*. Paris: Dalloz, 2006, p. 8-11.

²³ JAEGER JUNIOR, *op. cit.*, p. 290.

²⁴ ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da Concorrência nas Comunidades Europeias*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 65.

²⁵ CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário*, p. 436; Sobre concorrência praticável, ver: FRISON-ROCHE; PAYET, *Droit de la concurrence*, p. 33-34.

²⁶ DROMI, Roberto; EKMEKDJIAN, Miguel A.; RIVERA, Julio C. *Derecho comunitario: sistemas de integración, regimen del Mercosul*. 2. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996, p. 337.

²⁷ CELLI JUNIOR, Umberto. *Regras de concorrência no Direito Internacional moderno*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 55-57.

²⁸ CAMPOS, *op. cit.*, p. 436.

²⁹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 98.

será derogada nos casos em que uma prática anticoncorrencial contribuir em maior grau que a própria concorrência para o desenvolvimento econômico ou para o progresso social³⁰.

O sistema de legislação da concorrência adotado pela União Europeia é classificado como misto ou híbrido, pois mescla os sistemas da ilicitude e do abuso³¹. Desse modo, a legislação vigente prevê que certas práticas necessitam de autorização dos órgãos competentes na União, enquanto em outras, a regulação é feita *a posteriori*, punitivamente³².

Considerando-se as características estruturais da concorrência na União Europeia, é possível dizer que a sua proteção ultrapassa a classificação de política comunitária, alcançando o patamar de liberdade fundamental³³. Isto porque um dos objetivos dos Tratados da União é a criação e a manutenção do mercado interno, que inexistiria caso não fosse permeado pela liberdade de concorrência, e sem a qual as outras liberdades de circulação citadas pela doutrina clássica não existiriam³⁴, tampouco possuiriam efeito.

O doutrinador João Mota de Campos dispõe que o mercado interno é uma realidade que corresponde a um grau superior de integração econômica, segundo o qual não é necessária apenas a liberdade de circulação de mercadorias, mas também são essenciais as outras três liberdades econômicas fundamentais³⁵. Acrescenta-se a elas, segundo Augusto Jaeger Junior, a liberdade de concorrência, pois esta exerce um papel central no mercado interno, que, criado pelas liberdades econômicas, necessita do direito concorrencial para a proteção e para a garantia das atividades às quais foi destinado, protegendo essas liberdades fundamentais de limitações impostas por comportamentos contrários à concorrência³⁶.

Veja-se que a partir das reformas dos tratados no tocante ao direito da concorrência, este foi se aproximando, ao longo do tempo, ao sistema das liberdades econômicas fundamentais, conforme a modificação da estrutura jurídica da União Europeia, em constante evolução e com contornos finais ainda indefinidos³⁷. Inicialmente, antes da formação do mercado interno na

³⁰ JAEGER JUNIOR, *Direito Internacional da Concorrência*, p. 292.

³¹ CAMPELLO, Dyle. *O direito da concorrência no direito comunitário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 29.

³² JAEGER JUNIOR, *Direito Internacional da Concorrência*, p. 293.

³³ Sobre o tema, destaca-se a já mencionada tese de Augusto Jaeger Junior, publicada no ano de 2008: *Id.*, *Liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul*, p. 236-266.

³⁴ Sobre as liberdades econômicas fundamentais, ver: CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário*, p. 401-402; AYRAL, *Le marché intérieur de l'Union européenne: Les règles du jeu*, 1998, p. 25.

³⁵ CAMPOS, *op. cit.*, p. 401-402.

³⁶ JAEGER JUNIOR, *Mercados Comum e Interno e Liberdades Econômicas Fundamentais*, p. 223.

³⁷ BORCHARDT, Klaus Dieter. *The ABC of European Union Law*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010, p. 32.

União, o objetivo final do projeto de integração da Europa era a consolidação de um mercado comum, e o seu estabelecimento não foi uma tarefa simples.

Historicamente, o termo mercado comum não encontrava conceito definido nos Tratados, sendo delimitado pelo Tribunal de Luxemburgo no caso *Gaston-Schul* de 1982, segundo o qual o “estabelecimento de um mercado comum visa a eliminação de todos os entraves ao comércio intracomunitário, com a finalidade da fusão dos mercados nacionais num mercado único, que seja o mais próximo possível de um mercado interior”³⁸. Outras dificuldades encontradas durante estes anos são descritas pela doutrina, como a aceitação, pelos Estados-membros, do princípio do país de origem, o enfrentamento de crises políticas e econômicas e a superação de insuficiências, formulando-se propostas de relançamento do projeto³⁹. À época, a manutenção do mercado comum somente foi garantida com a conformação das liberdades econômicas fundamentais. Para tanto, a contribuição da liberdade de concorrência foi elementar.

Com o surgimento do mercado interno como objetivo, mediante o Livro Branco da Comissão de 1985 e a sua positivação pelo Ato Único Europeu em 1987⁴⁰, este foi classificado como uma nova, posterior e mais ampla fase do mercado comum, sempre vinculada à ideia de maior aproximação legislativa dos Estados-membros⁴¹. Observa-se que a doutrina especializada muito dissertou sobre o *status* do mercado interno e sua relação com o mercado comum, mas a jurisprudência veio a aclarar as dúvidas remanescentes⁴².

Nesse âmbito, foi possibilitada uma nova margem à quantificação das liberdades econômicas fundamentais, elevando-se a liberdade de concorrência a uma delas, a quinta, em função dos elementos comuns que com as demais apresenta e das suas implicações junto ao mercado interno⁴³. Destaca-se, como mencionado, que a jurisprudência do atual Tribunal de Justiça da União Europeia, mediante o caso *Dióxido de Titânio* de 1991, contribuiu para a alteração da classificação da liberdade de concorrência, indicando a utilização da regra

231

³⁸ *Caso 15/81 Gaston-Schul*, EuGh, Slg. 1982. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61981CJ0015&qid=1410409313332&from=EN>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

³⁹ JAEGER JUNIOR, *Liberdade de Concorrência na União Europeia e no Mercosul*, p. 731.

⁴⁰ No Livro Branco da Comissão aprovado em 29 de junho de 1985 pelo Conselho Europeu foi estabelecido um catálogo de medidas para a remoção de barreiras e para a melhoria da ação transfronteiriça das empresas. *Ibid.*, p. 109-110.

⁴¹ ROSSI, Lucia Serena. *Il buon funzionamento del mercato comune: delimitazione dei poteri fra CEE e stati membri*. Milano: Giuffrè Editore, 1990, p. 31.

⁴² BARENTS, René. *The Internal Market Unlimited: Some Observations on the Legal Basis of Community Legislation*. *Common Market Law Review*, Londres, n. 30, v. 1, 1993, p. 102-103.

⁴³ JAEGER JUNIOR, *op. cit.*, p. 732.

destinada ao mercado interno para a aproximação das normas que promovessem distorções na competitividade, conforme será analisado na segunda parte deste estudo.

Por fim, na esteira do defendido pelo doutrinador Augusto Jaeger Junior, é importante ressaltar que existe uma preferência à política da concorrência entre as suas originárias pares para elevação à categoria de liberdade, veja-se a impossibilidade de conformação de um mercado comum em economias planificadas diante da inexistência de um mercado livre com concorrência. Salienta-se o seu caráter transfronteiriço, que a equipara às liberdades fundamentais, e a sua aproximação ao catálogo de direitos fundamentais nos Tratados da União Europeia, como confirmação da identificação desta liberdade com as demais⁴⁴.

Passa-se, então, à análise da evolução do controle concorrencial no ordenamento jurídico da União Europeia e ao estudo do seu domínio de aplicação. Será apresentada a fundamental importância da liberdade de concorrência no processo de integração entre os Estados-membros da União, com vistas ao estímulo da consolidação e manutenção do mercado interno e do seu funcionamento com máxima eficiência⁴⁵.

232

1.2 Domínio de Aplicação da Liberdade Concorrencial na União Europeia

O direito comunitário da concorrência não possui longa tradição se comparado a outros sistemas, tendo adquirido ao longo de seu desenvolvimento características próprias que acompanham o dinamismo da estrutura normativa da União Europeia⁴⁶. Os Estados europeus que formam o bloco econômico não dispunham de legislações concorrenciais próprias até o princípio do século XX, quando somente a Alemanha possuía uma legislação antitruste, datada de 1923⁴⁷. Os demais países condenavam a prática de atos anticoncorrenciais mediante institutos tradicionais do direito, de modo que somente depois da Segunda Guerra Mundial a adoção de regras de concorrência ganhou destaque⁴⁸.

Com a criação da Comunidade Europeia, pelo Tratado de Roma de 1957, foram estabelecidos os artigos 81 a 89 do Tratado das Comunidades Europeias, atuais artigos 101 a 109 do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que constituem, ainda hoje,

⁴⁴ JAEGER JUNIOR, *Mercados Comum e Interno e Liberdades Econômicas Fundamentais*, p. 225-228.

⁴⁵ CELLI JUNIOR, *Regras de concorrência no Direito Internacional moderno*, p. 62.

⁴⁶ PESCATORE, Pierre. *Derecho de la integración: nuevo fenómeno en las relaciones internacionales*. Buenos Aires: Intal, 1973; JAEGER JUNIOR, *Direito Internacional da Concorrência*, p. 86.

⁴⁷ SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito Antitruste: Aspectos Internacionais*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 184.

⁴⁸ CELLI JUNIOR, *op. cit.*, p. 51.



as regras primordiais do direito comunitário da concorrência. Mediante a proposição dessas normas, desde o princípio do processo de integração europeu, os legisladores deixaram claro o papel de destaque que o direito concorrencial ocupa na proteção dos interesses legítimos de todos os participantes de um mercado⁴⁹.

Os fundamentos do direito da concorrência da União Europeia são encontrados no pensamento ordoliberal da Escola de Freiburg, surgida na Alemanha após 1930, sendo a mais importante corrente doutrinária a se opor ao liberalismo extremo da Escola de Chicago. Segundo seus defensores, a garantia da competição no mercado é fundamental para o funcionamento eficiente da economia⁵⁰, com base no privilégio à redistribuição dos benefícios aos consumidores e a realização dos objetivos da própria liberdade concorrencial⁵¹. Atualmente, fala-se também na existência de uma Escola de Bruxelas, cidade-sede da Comissão Europeia, que traduz as características do direito da concorrência da União Europeia⁵².

A primeira fase de desenvolvimento do direito concorrencial na União Europeia é relativa ao período compreendido entre a promulgação da primeira legislação, o Tratado de Roma de 1957, até a aprovação, pela Comissão Europeia, do Regulamento 67/67⁵³. Este período é definido como um estágio de maturação, exclusivo para a elaboração de regulamentos que viabilizassem a aplicação futura das regras de concorrência na esfera supranacional, representando a fase das primeiras decisões do Tribunal, que estabeleceram fundamentos até hoje aplicados para a eliminação das barreiras interestatais do então mercado comum.

Nesse sentido, o Tratado de Roma instituía a necessidade de observância da lealdade concorrencial para a eliminação de obstáculos ao comércio no mercado comum, ao prever em seus artigos 2º e 3º a promoção de um alto grau de competitividade como uma das finalidades da Comunidade e a necessidade de um regime que resguardasse o espaço comunitário contra a distorção da concorrência, com a finalidade de consolidação do mercado comum⁵⁴. Estas disposições foram modificadas após a reforma operada pelo Tratado de Lisboa ao serem

⁴⁹ CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário*, p. 436; JAEGER JUNIOR, *op. cit.*, p. 87.

⁵⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 42-44; GRECHENIG, Kristoffeffel e GELTER, Martin. A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norteamericano vs. o doutrinalismo alemão. In: SALAMA, Bruno Meyehof (Org.). *Direito e economia: textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 325-394.

⁵¹ SILVA, *Direito Antitruste: Aspectos Internacionais*, p. 193.

⁵² JAEGER JUNIOR, *Mercados Comum e Interno e Liberdades Econômicas Fundamentais*, p. 444.

⁵³ SILVA, *op. cit.*, p. 196.

⁵⁴ GABAN, Eduardo Malan; DOMINGUES, Juliana. *Direito Antitruste*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 70.

transferidas ao “Protocolo nº 27, Relativo ao Mercado Interno e à Concorrência”⁵⁵, sendo, entretanto, mantida a garantia da proteção jurídica à liberdade de concorrência na União Europeia, bem como o seu *status* jurídico⁵⁶.

O capítulo do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia referente à concorrência possui o condão de organizar e disciplinar o sistema concorrencial no espaço comunitário, representando, segundo Paulo Borba Casella, o núcleo da regulamentação da União Europeia na matéria⁵⁷. É possível concluir, então, com base nos artigos 101 a 109 do TFUE, que a regulação da concorrência no mencionado bloco econômico ultrapassou as fronteiras nacionais e se instalou no âmbito supranacional.

O direito comunitário da concorrência encontra-se centrado em áreas bem definidas, como cartéis, abusos de posição dominante, fusões e aquisições de empresas e papel dos governos⁵⁸. Dessa forma, a legislação para o controle da manutenção da concorrência se desenvolve em duas linhas: o controle das práticas e dos acordos que deturpem a concorrência, para as empresas; e a disciplina dos recursos públicos, para os Estados-membros.

O campo de aplicação dessas normas, por sua vez, é definido em função da possibilidade de afetação do comércio e da localização das práticas restritivas da concorrência. A mencionada afetação refere-se aos comportamentos das empresas, conforme os artigos 101 e 102 do TFUE e às intervenções dos Estados, conforme o artigo 107 do TFUE, sendo condição da aplicação destas regras a suscetibilidade de o comportamento afetar o comércio⁵⁹. Na verdade, esse critério funciona como um método de repartição de competências entre o governo da União Europeia e dos Estados-membros, fazendo com que o direito comunitário da concorrência seja aplicável sempre que um acordo interesse às trocas comerciais entre os Estados⁶⁰. Às autoridades nacionais compete somente as práticas restritivas da concorrência cujos efeitos se manifestem no âmbito interno.

234

⁵⁵ “Protocolo nº 27: AS ALTAS PARTES CONTRATANTES, TENDO EM CONTA que o mercado interno, tal como estabelecido no artigo 3.º do Tratado da União Europeia, inclui um sistema que assegura que a concorrência não seja falseada, ACORDARAM em que, para esse efeito, a União, se necessário, toma medidas ao abrigo do disposto nos Tratados, incluindo do artigo 352.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia”. UNIÃO EUROPEIA. *Tratado da União Europeia* (Versão Consolidada). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012M/TXT &from=EN>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

⁵⁶ JAEGER JUNIOR, *op. cit.*, p. 451.

⁵⁷ CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade europeia e seu ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 1994, p. 425.

⁵⁸ JAEGER JUNIOR, *Direito Internacional da Concorrência*, p. 296.

⁵⁹ CELLI JUNIOR, *Regras de concorrência no Direito Internacional moderno*, p. 66.

⁶⁰ CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário*, p. 437.

No tocante à localização do efeito anticoncorrencial, a aplicação do direito comunitário da concorrência é excluída das práticas cuja repercussão se verifique exclusivamente fora do espaço da União Europeia, como forma de expressão do efeito territorial. As regras comunitárias são aplicáveis, então, quando uma prática anticoncorrencial afete o comércio entre os Estados-membros ou quando não possa prejudicar a aplicação plena e uniforme do direito da União Europeia, sendo que, quando essa condição não for preenchida, emprega-se o direito interno. Isto porque prevalece, sempre, o princípio da primazia do direito comunitário⁶¹.

Atualmente, o aparato normativo existente no âmbito da União Europeia consiste nos artigos 101 a 106 do TFUE, com as normas do direito da concorrência aplicáveis às empresas⁶², e nos artigos 107 a 109 do TFUE, com as normas referentes aos auxílios concedidos pelos Estados⁶³. Toda a estrutura regulatória deve ser aplicada uniformemente pelas autoridades da concorrência, pela Comissão ou pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, de modo a garantir a plena proteção da liberdade em todo o território do bloco econômico⁶⁴.

Diante do exposto, apontado o domínio de aplicação das regras existentes no mercado interno da União Europeia, conclui-se que a evolução das normas de concorrência ao longo dos anos possibilitou a consecução dos objetivos integracionistas iniciais do bloco. Segundo Augusto Jaeger Junior, o mercado interno pressupõe que todos os agentes econômicos estabeleçam um regime jurídico que permita condições de concorrência iguais, de modo que “deve ser permitido que os atores encontrem regras iguais ou que as diferenças remanescentes não produzam influência sobre as duas decisões econômicas”⁶⁵.

Como conclusão parcial da primeira parte deste estudo, destaca-se que a concorrência foi substantiva para a criação e para o fortalecimento do mercado interno, porquanto este não existiria sem aquela. Ademais, ainda quando os objetivos da União Europeia eram a criação do mercado comum, o direito da concorrência ocupava posição de destaque, pois desde o primeiro dia de existência da Comunidade Europeia de então foi estabelecida a necessidade de observância do não falseamento concorrencial.

⁶¹ FRISON-ROCHE; PAYET, *Droit de la concurrence*, p. 14-15.

⁶² Sobre o tema, ver: CRAIG, Paul; de BÚRCA, Gráinne. *EU law: text, cases, and materials*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 950-1003.

⁶³ Sobre o tema, ver: JAEGER JUNIOR, Augusto; NORDMEIER, Carl Friedrich. Novidades na regulamentação das ajudas públicas do direito comunitário da concorrência. *Revista de Direito da Concorrência*. Brasília, n. 22, 2010, p. 11-64.

⁶⁴ FRISON-ROCHE; PAYET, *Droit de la concurrence*, p. 19.

⁶⁵ JAEGER JUNIOR, *Liberdade de concorrência na União Europeia e no Mercosul*, p. 137.

O processo de evolução das regras de concorrência possui papel fundamental na modificação das estruturas de mercado, como forma de amparar a evolução da integração europeia, contribuindo, ainda, ao aumento no nível de empregos, à inserção das pequenas empresas no processo competitivo, à proteção dos consumidores, ao equilíbrio ao comércio entre os Estados-membros e à integração do mercado comunitário⁶⁶.

Segundo Carolina Pancotto Bohrer Munhoz, na “abordagem do desenvolvimento como liberdade, a concorrência tem importância independentemente da geração ou não de efeitos econômicos, justamente por garantir liberdades importantes para o processo de desenvolvimento”⁶⁷. Sendo assim, insta destacar a primordial importância da liberdade concorrencial para a consecução dos objetivos da União Europeia e para a consolidação do processo de integração, reconhecendo-se o seu papel de liberdade econômica fundamental.

2 CONTRIBUIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE LUXEMBURGO PARA A CONSOLIDAÇÃO DA LIBERDADE DE CONCORRÊNCIA

236

2.1 Caso Dióxido de Titânio como marco jurisprudencial (C-300/89)

O Tribunal de Luxemburgo (Tribunal de Justiça da União Europeia), desde a sua criação, exerce papel central no reconhecimento dos princípios norteadores do direito da União Europeia, como a aplicabilidade das normas supranacionais sobre o direito interno dos Estados-membros e a definição de conceitos abertos presentes nos seus Tratados fundacionais⁶⁸. Segundo João Mota de Campos, o Tribunal é um órgão inteiramente independente das restantes instituições da União Europeia e dos governos dos Estados-membros, com jurisdição própria e competência exclusiva em determinadas matérias que aprecia em conformidade com o direito da União⁶⁹.

Na esteira do disposto por Paulo Borba Casella, a jurisprudência atua na consolidação das liberdades econômicas fundamentais para o alcance do mercado interno, sendo que o Tribunal, por sua atuação, estrutura o *corpus* do direito unional aplicável a todos: às instituições,

⁶⁶ NUSDEO, *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica*, p. 97-107.

⁶⁷ MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. *Direito, livre concorrência e desenvolvimento*. São Paulo: Lex Editora, 2006, p. 137.

⁶⁸ ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. *Mercosul e União Européia: estrutura jurídico-institucional*. Curitiba: Juruá, 1996, p. 100.

⁶⁹ CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário*, p. 149.

aos Estados-membros, aos tribunais nacionais e aos particulares⁷⁰. Por essa razão, esta parte do estudo dedica-se à análise das decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia, ex-Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, no intuito de aproximar a importância da liberdade de concorrência ao mercado interno, na condição de liberdade econômica fundamental.

Inicialmente, apresenta-se o caso Dióxido de Titânio como marco jurisprudencial, pois operou uma verdadeira revolução no entendimento dos conceitos de mercado comum e mercado interno, ao possibilitar o reconhecimento da liberdade de concorrência como tal⁷¹. Mesmo que não possuísse como finalidade uma definição conceitual, esta decisão acaba por ter demonstrado que o mercado interno abrange mais que o mercado comum.

O Ato Único Europeu de 1986, em vigor desde 1º de julho de 1987, colocou em dúvida qual a extensão do mercado interno na União Europeia, ao defini-lo como um espaço sem fronteiras interiores, na qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais fosse assegurada conforme as disposições do Tratado⁷². Positivado o conceito de mercado interno, a doutrina promoveu discussões acerca da inclusão da liberdade de concorrência nele, tendo em vista que esta não se encontrava especificamente nominada, tampouco era apresentado pelo Tratado um paralelo com o antigo conceito de mercado comum.

Diante da oposição de conceitos de mercado comum e mercado interno, a doutrina dispôs de três teorias: (i) da limitação, na qual o mercado interno representa menos que o mercado comum; (ii) da sinonímia, em que ambos mercados comum e interno são, em essência, correspondentes; (iii) e da ampliação, na qual o mercado interno é uma fortificação e um desenvolvimento do mercado comum⁷³. Entende-se pela prevalência da teoria da ampliação, na qual o mercado interno corresponde à fortificação e ao desenvolvimento do mercado comum⁷⁴.

É nesse aspecto que se destaca o Caso Dióxido de Titânio de 1991⁷⁵, pois foi mediante ele que o ex-Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias estabeleceu que o mercado interno abrange mais que o mercado comum. O julgamento do caso alterou a classificação da liberdade

⁷⁰ CASELLA, *Comunidade Européia e seu ordenamento jurídico*, p. 331.

⁷¹ JAEGER JUNIOR, *Liberdade de concorrência na União Europeia e no Mercosul*, p. 220-236.

⁷² Texto ex-artigo 142 do TCE, atual artigo 26.2 do TFUE, *in verbis*: “Artigo 26.2. 2. O mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições dos Tratados”. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

⁷³ BARENTS, *The Internal Market Unlimited: Some Observations on the Legal Basis...*, p. 102-103.

⁷⁴ JAEGER JUNIOR, *Liberdade de concorrência na União Europeia e no Mercosul*, p. 134.

⁷⁵ Caso Dióxido de Titânio, C-300/89, de 1991. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1422934311197&uri=CELEX:61989CJ0300>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

de concorrência, pois a deslocou da posição de norma apoiadora do mercado interno para o grau de elemento puro deste mercado como liberdade econômica fundamental⁷⁶.

Cuida-se de um processo que invocava uma discussão acerca do sistema de harmonização de legislações na União Europeia, mediante a emissão de uma diretiva de aproximação. Salienta-se que as diretivas comunitárias são o principal meio normativo de harmonização legislativa do bloco, porquanto voltadas diretamente à atuação dos Estados-membros, vinculando-os apenas quanto ao resultado pretendido, sem estabelecer a forma e os meios de obtenção, de modo a preservar a liberdade das instâncias nacionais⁷⁷.

Apresentado ao Tribunal pela ex-Comissão das Comunidades Europeias, apoiada pelo Parlamento Europeu, o caso pretendia uma decisão em desfavor do ex-Conselho das Comunidades Europeias, tendo sido julgado sob o número C-300/89, em 11 de junho de 1991⁷⁸. A demanda foi apresentada mediante petição apresentada à Secretaria do Tribunal de Justiça em 28 de setembro de 1989 pela Comissão.

Na espécie, pugnavam-se pela anulação da Diretiva 89/428/CEE do Conselho, que estabelecia regras de harmonização dos programas de redução, tendo em vista a sua eliminação, da poluição causada por resíduos provenientes da indústria do dióxido de titânio. A diretiva adotada por unanimidade pelo Conselho com base no atual artigo 192 do TFUE visava, também, a melhorar as condições de concorrência na indústria do dióxido de titânio⁷⁹, ao impor uma proibição total relativa a determinados resíduos provenientes desta indústria, bem como, fixava valores máximos de substâncias nocivas para outros resíduos de instalações existentes.

Sobre o tema, é importante destacar que a proteção da liberdade de concorrência mediante uma diretiva que regule o meio ambiente ocorre em virtude de que a existência de regras nacionais distintas para os padrões de proteção do meio ambiente possui como consequência imediata a deturpação da concorrência no mercado⁸⁰. As empresas situadas em

⁷⁶ JAEGER JUNIOR, *Mercados Comum e Interno e Liberdades Econômicas Fundamentais*, p. 451.

⁷⁷ LIMPENS, Anne. Harmonisation des législations dans le cadre du marché commun. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, v. 19, n. 3, jul.-set. 1967, p. 638; É possível, em virtude da vinculação ao resultado, a responsabilização dos Estados pela adequada transposição das diretivas, conforme observado nos casos *Andrea Francovich* e *Danila Bonifaci e outros* contra a República Italiana, casos apensos 6/90 e 9/90, nos quais o TJCE se manifestou sobre o tema. Processos apensos C-6/90 e C-9/90, Acórdão de 19 de novembro de 1991. Disponíveis em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=C_ELEX:61990CJ0006>. Acesso em: 20 jan. 2015.

⁷⁸ Caso Dióxido de Titânio, C-300/89, de 1991.

⁷⁹ Caso Dióxido de Titânio, C-300/89, de 1991, parágrafos 1/2.

⁸⁰ Ver: JAEGER JUNIOR, Augusto. Concorrência e Meio Ambiente/Competition and the Environment. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 6, set. 2006. p. 43-48.

um Estado-membro que possui normas ambientais mais rígidas ficam em desvantagem competitiva em relação àquelas que estão situadas em territórios com legislação mais branda⁸¹.

A supracitada diretiva provém de uma proposta de 18 de abril de 1983 da Comissão, que se apoiava no atual artigo 114 do TFUE⁸², tendo esta sofrido uma alteração em 24 e 25 de novembro de 1988, na qual o Conselho adotou uma orientação comum baseando a diretiva no atual artigo 192 do TFUE⁸³.

Isso significa dizer que no primeiro caso, conforme o artigo 114 do TFUE, o Conselho decidiria sobre proposta da Comissão, em cooperação com o Parlamento, em um processo bastante democrático. Na segunda hipótese, conforme o artigo 192 do TFUE, o Conselho decidiria por unanimidade, da mesma forma sob a proposta da Comissão, mas com mera oitiva do parlamento, em um processo menos democrático.

Ocorre que a Diretiva 89/428/CEE foi proposta pelo Conselho das Comunidades Europeias, atual Conselho da União Europeia, em 08 de junho de 1989, conforme as alterações do Ato Único Europeu, apoiada na regra do atual artigo 192 do TFUE, relacionada à proteção do meio ambiente. À época, a Comissão havia sugerido que a regra de harmonização aplicável era do atual artigo 114 do TFUE, tendo em vista que esta era destinada à uniformização das condições da concorrência, ou seja, a diretiva tinha por objeto o estabelecimento e funcionamento do mercado interno.

Com a decisão de adoção da norma do artigo 192 do TFUE para fundamentar a mencionada diretiva, o Parlamento Europeu foi escutado, em posição contrária à emissão da diretiva pelo Conselho e a favor da interpretação da Comissão, segundo a qual a diretiva deveria ser baseada no artigo 114 do TFUE, isto é, deveria ter sido editada pelo Parlamento Europeu e

⁸¹ *Id.*, *Liberdade de concorrência na União Europeia e no Mercosul*, p. 225.

⁸² “Art. 114.1. (ex-Artigo 95 do TCE). (...) O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, e após consulta do Comité Económico e Social, adotam as medidas relativas à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros, que tenham por objeto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno” (grifo nosso). UNIÃO EUROPEIA. *Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia* (Versão Consolidada). Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/lega/content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

⁸³ “Artigo 192 do TFUE (ex-artigo 175.o TCE): O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário e após consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, adotarão as ações a empreender pela União para realizar os objetivos previstos no artigo 191. (...) O Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão e após consulta ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, pode tornar o processo legislativo ordinário aplicável aos domínios a que se refere o primeiro parágrafo. (...)” (Grifo nosso). UNIÃO EUROPEIA. *Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia* (Versão Consolidada). Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/lega/content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

pela Comissão, em um processo mais democrático. Entretanto, apesar da objeção manifesta do Parlamento, baseada no princípio democrático⁸⁴, o Conselho editou a diretiva.

O ponto central da discussão, no caso, era determinar qual regra a ser utilizada como norma autorizadora quando a diretiva buscasse mais de um objetivo (meio ambiente e a concorrência), com regulação em diferentes normas do Tratado, nos artigos 114 e 192 do TFUE. Cumpre salientar que esses objetivos, segundo o acórdão do Tribunal de Justiça, são indissociáveis e perseguidos com a mesma intensidade⁸⁵. A Comissão sustentava que a proposta feita pelo Conselho estava eivada de nulidade porquanto equivocadamente fundamentada, tendo em vista que perseguia a harmonização das normas relacionadas ao direito da concorrência. Em conjunto a ela, o Parlamento Europeu clamava por uma maior participação no processo de elaboração da diretiva. Por outro lado, o Conselho, órgão que editou a diretiva, sustentava ter fundamentado a norma de forma condizente, pois o ponto central era a harmonização de normas sobre o meio ambiente.

Na decisão, o Tribunal entendeu que os órgãos não são livres para a escolha do fundamento autorizador de uma diretiva, devendo ater-se ao processo determinado pelo Tratado, ou seja, a escolha não é realizada conforme o convencimento do órgão sobre o objetivo. Sendo assim, dispôs que o reforço do objetivo da proteção do meio ambiente não é exclusivo do artigo 192 do TFUE, colocando que o envolvimento do Parlamento no processo de elaboração da diretiva, isto é, no processo de formação da vontade da União, culmina em uma preservação do princípio democrático fundamental, segundo o qual os povos participam no exercício do poder por intermédio de uma assembleia representativa.

Foi decidido pelo Tribunal que o mercado interno na União Europeia possui como requisito fundamental a existência de um sistema de concorrência não falseado, determinando-se, em função disso, que as medidas de aproximação devem ser tomadas sob fundamento próprio, que consiste no artigo 114 do TFUE⁸⁶. A diretiva foi anulada e se concluiu pela adoção de uma ampla interpretação do mercado interno conforme a teoria da ampliação, de modo que este abrange mais que o mercado comum⁸⁷. Dessa forma, foi considerado adequado o uso de

⁸⁴ A defesa do princípio democrático decorre do fato de o parlamento europeu ser constituído de candidatos eleitos pelos cidadãos da União Europeia, mediante uma divisão de cadeiras proporcional. Assim, os cidadãos e as cidadãs estão diretamente representados pelo Parlamento Europeu, de modo que um projeto de aproximação legislativa votado por um órgão eleito pelo povo torna-se mais democrático.

⁸⁵ Caso Dióxido de Titânio, C-300/89, de 1991, parágrafo 13.

⁸⁶ Caso Dióxido de Titânio, C-300/89, parágrafo 14.

⁸⁷ BARENTS, *The Internal Market Unlimited: Some Observations on the Legal Basis...*, p. 94-96.

uma regra relativa ao mercado interno para a disciplina concorrencial e foi comprovada a elementaridade da liberdade de concorrência para o correto funcionamento do projeto de integração na União Europeia.

Conforme a interpretação adotada pelo Tribunal, é possível concluir que o mercado interno pressupõe que estejam presentes as quatro liberdades de circulação, acrescidas de um regime de concorrência não falseado⁸⁸. Ademais, a decisão do Caso Dióxido de Titânio, segundo o doutrinador Augusto Jaeger Junior, permite o aprofundamento destas reflexões, tendo em vista que:

Não apenas o fato de a concorrência ser parte ou não do mercado interno se mostra como resultado, mas também é possível depreender uma nova classificação para ela. Dióxido de Titânio pode ter desclassificado a concorrência como mera norma apoiadora, como mero meio para a realização do mercado interno, e tê-la classificado como elemento puro deste, isto é, como liberdade fundamental, tamanho o esforço argumentativo que foi promovido⁸⁹.

Foi mediante a introdução da defesa da concorrência no mercado interno, na condição de liberdade econômica fundamental, que o Tribunal acabou por reconhecer, de forma contundente, que esta é a pedra angular do processo de integração europeu.

241

2.2 Casos *TeliaSonera* (C-52/09) e *Comissão c. Italia* (C-496/09)

Após o reconhecimento da liberdade de concorrência pela jurisprudência do Tribunal de Luxemburgo como parte integrante do rol das liberdades econômicas fundamentais a conformarem o mercado interno na União Europeia, conforme o julgamento do Caso Dióxido de Titânio de 1991, foram identificadas severas críticas à ampliação do referido conceito por parte da doutrina⁹⁰. Entretanto, insta afirmar que a decisão encontra-se perfeitamente alinhada ao sistema jurídico previsto pelos Tratados da União na formação de uma verdadeira arquitetura jurídica europeia⁹¹.

Nos termos do disposto por Giuseppe Tesaurò, o sistema do mercado interno é composto por regras que possuem a finalidade de liberar o comércio de mercadorias e o movimento de

⁸⁸ *Ibid.*, p. 104-105.

⁸⁹ JAEGER JUNIOR, *Liberdade de concorrência na União Europeia e no Mercosul*, p. 236.

⁹⁰ O doutrinador Rene Barents apresenta a existência das críticas, porém não compartilha delas. BARENTS, *The Internal Market Unlimited: Some Observations on the Legal Basis of Community Legislation*, p. 96.

⁹¹ *Ibid.*, p. 96.

pessoas, serviços e capitais, e o mecanismo que o suporta é a concorrência⁹². Ainda que identificada a elevação da liberdade de concorrência como tal, em nada é alterada a função por ela exercida até então, entretanto, é ultrapassada a sua mera função regulatória⁹³.

É inegável que os anos posteriores a essa primeira decisão foram marcados por grandes mudanças na União Europeia, destacando-se a assinatura, em 1992, do Tratado de Maastricht, que suprimiu das disposições do Tratado da União Europeia o termo mercado comum, substituindo-o por mercado interno. Ademais, no ano de 2002 foi completado o processo de formação da União Econômica e Monetária na conformação do verdadeiro mercado interior⁹⁴.

Não podem ser olvidados os grandes alargamentos enfrentados pelo bloco, que tiveram consequências no tocante à abrangência do mercado interno e ao intenso crescimento de circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais em toda a União Europeia, sendo necessária a garantia da liberdade de concorrência. Em 1995, ingressaram na Comunidade Europeia de então a Finlândia, a Áustria e a Suécia. Posteriormente, em 2004, foi concretizado o alargamento para o Leste Europeu, mediante o ingresso de dez países, que são Polônia, Hungria, República Checa, Eslovênia, Estônia, Chipre, Eslováquia, Letônia, Lituânia e Malta. Em 2007, aderiram ao bloco a Bulgária e a Romênia, e, em 2013, a Croácia. Hoje, a União Europeia é formada por 28 Estados-membros⁹⁵.

Ademais, o Tratado de Lisboa, firmado em 2007, alterou o conteúdo dos artigos 2º e 3º do Tratado da União Europeia, que previa a promoção de um alto grau de competitividade como uma das finalidades do bloco e estabelecia a necessidade de um regime que resguardasse o espaço comunitário contra a distorção da concorrência, com a finalidade de consolidação do mercado comum, transferindo-o ao “Protocolo nº 27 Relativo ao Mercado Interno e à Concorrência”⁹⁶. Em que pese a modificação de localização da disposição no Tratado, em nada

⁹² TESAURO, Giuseppe. The Community's Internal Market in the light of the Recent Case-Law of the Court of Justice. *Yearbook of European Law*. Oxford, v. 15, n. 1, 1995. p. 2.

⁹³ JAEGER JUNIOR, *Mercados Comum e Interno e Liberdades Econômicas Fundamentais*, p. 223.

⁹⁴ Breve historia de la construcción europea a través de los tratados. In: MOLINA DEL POZO, Carlos (Coord.). *Evolución histórica y jurídica de los procesos de integración en la Unión Europea y en el Mercosur: liber amicorum Miguel Ángel Ciuro Caldani*. Buenos Aires: Eudeba, 2011. p. 251-252.

⁹⁵ Os Estados-membros são Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Chipre, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Países Baixos, Polônia, Portugal, República Checa, Romênia, Suécia e Reino Unido.

⁹⁶ UNIÃO EUROPEIA. *Tratado da União Europeia* (Versão Consolidada). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012M/TXT&from=EN>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

foi alterado o seu status jurídico⁹⁷, garantindo-se a manutenção da proteção jurídica à liberdade de concorrência na União Europeia⁹⁸.

Todos esses fatores poderiam ter operado modificações no sistema de reconhecimento da liberdade de concorrência, ou, ainda, alterado o entendimento do Tribunal de Justiça da União Europeia já conquistado pelo acórdão do Caso Dióxido de Titânio. Entretanto, concretamente, não foi este o ocorrido.

Juridicamente, com a entrada em vigor dos Regulamentos 1/2003 e 139/2004⁹⁹, foi verificada uma aproximação paulatina do direito da concorrência ao sistema das demais liberdades econômicas fundamentais, tendo em vista que estes preveem uma aplicabilidade imediata ao artigo 101 do TFUE¹⁰⁰. Segundo o doutrinador Augusto Jaeger Junior, isto “significou para elas uma igualdade com as normas das liberdades fundamentais na questão de poderem ser aplicadas pelos Estados-membros e invocadas por particulares”¹⁰¹.

A jurisprudência mantém-se firme no reconhecimento do papel ocupado pela liberdade de concorrência no mercado interno, já consagrado como fulcral ao processo de integração econômica. Duas decisões recentes do Tribunal de Justiça da União Europeia trazem luz a essa colocação.

A primeira delas foi proferida no *Caso TeliaSonera*, em 17 de fevereiro de 2011¹⁰², conforme pedido de decisão prejudicial apresentado pelo *Stockholms tingsrätt* (Tribunal de Primeira Instância de Estocolmo, na Suécia) ao Tribunal de Justiça da União Europeia, com uma série de dez questões sobre a interpretação do artigo 102 do TFUE, relativas a um alegado abuso de posição dominante sob a forma de compressão de margens.

O pedido foi apresentado no âmbito de um litígio entre *Konkurrensverket*, autoridade sueca da concorrência, e *TeliaSonera Sverige AB*, empresa que fornecia serviços de telefonia e internet na Suécia. A referida autoridade apresentou uma requisição no sentido de que a empresa de telefonia fosse condenada a pagar uma indenização por ter violado as normas

⁹⁷ VON ROMPUY, Ben. The Impact of the Lisbon Treaty on EU Competition Law: A Review of Recent Case Law of the EU Courts. *Competition Policy International Antitrust Chronicle*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1970081>. Acesso em: 10 set. 2014.

⁹⁸ JAEGER JUNIOR, *Mercados Comum e Interno e Liberdades Econômicas Fundamentais*, p. 451.

⁹⁹ Sobre o tema, ver: CRAIG; DE BÚRCA, *EU law: text, cases, and materials*, p. 1045-1067.

¹⁰⁰ JAEGER JUNIOR, *op. cit.*, p. 252.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 252.

¹⁰² Caso *Konkurrensverket c. TeliaSonera Sverige AB* (C-52-09), de 2011. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=81796&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=165753>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

nacionais e o TFUE. Conforme o teor da decisão foi mantida a interpretação de que o mercado interno abrange a liberdade de concorrência, mediante a interpretação literal das normas contidas nos Tratados fundacionais da União¹⁰³.

A segunda decisão foi proferida no Caso *Comissão Europeia c. República Italiana*, em 17 de novembro de 2011¹⁰⁴, baseado em uma ação por incumprimento intentada pela Comissão contra a Itália. Inicialmente, no ano de 1999, a Comissão Europeia adotou uma decisão considerando que parte de um auxílio concedido pela Itália para promover o emprego violou as regras comunitárias relativas aos auxílios estatais e solicitando a recuperação dos montantes concedidos ilegalmente. Em 2004, o Tribunal declarou que a Itália, ao não adotar no prazo fixado as medidas necessárias para recuperar o auxílio, não cumpriu as obrigações da decisão.

No acórdão proferido em 2011, o Tribunal de Justiça da União Europeia confirmou que a Itália, por não ter realizado a recuperação dos auxílios estatais concedidos ilegalmente dos seus beneficiários, não cumpriu a decisão anterior. Na determinação do montante da sanção pecuniária compulsória proporcional à infração, o Tribunal sublinhou a natureza vital das disposições do TFUE em matéria de concorrência. Ademais, foi reconhecido que o TUE, mediante o seu artigo 3º, nº 3, estabelece um mercado interno¹⁰⁵, que pressupõe um sistema em que a concorrência não seja falseada. Sendo assim, dispôs-se que a defesa da concorrência tem por finalidade evitar que esta seja falseada em detrimento do interesse geral, das empresas individuais e dos consumidores, contribuindo ao mercado interno, conforme segue:

(...) importa recordar o carácter fundamental das disposições do Tratado em matéria de concorrência e, muito particularmente, as relativas aos auxílios de Estado, que constituem a expressão de uma das missões essenciais conferidas à União Europeia. (...) este carácter fundamental resulta do artigo 3.º, n.º 3, TUE, designadamente do estabelecimento do mercado interno, e do Protocolo n.º 27 relativo ao mercado interno e à concorrência, o qual, ao abrigo do artigo 51.º TUE, faz parte integrante dos Tratados, e nos termos do qual o mercado interno inclui um sistema que assegura que a concorrência não seja falseada¹⁰⁶.

¹⁰³ Caso *Konkurrensverket c. TeliaSonera Sverige AB* (C-52-09), de 2011.

¹⁰⁴ Caso *Comissão Europeia c. República Italiana* (C-496-09), de 2011. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CJ0496&from=PT>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

¹⁰⁵ “Artigo 3.o (...) 3. A União estabelece um mercado interno. Empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, e num elevado nível de proteção e de melhoramento da qualidade do ambiente. A União fomenta o progresso científico e tecnológico. (...)”. UNIÃO EUROPEIA. *Tratado da União Europeia* (Versão Consolidada). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012M/TXT&from=EN>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

¹⁰⁶ Caso *Comissão Europeia c. República Italiana* (C-496-09), de 2011, parágrafo 60.



Sendo assim, foi reafirmada a importância das regras do Tratado em matéria de concorrência como disposições fundamentais ao mercado interno e à integração econômica. Como tal, passa a liberdade de concorrência a ser novamente reconhecida como pedra angular na União Europeia.

Como conclusão parcial da segunda parte deste estudo, afirma-se que a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia reconhece a importância do direito concorrencial para a consecução dos objetivos da União Europeia e para a consolidação do processo de integração, consagrando seu papel de liberdade econômica fundamental a embasar o mercado interno.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito da concorrência é aquele que protege o exercício da liberdade de concorrência, definido como o conjunto de regras mínimas para a organização da esfera privada para a promoção de maiores possibilidades de escolha aos agentes atuantes em um mercado. Ocorre que na União Europeia, a concorrência ultrapassa o mero aspecto regulatório ao ser reconhecida como uma liberdade econômica fundamental, devendo atuar ao lado das quatro demais liberdades, que consistem na circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais.

O capítulo do TFUE referente ao direito da concorrência possui o condão de organizar a disciplina no espaço comunitário, mediante os seus artigos 101 a 109, núcleo da regulamentação da União Europeia na matéria. Cumpre destacar a importância da previsão da liberdade de concorrência como norma essencial ao mercado interno, conforme interpretação do artigo 3º do Tratado da União Europeia. Ademais, salienta-se a sua consolidação no âmbito supranacional mediante o estabelecimento de uma concorrência praticável no quadro de um mercado comunitário tradicionalmente pouco concorrencial.

Sobre os casos analisados, ressalta-se que o Tribunal de Justiça da União Europeia vela pela interpretação uniforme do direito da concorrência em todos os países do bloco e pelo reconhecimento da liberdade de concorrência como elemento a embasar o mercado interno, conforme demonstrado pelas decisões proferidas em *Dióxido de Titânio* (1991) *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB* (2011) e *Comissão v. Republica Italiana* (2011).



Chega-se, então, à resposta para a pergunta de pesquisa apresentada no início deste estudo, que era: qual a relação entre a liberdade de concorrência e o mercado interno na União Europeia? A doutrina sobre direito da integração e da concorrência adotada como marco teórico do estudo, bem como a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia apresentada, reconhecem à liberdade de concorrência um caráter de essencialidade para a realização do processo de integração, servindo como base para o mercado interno na condição de liberdade econômica fundamental.

O processo de evolução das regras de concorrência é elementar na modificação das estruturas de mercado por amparar a integração europeia. É nesse âmbito que a liberdade de concorrência assume grande importância independentemente da geração ou não de efeitos econômicos, justamente ao garantir e amparar as demais liberdades essenciais para o desenvolvimento do processo de integração.

Com base no estudo proposto, conclui-se que a liberdade de concorrência, na condição de liberdade econômica fundamental, foi substantiva para a criação e para o fortalecimento do mercado interno na União Europeia enquanto instituição. Assim, conforme a construção jurídica apresentada ao longo do trabalho, por meio da análise doutrinária e jurisprudencial, constata-se que a liberdade concorrencial representa elemento essencial à existência do mercado interno no âmbito da União Europeia.

246

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. *Mercosul e União Européia: estrutura jurídico-institucional*. Curitiba: Juruá, 1996. 159 p.

ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da Concorrência nas Comunidades Europeias*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. 361 p.

AYRAL, Michel. *Le marché intérieur de l'Union européenne: Les règles du jeu*. Paris: Le documentation française, 1998. 183 p.

BALASSA, Bela. *Teoria da Integração Económica*. Lisboa: Clássica, 1961. 453 p.



BARENTS, René. The Internal Market Unlimited: Some Observations on the Legal Basis of Community Legislation. *Common Market Law Review*, Londres, n. 30, v. 1, p. 85-109, 1993.

BASEDOW, Jürgen. The Modernization of European Competition Law: A Story of Unfinished Concepts. *Texas International Law Journal*, Austin, v. 42, n. 3, p. 429-439, 2007.

BERTONI, Liliana. La Libre Circulación y los Derechos Fundamentales en los procesos de integración Regional. In: MOLINA DEL POZO, Carlos (Coord.). *Evolución histórica y jurídica de los procesos de integración en la Unión Europea y en el Mercosur: liber amicorum Miguel Ángel Ciuro Caldani*. Buenos Aires: Eudeba, p. 99-111, 2011.

BORCHARDT, Klaus Dieter. *The ABC of European Union Law*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010. 32 p.

CAMPELLO, Dyle. *O direito da concorrência no direito comunitário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 352 p.

CAMPOS, João Mota de. *Manual de Direito Comunitário*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. 544 p.

CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade Européia e seu ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 1994. 648 p.

CELLI JUNIOR, Umberto. *Regras de concorrência no Direito Internacional moderno*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 252 p.

CRAIG, Paul; DE BÚRCA, Gráinne. *EU law: text, cases, and materials*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007. 1284 p.

CUNHA, Ricardo Thomasinho da. *Direito e Defesa da Concorrência: Mercosul e União Europeia*. Barueri: Manole, 2003. 368 p.

DROMI, Roberto; EKMEKDJIAN, Miguel A.; RIVERA, Julio C. *Derecho comunitario: sistemas de integración, regimen del Mercosul*. 2. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996. 671 p.



EVENETT, Simon. Merger and anti-cartel policies in an era of integrating markets. In: HOEKMAN, B.; MATTOO, A.; ENGLISH, P. (Ed.). *Development, Trade and WTO: a handbook*. Washington DC: Banco Mundial, p. 456-462, 2002.

FARIA, Werter Rotunno. Exceções à cláusula de nação mais favorecida no sistema comercial internacional e integração fronteiriça dos países do Mercosul. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional: Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 191-201.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne; PAYET, Marie-Stéphane. *Droit de la concurrence*. Paris: Dalloz, 2006. 452 p.

GABAN, Eduardo Malan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 456 p.

GOODE, W. Dictionary of Trade Policy Terms. 4. ed. 2003. Disponível em: <<http://ctr.sice.oas.org/trc/WTO/Documents/Dictionary%20of%20trade%20policy%20terms.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

248

GRECHENIG, Kristofeffel; GELTER, Martin. A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs. o doutrinalismo alemão. In: SALAMA, Bruno Meyehof (Org.). *Direito e economia: textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 325-394.

HOEKMAN, Bernard; MAVROIDIS, Petors C. *Economic development, competition policy and WTO*. Washington DC: Banco Mundial, 2002. 33 p.

JAEGER JUNIOR, Augusto. Concorrência e Meio Ambiente/Competition and the Environment. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 43-48, set. 2006.

_____. *Direito Internacional da Concorrência: entre perspectivas unilaterais, bilaterais, multilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008. 434 p.

_____. *Liberdade de Concorrência na União Européia e no Mercosul*. São Paulo: LTr, 2006. 807 p.



_____. *Mercados Comum e Interno e Liberdades Econômicas Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2010. 800 p.

_____. Metodologia jurídica europeia e mercosulista: considerações fundamentais. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul*, Assunção, n. 3, p. 117-157, mar. 2014.

JAEGER JUNIOR, Augusto; NORDMEIER, Carl Friedrich. Novidades na regulamentação das ajudas públicas do direito comunitário da concorrência. *Revista de Direito da Concorrência*. Brasília, v. 1, n. 22, p. 11-64, abr. 2010.

LIMPENS, Anne. Harmonisation des législations dans le cadre du marché commun. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, v. 19, n. 3, p. 621-653, jul.-set. 1967.

MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *Direito Internacional da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 512 p.

249

MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *Manual de derecho de la comunidade europea*. 3.ed. Madrid: Trivium, 1997. 953 p.

_____. Breve historia de la construcción europea a través de los tratados. In: MOLINA DEL POZO, Carlos (Coord.). *Evolución histórica y jurídica de los procesos de integración en la Unión Europea y en el Mercosur: liber amicorum Miguel Ángel Ciuro Caldani*. Buenos Aires: Eudeba, 2011. p. 247-296.

MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. *Direito, livre concorrência e desenvolvimento*. São Paulo: Lex Editora, 2006. 266 p.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002. 290 p.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 495 p.

PESCATORE, Pierre. *Derecho de la integración: nuevo fenómeno en las relaciones internacionales*. Buenos Aires: Intal, 1973. 105 p.

ROSSI, Lucia Serena. *Il buon funzionamento del mercato comune: delimitazione dei poteri fra CEE e stati membri*. Milano: Giuffrè Editore, 1990. 231 p.

RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto. La integración y las constituciones nacionales de los Estados Parte del Mercosur. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Buenos Aires: CIEDLA, Konrad-Adenauer-Stiftung, p. 65-78, 1999.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. 632 p.

SCHULTES, Marcelo. O Controle Concorrencial: Regulador do Mercado Interno na União Europeia. *Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS*. Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 12, ago. 2014.

SILVA, Valéria Guimarães de Lima e Silva. *Direito Antitruste: Aspectos Internacionais*. Curitiba: Juruá, 2006. 528 p.

250

TESAURO, Giuseppe. The Community's Internal Market in the light of the Recent Case-Law of the Court of Justice. *Yearbook of European Law*, Oxford, v. 15, n. 1, p. 1-16, 1995.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia* (Versão Consolidada). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

_____. UNIÃO EUROPEIA. *Tratado da União Europeia* (Versão Consolidada). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012M/TXT&from=EN>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

VON ROMPUY, Ben. The Impact of the Lisbon Treaty on EU Competition Law: A Review of Recent Case Law of the EU Courts. *Competition Policy International Antitrust Chronicle*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1970081>. Acesso em: 10 jan. 2015.



Submissão: 19/03/2015
Aceito para Publicação: 03/12/2015

251



FORMALISMO, INSTRUMENTALISMO E FORMALISMO-VALORATIVO

FORMALISM, INSTRUMENTALISM, AND EVALUATIVE FORMALISM

Claudio Penedo Madureira*

RESUMO: O objetivo deste artigo é induzir a compreensão de que o Código de Processo Civil de 2015 adota as premissas teóricas e as técnicas de atuação propostas pela doutrina jurídica do formalismo-valorativo (tal como concebida pela escola processual gaúcha sob a liderança de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira), instituindo, assim, uma nova fase metodológica ao processo civil; que, por sua vez, substituiu o instrumentalismo (doutrina jurídica concebida pela escola processual paulista a partir dos escritos de Cândido Rangel Dinamarco), que teve fundamental importância para o desenvolvimento do Direito Processual Civil Brasileiro, porque possibilitou a superação da chamada fase autonomista, inaugurando, no Brasil, a preocupação de juristas e interpretes (aplicadores) com os resultados do processo; mas que acabou superada pela concepção do novo código de um modelo de processo marcado pela cooperação entre os sujeitos processuais, que se demonstra incompatível com proposta dos instrumentalistas pela atribuição à jurisdição de uma posição central na Teoria do Processo Civil.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do Processo Civil. Instrumentalismo. Formalismo-Valorativo. Código de Processo Civil de 2015. Escola Processual Gaúcha. Escola Processual Paulista.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Notas sobre a Teoria da Instrumentalidade do Processo. 1.1. A jurisdição como elemento central da Teoria do Processo. 1.2. A relativização do binômio direito-processo. 2. O formalismo-valorativo como alternativa ao instrumentalismo. 2.1. A qualificação do processo como um direito fundamental do cidadão. 2.2. A identificação do processo como ambiente de criação do Direito. 2.3. A atribuição ao processo de uma posição central na Teoria. 3. O Código de Processo Civil de 2015 e a inauguração de uma nova fase metodológica no Direito Processual Civil Brasileiro. Conclusão. Referências.

ABSTRACT: The purpose of this article is to induce the understanding that the 2015 Code of Civil Procedure adopts the theoretical premises and action techniques as proposed by the legal doctrine of evaluative formalism (as conceived by the Procedural School of Rio Grande do Sul under the leadership of Carlos Alberto Alvaro de Oliveira) thereby introducing a new methodological stage to the civil procedure; which, in its turn, replaced instrumentalism (the legal doctrine as conceived by the Procedural School of Sao Paulo from the writings of Candido Rangel Dinamarco), which was of fundamental importance for the development of the Brazilian Civil Procedure Law, because it made possible to overcome the so-called autonomist phase, establishing, in Brazil, the concern of lawyers and interpreters (enforcers) with the results of the case; but it was surpassed by the new code's conception of a procedural model marked by a cooperation between the parties, which demonstrates to be incompatible with the proposal of the instrumentalists for the allocation of the jurisdiction to a central position in the Theory of Civil Procedure.

KEYWORDS: Theory of Civil Procedure. Instrumentalism. Evaluative Formalism. 2015 Code of Civil Procedure. Procedural School of Rio Grande do Sul. Procedural School of Sao Paulo.

253

INTRODUÇÃO

Cândido Rangel Dinamarco divide a história do processo em três fases metodológicas distintas, a fase sincrética, a fase autonomista e a fase instrumentalista¹. Daniel Mitidiero sugere divisão similar, também propondo a partição da evolução do processo em três momentos, que seriam o praxismo (correspondente à pré-história processual), o

* Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 22.

processualismo (correspondente à modernidade processual) e o formalismo-valorativo (correspondente à contemporaneidade processual)²⁻³.

É consenso entre os doutrinadores que predominava na primeira fase a noção de que o processo era simples meio de exercício de direitos e de que a ação seria apenas um dos aspectos do direito subjetivo material violado, o qual, uma vez lesado, adquiriria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida⁴. Assim, nesse contexto, a ação corresponderia ao “direito material em pé de guerra”⁵. Mitidiero identifica essa fase, por ele designada como praxismo, com a “caracterização do direito processual civil como direito adjetivo, como algo que só ostentava existência se ligado ao direito substantivo”⁶.

A fase seguinte, dita autonomista, inaugura-se pela compreensão do processo como ramo autônomo do Direito (daí a sua designação, por Mitidiero, como processualismo). Sobre a transição da primeira para a segunda fase metodológica do processo, recobre-se, com José Roberto dos Santos Bedaque, que em meados do século XIX, sobretudo a partir da polêmica entre Windsheid e Muther⁷, “passaram os juristas a vislumbrar a existência de um direito autônomo de provocar a atividade jurisdicional do Estado”, nascendo, assim, “o conceito moderno de ação”⁸. Dinamarco assevera que foi nessa fase que “surgiram os grandes tratados e importantíssimas monografias que são do conhecimento geral e serviram para possibilitar o

² MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 17-21.

³ Sobre a argumentação que se segue, cf.: MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 27-34/passim.

⁴ A propósito, cf., por todos: CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 48.

⁵ Cf.: RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 178.

⁶ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. op. cit., p. 17.

⁷ Quanto ao particular, cf. a seguinte passagem da obra de José Roberto dos Santos Bedaque: “Em 1856 travou-se a famosa polêmica entre dois juristas alemães, Bernardo Windscheid, catedrático em Greifswald, e Teodoro Muther, professor em Königsberg, a respeito da *actio* romana. [...] Para Windscheid, ação significava direito à tutela jurisdicional, decorrente da violação de outro direito. Não era essa, todavia, a noção do direito romano, pois o Corpus Júris previa inúmeras *actiones*, que não pressupunham a violação de um direito: embora a todo direito corresponda uma ação, a recíproca não é verdadeira. [...] Os romanos viviam sob um sistema de ações, não de direitos. E a razão principal era, além de seu senso prático, o grande poder conferido ao magistrado de decidir até mesmo contra a lei. Importava o que ele dizia, não o que constava do direito objetivo; a pretensão precisava estar amparada por uma *actio* da pelo magistrado que exercia jurisdição. [...] Segundo Muther, o conceito de ação romana formulado por Windscheid é inexato. Para ele o direito subjetivo é pressuposto da *actio*. Quando o pretor formulava um edito, estava criando norma geral e abstrata para amparar pretensões. Tal norma, embora não pertencente ao *ius civile*, lhe era equivalente. Conclui haver coincidência entre a *actio* romana e a ação moderna” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 25).

⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. op. cit., p. 25.



uso adequado do instrumental que o direito processual oferece”⁹. De seu turno, Mitidiero identifica como características marcantes dessa fase a aspiração dos processualistas, forçados que estavam a justificar o direito processual civil como um ramo próprio e autônomo da árvore jurídica, à construção de um instrumento puramente técnico, totalmente alheio a valores em sua intencionalidade operacional, à eliminação da disciplina processual de todo e qualquer resíduo de direito material e à retirada do problema da justiça do plano do processo, em favor da aplicação de uma racionalidade jurídica e técnica, colocando-se em seu lugar o problema da norma jurídica¹⁰. Nesse ponto, o direito processual, anteriormente designado como um direito adjetivo, procura libertar-se do direito material (chamado substantivo), assumindo, assim, a marca do formalismo.

Ocorre que semelhante postura autonomista, que soava absolutamente natural e perfeitamente justificável num momento em que se pretendia construir cientificamente métodos objetivos para a resolução dos conflitos individuais, materializou-se num sistema falho na sua missão de produzir justiça¹¹. A premissa que orienta o declínio do processualismo (e do formalismo processual que lhe é correspondente) é a inauguração da preocupação dos interpretes (aplicadores do Direito) com a efetividade da tutela jurisdicional, com os resultados do processo, com sua capacidade de realizar concretamente o ideal de justiça. Nessa conjuntura, o processo passou a ser analisado sob um ponto de vista externo (e não mais sob a ótica introspectiva que marcou a fase autonomista) e examinado em seus resultados práticos¹². Esses são, em apertada síntese, os elementos que singularizam a terceira fase metodológica do processo, que Dinamarco convencionou chamar fase instrumentalista e que num primeiro momento foi designada por Mitidiero como formalismo-valorativo.

Tratam-se, pois, o instrumentalismo e o formalismo-valorativo, de proposições teóricas concebidas, no contexto da superação do formalismo característico da fase autonomista do Direito Processual Civil Brasileiro, com o propósito de possibilitar a realização da justiça no processo, mas que procuram atingir essa finalidade por meio da aplicação de técnicas claramente distintas, exatamente porque partem, uma e outra doutrina jurídica, de

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. op. cit., p. 19.

¹⁰ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. op. cit., p. 19.

¹¹ CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. op. cit., p. 49.

¹² CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. op. cit., p. 49.



compreensões igualmente dessemelhantes sobre qual seria o verdadeiro papel da atividade cognitiva desenvolvida pelos intérpretes no campo da aplicação do Direito. Atento a essa peculiaridade da conformação das teorias, Mitidiero designou o formalismo-valorativo, em trabalho mais recente, como uma quarta fase metodológica, que viria a substituir o instrumentalismo. Em suas próprias palavras:

“[...] como o novo se perfaz afirmando-se contrariamente ao estabelecido, confrontando-o, parece-nos, haja vista o exposto, que o processo civil brasileiro já está a passar por uma quarta fase metodológica, superada a fase instrumentalista. Com efeito, da instrumentalidade passa-se ao formalismo-valorativo, que ora se assume como um verdadeiro método de pensamento e programa de reforma de nosso processo. Trata-se de uma nova visão metodológica, uma nova maneira de pensar o direito processual civil, fruto de nossa evolução cultural”¹³.

Posto isso, e considerando que o Código de Processo Civil de 2015 (recentemente editado) também parece propor uma nova modelagem para o direito processual, é relevante investigar, inclusive com o propósito de checar a validade dessa observação de Mitidiero, se o legislador, quando o concebeu, aderiu às premissas teóricas e às técnicas de atuação propostas pelo instrumentalismo, ou se assimilou, nesse contexto, as premissas e técnicas adotadas pelo formalismo-valorativo. Para tanto, partir-se-á da descrição da realização do Direito sob a ótica dessas duas construções teóricas fundamentais desenvolvidas pelas escolas processuais paulista e gaúcha (abordadas nos dois primeiros capítulos), para depois procurar identificar, no texto do novo código processual, elementos que possam induzir a compreensão de que o legislador efetivamente adotou como marco teórico o formalismo-valorativo, inaugurando, assim, uma quarta fase metodológica do processo (explicitados no terceiro e último capítulo).

256

1 NOTAS SOBRE A TEORIA DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

O instrumentalismo ganha corpo entre nós a partir da década de oitenta do século passado¹⁴, quando se deu a publicação da obra “A instrumentalidade do processo”, de

¹³ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 47.

¹⁴ Conforme informação colhida do currículo *lattes* de Dinamarco (disponível na Internet, no endereço <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.jsp?id=K4727823T9>>; acesso em 13/04/2009), “A instrumentalidade do processo” foi publicada originariamente em 1986.



Cândido Rangel Dinamarco¹⁵⁻¹⁶. A perspectiva metodológica instrumentalista, concebida na esteira da identificação dos escopos sociais e políticos do processo, inaugura (ou, quando menos, renova) a preocupação teórica com os resultados do processo, com a sua capacidade não apenas de propiciar aos litigantes a atuação concreta do direito material (escopo jurídico), mas, também, de servir de instrumento de pacificação social (escopo social) e garantidor da participação dos indivíduos nos destinos da sociedade (escopo político)¹⁷. Nessa perspectiva, o processo passa a ser encarado não mais como simples elo de ligação (interface) entre o direito abstrato desatendido (direito positivo) e o direito concreto realizado (direito subjetivo), assumindo uma dimensão ampliada, de instrumento voltado para fora do sistema, que tem por objetivo primordial a entrega de uma prestação jurisdicional adequada, tendente à realização do ideal de justiça.

O ponto central das construções teóricas decorrentes do instrumentalismo está na conscientização de que o processo deve ser descrito não mais como mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas, acima disso, como um poderoso instrumento ético, destinado a servir à sociedade e ao Estado¹⁸. Somente sob essa perspectiva é que se poderá assegurar ao jurisdicionado o desfecho descrito por Marcelo Abelha Rodrigues como finalidade essencial do processo, que consiste, precisamente, na sua capacidade de “servir de instrumento de modo que, ao seu final, seja possível olhar para trás e dizer: foi dada a razão a quem a tinha, trazendo uma pacificação ao conflito”¹⁹.

Esse objetivo nunca saiu das mentes dos juristas (que operam no plano da Ciência) e dos intérpretes (que se ocupam da aplicação do Direito). Em rigor, o problema que atualmente se coloca tem natureza distinta e decorre da circunstância de o processo e seus institutos terem sido desenvolvidos sob premissas autonomistas que, embora perfeitamente adequadas a um dado contexto histórico, com o correr dos anos mostraram-se ineficazes à solução das dificuldades cotidianas da realização do Direito e da justiça. Com efeito, dia após dia juristas e intérpretes (aplicadores) são chamados a testemunhar que o formalismo característico das

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. op. cit.

¹⁶ Sobre a argumentação que se segue, cf.: MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. op. cit., p. 35-36/passim.

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. op. cit., p. 270.

¹⁸ CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. op. cit., p. 51.

¹⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 05.

premissas autonomistas que outrora orientaram a construção da Teoria do Processo não poucas vezes impede a plena realização do direito material deduzido em juízo, ensejando injustiças.

1.1. A jurisdição como elemento central da Teoria

O mérito da teoria da instrumentalidade do processo reside na identificação de metodologia adequada a compatibilizar o direito processual ao direito material²⁰. Dinamarco, quando discorre sobre os escopos do processo e, sobretudo, quando identifica a existência de escopos não-jurídicos, de natureza social e política, faz uma reavaliação da Teoria do Processo²¹. E, nesse exercício teórico, permite-se analisar o processo sob a ótica externa dos seus resultados, chegando à conclusão de que a Teoria deve ter como elemento central, não a ação²² ou o processo²³, mas a jurisdição²⁴.

A premissa adotada pelo instrumentalismo é a de que, para compatibilizar os escopos jurídico, social e político do processo e, por conseguinte, para realizar a justiça, cumpre aos juízes conformar o processo às exigências do direito material encartado nos textos legais, com vistas à sua efetiva realização. Essa perspectiva metodológica reflete uma mudança de enfoque na avaliação dos objetivos do processo, proporcionada pelo deslocamento da jurisdição para a posição central antes ocupada pela ação na Teoria do Processo, que permitiu

258

²⁰ Sobre a argumentação que se segue, cf.: MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. op. cit., p. 36-38/passim.

²¹ Na precisa observação de Dinamarco, “a força das tendências metodológicas do direito processual civil na atualidade dirige-se com grande intensidade para a efetividade do processo, a qual constitui expressão resumida a ideia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda plenitude todos os seus escopos institucionais” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. op. cit., p. 270).

²² Não pode ser a ação por causa da perspectiva publicista do processo. Segundo Dinamarco, para quem, preocupação central com a ação é sinal da visão privatista do sistema processual, “a ciência dos processualistas de formação latina apresenta a ação como pórtico de todo o sistema, traíndo com isso a superada idéia (que, conscientemente, costuma ser negada) do processo e da jurisdição voltados ao escopo de tutelar direitos subjetivos” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. op. cit., p. 45-46).

²³ Não pode ser o processo porque “dentro de um sistema que em si mesmo é instrumental, ele é o instrumento por excelência ao exercício de uma função que também está a serviço de certos objetivos (exteriores ao sistema)”. Demais disso, “o processo em si próprio, como conjunto ou modelo de atos, traz profunda e indistigável marca de formalismo”. Assim, “colocar como pólo principal do sistema esse instituto assim marcadamente formal e potencialmente instrumental conduziria aos extremos de incluir na teoria geral áreas jurídicas até onde não chega a utilidade desta (e sem qualquer proveito para a boa compreensão das diversas espécies de direito processual)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. op. cit., p. 79).

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. op. cit., p. 81.

ampliar o campo de visão do fenômeno processual, fazendo renascer o interesse pelo estudo da tutela jurisdicional, instituto de suma importância na fase sincrética, mas que havia sido deixado de lado durante o período autonomista²⁵.

1.2. A relativização do binômio direito-processo

Vê-se, pois, que o instrumentalismo comporta uma singela, mas contundente, revisão da perspectiva sincrética²⁶, que resulta no que em doutrina se convencionou chamar *relativização do binômio direito-processo*²⁷. Conforme leciona José Roberto dos Santos Bedaque “essa ‘revisitação’ requer nova análise interna do sistema processual, para adaptá-la às necessidades externas”, bem como a “consciência de que os institutos processuais são concebidos à luz do direito material”, o que permite concluir que “a distância entre direito e processo é muito menor do que se imaginava e que a reaproximação de ambos não compromete a autonomia da Ciência Processual”²⁸.

Também Geovany Cardoso Jevaux reporta-se ao íntimo relacionamento entre direito e processo quando observa, em doutrina, que “o direito material funciona como ponto de partida para o direito processual, no sentido de não se pensar o processo em direção ao direito material, mas, bem ao contrário, pensar-se do direito material para o direito processual”²⁹. Conquanto não se afeiçoe à doutrina do instrumentalismo³⁰, Jevaux procura demonstrar, a partir de exemplos práticos³¹, a interdependência do direito processual em relação ao direito

259

²⁵ Quanto a isso, Bedaque acentua que “o estudo da tutela jurisdicional revela o fim da fase autonomista do direito processual” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. op. cit., p. 164).

²⁶ Sobre a argumentação que se segue, cf.: MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. op. cit., p. 38-46/passim.

²⁷ A propósito, cf.: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. op. cit., p. 272; e BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. op. cit., p. 13.

²⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. op. cit., p. 14-15.

²⁹ JEVEAUX, Geovany Cardoso. As relações entre o direito material e o direito processual. In: MAZZEI, Rodrigo. *Questões processuais do Novo Código Civil*. Barueri: Minha Editora; Vitória: Instituto Capixaba de Estudos; 2006, p. 07.

³⁰ Em suas próprias palavras: “Essa pugna hegemônica entre correntes do direito processual contribui para obscurecer a noção de instrumentalidade, ao mesmo tempo em que a torna um pseudo-sinônimo para a desformalização do direito processual e para a sua maior proximidade do direito material, no sentido da sua realização prática. Trata-se de uma falsa promessa teorizar sobre o processo como um instrumento do direito material, e, portanto, torná-lo inacessível à comunidade acadêmica e mesmo incompreensível no sentido cognitivo do termo, mediante o emprego de teorias abstratas que mais confundem do que explicam” (JEVEAUX, Geovany Cardoso. As relações entre o direito material e o direito processual. op. cit., p. 02).

³¹ Jevaux enuncia “três exemplos paradigmáticos que chamam a atenção para a proximidade entre o direito material e o direito processual e que exigem conhecimento do primeiro para se chegar ao real sentido do



material, para dispor, em arremate, que “é preciso, cada vez mais, chamar a atenção para a importância do direito material como base do ensino jurídico, a fim de que os acadêmicos do curso de direito não se transformem em formalistas que ignoram o direito subjetivo material”³².

Disso resulta, a compreensão, expressada por Dinamarco, de que a autonomia (do processo) não deve ser confundida com isolamento, pois “o processo e o direito completam-se e a boa compreensão de um exige o suficiente conhecimento do outro”³³. Destarte, se o direito material “é constituído por um conjunto de normas destinadas a regular conflitos de interesses, de natureza individual ou coletiva, determinando qual deve prevalecer”, e se é verdade que o direito processual “é formado por regras cuja finalidade é garantir que a norma substancial seja atuada, mesmo quando o destinatário não o faça espontaneamente”³⁴, a *relativização do binômio direito-processo*, compreendida como esforço dos julgadores para promover a flexibilização do formalismo processual com vistas à realização do direito material deduzido em juízo, apresenta-se, sob certa ótica, como tecnologia capaz de induzir o acesso dos jurisdicionados a uma ordem jurídica justa.

260

Assim, o prognóstico dos instrumentalistas para assegurar a realização, no processo, do Direito e da justiça assenta-se na necessidade de que os juízes (consequência da atribuição à jurisdição de uma posição central na Teoria do Processo) promovam uma reaproximação entre o direito processual e o direito material (consequência da *relativização do binômio direito-processo*), de modo a que, nos casos concretos, as formalidades processuais não impeçam a consecução desse objetivo.

2 O FORMALISMO-VALORATIVO COMO ALTERNATIVA AO INSTRUMENTALISMO

segundo” (JEVEAUX, Geovany Cardoso. As relações entre o direito material e o direito processual. op. cit., p. 08), tratando, com esse propósito, dos direitos adquiridos processuais (JEVEAUX, Geovany Cardoso. As relações entre o direito material e o direito processual. op. cit., p. 09-14/passim), da decadência, prescrição, perempção e preclusão (JEVEAUX, Geovany Cardoso. As relações entre o direito material e o direito processual. op. cit., p. 14-15/passim) e da influência da teoria das obrigações no processo (JEVEAUX, Geovany Cardoso. As relações entre o direito material e o direito processual. op. cit., p. 15-21/passim).

³² JEVEAUX, Geovany Cardoso. As relações entre o direito material e o direito processual. op. cit., p. 21.

³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. op. cit., p. 272.

³⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. op. cit., p. 11.

A opção metodológica por atribuir à jurisdição uma posição central na Teoria do Processo (caractere fundamental do instrumentalismo) é objeto de crítica contundente dirigida à “Teoria da Instrumentalidade do Processo”, pautada na afirmação de que, adotada essa premissa, não existiriam mecanismos adequados ao controle da atividade jurisdicional³⁵. O que se dá é que o instrumentalismo, quando privilegia a jurisdição em detrimento da ação e do processo, concebe e avaliza a conformação de uma relação assimétrica entre o juiz e as partes, conferindo ao julgador posição de superioridade no processo, o que abre campo, por um lado, para a prolação de decisões judiciais arbitrárias e, por outro, para que a parte sucumbente prossiga questionando a justiça da decisão proferida mesmo após o encerramento das discussões no ambiente processual.

Não se questiona que a realização da justiça insere-se entre os anseios do instrumentalismo, que inaugura, enquanto proposição teórica, a preocupação dos processualistas brasileiros com os resultados do processo, assim como com a entrega de uma prestação jurisdicional efetiva e adequada. Aliás, é preciso que se diga, por questão de justiça, que foi a partir desse zelo dos instrumentalistas com os resultados do processo que se fomentaram as condições necessárias para a virada de paradigma que pôs a termo entre nós a fase autonomista do desenvolvimento do direito processual. Contudo, o instrumentalismo, quando coloca a jurisdição ao centro da Teoria, parece circunscrever o papel dos juízes à realização no processo um direito material pré-existente³⁶, e por isso parece assimilar a

261

³⁵ Sobre a argumentação que se segue, cf.: MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. op. cit., p. 57-67/passim.

³⁶ Ao ensejo, Hermes Zaneti Júnior alude a uma tomada de posição de Dinamarco, assim como de grande parte dos juristas de tradição romano-germânica, pela teoria dualista (capitaneada por Chiovenda, em que se identificam dois planos bem distintos, o do direito material e o do direito processual, e onde prevalece a compreensão de que a sentença apenas revela “direitos”), com a consequente rejeição à teoria monista ou unitária (capitaneada por Carnelutti e que seria caracterizada por uma fusão entre processo e direito material em uma só unidade, sendo a produção de direitos subjetivos, obrigações e concretas relações jurídicas obra da sentença judicial) (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 229). O problema é descrito por Zaneti nesta outra passagem de sua obra: “Infelizmente, contudo, com o mesmo brilhantismo com que Dinamarco defende a utilização da ‘técnica jurídica a serviço dos objetivos políticos e sociais’ (Ibidem, p. 151), afasta completamente a atividade criativa do juiz, ao afirmar que ‘excluída a integração do sistema processual no labor de criação das situações jurídicas de direito material e tendo-se por demonstrada a tese dualista do ordenamento jurídico [direito material/direito processual], chega-se com naturalidade ao reconhecimento de que o escopo jurídico da jurisdição não é a ‘composição das lides’, ou seja, o estabelecimento da regra que disciplina e da solução em cada uma delas em concreto; a regra do caso concreto já existia antes, perfeita e acabada, interessando agora dar-lhe efetividade, ou seja, promover sua atuação’ (Ibidem, p. 209)” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. op. cit., p. 138, nota de rodapé).

acepção de justiça própria do pensamento positivista³⁷, de inspiração liberal-burguesa, segundo a qual justo seria tudo quanto estivesse impresso nos textos legais³⁸.

Nesse ponto se situa a crítica de José Joaquim Calmon de Passos, para quem “o modismo da ‘instrumentalidade do processo’ camufla [...] equívoco a ser corrigido”³⁹, pois antes de o direito condicionar o processo, é o processo que condiciona o direito⁴⁰. Afinal, conforme leciona Antônio Adonias Aguiar Bastos, o processo, conquanto deva propiciar a solução de conflitos e a efetivação do direito material, não é apenas um instrumento para dizer o direito material, que somente acontecerá (leia-se: será produzido) “no processo e pelo processo judicial”, visto que nele (processo) é que será criado o direito do caso concreto, o que faz com ele (processo) se apresente como elemento integrativo do Direito⁴¹. Disso resulta a observação de Bastos quanto a ser “inconcebível a ideia de que, existindo as regras de direito material no ordenamento jurídico, o juiz simplesmente utilizaria um método para verificar se tais normas de direito material incidem sobre um dado caso concreto”, de modo a dizer um direito “que já seria pré-existente ao momento processual, como se estivesse ‘entificado’, como se fosse uma coisa dada por si mesmo”, pois é “impróprio acreditar que o processo judicial é o método pelo qual o juiz (intérprete-aplicador) alcançará a verdade, dizendo a solução jurídica previamente existente para o caso concreto, como se a atividade processual não interferisse e não integrasse o próprio objeto do litígio”⁴², como parecem defender os instrumentalistas brasileiros. O que ocorre na prática é que o julgador, quando

³⁷ É o que se infere da seguinte síntese descritiva do instrumentalismo, construída por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “[...] o processo passa a ser encarado como instrumento de realização do direito material. Ainda se verifica o predomínio do positivismo, embora outras concepções do mundo jurídico comecem a surgir aqui e ali. O juiz passa a ser ativo. Prepondera o enfoque técnico e o único valor ressaltado pelos processualistas, mesmo assim, apenas a partir dos anos 70 do século XX, é o da efetividade. O direito constitucional, embora já objeto de alguma elaboração doutrinária, não é colocado em lugar de destaque, geralmente é compreendido tão-somente na ótica das garantias, vale dizer como noção fechada, de pouca mobilidade, visualizada mais como salvaguarda do cidadão contra o arbítrio estatal” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 3. ed. São Paulo Saraiva, 2009, p. 02-03).

³⁸ Norberto Bobbio refere, em sua obra, a essa versão extremista do positivismo, segundo a qual o direito é sempre justo, por si mesmo, pelo simples fato de ser válido (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 230).

³⁹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo*. n. 102, ano 26, abril/junho 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 57.

⁴⁰ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal, cit., p. 57.

⁴¹ BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. Uma análise fenomenológica do processo: crítica à teoria da instrumentalidade. *Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 01-02.

⁴² BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. Uma análise fenomenológica do processo: crítica à teoria da instrumentalidade. op. cit., p. 10.

forma a sua compreensão sobre o objeto litigioso (atividade intelectual que invariavelmente é afetada pelas especificidades do ambiente fático que emoldura a contenda e também pelos valores que compõem a sua formação cultural⁴³), “cria uma norma jurídica (sentença) que operará seus efeitos, só aí produzindo conteúdo, anteriormente inexistente”⁴⁴. Nessa perspectiva, o magistrado, como interprete, opera a reconstrução do direito positivado nos textos legais (pretensão de correção⁴⁵), com vistas à justa aplicação do Direito, o que impõe a observância no curso do processo de “rigorosa disciplina, em todos os seus aspectos - agentes, organização e procedimentos -, sob pena de se privilegiar o arbítrio dos decisores”, como arremata Calmon de Passos⁴⁶.

Essas premissas foram assumidas pelo formalismo-valorativo, construção teórica singular concebida no seio da escola processual gaúcha sob a liderança de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira⁴⁷ e que ainda se encontra em franco desenvolvimento⁴⁸, cujo objetivo, nas palavras desse professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, é “analisar a antinomia existente entre formalismo e justiça, buscando dar solução a esse aflitivo problema que assola o direito processual”⁴⁹. O formalismo-valorativo distingue-se do instrumentalismo por se designar como *formalismo*, quando coloca o processo (e não a jurisdição) ao centro da Teoria, como técnica adequada a induzir a proteção dos jurisdicionados contra o arbítrio dos julgadores; e por pretender ser *valorativo*, quando assume que a atividade cognitiva

⁴³ Quanto a isso, cf.: REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998; REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1968; SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*. 16. ed. México, D.F.: Editorial Porrúa S.A., 2009; e MADUREIRA, Claudio. Recasens Siches e a aplicação do direito a partir da interação entre norma, fato e valor. *Derecho y Cambio Social*. n. 40, abr.-2015. Disponível em: <http://www.derechocambiosocial.com/revista040/RECASENS_SICHES_E_A_APLICACAO_DO_DIREITO.pdf>; acesso em 24 de setembro de 2015).

⁴⁴ BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. Uma análise fenomenológica do processo: crítica à teoria da instrumentalidade. op. cit., p. 10.

⁴⁵ Cf.: ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 21.

⁴⁶ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. op. cit., p. 57.

⁴⁷ A propósito, Zaneti relata que a expressão formalismo-valorativo foi cunhada por Alvaro de Oliveira em aula do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul no ano de 2004 (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. op. cit., p. 44/Nota de rodapé).

⁴⁸ Ao que nos convida Alberto Alvaro de Oliveira, quando afirma ser “preciso repensar o problema como um todo, verificar as vertentes políticas, culturais e axiológicas dos fatores condicionantes e determinantes da estruturação e organização do processo, estabelecer enfim os fundamentos do formalismo-valorativo” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo. *Cadernos de direito processual – PPGDIR-UFES*, v. 2. p. 17).

⁴⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo. op. cit., p. 13

desenvolvida no ambiente processual se destina à reconstrução do direito positivo pelos intérpretes/aplicadores (inclusive mediante a consideração de elementos axiológicos) e por isso identifica o processo como direito fundamental do cidadão e como ambiente de criação do Direito.

2.1 A qualificação do processo como um direito fundamental do cidadão

O formalismo-valorativo qualifica o processo como um direito do cidadão, o que faz incidir sobre as normas que o disciplinam o regime jurídico dos direitos fundamentais⁵⁰. Disso resulta a observação de seus adeptos quanto a existir um direito fundamental do jurisdicionado ao processo justo⁵¹.

Semelhante aspiração teórica é compartilhada pelos instrumentalistas, que também se propõem a induzir a realização da justiça no processo. A rigor, a distinção entre as teorias é de perspectiva.

O cumprimento dessa expectativa, sob a tecnologia instrumentalista, restringe-se ao campo da flexibilização do formalismo processual em favor da realização de um direito material pré-existente (ou da aplicação justa do direito positivo), não abarcando, assim, considerações sobre a justa aplicação do Direito (ou sobre a aplicação de um Direito justo). Aliás, o instrumentalismo, precisamente porque tenciona realizar a justiça sob viés exclusivamente procedimental, encontra dificuldades para concretizar esse objetivo, visto que, na medida em que se dedica a tornar efetivo o direito positivo, apenas pode pretender realizá-la quando forem justos os textos legais aplicados. Ao ensejo, não é demais recobrar que a efetividade do direito positivo e a realização da justiça não necessariamente andam juntas, como se viu (para citar um exemplo bastante contundente) no regime jurídico nazista (cuja incidência propiciou, entre outras barbaridades, a perseguição ao povo judeu e o ideal de purificação da raça ariana), que era muito efetivo, mas nada justo. Destarte, somente se fossem justas todas as leis editadas pelo Parlamento e, ainda assim, se justa fosse a sua aplicação a todas as contendas que emergem das relações sociais e culturais que compõem o

⁵⁰ Sobre a argumentação que se segue, cf.: MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. op. cit., p. 77-79/passim.

⁵¹ Cf.: ZANETI JR. Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. op. cit., p. 44.



mundo da vida (o que é desmentido pela experiência cotidiana) é que se poderia cogitar da realização da justiça sob a tecnologia instrumentalista.

O formalismo-valorativo, por sua vez, sustenta que o Direito é construído (criado) no contexto da aplicação dos textos normativos aos casos concretos, mormente no processo judicial (do que resulta a identificação do processo como ambiente de criação do Direito), sob a mediação do formalismo que lhe é característico (do que resulta a atribuição ao processo - e não à jurisdição - de uma posição central na Teoria). Esses serão os objetos das considerações tecidas nos tópicos subseqüentes.

2.2 A identificação do processo como ambiente de criação do Direito

A segunda nota distintiva entre as teorias reside na circunstância de o formalismo-valorativo encarar o processo como ambiente de criação do Direito, assumindo, assim, acepção de justiça potencialmente distinta daquela adotada pela “Teoria da Instrumentalidade do Processo”⁵². A tecnologia empregada pelos formalistas-valorativos é ilustrada pela “Teoria Circular dos Planos”⁵³, segundo a qual, na observação de Daniel Mitidiero em referência à obra de Hermes Zaneti Júnior, “o processo deve partir do direito material, da realidade substancial, e ao direito material deve voltar”⁵⁴. Nessa perspectiva, “o processo devolve (sempre) algo diverso do direito material afirmado pelo autor, na inicial, algo que por sua vez é diverso mesmo da norma expressa do direito material positivado”, de maneira “que entre o processo e o direito material ocorre uma relação circular”, segundo a qual “o processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele”⁵⁵. Disso resulta, “que o direito processual é essencial ao direito material, assim como esse é igualmente fundamental àquele”⁵⁶. Afinal, “sem o direito material, o processo civil

265

⁵² Sobre a argumentação que se segue, cf.: MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. op. cit., p. 79-87/passim.

⁵³ Inicialmente designada por Zaneti como “Teoria da Relação Circular” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Direito material e direito processual: relações e perspectivas*. *Revista Processo e Constituição – Coleção Galeno Lacerda de Estudos de Direito Constitucional*, 2004, p. 248).

⁵⁴ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. op. cit., p. 70.

⁵⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. op. cit., p. 204-205.

⁵⁶ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. op. cit., p. 71.

simplesmente não teria função alguma”, enquanto que “sem o direito processual, o direito material não conseguiria superar eventuais crises na sua realização”⁵⁷⁻⁵⁸.

A diretriz metodológica que orienta essa proposição teórica é a de que o Direito do caso concreto decorre da atividade cognitiva dos interpretes (aplicadores), que, por sua vez, deve ser fundada em construções jurídicas embasadas no direito positivo, mas adequadamente temperadas no campo da sua aplicação. Afinal, a realização do Direito, conquanto parta da identificação e da seleção dos enunciados prescritivos em tese aplicáveis aos casos concretos, também abarca a interpretação desses textos normativos⁵⁹. Essa atividade cognitiva pressupõe

⁵⁷ MITIDIÉRO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. op. cit., p. 71.

⁵⁸ Sobre o assunto, ler também: AMARAL, Guilherme Rizzo. A polêmica em torno da ação de direito material. *Revista de processo e constituição*. n. 2, maio/2005. Porto Alegre: UFRGS, 2005, p. 83-100.

⁵⁹ Norberto Bobbio, em obra dedicada ao estudo do positivismo jurídico, assevera que “interpretar significa remontar do signo (*signum*) à coisa significada (*designatum*), isto é, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada” (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, cit., p. 212). O que com isso quis dizer o professor italiano é que “a linguagem humana (falada ou escrita) é um complexo de signos” e, assim, exige interpretação, já que “a relação existente entre o signo e a coisa significada (neste caso, entre a palavra e a ideia) não é uma relação necessária, mas puramente convencional, tanto que a mesma ideia pode ser expressa de modos diversos (o mesmo objeto, aliás, é indicado em cada língua com um som diverso)” (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, cit., p. 212-213). Daí a sua conclusão quanto a haver um certo desajuste entre a *ideia* e a *palavra*, que decorre da circunstância de a *ideia* ser mais rica, mais complexa, mais articulada do que a *palavra* utilizada para exprimi-la (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, cit., p. 213). Semelhante observação, conquanto singela, é melhor aclarada no contexto da *semiótica*, ramo de conhecimento qualificado por Luiz Alberto Warat como teoria geral dos sistemas sógnicos (WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1995, p. 11). O *signo*, em tal conceituação, é a unidade mínima de comunicação; e é composto por três elementos: o *suporte físico*, o *significado* e o *significante*. Nesse contexto, o *suporte físico* é designado como a expressão material do *signo*, o *significado* como o seu objeto real ou imaginário e o *significante* como a ideia ou conceito que os intérpretes formam acerca do *suporte físico*. Se transpusermos esse *modelo semiótico* para o campo da interpretação e aplicação do Direito, teremos no direito positivo o *suporte físico*, nas pré-compreensões dos intérpretes acerca da real conformação da norma abstrata em tese aplicável ao caso (direito) ou da conduta humana à qual essa norma em tese se aplica (fato) o seu *significado* e na norma jurídica (concreta) incidente sobre o caso, então construída, por meio de exercício hermenêutico, a *significação* que os juristas atribuem ao seu *objeto cognoscível* (Cf.: CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 06-07). Destrinchada, nesses termos, a atividade cognitiva exercida pelos intérpretes com vistas à compreensão do direito positivado dos textos legais, assim como à sua ulterior aplicação, temos que o que Bobbio quis dizer quando referiu à existência de um certo desajuste entre a *ideia* (*significante*) e a *palavra* (*suporte físico*) foi que o direito colhido dos textos legais não necessariamente coincidirá com o Direito aplicado ao caso concreto. Com efeito, se a *significação* remonta à *ideia* (ou conceito) que o intérprete tem do *suporte físico* analisado (no caso, do direito positivo), e se essa percepção (da *significação*) é mutável no ambiente cognitivo do direito positivado nos textos legais, em vista da reconstrução dos conceitos jurídicos pelo intérprete, resultado das suas pré-compreensões acerca da norma jurídica em tese aplicável ou da conduta humana à qual ela se aplica (*significado*), não restam dúvidas de que a *norma individual* a ser revelada não necessariamente reproduzirá o que resta prescrito nos textos legais. E isso ocorre, quando menos, porque essa *ideia* (*significação*) formada pelo interprete acerca do seu objeto de análise (o direito positivo) é claramente influenciada pelas peculiaridades do caso concreto, isto é, porque a atividade do intérprete quando procura no ordenamento jurídico-positivo a *norma abstrata* capaz de regular o caso submetido à sua avaliação não se dissocia da decomposição do problema apresentado e da identificação, nos fatos, de caracteres e notas capazes de efetivar a ligação do fenômeno aos conceitos.

a investigação do real sentido das palavras neles contidas, que se realiza no contexto de uma interpretação contextual (ou sistemática) do ordenamento jurídico, por meio da qual os intérpretes (aplicadores) procuram descobrir o sentido da lei (ou o seu espírito) a partir da sua referência ao direito positivo quando considerado em sua integridade⁶⁰. No entanto, nesse contexto, também lhes compete investigar, à luz das especificidades do ambiente fático que emoldura a contenda, se a norma (abstrata) em tese aplicável está apta a incidir sobre o caso concreto, podendo chegar, num estágio mais avançado, notadamente quando se cogita da incidência de princípios jurídicos⁶¹, à introdução do elemento axiológico nessa sua tarefa interpretativa⁶², pela via de uma sua referência a valores juridicizados pelo legislador⁶³. Daí a absoluta pertinência da observação de Mitidiero quanto a ser o processo não apenas “um

⁶⁰ Sobre a interpretação sistemática, Carlos Maximiliano preceitua que ela consiste na comparação do “dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto”, com vistas a que “por umas” se conheça “o espírito das outras” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957, p. 164).

⁶¹ Quanto a isso, Samuel Meira Brasil Júnior recobra de que Ronald Dworkin foi um dos primeiros autores a procurar estabelecer um critério científico para a distinção entre as regras e os princípios (BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 86-87). O objetivo do estudo de Dworkin, segundo Humberto Ávila, era fazer “um ataque geral ao Positivismo (*general attack on Positivism*), sobretudo no que se refere ao modo aberto de argumentação permitido pela aplicação do que ele viria a definir como princípios (*principles*)” (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 28). Ávila leciona que, conforme Dworkin, “as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (*all-or-nothing*)”, de maneira que havendo colisão entre elas, uma delas deve ser considerada inválida, ao passo que os princípios “não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. op. cit., p. 28). Samuel Brasil também refere ao magistério de Robert Alexy, pondo em destaque a circunstância de esse professor alemão haver qualificado os princípios como “mandamentos de otimização (*Optimierungsgebote*)” (BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. op. cit., p. 87). Em rigor, Alexy, “partindo das considerações de Dworkin, precisou ainda mais o conceito de princípios”, como expõe Humberto Ávila (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 28). Abstraindo as distinções entre as doutrinas de Dworkin e Alexy, cuja discussão extrapola aos objetivos deste estudo, o fato é que os princípios jurídicos “têm uma idoneidade irradiante que lhes permite <<ligar>> ou cimentar objectivamente todo o sistema”, como disse Canotilho (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1.163), e se qualificam, conforme Miguel Reale, como “enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas” (REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. op. cit., p. 306-307).

⁶² A propósito, recobro a lição de Humberto Ávila, quando observa que “os valores constituem o aspecto axiológico das normas, na medida em que indicam que algo é bom e, por isso, digno de ser buscado ou preservado”, ao passo que “os princípios constituem o aspecto deontológico dos valores, pois, além de demonstrarem que algo vale a pena ser buscado, determinam que esse estado de coisa deve ser promovido” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. op. cit., p. 95).

⁶³ Sobre o assunto, ler também: MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*, op. cit., p. 117-206/passim.

instrumento do direito material”, mas também “um momento constitutivo deste, sendo a atividade jurisdicional sempre e em alguma medida, criativa da normatividade estatal”⁶⁴.

Destarte, sob a ótica do formalismo-valorativo, o direito positivo é reconstruído pelos intérpretes no processo judicial, contexto em que, sob a medição do formalismo, conjugam-se, em um ambiente dialógico, os esforços do julgador e dos contendores no sentido da sua justa aplicação. Eis, então, o cerne da cizânia entre as teorias: se o instrumentalismo apregoa a flexibilização do direito processual como técnica adequada à realização no processo de um direito material pré-existente e, partir dele, do ideal de justiça; para o formalismo-valorativo mesmo o direito material deve ser flexibilizado, no sentido da sua justa aplicação, visto que a efetiva conformação do direito material aplicável aos casos concretos apenas sobressai da sua incidência casuística, mormente no ambiente processual.

Assim, o processo civil do formalismo-valorativo não se destina tão-somente à declaração da vontade concreta da lei (ou do direito positivo). Sua tarefa é “ordenar os debates dentro de um procedimento apto a permitir a *correta* aplicação do Direito (pretensão de correção)”, como adverte Zaneti⁶⁵; que com isso identifica a perspectiva metodológica do formalismo-valorativo com a teoria do discurso, descrita por Robert Alexy como uma teoria procedimental da correção prática do Direito⁶⁶; que, por sua vez, deriva da conjugação no processo de discursos práticos reais, que se distinguem “pelo fato de neles [...] ser procurada a resposta a uma questão prática”⁶⁷. Destarte, para o formalismo-valorativo, a justiça, em vez de identificar-se com o direito positivo (como parecem defender os instrumentalistas brasileiros), sobressai justamente dessa atividade corretiva (ou reconstrutiva) desempenhada pelos intérpretes (aplicadores), visto que, para essa singular doutrina concebida pela escola processual gaúcha, o sentido normativo não está no texto da norma abstrata, mas no próprio intérprete.

Vê-se, pois, que o formalismo-valorativo se propõe a pensar o direito a partir do próprio problema, assumindo, assim, uma perspectiva “tópico-retórica”, como defendem em doutrina

⁶⁴ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. op. cit., p. 72-73.

⁶⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. op. cit., p. 65.

⁶⁶ ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. op. cit., p. 25.

⁶⁷ ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. op. cit., p. 28-29.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira⁶⁸ e Hermes Zaneti Júnior⁶⁹⁻⁷⁰. A propósito, cumpre referir à lição de Theodor Viehweg, que designa a tópica como uma técnica do pensamento orientada para o problema⁷¹, cujo campo de aplicação é exatamente a interpretação, por meio da qual se torna possível ao intérprete, sem violar as antigas formas, descobrir novas possibilidades de compreensão⁷². Referências semelhantes podem ser extraídas do seguinte trecho da obra de José Joaquim Gomes Canotilho:

“O método tópico-problemático, no âmbito do direito constitucional, parte das seguintes premissas: (1) *carácter prático* da interpretação constitucional, dado que, como toda a interpretação, procura resolver os problemas concretos; (2) *carácter aberto, fragmentário ou indeterminado* da lei constitucional; (3) *preferência pela discussão do problema* em virtude da *open texture* (abertura) das normas constitucionais que não permitam qualquer dedução subsuntiva a partir delas mesmo.

A interpretação da constituição reconduzir-se-ia, assim, a um *processo aberto de argumentação* entre os vários participantes (pluralismo de intérpretes) através da qual se tenta adaptar ou adequar a norma constitucional ao caso concreto. Os aplicadores-interpretadores servem-se de vários *tópoi* ou ponto de vista, sujeitos à prova das opiniões pró ou contra, a fim de descortinar, dentro das várias possibilidades derivadas da polissemia de sentido do texto constitucional, a interpretação mais convincente para o problema. A tópica seria, assim, uma arte de invenção (*inventio*) e, como tal, técnica do pensar problemático. Os vários tópicos teriam como função: (i) servir de *auxiliar* de orientação para o intérprete; (ii) constituir um *guia de discussão* dos problemas; (iii) permitir a decisão do problema *jurídico* em discussão”⁷³.

269

Não se nega que Canotilho vê com ressalvas a utilização de uma metódica tópico-problemática no campo da aplicação do Direito. Para esse professor português “a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas desta para os problemas”, por ser “actividade normativamente vinculada, constituindo a *constitutio scripta* um limite ineliminável (Hesse) que não admite o sacrifício da primazia da norma em prol da prioridade

⁶⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁶⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. op. cit., p. 88.

⁷⁰ Conforme Zaneti: “o método antigo (tópica) tem a seguinte metodologia: o ponto de partida é formado pelo *sensus communis* (sentido comum, *common sense*), que manipula com o verossímil (*verossimila*), inter-relaciona pontos de vista de acordo com os cânones da tópica retórica, atuando por meio de um tecido de silogismos. Esse tecido de silogismos pode ser denominado epiqueirema” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. op. cit., p. 85).

⁷¹ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2008, p. 33.

⁷² VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. op. cit., p. 43-44.

⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. op. cit., p. 1.211.



do problema (F. Müller)”. Canotilho sustenta, então, que mais adequado à concretização dos direitos no Estado Constitucional é o método “hermenêutico-concretizador”, que tem por premissa a “ideia de que a leitura de um texto normativo se inicia pela pré-compreensão do seu sentido através do intérprete”, consistindo em “uma compreensão de sentido, um preenchimento de sentido juridicamente criador, em que o intérprete efectua uma actividade prático-normativa, concretizando a norma para e a partir de uma situação histórica concreta”⁷⁴. Esse método, em suas próprias palavras:

“[...] vem realçar e iluminar vários pressupostos da tarefa interpretativa: (1) os pressupostos subjectivos, dado que o intérprete desempenha um papel criador (pré-compreensão) na tarefa de obtenção do sentido do texto constitucional: (2) os pressupostos objectivos, isto é, o *contexto*, actuando o intérprete como operador de mediações entre o texto e a situação em que se aplica: (3) relação entre o *texto* e o *contexto* com a mediação criadora do intérprete, transformando a interpretação em <<movimento de ir e vir>> (círculo hermenêutico)”⁷⁵.

Semelhante compreensão, entretanto, não se incompatibiliza com a proposição do formalismo-valorativo quanto à adoção de uma racionalidade prática discursiva e do discurso prático do caso especial como instrumento de resolução dos problemas, sobretudo na perspectiva projetada por Zaneti quando dispôs que, nesse contexto, a lei, a dogmática e os precedentes formariam “os catálogos tópicos especiais com que o jurista deve lidar para obter um discurso racional”⁷⁶. Com efeito, se a divergência identificada por Canotilho entre os métodos “tópico-problemático” e “hermenêutico-concretizador” reside na circunstância de que “o último pressupõe ou admite o primado do problema perante a norma”, ao passo que “o primeiro assenta no pressuposto do primado do texto [...] em face do problema”⁷⁷, e se, sob a ótica do formalismo-valorativo, a norma jurídica integra, e com posição de destaque, os catálogos tópicos que são consultados pelos intérpretes no contexto da aplicação do Direito, é natural que se conclua que a distinção apontada pelo constitucionalista não impede a consecução dos objetivos da teoria. É que aqui não ocorre, como na hipótese aventada pelo professor português, a desconsideração da norma abstrata na construção da solução aplicada ao problema. Essa solução, conquanto seja construída sob a perspectiva do problema

⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. op. cit., p. 1.212.

⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. op. cit., p. 1.212.

⁷⁶ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. op. cit., p. 88.

⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. op. cit., p. 1.212.

(conforme prevê o método tópico-problemático) e ainda que não seja orientada pela aplicação mecânica de um direito material pré-existente (já que toma em consideração, além das especificidades fáticas do problema, a carga axiológica do regime jurídico, revelada pelo posicionamento da jurisprudência no contexto da resolução de casos semelhantes), tem por pré-condição necessária uma referência do julgador à norma abstrata, que figura, sob a ótica do formalismo-valorativo, como ponto de referência (ou catálogo tópico, para utilizarmos a expressão empregada por Zaneti⁷⁸) para a aplicação casuística do Direito.

O que interessa, a bem da verdade, é que a aplicação do Direito no processo civil do formalismo-valorativo exige um trabalho interpretativo concretizador, cuja base metódica reside na circunstância, descrita por Canotilho com a clareza que lhe é peculiar, de as funções do Estado serem exercidas por órgãos que, segundo a sua estrutura interna, composição e métodos de trabalho, estejam legitimados para tomar decisões eficientes segundo procedimentos justos e para suportar a responsabilidade pelos resultados da sua decisão⁷⁹. É do contexto dessa atividade interpretativa concretizadora que sobressai a terceira nota distintiva entre o instrumentalismo e o formalismo-valorativo, consistente na identificação do processo, ou do formalismo que lhe é característico, como elemento central da Teoria.

271

2.3 A atribuição ao processo de uma posição central na Teoria

Em franca divergência com o instrumentalismo (que, como visto, atribui à jurisdição uma posição central na Teoria do Processo), o formalismo-valorativo coloca o processo ao centro da Teoria⁸⁰. Em defesa da posição instrumentalista, Dinamarco sugere que o processo não pode ser designado como elemento central porque ele, “em si próprio, como conjunto ou modelo de atos, traz profunda e indisfarçável marca de formalismo”⁸¹. Daí que, para esse professor paulista, “colocar como polo principal do sistema esse instituto assim marcadamente formal e potencialmente instrumental conduziria aos extremos de incluir na teoria geral áreas jurídicas até onde não chega a utilidade desta”⁸².

⁷⁸ Cf.: ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. op. cit., p. 88.

⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. op. cit., p. 1.214-1.215.

⁸⁰ Sobre a argumentação que se segue, cf.: MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. op. cit., p. 87-91/passim.

⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. op. cit., p. 79.

⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. op. cit., p. 79.

Essa afirmação de Dinamarco quanto a ser impróprio colocar ao centro da Teoria esse “instituto assim marcadamente formal” claramente desconsidera a distinção entre *forma*, *formalidade* e *formalismo*, que para o formalismo-valorativo tem fundamental importância para a realização no processo do Direito e da justiça. Com efeito, na lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o *formalismo* (ou *forma* em sentido amplo) não deve ser confundido com a forma do ato processual individualmente considerado, já que “diz respeito à totalidade formal do processo”, porque compreende “não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, a coordenação de sua atividade, a ordenação do procedimento e a organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais”⁸³. O *formalismo* visa, então, assegurar a consecução das finalidades do processo, com destaque para a proteção do jurisdicionado contra a prolação das decisões judiciais arbitrárias (e, portanto, injustas) que podem resultar da inclinação teórica (ínsita à identificação da jurisdição como elemento central da Teoria) quanto a competir aos juízes solucionar os litígios sob a ótica introspectiva da sua percepção pessoal sobre os casos julgados, portanto num contexto em que eles (juízes) não estariam obrigados (como decorrência da atribuição ao processo de uma posição central na Teoria) a considerar e efetivamente enfrentar as razões apresentadas pelos litigantes⁸⁴.

272

⁸³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*. op. cit., p. 14.

⁸⁴ A propósito, Daniel Mitidiero acentua que contraditório “não se cinge mais a garantir tão-somente a bilateralidade da instância, antes conferindo direito, tanto ao demandante como ao demandado, de envidar argumentos para influenciar na conformação da decisão judicial” (MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 37). Assim, para esse professor gaúcho, o contraditório é mais do que uma simples norma de igualdade formal, pois assume “papel central na experiência do processo, cujo resultado não pode ser outro que não um ‘ato de três pessoas’, como um autêntico ambiente democrático e cooperativo” (MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*. op. cit., p. 37-38). Conforme Mitidiero essa acepção renovada do contraditório é resultado da consolidação da “dimensão ativa do caráter fortemente problemático do direito contemporâneo, constatação hoje igualmente corrente, e da complexidade do ordenamento jurídico atual” (MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*. op. cit., p. 37). E induz a compreensão de que a tarefa dos juízes, quanto ao particular, não se exaure na iniciativa de oportunizar às partes uma manifestação no processo, abarcando, também (e principalmente), a imposição a que, na motivação de suas decisões, efetivamente considerem e enfrentem os fundamentos apresentados. Seguindo no raciocínio, tem-se que a extensão e a profundidade da motivação construída pelo magistrado para justificar a sua decisão é também decorrência do princípio do contraditório. Até porque, como expôs Mitidiero, noutra contexto: “Na quadra teórica do formalismo-valorativo, pois, o direito ao contraditório leva à previsão de um dever de debate entre o juiz e as partes a respeito do material recolhido ao longo do processo. Esse dever de debate encontra a sua expressão mais saliente no quando da decisão da causa, haja vista a imprescindibilidade de constar, na fundamentação da sentença, acórdão ou decisão monocrática, o enfrentamento pelo órgão jurisdicional das razões deduzidas pelas partes em seus arrazoados, exigência de todo afeiçoada ao Estado Constitucional, que é necessariamente democrático” (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. op. cit., p. 135).

Disso resulta o equívoco da observação de Dinamarco quanto a ser medida desprovida de utilidade prática a identificação do processo (“esse instituto assim marcadamente formal”) como elemento central da Teoria. A propósito, basta ver que a crítica correntemente dirigida ao instrumentalismo (que impediu, ao longo de todos esses anos, que a teoria da instrumentalidade do processo, a despeito de seus méritos, viesse a ser assimilada por parte considerável dos processualistas brasileiros) insere-se precisamente na circunstância de a atribuição à jurisdição dessa posição central na Teoria do Processo ter o condão de desestimular a instituição de mecanismos adequados ao controle à atividade jurisdicional, porque concebe e avaliza a conformação de uma relação assimétrica entre o juiz e as partes, colocando o julgador em posição de superioridade aos contendores, e deixando-os, assim, desprotegidos contra o arbítrio estatal.

Deve estar claro, contudo, que o processo não deve ser encarado, nessa perspectiva, como ato formal e inflexível (*forma*), mas como *formalidade* indispensável a regular e orientar o procedimento. Até porque “o processo civil não é fim em si mesmo”, exatamente porque, em seu curso, a “forma serve como garantia, e não amarra da justiça”⁸⁵, como adverte Hermes Zaneti Júnior. E tal se dá porque o processo funciona, precisamente em razão do formalismo que lhe é característico, como mecanismo de controle da atividade jurisdicional, já que, em seu curso, instaura-se uma relação dialética entre as partes reciprocamente e entre elas e o Estado-Juiz, no curso da qual o julgador e os contendores conjugam seus esforços no sentido da justa aplicação do Direito, equilíbrio que, segundo Zaneti, só é possível “em um quadro institucional que constringe à ‘disponibilidade para a cooperação’, marcada por ‘regras do jogo’ previamente delimitadas e objetivando resultados não-conceituais, à medida que podem ser aceitos pelos participantes por razões diferentes”⁸⁶⁻⁸⁷.

Daí a afirmação, pelos adeptos do formalismo-valorativo, de que um modelo ideal de processo seria aquele em que o magistrado é *paritário no diálogo* (assumindo, assim, uma postura democrática frente ao processo, o que pressupõe a consideração e o efetivo enfrentamento de todas as razões apresentadas pelas partes em suas manifestações processuais) e *assimétrico apenas na decisão* (o que significa dizer que o magistrado, após

⁸⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. op. cit., p. 49.

⁸⁶ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. op. cit., p. 168.

⁸⁷ Sobre o assunto, ler também: MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. op. cit.



considerar as razões apresentadas por uma e outra parte, deverá apresentar uma solução para o litígio)⁸⁸, ambiente dialógico que além de prevenir o arbítrio estatal no campo da aplicação do Direito, fomenta as condições necessárias a que as partes reconheçam a justeza da decisão prolatada, o que converte o processo, sob a mediação do formalismo que lhe é característico, em um verdadeiro instrumento da justiça⁸⁹.

3 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E A INAUGURAÇÃO DE UMA NOVA FASE METODOLÓGICA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

O Código de Processo Civil de 2015 assenta, já em seu artigo 1º, que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas de fundamento da Constituição da República Federativa do Brasil”, indiciando, assim, a adesão do legislador processual às premissas metodológicas, adotadas pelo formalismo-valorativo, quanto a caracterizar-se o processo como direito fundamental do cidadão e como ambiente de criação do Direito. Além disso, a *novatio legis*, embora não rejeite a flexibilização do direito processual como técnica para obter a efetivação do direito material deduzido em juízo e para induzir a realização da justiça no processo (essa que é uma proposta tanto do instrumentalismo quanto do formalismo-valorativo), não parece colocar a jurisdição ao centro da Teoria do Processo, como propõem os instrumentalistas brasileiros⁹⁰.

Tal se infere, primariamente, da veiculação no novo código processual de opção político-normativa pela imposição aos órgãos jurisdicionais que sigam, quando da fundamentação de suas decisões, os precedentes invocados pelas partes (art. 489, p. 1º, VI), que uniformizem a sua jurisprudência com o propósito de mantê-la estável, íntegra e coerente (art. 926), inclusive por meio da edição de súmulas (art. 926, p. 1º), e que observem as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência ou de resolução de

274

⁸⁸ Quanto ao particular, cf., por todos: MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. op. cit., p. 72-73.

⁸⁹ Ou, como sustentei alhures (MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. op. cit., 209-214/passim), como um microssistema do ambiente comunicativo descrito por Habermas no campo da Filosofia do Direito. Sobre o assunto, ler também: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 49-52/passim e 140-143/passim.

⁹⁰ A propósito, cf., por todos: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. op. cit., p. 81.

demandas/recursos repetitivos, as súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e as orientações do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (art. 927). Essas inovações legislativas complementam escolhas normativas feitas pelo legislador ainda na vigência do Código de 1973, quando previu, como forma de conferir celeridade à resolução das contendas, a possibilidade de julgamento dos processos por seus Relatores nos Tribunais (art. 932, IV e V e art. 1.011, I do Código de 2015 e art. 557 e p. 1º-A do Código de 1973), a sentença de improcedência liminar (art. 332 do Código de 2015 e art. 285-A do Código de 1973) e a sistemática de julgamento de recursos repetitivos (art. 1.035, pp. 5º e 8º, art. 1.036 e p. 1º, art. 1.039 e p. único, art. 1.040, I e art. 1.041 e pp. 1º e 2º do Código de 2015 e arts. 543-A, 543-B e 543-C do Código de 1973), todas ancoradas na premissa segundo a qual o direito deve ser aplicado com base na jurisprudência dos Tribunais⁹¹. Essas alterações normativas revelam, conforme Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, a opção do legislador brasileiro pela aplicação entre nós da teoria dos precedentes⁹². Disso resulta que a realização do Direito não mais observa a fórmula geral segundo a qual compete aos juízes aplicar no processo um direito material preexistente, pressupondo, em rigor, a adoção de metódica tópico-problemática⁹³, num contexto em que não apenas a lei, mas também a dogmática e os precedentes compõem os catálogos tópicos empregados pelos intérpretes (aplicadores) para a construção das normas concretas que solucionarão os litígios⁹⁴.

Essa opção político-normativa é perfeitamente compatível com a constatação, feita no plano da Ciência, de que o Direito de nosso tempo se tornou mais flexível, ou talvez mais

275

⁹¹ Cumpre recobrar, ao ensejo, a lição de Dworkin, para quem os juízes, quando decidem casos particulares, estabelecem regras gerais que de algum modo se propõem a beneficiar a comunidade, devendo estar claro que outros juízes, quando vierem a decidir casos posteriores, devem aplicar-lhes essas regras (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 172). Dworkin atribui essa imposição a algo por ele designado como “a força gravitacional de um precedente”, que “pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo”, dispondo, adiante, que “um precedente é um relato de uma decisão política anterior” e que “o próprio fato dessa decisão, enquanto fragmento da história política, oferece alguma razão para se decidir outros casos de maneira similar” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. op. cit., p. 176).

⁹² DIDIER JÚNIOR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processo civil*, v. 2. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 348.

⁹³ Cf.: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. op. cit.; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. op. cit., p. 88; e VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência. Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. op. cit.),

⁹⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. op. cit., p. 88.

“suave”, como sugere Gustavo Zagrebelsky⁹⁵, de modo que, conforme variam os intérpretes, a interpretação do Direito pode resultar em diferentes soluções jurídicas para um mesmo problema. Na precisa alegoria construída por Eros Roberto Grau, “dá-se na interpretação de textos normativos algo análogo ao que se passa na interpretação musical”⁹⁶. Grau observa, quanto a esse pormenor, que “não há uma única interpretação correta (exata) da Sexta Sinfonia de Beethoven”, aduzindo, ao ensejo, que “a Pastoral regida por Toscano, com a Sinfônica de Milão, é diferente da Pastoral regida por Von Karajan, com a Filarmônica de Berlim”, e que “não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são autênticas - e corretas”⁹⁷. Com essas considerações, esse professor paulista rejeita “a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico - ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico”⁹⁸.

Essa constatação refuta a suposição de que o Direito aplicado aos casos concretos se apresenta como imagem espectral do direito positivado nos textos legais. Disso decorre que as decisões jurídicas proferidas no processo não se encontram legitimadas, sob o ponto de vista democrático, pela tão só circunstância de aplicarem textos normativos previamente aprovados pelo Parlamento, onde se reúnem os legítimos representantes do povo; necessitando, assim, legitimar-se também no contexto em que são produzidas; o que impõe a atuação de julgadores que sejam paritários no diálogo e assimétricos apenas na decisão, de modo a que o processo se apresente como ambiente dialógico, que além de prevenir o arbítrio estatal no campo da aplicação do Direito, fomente as condições necessárias a que as partes reconheçam a justiça da decisão prolatada; como postulam os adeptos do formalismo-valorativo⁹⁹.

Esse processo dialógico projetado pelos formalistas-valorativos foi adotado pelo legislador do Código de 2015; que estabelece, entre outras coisas, que considera *desprovido de regular fundamentação* o ato decisório (seja ele uma decisão, uma sentença ou um acórdão) que *não enfrentar todos os fundamentos deduzidos pelas partes* no processo e que possam infirmar a conclusão adotada no julgamento (art. 489, p. 1º, IV), ou que *deixar de*

⁹⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mitte - Legge, Diritti, Giustizia*. Nuova edizione. Torino: Einaudi, 1992.

⁹⁶ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 36.

⁹⁷ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. op. cit., p. 36.

⁹⁸ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. op. cit., p. 36.

⁹⁹ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. op. cit., p. 72-73.



seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, que seja aplicável ao caso e que não tenha sido superado (art. 489, p. 1º, VI); e que prescreve que o desatendimento a essas imposições normativas suscita a caracterização de omissão do julgador, a autorizar a oportuna oposição de embargos declaratórios (art. 1.022, p. único, II). Tamanha foi a preocupação do legislador em conferir semelhante caráter dialético ao processo civil brasileiro que vedou ao Poder Judiciário decidir sobre fundamentos (art. 10) e fatos (art. 473, p. único) sobre as quais não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, orientando aos julgadores que as ouçam antes de proferir decisão que os considere.

Esse processo dialógico concebido pelo Código de 2015 é claramente incompatível com proposição instrumentalista quanto a figurar a jurisdição ao centro da Teoria do Processo, seja porque se fundamenta na compreensão (assimilada pelo legislador processual) de que o Direito aplicado aos casos concretos não necessariamente corresponde ao direito positivado nos textos legais (na medida em que é resultado de atividade criativa desenvolvida pelos intérpretes no processo judicial¹⁰⁰), seja porque, posto isso, as decisões jurídicas proferidas em seu corpo precisam ser legitimadas pela efetiva participação das partes na formação do juízo. E por isso se apresenta, como postulam os formalistas-valorativos, como direito fundamental do cidadão, precisamente porque se qualifica como ambiente de criação do Direito.

Essas constatações, quando conjugadas, orientam que o processo (e não a jurisdição) seja colocado ao centro da Teoria. Delas resulta a inauguração de uma nova fase metodológica no Direito Processual Civil Brasileiro, em substituição à fase instrumentalista, designada por Daniel Mitidiero (em referência à doutrina concebida no seio da escola processual gaúcha por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira) como formalismo-valorativo.

CONCLUSÃO

¹⁰⁰ Quanto a isso, ou se admite, como premissa teórica, que os juízes aplicam no processo um direito material preexistente, e que por isso suas decisões encontram aprioristicamente legitimadas pela circunstância dos textos legais aplicados terem sido aprovados pelo Parlamento; ou se postula (como parece ter feito o legislador processual) que o Direito aplicado aos fatos da vida é mais do que isso, porque também deve ter em consideração as peculiaridades dos casos concretos e a própria influência dos valores no processo de seleção e interpretação das normas abstratas a eles aplicáveis. Ao ensejo, cf.: MADUREIRA, Claudio. Recasens Siches e a aplicação do direito a partir da interação entre norma, fato e valor. op. cit.



Neste artigo, procurou-se induzir a compreensão de que o legislador processual, quando concebeu o Código de Processo Civil de 2015, aderiu às premissas teóricas e às técnicas de atuação propostas pelo formalismo-valorativo, doutrina processual concebida pela escola processual gaúcha, que se distingue do instrumentalismo porque qualifica o processo como direito fundamental do cidadão e como ambiente de criação do Direito, e porque, em vista dessas premissas, propõe que o processo (e não a jurisdição) seja colocado ao centro da Teoria. Essa constatação indica, ainda, que Daniel Mitidiero tinha razão ao afirmar que o formalismo-valorativo descreve, como doutrina jurídica, uma quarta fase metodológica do processo, que, nessa perspectiva, substitui o instrumentalismo, porque apresenta “uma nova visão metodológica, uma nova maneira de pensar o direito processual civil, fruto de nossa evolução cultural”¹⁰¹.

Todavia, não há, aqui, a pretensão de apresentar respostas definitivas às indagações formuladas em seu corpo, ou construir única via interpretativa capaz de solucionar os problemas de que se ocupa. O que se almeja, em rigor, é que essas breves considerações sobre o tema possam suscitar no futuro questionamentos e debates tendentes à sua consolidação no plano da Ciência, com reflexos positivos para a resolução das contendas suscitadas no campo da aplicação do Direito.

278

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. A institucionalização da razão. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

AMARAL, Guilherme Rizzo. A polêmica em torno da ação de direito material. *Revista de processo e constituição*. n. 2, maio/2005. Porto Alegre: UFRGS, 2005.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹⁰¹ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, cit., p. 47.

BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. Uma análise fenomenológica do processo: crítica à teoria da instrumentalidade. *Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processo civil*. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.



JEVEAUX, Geovany Cardoso. As relações entre o direito material e o direito processual. In: MAZZEI, Rodrigo. *Questões processuais do Novo Código Civil*. Barueri: Minha Editora; Vitória: Instituto Capixaba de Estudos; 2006.

MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. Salvador: Juspodivm, 2014.

_____. Recasens Siches e a aplicação do direito a partir da interação entre norma, fato e valor. *Derecho y Cambio Social*. n. 40, abr.-2015. Disponível em: <http://www.derechocambiosocial.com/revista040/RECASENS_SICHES_E_A_APLICACAO_DO_DIREITO.pdf>; acesso em 24 de setembro de 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. v.1. Teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

MAZZEI, Rodrigo. *Questões processuais do Novo Código Civil*. Barueri: Minha Editora; Vitória: Instituto Capixaba de Estudos; 2006.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Processo civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 3. ed. São Paulo Saraiva, 2009.

_____. O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo. *Cadernos de direito processual – PPGDIR-UFES*, v. 2.



_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo*. n. 102, ano 26, abril/junho 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1968.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

281

_____. *Elementos de direito processual civil*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*. 16. ed. México, D.F.: Editorial Porrúa S.A., 2009.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2008.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa* (CPC, arts. 46 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mitte - Legge, Diritti, Giustizia*. Nuova edizione. Torino: Einaudi, 1992.



ZANETI JÚNIOR, Hermes. Direito material e direito processual: relações e perspectivas. *Revista Processo e Constituição – Coleção Galeno Lacerda de Estudos de Direito Constitucional*, 2004.

_____. *Processo Constitucional: o modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Submissão: 29/09/2015
Aceito para Publicação: 06/12/2015



A PARCELA INCONTROVERSA DO PEDIDO: UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E AS NOVAS PERSPECTIVAS DECORRENTES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

THE UNCONTROVERSIAL PART OF THE PETITION: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO THE REASONABLE LENGTH OF PROCEEDINGS AND THE NEW PERSPECTIVES ARISING OUT OF THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE

Caroline Schneider*

Ellen Carina Mattias Sartori**

RESUMO: O direito fundamental à razoável duração do processo, que foi incluído no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal brasileira de 1988 pela Emenda Constitucional nº 45/2004, impõe que o §6º do artigo 273, do Código de Processo Civil vigente, seja interpretado no sentido de constituir uma verdadeira tutela definitiva da parcela incontroversa da demanda, com o fim de garantir sua efetividade e um processo sem dilações indevidas. A partir dessa premissa, o presente artigo busca fazer uma análise da decisão que trata da parcela incontroversa do pedido proferida antes do provimento final do processo. Por fim, o artigo considera as modificações, inerentes ao tema estudado, que foram introduzidas pelo novo Código de Processo Civil.

PALAVRAS-CHAVE: Razoável Duração do Processo. Parcela Incontroversa do Pedido. Efetividade. Novo Código de Processo Civil brasileiro.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Da efetividade da tutela jurisdicional e do direito fundamental à razoável duração do processo. 2. Do conceito de “pedido incontroverso”. 3. Tutela antecipada ou julgamento antecipado parcial do mérito? 4. Sentença ou decisão interlocutória? 5. Novas perspectivas diante do novo Código de Processo Civil. Conclusão. Referências.

ABSTRACT: The fundamental right to the reasonable length of proceedings, which was included in the article 5º, subsection LXXVIII, of the Brazilian Federal Constitution of 1988 by the Constitutional Amendment nº 45/2004, requires that the §6º of the article 273, of the current New Code of Civil Procedure, be interpreted as a real definitive judicial protection of the uncontroversial part of the petition, with aims to guarantee effectiveness and a lawsuit without unseemly dilations. Starting on this premise, the present article seeks to make an analysis of the decision about the uncontroversial part of the petition proffered before the final sentence. Finally, the article considers the modifications, inherent to the studied theme, introduced by the new Code of Civil Procedure.

KEYWORDS: Reasonable Length of Proceedings. Uncontroversial Part of the Petition. Effectiveness. New Brazilian Code of Civil Procedure.

284

INTRODUÇÃO

O direito nasce e evolui de acordo com o rumo tomado pela sociedade. Com o surgimento de novas necessidades, o direito, que é fruto da cultura e da história de um povo,

* Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru – ITE/SP. Especialização em Giustizia Costituzionale e Tutela Giurisdizionale dei Diritti na Università di Pisa. Analista do Seguro Social com formação em Direito. Coordenadora da Escola Superior de Advocacia do Núcleo da Subseção de Ourinhos/SP. Advogada.

** Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais Aplicadas na Instituição Toledo de Ensino – ITE/SP. Pós-graduada *lato sensu*, especialização, em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR. Professora de Direito Civil da Instituição Toledo de Ensino – Faculdade Iteana de Botucatu/SP. Advogada.

se modifica, para se adequar aos novos parâmetros. Não há qualquer possibilidade de haver um ordenamento jurídico estático, há, sim, um ordenamento guiado pelas mudanças sociais, e que também influencia essas mudanças. É, portanto, uma “estrada” de mão dupla, tanto para o direito material como para o direito processual.

Quando do surgimento das primeiras regras processuais, não se fazia a diferenciação entre normas materiais e normas processuais, não havia qualquer autonomia do processo frente ao direito material lesado. No entanto, no final do século XIX, houve uma mudança de paradigma. Com o apontar do ordenamento processual alemão, que tinha como fundamentos instituir um direito processual sem qualquer influência do tempo e da cultura local, e o rompimento com qualquer ligação com o direito material, surge o direito processual como ramo autônomo em relação ao direito material.

E é com essa influência, da fase científica do direito processual, que foram elaborados tanto nosso Código de Processo Civil de 1939, como o de 1973, que embora ainda em vigor, acabou por esbarrar na fase instrumentalista do processo, tida como terceira fase da evolução processual, o que o direcionou para reformas legislativas. É nesse cenário que surge o tema do presente trabalho.

Com a publicação do Código de Processo Civil de 1973, o instituto da tutela antecipada apenas foi inserido dentro de procedimentos especiais de forma bem específica, tal como no procedimento de reintegração de posse, não havendo qualquer norma genérica para que fosse aplicado para todo e qualquer procedimento no decorrer da prestação jurisdicional de conhecimento. No entanto, algo mudou com o início das “minirreformas” processuais.

Em 1994, com a Lei 8.952, que alterou o Código de Processo Civil, é instituída a tutela antecipada genérica no ordenamento pátrio, podendo o juiz, de acordo com o *caput* do artigo 273: “a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação”.¹ Passa-se, portanto, a ser permitida a tutela jurisdicional satisfativa, com base na probabilidade, fundada em cognição sumária.

Apesar da introdução dessa nova modalidade de prestação jurisdicional, com a modernização social e o surgimento de novos direitos, houve a necessidade de nova reforma no artigo 273 do estatuto processual, sendo inserido o §6º pela Lei 10.444/2002, que

¹ BRASIL. Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, Seção 1, 14 dez. 1994.

estabelece: “a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.²

A análise do instituto ganhou especial relevo, todavia, com a reforma constitucional produzida pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que incluiu o direito à razoável duração do processo ao rol dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Com efeito, esse direito fundamental passou a impor que a interpretação a ser dada ao §6º, do artigo 273, seja no sentido de constituir uma verdadeira tutela definitiva da parcela incontroversa da demanda com o fim de garantir a efetividade da tutela jurisdicional. O cenário, no entanto, gerou uma série de discussões na doutrina pátria quanto à natureza dessa decisão, ao recurso cabível e à possibilidade de ação rescisória.

Com a publicação do novo Código de Processo Civil no ano de 2015, a questão da parcela incontroversa da demanda foi aprimorada pelo sistema, com a inserção do artigo 356, que trata do julgamento antecipado parcial do mérito. De modo geral, o novo diploma processual acabou por adotar algumas posições na doutrina e colocará uma “pá de cal” em várias das discussões pretéritas, por abordar diversas nuances do instituto.

Assim, o presente artigo buscará fazer uma análise da decisão proferida pelo órgão jurisdicional, quando não houver qualquer discussão sobre parcela do pedido, concedida antes do provimento final da demanda, à luz dos direitos fundamentais que visam a garantir uma prestação jurisdicional mais efetiva.

O método de pesquisa utilizado foi, essencialmente, o bibliográfico, analisando desde a busca da efetividade processual até a análise em si do novo parâmetro decisório. O método de orientação de conhecimento foi o dedutivo. Partindo de várias premissas referentes à decisão que concede a parcela incontroversa do pedido e à prestação jurisdicional efetiva, chega-se à conclusão do trabalho.³

1 DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL E DO DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

² BRASIL. Lei 10.444, de 7 de maio de 2002. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, Seção 1, 08 mai. 2002. p. 1.

³ METRING, Roberto Araújo. *Pesquisas Científicas: Planejamento para Iniciantes*. 1 ed, 2 reimpr. Curitiba: Jurúia, 2011.

Conforme já afirmado anteriormente, o Código de Processo Civil de 1973, ainda em vigor, nasceu na fase científica do direito processual; no entanto, hoje, nosso ordenamento jurídico processual, guinado pelas transformações sociais e econômicas do país, está na fase, dita pelos processualistas, instrumentalista, e isto gerou a necessidade de sua adequação.

Para adequar o Código às novas exigências foram publicadas três leis ordinárias em sequência, a Lei 10.352, de 26 de dezembro de 2001, a Lei 10.358, de 27 de dezembro de 2001 e a Lei 10.444, de 07 de maio de 2002, “visando mais uma vez a combater, em múltiplas frentes, a excessiva lentidão do processo”.⁴

Pela Lei 10.444/2002 foi inserido no sistema processual o assunto do presente artigo, qual seja, a possibilidade de concessão antecipada quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. Nesse sentido, Zavascki preconiza que “resulta clara a intenção do legislador: não retardar a prestação jurisdicional de um direito manifestamente evidente que, por circunstâncias meramente processuais, está atrelado a outro direito, controvertido”.⁵

Essa evolução, no entanto, está associada às normas constitucionais vigentes à época da edição do Código de 1973, à mudança de paradigma gerada pela transformação da ordem processual e pela nova ordem jurídica constitucional. De tudo isso resulta que a modificação do processo judicial está subordinada ao devido processo legal, à efetividade e à celeridade como parâmetros para a prestação da tutela jurisdicional.

Na ocasião da edição do Código de 1973, enraizado na então recém-dicotomia entre direito material e processual, estabelecia na sua exposição de motivos:

Diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deve ser dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a obter a atuação do direito. As duas exigências que concorrem para aperfeiçoá-lo são a rapidez e a justiça. Força é, portanto, estruturá-lo de tal modo que ele se torne efetivamente apto a administrar, sem delongas, a justiça.⁶

⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da Nova Reforma do CPC*. 2. ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 13.

⁵ ZAVASCKI. Teori Albino. Antecipação da Tutela em Face de Pedido Incontroverso. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*, Porto Alegre. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Teori%20Zavascki\(2\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Teori%20Zavascki(2)%20-formatado.pdf)>. Acesso em: 22 jun. 2014.

⁶ BRASIL. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

Como é de se notar, o Código de 1973 foi publicado na vigência da Constituição de 1967, que não tratava de efetividade, de celeridade, e nem sequer tratava de devido processo legal. Vivia-se um período de exceção, em que as garantias individuais foram mitigadas frente à proteção do sistema, logo, a Carta de 1967 não enaltecia elementos de justiça e efetividade para a prestação da tutela jurisdicional.

No entanto, com a promulgação da Constituição de 1988 e a elevação do devido processo legal à categoria de direito fundamental em seu artigo 5º, inciso LIV, os rumos do processo civil começam a mudar, pois: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.⁷

O devido processo legal é uma dentre tantas cláusulas gerais que existem no ordenamento jurídico, ou seja, o texto normativo é preenchido pelo órgão jurisdicional no momento da análise do caso concreto. Nas palavras de Medina e Wambier, cláusulas gerais são “normas que explicitem os objetivos do sistema jurídico”⁸, e Didier Júnior vai além, afirmando que “o princípio do devido processo legal é o principal exemplo de cláusula geral processual”.⁹

288

De acordo com Theodoro Júnior, “a justa composição da lide só pode ser alcançada quando prestada a tutela jurisdicional dentro das normas processuais traçadas pelo Direito Processual, das quais não é dado ao Estado declinar perante nenhuma causa”¹⁰, no entanto, segundo o próprio autor, seguir as regras legais não é suficiente para garantia a observância do princípio do devido processo legal.

Há, portanto, um devido processo legal/procedimental, que diz respeito às regras processuais, a sua devida observância, e um devido processo substantivo/substancial, que segundo Didier Júnior, “devido é o processo que gera decisões jurídicas substancialmente devidas”¹¹, relacionando-se aos postulados da proporcionalidade e razoabilidade.

Diante dessa transformação do norte constitucional, se fez necessária a atualização do Código de Processo, seja via alteração legislativa, com a introdução no ordenamento de

⁷ BRASIL. Constituição de 1988. *Vade Mecum RT*. 5 ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

⁸ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvin. *Processo Civil Moderno: Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 41.

⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 15 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, v. 1. p. 39.

¹⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 26. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, v. 1. p. 26.

¹¹ DIDIER JUNIOR, op. cit., p. 50.

procedimentos que alcancem e permitam a prestação da tutela jurisdicional devida, seja com a alteração interpretativa das cláusulas gerais já inseridas no sistema. E no caso do ordenamento pátrio tudo se deu simultaneamente.

É nesse momento que a cláusula do devido processo legal passa a ser relida pelos operadores do direito, e o instrumento da prestação de tutela jurisdicional antecipada, com base em cognição exauriente, a fazer parte do dia a dia forense.

Da releitura do princípio do devido processo legal depara-se com o princípio da efetividade, essencial para a análise da parcela incontroversa do pedido, pois não há que se falar em tutela efetiva se o ordenamento jurídico não colocar à disposição do jurisdicionado instrumentos para a efetivação do seu direito; mecanismos que possam proporcionar-lhe o bem da vida como se espontaneamente fosse cumprida a obrigação.

[...] ao atribuir às partes o direito ao devido processo legal, a Constituição Federal também reconhece o direito à efetividade do processo (art. 5º, LIV, da CF/1988), vez que devido processo é aquele apto e adequado à efetiva tutela dos direitos assegurados pela ordem jurídica, quando ameaçados ou lesados. Daí ser possível afirmar que as partes têm direito fundamental à efetividade da jurisdição e do processo.¹²

289

Almeida, em seu artigo, estabelece nove itens umbilicalmente relacionados com a efetividade da jurisdição e do processo, dentre eles, dois são de vital importância como fundamentos de validade para o reconhecimento da tutela, quando já não há mais discussão sobre pedido ou parte dele, quais sejam: “a simplificação de formas e procedimentos” e a “adequação do processo ao direito material e às necessidades da sociedade”.¹³

Não há efetividade no sistema quando a parte litigante não possa usufruir de algo sobre o que já não há mais discussão. Se as partes concordam com parcela do pedido ou com um dentre vários pedidos, quando cumulados, não há motivos para que o procedimento processual não permita que a parte goze do que já alcançou, devendo ele a isto se amoldar.

Diferentemente das demais hipóteses previstas no art. 273 do CPC, cuja função é a de estabelecer condições de convivência entre os princípios da segurança jurídica e da efetividade do processo eventualmente em colisão, a nova espécie de antecipação,

¹² ALMEIDA, Cleber Lúcio de. Anotações sobre a Efetividade da Jurisdição e do Processo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 101, v. 919, p.317-335, maio 2012.

¹³ ALMEIDA, loc.cit.



que ocorre em cenário onde não existe o citado conflito, representa simplesmente uma ação afirmativa em benefício do princípio constitucional da efetividade.¹⁴

Falar em prestação jurisdicional quando a parcela do pedido da demanda se mostrar incontroversa e falar em efetividade da prestação da tutela jurisdicional vêm ao encontro do princípio da celeridade e da razoável duração do processo, que ganhou *status* de direito fundamental, com o artigo 5º, inciso LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.¹⁵

De acordo com Souza, a razoável duração do processo “está ligada à efetividade da prestação da tutela jurisdicional, num período razoável, visando a atingir o escopo da utilidade, sem todavia, sacrificar o ideal de justiça da decisão”¹⁶, não há motivo para dilações desnecessárias, para uma busca infinita da verdade, colocando “em risco a qualidade da entrega da prestação jurisdicional”.¹⁷

Quando parcela do pedido, ou um dentre vários pedidos, já resta pacificada, sem maiores controvérsias entre os contendores, não há motivo razoável para que o bem da vida não seja entregue ao autor da demanda de forma rápida; deixa também o bem de gerar bônus para um réu, no momento em que as condutas das partes culminam para o seu reconhecimento como de propriedade do autor.

Como ensina Marinoni, “é preciso admitir, ainda que lamentavelmente, a única verdade: a demora sempre beneficia o réu que não tem razão”¹⁸, e continua o autor, “quanto maior for a demora do processo, maior será o dano imposto ao autor e, por consequência, maior o benefício conferido ao réu”.¹⁹

290

¹⁴ ZAVASCKI. Teori Albino. Antecipação da Tutela em face de Pedido Incontroverso. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*, Porto Alegre Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Teori%20Zavascki\(2\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Teori%20Zavascki(2)%20-formatado.pdf)> Acesso em: 22 jun. 2014.

¹⁵ BRASIL. Constituição de 1988. *Vade Mecum RT*. 5 ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

¹⁶ SOUZA, Marlene Marlei. A Efetividade da Jurisdição. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano XXXVI, n. 113, p. 285-304, março de 2009.

¹⁷ SOUZA, loc. cit.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de Defesa e Parte Incontroversa da Demanda*. 2 ed., rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 18.

¹⁹ *Ibid.*, p. 18.

De todo o exposto, é evidente que a efetividade e a celeridade foram elevadas a *status* de direito fundamental, como deixa claro Araújo, ao estabelecer que “a efetividade caminha ao lado da celeridade, visando alcançar o real e concreto acesso à justiça”.²⁰

É necessário ter em mente que a prestação jurisdicional para que seja injusta não requer, necessariamente, que esteja eivada de vícios, ou de ter o juiz agido com dolo, fraude ou culpa quando da decisão. O não-julgamento quando devido, ou o seu atraso demasiado, também se constituem em prestação jurisdicional deficiente e injusta.²¹

E é nesse cenário de efetividade e celeridade que é inserida no ordenamento pátrio a possibilidade de decisão judicial quando se depara o magistrado com parcela do pedido ou mesmo com pedido, na hipótese de pedidos cumulados, ao qual não há qualquer dúvida para que possa ser dada tutela definitiva desde logo, não sendo necessário aguardar a decisão final do processo. Segundo Marinoni, “a proliferação das tutelas sumárias nada mais é do que fenômeno oriundo das novas exigências de uma sociedade urbana de massa que não mais admite a morosidade jurisdicional imposta pelo procedimento ordinário”²², e é essa forma de prestação de tutela jurisdicional que se passa a analisar, embora não exaustivamente.

Com a publicação do novo Código de Processo Civil, o que era constitucionalmente protegido, passa a ser também infraconstitucionalmente abrigado, como se denota dos artigos 4º e 6º²³ do referido novo diploma processual.

De acordo com o artigo 4º, “as partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”, e pelo artigo 6º, “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Não há qualquer dúvida, portanto, que o novo diploma processual caminha *pari passu* com o que já era instituído na Constituição Federal desde 2004. Cabral, tratando da cláusula geral da efetividade no projeto do novo Código, defende que:

A duração “razoável” do processo é aquela em que, atendidos os direitos fundamentais, permita uma tratativa da pretensão e da defesa em tempo adequado,

²⁰ ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Coisa Julgada Progressiva & Resolução Parcial do Mérito*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 35.

²¹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. EC n.45: Acesso à Justiça e Prazo Razoável na Prestação Jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et.al. (Org). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 285.

²² MARINONI, op. cit., p. 15.

²³ BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 28 mar. 2015.



sem descuidar da qualidade e sem que as formas do processo representem um fator de prolongamento imotivado do estado de incerteza que a litispendência impõe às partes.²⁴

O novo diploma ainda traz como dever do juiz, em seu artigo 139, II, “velar pela duração razoável do processo”, e disso se denota que o novo diploma trata a efetivação da tutela jurisdicional tanto como direito das partes, como também como dever do Estado-juiz e, diante disso, o ampara procedimentalmente para sua melhor atuação.

2 DO CONCEITO DE "PEDIDO INCONTROVERSO"

Ensina Marinoni que a prestação da tutela jurisdicional à luz do direito fundamental à razoável duração do processo “confere ao juiz o poder-dever de encontrar a técnica processual idônea à tutela tempestiva do direito material”²⁵; é nessa conjuntura que deve ser analisada a tutela antecipada do pedido que se mostrar incontroverso, como instrumento colocado à disposição do magistrado para a prestação de uma tutela jurídica efetiva e célere. De acordo com Câmara, “toda vez que uma parcela do objeto do processo (isto é, do mérito da causa) se tornar incontroverso, deverá o juiz, com relação a tal parcela, proferir imediata decisão, prosseguindo o feito apenas em relação ao que ainda é controvertido”²⁶, e nada mais efetivo que isso para a prestação de uma tutela jurisdicional justa.

O primeiro ponto a ser analisado é que esse instituto jurídico vem de encontro ao dogma da unicidade do julgamento. Conforme ensina Marinoni, entendia aquele processualista que admitir a fragmentação do julgamento era irracional, porquanto “ainda que necessitasse de provas somente em parte, seria julgada com mais qualidade e perfeição caso fosse apreciada em sua integralidade”²⁷; porém, modernamente, essa deixou de ser a máxima processual, passando a se respeitar a efetividade atrelada à razoável duração do processo, com a possibilidade de fragmentação do julgamento.

Para Marinoni, “a duração é desrazoável quando o pedido se torna maduro para julgamento e a sua definição é adiada. Se o pedido, depois de maduro, não é desde logo

²⁴ CABRAL, Antonio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo código de processo civil. In: FREIRE, Alexandre, et al. (org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2014, v II, p 101-121.

²⁵ MARINONI, op. cit., p. 22.

²⁶ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1 v., 2009. p. 446.

²⁷ MARINONI, op. cit., p. 49.

definido, a demora passa a violentar o direito fundamental à duração razoável”²⁸, e é o conceito de “maduro para julgamento” que será agora analisado, ou seja, o que se entende por “pedido incontroverso”:

Há casos, todavia, em que o objeto do processo é composto (quando são formulados dois ou mais pedidos cumulados) ou decomponível (quando se formula um só pedido, o de condenação do demandado a entregar uma certa quantidade de coisas divisíveis, como no caso de um pedido de condenação pecuniária). Nessas hipóteses, pode acontecer de uma parcela do objeto do processo se tornar incontroverso.²⁹

Essencial é analisar as possibilidades legais de cumulação de pedidos, para concluir quando haverá oportunidade de desmembramento do julgamento. Araújo³⁰ classifica as diferentes cumulações em própria e imprópria. Haverá cumulação própria simples, no momento em que a parte, com base no artigo 292 do Código de Processo Civil³¹, exerce ação contra o réu pleiteando várias demandas que não possuem qualquer ligação, a não ser a vontade do autor em cumular os pedidos e a permissão legal para tanto, ou seja, tais pedidos poderiam ser requeridos em processos distintos. No caso da cumulação própria sucessiva, “há dependência lógica entre os pedidos, sendo o segundo dependente do primeiro”³², ou seja, o segundo pedido apenas será apreciado em sendo acolhido o primeiro pedido, nesse caso há uma relação de prejudicialidade entre as demandas.

Na acumulação imprópria, diferentemente, apenas um dos pedidos será acolhido, há relação de eventualidade entre eles, com fulcro na permissão legal do artigo 289, do Código de Processo Civil.³³ Na cumulação imprópria alternativa, não há qualquer subordinação entre eles, estando satisfeito o autor com a procedência de qualquer um deles, há total independência entre os pedidos. Em contrapartida, na cumulação imprópria subsidiária, ou eventual, há relação de dependência entre os pedidos, sendo que o segundo apenas será analisado em caso de rejeição do primeiro. Neste caso é possível falarmos em decisão que gera sucumbência recíproca entre as partes, em relação ao autor com o acolhimento do segundo pedido ao invés do primeiro, e do réu pelo simples acolhimento de qualquer dos pedidos.

²⁸ Ibid., p. 48.

²⁹ CÂMARA, op. cit., p. 447.

³⁰ ARAÚJO, op. cit., passim.

³¹ Correspondente ao artigo 327, do Código de Processo Civil de 2015.

³² ARAÚJO, op. cit., p. 206.

³³ Correspondente ao artigo 326, do Código de Processo Civil de 2015, que trata do pedido subsidiário, e não mais do pedido sucessivo.



A importância de tal diferenciação para o estudo é a possibilidade de desmembramento dos pedidos, a possibilidade de separar o momento de análise de cada pedido. Estando diante de cumulação própria simples tal desmembramento não geraria qualquer problema processual, ao contrário, iria ao encontro dos princípios do direito processual moderno; na mesma linha de análise, Zavascki afirma que, quando o pedido for único o desmembramento é possível, bastando que seja, juridicamente e materialmente, suscetível de divisão.³⁴

[...] também nos casos de cumulação simples ou naquelas situações cuja cumulação advém do ato do réu ou mesmo de terceiro, não há excessivo rigor na necessidade de julgamento simultâneo. Há situações em que o desmembramento, aqui tratado como desacumulação, é atitude salutar e absolutamente em consonância com os princípios processuais ligados ao tempo de duração da litispendência.³⁵

Zavascki³⁶ defende a possibilidade de divisão do julgamento, na hipótese de pedido alternativo, bastando a prévia identificação a ser cumprida pelo devedor, e também na hipótese de pedido sucessivo, sendo possível a antecipação da tutela quanto ao pedido principal.

Segundo Tucci, é possível a divisão quanto à cumulação própria de pedidos, ou seja, “havendo cumulação simples ou sucessiva de pedidos, a antecipação pode ser deferida nos limites da matéria incontroversa, resultante, por certo, da prova inequívoca produzida já com a petição inicial, ou, ainda, admitia pelo réu na contestação”.³⁷

Embora haja vários posicionamentos sobre quais tipos de pedidos permitem o desmembramento, cabe ao juiz, no caso concreto, analisar a situação fática e fundamentar a decisão, nos moldes do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, para que as partes possam, após tomar conhecimento da decisão, agir da forma como lhes for mais favorável para o prosseguimento do feito.

Oportuno fixar também o momento em que o pedido é considerado incontroverso, quando ao juiz é viável fracionar o julgamento, o verdadeiro significado da palavra “incontroverso” para a doutrina pátria. Estabilizando, de forma salutar, que conforme a redação do artigo 273, *caput*, do Código de Processo Civil ainda vigente, ao juiz só é dado

³⁴ ZAVASCKI, loc. cit.

³⁵ ARAÚJO, op. cit., p. 230.

³⁶ ZAVASCKI, loc. cit.

³⁷ TUCCI, 2002, p. 43.



antecipar “os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial”³⁸, e nada, além disso, significando nas palavras de Câmara que, “pode-se antecipar apenas aquilo que poderia ser concedido ao final do processo, através da sentença de procedência da pretensão”.³⁹

De acordo com Zavascki, incontroverso não significa mera ausência de oposição, deve-se sim levar em consideração a convicção do juiz em relação aos pedidos formulados, ou seja, além da ausência de controvérsia entre as partes, somente poderá ser tido como incontroverso o pedido que, na convicção do juiz, for verossímil. Alega o autor, no entanto, que embora não haja controvérsia entre o alegado pelas partes, pode haver “empecilhos de ordem processual para seu atendimento”⁴⁰, tal como a ausência de pressupostos processuais e condições da ação.

Marinoni, que sugeriu a modificação do artigo 273 do Código de Processo Civil em vigor, preconiza que a concessão da tutela antecipada com fulcro no seu §6º, deve se dar “i) na hipótese em que não é contestada parte dos fatos constitutivos do direito e ii) no caso em que é reconhecida a procedência de um dos pedidos ou (parcialmente) a procedência do pedido”⁴¹, não sendo possível tal aplicação em caso de revelia do réu. Continua o autor ao afirmar que: “não se admite que a revelia possa tornar os fatos não contestados incontroversos porque não se toma em consideração, na análise desta questão, uma defesa (ou uma posição) ativa em si considerada”.⁴²

Destarte, defende-se o uso de tal instrumento processual apenas em caso de atitude ativa do réu, além do que, “não é suficiente a não contestação do fato, sendo necessário que o juiz verifique se do fato admitido decorre a consequência jurídica pretendida”.⁴³ Há necessidade de análise judicial do caso concreto, a mera atitude do réu não contestando ou aceitando parcela do pedido, não gera sua conversão automática em incontroverso.

Há, portanto, obrigação do órgão jurisdicional de analisar caso a caso quanto à possibilidade de aplicação do instituto, sempre fundamentando suas decisões, em busca da prestação da tutela jurisdicional justa e efetiva tanto para o autor como para o réu. Não basta a

³⁸ BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973. *Vade Mecum RT*. 5 ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

³⁹ CÂMARA, op. cit., p. 438.

⁴⁰ ZAVASCKI, loc. cit.

⁴¹ MARINONI, op. cit., p. 159.

⁴² *Ibid.*, p. 149.

⁴³ *Ibid.*, p. 149.



mera atitude do réu para a concessão do pedido do autor, há que se analisar, em conjunto, o pedido, a causa de pedir e a relação destes com a atitude do réu.

E com a fixação do que deve ser entendido por “pedido incontroverso” e do modo como devem atuar as partes e o órgão jurisdicional quanto a esse pedido, passa-se a analisar a decisão que o confere e a evolução da questão na doutrina e no ordenamento pátrio.

3 TUTELA ANTECIPADA OU JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DO MÉRITO?

O cenário estudado constitui-se, por conseguinte, de demanda que tem por objeto um pedido, uma parcela do pedido ou um conjunto de pedidos cuja satisfação pode ser juridicamente dividida e materialmente efetivada pelas partes, em tempos diferentes, sendo uma parcela “incontroversa” e a outra “controvertida”.

Quanto à natureza dessa decisão, há duas posições doutrinárias a respeito do artigo 273, §6º, do CPC vigente: a primeira, que o entende como um expediente de antecipação de tutela, apto tão somente a produzir uma decisão provisória, à base de cognição sumária; e uma segunda, que defende que se trata de um julgamento antecipado da lide (ainda que parcial), definitivo, proferido em cognição exauriente.⁴⁴

No sentido literal da lei vigente, trata-se de uma tutela antecipada, provisória, proferida em sede de cognição sumária. Nesse sentido, Zavascki⁴⁵ admite que a melhor solução talvez tivesse sido a de cisão do julgamento, permitindo sentença parcial, mas definitiva, de mérito. Contudo, diz o jurista, que essa não foi a opção do legislador, que preferiu o caminho da tutela antecipada provisória:

Assim considerada a natureza da tutela antecipada em face de pedido incontroverso, a ela se aplica, em princípio, o regime geral das demais hipóteses de antecipação previstas no art. 273 do CPC: (a) depende de “requerimento da parte” (caput), (b) a decisão do juiz deve ser fundamentada “de modo claro e preciso” (§1º), e (c) “poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo” (§4º), eis que (d) terá caráter provisório até a sobrevinda do “final julgamento” do processo (§5º).⁴⁶

⁴⁴ MITIDIERO, Daniel. Direito Fundamental ao Julgamento Definitivo da Parcela Incontroversa: Uma Proposta de Compreensão do Art. 273, §6º, do CPC, na Perspectiva do Direito Fundamental a um Processo sem Dilações Indevidas (Art. 5º, LXXVIII, da CF/1988). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 149, p. 105-119, jul. 2007.

⁴⁵ ZAVASCKI, loc. cit.

⁴⁶ ZAVASCKI, loc. cit.



Contudo, como visto acima, o direito à razoável duração do processo foi erigido à categoria de direito fundamental, expressamente previsto no rol do artigo 5º da Constituição vigente. Sendo assim, Mitidiero preleciona que a interpretação do artigo 273, §6º, do CPC, ora estudado, deve ser no sentido de considerá-lo “um instrumento de sumarização instrumental do processo, constituindo verdadeira tutela definitiva da parcela incontroversa da demanda”.⁴⁷

Seguindo o mesmo viés, Milman⁴⁸ adverte que o §6º do artigo 273 do Código de Processo Civil não deve ser tido como antecipação de tutela, apesar de ser isto o que se defere da lei, já que aquela tem, dentre suas características, a provisoriedade. No caso, seria exigível imediata e definitivamente a prestação da satisfação do que houver sido reconhecido como incontroverso, em caráter definitivo. Passos concorda com esse entendimento, e preleciona que:

Daí a sustentar que, na hipótese do §6º, já que admitida a cindibilidade, não se antecipa, sim defere-se em caráter definitivo [...]. [...] não entendo como não se deva julgar de logo procedente o pedido, prosseguindo o feito quanto ao controvertido. Exigir-se de quem já tem seu direito certificado de modo firme a prestação e caução, submetê-lo ao risco de revogação ou modificação me parece algo incompatível. Daí ler o §6º como dizendo que havendo um ou mais pedidos cumulados que se tenham tornado incontroversos, ou quando incontroversa seja alguma parcela do pedido, nessa parte deve haver a satisfação do autor com caráter de definitividade [...].⁴⁹

297

Não obstante, necessário se faz nesse momento, para uma boa compreensão do estudo proposto, analisar alguns conceitos como o de “tutela antecipada”, “inconsistência” e “incontroverso”. Segundo Marinoni:

A tutela antecipatória pode ser concedida no curso do processo de conhecimento, constituindo verdadeira arma contra os males que podem ser acarretados pelo tempo do processo, sendo viável não apenas para evitar um dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I do CPC), mas também para que o tempo do processo seja distribuído entre as partes litigantes na proporção da evidência do direito do autor e da fragilidade da defesa do réu (art. 273, II e §6º do CPC).⁵⁰

⁴⁷ MITIDIERO, loc. cit.

⁴⁸ MILMAN, Fabio. O Novo Conceito de Sentença e suas Repercussões Recursais: Primeiras Experiências com a Apelação por Instrumento. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*, Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigosautor.asp?id=102>>. Acesso em: 08 out. 2013.

⁴⁹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 3 v. p. 72.

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2006. p. 200.



Orione Neto, por sua vez, preleciona:

As tutelas de urgência – sejam do tipo cautelar ou satisfativa – apresentam como característica comum a sumarização do procedimento. Esse recurso consiste na redução do lapso destinado ao conseguimento da providência jurisdicional emitida em forma de liminar, *inaudita altera pars*, ou após justificação prévia, mas em qualquer caso, sempre norteadas por uma cognição sumária.⁵¹

Destarte, em síntese, a tutela antecipada é uma espécie de tutela jurisdicional satisfativa, prestada no bojo do módulo processual de conhecimento, com base em uma cognição sumária, em um juízo de probabilidade.⁵²

O instituto tem o fito de antecipar o conteúdo do juízo de mérito, que seria proferido ao final da ação. O fim é assegurar a eficácia da prestação jurisdicional ao autor, ainda que de forma provisória, para evitar os prejuízos advindos da demora do processo. Trata-se, portanto, de uma técnica de agilização da prestação jurisdicional, deferida, em regra, em um incidente processual e não em uma ação autônoma, como acontece com as cautelares. É destinada a acelerar os resultados práticos da tutela pretendida e a combater ou abrandar os malefícios advindos da demora do processo. Sobre o assunto, Bueno escreve:

[...] o que se relaciona à tutela antecipada, pois, é o que Watanabe chama de "cognição vertical", e suas três espécies, *superficial*, *sumária* e *exauriente*. A diferença que existe entre essas três espécies de cognição jurisdicional (cognição no plano vertical) repousa na circunstância de, em alguns casos, o magistrado estar autorizado a decidir de forma mais rápida sem ter formulado, em seu íntimo, uma convicção total e imodificável de seu ponto de vista. É decidir, em determinadas situações, mais com a *aparência* do que parece ser certo e necessário do que decidir com 100% de razão ou convicção formada (grifos do autor).⁵³

Verifica-se, assim, que o conceito de tutela antecipada liga-se muito mais ao termo “inconsistência”, pois a decisão é provisória, porque a cognição é incompleta, sumária.⁵⁴ Mitidiero⁵⁵ explica que a situação é bem diferente quando se fala em “incontroverso”, tendo em vista que o contexto probatório não a mudará, ou seja, a fluência do processo não trará nada de novo à consideração do órgão jurisdicional; por isso, a cognição é exauriente, o juízo é de certeza”.⁵⁶ E explica:

⁵¹ ORIONE NETO, Luiz. *Tratado das Medidas Cautelares*. São Paulo: Lejus, 2000., 3 v.. p. 198-200.

⁵² CÂMARA, op. cit., p. 469.

⁵³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 17.

⁵⁴ MITIDIERO, loc. cit.

⁵⁵ MITIDIERO, loc. cit.

⁵⁶ MITIDIERO, loc. cit.



Bem se vê, pois, que a inconsistência está ligada à sumariedade da cognição, ao passo que a incontrovérsia se refere à cognição exauriente. E justamente porque a inconsistência, na perspectiva do convencimento do juiz, é algo menos robusto que a incontrovérsia, o direito brasileiro impõe a provisoriedade como marca essencial das decisões tomadas sob sua autoridade. Algo diverso, ao que tudo indica, deve se passar com a incontrovérsia.⁵⁷

Watanabe ensina que, em linha de princípio, a solução definitiva da lide é buscada por provimento que se assente em cognição plena e exauriente (completa), *secundum eventum probationis*. Já nas ações sumárias cautelares ou não-cautelares, a cognição é sumária ou superficial, inclusive na antecipação de tutela prevista no artigo 273 do CPC. Para o autor, a cognição sumária traz a ideia de cognição incompleta, não definitiva, “já porque parcial, já porque superficial”.⁵⁸

No direito brasileiro, temos alguns dispositivos de lei que acolhem as terminologias “verossimilhança” (art. 273 do CPC) e “verossímil” (art. 6º, VIII, do CDC), onde esses vocábulos são utilizados no sentido de probabilidade elevada de ser verdadeiro, não no de probabilidade mínima. [...]. Em razão da função que cumpre a cognição sumária, mero instrumento para a tutela de um direito, e não para a declaração de sua certeza, o grau máximo de probabilidade é excessivo, inoportuno e inútil ao fim que se destina.⁵⁹

299

Assim, temos que a tutela antecipada, segundo a doutrina brasileira, está muito mais ligada à cognição sumária, à probabilidade do direito, ao conceito de “inconsistência”. Porém, não é o caso da tutela antecipada prevista no caso de provimento da parcela incontroversa do pedido ou do pedido incontroverso, já que, por ser incontroverso, demanda um juízo de certeza, um provimento embasado em cognição exauriente, em princípio irrevogável e imodificável.⁶⁰ Nesse sentido, Marinoni preleciona:

O legislador de 2002, ao inserir o §6º no art. 273, embora tenha adotado a tese da tutela da parte incontroversa da demanda, não teve o cuidado de alterar o §4º deste artigo para deixar claro que a revogabilidade e a modificabilidade da tutela antecipatória somente atingem as hipóteses em que é fundada em cognição sumária. Ao inserir a tutela antecipatória da parte incontroversa da demanda na moldura do art. 273 – desenhada apenas para abarcar a tutela antecipatória fundada em cognição sumária -, o legislador a submeteu, em uma primeira interpretação, ao regime da revogabilidade-modificabilidade. Não foi por outra razão que concluímos, depois da alteração legislativa de 2002, que a tutela antecipatória da parte incontroversa da

⁵⁷ MITIDIERO, loc. cit.

⁵⁸ WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Perfil, 2005. p. 129-139.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 148.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 212.



demanda poderia ser modificada ou revogada com base no §4º do art. 273. Mas esta conclusão, após a instituição do direito fundamental à duração razoável do processo e aos meios que garantam a celeridade da sua tramitação, deve ser abandonada [...].⁶¹

À luz do direito fundamental à duração razoável do processo, portanto, não há razão para entender que a tutela da parte incontroversa possa ser revogada ou modificada. “Em termos de aprofundamento da cognição do juiz, a fragmentação do julgado (art. 273, §6º) não é diferente do julgamento antecipado da integralidade do mérito”.⁶² A tutela da parte incontroversa da demanda é definitiva, pois fundada em juízo de certeza, e produz coisa julgada material. Neste mesmo sentido, Mitidiero:

Com efeito, se a incontrovérsia denota um juízo de certeza (e, portanto, tomado sob cognição exauriente), não há como sustentar, na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais (que é precisamente a perspectiva do Estado Constitucional), que o art. 273, §6º, do CPC, dá azo a uma simples antecipação (provisória) dos efeitos da sentença. De modo nenhum. Rigorosamente, o art. 273, §6º, do CPC, tem de se interpretado em conformidade com o direito fundamental a um processo com duração razoável. Daí deflui naturalmente a sua impositação como um julgamento definitivo da parcela incontroversa da demanda, já que o submeter a um novo reexame pelo juiz da causa no quando da apreciação ulterior da parcela controversa significa, praticamente, permitir a prática de atos processuais completamente despiciendos, porquanto já convencido o julgador, à força da incontrovérsia, da sorte a ser imprimida à parte da demanda.⁶³

300

E foi justamente esta a posição adotada pelo novo Código de Processo Civil, que trata o instituto como “julgamento antecipado parcial do mérito”, e não mais como hipótese de tutela antecipada, conforme se verá na sequência. Ante o exposto, diante do direito fundamental à razoável duração do processo, a interpretação que se impõe, e que foi adotada pelo novo diploma processual, é no sentido de que a decisão que confere a tutela antecipada da parcela incontroversa do pedido é proferida em sede de cognição exauriente, completa e definitiva, fazendo coisa julgada material, sendo, portanto, irrevogável e imodificável, não podendo ser alterada quando do provimento final do processo.

4 SENTENÇA OU DECISÃO INTERLOCUTÓRIA?

⁶¹ WATANABE, 2005, p. 217.

⁶² Ibid., p. 217.

⁶³ MITIDIERO, loc. cit.



A entrada em vigor da Lei 11.232/05⁶⁴ alterou substancialmente a definição legal de sentença. Até a entrada em vigor da citada lei, o §1º do artigo 162 do Código de Processo Civil dispunha que sentença consistia no ato do juiz que punha fim ao processo, tendo decidido ou não o mérito. No entanto, a nova redação, dada pela Lei 11.232/05, determina que sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil, superando a concepção de ato de extinção do processo.

Segundo Milman⁶⁵, suprimida a ideia de extinção, a sentença deixou de ser ato que, necessariamente, representará o encerramento do processo. Nesses termos, há algum tempo, doutrinadores vêm se referindo à possibilidade de existir uma “sentença parcial”, como denomina Silva⁶⁶, ou “sentença intermediária”, como prefere Vechiato Junior⁶⁷, vislumbrando a hipótese de, em um único processo, poderem ser prolatadas mais de uma sentença, cada qual a seu determinado tempo.

Debate a doutrina, assim, à luz do CPC vigente, se a decisão que decide parcela incontroversa da demanda antes do provimento final do processo seria uma decisão interlocutória ou uma sentença, e qual seria o recurso cabível à espécie.

Marinoni⁶⁸ está dentre aqueles que defendem que se trata de uma decisão interlocutória, muito embora a decisão do §6º julgue o mérito, passível de impugnação via agravo de instrumento, e explica:

A sentença pode não encerrar o processo, mas colocar fim apenas à fase de conhecimento. Porém, nenhum ato que trate do mérito no interior da fase de conhecimento por ser admitido como sentença. A admissão de ato decisório interno à fase de conhecimento como sentença faz surgir um sistema recursal inidôneo, uma vez que a apelação é inadequada à impugnação de decisão tomada no curso do procedimento de conhecimento. Na verdade, os conceitos de sentença e decisão interlocutória sempre tomaram em conta o sistema recursal, de modo a evitar que a definição do ato jurisdicional pudesse inviabilizar a sua adequada impugnação. [...]. Ora, sempre houve acordo no sentido de que o ato judicial que trata da tutela antecipatória, por exemplo, julga o mérito, sem deixar de ser uma decisão interlocutória. [...]. Ou seja, o conceito de decisão interlocutória jamais recusou o conceito de mérito, exatamente para dar racionalidade ao sistema recursal.⁶⁹

⁶⁴ BRASIL. Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 dez. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11232.htm>. Acesso em: 24 jun. 2014.

⁶⁵ MILMAN, loc. cit.

⁶⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 3-4.

⁶⁷ VECHIATO JUNIOR, Walter. *Processo Civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 68-69.

⁶⁸ MARINONI, 2011, p. 220.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 219.



Já para Mitidiero, trata-se de uma sentença parcial de mérito, em suas palavras:

A sentença é ato do juiz que implica na análise definitiva (isto é, com preclusão consumativa para o juiz) das matérias postas nos arts. 267 e 269 do CPC (conforme arts. 162, §1º, 267, 269 e 463 do CPC). Em sendo assim, não há como negar a natureza de sentença à decisão que encerra a apreciação jurisdicional de conhecimento no que concerne à parcela incontroversa de um pedido ou que julga um dos pedidos incontroversos formulados em regime de cumulação simples: com efeito, ao julgar antecipadamente e parcialmente a lide, o juiz prola uma decisão que “implica em uma das situações previstas” no art. 269 do CPC (art. 162, §1º, do CPC, não podendo revogar a sua tomada de posição, porquanto aí operada a preclusão consumativa (art. 463 do CPC). Sentença, pois, conquanto abarque apenas a parcela do mérito. Sentença parcial de mérito, portanto.⁷⁰

Este autor rebate a tese de que se trata de decisão interlocutória tendo em vista o conceito legal determinado pelo §2º do artigo 162 do CPC, segundo o qual as decisões interlocutórias resolvem “questões incidentes” no curso do processo, e explana:

[...] para o Código Buzaid (1973-1994) somente no quando da sentença poderia o juiz apreciar o mérito da causa. Certo, poderia ocorrer uma sentença apenas terminativa do feito; agora, jamais poderia haver uma decisão interlocutória que enfrentasse o mérito da causa. Vale dizer: a oportunidade para o exame de mérito, no Código Buzaid (1973-1994) era tão-somente quando da sentença. Observe-se: as “questões incidentes” apenas preparam para a “apreciação do mérito”. Isto é: nosso legislador pressupunha que uma decisão interlocutória jamais poderia enfrentar o mérito da causa, porque vocacionada apenas a deslindar questões processuais, concernentes à “regularidade e à marcha do processo”. Daí o conceito de decisão interlocutória em nossa legislação: ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve “questão incidente” (art. 162, §2º, do CPC). Portanto, diversamente do que se tem sustentado, não nos parece correto afirmar que “o conceito de questão incidente jamais excluiu o conceito de mérito”. Parece-nos bem o contrário: para o legislador de 1973, o conceito de interlocutoriedade repelia a apreciação do mérito.⁷¹

302

Já a crítica que se faz ao posicionamento de que a decisão do §6º do artigo 273, do CPC, teria natureza jurídica de sentença, é em relação ao recurso cabível, qual seja, a apelação. Isto porque o seu recebimento acarretaria a remessa dos autos à superior instância, ocasionando um retardo na prestação jurisdicional, ou seja, afetaria a funcionalidade e a eficiência do processo.

Não obstante, reconhece-se que a própria lei outorga maiores vantagens aos litigantes no uso da apelação em relação ao agravo de instrumento.⁷² Segundo Mitidiero:

⁷⁰ MITIDIERO, loc. cit.

⁷¹ MITIDIERO, loc. cit.

⁷² MILMAN, loc. cit.

Com efeito, tendo em conta esses campos de atuação das decisões judiciais, nosso legislador organizou os recursos cabíveis de um e de outro pronunciamento, destinando às sentenças o recurso de apelação (art. 513 do CPC) e às interlocutórias o recurso de agravo (art. 522 do CPC). Dada essa particularidade no que concerne ao conteúdo de cada um desses pronunciamentos, nosso legislador também organizou o desdobramento recursal que se segue a essa ou àquela espécie: a apelação tem revisão (art. 551 do CPC), possibilidade de sustentação oral (art. 554 do CPC), possibilidade de embargos infringentes (art. 530 do CPC), recursos extraordinários (especial e extraordinário) que sobem de logo (art. 543 do CPC) e, fora do âmbito recursal, desafiam ação rescisória (art. 485 do CPC); agravo não tem revisão, não tem possibilidade de sustentação oral, não há possibilidade de embargos infringentes e eventuais recursos extraordinários sobram retidos nos autos (art. 542, §3º, do CPC). Ademais, os julgamentos tomados no desembargo dos agravos não comportam ação rescisória.⁷³

Tendo em vista os motivos acima elencados, Milman⁷⁴ propõe que o recurso cabível ao caso seria uma “apelação por instrumento”, a qual se daria sob o regime legal aplicável à apelação, mas feita por instrumento, ou seja, sem a remessa dos autos ao tribunal competente, mas tão somente de cópias das peças necessárias e facultativas, tal qual ocorre com o agravo de instrumento.

Mitidiero⁷⁵, todavia, apesar de professar que a decisão tem natureza de sentença, já que o Código hoje contempla a possibilidade de apreciação do mérito, reconhece que o melhor seria a impugnação pela via do agravo de instrumento, mas sob o regime legal da apelação. A justificativa que o autor dá sobre seu entendimento está no fato de que a decisão julga o mérito da causa, assim importaria em grave ofensa ao princípio da igualdade e da paridade de armas no processo a possibilidade de agravo de uma parte do mérito, mas apelação de outra, tendo em vista o regime legal de cada um desses recursos.

Marinoni⁷⁶, como mencionado acima, entende que se trata de decisão interlocutória que aprecia o mérito, mas coaduna com o entendimento acima em relação ao agravo de instrumento, tendo em vista que não há como admitir tratamento diferenciado a decisões que apreciam o mérito e produzem coisa julgada material.

Com efeito, no Código de Processo Civil vigente, não há como negar que a decisão que aprecia parcela incontroversa do pedido, antes do provimento final da demanda, trata-se de uma sentença parcial de mérito, sendo definitiva, à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Quanto ao recurso cabível, por ausência no regime recursal brasileiro de

⁷³ MITIDIERO, loc. cit.

⁷⁴ MILMAN, loc. cit.

⁷⁵ MITIDIERO, loc. cit.

⁷⁶ MARINONI, 2011, p. 222.



sentenças agraváveis ou de apelação por instrumento, e para preservar a eficiência do sistema recursal, parece correto afirmar, à luz do CPC ora vigente, que o mais viável seria o agravo de instrumento, mas sob o regime legal da apelação. Sendo decisão parcial de mérito, pode-se, do mesmo modo, afirmar que seria possível rescindi-la por meio de ação rescisória na forma do artigo 485 e seguintes do Código de Processo Civil, tendo em vista o postulado constitucional da igualdade.

Ocorre que esta questão sofre profundas modificações com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, que altera o conceito de sentença e de decisão interlocutória, conforme se passa a discorrer.

5 NOVAS PERSPECTIVAS DIANTE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O novo Código de Processo Civil entra no panorama nacional com a finalidade não só de inovar, mas também de aprimorar e atualizar instrumentos processuais já colocados à disposição do jurisdicionado e do Estado-juiz, e é nessa toada que deve ser analisada a parcela incontroversa do pedido. Segundo o relatório emitido pela Câmara dos Deputados, quando da apreciação do Projeto de Lei nº 8.046/2010, “é por meio do processo civil que se tem a efetivação do direito material e assim, em última finalidade, a concretização da justiça”.⁷⁷ Essa finalidade não deve ficar esquecida frente à necessidade de estruturação do sistema para a cisão das decisões jurisdicionais, com o objetivo precípuo de alcançar a prestação jurisdicional efetiva, célere e econômica.

Wambier, de forma concisa, dispõe da cronologia do novo Código da seguinte forma:

Em 2009 foi oferecido para discussão pela sociedade um anteprojeto para um novo Código de Processo Civil. Após inúmeras alterações, fruto do acolhimento de sugestões apresentadas pela comunidade interessada, teve início a tramitação legislativa Projeto do Código de Processo Civil. Como a iniciativa foi do Senado da República, foi nessa Casa que se deram as primeiras discussões, com a consequente aprovação do Projeto”.⁷⁸

⁷⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão destinada a proferir parecer ao projeto de lei nº 6.025, de 2005, ao projeto de Lei 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei 5.869, de 1973). Disponível em: <www.camara.gov.br/prop_mostraintegra>. Acesso em: 26 jun. 2014.

⁷⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Notas sobre algumas tendências que se concretizam no Projeto do Código de Processo Civil. In: Alexandre, Freire et. Al. (Org.). *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o Projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, v. 3. p. 313.

De acordo com o relatório da Câmara dos Deputados, foram realizadas 15 (quinze) audiências públicas, 13 (treze) conferências estaduais, foram ouvidos 140 (cento e quarenta) palestrantes especialistas em processo civil, além da realização de várias mesas redondas entre especialistas, não deixando de lado a participação atuante da Ordem dos Advogados do Brasil, da Associação dos Magistrados e a possibilidade de qualquer cidadão participar e oferecer sugestões pelo portal da Casa.⁷⁹

Quando a Comissão responsável pela elaboração do Projeto do Código de Processo Civil, a qual teve como Relatora Teresa Arruda Alvim Wambier, entregou ao Presidente do Senado Federal a Exposição de Motivos, em junho de 2010⁸⁰, foi dado o segundo passo para a confecção do novo Código.

A Exposição de Motivos, por si só, já é uma aula de Processo Civil Constitucional, tendo deixado pactuados os caminhos que orientaram a conclusão do trabalho, enumerando os cinco objetivos que os guiariam, quais sejam: a aproximação da nova legislação ordinária com a Constituição da República; a adequação do Judiciário a medidas para proferir decisões em consonância com a realidade dos fatos apresentados; a simplificação dos instrumentos colocados à disposição dos jurisdicionados e do Estado-juiz; a busca por um processo com o melhor rendimento possível, principalmente com a ampliação da coisa julgada material; e por fim, como objetivo organizacional, a permissão para a interpretação sistemática de regras, as quais há muito a legislação processual tinha perdido, diante das inúmeras alterações retalhadas. Tais objetivos, que guiaram os trabalhos dos elaboradores do novo Código de Processo Civil, em muito se relacionam com a parcela incontroversa do pedido e seu aprimoramento no novo sistema.

Em 16 de março de 2015, portanto, foi sancionado pela Presidente da República o novo Código de Processo Civil - mais especificamente a Lei 13.105, publicada no Diário Oficial da União no dia seguinte, em 17 de março, e que entrará em vigor em um ano da data da sua publicação - produto da soma dos diplomas processuais do Senado Federal, Lei 166/2010, e da Câmara dos Deputados, Lei 8.046/2010, com a finalidade de manter institutos

⁷⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão destinada a proferir parecer ao projeto de lei nº 6.025, de 2005, ao projeto de Lei 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei 5.869, de 1973). Disponível em: <www.camara.gov.br/prop_mostraintegra>. Acesso em: 26 jun. 2014.

⁸⁰ BRASIL. *Exposição de motivos do novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojecto.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2015.



do Código de 1973, aprimorar outros e instituir institutos novos ao processo civil. Estabelece a exposição de motivos do novo Código que:

Sem prejuízo da manutenção e do aperfeiçoamento dos institutos introduzidos no sistema pelas reformas ocorridas nos anos de 1.992 até hoje, criou-se um Código novo, que não significa, todavia, uma ruptura com o passado, mas um passo à frente. Assim, além de conservados os institutos cujos resultados foram positivos, incluíram-se no sistema outros tantos que visam a atribuir-lhe alto grau de eficiência.⁸¹

Quanto à parcela incontroversa do pedido, o legislador do novo Código de Processo Civil entendeu por tratar essa decisão de forma direta e com nuances próprias, diferentemente da maneira escolhida pelo legislador do Código de Processo Civil de 1973.

Como já estabelecido, no início do novo diploma legislativo depara-se com a preocupação do legislador infraconstitucional com a razoável duração do processo. A redação do artigo 4º estabelece “as partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do processo, incluída a atividade satisfativa”; também, a do artigo 139, pelo qual “o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] II – velar pela duração razoável do processo”. Tais dispositivos confirmam o direito à razoável duração do processo como um dos pilares do novo ordenamento processual, e, portanto, reforçam o reconhecimento do instituto da parcela incontroversa do pedido.

Nota-se, nesse momento, o primeiro objetivo declarado na Exposição de Motivos, e que guiou os elaboradores do Anteprojeto: a sintonia, a caminhada de mãos dadas entre o novo diploma processual e a Constituição Federal de 1988. Sendo a razoável duração do processo direito fundamental expresso desde 2004, outra atitude do novo ordenamento processual já nasceria eivada de inconsistências. Assim, instituir o julgamento parcial de mérito, permitindo à parte a prestação jurisdicional imediata do que já não é mais controverso, está em consonância com a celeridade processual almejada pela Constituição Federal.

Continuando a análise do novo Código, aspecto importante, que repercute diretamente no assunto aqui estudado, é o conceito de sentença e de decisão interlocutória, que sofrem alterações significativas, pois a sentença volta a ser entendida como o pronunciamento judicial que coloca fim ao processo ou a quaisquer de suas fases; enquanto que decisão

⁸¹ BRASIL. *Exposição de motivos do novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2015.

interlocutória passa a ser os demais pronunciamentos decisórios sem a característica do encerramento de qualquer fase.

Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.

§ 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre na descrição do § 1º.⁸²

Tendo em vista as alterações nos conceitos de sentença e de decisão interlocutória, parece que o legislador do novo Código de Processo Civil pretendeu acolher e aclarar a tese de que há decisões interlocutórias que julgam antecipadamente o mérito, de forma parcial, pois não diz mais “questões incidentais”, nos termos do artigo 162, §2º, do CPC vigente, mas sim “pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre na descrição do §1º”.

Destarte, considerando que sentença volta a ser legalmente conceituada como o ato do juiz que põe fim ao processo ou a alguma de suas fases, parece correto afirmar que a decisão que cuida da parcela incontroversa da demanda, proferida antes da sentença, nos termos do Novo Código de Processo Civil, terá natureza de decisão interlocutória de julgamento antecipado parcial de mérito, conforme entendimento preconizado por Marinoni⁸³, acima explanado.

Tal entendimento é corroborado pelo artigo 1.015, inciso II, o qual dispõe que o agravo de instrumento será interposto contra decisão interlocutória de mérito do processo, e pelo próprio artigo 356, §5º, que estabelece que da decisão proferida com base nesse artigo o recurso cabível é o agravo de instrumento.

Na redação final do Código sancionado, a parcela incontroversa do pedido, portanto, deixa de ser analisada como forma de tutela antecipada, de tutela de urgência ou de evidência, e passa a ser regulamentada como hipótese de julgamento antecipado parcial do mérito, como a doutrina já preconizava, nos termos do artigo 356 do diploma processual.

Nesse ponto observamos a presença do objetivo organizativo do novo diploma processual, que permite uma melhor coesão entre as regras processuais, conferindo aos seus operadores uma maior segurança na interpretação dos institutos.

⁸² Loc. cit.

⁸³ MARINONI, 2011, p. 220.



Há que se indicar, na sequência, que o novo Código em nada altera os conceitos de pedido cumulados já informados no início deste trabalho, como se pode observar pela redação dos artigos 322 e seguintes. Especifica o artigo 356 do novo Código de Processo Civil:

Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito, quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I - mostrar-se incontroverso;

II – estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 356.

§ 1º A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida.

§ 2º A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto.

§ 3º Na hipótese do §2º, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva.

§ 4º A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz.

§ 4º A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento.⁸⁴

Destes dispositivos defluiu-se, claramente, que há possibilidade de execução da parcela incontroversa já decidida, que tal decisão tem natureza de decisão interlocutória de mérito, e que o recurso cabível de tal decisão é o agravo de instrumento.

Com fulcro no artigo 374, III, há a possibilidade de julgamento da parcela incontroversa do pedido antes da instrução do processo, por se admitir que os fatos incontroversos não precisem ser provados, logo, os pedidos deles decorrentes podem ser de pronto analisados.

Quanto à execução, estabelece o artigo 523, que “no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente” sendo o executado intimado para pagar em 15 dias. Observa-se que ao agravo de instrumento é possível o deferimento de efeito suspensivo pelo relator, nos moldes do artigo 1.019, inciso I, portanto, de início a execução seria provisória, e apenas depois de transitada em julgado a decisão, a execução passaria a ser definitiva.

Não há dúvida que os outros três objetivos elencados na Exposição de Motivos ficam aqui expressos, como a possibilidade de o juiz prolatar decisão mais rente aos fatos trazidos pelas partes, permitindo a cisão do julgamento de acordo com o que as próprias partes

⁸⁴ BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. *Institui o Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 28 mar. 2015.



apresentam a julgamento. O outro objetivo é a simplificação do instituto, que tanta discussão traz na ordem processual ainda em vigor, sendo que alguns chegam a defender que a aplicação do artigo 273, § 6º, poderia resultar em balburdia processual, dificultando a condução do processo e dos seus atos processuais. E finalmente, ressalta-se que o objetivo de instituir maior rendimento a cada processo fica evidente com a possibilidade de a parte usufruir o que já é seu, desde que não haja mais discussão quanto à parcela do requerido.

E por fim, mudança significativa se dará quanto ao início do prazo da ação rescisória, eis que de acordo com o artigo 975: “o direito à rescisória se extingue em dois anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo”, além de permitir que apenas seja rescindido apenas um capítulo da decisão (artigo 966, §3º), o que vai ao encontro da possibilidade de fracionamento do julgamento da demanda.

O que de relevante se dá, quando da análise desses poucos artigos do novo Código, é a busca do legislador em pacificar assuntos que eram nebulosos no Código de Processo Civil de 1973, e que coadunam com a razoável duração do processo e a segurança jurídica. O maior rendimento processual está diretamente relacionado com a prestação da tutela jurisdicional célere e econômica. Assim, não há qualquer dúvida que o julgamento parcial do mérito está umbilicalmente relacionado ao novo modelo processual inserido pelo novo Código de Processo Civil.

309

CONCLUSÃO

A necessária adequação do Código de Processo Civil, de procedência da fase científica do direito processual, para adquirir contornos de efetividade e celeridade, levou à inserção da tutela antecipada quando parcela do pedido se faz incontroverso, ou seja, não havendo mais qualquer discussão sobre algum dos pedidos ou sobre parcela de pedido não há motivo para que o mesmo não seja efetivado.

Fixando qual a parcela do pedido, ou qual dentre eles se encontra maduro, ao juiz é dada a possibilidade de fracionar o julgamento, entregando à parte desde já o que lhe é de direito, não tendo esta que esperar, injustificadamente, o deslinde do feito, o que coaduna perfeitamente com os contornos do direito constitucional processual.

Tendo em vista que a prestação da tutela jurisdicional à luz do direito fundamental à razoável duração do processo confere ao juiz o poder-dever de encontrar a técnica processual

idônea à tutela efetiva, o artigo 273, §6º do Código de Processo Civil vigente, deve ser interpretado, à luz da Constituição, no sentido de que a decisão que julga antecipadamente a parcela incontroversa do pedido é proferida em sede de cognição exauriente, completa e definitiva, fazendo coisa julgada material, sendo, portanto, irrevogável e imodificável, não podendo ser alterada quando do provimento final do processo.

Com efeito, à luz das mudanças introduzidas no Código do Processo Civil em vigor, não há como negar que a decisão que aprecia parcela incontroversa do pedido trata-se de uma decisão antecipada parcial de mérito. E esse foi justamente o posicionamento adotado no novo Código de Processo Civil, que a admite expressamente como hipótese de julgamento antecipado parcial do mérito, e não mais como espécie de tutela antecipada.

No novo diploma processual, o legislador ainda pretendeu acolher e aclarar a tese de que há decisões interlocutórias de mérito. Destarte, considerando que sentença volta a ser legalmente conceituada como o ato do juiz que põe fim ao próprio processo ou a alguma de suas fases, parece correto afirmar que a decisão referente à parcela incontroversa da demanda, proferida antes da sentença, nos termos do Novo Código de Processo Civil, terá natureza de decisão interlocutória de julgamento antecipado parcial de mérito. O novo diploma, portanto, ao contrário do diploma processual vigente, se preocupa em dar a essa decisão o tratamento correspondente a uma decisão de mérito, já que, por exemplo, dispõe que a execução se dará desde logo.

Assim, a preocupação do legislador do Novo Código de Processo Civil em deixar fixadas as diretrizes da decisão parcial que julga a parcela incontroversa do pedido (como sendo uma decisão interlocutória de julgamento antecipado parcial de mérito, atacável por agravo de instrumento, com a possibilidade de execução definitiva e ação rescisória), vem ao encontro dos paradigmas estabelecidos na Constituição Federal de busca da efetividade da tutela jurisdicional, primando pela razoável duração do processo e pela segurança jurídica das decisões.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. Anotações sobre a Efetividade da Jurisdição e do Processo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 101, v. 919, p. 317-335, maio 2012.



ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Coisa Julgada Progressiva & Resolução Parcial do Mérito*. Curitiba: Juruá, 2008.

BRASIL. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

_____. Código de Processo Civil. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973. *Vade Mecum RT*. 5 ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Constituição de 1988. *Vade Mecum RT*. 5 ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, Seção 1, 14 dez. 1994.

_____. Lei 10.444, de 7 de maio de 2002. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, Seção 1, 08 mai. 2002.

_____. Câmara dos Deputados. Comissão destinada a proferir parecer ao Projeto de lei nº 6.025, de 2005, ao projeto de Lei 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei 5.869, de 1973). Disponível em: <www.camara.gov.br/prop_mostraintegra>. Acesso em: 26 jun. 2014.

_____. Projeto de Lei 8.046 de 2010. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=60086FAC032CF0F4A43CDE29DA0F2888.proposicoesWeb2?codteor=831805&filename=PL+8046/2010>. Acesso em: 28 jul. 2014.

_____. *Exposição de motivos do novo Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2015

_____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. *Institui o Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 28 mar. 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.



CABRAL, Antonio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo código de processo civil. In: FREIRE, Alexandre, et al. (org.). *Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2014, v. 2, p. 27-46.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. 1.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. et.al. *Teoria Geral do Processo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 15 ed. rev., atual. e ampl., Salvador: Editora Juspodivm, 2013, v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de Defesa e Parte Incontroversa da Demanda*. 2 ed., rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

312

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvin. *Processo Civil Moderno: Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

METRING, Roberto Araújo. *Pesquisas Científicas: Planejamento para Iniciantes*. 1 ed, 2 reimpr. Curitiba: Jurúá, 2011.

MILMAN, Fabio. O Novo Conceito de Sentença e suas Repercussões Recursais: Primeiras Experiências com a Apelação por Instrumento. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*, Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigosautor.asp?id=102>>. Acesso em: 08 out. 2013.

MITIDIERO, Daniel. Direito Fundamental ao Julgamento Definitivo da Parcela Incontroversa: Uma Proposta de Compreensão do Art. 273, §6º, do CPC, na Perspectiva do Direito Fundamental a um Processo sem Dilações Indevidas (Art. 5º, LXXVIII, da CF/1988). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 149, p. 105-119, jul. 2007.

_____. O Processualismo e a Formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 183, ano 35, p. 165-194, maio 2010.



ORIONE NETO, Luiz. *Tratado das Medidas Cautelares*. São Paulo: Lejus, 2000, v. 3.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. EC n.45: Acesso à Justiça e Prazo Razoável na Prestação Jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et.al. (Org). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SOUZA, Marlene Marlei. A Efetividade da Jurisdição. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano XXXVI, n. 113, p. 285-304, março de 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 26. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, v. 1.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da Nova Reforma do CPC*. 2. ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VECHIATO JUNIOR, Walter. *Processo Civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Notas sobre algumas tendências que se concretizam no Projeto do Código de Processo Civil. In: Alexandre, Freire et. Al. (Org.). *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o Projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, v. 3.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 3 ed., rev. e atual. São Paulo: Perfil, 2005.

ZAVASCKI. Teori Albino. Antecipação da Tutela em Face de Pedido Incontroverso. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*, Porto Alegre. Disponível em:



<[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Teori%20Zavascki\(2\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Teori%20Zavascki(2)%20-formatado.pdf)>. Acesso em: 22 jun. 2014.

Submissão: 30/03/2015
Aceito para Publicação: 30/06/2015



ASPECTOS POLÊMICOS DA MEDIAÇÃO JUDICIAL BRASILEIRA: UMA ANÁLISE À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DA LEI DA MEDIAÇÃO

CONTROVERSIAL ASPECTS OF JUDICIAL MEDIATION IN BRASIL: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE NEW BRAZILIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE AND OF THE MEDIATION LAW

Karime Silva Siviero*

RESUMO: Os debates mais recentes sobre a ineficiência do Judiciário lançaram luz sobre a importância dos meios alternativos de tratamento dos conflitos na administração da Justiça. Com o objetivo de recobrar o passo rumo aos ideais modernos de pacificação social, o legislador brasileiro finalmente normatizou a mediação no novo Código de Processo Civil e na recém-sancionada Lei de Mediação (Lei n.º 13.140/2015). Nessa linha, o presente artigo objetiva abordar as inovações trazidas pelos marcos legais da mediação à luz das exigências intrínsecas do instituto analisado. Tenciona-se demonstrar que a mediação judicial poderá se converter em importante ferramenta de educação dos jurisdicionados para a autonomia cidadã, além de servir de baliza de contenção para o arbítrio dos magistrados na condução dos processos. Não se pretende, obviamente, esgotar a análise de todas as questões relacionadas à institucionalização da mediação, mas apenas lançar luz sobre pontos importantes relacionados ao tema.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação de conflitos. Novo Código de Processo Civil. Lei de Mediação. Acesso à justiça.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A mediação de conflitos no Novo Código de Processo Civil. 1.1. A obrigatoriedade da mediação. 1.2. A presença dos juízes na sessão de mediação. 1.3. A cumulação das funções de mediador e advogado. 1.4. A imparcialidade do mediador. 1.5. As sessões virtuais de mediação. 2. A Lei de Mediação (Lei n.º 13.140/2015). Conclusão. Referências.

ABSTRACT: The latest debates on the inefficiency of the judiciary shed light on the importance of the alternative methods of conflict resolution in the administration of justice. In order to recover step towards the modern ideals of social pacification, the Brazilian legislature finally regulated the judicial mediation in the new Brazilian Code of Civil Procedure, as well as in the recently sanctioned Mediation Law (Law no. 13140 / 2015). Therefore, this paper aims to analyze the innovations brought by the legal framework in the light of requirements intrinsic to the analyzed institute. It is intended to demonstrate that judicial mediation may become an important educational tool of the subjected to jurisdiction for citizen autonomy, besides serving as a barrier to the arbitrariness of judges in the conduct of proceedings. It is not intended, obviously, to exhaust the analysis of all issues related to the institutionalization of mediation, but only to shed light on important points related to the theme.

KEYWORDS: Judicial mediation. New Brazilian Code of Civil Procedure. Mediation Law. Access to Justice.

316

INTRODUÇÃO

A primeira proposta de regulamentação da mediação no Brasil surgiu com o Projeto de Lei n.º 4.827/1998, apresentado à Câmara pela Deputada Federal Zulaiê Cobra e que tinha a intenção de institucionalizá-la como método de prevenção e solução consensual de conflitos.

Referido Projeto de Lei foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara e remetido ao Senado, onde recebeu o número PLC n.º 94/2002. Em 2004, com o advento da Emenda Constitucional n.º 45/2004, o texto precisou ser adequado às novas

* Mestre em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Graduada em Direito pela mesma instituição. Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Vila Velha – UVV/ES. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, Direito Processual Civil e Direito do Trabalho.

disposições constitucionais. Aprovou-se, então, a Emenda nº 1-CCJ, encaminhada à Câmara em julho de 2006, após o que nada mais se disse sobre a sua tramitação.

A última versão do Projeto propunha no artigo 1º que a mediação paraprocessual civil poderia ser prévia, incidental, judicial ou extrajudicial. O requerimento para a mediação prévia judicial interromperia a prescrição e deveria ser finalizada em até noventa dias (artigo 29). Por outro lado, a mediação incidental seria, como regra, obrigatória para os processos de conhecimento, salvo para as exceções previstas em lei (artigo 34). Também neste último caso, o processo deveria ficar suspenso pelo período de 90 dias e, caso não houvesse possibilidade de acordo, o processo deveria ser retomado.

A simples distribuição da petição inicial ao juízo competente interromperia o prazo prescricional, induziria litispendência e produziria os mesmos efeitos previstos 263 e 219 do CPC. O projeto também ressaltava que o magistrado somente poderia suspender o processo e encaminhá-lo para a mediação após o exame dos pedidos de liminar, sendo que eventual interposição de recurso em face da decisão interlocutória provisional não afetaria o processo de mediação.

Apesar da boa técnica empregada – que apresentara uma regulamentação concisa e objetiva da mediação, apresentando o conceito do instituto e elencando algumas disposições a respeito –, o Projeto de Lei não foi à frente.

A mediação somente voltou à pauta legislativa em 2009, ano em que uma Comissão de Juristas presidida pelo Ministro Luiz Fux foi convocada para redigir um novo Código de Processo Civil (NCPC). O Anteprojeto, convertido no Projeto de Lei nº 166/10, tratava dos meios consensuais de pacificação na Seção V, intitulada “dos conciliadores e dos mediadores judiciais” (artigos 134 a 144).

O texto do Projeto foi aprovado pelo Pleno do Senado com apenas duas alterações e seguiu para a Câmara dos Deputados, onde foi autuado como PL nº 8.046/2010. A nova versão do Senado alterou mais de 400 dispositivos do Anteprojeto.

Em 2011 as discussões sobre o texto do NCPC foram ampliadas. Por meio de atividades conjuntas desenvolvidas pela Comissão de Juristas, pela Câmara dos Deputados e pelo Ministério da Justiça, chamaram-se à participação nos debates a sociedade civil e a comunidade acadêmica. O texto tramitou por mais cinco comissões de análise dos anos seguintes, sendo a versão provisória com as alterações sugeridas pela Câmara liberada em junho de 2012.

Após sofrer uma extensa revisão no Senado Federal, o texto foi encaminhado para a Presidência da República em fevereiro de 2015 e sancionado no mês seguinte.

Finalmente, um novo marco regulatório da mediação vem à lume em junho com a sanção da Lei de Mediação (lei n.º 13.140/2015), que disciplina a mediação judicial e extrajudicial como forma de solução de conflitos.

O novo cenário normativo vem acompanhado de muitas inquietações: afinal, qual o prognóstico da mediação de conflitos no Judiciário brasileiro? Quais desafios serão enfrentados pelos mediadores e operadores do Direito em razão da aproximação entre justiça consensual e justiça adjudicatória?

Estas são precisamente as indagações a que se pretende responder. Para tanto, far-se-á uma leitura sistemática do regramento jurídico dispensado a este mecanismo autocompositivo pelo Novo Código de Processo Civil e pela Lei de Mediação, levando-se em consideração a essência do instituto e suas características fundamentais.

O estudo será pautado pela hermenêutica e pela tópica, posto que uma investigação profícua sobre as potencialidades da mediação judicial compatibiliza-se com a concepção contemporânea de racionalidade prática.

As conclusões parciais extraídas ao longo do desenvolvimento do artigo permitirão concluir que a incorporação da mediação ao Sistema de Justiça servirá ao propósito de ampliar o acesso à Justiça e contribuir para a autonomização dos cidadãos na resolução dos seus conflitos.

1 A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

No que se refere à mediação, o NCPC (Lei n.º 13.105/2015) avançou significativamente em relação ao Código de 1973. Realmente, enquanto o diploma normativo precedente não trazia qualquer previsão sobre a mediação – embora tratasse da conciliação em dez artigos –, o diploma recém-sancionado menciona a expressamente a mediação em 39 oportunidades diferentes.

A Comissão de Juristas responsável pela elaboração do projeto registrou na Exposição de Motivos a intenção de “converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação” (ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO

DE PROCESSO CIVIL, 2010, p. 22). A iniciativa foi referendada pelos legisladores pareceristas do projeto, para os quais o tratamento da mediação e da conciliação na Parte Geral do PL representa um avanço importante, sobretudo por conferir a esses mecanismos de resolução de conflitos todo o destaque que modernamente eles têm tido.

A mediação é mencionada pela primeira vez já no artigo 3º do NCPC, topograficamente localizado no Capítulo I, Livro I da Parte Geral. O *caput* do artigo enuncia o princípio da inafastabilidade da jurisdição (“não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”), e, logo em seguida, o §2º aduz que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. Finalmente, o §3º determina que a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos “deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

A simples leitura da norma processual acima referida permite concluir que o CPC/2015 reconhece natureza jurídica jurisdicional aos mecanismos autocompositivos. Ou seja, a mediação tanto poderá ser ofertada extrajudicialmente como no curso dos processos judiciais, o que é possível pela incorporação das técnicas de pacificação de conflitos.

A conclusão é reforçada pela inclusão dos mediadores e conciliadores judiciais entre os auxiliares da Justiça, nos termos do artigo 149 do NCPC. Dentro do Capítulo III, o diploma destina uma seção inteira, composta por onze artigos, para o regramento das atividades dos mediadores e conciliadores judiciais.

De acordo com o artigo 166, a atuação dos mediadores deverá ser pautada pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

Mais adiante, o artigo 168 resguarda o direito das partes a escolher, conjuntamente, um mediador para atuar no processo, que pode ou não ter cadastro no tribunal (artigo 168, §1º). Cuida-se de garantia importante, pois o terceiro deve inspirar confiança nos interessados.

Na condição de auxiliares da Justiça, os mediadores e conciliadores deverão ser remunerados pelos trabalhos desempenhados (artigo 169). A regulamentação do abono variável e das jornadas de trabalho foi atribuída aos Tribunais, que observarão para este fim

os parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.¹ O trabalho voluntário como mediador também encontra autorização no NCPC, nos termos do §1º do artigo 169.

Mas apesar dos avanços representados pela institucionalização da mediação pelo Poder Judiciário, é preciso ter cuidado para que o entusiasmo inicial não ofusque as muitas incongruências presentes no texto aprovado. Recomenda-se, como no ditado, ir “devagar com o andor, porque o santo é de barro!”. Vejamos o porquê.

1.1 A obrigatoriedade da mediação

O novo diploma processual exige que o autor indique na petição inicial se deseja ou não levar o conflito à mediação ou conciliação. Caso esta informação não esteja presente, o juiz determinará que o autor a emende ou a complete no prazo de 15 dias (artigo 319 c/c 321 do NCPC). No mesmo sentido, o §5º do artigo 334 fixa que o réu deverá manifestar o seu desinteresse em participar da audiência de mediação, em petição escrita, ao menos 10 dias antes do dia designado para a audiência.

Cumpra redobrar a atenção para análise do artigo 334, §4º e incisos I e II do NCPC. A norma estabelece que a audiência de mediação apenas não será designada se ambas as partes manifestarem, expressamente, o desinteresse pela composição consensual do litígio ou se a natureza da causa inadmitir transação.

Isso significa que embora a norma processual inclua a autonomia da vontade no rol de princípios informadores da mediação, o que ela faz em seguida é esvaziar-lhe o sentido. A primeira impressão transmitida pela leitura do artigo 334 é a de que a mediação foi pensada para servir como obstáculo ao exercício legítimo do direito de ação, atendendo aos propósitos de celeridade do Judiciário – beneficiado com o filtro de admissibilidade das demandas recém-instituído – e aos litigantes de má-fé interessados na procrastinação do julgamento da lide.²

¹ Interessante notar que poucos Tribunais estaduais já possuem iniciativas legislativas nesse sentido. Uma exceção é o TJ-SP, que encaminhou à apreciação da Assembleia Legislativa, em dezembro de 2013, um PL que regulamenta o exercício das funções de mediadores e conciliadores inscritos nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania vinculados ao Núcleo Permanente do referido Tribunal. O projeto estipula jornadas diárias de duas, quatro, seis e oito horas, dentro do expediente forense, limitadas em 16 horas semanais, e abono variável de R\$ 40,28 por hora de trabalho.

² A única ressalva diz respeito ao encaminhamento de processo à mediação quando houver pedido de liminar. Nesse sentido, o artigo 303 prevê que se a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final. Se o caso for

A verdade é que o Código introduziu no sistema jurídico uma espécie de obrigatoriedade mitigada para o processo de mediação, *i.e.*, uma obrigatoriedade presumida e que somente pode ser elidida por meio da anuência concreta dos litigantes.

O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de mediação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça, apenado com multa de 2% (dois por cento) da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado (artigo 334, §8º).

Além da regra geral, o NCPC prevê dois casos de obrigatoriedade absoluta da mediação, em que o encaminhamento do processo para o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) independe da concordância prévia das partes.

O primeiro caso diz respeito às ações de família. Em razão das peculiaridades e da complexidade dos relacionamentos familiares, o Código preceitua que todos os esforços deverão ser empreendidos para que o conflito seja solucionado consensualmente, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas do conhecimento para a mediação e a conciliação. A seguir, o parágrafo único permite, a requerimento das partes, que o magistrado suspenda o processo para que as partes participem de mediação extrajudicial ou de atendimento multidisciplinar.

Quanto à segunda hipótese, o artigo 565 estabelece que nos litígios coletivos envolvendo a posse de imóveis, quando o esbulho ou a turbação alegada na petição inicial houverem ocorrido há mais de ano e dia, o juiz deverá, antes mesmo de avaliar o pedido de liminar, designar audiência de mediação. O Ministério Público será necessariamente intimado para esta audiência, assim como a Defensoria Pública se alguma parte for beneficiária de gratuidade da justiça (artigo 565, §2º).

1.2 A presença dos juízes na sessão de mediação

O §1º do artigo 334 dispõe que os mediadores e os conciliadores devem atuar, necessariamente, nas “audiências” destinadas à autocomposição.

Conforme destacam Rodrigo Reis Mazzei e Bruno Pereira Marques, o processo de mediação não acontece, a rigor, em audiências, mas em sessões. A dúvida, portanto, é se

indicado para mediação, o juiz poderá antecipar a tutela e, após, citar e intimar o réu para audiência de mediação (artigo 303, inciso II).

houve erro material na redação do artigo ou se a mediação foi tratada como sinônimo de conciliação pelo legislador (MARQUES; MAZZEI, inédito, 2015). Ou, em outras palavras, se o juiz pode ou não se fazer presente nas sessões de mediação.

O artigo 139, inciso V, do PL n° 8.046/2010 previa que os juízes deveriam promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com o auxílio de conciliadores e mediadores judiciais. Dessa forma, a interpretação literal do dispositivo permitiria que os juízes mediassem conflitos sozinhos.

Esse ponto foi muito criticado durante as sessões públicas do anteprojeto. Primeiramente, porque o profissional com formação acadêmica e aptidões específicas para lidar com a relação conflituosa complexa seria posto em segundo plano, privilegiando-se o papel do juiz e a visão judiciário-centrada do Direito. Depois disso, porque caso a mediação não resultasse em acordo, o mesmo magistrado encarregado do procedimento de escuta deveria se esquecer de todos os aspectos não jurídicos (morais, religiosos, pessoais) aflorados na mediação e proferir uma sentença circunscrita à causa de pedir e aos pedidos protocolares dos autos.

322

A presença facultativa dos mediadores nas sessões de mediação foi corrigida pelo artigo 334, §1° do NCPC. Em compensação, o legislador deixou escapar a chance de regular explicitamente sobre a presença do magistrado nas sessões.

De toda sorte, a análise sistemática dos dispositivos do NCPC permite supor que se trata de simples erro material. Veja-se que o artigo 165 tornou obrigatória a criação dos centros judiciários de solução consensual de conflitos nos tribunais, incumbindo-lhes da realização das “sessões e audiências” de conciliação e mediação.

A conclusão é reforçada pelo artigo 170. De acordo com o texto, em caso de impedimento, o mediador deverá devolver os autos ao juiz do processo ou coordenador do centro judiciário para nova distribuição. Disso decorre que o papel do magistrado na etapa conciliatória cinge-se ao direcionamento dos processos aos centros.

1.3 A cumulação das funções de mediador e advogado

O terceiro ponto controverso relaciona-se com a impossibilidade de cumulação das atividades de mediador e advogado. Como reza o artigo 167 e parágrafos, os mediadores

serão inscritos no cadastro nacional, sendo-lhes vedado exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções. Debruçando-se sobre a nova regra, Fernanda Tartuce questiona:

[...] se o mediador inscrito no Tribunal não poderá advogar no juízo em que se inscreveu, como poderá sobreviver?

Imaginemos, para ilustrar, uma situação concreta: atuo como advogada no Departamento Jurídico do XI de Agosto, entidade da Faculdade de Direito da USP que presta assistência à população carente desde 1919 e tem processos tramitando em praticamente todos os foros da Capital paulista.

Decido fazer o cadastro como mediadora no Tribunal de Justiça de São Paulo e aguardo ser escolhida pelas partes ou nomeada para algum feito por força de distribuição.

Caso seja chamada a atuar como mediadora em feito que tramita em determinada Vara, precisarei verificar se tenho algum processo em trâmite ali; sendo a resposta positiva, deverei me reconhecer impedida de atuar e terei que declinar. Esta situação é apropriada? Se atuo como advogada em um feito de natureza diversa, com litigantes diferentes, não sou apta a atuar em outro processo com diferentes envolvidos pelo simples fato de tramitarem no mesmo juízo? (TARTUCE, 2014, p. 14).

Apesar da boa intenção do legislador, a norma analisada desencoraja os novos advogados a se cadastrarem no rol de mediadores e conciliadores judiciais. Outrossim, importante registrar que o impedimento criado não segue a mesma lógica dos impedimentos encartados no Estatuto da advocacia.

323

1.4 A imparcialidade do mediador

A quarta crítica diz respeito ao princípio da imparcialidade na atuação do mediador. Conforme previsão contida no artigo 166, a atuação dos mediadores deve observar o princípio da imparcialidade, sendo que a inobservância desse dever enseja a exclusão do profissional do cadastro do tribunal (artigo 173, inciso D).

O princípio da imparcialidade costuma ser arrolado como um atributo indispensável do mediador, a quem cumpriria manter uma postura de equidistância entre as partes e seus interesses.³ Assim, os mediadores deveriam atuar somente para auxiliar as partes no restabelecimento do diálogo, e, se possível, na autocomposição do litígio.

Entretanto, importa observar que a exigência de imparcialidade dos serventuários da justiça, mais do que preocupação com o favorecimento das partes, constitui-se em

³ Nesse sentido, Petrônio Calmon apresenta princípio da imparcialidade como “o direito das partes a um método de mediação que lhes sirva de um modo justo e equitativo e a contar com mediadores que se abstenham de todo prejuízo ou favoritismo” (CALMON, 2013, p. 117).



manifestação de poder e autoridade. Nesse sentido, discorrendo sobre a simbologia da imparcialidade do juiz, Geovany Cardoso Jeveaux é enfático:

[...] se se considerar o sistema jurídico mais que um conjunto de normas ou instituições, mas um fenômeno de “partes em comunicação”, onde estão pressupostos uma interação (troca de mensagens), um relato (informação contida na mensagem) e um cometimento (informação sobre como encarar a mensagem), a atuação do Estado-juiz como terceiro comunicador – além dos dois primeiros, que são as partes, as quais estarão sujeitas à decisão – ocorre numa situação de controle comunicativo para tornar a decisão um instrumento de suscitação de obediência, justamente através de um domínio e de uma estratégia de domínio (JEVEAUX, 1999, p. 8).

Ao contrário dos magistrados, o mediador não dispõe dos poderes e prerrogativas inerentes à função jurisdicional, razão pela qual privar-lhe de qualquer possibilidade de aproximação das partes ou de intervir para reequilibrar as relações de forças entre elas, equivaleria a esvaziar de sentido o seu papel. A esse propósito, Fabiana Marion Spengler anotou que “enquanto o juiz é pensado, nos sistemas modernos, como o ‘*nec utrum, nem um, nem outro, nem isto nem aquilo*’, justamente neutro, o mediador deve ser ‘*isto e aquilo*’, deve perder a neutralidade e perdê-la até o fim” (SPENGLER, 2010, 343).

O argumento da autora é relevante, ainda que a observação sobre o abandono completo da mediação deva ser vista *cum grano salis*. O mediador deve perceber as diferenças comuns aos conflitantes e trabalhar a partir desse ponto, possibilitando a retomada da comunicação. Como ensina o professor Guilherme Assis de Almeida:

O trabalho da mediação tem como ponto de partida o reconhecimento do “valor social” de todos aqueles envolvidos em determinado conflito. Importante ter claro que, devido ao fato de vivermos em uma verdadeira “sociedade de indivíduos” (no sentido antropológico do termo), o exercício do diálogo, da compreensão de uma lógica do existir diversa da nossa não é uma tarefa a que estejamos habituados. Portanto, exige de todo aquele que se dedique ao trabalho de mediação uma atitude de introspecção e sensibilidade, capaz de perceber a melhor forma de expressar o seu reconhecimento por todos aqueles envolvidos no conflito. Essa atitude inicial do mediador a favorece a criação de um ambiente dialógico. Único espaço possível para que se possa estabelecer um processo de reconhecimento mútuo das pessoas que participam do conflito (ALMEIDA, 2014, p. 22).

Os mediadores precisam de liberdade para se inserir entre as partes, embora não lhes caiba assumir uma postura necessariamente equidistante. Espera-se que eles possam proteger as partes mais vulneráveis do conflito, conter as pretensões dos mais influentes e corrigir as desigualdades de poder.

Nesse sentido, caso prevaleça a literalidade do artigo 173, I do NCPC, o mediador – que, por definição, precisa abrir mão de sua imparcialidade para restabelecer o liame comunicacional entre as partes – deverá orientar-se pelos mesmos ditames de imparcialidade impostos aos magistrados, sob pena de exclusão dos quadros de mediadores dos tribunais.

Ou seja, ao mesmo tempo em que o NCPC reconhece, surpreendentemente, a natureza jurisdicional dos mecanismos consensuais e espraia previsões normativas sobre a mediação ao longo de todo o texto, ainda hesita em que os mediadores adotem uma postura de parcialidade quando necessário. O legislador rendeu homenagens à mediação, mas conservou-a sob a rédea curta dos mesmos princípios norteadores da atividade jurisdicional.⁴

Trata-se de um aspecto polêmico da positivação do instituto e que dará margem a amplos debates nos próximos anos. Aconselha-se que a aplicação dos motivos de suspeição arrolados no artigo 145, inciso II, do novo diploma processual seja feita com as cautelas devidas, para preservar as características e a vocação pacificadora da mediação.

1.5 As sessões virtuais de mediação

Finalmente, importa observar que o Código prevê a possibilidade de realização de audiências de conciliação e mediação por meio eletrônico no (artigo 334, §7º).

A realização de sessões virtuais de mediação ainda provoca desconfortos, pois suprime o caráter pessoal das negociações, conhecido como “*face-to-face mediation*”. Por outro lado, muitos já se convenceram da conveniência do método, na medida em que reduz os custos operacionais e conecta pessoas localizadas em diferentes partes do mundo.

Em que pese aos argumentos contrários, o processo de mediação eletrônica parece adequar-se bem aos novos tempos. Os benefícios do rompimento das barreiras geográficas, a acessibilidade que proporciona às pessoas com deficiências físicas, a celeridade do rito, as

⁴ A questão da imparcialidade do mediador consistiu em ponto central de atenção das autoras Sara Cobb e Janet Rifkin no emblemático artigo “Practice and Paradox: Deconstructing neutrality in mediation”. As professoras estadunidenses afirmam que embora conceitos como imparcialidade e neutralidade sejam pontos centrais na teoria e prática da mediação, cultuados como um antídoto contra o preconceito e condição *sine qua non* para a preservação do contexto comunicacional em que queixas possam ser ouvidas e acordos mutuamente construídos, contraditoriamente seus conceitos permanecem indefinidos pelas organizações profissionais e pouco debatidos nos círculos escolares. Após analisar as definições de mediação usualmente empregadas no campo da mediação (neutralidade como sinônimo de imparcialidade ou de equidistância), assim como suas implicações concretas, as autoras concluem que tais concepções devem ser entendidas como prática no discurso (COBB; RIFKIN, 1991, p. 35).

módicas despesas econômicas suportadas pelos usuários, tudo isso justifica a aposta do Código de 2015 nessa ferramenta.

O ponto de preocupação relacionado às plataformas *online* reside na assegução da higidez do procedimento e das cláusulas de garantia das partes. Os sistemas de videoconferência dos tribunais deverão avaliar a identidade dos intervenientes, certificando a titularidade e autenticidade da firma. Além disso, os mediadores deverão desenvolver habilidades específicas para interpretar à distância os sentimentos das partes e a ocorrência de vícios no consentimento.

Por fim, cumpre dizer que a mediação virtual já é amplamente utilizada em países como a Alemanha, Estados Unidos, Holanda e Argentina. Tanto é assim que muitas empresas de tecnologia se especializaram no desenvolvimento de softwares próprios para o desenvolvimento das sessões online.⁵

2 A LEI DE MEDIAÇÃO (LEI N.º 13.140/2015)

326

Além do NCPC e da Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, a Presidente da República sancionou, em 29 de junho de 2015, a Lei n.º 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio alternativo de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.⁶

O artigo 2º da lei recém-aprovada conceitua a mediação como o “processo conduzido por terceiro imparcial, com o objetivo de auxiliar as partes a identificar ou desenvolver soluções consensuais”. Em sintonia com o NCPC, a Lei n.º 13.140/2015 encampa o princípio da imparcialidade do mediador, estabelecendo no parágrafo único do artigo 5º que o terceiro tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito.

Novamente, o legislador cuidou de enfatizar a exigência de imparcialidade na condução do procedimento, embora o conteúdo desta exigência tenha permanecido sem

⁵ Além dos *sites* destinados à mediação online, em junho de 2014, uma empresa desenvolveu recentemente o primeiro aplicativo global voltado à resolução de conflitos entre empresas e clientes, o “*Youstice*”. Trata-se de um projeto bastante interessante e que certamente servirá de exemplo ao desenvolvimento de outros na mesma linha. Disponível em: <<http://www.youstice.com/pt/>>. Acesso em 18 nov. 2014.

⁶ O anteprojeto da lei de Mediação Civil, de autoria do senador Ricardo Ferraço, consolida as sugestões dos professores Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Trícia Navarro Xavier Cabral e Gabriela Asmar sobre o tema.



definição normativa. Ou seja, um significante-chave do conceito legislado de mediação carece de significado unívoco e facilmente identificável.

Consequentemente, cumprirá aos cursos de formação de mediadores, à jurisprudência dos tribunais e aos círculos universitários encontrar uma definição razoável para a famigerada imparcialidade, compatíveis com o exercício da função.

O anteprojeto da Lei da Mediação distinguia entre mediação judicial e extrajudicial a partir do critério da iniciativa da escolha do mediador. Nessa linha, a mediação seria judicial quando os mediadores fossem escolhidos pelo Poder Judiciário e extrajudicial quando a escolha do mediador ou da instituição de mediação privada pertencesse às partes (artigo 6º do PL nº 8.046/2010).

Ainda que a lei não tenha mantido a distinção conceitual entre os dois tipos de mediação, é possível inferi-la a partir da leitura conjugada de seus artigos 9º, 11, 12 e 25. De acordo com o artigo 9º, qualquer pessoa capaz e que desperte a confiança das partes pode atuar como mediador extrajudicial, independentemente de integrar conselho de classe ou associação. Por outro lado, o artigo 11 estabelece como requisitos cumulativos para o exercício da função de mediador judicial: (a) dois anos de graduação em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação; e (b) capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) ou pelos tribunais.

Nos termos do artigo 12, apenas os mediadores inseridos no cadastro dos tribunais serão considerados habilitados e autorizados a atuar em mediação judicial. Finalmente, o artigo 25 estatui que a designação dos mediadores para o processo independe da prévia aceitação das partes, exceto em casos de impedimento e suspeição (artigo 5º).

Veja-se que os artigos 12 e 25 da Lei nº 13.140/2015 proíbem a escolha do mediador que irá atuar no processo de mediação judicial, ao contrário do que dispõe o artigo 168, §§ 1º e 2º, do NCPC, capitulado em Seção destinada ao regramento dos conciliadores e mediadores judiciais. In verbis:

Art. 168. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação.

§ 1º. O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado no tribunal.

§ 2º. Inexistindo acordo quanto à escolha do mediador ou conciliador, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação.

Diante da antinomia entre as normas, poder-se-ia argumentar que o artigo 168 e §§ 1º e 2º do NCPC foram precocemente derogados – ainda no período de *vacatio legis* – pelo advento da Lei de Mediação Civil. Por essa linha de raciocínio, o mediador responsável por conduzir a mediação seria designado exclusivamente a partir de uma distribuição alternada e aleatória, nos moldes descritos no artigo 167, §2º da lei processual civil.

Contudo, essa não é a melhor solução interpretativa para o problema, pois o sucesso da mediação depende da relação de empatia e confiabilidade estabelecida entre as partes e o mediador. A distribuição mecânica dos processos aos profissionais cadastrados nos tribunais corrompe a essência do instituto e interfere indevidamente na autonomia de escolha dos interessados.

O caminho para a compatibilização entre as normas colidentes é acessado pela teoria do diálogo das fontes, idealizada pelo jurista alemão Erik Jayme. Segundo defende o autor, as sociedades pós-modernas convivem com múltiplas fontes legislativas vocacionadas à regulamentação dos mesmos fatos. Essa constatação torna-se mais evidente no campo do direito privado, onde os códigos generalistas concorrem com os microssistemas de regulação, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e tantos outros.⁷

Para lidar com a nova realidade normativa, Jayme propõe a substituição do antigo mecanismo de exclusão de normas incompatíveis por um mecanismo de aplicação simultânea, coordenada e sistemática de leis principais e coexistentes no sistema.

Como explica Cláudia Lima Marques (2008, p. 44):

Muda-se assim o paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico ou do ‘monólogo’ de uma só norma (a comunicar a solução justa), à convivência destas normas, ao ‘diálogo’ das normas para alcançar a sua *ratio*, a finalidade visada ou narrada em ambas. Este atual e necessário ‘diálogo das fontes’ permite e leva à aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes com finalidade de proteção efetiva.

⁷ Jurista alemão e catedrático de Direito Internacional Privado, Direito Comparado e Direito Civil da Universidade de Heidelberg, Erik Jayme empregou o termo “Diálogo das Fontes” pela primeira vez durante curso ministrado em Haia no ano de 1995. Quanto ao sentido do termo, o autor aduz o seguinte: “O ‘diálogo das fontes’ significa que decisões de casos da vida complexos são hoje o somar, o aplicar conjuntamente, de várias fontes (Constituição, Direitos Humanos, direito supranacional e direito nacional). Hoje não mais existe uma fixa determinação de ordem entre as fontes, mas uma cumulação destas, um aplicar lado a lado. Os direitos humanos são direitos fundamentais, mas somente às vezes é possível deles retirar efeitos jurídicos precisos” (JAYME, jul./set. 2000, p. 289-293).

Trasladando a proposição de Erik Jayme para a questão da escolha do mediador, vê-se que a norma albergada no NCPC se preocupa com o *leitmotiv* da mediação, ou seja, envida esforços para garantir que o procedimento produza condições favoráveis ao entendimento. Já os artigos 12 e 25 da Lei nº. 13.140/2015, apesar de inseridos em lei posterior e especial, impõem a distribuição mecânica do mediador, o que fere de morte a subjetividade própria do instituto.

Portanto, a teoria do diálogo das fontes provê subsídios para a preservação da normatividade do artigo 168 e §§ 1º e 2º do Código de Processo Civil brasileiro, de modo que a distribuição aleatória do processo a mediador cadastrado no tribunal permanecerá condicionada à ausência de consenso quanto ao profissional indicado para assumir o encargo.

O artigo 3º da lei em comento esclarece que podem ser objeto de mediação tanto conflitos que versem sobre direitos disponíveis como os que versem sobre direitos indisponíveis que admitam transação. Na última hipótese, a composição alcançada pelas partes deverá ser homologada em juízo, exigindo-se a oitiva do *Parquet* sobre os termos do acordo (§2º).

No que concerne ao procedimento de mediação, o artigo 16 permite que as partes requeiram ao juiz a suspensão de processo arbitral ou judicial em curso por prazo suficiente à tentativa de resolução consensual do litígio. A decisão que defere o pedido é irrecurável, porém não obsta a concessão de medidas de urgência.

Consoante expõe o artigo 17, considera-se instituída a mediação no dia designado para a primeira reunião de mediação. O parágrafo único do mesmo artigo esclarece que o prazo prescricional da ação fica suspenso enquanto durar o procedimento de autocomposição.

Reproduzindo o equívoco do NCPC, a Lei de Mediação capitula o princípio da autonomia da vontade no artigo 2º, inciso IV, mas em seguida determina que todos os processos sejam encaminhados à mediação, exceto se constatada a improcedência liminar do pedido (artigo 27).

A lei autoriza que os particulares incluam cláusulas de mediação nos contratos que celebrarem, o que torna a primeira sessão de mediação obrigatória. Nos termos do artigo 18 c/c artigo 2º, §2º, as sessões seguintes somente poderão ocorrer com a anuência das partes.

O contrato poderá prever, ainda, a penalização da parte signatária que se recusar a comparecer ao primeiro encontro de mediação. Caso o contrato silencie quanto à sanção cabível, aplicar-se-á a norma do artigo 22, §2º, inciso IV da lei.

O capítulo II da Lei de Mediação versa sobre a autocomposição de conflito sem que for parte o Poder Público.

Nos termos do artigo 32, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos órgãos da Administração Pública, com competência para I – dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; II – avaliar a admissibilidade da autocomposição em conflitos envolvendo particulares e pessoa jurídica de direito público; e III – promover a celebração de termo de ajustamento de conduta.

A criação das câmaras de prevenção e resolução de conflitos não representa propriamente uma inovação no âmbito da União Federal, uma vez que a Advocacia-Geral da União instituiu, ainda no ano de 2007, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF).

330

O ponto de destaque consiste na possibilidade de as câmaras avaliarem a admissibilidade de composição consensual dos conflitos envolvendo particulares e pessoas jurídicas de direito público. Cuida-se de uma política embrionária de instituição da mediação na esfera administrativa, cumprindo às câmaras a definição das políticas de conciliação no âmbito de sua competência. O permissivo legal estende-se inclusive para as demandas coletivas, nos termos do artigo 33 da lei.

Se bem utilizada, essa ferramenta permitirá que as matérias já pacificadas pelos tribunais e as demandas repetitivas sejam sanadas consensualmente, reduzindo a canalização de processos para o Judiciário.

As câmaras funcionarão dentro dos órgãos da Advocacia Pública (Advocacia-Geral da União, Procuradoria Geral do Estado e Procuradoria do Município) e terão autonomia para definir requisitos qualitativos e quantitativos para o encaminhamento de propostas à mediação, a fim de que sirvam como baliza para a atuação dos Procuradores Públicos.

Portanto, a Lei de Mediação estendeu os horizontes da autocomposição no âmbito do Direito Administrativo. O legislador encampou a doutrina contemporânea da *ductilidade constitucional* amplamente difundida por Gustavo Zagrebelski, segundo a qual pluralismo



jurídico inspira a superação da dicotomia entre Poder Público e cidadãos, sugerindo uma aproximação pelo diálogo. Nas palavras do autor:

El imperativo teórico de no contradicción -válido para la scientia juris- no debería obstaculizar la labor, propia de la jurisprudencia, de intentar realizar positivamente la «concordancia práctica» de las diversidades e incluso de las contradicciones que, aun siendo tales en teoría, no por ello dejan de ser deseables en la práctica. [...] Saben que el derecho constitucional, invocado en las salas de los tribunales constitucionales, en las aulas universitarias y en todos los lugares en los que puede ejercer una influencia sobre la realidad, tiene que mantener abiertas sus posibilidades y condiciones de existencia y no cerrarlas abrazando enteramente la perspectiva de alguna de las partes. Saben, en fin, que hoy existe contradicción entre derecho constitucional y adhesión unilateral a un proyecto político particular cerrado (ZAGREBELSKY, 2002, p. 16).

Lamenta-se apenas que as disposições dos incisos II e III do *caput* do artigo 32 não se apliquem às controvérsias envolvendo tributos administrativos da Receita Federal e aos créditos inscritos em dívida ativa da União (artigo 38, inciso I). Os acordos em torno dos executivos fiscais contribuiriam sobremaneira para desafogar os foros das Justiça Federal e Estadual, onde milhares de processos se arrastam por anos sem perspectiva de solução.

331

Nos termos do artigo 34, a instauração de procedimento administrativo para a resolução consensual do conflito suspende a prescrição. Considera-se instaurado o procedimento quando o órgão ou entidade pública emitir juízo de admissibilidade, retroagindo os efeitos dessa decisão à data de formalização do pedido (§1º).

Além das regras gerais sobre o funcionamento das câmaras a Lei nº 13.140/2015 também previu um regramento específico para a pacificação consensual de conflitos na esfera da administração pública federal.

O artigo 35 da lei consagrou a figura da transação por adesão. O instituto possibilita que as demandas repetitivas sejam solucionadas internamente a partir da observância de certos parâmetros fechados e vinculativos. A proposta de acordo apenas será possível se fundamentada em autorização expressa do Advogado-Geral da União, com base em jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores ou em parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República.

Debruçando-se sobre a nova previsão normativa, o desembargador do Tribunal Regional da 4ª Região Paulo Afonso Brum Vaz adverte que não é correto falar em autocomposição no sentido estrito do termo, senão em uma modalidade contratual que

transformou o direito em mercadorias (*law shopping*) e os cidadãos em consumidores de direito (*Supiot*). Nas suas palavras:

São os contratos cujo objetivo primordial não é mais trocar determinados bens nem selar uma aliança entre iguais, mas legitimar o exercício de um poder e a subordinação. Nos acordos em que figura como parte o Poder Público, com propostas fechadas e condicionamentos administrativos ditados unilateralmente, a partir de uma lógica de eficiência, algo como um *all or nothing*, tem-se uma espécie de *contrato de dependência dirigido*, trazendo consigo, ostensivamente, o arbítrio, o poder e a subordinação (VAZ, 2014, p. 6-7).

De toda sorte, não se ignora que a norma servirá ao propósito de inibir a judicialização das demandas repetitivas, permitindo que os cidadãos adiram às condições previamente estabelecidas em matérias já pacificadas pelas Cortes. Conforme observa Brum Vaz, o sucesso da transação por adesão dependerá de fatores como a efetiva pacificação das demandas recorrentes pelos Tribunais Superiores, uma atuação eficiente do Advogado-Geral da União na concessão de autorização ou emissão de pareceres favoráveis à composição e, finalmente, a qualidade dos requisitos e das condições estipuladas para a resolução interna dos conflitos (VAZ, 2014, p. 7).

Importante observar que a formalização de resolução administrativa destinada à transação por adesão não implica em renúncia tácita à prescrição, nem tampouco à sua interrupção ou suspensão (artigo 35, §6º).

Caso a controvérsia jurídica envolva órgãos ou entidades de direito público da administração federal, a AGU deverá realizar a composição extrajudicial do conflito. Nessa hipótese, caso não haja acordo entre as partes, caberá ao Advogado-Geral da União dirimir o conflito.

Nos termos do artigo 39, a propositura de ação judicial em que figurem concomitantemente nos polos ativo e passivo órgãos ou entidades de direito público que integrem a administração pública federal dependerá de autorização prévia do Advogado-Geral da União.

O artigo 40 versa sobre a responsabilidade dos servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição extrajudicial, aduzindo que somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou penalmente aqueles que, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiros.

A regra é polêmica, pois afasta a caracterização dos crimes funcionais culposos na autocomposição. Ainda assim, parece que a escolha do legislador em premiar a boa-fé dos que acreditam nas formas autocompositivas foi acertada. A condenação de procuradores por culpa na tabulação de acordos poderia inibir as iniciativas de composição, sombreando-as com o temor de represálias administrativas ou de responsabilização criminal por eventuais danos causados ao Poder Público.

Finalmente, interessante observar que o artigo 46 adere à decisão do NCPC de permitir que a mediação seja conduzida por meio eletrônico, facultando-se que a parte domiciliada no exterior participe da mediação nos termos da lei. No âmbito da Justiça Federal, a conciliação virtual é praticada desde 2012 e permite que partes localizadas em diferentes pontos do globo se conectem de forma eficaz e segura.

CONCLUSÃO

A aprovação da Lei de Mediação Civil no marco normativo do NCPC representa uma promessa de virada revolucionária na forma de tratamento dos conflitos. Lançando-se sobre ela um olhar prospectivo, vislumbra-se o paulatino empoderamento dos cidadãos e a possibilidade de que assumam, efetivamente, o papel de protagonistas na solução consensual de desavenças. Para que isto seja possível, contudo, será necessário que os magistrados em geral – e não só eles, mas também advogados, Defensores Públicos, MP, serventuários da Justiça – reconheçam a importância dos mecanismos consensuais e cedam espaço para que as partes dialoguem e busquem conjuntamente o entendimento.

As inovações legislativas representam um primeiro passo importante, mas a caminhada dependerá, sobretudo, da mudança cultural dos cidadãos e dos operadores do direito.

Ainda há muita desconfiança em torno da incorporação da mediação do Poder Judiciário. Os céticos alertam que a institucionalização do consenso, menos do que educar para a autonomia cidadã, atuará como barreira de contenção e engessamento dos instrumentos populares de empoderamento social.

Realmente, abundam indícios nesse sentido. Vejam-se, por exemplo, a obrigatoriedade da mediação, a exigência de imparcialidade do mediador e a intenção da nova lei de vincular as partes ao mediador escolhido por distribuição mecânica, dentre tantos outros fatores



legislativos e materiais que comprometem a credibilidade da mediação realizada no Judiciário.

Mas há o outro lado. Quando, ainda que implicitamente, a legislação proíbe os magistrados de participarem das sessões de mediação, ela justamente resguarda a esfera de liberdade dos cidadãos contra as interferências indevidas. O que se vê, hoje em dia, é que muitos juízes tomam para si a tarefa de mediar conflitos, e quando esta mediação resulta infrutífera, acabam retomando o curso do processo adjudicatório sem esboçar preocupação com os impedimentos éticos e morais que o circundam.

Nesse sentido, a regulamentação da mediação servirá não apenas para educar os cidadãos para o exercício dos direitos, mas especialmente para conter o arbítrio dos magistrados na condução dos processos. Note-se que os conflitos mais importantes – que envolvem laços sociais duradouros – serão solucionados por mediadores, cuja atuação será pautada por princípios de independência e confidencialidade.

Acrescente-se que o estímulo à mediação deverá ser criterioso, a fim de conter abusos e adesões forçadas ou involuntárias aos acordos. É imprescindível que as partes sejam esclarecidas sobre os ganhos advindos da mediação, porém não devem sofrer pressões para participar de processos alternativos, nomeadamente se o caso concreto indicar que as motivações de fundo daquele conflito são inegociáveis. Igualmente, cumpre garantir às partes um ambiente favorável a composições espontâneas, livre de toda sorte de influências, imposições ou coação; as soluções devem ser satisfatórias para os participantes, observando-se as peculiaridades e os anseios dos envolvidos.

Em resumo, uma análise circunspecta da mediação judicial demonstra que os riscos inerentes à institucionalização não ofuscam suas vantagens. Nutre-se o anseio de que os mecanismos alternativos auxiliem o Judiciário a solucionar qualitativamente os conflitos por meio do resgate da comunicação e do reconhecimento do protagonismo dos atores sociais.

O caminho será longo até que todos se deem conta da importância da construção de consensos para a pacificação social, mas é reconfortante saber que a Justiça brasileira caminha na direção certa.

REFERÊNCIAS

ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

CALMON, Petrônio. Fundamentos da Mediação e da Conciliação. 2ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

COBB, Sara; RIFKIN, Janet. Practice and Paradox: Deconstructing Neutrality in Mediation. *Law and Society Inquiry*, n. 16, p. 35, 1991.

JAYME, Erik. Entrevista concedida para a seção “Diálogo com a Doutrina” da *Revista Trimestral de Direito Civil* (RTDC) e publicada no ano 1, vol. 3 jul./set. 2000, p. 289-293.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. *A simbologia da imparcialidade do juiz*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARQUES, Bruno Pereira; MAZZEI, Rodrigo Reis. *Estatuto da Cidade e o Novo Código de Processo Civil*: primeiras considerações sobre o impacto e a simbiose dos diplomas. Inédito, 2015.

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Esmese*, n. 07, 2004.

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 14 jul. 2015.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação no Novo CPC*: questionamentos reflexivos, p. 14. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/site/aulas/doc_view/339-mediacao-no-novo-cpc-tartuce.html>. Acesso em: 25 nov. 2014.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Lei de mediação e conciliação tem pontos positivos e algumas falhas, pp. 6-7. Artigo publicado no site *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-03/paul-vaz-lei-mediacao-pontos-positivos-algumas-falhas>>. Acesso em: 05 jul. 2015.



ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madri: Editora Trotta, 2002.

Submissão: 09/09/2015
Aceito para Publicação: 09/12/2015

