



Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul

Administração e Expediente: Rua Celeste Gobbato, nº 229, 3º andar

Dep. Revista da AJURIS – Porto Alegre – RS

Fones: (51) 3284.9003

Endereço Eletrônico: sandra@ajuris.org.br

PRESIDENTE DA ASSOCIAÇÃO

Eugênio Couto Terra

VICE-PRESIDENTE CULTURAL

Jane Maria Köbler Vidal

DIRETOR DA REVISTA

Ingo Wolfgang Sarlet

FUNDADOR

Lenine Nequete

COMPOSIÇÃO DOS CONSELHOS

Conselho Diretivo

- ✓ *Jane Maria Köbler Vidal*
- ✓ *Ingo Wolfgang Sarlet*
- ✓ *Eugênio Facchini Neto*
- ✓ *Cláudio Luís Martinewski*
- ✓ *Ruy Rosado de Aguiar Júnior*

Conselho Consultivo

Ex-Diretores da Revista da AJURIS

- ✓ *Athos Gusmão Carneiro, Moacir Adiers, Antonio Janyr Dall'Agnol Júnior, Arnaldo Rizzardo, Araken de Assis, José Antônio Paganella Boschi, Carlos Alberto Etcheberry, Gilberto Schäfer, Almir Porto da Rocha Filho e Elaine Harzheim Macedo.*

Ex-Diretores da Escola Superior da Magistratura

- ✓ *Cristóvam Daiello Moreira, Milton dos Santos Martins, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Eladio Luiz da Silva Lecey, Antonio Janyr Dall'Agnol Júnior, Antônio Guilherme Tanger Jardim, Cláudio Caldeira Antunes, Wilson Carlos Rodyez, José Antônio Paganella Boschi, Edith Salete Prando Nepomuceno, Eugênio Facchini Neto, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Iris Helena Medeiros Nogueira, Ricardo Pippi Schmidt e Alberto Delgado Neto.*

Conselho Editorial Técnico Nacional

- ✓ *Adroaldo Furtado Fabrício, Alberto Delgado Neto, Alexandre Mussoi Moreira, Araken de Assis, Armínio José Abreu Lima da Rosa, Arnaldo Rizzardo, Athos Gusmão Carneiro, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (in memoriam), Clademir José Ceolin Missaggia, Elaine Harzheim Macedo, Eugênio Facchini Neto, Francisco José Moesch, Gilberto Schäfer, Giovanni Conti, Ingo Wolfgang Sarlet, Maria Aracy Menezes da Costa, Nereu José Giacomolli, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Rogério Gesta Leal, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Sérgio José Dulac Müller e Tupinambá Pinto de Azevedo.*

- ✓ *Prof. Dr. José Luís Bolzan de Moraes – Unisinos, RS; Prof. Dr. Marcos Maliska – UniBrasil, Paraná; Prof. Dr. Andreas J. Krell – UFAL, Alagoas; Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier – UniBrasil, Paraná; Profª Drª Maria Celina Bodin de Moraes – PUC, Rio de Janeiro; Prof. Dr. José Adercio Leite Sampaio – PUC, Minas Gerais; Prof. Dr. Fábio Siebeneichler de Andrade – PUCRS; Prof. Dr. Paulo Caliendo – PUCRS; e Prof. Dr. Wilson Steinmetz – UCS, RS.*

Conselho Editorial Técnico Internacional

- ✓ *Prof. Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni – Universidad de Buenos Aires, Argentina; Prof. Jairo Parra Quijano – Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colômbia; Prof. Dr. Nicola Picardi – Università La Sapienza, Roma, Itália; Profª Drª Paula Costa e Silva – Universidade de Lisboa, Portugal; Prof. Dr. Alessandro Simoni – Università Degli Studi di Firenze, Itália; Profª Drª Anna De Vita – Università Degli Studi di Firenze, Itália; Prof. Dr. José María Porras Ramírez – Universidad de Granada, Espanha; Prof. Dr. Paolo Ridola – Università La Sapienza, Roma, Itália; Prof. Dr. Humberto Nogueira Alcalá – Universidad de Talca, Santiago, Chile.*

***Revista da AJURIS* é uma publicação da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, vinculada ao Centro de Pesquisas da Escola Superior da Magistratura/AJURIS.**

Um mundo em rápida transformação, como o em que vivemos, exige de todos os profissionais uma constante preocupação com a educação continuada e com a atualização do conhecimento. Foi-se o tempo – se é que ele algum dia existiu – em que um profissional poderia pensar que, diante de uma sólida formação ao iniciar sua carreira, não mais necessitaria atualizar constantemente seus conhecimentos profissionais.

Ciente disso, a *Revista da Ajuris*, vinculada ao Centro de Pesquisas “Judiciário, Justiça e Sociedade”, mantido pela Escola Superior da Magistratura/AJURIS, vem publicando artigos que se enquadrem nas linhas de pesquisa de tal Centro, bem como de seus vários núcleos de estudo, com vista a fornecer a todos os operadores jurídicos artigos de qualidade que contribuam para o aprofundamento da reflexão jurídica, ou para a atualização do conhecimento.

Esta edição integra-se nessa história e nessa expectativa. Abrange temas que passa pelo **Direito Público** “*Uma análise do princípio contramajoritário como elemento do controle de constitucionalidade em um Estado Democrático de Direito*”, de Adriana de Fátima Pilatti Ferreira Campagnoli e Silvana Souza Netto Mandalozzo; “*Neoconstitucionalismo e a (re)significação dos direitos humanos fundamentais*”, de Amélia Sampaio Rossi e Eduardo Biacchi Gomes; “*O suporte fático dos direitos fundamentais na Constituição da República de 1988: âmbito de proteção, intervenção estatal e controle dos postulados*”, de Andrey Felipe Lacerda; “*Direitos humanos fundamentais das pessoas com deficiências: the capability approach*”, de Carlos Luiz Strapazzon e Maria Helena Pinheiro Renck; “*Ocupação irregular de áreas de preservação permanente e o direito fundamental à moradia*”, de Eduardo Tonin Citolin; “*A cota de gênero no processo eleitoral como ação afirmativa na concretização de direitos fundamentais políticos: tratamento legislativo e jurisdicional*”, de Elaine Harzheim Macedo; “*Análise constitucional da interrupção do serviço público de saneamento básico por inadimplemento*”, de Rodrigo Augusto Lazzari Lahoz, pelo **Direito Privado** “*O direito dos fumantes à indenização*”, de Adalberto Pasqualotto; “*Paternidade socioafetiva e o pluralismo de fontes, como instrumental de garantia de direitos*”, de Ana Paula Motta Costa e Simone Tassinari Cardoso; “*Incorporação imobiliária e o patrimônio de afetação*”, de Cristina Malaski Almendanha; “*A aprovação do plano de recuperação de empresas: uma questão de escolha à luz da teoria dos jogos*”, de Oksandro Osdival Gonçalves e Felipe de

Poli de Siqueira, pelo **Direito Tributário** “*A modulação dos efeitos nas ações declaratórias de inconstitucionalidade em matéria tributária*”, de Marciano Buffon e Juliano Dossena Junior; “*Lei complementar, a Súmula Vinculante nº 08 do STF e prescrição tributária: da segurança jurídica à insegurança jurisdicional*”, de Octavio Campos Fischer, pela **Filosofia do Direito** “*Crítica à leitura de Hans Kelsen sobre a filosofia do direito de Thomas Hobbes*”, de Luiz Henrique Urquhart Cademartori e Rubim Assis de Souza, pelo **Direito Comparado** “*O “estilo” jurídico alemão – Breves considerações sobre alguns dos seus fatores determinantes*”, de Eugênio Facchini Neto e Mártin P. Haeblerlin; “*La minoría de edad a la luz de los principios y derechos favorables a la situación jurídica de niños, niñas y adolescentes*”, de Jetzabel Mireya Montejó Rivero. Também há estudos sobre o **Poder Judiciário** “*O Poder Judiciário e a democratização da Justiça*”, de Jovina d’Avila Bordoni; “*O estado de direito face à crise e ao sistema – Para uma independência e uma autonomia responsabilizantes dos juízes e dos tribunais*”, de Nuno Miguel Pereira Ribeiro Coelho, além de uma **Jurisprudência comentada**: “*Responsabilidade civil por abandono afetivo: comentário ao Recurso Especial nº 1.159.242/SP*”, de Luciana Gemelli Eick.

Como o leitor pode verificar, apesar da diversidade temática, todos os artigos são de permanente atualidade, selecionados por uma ampla gama de revisores, pelo sistema de *double blind review*.

Aos nossos fiéis leitores, desejamos uma proveitosa leitura.

Ingo Wolfgang Sarlet,
Diretor da Revista

Eugênio Facchini Neto,
Coordenador do Conselho Editorial

O DIREITO DOS FUMANTES À INDENIZAÇÃO

SMOKERS' RIGHT TO INDEMNITY

Adalberto Pasqualotto

Professor Titular de Direito do Consumidor da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

RESUMO: O artigo defende o direito dos fumantes à indenização pelas doenças causadas pelo cigarro e demais produtos derivados do tabaco. Os fundamentos teóricos encontram-se no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. Com base no primeiro, o tabaco é caracterizado como produto altamente nocivo à saúde, em relação ao qual nenhuma informação é suficiente para evitar o dano. Portanto, o defeito do produto não advém da falta de informação, mas de sua concepção. O livre arbítrio do consumidor para aderir ao fumo não constitui causa de exclusão da obrigação de indenizar, porque é equiparado à livre iniciativa do fabricante para produzir e comercializar um produto que ele sabe ser inevitavelmente perigoso. Pode, todavia, o livre arbítrio ser considerado culpa concorrente da vítima, para o efeito de reduzir o montante da indenização. No Código Civil, o direito à indenização dos fumantes encontra sua base no art. 931, cujo pressuposto é simplesmente a colocação do produto

causador do dano em circulação, sem necessidade de apresentar defeito. Ficam excluídos do âmbito normativo do art. 931 os produtos benéficos, cujos efeitos danosos podem ser evitados mediante adequada informação. Entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil se estabelece o chamado diálogo das fontes, evitando que o sistema se torne autoimune. Dessa forma, o Código de Defesa do Consumidor continua inteiramente válido nas relações de consumo, sem que elas sejam excluídas do alcance do Código Civil em caráter complementar. É o que se verifica na dispensa da caracterização do cigarro como produto defeituoso. A teoria da causalidade alternativa contribui para suprir as dificuldades da prova do nexo causal, podendo a ação ser promovida contra todos os fabricantes na condição de grupo. O art. 931 deve ser interpretado à luz dos princípios constitucionais da solidariedade, da dignidade da pessoa humana e do valor social da livre iniciativa.

PALAVRAS-CHAVE: Cigarro; nocividade; defesa do consumidor; art. 931 do Código Civil; valor social da livre iniciativa.

ABSTRACT: *This article aims to guarantee smokers the right to indemnity when suffering from diseases caused by cigarettes and tobacco-derived products. The theoretical arguments come from the Consumers Defence Code as well as from the Civil Code. According to the Consumers Defence Code, tobacco is classified as a highly harmful product, and there isn't any level of safe information to avoid damages. Therefore, the fault of this product is not lack of information, but conception. The consumer's freedom of choice to smoke does not exclude any obligation of indenisation, because this freedom is compared to that of the producer in making and selling a product which is inevitably hazardous. Nevertheless, the freedom of choice can be considered joint liability and could lead to a reduction in the total amount awarded in damages. In the Brazilian Civil Code the smoker's right to indemnity is based in Article 931, which states that the act of selling a hazardous product in the market constitutes products liability, even if the product is not defective. Beneficial goods, whose damaging effects may be avoided by appropriate information, are excluded from the Article 931. There are intersections between the Consumers Defence Code and the Brazilian Civil Code called communication of sources that avoids the legal system to become autoimmune. Therefore, the Consumer Defence Code remains fully valid to regulate consumer relationships and it does not forbid consumers to be protected by the regulations of the Brazilian Civil Code as a complementary source. This is clear in the exemption of typifying cigarettes as a defective product. The theory of alternative causality contributes to supply the difficulties of proving evidences. The suit may be filed against all the cigarettes producers as a group. Article 931 must be interpreted in light of the constitutional principles of solidarity, dignity of the human being and the social value of free initiative.*

KEYWORDS: *Cigar; harmfulness; consumer defence; Civil Code; free initiative.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O fato do cigarro no artigo 12 do CDC; 2 O fato do cigarro no artigo 931 do Código Civil; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Smokers' right to indemnity according to the Consumers Defence Code; 2 Smokers' right to indemnity according to the Civil Code; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

Sobre o tabaco, coexistem dois consensos contraditórios no Brasil. Ninguém discorda que se trata de um produto nocivo à saúde, de acordo com as evidências científicas reconhecidas universalmente. Sobre essas evidências, organismos internacionais elaboraram documentos e tratados recomendando políticas de combate ao tabagismo, adotadas em mais

de uma centena de países, inclusive no Brasil. Mas a opinião predominante na doutrina do direito e na jurisprudência nacional é de que a indústria tabaqueira não é responsável pelos danos causados à saúde dos fumantes pelos produtos derivados do tabaco.

Os argumentos levantados pela doutrina que assim entende, e acatados na jurisprudência dominante, são basicamente dois: o cigarro, assim como os demais derivados do tabaco, são produtos de risco inerente à sua própria natureza, daí que não podem ser considerados defeituosos e ensejar a responsabilidade do fabricante; por conseguinte, quem decide fumar exerce o seu livre arbítrio, consciente da nocividade do tabaco, uma vez que os produtos dele derivados sempre são vendidos e apresentados com severas advertências sobre os riscos que oferecem à saúde, obedecendo prescrições legais.

Segundo esses entendimentos, risco inerente e livre arbítrio encontrariam respaldo no Código de Defesa do Consumidor. Sendo o defeito do produto pressuposto da obrigação de indenizar do fabricante, o risco inerente ao produto não configuraria defeito. E o livre arbítrio do fumante seria uma forma de culpa exclusiva da vítima. Portanto, estariam configuradas duas excludentes de responsabilidade civil do fornecedor, previstas no art. 12, § 3º, incisos II e III.

Este artigo pretende contraditar esses argumentos. Para isso, serão desenvolvidas duas racionalidades distintas. A primeira enfrenta os argumentos referidos no âmbito normativo do Código de Defesa do Consumidor e procurará demonstrar que o chamado “risco inerente” do produto é um conceito equívoco e, por si só, não é suficiente para excluir a responsabilidade civil do fabricante, quando está presente uma nocividade de alto grau. Produtos sabidamente nocivos à saúde não se tornam isentos de defeito pelo fato de sua nocividade ser informada à sociedade. Eles são defeituosos em sua concepção. Portanto, é um sofisma afirmar que eles oferecem legítima expectativa de segurança.

A segunda racionalidade sustenta-se no art. 931 do Código Civil. Embora faça uma ressalva a leis instituidoras de regimes especiais de responsabilidade civil, esse artigo mantém-se aplicável às relações de consumo, haja vista a abertura do Código de Defesa do Consumidor a outras leis, inclusive o Código Civil. O sistema jurídico não pode tornar-se autoimune, o que resultaria de uma interpretação reciprocamente repelente dos dois códigos em questão. Essa segunda racionalidade argumentativa é completada com alguns elementos para a interpretação do art. 931 como fonte alternativa do direito dos fumantes à indenização, hermenêutica iluminada pelos princípios constitucionais

da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e do valor social da livre iniciativa.

1 O FATO DO CIGARRO¹ NO ARTIGO 12 DO CDC

Sinteticamente, dispõe o art. 12 do Código de Defesa do Consumidor que os fornecedores responderão, independentemente de culpa, pelos danos causados aos consumidores por defeitos de seus produtos, defeitos esses originários de concepção (ou projeto), fabricação e informação (ou comercialização). O defeito caracteriza-se, nos termos do § 1º do mesmo artigo, quando o produto não atende a legítima expectativa de segurança dos consumidores, aferida por alguns indícios, entre os quais a sua apresentação, os usos e os riscos que dele podem ser esperados e a época em que foi lançado no mercado. Conforme o § 3º do mesmo art. 12, o fornecedor não responde pela indenização quando provar que não lançou no mercado o produto causador do dano, ou que o produto não apresentava defeito, ou que tenha havido culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro na causa do dano.

Segundo o entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência, o tabaco é um produto de “risco inerente”, por isso não corresponde a expectativas de segurança do consumidor, não se caracterizando, por conseguinte, como produto defeituoso². Também é entendido que o fumante exerce seu livre arbítrio ao decidir fumar, sendo conhecedor da nocividade do tabaco, haja vista o cumprimento das advertências legais, sendo de sua culpa exclusiva os danos que venha a sofrer na sua saúde.

O que se pretende demonstrar nesse primeiro capítulo é a ambiguidade do conceito de produto de “risco inerente” e que o cigarro, sendo nocivo por sua própria natureza, é um produto defeituoso em razão de sua concepção.

1.1 RISCO E NOCIVIDADE

A primeira linha de raciocínio a ser desenvolvida faz uma distinção entre os conceitos de risco e nocividade. Antes, porém, de se examinar o significado desses conceitos à luz da legislação, deve ser registrado que a expressão “risco inerente”, associando o adjetivo diretamente ao substantivo, não está presente no CDC. Trata-se de um construto doutrinário que, *data venia*, é impreciso, pois

¹ “Cigarro” será usado no texto como referência de todos os produtos derivados do tabaco.

² Nesse sentido: STJ, REsp 1.113.804/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, un., 27.04.2010; STJ, REsp 1.197.660/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, un., 15.12.2011.

mistura risco com nocividade – estes, sim, conceitos legais distintos, que serão dissecados a seguir.

De risco propriamente dito trata o art. 8º. Esse dispositivo institui uma norma de segurança negativa, dispondo que os produtos e serviços não acarretem riscos à saúde e segurança dos consumidores, “exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição”. É o caso das facas. O risco de que o usuário venha a se cortar é normal e previsível, em decorrência da sua natureza e fruição. Poder-se-ia, com propriedade, falar de “risco inerente”, desde que o produto não seja nocivo. A nocividade é uma outra categoria de risco, tratada à parte.

O art. 9º já não se expressa em termos de risco, mas de “nocividade potencial”. Diz a norma que “o fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito de sua nocividade ou periculosidade”. Aqui já não se fala apenas de um risco inerente à natureza do produto, mas de uma possibilidade de dano mais grave (nocividade potencial) que pode estar associada ao uso. O fornecedor deverá adotar as medidas cabíveis em cada caso concreto. É o caso dos medicamentos. A bula deverá informar as indicações de uso e as propriedades terapêuticas, mas também as contraindicações, os efeitos colaterais e as interações medicamentosas.

Embora, grosso modo, se possa dizer que há uma relação de grau de risco entre os arts. 8º e 9º (no primeiro um risco normal e no segundo um risco agravado), a verdade é que a lei trata expressamente de risco tão somente no primeiro e de nocividade no segundo³. O adjetivo “inerente” poderia ser usado assim em um caso como no outro. Isto é, pode-se dizer que há um “risco inerente” a determinados produtos (facas), assim como uma “nocividade

³ Zelmo Denari afirma que o art. 9º supõe a exacerbação dos riscos referidos no art. 8º, alinhando, entre os produtos de nocividade potencial, as bebidas alcoólicas e o fumo (DENARI, Zelmo. Comentários ao artigo 9º. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. São Paulo: Forense, 2004. p. 168-169). Lúcio Delfino compartilha da mesma posição de Denari quanto a classificar o fumo como produto de nocividade potencial, fazendo-o por eliminação do art. 10. Segundo Delfino, “crer que foi intenção do legislador pátrio, com o prescrito no art. 10, proibir a venda de cigarro no País, seria apaixonar-se demasiadamente pelo tema”. Entende que “[S]e a publicidade do tabaco é permitida, obviamente, sua venda também o é”. Por isso, descarta o enquadramento do tabaco no art. 10 como produto altamente nocivo, concluindo: “O legislador, com o art. 9º, procurou regular aqueles produtos e serviços que, apesar de potencialmente nocivos, podem ser colocados no mercado. Nesse ponto, encaixa-se o fornecimento de bebidas alcoólicas e o fumo” (DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 101).

inerente” a outros (medicamentos). No último caso, o legislador preferiu “nocividade potencial”, separando risco de nocividade. Por conseguinte, falar pura e simplesmente de “risco inerente” resulta em imprecisão, ainda mais quando o que realmente se pretende expressar é o contrário do que literalmente se diz. Em outras palavras: quem se refere ao tabaco como produto de “risco inerente” pretende significar que, por isso mesmo, trata-se de um produto isento de defeito. Ora, “risco inerente” (art. 8º) ou “nocividade inerente” (art. 9º) não implica, necessariamente, isenção de defeito. As facas, assim como quaisquer outros produtos de uso (e risco) “normal e previsível” podem apresentar defeito e acarretar danos ao consumidor. Se isso ocorrer, haverá responsabilidade civil do fabricante. Os produtos que se enquadram no art. 8º – produtos de “risco inerente”, se assim se quiser chamar – podem ser comparados com os produtos portadores de “vícios aparentes ou de fácil constatação” de que trata o art. 26. O risco e o vício são evidentes. Os produtos que evidenciam o risco inerente ao uso são produtos intrinsecamente benéficos. O risco é um efeito marginal e aleatório da sua utilidade. Esses produtos não podem ser, por sua própria natureza, nocivos, pois a nocividade é uma outra categoria de risco.

No Direito brasileiro, o introdutor do conceito de risco inerente (por ele chamado de periculosidade inerente) foi Antônio Herman Benjamin, ao expor a teoria da qualidade. Benjamin referiu-se a duas espécies de periculosidades: a *inerente ou latente* (normal e previsível em decorrência da natureza e fruição do produto) e a *adquirida* (produtos que se tornam perigosos pela presença de um defeito). A essas duas categorias Benjamin acrescentou uma terceira: a *periculosidade exagerada*, e sobre ela dizendo:

Ao contrário dos bens de periculosidade inerente, a informação adequada aos consumidores não produz maior resultado na mitigação de seus riscos. Seu potencial danoso é tamanho que o requisito da previsibilidade não consegue ser totalmente preenchido pelas informações prestadas pelos fornecedores.

Anotou ainda haver, nesses casos, “imensa desproporção entre custos e benefícios sociais da sua [de tais bens] produção e comercialização”. Como não há um critério para a avaliação do alto grau de nocividade e de periculosidade de um produto, Benjamin considera que a definição cabe aos Tribunais, caso a caso, mas lista como úteis alguns pontos arrolados no Direito norte-americano, entre os quais são aqui destacados: se o dano hipoteticamente causado pelo produto é de grande gravidade; se o risco do produto não pode ser eliminado

pelo exercício de cuidado razoável; e que valor tem a atividade (ou o produto) para a comunidade⁴.

A “periculosidade exagerada” de que fala Benjamin é a que está presente no art. 10. Trata-se de outro patamar de nocividade: a nocividade de alto grau. Não se cogita mais de mera potencialidade, mas sim de uma nocividade inevitável ou de um dano já não mais marginal ao uso, mas “inerente”. Poder-se-ia falar, com propriedade, em produtos de “nocividade inerente”. João Marcello de Araújo Júnior socorreu-se da *teoria dos padrões* para expressar o significado de “nocividade de alto grau”. Segundo tal teoria, o grau de perigo é considerado elevado “sempre que o produto ou serviço estiver contido entre aqueles que a experiência internacional ou nacional relacionou dentre os que provocam, necessariamente, danos à vida e à saúde dos consumidores”⁵. A experiência internacional, especialmente influenciada pelas evidências científicas da nocividade do tabaco, resultou na Convenção Quadro para o Controle do Tabaco, celebrada sob os auspícios da Organização Mundial da Saúde, promulgada em 2005, pela Assembleia Geral da INU, por unanimidade, e assinada por 168 países, inclusive o Brasil.

Produtos detentores de alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança dos consumidores não podem ser colocados no mercado, como expressamente consigna o art. 10. Em que categoria se enquadra o tabaco: É um produto de risco normal e previsível em decorrência de sua natureza e fruição? É um produto potencialmente nocivo? Ou é um produto de alto grau de nocividade?

Produtos de risco inerente ao uso são produtos úteis, preponderantemente benéficos, que oferecem risco apenas incidentalmente, de modo geral por uso irregular ou impróprio. O tabaco, não. O uso do tabaco pode ser prazeroso para o fumante (benefício), mas o malefício é inafastável e muito mais expressivo, individual e socialmente, do que o benefício.

⁴ BENJAMIN, Antônio Herman. Comentários aos artigos 12 a 27. In: OLIVEIRA, Juez (Coord.). *Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991. especialmente p. 49 a 53. Também pode ser encontrado em: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 142 a 145.

⁵ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. Comentários aos artigos 8º a 17. In: CRETELLA JÚNIOR, José; DOTTI, René Ariel (Coord.); ALVES, Geraldo Magela (Org.). *Comentários ao código do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. Ressalte-se que nem Araújo Júnior nem Benjamin, citado anteriormente, referem-se expressamente ao tabaco ou a outro produto específico. Ambos falam apenas em tese.

Se o tabaco não pode ser compreendido como um produto de “risco inerente”, nos termos do art. 8º, resta classificá-lo como produto nocivo – nocividade não apenas potencial (a despeito das opiniões de Denari e de Delfino), mas de alto grau.

Essa é a posição de Luiz Guilherme Marinoni⁶, que extrai da condição de nocividade de alto grau do cigarro a consequência de que deve ser retirado do mercado, nos estritos termos do art. 10.

Conforme Marinoni, a nocividade do cigarro não advém “da forma do consumo, mas sim do próprio consumo”. Por conseguinte, não restaria ao Estado alternativa senão proibir a sua comercialização, exercendo o que Canaris chama de “imperativo de tutela”. Marinoni considera “um escárnio aos direitos básicos da população” a contradição entre as advertências de que o cigarro é causador de câncer e o dever do Estado de proteger a saúde pública⁷.

Nada obstante as corretas observações de Marinoni, sabe-se que, ao menos nos âmbitos administrativo e legislativo, a retirada do cigarro do mercado é praticamente inviável, em razão da pressão econômica da indústria do tabaco e do poderoso *lobby* político que ela exerce. Além do mais, há razões (que aqui não cabe discutir) de conveniência política para que o tabaco continue sendo comercializado licitamente: a sua proibição poderia resultar (e certamente resultaria) na criação de um mercado negro⁸. Nesse contexto, restaria ao Poder

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela do consumidor diante das noções de produto e serviço defeituosos: a questão do tabaco. *Revista Jurídica*, n. 370, p. 29 a 41, ago. 2008.

⁷ Marinoni, ob. cit., p. 38 a 41. Amanda Flávio de Oliveira propõe o desenvolvimento de uma política econômica de desestímulo ao consumo e à produção de tabaco, a partir da ponderação entre valores ou das vantagens e desvantagens da produção e consumo concorrencialmente livres. Seu fundamento teórico é o “direito de não fumar”, decorrente da conjugação dos direitos à vida e à liberdade, que demandam defesa e prestação por parte do Estado. A política de desestímulo ao tabaco seria uma forma de acesso à vida digna (OLIVEIRA, Amanda Flávio. *Direito de (não) fumar: uma abordagem humanista*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. especialmente p. 123 e ss.).

⁸ O mercado negro do tabaco foi uma fator que influenciou a decisão da Corte Constitucional da Colômbia, na já mencionada *Sentencia-830/10*: “es necesario tener en cuenta que existen ocupaciones o transacciones económicas que un legislador democrático puede considerar dañinas socialmente, y que por ende juzga que deben ser limitadas. Sin embargo, ese mismo legislador puede concluir que es equivocado prohibir esas actividades, por muy diversas razones. Por ejemplo, con base en diversos estudios sociológicos, los legisladores pueden considerar que la interdicción total es susceptible de generar un mercado negro ilícito, que en vez de reducir el daño social ligado a los intercambios económicos no deseados, tienda a agravarlo” (Colômbia. Corte Constitucional, Sala Plena, *Sentencia C-830/10*, 20.10.2010. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c%2D830%2D10.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2014). A Convenção Quadro para o Controle do Tabaco propõe medidas contra o contrabando e o comércio ilegal do produto, o que pressupõe uma avaliação política de conveniência da manutenção da sua

Judiciário um pronunciamento sobre a matéria, assim como já fez em outras oportunidades a respeito de produtos também nocivos em alto grau. É preciso, porém, que o julgador seja provocado.

O tabaco reúne as três características, anteriormente citadas, que identificam produtos de periculosidade exagerada: 1) o dano hipoteticamente

licitude: “1. As partes reconhecem que a eliminação de todas as formas de comércio ilícito de produtos de tabaco – como o contrabando, a fabricação ilícita, a falsificação – e a elaboração e a aplicação, a esse respeito, de uma legislação nacional relacionada e de acordos sub-regionais, regionais e mundiais são componentes essenciais do controle do tabaco. 2. Cada parte adotará e implementará medidas legislativas, executivas, administrativas ou outras medidas efetivas para que todas as carteiras ou pacote de produtos de tabaco e toda embalagem externa de tais produtos tenham uma indicação que permita as partes determinar a origem dos produtos do tabaco e, em conformidade com a legislação nacional e os acordos bilaterais ou multilaterais pertinentes, auxilie as partes a determinar o ponto de desvio e a fiscalizar, documentar e controlar o movimento dos produtos de tabaco, bem como a determinar a situação legal daqueles produtos. Ademais, cada parte: (a) exigirá que cada carteira unitária e cada embalagem de produtos de tabaco para uso no varejo e no atacado, vendidos em seu mercado interno, tenham a declaração: ‘Venda autorizada somente em (inserir nome do país, unidade subnacional, regional ou federal)’, ou tenham qualquer outra indicação útil em que figure o destino final ou que auxilie as autoridades a determinar se a venda daquele produto no mercado interno está legalmente autorizada; e (b) examinará, quando aplicável, a possibilidade de estabelecer um regime prático de rastreamento e localização que conceda mais garantias ao sistema de distribuição e auxilie na investigação do comércio ilícito. 3. Cada parte exigirá que a informação ou as indicações incluídas nas embalagens, previstas no parágrafo 2 do presente artigo, figurem em forma legível e/ou no idioma ou idiomas principais do país. 4. Com vistas a eliminar o comércio ilícito de produtos do tabaco, cada parte: (a) fará um monitoramento do comércio de além-fronteira dos produtos do tabaco, incluindo o comércio ilícito; reunirá dados sobre o mesmo e intercambiará informação com as autoridades aduaneiras, tributárias e outras autoridades, quando aplicável, e de acordo com a legislação nacional e os acordos bilaterais ou multilaterais pertinentes aplicáveis; (b) promulgará ou fortalecerá a legislação, com sanções e recursos apropriados, contra o comércio ilícito de tabaco, incluídos a falsificação e o contrabando; (c) adotará medidas apropriadas para garantir que todos os cigarros e produtos de tabaco oriundos da falsificação e do contrabando e todo equipamento de fabricação daqueles produtos confiscados sejam destruídos, aplicando métodos inócuos para o meio ambiente quando seja factível, ou sejam eliminados em conformidade com a legislação nacional; (d) adotará e implementará medidas para fiscalizar, documentar e controlar o armazenamento e a distribuição de produtos de tabaco que se encontrem ou se desloquem em sua jurisdição em regime de isenção de impostos ou de taxas alfandegárias; e (e) adotará as medidas necessárias para possibilitar o confisco de proventos advindos do comércio ilícito de produtos de tabaco. 5. A informação coletada em conformidade aos subparágrafos 4(a) e 4(d) do presente artigo deverá ser transmitida, conforme proceda, pelas partes de forma agregada em seus relatórios periódicos à conferência das partes, em conformidade com o artigo 21. 6. As partes promoverão, conforme proceda e segundo a legislação nacional, a cooperação entre os organismos nacionais, bem como entre as organizações intergovernamentais regionais e internacionais pertinentes, no que se refere a investigações, processos e procedimentos judiciais com vistas a eliminar o comércio ilícito de produtos de tabaco. Prestar-se-á especial atenção à cooperação no nível regional e sub-regional para combater o comércio ilícito de produtos de tabaco. 7. Cada parte procurará adotar e aplicar medidas adicionais, como a expedição de licenças, quando aplicável, para controlar ou regulamentar a produção e a distribuição dos produtos de tabaco, com vistas a prevenir o comércio ilícito”.

causado pelo tabaco é de grande gravidade, sendo um dos maiores causadores de câncer, especialmente de pulmão, assim como de cardiopatias e de acidentes vasculares cerebrais; 2) o risco do tabaco não pode ser eliminado pelo exercício de cuidado razoável, pois não há uma quantidade segura para o consumo de tabaco; consumido ainda que em quantidades mínimas, pode ser altamente nocivo; além do mais, o tabaco produz dependência, o que leva o fumante a fumar mais e constantemente; 3) ainda que se possa argumentar com os empregos e os impostos gerados pela indústria do tabaco, o balanço dos benefícios e dos malefícios sociais é altamente desfavorável para a sociedade; basta um dado para demonstrá-lo: em 2011, as doenças tabaco-relacionadas representaram um custo de 20,68 bilhões de reais para o SUS, enquanto os impostos federais recolhidos pela indústria do tabaco no mesmo ano foram de 6,3 bilhões de reais⁹, ou seja, o custeio público das doenças foi aproximadamente sete vezes maior do que a arrecadação tributária.

Do que se viu até aqui, pode-se concluir que produto que oferece risco “normal e previsível” e produto nocivo não significam a mesma coisa. O traço distintivo é o benefício do produto. O risco é efeito marginal e aleatório de um produto benéfico, risco que pode ser evitado com o uso adequado. Já o produto nocivo é um produto em que o malefício é considerável (nocividade potencial) ou até mesmo preponderante (alto grau de nocividade). É possível que o produto nocivo tenha alguma função de utilidade para o usuário, mas ela é inseparável do malefício. O fumante acha o cigarro prazeroso, mas a nocividade é inafastável do consumo¹⁰.

O tabaco não é um caso único de produto (ou serviço) nocivo. Seguem-se três exemplos, em nenhum dos quais pairam dúvidas sobre a responsabilidade civil dos respectivos fornecedores.

O primeiro é o caso dos andadores infantis. Em ensaios realizados pelo Inmetro – Instituto Brasileiro de Metrologia, Qualidade e Tecnologia –, cujo

⁹ Segundo pesquisa coordenada por Márcia Teixeira Pinto, do Instituto Fernandes Figueira e da Fundação Oswaldo Cruz, e por Andrés Pichon Riviere, do Instituto de Efectividad Clínica y Sanitaria, da Argentina. Disponível em: <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/721_Relatorio_Carga_do_tabagismo_Brasil.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2013.

¹⁰ “Los productos de tabaco y sus derivados tienen una particularidad que los distinguen de otros bienes e servicios que concurren al mercado: son intrínsecamente nocivos para la salud de quienes los consumen y para el medio ambiente.” (Trecho do acórdão da Corte Constitucional da Colômbia: Colômbia. Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-830/10, 20.10.2010. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c%2D830%2D10.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2014)

relatório foi divulgado em julho de 2013¹¹, foi evidenciada a não conformidade de cem por cento dos onze produtos analisados, de diferentes marcas, especialmente no tocante à segurança. É forçoso concluir que o andador infantil não é apenas um produto com risco “normal e previsível” (ou inerente ao uso). É mais do que isso: é um produto nocivo. A Sociedade Brasileira de Pediatria faz campanha pela proibição dos andadores¹², afirmando que “o equipamento é inútil para o desenvolvimento da marcha de bebês e que seu uso pode causar acidentes sérios como traumas no crânio chegando até a levar a morte”¹³. No Senado, há projeto de lei em tramitação que veda a produção, a importação, a distribuição, a comercialização e a doação de andador infantil¹⁴. Em que pese tudo isso, o produto continua sendo vendido. Finalmente, surgiu uma providência concreta. Notícia-se que sentença em ação civil pública que tramita em Passo Fundo/RS, ainda sem trânsito em julgado, proibiu em todo o País a comercialização dos andadores infantis¹⁵. O julgador exerceu a tutela imperativa propugnada por Marinoni. Não é a primeira vez que o Judiciário adianta-se ao legislador e ao administrador, tomando uma providência que se impunha. Em 1998, acolhendo pedido do Ministério Público Federal, o Juiz Federal Guilherme Pinho Machado proibiu o fumo em aviões brasileiros.

O segundo caso está consagrado em lei e é de pacífica e tradicional aceitação: a cláusula de incolumidade nos transportes, que garante o passageiro contra danos decorrentes de acidentes no trajeto, ainda que a culpa seja de terceiro. A Súmula nº 187 do STF foi positivada no art. 735 do Código Civil, com idêntica redação¹⁶. O acidente, independentemente de quem seja o seu causador, é inerente ao serviço prestado pelo transportador. Portanto, cabe a ele indenizar os danos ao passageiro. É um dano eventual, de ocorrência incerta,

¹¹ Relatório completo disponível em <http://www.inmetro.gov.br/consumidor/produtos/andadores_infantis.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2013.

¹² Notícias em <http://www.sbp.com.br/show_item2.cfm?id_categoria=17&id_detalhe=1795&tipo=D>. Acesso em: 23 dez. 2013.

¹³ Folha de S. Paulo de 21 jan. 2013. Disponível em: <http://www.sbp.com.br/show_item.cfm?id_categoria=52&id_detalhe=4325&tipo_detalhe=s>. Acesso em: 23 dez. 2013.

¹⁴ PLS 50, de 2013. Disponível em: <http://www.sbp.com.br/pdfs/PLS_50_2013.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2013.

¹⁵ Disponível em: <<http://www.efe.com/efe/noticias/brasil/sociedade/justi-proibe-venda-andadores-infantis-todo-pais/3/2017/2193211>>. Acesso em: 23 dez. 2013.

¹⁶ A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.

mas previsível, ainda que inevitável, conforme o modo que venha a acontecer. É um caso fortuito internalizado na atividade do transportador.

Ocorre o mesmo com o tabaco. Nem todo fumante contrairá doenças porque fuma. Mesmo que as contraia, a causa da morte pode vir a ocorrer por fato alheio ao consumo de tabaco. Todavia, sendo sabido que o tabaco é causador de vários agravos à saúde, quando o dano ocorrer e estiver provado o nexo de causalidade, caberá ao fabricante a obrigação de indenizar, não obstante o risco de doença seja inerente ao consumo do produto.

O terceiro exemplo vem da jurisprudência: a infecção hospitalar¹⁷.

A Lei nº 9.431, de 06.01.1997, obrigou os hospitais a manterem um Programa de Controle de Infecções Hospitalares. Implicitamente, a lei reconhece a impossibilidade de controle sanitário absoluto, ao estabelecer, no art. 1º, que o programa deve ter em vista a “redução máxima possível da incidência e da gravidade das infecções hospitalares”.

Nada obstante a impossibilidade de controle absoluto, o Superior Tribunal de Justiça tem considerado a infecção hospitalar um fator de risco inteiramente imputável aos hospitais, obrigando-os a indenizar os danos consequentes com fundamento na responsabilidade civil objetiva estipulada no art. 14, *caput*, do CDC.

No Recurso Especial nº 629.212/RJ, julgado em 15.05.2007¹⁸, a 4ª Turma do STJ examinou um caso em que uma parturiente adquiriu infecção hospitalar após a cesariana. O médico obstetra era particular. O hospital apenas forneceu as instalações para realizar-se a cirurgia. O acórdão fez a distinção entre “danos decorrentes da atividade médica daqueles oriundos do fato da internação em si” e atribuiu responsabilidade ao hospital pela infecção contraída pela paciente, mesmo que ele tenha se manifestado somente quatro dias após a alta¹⁹. O voto vencedor do Ministro César Asfor Rocha assinalou que a responsabilidade civil objetiva “serve justamente ao desiderato de não deixar sem reparação a ofensa relacionada às atividades cujos riscos são assumidos por quem as presta”, razão pela qual “o hospital assume os riscos inerentes à internação do paciente e em virtude disso há de responder objetivamente”. Entendimento em contrário, frisou

¹⁷ Segundo a Portaria do Ministério da Saúde nº 2.616, de 12 de maio de 1998, infecção hospitalar “é aquela adquirida após a admissão do paciente e que se manifeste durante a internação ou após a alta, quando puder ser relacionada com a internação ou procedimentos hospitalares”.

¹⁸ STJ, REsp 629.212/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha, maioria.

¹⁹ Por essa razão, votou vencido o Ministro Massami Uyeda.

o Relator, implicaria que “as infecções inevitáveis ficariam imunes à reparação, mesmo relacionadas ao serviço prestado pelo nosocômio”. A contrário senso, significa que o dano inevitável, ligado a um risco intrínseco, é reparável. E seria absurdo sustentar que, sabedor da inevitabilidade do risco, o paciente assumiria inteiramente o risco da internação.

Divergiu do Relator o Ministro Uyeda, limitadamente para colocar em causa o nexos causal no caso concreto, mas concordando com a tese, o que deixou expressamente consignado, afirmando que “o risco da atividade tem que ser assumido. E tem que ser assumido pelo hospital”.

Seguiram-se outros julgamentos no mesmo sentido, dos quais podem ser destacados os seguintes.

Em Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.237.646/RR, a 2ª Turma do STJ, por unanimidade, negou provimento à pretensão recursal, que incluía a rediscussão do nexos causal que levou ao óbito uma parturiente por infecção hospitalar, por vedação da Súmula nº 7 ao reexame da matéria fática. Na origem, o Tribunal de Apelação afirmara a existência de responsabilidade dos agentes públicos, na forma do art. 37, § 6º, da Constituição, e também a incidência do art. 14, *caput*, do CDC²⁰.

No Recurso Especial nº 903.258/RS, a 4ª Turma do STJ negou provimento ao recurso do réu, um hospital de Porto Alegre, também com fundamento na Súmula nº 7²¹. As instâncias inferiores haviam reconhecido o nexos causal entre as sequelas irreversíveis sofridas pelo autor e a infecção hospitalar decorrente de punção femoral de que fora paciente ainda na condição de neonato. A Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora, recordou precedente do Recurso Especial nº 116.372/MG, no qual ficou assentado que a responsabilidade do hospital pela incolumidade do paciente “somente pode ser excluída quando a causa da moléstia possa ser atribuída a evento específico e determinado”.

O nexos causal esteve em causa outra vez no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 211.917/RJ, improvido igualmente com base na Súmula nº 7²². O fato era infecção hospitalar decorrente de falta de higienização do material utilizado em videolaparoscopia. O Ministro Relator consignou passagem do acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no sentido de

²⁰ STJ, AgRg-REsp 1.237.646/RR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, unânime, 05.02.2013.

²¹ STJ, REsp 903.258/RS, 4ª Turma, Relª Min. Maria Isabel Gallotti, 21.06.2011, maioria. Votou vencido o Ministro Luís Felipe Salomão apenas quanto à data inicial dos juros moratórios.

²² STJ, AgRg-Ag-REsp 211.917/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, unânime, 23.10.2012.

que o “risco da atividade empresarial [deve ser] suportado pelos fornecedores de serviço e não pelo consumidor, parte mais fraca na relação contratual”.

Conclusão deste primeiro ponto: risco e nocividade são conceitos legalmente distintos. Só se pode falar com propriedade técnica de “risco inerente” a propósito de produtos preponderantemente úteis e benéficos que não apresentem nocividade potencial ou de alto grau. Produto altamente nocivo não tem efeito útil ou a utilidade é mínima em relação ao malefício que causa. Os produtos com alto grau de nocividade ou periculosidade não podem (ou não deveriam) ser colocados no mercado.

1.2 O SOFISMA DA EXPECTATIVA DE SEGURANÇA

O que se sustentou até aqui é que o cigarro e outros produtos derivados do tabaco são altamente nocivos, o que pode facilmente ser inferido da sua própria natureza e de indicadores referidos por João Marcello de Araújo Júnior e Antônio Herman Benjamin, a saber: a experiência internacional com os malefícios do tabaco, atestada pela ciência médica; a gravidade dos danos causados pelo tabaco à saúde dos consumidores e dos fumantes passivos; a impossibilidade de eliminar ou controlar o risco do tabaco pelo exercício de cuidados do consumidor, uma vez que não há um modo seguro de consumo de tabaco; consumido ainda que em quantidades mínimas, o tabaco é altamente nocivo; além do mais, o tabaco produz dependência, o que leva o fumante a fumar mais e constantemente; ainda que possam resultar benefícios de atividades relacionadas ao tabaco nas áreas agrária e industrial, e na arrecadação de impostos, os malefícios sociais são muito mais expressivos. Por isso, faz sentido a conclusão de Luiz Guilherme Marinoni, que defende a proibição de venda dos produtos derivados do tabaco, com fundamento no art. 10 do CDC. A rigor, trata-se de um silogismo legal: se produtos sabidamente nocivos não podem ser lançados no mercado e se o tabaco é um produto altamente nocivo, o tabaco não pode ser comercializado.

Cabe investigar agora que relação existe entre um produto considerado altamente nocivo e os danos que ele possa causar. Isso será feito, por ora, no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, a partir das premissas até aqui colocadas.

O defeito de um produto que causa dano é aferido por um conceito jurídico indeterminado: é defeituoso o produto que não oferece a segurança que dele legitimamente se espera (art. 12, § 1^o)²³. É nessa cunha que entra o argumento

²³ O defeito do produto ou do serviço é, geralmente, a causa inequívoca e evidente do dano sofrido pelo consumidor. Lembrando caso julgado no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, comenta

da indústria: como o tabaco sabidamente é nocivo à saúde, e assim é informado, não poderia haver legítima expectativa de segurança no seu consumo. Logo, afirma-se, o tabaco não é um produto defeituoso e os danos dele advindos não são passíveis de reparação.

Trata-se de um sofisma, pois conduz a uma conclusão paradoxal: embora seja um produto de alta nocividade à saúde, como essa nocividade é amplamente conhecida, o tabaco não é considerado defeituoso, porque dele não pode ser esperada nenhuma segurança; logo, basta que seja amplamente conhecida a nocividade de um produto para que nenhuma segurança dele possa ser exigida.

Um raciocínio assim, apegado à lógica formal de um conceito legal, acaba por renegar o escopo do direito à reparação de danos. É como se a lei contivesse uma armadilha: há direito à reparação dos danos causados por produtos de periculosidade baixa ou média. Em relação aos produtos altamente nocivos ou perigosos, a proteção legal desaparece, desde que a alta nocividade ou periculosidade seja informada ao consumidor. A informação teria o condão de inverter o risco, deslocando-o do fornecedor para o consumidor.

Essa interpretação é lacunosa, porque não correlaciona o art. 12, § 1º, II (em que pretende se apoiar), com o art. 8º. Esses artigos constroem conceitos superpostos, na medida em que utilizam palavras iguais ou equivalentes para descrevê-los. O art. 8º diz que os produtos não deverão acarretar *riscos* à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados *normais e previsíveis* em decorrência de sua *natureza e fruição*. O art. 12, § 1º, II, considera defeituosos os produtos que não oferecem expectativa legítima de segurança, considerados *o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam*. A correlação é evidente entre *riscos normais e previsíveis* com a expectativa de segurança conforme *uso e riscos que razoavelmente dele se esperam* em decorrência da *natureza e fruição* de tais produtos.

Note-se que o art. 12, § 1º, II, não menciona produtos *nocivos*²⁴. Estariam eles então excluídos da esfera de risco do fornecedor? Ou seja, os produtos nocivos não dariam margem à indenização? Seria um paradoxo afirmá-lo, na medida em que eles constituem risco agravado. A conclusão lógica é que os

Paulo de Tarso Sanseverino: “As lesões causadas no rosto do consumidor pelo estouro, em suas mãos, de uma garrafa de refrigerante não exigem maior indagação sobre qual teria sido a sua causa”, ressaltando situações de maior complexidade, em que há concorrência de mais de uma causa ou condição (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código de defesa do consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 257).

²⁴ “Produtos geneticamente perigosos”, conforme a denominação adotada por OYAGUE, Olenka Woolcot. *La responsabilidad del productor: estudio comparativo del modelo norteamericano y el régimen de la Comunidad Europea*. Lima/Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003. p. 149.

produtos nocivos excedem os *usos e riscos normais e previsíveis* que constituem o conceito de legítima expectativa de segurança. Produtos nocivos e produtos seguros são conceitos contraditórios. Cabe indagar, então, se a informação abastada sobre a nocividade é suficiente para afastar a obrigação de indenizar.

“Legítima expectativa de segurança” é um conceito jurídico indeterminado, construído para abarcar o maior número possível de casos sob o manto da proteção legal. Por efeito da abertura do conceito, as circunstâncias denotativas da insegurança do produto não são apenas aquelas três expressamente mencionadas nos incisos do § 1º do art. 12, mas também outras, compreendidas na expressão *entre as quais*. Entre as outras circunstâncias não consignadas modo expresso na norma está a nocividade do produto, indicadora de muito maior insegurança do que os riscos inerentes ao uso normal de um produto não nocivo.

Os conceitos jurídicos indeterminados são espécies do gênero conceito aberto ou abstrato. Tais conceitos são formados de *notas distintivas que são desprendidas, abstraídas, dos objetos em que aparecem*²⁵. Excluir o tabaco do conceito de produto inseguro (e, por conseguinte, de produto defeituoso) é ignorar que a sua nocividade é nota que o assemelha a todos os demais produtos inseguros, com o acréscimo de uma gravidade dificilmente encontrável em outros. Segundo Larenz, decorre da lógica que o conceito supremo de uma categoria abstrata, aquele sob o qual muitos outros são compreendidos, tem o menor conteúdo, mas tem a extensão ou o campo de aplicação mais amplo, enquanto que o conceito mais rico em conteúdo apresenta o maior número de notas distintivas, tendo, por isso mesmo, a menor extensão²⁶. Desse modo, produto que não atende a legítima expectativa de segurança ou produto defeituoso é um conceito de escasso conteúdo, mas de larga extensão, de modo a poder abranger produtos benéficos com risco inerente (art. 8º), produtos potencialmente nocivos (art. 9º) e produtos com alto grau de nocividade (art. 10). Em contrapartida, quanto mais denso for o conteúdo de insegurança de um produto, menor extensão ele terá. Se

²⁵ Tradução livre para: “Se llaman ‘abstractos’ [os conceitos], porque son formados de notas distintivas que son desprendidas, abstraídas, de los objetos en que aparecen [...]” (LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel, 2001. p. 440).

²⁶ Extraído livremente do trecho: “Aquí rige la ley lógica de que el concepto ‘supremo’ – es decir, aquel bajo el cual (añadiendo notas distintivas diferenciables) pueden subsumirse muchos otros – tiene el menor contenido, puesto que sólo está caracterizado por pocas notas distintivas, y, en cambio, tiene la extensión o ámbito de aplicación más amplios; mientras que, el más rico en contenido, que presenta mayor número de notas distintivas, tiene, en cambio, le menor extensión” (Larenz, ob. loc. cit.).

somente os produtos com alto grau de nocividade contrariassem a expectativa de segurança dos consumidores, seria muito menos extenso o conceito de produtos defeituosos. Em outras palavras: por ser um produto de alta nocividade, o tabaco tem um concentrado conteúdo de insegurança (poderia alguém duvidar?), mas certamente não é paradigma para o conceito de produto defeituoso, possuindo nesse aspecto escassa extensão. O inverso também é verdadeiro: por ser um produto de forte densidade de insegurança, o tabaco, com certeza, não atende a legítima expectativa de segurança dos consumidores.

Na mesma trilha de Larenz, Engisch entende por conceito indeterminado “um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos”²⁷. Engisch classifica os conceitos indeterminados em descritivos e normativos, sendo estes “frequentemente indeterminados num grau particularmente elevado”, fazendo referência a valores que são revelados no caso concreto²⁸. Ao se analisar o risco do tabaco, não há como ignorar o consenso científico sobre os malefícios do produto, a menos que se queira persistir no sofisma da falta de legítima expectativa de segurança.

O silogismo, pois, é o seguinte: produto nocivo é inseguro (premissa maior); o tabaco é produto nocivo (premissa menor); logo, o tabaco é inseguro.

Argumentar que a informação da nocividade, prestada à bastança no caso do tabaco, desautoriza a expectativa de segurança é persistir no sofisma. O tabaco é um produto vocacionalmente nocivo e nenhuma informação será suficiente para evitar o dano. Que outra utilidade terá a informação senão a de prevenir ou tentar evitar o dano (o que, no entanto, nem sempre alcança)? No tabaco, a informação é inócua para esse fim (o que não significa que as advertências sanitárias devam deixar de ser veiculadas, porque têm função educativa, auxiliando no esforço de diminuir o consumo de tabaco). O livre arbítrio do fumante não é razão para excluí-lo do direito à indenização. Se o fabricante de cigarros vale-se da livre iniciativa para colocar o produto no mercado e obter lucro lícito, o fumante tem o livre arbítrio de fumar, pagando para obter o prazer que procura. Essa é a troca justa, que se desequilibra a favor da indústria se o eventual dano do fumante fica sem possibilidade de indenização. A informação

²⁷ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977. p. 173.

²⁸ *Idem*, p. 174 a 178, *passim*.

deve servir para a decisão de não fumar, mas não para exonerar a indústria de responsabilidade.

Em outros casos, a informação também se revela insuficiente: em que pesem as leis e sanções contra as infrações de trânsito, as campanhas publicitárias com imagens catastróficas de acidentes, os depoimentos pessoais de vítimas autoras dos próprios acidentes que ficaram com sequelas graves e as operações “balada segura”, motoristas continuam dirigindo de modo imprudente ou embriagados, fazendo “pegas”, inclusive em perímetros urbanos, onde espectadores que ali estão conscientes do perigo são atropelados. A irracionalidade de alguns comportamentos faz parte da imperfeição humana, mas nem por isso o direito deve fechar os olhos às suas consequências.

Nos estritos termos do Código de Defesa do Consumidor, se o defeito do cigarro não está na informação, está necessariamente na concepção. Sendo um produto inevitavelmente nocivo à saúde, o cigarro é defeituoso por natureza. No Direito norte-americano, o defeito de *design* pode ser inferido do balanço entre as vantagens e desvantagens do produto. Por esse critério, ao impor a indenização dos danos, a responsabilidade civil assume uma função dissuasória (*deterrence*)²⁹.

Em conclusão deste ponto: a abundância de informação sobre a nocividade do tabaco não é suficiente para transferir o risco do produto para o consumidor, porque o tabaco é vocacionalmente nocivo. Nos termos do Código de Defesa do Consumidor, o tabaco deve ser considerado um produto defeituoso em razão da sua concepção, pois não oferece possibilidade de uso seguro.

Todavia, ainda que se queira insistir, como tem feito a jurisprudência e a maioria da doutrina, no argumento de que a informação sobre a nocividade do tabaco desautoriza a expectativa de segurança³⁰, o direito à indenização por danos causados pelo tabaco poderia emergir de outras normas do sistema jurídico nacional, interpretado harmonicamente. É o que será visto a seguir, a propósito do art. 931 do CC.

²⁹ Comentários sobre a matéria em OYAGUE, Olenka Woolcott. *La responsabilidad del productor: estudio comparativo del modelo norteamericano y el régimen de la Comunidad Europea*. Lima/Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003. p. 195 e ss.

³⁰ Nesse sentido: STJ, REsp 886.347/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJAP), un., 25.05.2010.

2 O FATO DO CIGARRO NO ARTIGO 931 DO CÓDIGO CIVIL

A responsabilidade civil da indústria tabagista não é necessariamente alicerçada no Código de Defesa do Consumidor³¹, embora fumar caracterize uma relação de consumo. Com a superveniência do Código Civil em 2002, ampliou-se a base legal dos direitos do consumidor, na conformidade do que prevê o art. 7º, *caput*, do CDC, que incorpora às suas próprias normas direitos outros decorrentes de tratados, convenções internacionais, legislação nacional e regulamentos, em uma cláusula de abertura do sistema codificado, chamada por Claudia Lima Marques de diálogo das fontes³².

Um dos dispositivos que expande o catálogo de direitos do consumidor (entre outros efeitos) é o art. 931 do Código Civil³³.

³¹ A maioria dos autores que atribui responsabilidade civil à indústria tabaqueira o faz com supedâneo no CDC. Assim: DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002; ANDRIGHI, Fátima Nancy; ANDRIGHI, Vera Lúcia; KRÜGER, Cátia Denise Gress. *Responsabilidade civil objetiva da indústria fumageira pelos danos causados a direito fundamental do consumidor de tabaco*. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladson; ROCHA, Maria Vital da (Coord.). *Responsabilidade civil contemporânea em homenagem a Silvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.

³² Entre outros textos da autora sobre o mesmo tema: MARQUES, Claudia Lima. Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinomias pelo diálogo das fontes. In: PFEIFFER, Roberto A. C.; PASQUALOTTO, Adalberto (Coord.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

³³ O ponto de vista aqui defendido contraria o que pensa a maioria da doutrina, podendo ser citados, entre outros: STOCO, Rui. *A responsabilidade civil*. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O novo Código Civil: homenagem ao Professor Miguel Reale*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005 (considerando o artigo 931 do CC, redundante com o CDC); LOPEZ, Teresa Ancona. *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência brasileira do tabaco*. São Paulo: Quartier Latin, 2008; a mesma autora coordenou a publicação de uma coletânea de pareceres sobre as questões jurídicas ligadas ao tabaco, tais como publicidade e responsabilidade civil, na qual se alinham posições de diversos autores de pareceres em ações relativas a tabagismo, sustentando a ausência de responsabilidade civil das empresas tabagistas. Entre eles, mais proximamente ao ponto aqui tratado, ou seja, afirmando a incidência do art. 931 do CC, Gustavo Tepedino. Outros autores, em pareceres reproduzidos na mesma obra, analisam os casos de tabaco limitadamente no âmbito normativo do CDC, afastando a responsabilidade civil dos fabricantes por não considerarem o cigarro um produto defeituoso, argumento ao qual, geralmente, associam o livre arbítrio do fumante para considerarem presente uma causa de exclusão da obrigação de indenizar (culpa exclusiva da vítima). Nessa linha: Maria Celina Bodin de Moraes, Nelson Nery Júnior, Ruy Rosado de Aguiar Júnior e a própria Teresa Ancona Lopez (*Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente: o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*. Coord. Teresa Ancona Lopez. Rio de Janeiro: Renovar, 2009). De outro lado, em alguma medida concordando com o ponto de vista aqui sustentado: TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil objetiva e risco: a teoria do risco concorrente*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011 (entendendo que o artigo 931 do CC, aplica-se subsidiariamente ao CDC). Em favor de uma interpretação expansiva do art. 931,

Segundo o art. 931, os empresários individuais e as empresas respondem, independentemente de culpa, pelos danos causados pelos produtos postos em circulação. Esse dispositivo não foi bem recebido pela maioria da doutrina nacional. A crítica fundamenta-se na sua origem histórica para concluir pela sua inutilidade ou interpretação reducionista. A norma foi inserida no projeto de Código Civil para proteção dos consumidores, uma vez que, na época, não havia uma lei específica que os protegesse. Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, ela teria perdido a sua função. De acordo com essa crítica, interpretado ao pé da letra, o art. 931 instituiria uma responsabilidade objetiva integral, obrigando as empresas a indenizar danos causados pelos riscos normais dos produtos, como é o caso sempre lembrado das facas. Para evitar essa demasia, é considerado implícito como pressuposto da indenização (e causa do dano) o defeito do produto³⁴. Entretanto, para não haver redundância com o art. 12 do CDC, o art. 931 do CC só seria aplicável quando o fato que originasse o dano não constituísse relação de consumo³⁵. Afirmam em geral esses autores que

a I Jornada de Direito Civil, de 2002, aprovou, por maioria, um enunciado ampliando o conceito de fato do produto, do art. 12 do CDC, e outro, incluindo no seu âmbito normativo a responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento: “Enunciado nº 42 – O art. 931 amplia o conceito de fato do produto existente no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, imputando responsabilidade civil à empresa e aos empresários individuais vinculados à circulação dos produtos”; “Enunciado nº 43 – A responsabilidade civil pelo fato do produto, prevista no art. 931 do novo Código Civil, também inclui os riscos do desenvolvimento”. Entendendo pela procedência dos dois enunciados, FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código Civil. *Revista do TST*, v. 76, n. 1, jan./mar. 2010. Igualmente concordando, mas excetuando da incidência do art. 931 o dano decorrente de produto potencialmente nocivo, desde que haja informação suficiente, Tula Wesendonck, em tese de doutorado defendida e aprovada na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul em 2013 (O regime da responsabilidade civil pelo fato dos produtos postos em circulação: uma proposta de interpretação do artigo 931 do Código Civil sob a perspectiva do direito comparado, inédita). A V Jornada de Direito Civil, de 2013, por maioria, rejeitou enunciado com o seguinte teor (proposto pelo autor deste texto, assim como os dois enunciados antes referidos): “Embora sejam produtos com risco inerente, o tabaco e as bebidas alcoólicas obrigam os seus fabricantes a indenizar os usuários pelos danos à saúde, nos termos do art. 931 do Código Civil”. O presente trabalho insiste na tese, reprisando alguns argumentos e agregando novos.

³⁴ Está neste caso Sérgio Cavaleiri Filho: “O que faz o empresário responder objetivamente pelos danos causados pelos produtos postos em circulação? Essa é a questão fundamental. São os eventuais defeitos que esses produtos tiverem” (CAVALIEIRI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 228).

³⁵ Nesse sentido: ALVES, José Carlos Moreira. A causalidade nas ações indenizatórias por danos atribuídos ao consumo de cigarros. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente: o paradigma do tabaco – Aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Na mesma obra, o já citado Gustavo Tepedino. Também Teresa Ancona Lopez, na obra já citada (*Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência brasileira do tabaco*. São Paulo: Quartier Latin, 2008), especialmente p. 49 a 52. Ainda: TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a Constituição da*

a ressalva que antecipa a regra nuclear do art. 931 (“Ressalvados outros casos previstos em lei especial...”) refere-se exatamente ao CDC, haja vista a razão da sua inserção no projeto de Código Civil (defesa do consumidor)³⁶.

Essas interpretações se fundamentam basicamente no critério histórico (*mens legislatoris*), que, como se sabe, não é mais o prestigiado em termos de hermenêutica. Uma interpretação sistemática levará a outras conclusões, a começar pelo significado da ressalva.

2.1 RESSALVA DAS LEIS ESPECIAIS E DIÁLOGO DAS FONTES

Não se contesta que, em princípio, a ressalva exclui do âmbito normativo do art. 931 hipóteses fáticas já reguladas em outras leis³⁷. Dessa forma, as leis especiais de responsabilidade civil mantiveram-se inalteradas. É o caso do Código de Defesa do Consumidor, que regula a responsabilidade civil dos fornecedores com base no defeito dos produtos e serviços. Daí a previsão expressa da causa excludente da obrigação de indenizar o dano quando o produto ou o serviço que lhe deu origem não tinha defeito, conforme o art. 12, § 3º, II, e art. 14, § 3º, I.

Porém, é preciso compatibilizar a ressalva do art. 931 do CC, com a abertura do CDC a outras leis, propiciada pelo seu art. 7º, *caput*. O CC, como lei geral, preserva o regime das leis especiais, mas se o CDC promove a integração de normas de outras leis (entre elas o CC), a regra mais ampla do art. 931 deve ser aplicada também às relações de consumo, não para transformá-las (pura e simplesmente abolindo a exigência de defeito do produto), mas para completá-las. Se a abertura do art. 7º fosse obstruída pela ressalva do art. 931, o sistema se tornaria autoimune. A ressalva do art. 931 do CC mantém a integralidade

República. Rio de Janeiro: Renovar, v. II, 2006, comentários ao artigo 931; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, comentários ao artigo 931.

³⁶ Especificamente nesse sentido, entre outros, o ilustrado parecer do eminente José Carlos Moreira Alves, na obra já citada: LOPES, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente: o paradigma do tabaco - Aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

³⁷ Além do CDC, outras leis especiais podem ser citadas como objetos da ressalva, dentre elas as que dispõem sobre a responsabilidade civil por danos nucleares - Lei nº 6.453, de 17.10.1977 - e por acidentes aeronáuticos - Lei nº 7.565, de 19.12.96, Código Brasileiro de Aeronáutica. Por conseguinte, o âmbito normativo do art. 931 do Código Civil, são os danos que não são objeto de nenhuma lei especial e também não constituam matéria já prevista no próprio Código Civil, a saber: os atos ilícitos por culpa e por abuso de direito (arts. 186 e 187), o exercício de atividades que expõem terceiros a risco (art. 927, parágrafo único), os fatos do incapaz, de outrem, dos animais e das coisas (respectivamente, arts. 928, 932, 936, 937 e 938) e o exercício de atividades profissionais com negligência, imprudência ou imperícia (art. 935). Depois de todo esse conjunto excluído, o art. 931 aparece como verdadeira cláusula residual de responsabilidade civil (não é o caso de comentar aqui o art. 927, parágrafo único).

do Código de Defesa do Consumidor como lei especial, mas não o imuniza em relação à lei geral. O art. 7º do CDC opera como cláusula de reenvio ao Código Civil.

Por conseguinte, os danos a consumidores continuam sendo inteiramente regulados pelo CDC, com a necessária ressalva de hipóteses verificáveis em outras leis, conforme a cláusula de abertura do art. 7º, *caput*. Nesses casos, haverá de se verificar o que a lei em causa dispuser.

O art. 931, ao vincular a responsabilidade empresarial apenas a “produtos postos em circulação”, não institui uma responsabilidade objetiva desmesurada, obrigando a indenizar o dano de quem não teve habilidade no manuseio de uma faca. Para esses casos, continuam em pleno vigor as normas do CDC. A sua aplicação é para os casos em que o produto, por sua natureza, extrapola a margem de risco razoável e evitável pelo próprio consumidor.

Eis, portanto, uma encruzilhada: ou se minimiza a importância do art. 931 (a esse resultado chegam aqueles que afirmam que no art. 931 está implícita a existência de defeito do produto causador do dano ou que ele só é aplicável fora das relações de consumo) ou se lhe dá uma interpretação mais abrangente, compatível com um avanço considerável da responsabilidade civil objetiva, de modo a nele incluir casos de danos que, de outro modo, ficariam sem indenização.

2.2 ELEMENTOS PARA A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 931

A melhor opção é dar ao art. 931 uma interpretação progressista, propiciando-lhe alcance correspondente a um efetivo avanço da responsabilidade civil no País, de modo a proteger as vítimas do desenvolvimento de uma sociedade cada vez mais complexa e ao mesmo tempo individualista, que transforma pessoas em meras referências estatísticas e objetivos de *marketing*. Os princípios constitucionais fundamentais da dignidade humana e da justiça social exigem uma nova postura da doutrina e da jurisprudência, no sentido da valorização da vida, assim como dos interesses coletivos, colocando-os acima dos interesses puramente econômicos.

Tomando essa diretriz, o art. 931 pode ser a sede do direito das vítimas do tabaco a uma indenização, o que viria a confirmar a premissa da responsabilidade civil contemporânea: nenhuma vítima deve ficar sem indenização. Com efeito, a redação do art. 931, contentando-se com um fator causal objetivo (a mera colocação do produto no mercado) para responsabilizar o fabricante pelo dano, sem explicitação de defeito, permite à jurisprudência brasileira um avanço

significativo, consistente em adotar uma linha de responsabilidade civil absoluta para casos extremos em que o defeito de concepção decorre de uma decisão consciente do fabricante³⁸.

Aceitar-se essa tese não significa, *ipso facto*, atribuir a obrigação de indenizar todas as doenças dos fumantes ativos e passivos às empresas fumageiras. Ainda restam duas questões importantes a resolver: o nexos causal e a medida da indenização.

Tem sido sustentado que as evidências médicas das moléstias causadas pelo tabaco não dispensam a demonstração cabal da etiologia da doença em cada caso particular³⁹. Trata-se de um apego extremado à teoria da causalidade adequada ou da necessidade⁴⁰. Autores há que fazem um juízo de ponderação. Jorge Cesa Ferreira da Silva afirma que, na responsabilidade objetiva, a equivalência das condições pode melhor explicar algumas imputações de responsabilidade, apontando como exemplo a responsabilidade solidária dos fornecedores pelos vícios dos produtos e serviços⁴¹.

Não se pode ignorar a evolução doutrinária a respeito da causalidade alternativa, também chamada causalidade suposta ou cumulativa. Um dos primeiros a tratar dessa matéria no Brasil foi Clóvis do Couto e Silva (casualmente os escritos que deixou a esse respeito estão em língua francesa e espanhola). Segundo o emérito professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, precocemente desaparecido, “muitas vezes os danos são causados sem que se saiba quem os causou; e, de outro lado, sabe-se que todos o causaram, sem que

³⁸ No Direito norte-americano, os defeitos de concepção têm dupla configuração: ou decorrem de um erro inadvertido, sobrelevando, nesse caso, o dever de informação do fabricante, ou têm origem na decisão livre do fabricante em lançar no mercado um produto geneticamente perigoso. Neste último caso, cabe ao juiz fazer uma ponderação entre as vantagens e desvantagens oferecidas pelo produto. As alternativas de decisão judicial são: a) imposição de uma responsabilidade absoluta; b) isentar o produtor do dever de proteção das vítimas; c) os juízes deveriam indicar padrões de razoabilidade para maior segurança do produto (OYAGUE, Olenka Woolcott. *La responsabilidad del productor: estudio comparativo del modelo norteamericano y el régimen de la Comunidad Europea*. Lima/Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003. p. 149 e ss.). O tabaco só comporta as duas primeiras alternativas; a jurisprudência brasileira, inegavelmente, tem preferido a segunda.

³⁹ Nesse sentido, o REsp 1.113.804/SP.

⁴⁰ Importante contributo às questões de causalidade no tabagismo foi prestado pelo Projeto Diretrizes, conduzido pela Associação Médica Brasileira, ao lançar em 2013 o relatório intitulado “Evidências científicas sobre tabagismo para subsídio ao Poder Judiciário” (Disponível em: <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/841_diretrizes_AMB.pdf>).

⁴¹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 190.

se tenha uma ideia exata da participação de cada um”⁴². Couto e Silva filiava-se à teoria da causalidade adequada, em oposição à clássica causalidade real. O critério naturalista foi substituído por uma noção jurídica, que permite ao juiz uma valoração dos fatores contributivos do dano⁴³.

Outros autores se dedicaram a essa matéria. É clássica a monografia de Vasco Della Giustina, editada já sob a égide do Código de Defesa do Consumidor. O autor entende que o CDC acolheu, ao menos implicitamente, a causalidade alternativa, na medida em que obriga o fornecedor a provar que não colocou o produto no mercado para eximir-se da obrigação de indenizar. Em senso contrário, diz Della Giustina, pesaria sobre ele uma presunção de causalidade quando pretendesse se eximir afirmando que o produto causador do dano fora fabricado por um concorrente⁴⁴.

Julio Alberto Díaz publicou outro trabalho monográfico, em que lembra a teoria de Guido Calabresi do *deep pocket*: deve reparar o dano com quem está em melhores condições do que a vítima para suportá-lo⁴⁵.

Caitlin Sampaio Mullholand traz interessantíssimos aportes à matéria. Ela anota que, na responsabilidade alternativa, deixa-se de lado a ideia de punição do autor do dano; o objetivo é a reparação da vítima, daí a extensão da responsabilidade para o grupo, efetivando-se os princípios da dignidade humana e da responsabilidade social. Sua contribuição é relevante em matéria de nexos causais. Segundo a autora, rompe-se o conceito “para cada dano, uma causa”. O liame que se estabelece é entre o dano e o grupo que o possível agente causador integra. É uma causalidade externa. Esse nexo pode ser presumido, presunção que pode estar explicitada na lei ou ser assumida pelo juiz, estando presente um alto grau de probabilidade do fato narrado e grande dificuldade probatória. A presunção, acrescenta, pode ser absoluta ou relativa. No primeiro caso, a lei deduz diretamente da alta probabilidade e da dificuldade probatória a afirmação do fato. No segundo caso, o que ocorre na prática é uma inversão

⁴² Livre tradução para: “[...] los daños son causados de manera tal que no se sabe a veces quien los causó; y, por otra parte, se sabe que todos los causaron, pero no se tiene una idea exacta sobre la participación de cada uno en la producción del daño” (FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997).

⁴³ “Cuando se se considera a la causalidad adecuada, se asume una noción jurídica de causalidad, en que ya no se trata más de la noción física. [...] se incluyó allí una ponderación, un criterio de valoración; el juez es capaz de valorar.” (COUTO E SILVA, Clóvis. Ob. cit., p. 238)

⁴⁴ DELLA GIUSTINA, Vasco. *Responsabilidade civil dos grupos*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 155.

⁴⁵ DIAZ, Julio Alberto. *Responsabilidade coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 158.

do ônus da prova, transferindo-se o encargo do favorecido pela presunção para quem tem melhores condições de demonstrar o contrário. Dirigindo-se a imputação a diversos réus que reúnem as características de um grupo, a causalidade pressuposta pode ser complementar ou cumulativa. Na causalidade complementar, o dano só se perfaz pela soma das causas parciais (concausa); na cumulativa, a causa produzida por um dos agentes apenas seria suficiente para provocar o dano⁴⁶.

Gisela Sampaio da Cruz é cautelosa, preferiria esperar por uma regulamentação legal da causalidade alternativa, mas entre aplicá-la analogicamente ao dano *de effusis et dejectis*, conforme é frequentemente proposto na doutrina, prefere justificá-la com base nos princípios constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana⁴⁷.

Ainda que se resolva o vínculo etiológico pela causalidade alternativa, restaria saber qual foi o específico produto, entre as diversas marcas e fabricantes, o causador do dano. Essa questão pode interferir com a medida da indenização.

A maioria das doenças derivadas do cigarro apresenta causalidade cumulativa, ou seja, há concorrência de dois ou mais fabricantes, conforme a origem das marcas de cigarros consumidos pela vítima ao longo dos anos. A responsabilidade solidária dos fabricantes se imporia, com fundamento no art. 7º, parágrafo único, do CDC. Porém, fixar com precisão a cota da indenização a ser atribuída a cada fabricante é virtualmente impossível, porque implicaria descobrir quanto de cada marca a vítima fumou. Duas soluções podem ser alvitradas. Uma seria calcular a medida individual da indenização proporcionalmente à participação de cada empresa no mercado. Essa foi a solução pioneiramente adotada no célebre caso *Sindell vs. Abbot Laboratories*, julgado pela Suprema Corte da Califórnia em 1980. O Tribunal deparou-se com a seguinte questão: Pode alguém que sofreu danos em virtude de uma droga administrada à sua mãe durante a gravidez, sabendo qual é a droga, mas sem poder identificar precisamente quem era o fabricante, responsabilizar quem

⁴⁶ MULLHOLLAND, Caitlin Sampaio. A responsabilidade civil e a causalidade alternativa. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Temas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 88-115, passim. A autora trata da matéria em tese, sem se referir às questões do tabaco, como, de resto, nenhum autor citado a propósito de causalidade alternativa.

⁴⁷ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 306 e ss.

produzia uma fórmula idêntica⁴⁸? A ação foi proposta contra onze fabricantes da mesma droga preventiva de aborto, conhecida como DES, causadora de câncer em fetos femininos. A Corte californiana julgou a demanda procedente e determinou que cada empresa ré pagasse parte da indenização correspondente à sua participação nas vendas daquela droga no mercado.

A situação é semelhante às doenças dos fumantes. Ao longo dos anos, eles mudam de marca. É praticamente impossível relacionar a doença com uma marca definida. A responsabilidade recairia sobre todas as empresas que vendem cigarros no mercado ou que o fizeram durante os anos de consumo ativo do fumante. A proporcionalidade atenderia à equidade.

A segunda hipótese seria a coletivização da responsabilidade e das reparações. Os fabricantes seriam obrigados a constituir um fundo para financiar os tratamentos das doenças derivadas do cigarro, indistintamente de quem fosse a vítima. Adotada por via legislativa, esta poderia ser uma solução mais aceitável para aqueles que receiam uma jurisprudência intuitiva como consequência de uma flexibilização temerária de pressupostos garantistas, como é o nexo causal⁴⁹.

De outra parte, também é necessário tomar em conta que, na maioria dos casos dos fumantes ativos (não seria o caso quanto aos fumantes passivos), haverá de se considerar a culpa concorrente da vítima como moderadora do montante da indenização devida⁵⁰. A concorrência de culpa não arrepia o sistema do CDC⁵¹. Se a culpa exclusiva do consumidor é uma causa de exclusão da responsabilidade do fornecedor, por que o comportamento contributivo

⁴⁸ “May a plaintiff, injured as the result of a drug administered to her mother during pregnancy, who knows the type of drug involved but cannot identify the manufacturer of the precise product, hold liable for her injuries a maker of a drug produced from an identical formula?” (Sindell vs. Abbot Laboratories, 26 Cal. 3d 588. Disponível em: <<http://www.lexisnexis.com/clients/CACourts/>>. Acesso em: 21 jan. 2014)

⁴⁹ Genericamente nessa linha, sem especificar questões particulares, como o tabaco, SCHREIBER, Anderson. Flexibilização do nexo causal em relações de consumo. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Temas de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁵⁰ Artigo crítico sobre o argumento da culpa exclusiva da vítima foi escrito por Fernanda Nunes Barbosa e Mônica Andreis. Indo na contramão da maioria, as autoras afirmam que a doutrina e a jurisprudência, de modo geral, “defendem o indefensável: a inocência das empresas de tabaco no processo de estímulo ao consumo de cigarros”. Discordam que se possa tratar como livre arbítrio “o complexo conflito vivenciado por um adicto entre os ‘efeitos da dependência’ e ‘o desejo genuíno de parar de fumar’” (BARBOSA, Fernanda Nunes; ANDREIS, Mônica. O argumento da culpa da vítima como excludente da responsabilidade civil da indústria do cigarro: proposta de reflexão. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 82, p. 60-83, abr./jun. 2012).

⁵¹ Nesse sentido, SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 296 e ss.

da vítima não haverá de servir de atenuante, abatendo proporcionalmente o montante da indenização⁵²? O princípio da reparação integral (art. 6º, VI) não pode ser obstáculo, pois a equidade também é um princípio geral no CDC (art. 7º, *caput*, e art. 51, IV). Pela sua própria natureza, a equidade não pode ser uma aplicada unilateralmente para beneficiar apenas uma das partes, ainda que no âmbito de um diploma protetivo, porque se trata de um princípio geral do direito, não apenas de um sistema ou microsistema.

Finalmente: a interpretação de norma conformadora de um regime jurídico novo não dispensa a tomada em consideração dos princípios constitucionais, o que pode implicar uma escolha ideológica⁵³. É facilmente defensável a posição contrária ao direito dos fumantes à indenização. Basta que o discurso se mantenha conservador do ponto de vista dogmático e apegado ao que se pode chamar de valores radicalmente liberais (ou neoliberais). Assim, o argumento do livre arbítrio do fumante, a inafastabilidade da causalidade naturalística, o fechamento circular de conceitos abertos como a legítima expectativa de segurança, a dúvida paralisadora, tudo isso concertado como apelo à segurança jurídica fulmina qualquer avanço que se proponha em terreno tão vivo e dinâmico como o da responsabilidade civil. Por isso, o art. 931 é visto como redundante (para impedir que inove e aperfeiçoe o regime das relações de consumo) e simultaneamente perigoso (porque ameaça a livre iniciativa pelo fato mesmo de empreender).

Nenhum desses argumentos, porém, parece suficientemente sólido quando se lança o olhar para a Constituição. Lá residem princípios que vêm iluminando a releitura de muitos preceitos normativos ordinários. É a esses princípios que se deve submeter a interpretação do art. 931 do Código Civil, não para torná-lo um subversor do sistema existente, mas para nele integrá-lo, deixando fluir a sua potencialidade inovadora. O poder transformador de uma norma jurídica depende, em grande parte, da compreensão dos princípios sob

⁵² Há vários precedentes dos STJ admitindo a concorrência de culpa para atenuação da obrigação de indenizar, dos quais são aqui citados, exemplificativamente, apenas o primeiro e o mais recente: REsp 287.849/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, maioria, 17.04.2011; REsp 1.349.894/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, 04.04.2013. Conforme, na doutrina: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 253-254.

⁵³ “[...] longe de ser axiologicamente neutro, o ordenamento brasileiro se baseia em uma específica concepção sobre o direito, materializada nos princípios fundamentais contemplados na Constituição.” (BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. Comentário ao artigo 1º, IV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva-Almedina, 2013. p. 133)

os quais é interpretado. Os princípios que guiam a interpretação das normas jurídicas nascem na Constituição.

Da constelação constitucional, serão apenas brevemente aludidos dois princípios sobre os quais muito já se têm escrito, a dignidade humana e a solidariedade, e um terceiro, cuja aplicação ao caso é de grande significado: o valor social da livre iniciativa.

A negativa de indenização aos fumantes é uma segregação jurídica que premia a quem coopta e condiciona a sua vontade a um comportamento vicioso. O risco do tabaco é alienado totalmente à vítima do efeito deletério do produto. A empresa que explora a dependência física e psíquica induzida pelo tabaco é recompensada com o lucro e imunizada à contrapartida da indenização – indenização que tem por função reequilibrar os interesses afetados pelo dano em qualquer outra relação de mercado. O fumante é alijado da condição de dignidade inerente a qualquer vítima, pois a ele não é reconhecida a chance da reparação.

Por outro lado, as barreiras que historicamente mantinham a incolumidade dos limites individualistas da responsabilidade civil foram derrubadas com avanços que sempre pareceram transgressores da razoabilidade, conforme o ponto de vista conservador do *status quo*. A partir da admissão da responsabilidade objetiva como critério distributivista de justiça social (e quando a responsabilidade objetiva nascia a *forceps* os defensores da culpa escandalizavam-se), chegou-se à convicção de que é a solidariedade o verdadeiro fundamento ético-jurídico da reparação das vítimas, entendendo-se justo e adequado que a comunidade arque com o ônus, por meio de mecanismos de transferência, como o seguro ou simplesmente a internalização dos custos.

Conectado aos princípios da dignidade e da solidariedade está o valor social da livre iniciativa. A Constituição Federal de 1988 ressignificou o conceito liberal de livre iniciativa. Já não se trata simplesmente da permissão de empreender por conta própria, como exercício natural da individualidade, e competir livremente com os pares do mercado. Em dois preceitos a livre iniciativa é referida no texto constitucional: como um dos fundamentos republicanos (“os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, art. 1º, IV) e também da ordem econômica, “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” (art. 170, *caput*).

A ordem econômica como *dever ser* somente se completa com a legislação infraconstitucional, como afirma Eros Grau⁵⁴. Com efeito, a livre iniciativa somente poderá revelar o seu valor social (ou valores sociais) em situações verificadas concretamente, no nível da realização imediata do direito extraído da aplicação da norma tangente à realidade. É então que se saberá se as empresas deverão ou não indenizar os danos causados pelos produtos postos em circulação, e se essa obrigação realiza o princípio do valor social da livre iniciativa, integrando-se, portanto, à ordem constitucional idealizada na Constituição. A interpretação do texto do art. 931, à luz dos princípios constitucionais, vai revelar o teor da norma nele contida⁵⁵.

Ao se referir, no plural, aos “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (art. 1º, IV), a Constituição imanta ambos, trabalho e livre iniciativa, de valor social. A livre iniciativa “não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso”⁵⁶. Nesse sentido, “o uso da expressão ‘valores sociais’ evoca uma ideia de transindividualidade: o fundamento da República não é constituído apenas pela livre iniciativa e pela valorização do trabalho, mas também, e especialmente, pela repercussão social de ambas figuras”⁵⁷.

A pergunta que se põe, portanto, é se a possibilidade fática e jurídica de produzir e comercializar cigarros é bastante em si própria. Ou se será preciso levar em conta os efeitos que essa atividade produz na comunidade⁵⁸. A resposta

⁵⁴ GRAU, Eros Roberto. Comentário ao artigo. 170, *caput*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva-Almedina, 2013. p. 1788.

⁵⁵ “Não se interpreta normas. O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos normativos resultam as normas” (GRAU, E. R. Ob. cit., p. 1789); “O produto da interpretação é a norma. Mas ela já se encontra, potencialmente, no *invólucro do texto normativo*” (Id. ib., p. 1790; grifo do autor).

⁵⁶ GRAU, E. R. Ob. cit., p. 1791.

⁵⁷ BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. Comentário ao artigo 1º, IV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva-Almedina, 2013. p. 134.

⁵⁸ Embora não possa ser considerado um precedente na matéria, cabe citar o acórdão em que o Supremo Tribunal Federal manteve a cassação administrativa da licença especial de uma fábrica de cigarros que sonegara impostos em vultosa quantia. A Corte levou deu prevalência ao direito à saúde, afetado pelo tabaco, em detrimento da livre iniciativa. Na ocasião, disse o Ministro Ayres Brito: “[...] pelos efeitos nocivos à saúde dos consumidores do tabaco, é um tipo de atividade que muito dificilmente se concilia com o princípio constitucional da função social da propriedade. [...] Por outra parte, ela parece mesmo se contrapor a uma política pública explícita na Constituição Federal. Quero me referir ao art. 196, *caput*, que faz da saúde pública um dever do Estado, exigente de políticas sociais e econômicas

está nos princípios constitucionais que se acabam de considerar, indicativos da revelação do grande potencial normativo do art. 931. Daí se pode extrair um novo regime de responsabilidade civil, adequado aos tempos atuais. Não se trata, em absoluto, de uma criação original, pois dele já tratam alguns autores. No Brasil, Giselda Hironaka é legítima representante dessa vanguarda de pensamento, com a sua tese da responsabilidade pressuposta, calcada no conceito *mise en danger*. A finalidade, segundo a autora, não é evitar todo e qualquer perigo decorrente de produtos no mercado, mas diminuir os danos, reduzindo o custo social que eles acarretam. A responsabilidade pressuposta se caracterizaria por uma potencialidade de dano de grave intensidade, contida em uma determinada atividade, insuscetível de ser inteiramente eliminada, não obstante toda a diligência que se pudesse adotar. O risco de dano deveria ter alta probabilidade de ocorrer e elevada intensidade quanto ao índice de ocorrências. Uma vez estabelecido o nexo causal entre o dano e a atividade perigosa, o executor da atividade seria considerado responsável pela reparação, sem qualquer abertura a causas exonerativas⁵⁹.

A leitura do art. 931 à luz dos princípios da dignidade humana, da solidariedade e do valor social da livre iniciativa é coerente com a evolução universal da responsabilidade civil, no sentido de assegurar às vítimas o direito à reparação.

CONCLUSÃO

O Código de Defesa do Consumidor considera passíveis de prevenção por informação os riscos decorrentes do uso normal e previsível, conforme o uso próprio à natureza e fruição do produto. O tabaco situa-se em patamar mais elevado de danosidade social: é um produto altamente nocivo à saúde. Por isso, caracteriza-se como defeituoso, não por falta de informação, que jamais será suficiente para evitar danos inerentes à sua natureza, mas por sua concepção.

O direito à indenização dos fumantes também pode realizar-se pela via do art. 931 do Código Civil, que dialoga com o Código de Defesa do Consumidor pela cláusula de abertura sistemática deste último (art. 7º, *caput*, do CDC), nada obstante a ressalva daquele que manteve a integridade das leis especiais no

de redução do risco da doença e doutros agravos à saúde" (STF, Medida Cautelar em Ação Cautelar nº 1.657-6/RJ, Pleno, Rel. p/o Ac. Min. Cezar Peluso, 27.07.2007).

⁵⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas* – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

campo da responsabilidade civil. O art. 931 do CC dispensa a caracterização de defeito para obrigar a empresa a indenizar danos causados pelos produtos que lança no mercado. Sua interpretação deve ser feita à luz dos princípios constitucionais da solidariedade, da dignidade humana e do valor social da livre iniciativa.

Embora se trate de produto altamente nocivo à saúde, e, portanto, perigoso para a vida humana, não se pode imaginar a proibição do tabaco quando é abertamente discutida a legalização da maconha. Porém, a crença de que o conhecimento da nocividade do tabaco é bastante para justificar a imunidade civil dos fabricantes de cigarro serviu para criar um conjunto de empresas irresponsáveis pelos danos que causam aos adeptos dos seus produtos. A sociedade vem pagando a conta desse lucro sem contrapartida. Não é hora de mudar?

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. A causalidade nas ações indenizatórias por danos atribuídos ao consumo de cigarros. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente: o paradigma do tabaco – Aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

ANDRIGHI, Fátima Nancy; ANDRIGHI, Vera Lúcia; KRÜGER, Cátia Denise Gress. Responsabilidade civil objetiva da indústria fumageira pelos danos causados a direito fundamental do consumidor de tabaco. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladson; ROCHA, Maria Vital da (Coord.). *Responsabilidade civil contemporânea em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. Comentários aos artigos 8º a 17. In: CRETILLA JÚNIOR, José; DOTTL, René Ariel (Coord.); ALVES, Geraldo Magela (Org.). *Comentários ao código do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

BARBOSA, Fernanda Nunes; ANDREIS, Mônica. O argumento da culpa da vítima como excludente da responsabilidade civil da indústria do cigarro: proposta de reflexão. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 82, p. 60-83, abr./jun. 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. Comentário ao artigo 1º, IV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva-Almedina, 2013.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Comentários aos artigos 12 a 27. In: OLIVEIRA, Juarez (Coord.). *Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

CAVALIEIRI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DELLA GIUSTINA, Vasco. *Responsabilidade civil dos grupos*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

DENARI, Zelmo. Comentários ao artigo 9º. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. São Paulo: Forense, 2004.

DIAZ, Julio Alberto. *Responsabilidade coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código Civil. *Revista do TST*, v. 76, n. 1, jan./mar. 2010.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Org. Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GRAU, Eros Roberto. Comentário ao artigo 170, *caput*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva-Almedina, 2013.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel, 2001.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência brasileira do tabaco*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela do consumidor diante das noções de produto e serviço defeituosos: a questão do tabaco. *Revista Jurídica*, n. 370, ago. 2008.

MARQUES, Claudia Lima. Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinomias pelo diálogo das fontes. In: PFEIFFER, Roberto A. C.; PASQUALOTTO, Adalberto (Coord.). *Código de Defesa do*

Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MULLHOLAND, Caitlin Sampaio. A responsabilidade civil e a causalidade alternativa. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Temas de responsabilidade civil.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

OLIVEIRA, Amanda Flávio. *Direito de (não) fumar: uma abordagem humanista.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

OYAGUE, Olenka Woolcot. *La responsabilidad del productor: estudio comparativo del modelo norteamericano y el régimen de la Comunidad Europea.* Lima/Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código de defesa do consumidor e a defesa do fornecedor.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

STOCO, Rui. A responsabilidade civil. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O novo código civil: homenagem ao Professor Miguel Reale.* 2. ed. São Paulo: LTr, 2005.

TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil objetiva e risco: a teoria do risco concorrente.* Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República.* Rio de Janeiro: Renovar, v. II, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código civil interpretado.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WESENDONCK, Tula. O regime da responsabilidade civil pelo fato dos produtos postos em circulação: uma proposta de interpretação do artigo 931 do Código Civil sob a perspectiva do direito comparado. Tese doutoral defendida na PUCRS, 2013, inédita.

UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO CONTRAMAJORITÁRIO COMO ELEMENTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

*AN ANALYSIS OF THE COUNTER-MAJORITARIAN PRINCIPLE AS AN
ELEMENT OF THE JUDICIAL REVIEW IN A DEMOCRATIC STATE LAW*

Adriana de Fátima Pilatti Ferreira Campagnoli¹

Doutoranda em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade
Católica do Paraná - PUCPR

Silvana Souza Netto Mandalozzo²

Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR

RESUMO: O presente estudo faz uma abordagem do embate entre constitucionalismo e democracia, por meio da análise da Constituição Federal e do princípio da supremacia, como mecanismos de proteção dos direitos fundamentais e de salvaguarda das minorias, contra a vontade das maiorias políticas. Nesta seara, aparece o controle judicial de constitucionalidade, como um meio de defesa dos direitos individuais

frente às decisões dos demais poderes, tratando-se de um instituto contra o qual se voltam inúmeras críticas, entre as quais se destaca a sua dificuldade contramajoritária, expressada na ausência de legitimidade democrática dos integrantes do Poder Judiciário e na prevalência da vontade da maioria política ocasional. Todavia, o controle judicial de constitucionalidade se apresenta como uma maneira de limitação

¹ Mestre em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG, Professora Assistente do Departamento de Direito do Estado, do Curso de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG, Advogada.

² Professora Associada do Departamento de Direito das Relações Sociais, do Curso de Direito e do Mestrado e Doutorado em Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG, Juíza do Trabalho.

dos demais poderes, buscando a proteção e correção do próprio sistema democrático representativo majoritário e se mostrando como condição de existência da própria democracia.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de constitucionalidade; democracia; princípio contramajoritário.

ABSTRACT: *This study makes an approach in the conflict between constitutionalism and democracy, through the analysis of the Federal Constitution and the principle of the supremacy, as mechanisms to protect the fundamental rights and to safeguard the minorities, against the will of political majorities. In this way, the judicial review appears as a defense of the individual rights, in the opposite of the decisions of the other branches, and it appears as an institution against which turns many criticisms, among which stands out its counter-majoritarian difficulty, expressed in the absence of democratic legitimacy of the members of the judiciary and the prevalence of occasional political will of the majority. However, the judicial review is presented as a way of limiting the power of the other branches, and pursues the protection and the adjustment of the democratic representative system itself, and it is shown as a condition of the existence of the democracy itself.*

KEYWORDS: *Judicial review; democracy; counter-majoritarian principle.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Constituição como instrumento de proteção do direito das minorias e o princípio da supremacia; 2 Controle de constitucionalidade; 3 A democracia representativa da maioria e suas limitações; 4 Princípio contramajoritário; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Constitution as an instrument of protection for the minority rights and the principle of supremacy; 2 Judicial review; 3 The majority representative democracy and its limitations; 4 The counter-majoritarian principle; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

A democracia ainda permanece como um regime legítimo para governar uma sociedade, pois, apesar de inúmeras críticas suscitadas, não floresce qualquer outro modelo hábil a superá-la. Da mesma forma, existe a necessidade da garantia de direitos, separação dos poderes e limitação do governo, que se consideram como alguns dos pilares do constitucionalismo.

Contudo, conciliar democracia e constitucionalismo tem se mostrado como uma tarefa complexa e problemática, pois, ao se considerar a primeira como a decisão do povo acerca de questões politicamente relevantes, isso inclui normas constitucionais de organização do Estado e limitação aos poderes, o que

justamente esbarra no segundo, como limite a essa soberania popular, alguns conteúdos devem permanecer fora do alcance de decisões majoritárias ou deliberações democráticas.

A partir de tais premissas, e considerando-se que em um Estado Democrático de Direito se faz presente uma Constituição, como norma maior, dotada de superioridade perante as demais, o presente estudo buscará discutir a supremacia constitucional e seu mecanismo garantidor, hábil a fiscalizar e controlar a constitucionalidade das demais normas e atos, apresentando-se como um instrumento para a efetivação da democracia e respeito aos direitos fundamentais.

Assim, serão abordados o controle de constitucionalidade e o princípio contramajoritário, este como elemento integrante daquele.

Para enfrentar tal proposição, busca-se, em um primeiro momento, demonstrar o papel atribuído à Constituição, de instrumento de proteção das minorias vencidas, bem como a sua supremacia perante as demais normas. Na sequência, será abordado o controle de constitucionalidade como instrumento hábil a garantir dita supremacia e um enfrentamento entre a democracia e a regra da maioria.

Apresentar-se-á, como tema de relevante importância, o princípio contramajoritário, como instrumento protetor das minorias políticas e determinante do valor da própria democracia.

Desta forma, a partir de ditas construções, teoriza-se a necessidade de proteção das normas constitucionais, como normas orientadoras da sociedade e expressadas pela vontade de uma maioria popular, mesmo em face de decisões de maiorias ocasionais.

1 CONSTITUIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DO DIREITO DAS MINORIAS E O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA

Os sistemas democráticos representativos não oferecem, em si mesmo, qualquer garantia de proteção às minorias vencidas em um processo deliberativo que tenha por base a regra da maioria. Nesta seara, como afirma Luís Roberto Barroso, está um dos mais importantes papéis atribuídos à Constituição³, pois cabe a ela proteger direitos fundamentais, ainda e especificamente contra

³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 89.

a vontade das maiorias políticas ocasionais, operando como importante salvaguarda das minorias, ao limitar o possível no processo político ordinário.

Assim, a Constituição pode ser entendida como a lei do mais fraco, e o Estado de Direito Constitucional nasceu com os objetivos de minimizar o poder subjetivo do soberano e criar uma concepção de sistema político, potencializando suas funções e garantias⁴.

A par disso, há que se considerar que as Constituições também asseguram os pressupostos mínimos de existência da própria democracia, como o direito à informação, liberdade de expressão, voto direto, entre outros, que não podem ser reduzidos à regra da maioria⁵.

Desta forma, a Constituição é ato de delegação do poder do povo soberano para os seus governantes. E para que sua estrutura se mantenha intacta e coesa, consagrou-se o princípio da supremacia constitucional, como um atributo que a coloca em posição de comando, destaque e referência de toda a estrutura legislativa de um Estado, bem como obrigando e regendo a vida da Nação.

Essa supremacia constitucional significa que nenhuma lei ou ato normativo pode ser considerado válido se for incompatível com a Constituição. E negar o princípio da supremacia da Constituição seria permitir que o ato delegado, pelo povo soberano, aos seus governantes, pudesse ir além dos termos do mandato a estes outorgados. Seria o mesmo que sustentar que o mandatário é superior ao mandante ou que os representantes do povo estão acima do próprio povo, além de se admitir que as pessoas que possuem determinados poderes (competências/atribuições) podem fazer não apenas o que eles não permitem, como também o que proíbem⁶.

Devido à impossibilidade de qualquer norma ou ato infringir a Constituição Federal, há que existir um instrumento hábil a corrigir tais distorções, que, neste caso, é o controle de constitucionalidade das leis, que pode ser definido

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 87.

⁵ SGARBOSSA, Luís Fernando et al. Uma crítica à objeção contramajoritária ao controle judicial de constitucionalidade. X Simpósio Nacional de Direito Constitucional – ABDConst. Curitiba, 24-26 maio 2012. p. 143. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/ObjecaoLuis.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2013.

⁶ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocesualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 204.

como o instrumento que garante a supremacia constitucional por excelência⁷, conforme será objeto de análise no item subsequente.

Dessa forma, cabe à Constituição limitar os poderes, que em um Estado democrático assume a função de veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que podem ser afetados por maiorias políticas ocasionais. Além disso, cabe também à Constituição garantir o espaço próprio do pluralismo político, e, com isso, assegurar o funcionamento dos mecanismos democráticos, mas sem a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária⁸.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Nas democracias constitucionais, o controle de constitucionalidade tem se firmado como um instrumento de concretização de direitos fundamentais, enfatizando o papel de articulação do processo judicial com o sistema político. A faculdade dos juízes de revisar a constitucionalidade das normas jurídicas representa uma das características centrais deste modelo democrático. É o principal mecanismo de proteção dos direitos individuais frente às decisões dos poderes públicos, mesmo quando estas resultam direta ou indiretamente da vontade popular, materializando o equilíbrio entre a vontade e o interesse coletivo do povo e os interesses individuais, considerados como direitos fundamentais⁹.

O sistema de controle de constitucionalidade teve origem no caso *Marbury versus Madison* (1803), no qual John Marshall consagrou o ideal de supremacia da Constituição, cabendo ao juiz, sempre que se deparar com uma lei contrária ao Texto Constitucional, não aplicá-la, ante a sua invalidade¹⁰; bem como está intimamente ligado à rigidez constitucional, à proteção aos direitos fundamentais e à supremacia atribuída à Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, posicionando-a no vértice do sistema jurídico.

⁷ DANTAS, Ivo. *O valor da constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 9.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 89-90.

⁹ NINO, Carlos Santiago. *Los fundamentos del control judicial de constitucionalidade. Cuadernos y debates, fundamentos y alcance del control judicial de constitucionalidad - Investigación colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 97.

¹⁰ BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at a bar of politics*. 2. ed. Yale University Press: New Haven and London, 1986. p. 6.

Nesta seara, há que se considerar que cabe ao Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade das leis votadas pelo Poder Legislativo e desconstituir atos normativos do Poder Executivo. E essa legitimidade repousa sobre a sujeição do juiz à Constituição, assumindo seu papel de garantir os direitos fundamentais ali estabelecidos, fatores que fundamentam a legitimação da jurisdição e independência do Judiciário frente aos demais poderes¹¹.

Apesar de tais considerações, a justificação do controle judicial de constitucionalidade das leis vem sofrendo, há tempos, muitas críticas, com diversos fundamentos, tendo como um dos alvos centrais a ausência de legitimação democrática da jurisdição constitucional. Os partidários dessa concepção afirmam que o instituto consiste em uma espécie de usurpação do poder, que poderia colocar em risco a democracia. Fundamentam sua premissa no fato de que os juízes não são submetidos ao sufrágio popular e, por consequência, não representam a vontade popular e, por isso, não possuem legitimidade democrática. Por outro lado, há o entendimento da soberania do Poder Legislativo, ante a sua eleição pela maioria, e a consequente submissão do Judiciário a seus atos.

Neste sentido, existe dúvida da razão que justificaria o Poder Judiciário ter a última palavra em determinar o alcance dos direitos individuais, dirimir os conflitos entre os poderes do governo e interpretar as regras referentes ao procedimento democrático, uma vez que, conforme já expresso, os juízes não são submetidos à eleição pelo voto popular, bem como não estão sujeitos à renovação periódica de seus mandados e tampouco são politicamente responsabilizados pelos seus atos¹².

Esse argumento encontra seu embasamento naquilo que Alexander Bickel denominou de “dificuldade contramajoritária”, asseverando que o controle de constitucionalidade é uma força contramajoritária, o que se apresenta como uma dificuldade inevitável, pois se trata de uma forma de balanceamento entre a regra da maioria e os direitos da minoria¹³, e que desafia a visão tradicional

¹¹ Luigi Ferrajoli *apud* BARBOSA, Cláudia Maria. O processo de legitimação do poder judiciário brasileiro. XV Congresso Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - Conpedi. Manaus, 15-18 nov. 2006. p. 7. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Claudia%20Maria%20Barbosa.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2013.

¹² NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 258-259.

¹³ BICKEL, Alexander. *Op. cit.*, p. 16-17.

da divisão dos poderes, segundo a qual o Judiciário apenas aplica as normas oriundas do Poder Legislativo, sem analisar o conteúdo das mesmas¹⁴.

Portanto, na perspectiva daqueles que criticam o controle de constitucionalidade, está o princípio do governo da maioria, explicado pelo ponto de vista da eleição, pela maioria dos votos da população, dos representantes do Poder Legislativo, em contrapartida da não sujeição dos juízes ao processo eleitoral. Além disso, a vitaliciedade no cargo e a quase nula possibilidade de perda do mesmo, aliados à ausência de controle de atuação pela maioria da população, mantêm os juízes distanciados das aspirações da opinião pública¹⁵, fazendo com que os conceba como agentes antidemocráticos, e diante de cujas decisões restaria à população somente o acatamento e a sujeição. Demais, consideram que o próprio regime democrático está fundamentado no princípio majoritário, ou seja, o governo eleito pela maioria da população.

Outros argumentos que se traz à baila são aqueles nominados por Roberto Gargarella como “argumento histórico”, “argumento intertemporal” e “argumento sobre a interpretação”¹⁶, que consistem: o primeiro, na ideia de que as Constituições não refletem a vontade popular, por serem fruto de um processo constituinte bastante antidemocrático, com pequena participação popular; o segundo, expressado na doutrina chamada de “mão morta do passado”¹⁷, que desfere uma crítica à possibilidade de gerações passadas controlarem, por meio de normas somente passíveis de modificação por complexos procedimentos, as gerações presentes e futuras; já com relação ao terceiro, o autor assevera que os juízes, ao interpretarem e aplicarem a Constituição, não agem meramente declarando a vontade dos constituintes ali preestabelecida (que deriva de consenso popular), mas exercem um forte papel criativo e integrativo e, por consequência, se confere aos juízes um poder extraordinário, cuja titularidade deveria ser atribuída ao povo, como corolário da democracia contemporânea.

Diante das teorias críticas apresentadas, passa-se à análise teórica do princípio majoritário, como forma de enfrentamento e a fim de que possa estabelecer a ponderação entre este e a regra da minoria, como fundamento do controle judicial de constitucionalidade.

¹⁴ NINO, Carlos Santigao. *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 259.

¹⁵ Idem, p. 147.

¹⁶ GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996. p. 54-57.

¹⁷ *The death hand of the past*.

3 A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA DA MAIORIA E SUAS LIMITAÇÕES

Os conceitos de democracia e regra da maioria estão inevitavelmente entrelaçados, pois aquela é concebida como o governo do povo, e esta, como elemento legitimador deste poder soberano.

Contudo, apesar dessa associação de ideias, isso não implica afirmar que existe identidade entre democracia e maioria, bem como que esta relação equivocada reduz o conceito de democracia à regra da maioria.

Para análise da questão, há que se considerar que um governo dotado de regime democrático baseia-se na vontade da maioria do povo, que, no modelo brasileiro, participa do processo legislativo apenas indiretamente, uma vez que protagonizado por seus representantes eleitos. Como consequência do governo da maioria, o princípio majoritário é o alicerce da democracia. Contudo, há que se considerar que referido princípio não é absoluto, tendo em vista a supremacia do Texto Constitucional.

E neste sentido, há que se considerar que o conceito de democracia não se reduz apenas a um mero conceito político, abstrato e estático, mas é um *processo* de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais conquistados ao longo da história, ou seja, um meio e um instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que, analisados historicamente, verificam-se as conquistas e evolução, tendo o conteúdo enriquecido a cada etapa do evoluir social, mas com a manutenção do princípio básico, de que o poder repousa na vontade do povo¹⁸.

Assim, caracterizando-se a democracia como a constituição de um conjunto de regras fundamentais, que visa a estabelecer quem possui autorização para tomar decisões coletivas e quais os procedimentos que devem ser adotados para tanto, tem-se que a regra da maioria pode ser considerada como uma regra para o cálculo dos votos, e não um ideal sobre o qual se pode sustentar um sistema democrático, pois nem sempre pressupõe a ideia de igualdade¹⁹.

Desta forma, baseando-se nos fundamentos econômico-político-constitucionais de James Buchanan e Gordon Tullock, a regra da maioria constitui-se como uma simples regra técnica de tomada de decisão, uma vez que

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 125-126.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 427.

tem por natureza e função ser um instrumento de operacionalização da escolha pública, sendo exagerado lhe atribuir qualquer sentido que extrapole este, em uma democracia constitucional, pois não existe qualquer evidência empírica que possa demonstrar uma superioridade da opinião da maioria sobre a minoria, ou mesmo uma vontade individual²⁰.

Mesmo porque “uma verdadeira democracia é aquela onde todas as pessoas são tratadas com igual respeito e consideração”, pois, se é certo se considerar a democracia como o governo segundo a vontade da maioria, não é menos exato afirmar que o princípio majoritário não pode garantir o governo pelo povo, a não ser que todos os membros da comunidade sejam concebidos e igualmente respeitados, como agentes morais²¹.

Assim, conforme Buchanan e Tullock, tem-se que a democracia moderna somente se estrutura em torno do instituto da representação política, ante a impossibilidade de uma democracia direta nos Estados, bem como que a democracia majoritária somente tem seu lugar em razão da impossibilidade prática do consenso. Ressalte-se que apenas o consenso poderia oferecer aos indivíduos uma proteção a seus interesses não encontrada em nenhum outro modelo, posto que estariam munidos do poder de veto sobre as decisões coletivas²².

Contudo, diante da impossibilidade de se obter o consenso, principalmente quando se está diante de um grupo composto de muitas pessoas, no qual os interesses e opiniões apresentam-se divergentes, e a sua adoção dificultaria ou impossibilitaria o processo de tomada de decisões, a alternativa que se apresenta é a regra da maioria.

Em virtude disso, o regime democrático deve basear-se na prevalência da vontade da maioria, para que se tenha valorizado o interesse geral, bem como assegurados os direitos fundamentais. Contudo, o que se verifica na atualidade é que a vontade da maioria se expressa por meio da maioria parlamentar, que pode ser, na verdade, uma minoria dominante.

Assim, o princípio da maioria, apesar de funcional, se encontra em uma relação tensa com a proteção das minorias, sendo que algumas Constituições, embora prevejam expressamente o princípio da maioria, também regulam

²⁰ James Buchanan; Gordon Tullock *apud* SGARBOSSA, Luís Fernando et al. Op. cit., p. 138.

²¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle da constitucionalidade: teoria e prática*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 59.

²² James Buchanan; Gordon Tullock *apud* SGARBOSSA, Luís Fernando et al. Op. cit., p. 139.

múltiplas formas de proteção das minorias, ou seja, tolera-se o princípio da maioria porque existe uma proteção das minorias, primordialmente por meio da supremacia da Constituição e a proteção dos direitos fundamentais²³.

Desta forma, tem-se como evidente e necessária a limitação ao princípio majoritário, especialmente pelo texto constitucional, para que não seja usado em detrimento dos direitos das minorias e acabe por ferir direitos e garantias positivados, pelo argumento de se tratar da vontade da maioria.

Ao tratar da ponderação da regra da maioria, Luís Roberto Barroso²⁴ afirma que é por meio do equilíbrio entre Constituição e deliberação majoritária que as sociedades podem obter, ao mesmo tempo, estabilidade quanto às garantias e valores essenciais, que ficam preservados no Texto Constitucional, e agilidade para a solução das demandas do dia a dia, a cargo dos poderes políticos eleitos pelo povo.

Esse equilíbrio é essencial para que um governo não esteja totalmente adstrito ao Texto Constitucional, mas havendo possibilidade de progressos oriundos da vontade da maioria, mas sem que se sacrifiquem as garantias de direitos fundamentais.

Desta forma, não há como tratar democracia e maioria como expressões sinônimas, ou reduzir o conceito de democracia à regra da maioria, mesmo porque, conforme assevera Norberto Bobbio²⁵, a maioria é verificada no momento do sufrágio, na escolha dos representantes, mas no exercício do poder outorgado, esta se torna ausente, pois, encerrada a eleição, apenas o grupo seletor passa a agir em nome da coletividade, uma vez que o mandato confere o poder de representar os interesses dos mandantes, a vontade do povo, com autonomia.

Diante de tais considerações, tem-se como equivocada a sinonímia entre maioria e democracia, ou a redução desta àquela. Também merece ser levado em conta o fato de que, apesar da incerteza sobre a sua justeza ou correção das decisões, a regra da maioria é uma necessidade, não podendo ser “eliminada”. Contudo, não se opina pela sua sustentação como princípio maior da democracia, mas apenas como regra utilizada para a tomada de decisões, bem como que os interesses minoritários vencidos em tal processo podem ser protegidos por meio de outros institutos, conforme objeto de análise do presente estudo.

²³ HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2007. p. 324. (Tradução livre da autora).

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 90.

²⁵ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 428.

4 PRINCÍPIO CONTRAMAJORITÁRIO

Conforme já asseverado, o controle de constitucionalidade se expressa como um instituto que visa a proteger a supremacia da Constituição, frente às demais normas e atos do governo. Contudo, esse mecanismo de proteção, conforme afirmado por Alexander Bickel²⁶, se constitui, conforme terminologia criada pelo mesmo, em uma dificuldade contramajoritária, posto que a lei declarada como inconstitucional representa, em tese, a vontade majoritária.

Para que se possa analisar essa citada dificuldade, há que se partir do pressuposto que o Poder Judiciário (diversamente do Legislativo e do Executivo) é o único dos poderes que não tem seus representantes eleitos pelo povo e, por isso, pode-se afirmar que não representam a vontade da maioria. Desta forma, ao exercerem o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, atuam de modo contramajoritário.

Neste sentido, Alexander Bickel²⁷, ao tratar da dificuldade majoritária fornece fundamentos à dita afirmação, ao aduzir que é na Constituição que, efetivamente, está declarada a vontade do povo e que, quando a vontade do legislador declarada nas leis está em oposição a esta, prevalece a do povo. Ainda, referido autor considera que, muito embora o legislador tenha legitimidade para agir em nome de seus representados, em função de sua submissão a um processo eleitoral, após a eleição não assumem compromisso de assim proceder, justamente porque suas decisões não são novamente resubmetidas ao escrutínio e durante o mandato, têm liberdade de posicionamento, inclusive em contrário daqueles que o elegeram, o que o fazem, na maioria das vezes, por interesses ou grupos de pressão.

Desta forma, a regra contramajoritária vai além do estabelecimento de limites formais, às maiorias eventuais, pois representa a materialidade do núcleo político-essencial da Constituição, calcado no compromisso, sendo que, no caso brasileiro, tal questão está claramente explicitada no art. 3º da Constituição, que aponta, ao mesmo tempo, para as vinculações positivas (concretização dos direitos prestacionais) e para as vinculações negativas (proibição de retrocesso social), até porque cada norma constitucional possui diversos âmbitos eficaciais²⁸.

²⁶ BICKEL, Alexander. Op. cit., p. 16.

²⁷ Idem, p. 17-18.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursivas: da possibilidade à necessidade de posturas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 19.

Carlos Santiago Nino²⁹, ao tratar do caráter da democracia constitucional, afirma que, quando o constitucionalismo e a democracia se combinam, formam um governo denominado democracia constitucional. E assevera que, muito embora isso pareça a união de duas valiosas ideias e que a democracia constitucional é uma forma de governo muito superior à democracia pura, ou a um governo constitucional não democrático, essa conjugação não é simples, sobrevivendo as tensões quando a expansão da primeira conduz a um enfraquecimento da segunda, ou, ao contrário, o fortalecimento do ideal constitucional se converte em um freio para o processo democrático.

O Brasil pode ser considerado um Estado Democrático, ao adotar o princípio majoritário, e, ao mesmo tempo, um Estado de Direito, porque prima pela supremacia da Constituição e pela proteção dos direitos fundamentais³⁰.

Também merece considerar que um Estado Democrático de Direito deve estar fundado no respeito ao regime democrático e à garantia de direitos fundamentais, devendo a democracia pautar-se na valorização do interesse geral e nos valores de igualdade e liberdade, para que tanto as maiorias quanto as minorias tenham efetivamente seus direitos fundamentais assegurados.

Assim, o Estado de Direito não assume apenas o papel de limite à democracia, mas se torna o elemento essencial para a constituição da própria democracia, no qual os direitos fundamentais são considerados muito mais que condições procedimentais desta, mas concebidos como condição para a cooperação democrática. Diante disso, o Estado de Direito, ao limitar decisões majoritárias, por meio da “desconstituição de decisões coletivas” que ignoram o processo democrático³¹, não está constituindo um óbice à soberania popular, uma vez que tal limitação pode estar atuando em favor desta soberania, na medida em que os direitos fundamentais representam condições da existência do regime democrático, o que justifica o controle de decisões majoritárias violadoras do Estado de Direito.

Por outro lado, ao se compreender a democracia como a prevalência da regra da maioria, o constitucionalismo poderia ser visto como antidemocrático, na medida em que subtrai desta maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias³². Contudo, acima da regra da maioria estão o respeito ao Texto

²⁹ NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 13-14.

³⁰ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 119-120.

³¹ NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 95.

³² STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 18-20.

Constitucional e os direitos fundamentais, o que justifica a necessidade do controle de constitucionalidade, para que as leis não venham a comprometer a realização de ditos direitos, frutos de conquistas de uma minoria em face da maioria. E, nesse sentido, a jurisdição constitucional representa uma “grande invenção contramajoritária, na medida em que serve de garantia dos direitos fundamentais e da própria democracia”³³, proporcionando a participação das minorias, para que não tenham suprimidos os seus direitos fundamentais, muitas vezes impostos por uma maioria em benefício próprio.

Desta forma, o controle judicial de constitucionalidade se traduz em uma maneira de limitação do Poder Legislativo, bem como atesta a inexistência de soberania de qualquer um dos poderes, que estão sujeitos a algum tipo de controle para que não violem a norma constitucional. Assim operando, atua como “instituição assecuratória das minorias vencidas e da própria democracia, protegendo e corrigindo imperfeições do próprio sistema democrático representativo majoritário”, constituindo-se efetivamente como condição de existência da democracia, e não um limite externo³⁴.

Portanto, o controle de constitucionalidade, ainda que se constitua em uma dificuldade contramajoritária, é um elemento essencial à constituição de um Estado Democrático de Direito, posto que, apesar de atuar contra a vontade da maioria ordinária, expressa-se em favor de uma maioria mais forte, que está representada pela Constituição.

Nesta seara, é importante ressaltar que existe uma grande diferença entre caráter contramajoritário e antidemocrático. Assim, o controle de constitucionalidade das leis, embora possa atuar em contraposição à vontade da maioria, não necessariamente funciona antidemocraticamente, pois, por mais paradoxal que possa parecer essa afirmação, é justamente na razão de ser contramajoritário que esse instituto pode desempenhar sua principal função, em uma democracia constitucional³⁵.

E isso, conforme asseverado por Palombella, pode ser justificado pelos elementos constantes nas constituições, que atuam como salvaguarda da própria democracia, e, por consequência, das minorias envolvidas em um processo majoritário de tomada de decisão. Assim, os direitos civis, econômicos, sociais, políticos, culturais, entre outros, se constituem como área indeliberável, e, como

³³ CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 205.

³⁴ SGARBOSSA, Luís Fernando et al. Op. cit., p. 145.

³⁵ Idem, p. 145-146.

tal, não limitam à democracia representativa, mas, antes disso, delimitam o alcance deliberável majoritariamente, bem como corrigem “distorções ínsitas à democracia representativa majoritária”³⁶.

Diante do exposto, e por se tratar a Constituição da maior expressão da soberania popular, o controle de constitucionalidade pode ser tido como um instrumento protetor das minorias políticas, impedindo arbitrariedades e prezando pela manutenção de um processo democrático moralmente legítimo, atuando como determinante do valor da própria democracia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Constitucional assume cada vez maior relevância no ordenamento jurídico pátrio, ante a importantes debates acerca de temas como a democracia e o constitucionalismo.

No presente trabalho, buscou-se enfatizar que, em um regime democrático, os poderes não são dotados de soberania, mas estão sujeitos à Constituição, como norma dotada de supremacia, bem como que em referido arcabouço legislativo estão consignados direitos tidos como fundamentais.

Desta forma, defendeu-se o controle judicial de constitucionalidade e a atuação contramajoritária do Poder Judiciário, como pressupostos essenciais de um Estado Democrático, e, ainda, como mecanismos de garantia da supremacia constitucional, da proteção aos direitos fundamentais e da soberania popular.

Também, ao garantir a supremacia constitucional, o controle de constitucionalidade garante as regras centrais da própria democracia, ainda que, de forma contrária à vontade das maiorias políticas ocasionais, mas em consonância com a maioria constitucional, aí sim, verdadeira representação da vontade popular.

Destaque-se que esta atuação do Poder Judiciário visa a corrigir crises de representatividade e legalidade estabelecidas por ações dos Poderes Executivo e Legislativo, que desvirtuam o verdadeiro sentido e alcance das normas constitucionais. Por isso, não pode ser dito como um instituto que fere o princípio majoritário, ou mesmo a separação dos poderes, tampouco como atuação antidemocrática do Poder Judiciário, posto que está a resguardar a Constituição, o instituto mais democrático do Estado.

³⁶ *Idem*, p. 146-147.

Assim, a acentuada tensão entre constitucionalismo e democracia poderia ser amenizada, a partir do momento que a democracia fosse adotada como um procedimento de ação comunicativa e argumentativa, na tomada de decisões, e que estas fossem focadas na manutenção de direitos, conquistas e garantias estabelecidos pela Constituição.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Cláudia Maria. O processo de legitimação do poder judiciário brasileiro. XV Congresso Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – Conpedi. Manaus, 15-18 nov. 2006. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Claudia%20Maria%20Barbosa.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at a bar of politics*. 2. ed. Yale University Press: New Haven and London, 1986.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocesualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle da constitucionalidade: teoria e prática*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DANTAS, Ivo. *O valor da constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996.

_____. La revisión judicial y la difícil relación democracia-derechos. *Cuadernos y debates, fundamentos y alcance del control judicial de constitucionalidad – Investigación colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2007.

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. Los fundamentos del control judicial de constitucionalidade. *Cuadernos y debates, fundamentos y alcance del control judicial de constitucionalidad – Investigación colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

SGARBOSSA, Luís Fernando et al. Uma crítica à objeção contramajoritária ao controle judicial de constitucionalidade. X Simpósio Nacional de Direito Constitucional – ABDConst. Curitiba, 24-26 maio 2012. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/ObjecaoLuis.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NEOCONSTITUCIONALISMO E A (RE)SIGNIFICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

NEOCONSTITUTIONALITY AND THE (RE)MEANING OF THE FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS

Amélia Sampaio Rossi¹

Professora de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Eduardo Biacchi Gomes²

Professor do Programa de Mestrado em Direito da UniBrasil

RESUMO: Inegável é a importância dos direitos humanos fundamentais na modernidade e que deve ser entendido a partir do papel transformador que exerce. Partindo-se da referida análise, o direito constitucional contemporâneo não deve ser entendido ou interpretado mediante a existência de normas que, pura e simplesmente, devem ser interpretadas e aplicadas pelo juiz ou pelo jurista, pelo contrário: o direito constitucional da modernidade deve ser entendido como um direito em constante transformação, em que as suas normas e princípios – progressivamente – são interpretados e reinterpretados de forma a se garantir a máxima

efetividade na proteção da pessoa humana. Concretamente tem-se aqui o conceito de neoconstitucionalismo como elemento de ressignificação dos direitos humanos fundamentais. Também inegável reconhecer-se a importância do direito internacional dos direitos humanos após a Segunda Guerra Mundial, para a construção dos direitos humanos e a inserção nos ordenamentos constitucionais dos Estados contemporâneos.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; neoconstitucionalismo; democracia; direitos humanos; tratados de direitos humanos.

¹ Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

² Pós-Doutor pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, com estudos realizados na Universidade de Barcelona, Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Professor Titular de Direito Internacional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Professor de Direito Internacional do Centro Universitário Uninter.

ABSTRACT: *Undeniable is the importance of fundamental human rights in the modernity. The human rights must be understood from its transformative role it plays. Starting from these analysis, the contemporary constitutional law should not be understood or interpreted by the existence of standards that simply must be interpreted and applied by the judge or jurist, but the modern constitutional law must be understood as a right in constant transformation, where its rules and principles – progressively – are interpreted and reinterpreted in order to ensure maximum effectiveness in the protection of the human person . Specifically it has been here the concept of reframing neoconstitutionalism as part of fundamental human rights. Undeniable also recognize the importance of international human rights law after the Second World War, for the construction of human rights and inclusion in the constitutional frameworks of contemporary states.*

KEYWORDS: *Fundamental rights; neoconstitutionalism; democracy; human rights; human rights treaties.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Trajetória dos direitos humanos fundamentais em uma perspectiva política, social e jurídica a partir da modernidade; 2 Constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitutionalismo e a resignificação dos direitos humanos fundamentais; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Trajectory of fundamental human rights in a political, social and a legal perspective in the Modernity; 2 Neoconstitutionality or a contemporary constitutionalism and the reframing of the fundamental human rights; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos fundamentais nascem, de forma mais singular, com o despertar da modernidade, à medida que as fundamentações teocráticas e teocêntricas perdem o sentido na construção mais sólida das noções de poder e suas respectivas justificativas e também na compreensão do papel do indivíduo na sociedade. É por meio do desenvolvimento da instituição política e jurídica do Estado, em seus vários modelos, que o reconhecimento do homem como sujeito de direitos vai se estabelecer e se aperfeiçoar.

Atualmente não resta dúvida acerca da centralidade e importância conquistada pelo reconhecimento do homem (em uma perspectiva individual, coletiva e difusa) como sujeito de direitos e prerrogativas assentadas nas

dimensões da liberdade, igualdade e dignidade humanas. No entanto, esta trajetória, longa e trabalhosa, ainda encontra caminhos a serem trilhados.

Como se sabe, os direitos humanos fundamentais, contemporaneamente, devem ser examinados de acordo com os valores de nossa sociedade ocidental, pois é a partir do final da II Guerra Mundial que é possível se falar na dimensão internacional dos direitos humanos fundamentais.

Historicamente, a própria construção dos direitos humanos fundamentais ocorreu na Europa, como a Carta de João Sem Terra, Revoluções Francesa e dos Estados Unidos, além das próprias Constituições sociais, como a mexicana e a de Weimar, na Alemanha.

Longe de se debater aqui a questão do relativismo e do universalismo cultural, ao abordar-se a temática dos direitos humanos fundamentais a sociedade deve partir da existência de um *núcleo duro* de direitos, de forma a assegurar a proteção da pessoa humana, que é a principal destinatária da aplicação e da observância das referidas normas. Assim, clara e notória é a influência do direito internacional, vez que, a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, no ano de 1948, os Estados passaram a ter uma consciência maior em relação ao tema e da necessidade em se buscar a proteção da pessoa humana.

Longe de se abordar aqui questões voltadas às origens dos direitos humanos fundamentais, como a corrente jusnaturalista, há que se reconhecer e ressaltar – expressamente – a importância histórica da construção dos direitos humanos na sociedade contemporânea e o avanço do direito constitucional neste sentido, tendo em vista a consciência, por parte dos Estados, no sentido de garantir a efetividade da proteção dos direitos humanos fundamentais em seus ordenamentos jurídicos internos.

Assim, o presente artigo tem por objeto realizar uma análise, sob a perspectiva do direito constitucional, sobre a trajetória e a construção dos direitos humanos fundamentais na modernidade, levando-se em consideração a sua perspectiva de construção histórica, de forma a demonstrar a importância do constitucionalismo contemporâneo na afirmação dos respectivos direitos. Igualmente o artigo examina e questiona as transformações do constitucionalismo que ocorreram após a Segunda Guerra Mundial, de forma a demonstrar que os Textos Constitucionais, a partir de então, passaram a abarcar outros valores e conceitos – todos eles voltados para a proteção da pessoa humana.

1 TRAJETÓRIA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS EM UMA PERSPECTIVA POLÍTICA, SOCIAL E JURÍDICA A PARTIR DA MODERNIDADE

Na perspectiva de um olhar eurocêntrico, o declínio da idade média (localizado em um longo período entre os séculos XV e XVIII) e a concomitante ascensão de um novo modo de organização social, baseado na ideia de centralidade de mando e territorialidade, ou seja, o chamado Estado Moderno Absolutista, só foi possível, entre os mais variados fatores, por um apoio contínuo de uma burguesia incipiente e insatisfeita com a ausência de regras adequadas ao desenvolvimento de seu comércio, com a ausência de padrão de troca de suas mercadorias, não possibilitado pelas estruturas autonômicas dos feudos, que, em geral, produziam para o próprio consumo e, principalmente, com a hegemonia espiritual e temporal da instituição da Igreja, sempre pronta a condenar o lucro e exaltar as virtudes da vida humilde que seus próprios chefes não praticavam. O Estado Moderno Absolutista atendeu a uma intensa necessidade por centralização, causada pela imensa dispersão e conflito de poderes e de ordens jurídicas, próprios do medievo. Esta mesma burguesia incipiente que troca riqueza por segurança jurídica dos seus negócios, e que vai, na dimensão econômica, entre outros fatores complexos, propiciar o desenvolvimento do mercantilismo, se encontrará, em algum tempo, no entanto, refém das estruturas autoritárias de poder que ajudou a construir. O arbítrio do monarca, nas estruturas do Absolutismo Político, não reconhecerá nenhuma esfera de direitos aos súditos, apenas privilégios desigualmente estabelecidos a uma minoria de apaniguados de seu regime. O poder centralizado e absoluto exercido pelo monarca (em uma mistura e confusão entre a figura pessoal do rei e a instituição do Estado) é constante invasor da esfera privada dos indivíduos.

Nos fins do século XVIII, já estão estabelecidos os ingredientes que darão identidade ao caldo político e ideológico da modernidade. A afirmação de um direito natural de cunho racionalista propõe a ideia da existência de determinados princípios universais e imutáveis de justiça, dados a conhecer ao homem por meio da razão e do instintivo e natural reconhecimento do justo e do injusto, do bem e do mal. O direito natural pregará uma vinculação entre norma e valor, entre direito e moral, embora ainda com uma fundamentação metafísica. Paradoxalmente, porém, o Estado moderno foi fruto de um intenso processo de secularização, sistematização e positivação do direito que

privilegiou o positivismo em detrimento do jusnaturalismo³. Os contratualistas, desde Hobbes, em 1651, fazem adesão à perspectiva jusnaturalista, ao definirem o estado universal de natureza. Locke, por exemplo, ao caracterizar o hipotético estado de natureza que abrigaria os indivíduos ainda em sua condição primitiva de existência, afirmava que o indivíduo nele já é dotado de razão e possui a consciência de ser portador de direitos naturais como a vida, a liberdade e, especialmente, a propriedade. Os contratualistas, ao lançarem o relato político moderno por meio de suas hipóteses justificativas da origem artificial da sociedade/Estado, fazem o poder derivar das vontades individuais dos homens e não mais intransponivelmente de Deus.

Direitos inatos, estado de natureza e contrato social foram os conceitos que, embora utilizados com acepções variadas, permitiram a elaboração de uma doutrina do Direito e do Estado a partir da concepção individualista de sociedade e da história, que marca o aparecimento do mundo moderno. São estes conceitos os que caracterizam o jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII, que encontrou o seu apogeu na Ilustração.

A afirmação, pelo jusnaturalismo moderno, de um Direito racional, universalmente válido, teve efeitos práticos importantíssimos, seja na teoria constitucional, seja na obra de codificação que vieram a caracterizar a experiência jurídica do século XIX. Estes efeitos, no entanto, contribuíram para corroer o paradigma que os inspirou.⁴

A visão jusnaturalista de um direito racional e sistêmico será transposta e positivada para os códigos e Constituições escritas de tal modo que o fundamento do direito logo deixará de ser buscado na razão e passará a encontrar-se na vontade do legislador. As sementes de um legalismo exacerbado começam a ser plantadas a partir deste desenvolvimento.

No século XVIII, século das luzes, será marcada, finalmente, a hegemonia da classe burguesa. Nele, a razão (calculista e abstrata) substituirá a fé do medievo e o poder ganhará uma legitimação laica, secularizada. A razão se

³ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Harendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 16.

⁴ Idem, p. 38.

transforma em instrumento para a busca da verdade e fundamento da liberdade de escolha do indivíduo⁵. A racionalização é conexas à secularização intensa, como desencanto do mundo. Surgirão as concepções democráticas da soberania. O relato político moderno, conforme se estabelece nas perspectivas contratualistas, encontrará no indivíduo o ponto de partida das suas construções.

É preciso observar que, a partir das revoluções políticas burguesas, a ideia de soberania passará a afirmar-se no povo. Na esfera privada, os indivíduos serão simplesmente homens livres, mas, na pública, começarão a ser vistos como cidadãos (no entanto, a aquisição da cidadania será ainda uma construção de algumas dezenas de anos, visto que o sufrágio universal será uma conquista apenas no modelo social de Estado – as mulheres só conquistarão o direito ao voto no século XX –, por enquanto, após as revoluções que estigmatizaram o fim do século XVIII, teremos inicialmente a soberania exercida por meio do sufrágio restrito ou censitário, isto é, votarão os proprietários). A Revolução Francesa representará o marco histórico da mudança do modelo de Estado que deixará de ser Absolutista, com a derrocada do antigo regime, e se reorganizará sob novo signo, o signo do Estado Liberal de Direito, que se desenvolverá no século XIX e XX⁶.

É justamente nesta segunda faceta do Estado moderno (o Estado Liberal de direito) que nascem, de maneira mais fortemente marcada, os direitos fundamentais do homem, com atributos de universalidade e inalienabilidade por se tratarem de reconhecimento, agora positivado, de prerrogativas dirigidas ao homem, partícipe do gênero humano. No entanto, frise-se, é o homem individual e abstrato o destinatário destes novos direitos. Os chamados direitos de primeira geração ou dimensão são consignados pelo prisma da autonomia individual. O poder político, sob a Ilustração, é visto como o grande algoz da liberdade e a preocupação à época é traçar limites ao exercício do poder do Estado. O constitucionalismo, em sua vertente liberal, aí se desenvolve na perspectiva da técnica do governo limitado e nas primeiras garantias das prerrogativas de vida, liberdade e propriedade. As primeiras Constituições escritas da época (v.g. a Constituição americana de 1787) são vistas como instrumentos de controle e equilíbrio entre poder e liberdade. Assim se apresentam como documentos preocupados em estabelecer mecanismos de contenção ao exercício do poder como a adoção do princípio da separação de poderes e de reconhecer algumas

⁵ BARCELLONA, Pietro. *Diritto senza società: dal disincanto all'indifferenza*. Bari: Dédalo, 2003. p. 56.

⁶ ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. *Neoconstitucionalismo: ultrapassagem ou releitura do positivismo jurídico?* Curitiba: Juruá, 2011. p. 48.

esferas de autonomia privada nas quais o poder do Estado encontra limites de interferência pela afirmação das liberdades individuais.

O caráter personalista destas prerrogativas levará, no entanto, a certo equívoco histórico de compreendê-las antes como direitos individuais, pertencentes e fruídos por uma determinada classe, a burguesia, do que por todos, na perspectiva de que são dirigidos à pessoa, gênero humano.

Neste sentido, melhor esclarece o Professor Jesus de la Torre Rangel:

Desde el personalismo existe una crítica fuerte a la concepción de los derechos humanos que parte de la Ilustración, por su carácter individualista y racionalista, y cuyos textos jurídicos de derecho objetivo paradigmáticos son la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y la Constitución de los Estados Unidos de América.⁷

Os direitos fundamentais de então, conforme já afirmado, resguardavam uma esfera de livre-autonomia, de livre decisão, que demarcavam limites para a interferência do poder do Estado. A liberdade religiosa, a liberdade de locomoção e associação, a liberdade de pensamento são exemplos desta esfera de reconhecimento jurídico de livre autonomia. A compreensão genérica é de que o Estado, perante estes novos direitos, possuirá uma obrigação de não fazer, de não atuar. Quanto menos Estado, maior o âmbito de livre determinação do indivíduo, ou, em outras palavras, quanto mais limites ao poder político do Estado, maior a esfera de liberdade do indivíduo. É preciso, no entanto, contextualizar também a dimensão econômica que forma o cenário no qual se desenvolvem estas alterações políticas e jurídicas. O pano de fundo das transformações econômicas da época atua como uma *éminence grise*, a dirigir, sem aparecer ou se institucionalizar, estas alterações.

Assim, a primeira grande revolução industrial ocorrida sob as luzes da Ilustração vai promover profundas mudanças nos meios de trabalho e produção, caracterizados até então pelo trabalho e produção artesanal. A invenção do motor a vapor, o uso da energia do carvão, a locomotiva, entre outras criações, vão estabelecer possibilidades para uma mudança radical que impulsionará o capitalismo concorrencial, já em gestação desde o mercantilismo. A produção artesanal será substituída pela produção industrial, em série. O trabalhador artesão, antes conhecedor de seu trabalho, proprietário dos meios de produção

⁷ DE LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. *Derechos humanos desde el jusnaturalismo histórico analógico*. México: Editorial Porrúa, 2001. p. 34.

e noplenu domínio de seu próprio tempo, se torna ultrapassado e cede lugar ao trabalhador que só possui a sua força de trabalho para trocar por sua sobrevivência, transação esta operada para com um novo personagem desta complexa trama econômica, o dono do capital (o burguês, comerciante enriquecido que adquire as máquinas, compra os bens imóveis, monta as fábricas). O dono do capital, a partir daquele momento, se tornará também o proprietário dos meios de produção, do tempo e do conhecimento sobre o trabalho.

Assim como na sociedade moderna o homem persegue a satisfação de seus próprios fins, a esfera privada acaba se confundindo com a esfera econômica e a razão humana assume uma lógica instrumental e calculista. A esfera pública cuida da ordem e segurança na garantia dos contratos, da propriedade e das fronteiras físicas do Estado, o próprio Direito passará a perseguir, como único valor, a segurança jurídica, que, neste contexto, se espelha na segurança dos atos de troca, da circulação dos bens, do atendimento a uma necessidade de previsibilidade e de calculabilidade do investimento do capital. Neste sentido:

A vida econômica ficará entregue a uma dinâmica de autorregulação pelo mercado. A economia se autonomiza da política porque funciona segundo a lógica abstrata de produção dos excedentes. A política se transforma na administração dos interesses do mercado. A separação Estado-economia foi obra da escola clássica inglesa na construção de um modelo adequado ao desenvolvimento do capitalismo concorrencial. Adam Smith, com o seu naturalismo otimista, entenderá que a livre iniciativa de cada membro da sociedade e o funcionamento espontâneo do mercado acabarão resultando, automaticamente, na máxima vantagem para todos (pela abstenção do Estado se garante um progresso nascido do livre encontro de interesses individuais). O bem-estar coletivo será resultado do livre encontro das vontades individuais, da livre concorrência, tudo dirigido por uma “mão invisível” e pela lei natural da oferta e procura de mercadorias.⁸

⁸ ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. Op. cit., p. 50.

Assim, é possível afirmar que, na trajetória do Estado Liberal de Direito, desenvolvida nos fins do século XVIII e início do século XIX, o fio condutor do raciocínio de transformação das instituições políticas e jurídicas é a ideia de neutralidade. O Estado neutro e não interventor, em qualquer esfera da vida privada, se estabelece por meio das três grandes separações que caracterizam este modelo, conforme precisamente observado por Jorge Reis Novais⁹. A separação entre Estado e economia, entre Estado e moral e entre Estado e sociedade civil. A lógica do Estado mínimo ultrapassa o limite do mercado e alcança outras esferas da vida coletiva. A separação entre Estado e moral se dá no sentido de que não se pode admitir a ingerência do ente estatal na esfera própria e exclusiva das consciências individuais. Neste sentido, se percebe uma autonomia da moral em relação à própria legalidade. A separação entre Estado e sociedade civil implica a ideia de que o Estado não deve interferir na sociedade no sentido de atuar em busca de uma maior igualdade concreta entre as pessoas. Qualquer atividade positiva do Estado em relação à sociedade civil se opõe à ideia de livre desenvolvimento das individualidades e da personalidade humana, produzindo malefícios e não exatamente benefícios, já que implicaria em um esmorecimento da iniciativa individual e um estímulo à preguiça e indolência. A tarefa do Direito nesta perspectiva é apenas a de propiciar segurança jurídica, protegendo então as regras do jogo político e econômico na garantia da liberdade individual e do livre mercado.

Esta perspectiva de primeiro reconhecimento de direitos se enquadra na classificação, bastante difundida, de Ernest Böckenförde sobre a existência de uma teoria liberal dos direitos fundamentais¹⁰. Nesta dimensão, os direitos fundamentais reconhecidos gravitam em torno ao indivíduo abstrato e se estabelecem como direitos de defesa frente ao Poder Político do Estado. Assim, esta concepção prima por proteger a liberdade em sentido negativo, deixando aos seus titulares a competência para exercê-la ou não. Neste sentido, cumpre aos próprios titulares desta liberdade abstrata torná-la real e factível e não necessariamente ao Estado, que se minimiza nas mais variadas perspectivas. Hoje, no entanto, sabe-se que a liberdade reconhecida e garantida pelas ordens jurídicas e políticas dos Estados Contemporâneos deve ser promovida e realizada concretamente não apenas pelo indivíduo, mas também pelos Poderes

⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado e do direito*. Coimbra: Coimbra, 1987. p. 53.

¹⁰ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Juan Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993. p. 48.

Públicos na compreensão de que não é possível a sua realização sem condições materiais concretas de vida digna, exigindo, então, pressupostos econômicos e sociais para a sua concreção.

Estas transformações ocorridas nas dimensões sociais, políticas e econômicas da modernidade, e, em especial, o reconhecimento da esfera de proteção individual, encontrarão campo fértil, na perspectiva jurídica, para o desenvolvimento da teoria jurídico-positivista. É possível perceber-se a ligação estreita entre a subjetividade abstrata da modernidade, ou seja, a irrelevância das relações pessoais, das diferenças, a abstração das condições particulares de cada um, e o fenômeno das codificações oitocentistas que, por sua vez, se derivaram das primeiras declarações de direito. A construção da subjetividade jurídica abstrata é condição para a aquisição e circulação de direitos e também para a aquisição e circulação de mercadorias.

A subjetividade jurídica e abstrata, a liberdade individual e econômica, a formalidade do direito e a pressuposição da igualdade formal, a interdição do indivíduo de se imiscuir em esfera alheia e a possibilidade de se vincular (em especial, economicamente) na dependência única de sua vontade, desempenham um papel crucial na sociedade moderna tomada pela racionalidade instrumental e econômica. O direito serve, nesse sentido, para realizar uma igualdade meramente formal, porque abstrai as características concretas dos indivíduos para que as diferenças materiais nas quais vive o sujeito, agora abstrato, pareçam irrelevantes e, assim, se desenvolva a possibilidade de cada um perseguir “livremente” os seus próprios interesses. É o direito instrumentando uma legalidade abstrata para servir como ferramenta de controle social e de definição das regras do jogo de mercado.

É oportuno sublinhar-se, mais uma vez, que deste triunfo do império da lei, da centralidade jurídica do direito privado e do reconhecimento e ascensão dos direitos de liberdade individual e da liberdade de participação política, se encontram, naquele momento, excluídos os interesses das classes trabalhadoras e das mulheres no sentido de obtenção de tratamento igualitário nas mais variadas esferas, mas, especialmente, na esfera política, em que ambos são vistos como portadores de uma capacidade diminuída, ou melhor, inexistente, de participação política, visto que são dependentes dentro do sistema que se desenvolve.

Conforme já repetidamente afirmado pela doutrina, é com o surgimento da chamada “questão social” que se desperta para a consciência da realidade da

exploração humana reproduzida socialmente e construtora de níveis alarmantes de miséria, exclusão e desigualdades, em função do completo descaso para com a esfera coletiva. O fim da Primeira Grande Guerra encerra o ciclo do capitalismo concorrencial e expõe por completo as mazelas geradas por um mercado supostamente autorregulado. O constitucionalismo busca então novos rumos que implicam, especialmente no período de entre guerras, a reformulação do princípio representativo para acabar com o voto censitário e alçar, finalmente, à esfera política, no circuito da representação, uma classe (os proletários) e o sexo feminino, alargando o consenso constitucional para além da burguesia¹¹. A transformação do modelo liberal de Estado para um modelo social (embora tenham existido vários modelos de Estado Social de Direito) implicará também na readaptação de toda a sua ordem jurídica. As estruturas jurídicas se ampliam para tutelar jurisdicionalmente as partes consideradas mais frágeis em uma relação jurídica. O direito tende a não desconhecer as diferenças entre os indivíduos procurando trabalhar com elas a fim de que possam, na dimensão social e econômica, ser diminuídas. Na fase intervencionista do Estado, a aparência de neutralidade do direito e a crença-mito na justiça do caráter geral e abstrato da lei, muito próprias do modelo liberal-burguês, desaparecem, fazendo com que possa emergir mais nitidamente o caráter político e a função redistributiva do direito¹².

O constitucionalismo social, se é possível atribuir-lhe essa denominação, acolherá, como se sabe, os direitos humanos fundamentais de segunda geração ou dimensão, nas perspectivas sociais, econômicas e culturais que só se implementam mediante a intermediação do Estado e jamais mediante a sua abstenção, como era próprio em relação aos direitos mais familiarizados ao modelo liberal. O direito de propriedade passa a ter seu uso e destino regrado pelas normas constitucionais, a liberdade de contratar dá espaço ao dirigismo contratual. As novas prerrogativas acolhidas pelas Constituições do primeiro pós-guerra (das quais se tornaram exemplos clássicos a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919) se preocupam com a possibilidade da realização da igualdade material e da justiça social. Começa, assim, a ser erigido o segundo pilar básico de construção dos direitos fundamentais rumo à realização do valor dignidade humana. Estas novas Constituições se transformam em

¹¹ SANTIAGO, Carlos Ortega. El derecho constitucional en su contexto: el ámbito cultural del constitucionalismo. *Teoría y realidad constitucional*, n. 21, p. 331-353, 2008.

¹² CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.198.

documentos mais prospectivos do que propriamente descritivos, estabelecendo programas de ação e tarefas a serem realizadas não apenas pela justeza dos interesses que tutelam, mas antes porque paulatinamente passam a ser vistas como documentos que abrigam comandos normativo constitucionais cogentes.

O período de entreguerras, além de estabelecer uma mudança do constitucionalismo no sentido da democracia, foi fértil para o resgate e ampliação, especialmente na Europa Ocidental, de uma concepção normativa de Constituição, da ideia de rigidez constitucional e, conseqüentemente, do desenvolvimento dos sistemas de controle de constitucionalidade das leis, o que leva alguns autores a perceber um movimento de aproximação entre o constitucionalismo americano e o constitucionalismo europeu. Neste sentido, Carlos Ortega Santiago esclarece:

En este período se incorporan a las constituciones europeas sistemas de jurisdicción constitucional concentrada, como la gran aportación del constitucionalismo continental al sistema de las garantías constitucionales (la Verfassungsgerichtsbarkeit kelseniana), basada en la creación de un órgano jurisdiccional especializado que ostenta el monopolio del control de constitucionalidad de las leyes, a requerimiento de una serie restringida de sujetos legitimados, y que actúa como legislador negativo con la facultad de invalidar las leyes inconstitucionales. Otra característica fundamental del constitucionalismo democrático de entreguerras que afecta, también, a la posición y a las funciones de la jurisdicción, es la reformulación de la organización territorial del poder a través de un modelo europeo específico que, aunque se llame federal, difiere de la solución americana. La necesidad de preservar este diseño lógico del reparto territorial del poder dotado, desde un punto de vista constitucional, de protección jurídica, explica la competencia propia de los tribunales constitucionales como tribunales de conflictos (lo que se pone de manifiesto en la staatsgerichtsbarkeit weimariana). Por lo demás, ES evidente la trascendencia que esta configuración de

*la jurisdicción constitucional tuvo y sigue teniendo en el constitucionalismo posterior a la II Guerra Mundial.*¹³

No entanto, apesar dos avanços, o constitucionalismo do período de entreguerras sofre com Constituições ainda positivistas o suficiente para impedir que as mesmas se constituíssem em freios para a instalação de regimes autoritários.

O constitucionalismo social se desenvolverá mais singularmente no segundo pós-Guerra e estará marcado, conforme já se assinalou, pelo reconhecimento dos direitos de segunda geração ou dimensão (especialmente no constitucionalismo europeu e latino-americano¹⁴), princípios de justiça social e de democracia.

A singular e desastrosa ocorrência da Segunda Guerra Mundial e as consequentes atrocidades estabelecidas naquele período marcam profundamente as transformações de um constitucionalismo que evolui para alocar a Constituição em uma posição de centralidade na ordem jurídica, em função de múltiplos e complexos fatores de transformação política, ideológica e econômica. Já é consenso afirmar que, desde o fim da Segunda Grande Guerra Mundial, o Direito Constitucional já havia iniciado uma redefinição de seus traços característicos com vistas a se identificar com uma constelação de valores considerados fundamentais, entre eles, o respeito e a realização da pessoa humana na sua especial dignidade de ser e amar. Assim, o chamado neoconstitucionalismo pretende se caracterizar, entre outros pontos, essencialmente por incorporar valores e orientações políticas, especialmente no que toca à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais. As Constituições da Itália (1947), Alemanha (1949), Portugal (1976), Espanha (1978) e Brasil (1988) são exemplos dessa mudança que tem demarcado o espaço do constitucionalismo contemporâneo, com a abertura das Constituições aos valores, por meio dos princípios constitucionais, e, por conseguinte, a necessária abertura de todo o sistema jurídico. A introdução desses elementos ocorre, como se sabe, em um contexto de reação aos regimes políticos marcados pela opressão, pelo autoritarismo e pela barbárie e marcados, singularmente, pelo não reconhecimento do outro, da alteridade, a ausência da solidariedade.

¹³ SANTIAGO, Carlos Ortega. *El derecho constitucional en su contexto: el ámbito cultural del constitucionalismo*. Op. cit., p. 345.

¹⁴ Ressalte-se que, no constitucionalismo americano, apesar das políticas sociais do New Deal, a atuação da Suprema Corte, ao revés, se fazia no sentido de limitar a instrumentalização de tais políticas.

2 CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO OU NEOCONSTITUCIONALISMO E A RESSIGNIFICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

A trajetória de centralidade das constituições no sentido de ocuparem o *locus* mais importante da ordem jurídica se inicia ao fim da Segunda Grande Guerra, especialmente em função da perplexidade diante da subalternização da noção de dignidade da pessoa humana em função das atrocidades perpetradas naquele contexto. As constituições começam a abrigar os valores e opções políticas da comunidade por meio dos princípios que paulatinamente ganharão o reconhecimento de seu caráter normativo. A função do Direito, principalmente, a função das constituições, deixará de ser apenas a de estabelecer as regras do jogo político. O Direito aparecerá comprometido com o único fim que lhe justifica a existência. Para além da segurança jurídica, o direito estará comprometido com a pretensão de realização de justiça ou de correção material. A dignidade da pessoa humana passa a ser o norte que conduz a criação e instrumentalização das constituições. As fronteiras entre a moral e o Direito se tornam mais imprecisas em função da abertura do sistema introduzida por meio dos princípios constitucionais, a ponto de se perceber, não apenas uma relação contingencial, mas uma conexão necessária entre a moral e o direito. Assim, o neoconstitucionalismo não se explica mais por meio de uma leitura positivista do direito. As Constituições contemporâneas, para poderem ser melhor compreendidas e aplicadas, exigirão que se lance mão de raciocínios mais complexos e sofisticados que tomam em consideração esta relação necessária entre a moral e o direito. A Constituição constitui a própria comunidade de princípios e o fundamento do direito que a regula.

O termo “neoconstitucionalismo” foi empregado pela primeira vez por Susanna Pozzolo, em 1997, no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Social e Jurídica, ocorrido em Buenos Aires, na apresentação de trabalho intitulado *A especificidade da interpretação constitucional*. Neste, a autora afirma que denomina neoconstitucionalismo a corrente de pensamento atuada por juristas e filósofos que compartilham de uma especial maneira de se aproximar do direito, como Dworkin, Zagrebelsky e Alexy. Isso não significa, obviamente, que haja total coesão e harmonia no pensamento de ditos autores e nem mesmo que todos se sintam abrigados sob o neoconstitucionalismo. Mas é certo que compartilham de algumas noções peculiares que pode uni-los em uma única corrente

jusfilosófica. Pozzolo¹⁵ elenca as características peculiares que os abrigariam em uma perspectiva comum. A primeira seria a prevalência dos princípios sobre as regras e a sua peculiar abertura e recorrência a valores, o que levaria os juízes a tomá-los a sério na interpretação, argumentação e justificação das decisões judiciais, podendo, inclusive, extrair diretamente deles a solução para determinadas controvérsias. Consequentemente, a segunda característica seria a prevalência de raciocínios de ponderação sobre a subsunção. Os princípios requerem uma interpretação diferente das regras, que, pela técnica da argumentação, só se revela sob as contingências do caso concreto. A prevalência da Constituição frente à independência do legislador também é uma característica que implica à substancialização dos documentos constitucionais. A função das Constituições não é apenas estabelecer os limites e a organização dos poderes, mas determinar conteúdos materiais que se estabelecem como limite, inclusive, à ação do legislador. Neste sentido, a presença dos princípios e a consequente constitucionalização de toda a ordem jurídica faz com que o juiz possua a tarefa de adequar continuamente a legislação às prescrições constitucionais. O juiz deixa de ser visto apenas na função de legislador negativo e assume a tarefa de racionalizar o sistema jurídico, mas, principalmente, de concretizar os direitos fundamentais por meio da aplicação da constituição.

Perceba-se que perspectiva em que a autora italiana trata a questão é em relação a um peculiar modelo constitucional, o modelo axiológico ou prescritivo de constituição em que esta não se constitui apenas em uma norma de autorização e limite do direito infraconstitucional, mas especialmente em programa de ação e razão para atuar. O documento constitucional substancializado se constitui em uma ponte que permite a passagem ao discurso moral como o único que pode prover uma justificação à observância ou aplicação do direito¹⁶. O direito oferece razões para agir e para ser digno de respeito não basta que essas razões se apoiem apenas no comando da autoridade; tais razões exigem respeito porque apoiam o direito em uma pretensão de realização de justiça (podemos lembrar aqui o pensamento de Alexy quando entende da conexão necessária entre a moral e o direito em função da ideia de correção material), de realização da dignidade da pessoa humana.

Nesta perspectiva, se alude a uma Constituição que invade os mais variados espaços de regulação; espaços estes que se tornam cada vez mais refinados

¹⁵ POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 21, n. 2, p. 340-341, 1998.

¹⁶ POZZOLO, Suzanna. *Neocostitucionalismo e positivismo giuridico*. Torino: G. Giappichelli, 2001. p. 36-39.

diante de uma sociedade que evolui em complexidade e multiplica exponencialmente os problemas por ela gerados. Espaços que passam a ser ocupados por uma Constituição intensamente invasora, que impregna e condiciona a legislação, a jurisprudência, os operadores do direito em geral e também os mais diversos atores políticos. O Constitucionalismo contemporâneo passa a transformar os valores e as opções políticas fundamentais em normas jurídicas, em um grau de hierarquia ou centralidade diferenciado em relação às demais normas do sistema e que, portanto, as condiciona.

Assim, é possível afirmar que as Constituições do constitucionalismo liberal, que desempenhavam um papel de garantia da liberdade, estabelecendo, principalmente, mecanismos de contenção de poder e organização do Estado, foram paulatinamente substituídas por constituições que, para além da função de equilibrar poder e liberdade, assumem também a possibilidade de funcionar de maneira não apenas a descrever, mas essencialmente a prescrever determinadas condutas, valores e políticas que necessariamente deverão ser realizadas e implementadas porque estatuídas por meio de princípios como normas jurídicas. A abertura das constituições contemporâneas, por meio do abrigo de princípios normativos, coincide com um movimento de centralidade operado pelos ordenamentos constitucionais atuais em relação ao sistema jurídico. Não é incorreto afirmar que as Constituições atuais operaram uma migração de *locus* de significado e de importância que as conduziu para o centro de toda a ordem jurídica, lugar anteriormente ocupado pelas codificações de direito privado, voltadas essencialmente para a proteção patrimonial. O papel de primazia ocupado pelas constituições hoje, reserva, dentro do próprio Texto Constitucional, um papel de centralidade em relação aos direitos fundamentais.

Como se sabe, todo e qualquer direito fundamental estabelece sempre uma posição jurídica fundamental, se constituindo ao mesmo tempo de dimensões positivas (direitos fundamentais prestacionais que se realizam por meio da intervenção estatal) e de defesa (dimensão negativa, exigência de abstenção da atuação estatal). A perspectiva neoconstitucionalista leva à compreensão de que a centralidade assumida pelos direitos fundamentais na Constituição exige uma interpretação diferenciada dos mesmos. Assim, noções como a de eficácia privada ou horizontal destes direitos (no sentido que vinculam também as relações entre particulares diminuindo o espaço de autonomia de vontades), a proibição do retrocesso social (na garantia das conquistas já efetivadas e que não podem mais ser passíveis de retrogradação), a maximização ou efetividade da sua interpretação, a restringibilidade excepcional, e a projeção positiva, são

características que devem ser tomadas em conta na compreensão interpretação e aplicação daqueles direitos. A perspectiva neoconstitucionalista exige então, no mínimo, uma releitura das balizas desde sempre confirmadas pelo positivismo jurídico. O positivismo jurídico, durante um longo tempo, foi (mal) utilizado para guarida aos interesses dominantes em uma sociedade, que nem sempre estavam voltados para encontrar respostas mais direcionadas ao alcance maior dos valores de igualdade e justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O constitucionalismo atual tem como elemento essencial a promoção da reinterpretção das suas normas, de forma a inserir a pessoa humana como elemento central dentro do ordenamento jurídico. Inegável reconhecer, neste sentido, a importância do direito internacional público, no sentido de elaborar tratados voltados para a proteção da pessoa humana. Vale a pena destacar que, atualmente, verifica-se o constante diálogo entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito constitucional.

Aliás, ao se comentar sobre a eficácia dos tratados de direitos humanos nos ordenamentos jurídicos dos Estados, inegável é a importância das constituições contemporâneas e a necessidade de seus princípios e normas se transformarem, com o intuito de buscar uma nova interpretação constitucional voltada para a observância dos direitos humanos fundamentais. Portanto, o neoconstitucionalismo decorre da necessidade de se buscar uma reinterpretção das normas constitucionais, assim como aquelas voltadas para a proteção dos direitos humanos, tendo em vista a aplicação do princípio da máxima efetividade da norma de direitos humanos.

Trata-se, ademais, da função dialética do direito constitucional, cujas normas devem ser interpretadas de acordo com determinado momento histórico e, assim, o constitucionalismo contemporâneo, como mencionado no artigo, passa por inúmeras transformações, entre elas procura inserir a pessoa humana como o principal sujeito de direitos e, a partir daí, torna-se necessário a existência de normas e princípios, com o objetivo de garantir a devida tutela.

Ao se comentar sobre a abertura das constituições contemporâneas, com o intuito de acolher princípios voltados para a proteção dos direitos humanos, de forma a salientar o seu papel importante no que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais, vale a pena destacar que referida característica é comum dentro do Direito Constitucional contemporâneo, pois existe, como menciona Peter Heberle, um novo modelo de direito constitucional, que é o direito

constitucional cooperativo, em que em determinados temas, como os direitos humanos, os Estados procuram adotar normas constitucionais comuns, de forma a garantir a proteção da pessoa humana.

Portanto, o nosso constitucionalismo moderno e contemporâneo, que passo pelas visões liberais, sociais, neoliberais, atualmente enfrenta novos desafios e mudanças, tendo em vista a existência de um direito constitucional inovador e transformador, voltado para a proteção dos direitos fundamentais. Finalmente, importante reconhecer a grande importância do Direito Internacional dos Direitos Humanos e que, a partir do final da Segunda Guerra Mundial, houve uma maior preocupação no que diz respeito à proteção dos direitos humanos, tendo em vista os horrores praticados pelos nazistas contra os judeus. Com o intuito de evitar novos e tristes acontecimentos surge a Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948 e demais tratados sobre o tema.

Com a nova consciência internacional, a pessoa humana passou a ser considerada como sujeito de direito internacional (especificamente nas questões sobre os direitos humanos) e, assim, os Estados, de forma a garantir a efetividade das referidas normas internacionais em seus ordenamentos jurídicos internos, passaram a incorporar a matéria em seus ordenamentos constitucionais, de forma a garantir e assegurar o papel transformador do constitucionalismo contemporâneo o moderno.

REFERÊNCIAS

BARCELLONA, Pietro. *Diritto senza società: dal disincanto all'indifferenza*. Bari: Dédalo, 2003.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Juan Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

DE LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. *Derechos humanos desde el jusnaturalismo histórico analógico*. México: Editorial Porrúa, 2001.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Harendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado e do direito*. Coimbra: Coimbra, 1987.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 21, n. 2, p. 340-341, 1998.

_____. *Neocostitucionalismo e positivismo giuridico*. Torino: G. Giappichelli, 2001.

ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. *Neoconstitucionalismo: ultrapassagem ou releitura do positivismo jurídico?* Curitiba: Juruá, 2011.

SANTIAGO, Carlos Ortega. El derecho constitucional en su contexto: el ámbito cultural del constitucionalismo. *Teoría y realidad constitucional*, n. 21, p. 331-353, 2008.

PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E O PLURALISMO DE FONTES COMO INSTRUMENTAL DE GARANTIA DE DIREITOS

SOCIAL AND AFFECTIVE PATERNITY, LEGAL PLURALISM AND PLURALITY OF LEGAL SOURCES AS INSTRUMENTS OF RECOGNITION AND AFFIRMATION OF RIGHTS

Ana Paula Motta Costa¹

Professora da Faculdade de Direito da UFRGS

Simone Tassinari Cardoso²

Professora da Faculdade de Direito PUC/RS

RESUMO: Muitas vezes, o sistema jurídico contemporâneo, influenciado pelo modelo racionalista-liberal, confronta-se às necessidades socialmente observadas. Neste artigo analisa-se esta realidade a partir de um estudo sobre o comportamento jurisprudencial de dois Tribunais de Justiça – do Rio Grande do Sul (TJRS) e do Rio de Janeiro (TJRJ). A superação do monismo estatal encontra no pluralismo jurídico e no pluralismo de fontes uma possível resposta para as necessidades sociais, em busca da efetivação e do reconhecimento da dignidade de pessoas concretas com a consideração

objetiva de suas respectivas realidades culturais e normativas. Tem por meta influenciar para que o Direito estatal seja legítimo e coerente com valores de justiça, e, ainda assim, dialogue com a realidade, entendendo a lógica discursiva dos sujeitos concretos, bem como sua racionalidade como fonte normativa.

PALAVRAS-CHAVE: Paternidade socioafetiva; teoria do direito; pluralismo jurídico; pluralismo de fontes normativas; valores sociais.

ABSTRACT: *The objective of this research is to present the contemporary legal system*

¹ Doutora em Direito pela PUC/RS.

² Doutora em Direito pela PUC/RS.

as decisively influenced by the liberal-rationalist model. Examines judicial decisions of two district courts: “Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS)” and “Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJR)”. Through the necessity of overcoming the state monism, it’s possible find in the legal pluralism a possible answer to social needs, in search of realization and recognition of the dignity of people with specific objective consideration of their respective realities and cultural norms. Its goal is to influence what the state law, it is reasonable and consistent with the values of justice, but insert in the reality, understanding the discursive logic of concrete subjects, as well as their rationality as normative source.

KEYWORDS: *Social and affective paternity; theory of law; legal pluralism; pluralism of normative sources; social values.*

SUMÁRIO: 1 Introdução e apresentação metodológica; 2 Direito positivo e o pluralismo jurídico: um questionamento necessário; 3 Pluralismo jurídico ou pluralismo de fontes; 4 Análise de dados da pesquisa: a dificuldade de reconhecimento do fato social como elemento do sistema jurídico; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *1 Introduction and methodological presentation; 2 Positive law and legal pluralism: a necessary inquiry; 3 Legal Pluralism and plurality of sources; 4 Data Analysis: the difficulty of recognizing the social fact as part of the Legal System; Final considerations; References.*

1 INTRODUÇÃO E APRESENTAÇÃO METODOLÓGICA

O presente trabalho apresenta uma investigação teórico-prática sobre a noção contemporânea de pluralismo jurídico. A partir das noções de monismo estatal e pluralismo jurídico, apresenta o direito como produto da modernidade e, por isso, replicador da necessidade de segurança e certeza. Analisa o desenvolvimento das várias correntes e pensamento jurídico que se constituíram no decorrer do tempo, a partir das noções de paradigma e de ciência.

Busca verificar se a interpretação jurídica brasileira encontra-se alinhada com as noções de pluralismo jurídico e pluralismo de fontes, através da pesquisa empírica sobre um fato social significativo que vem encontrando respaldo jurídico nos últimos anos.

Para isso, foi realizado um censo das decisões disponíveis na Internet até 30.06.2013, em dois Tribunais Regionais, buscando-se pelo vocábulo paternidade socioafetiva. O objetivo era investigar se os julgadores estavam considerando o fato social paternidade socioafetiva como relevante para o reconhecimento de paternidade civil, ou se, ainda presente na primeira hipótese, permanece

vinculado ao paradigma moderno de decisão que só encontra respaldo jurídico no fenômeno oriundo do Estado.

2 DIREITO POSITIVO E O PLURALISMO JURÍDICO: UM QUESTIONAMENTO NECESSÁRIO

Tradicionalmente, as relações postas em prática entre o ordenamento jurídico estatal e as demais organizações sociais e jurídicas estiveram fundamentadas na concepção monista de Direito³ e no pensamento positivista, ou seja, nas ideias de completude do ordenamento jurídico estatal e da certeza do Direito. O Direito, produto da modernidade, esteve acompanhado do pensamento positivista clássico e da concepção de ciência como método de validação de verdades. Ao que parece, o Direito esteve a serviço da regulação e da disciplina, constituidor do pensamento dogmático que deu sustentabilidade à sociedade moderna⁴.

Do ponto de vista epistemológico, o positivismo postula a dualidade entre sujeito e objeto, estabelecendo a premissa de que existe um único conhecimento verdadeiro. Assim, o objetivo da ciência, segundo tal perspectiva, consiste em descobrir a verdade do objeto. Parte de premissas, consideradas científicas, as quais são confirmadas nas novas investigações. Para o positivismo jurídico, o conjunto de fontes do Direito é limitado ao ordenamento jurídico estatal, as quais estão hierarquizadas previamente, e, portanto, não podem contradizer-se. Assim, diante de cada fato social, a solução jurídica está na aplicação da norma já previamente destinada. Não há contradição ou diferente interpretação. Portanto, o real é suscetível de conhecimento e o Direito é autossuficiente⁵.

O positivismo jurídico teve seu ponto culminante no normativismo de Hans Kelsen, a partir da publicação de sua principal obra, *Teoria pura do direito*, em 1934⁶. Tal teoria tem como objeto a própria norma e busca revelar os caminhos de uma “autêntica ciência do Direito”, separada da política e de

³ Conforme Arnaud, “*monocentralidade significa que todo Derecho emana del Estado y que éste es el último productor legítimo de normas jurídicas*” (ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, Maria José. *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*. Boletín Oficial del Estado, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, p. 292, 1996).

⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*. Contra o desperdício da experiência. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2000. p. 60-68.

⁵ Idem, p. 60-68.

⁶ Cabe referir, sobre Hans Kelsen, que na edição publicada no ano de 1963 da *Teoria pura do direito* fez uma revisão a respeito do caráter rígido de sua posição original positivista.

qualquer valoração ideológica que sustentasse ideias de justiça⁷. Para Kelsen, o Direito não se distanciava da norma escrita, a ordem jurídica era considerada exclusivamente estatal, o ordenamento jurídico seria completo e a vigência de uma norma depende de sua validade formal, ou seja, dos procedimentos para sua criação. Trata-se da compreensão do Direito como método científico, a partir de um processo lógico-dedutivo de submissão dos fatos à lei, através da declaração feita pelo intérprete⁸.

De acordo com a posição sustentada pelas escolas de interpretação jurídica, fundadas na dogmática jurídica, como a Escola de Interpretação Gramatical ou a Escola da Exegese, não existe outra fonte além do ordenamento jurídico estatal. Tais pensadores identificavam-se com a ideia de que há uma significação unívoca do que seja o fenômeno jurídico. O intérprete tem a responsabilidade de identificar tal significado, seja na compreensão do que está escrito ou indagando-se a respeito de qual seria a vontade do legislador⁹.

Não há mais Direito, portanto, para além do conjunto de normas estabelecidas pela autoridade legítima. Deve-se obedecer às disposições normativas estatais, porque foram elaboradas por quem tem competência para fazê-lo, correspondendo à delegação de poderes da sociedade em geral, tendo como referência a noção hipotética de contrato social¹⁰. Assim, para além da noção de segurança e certeza jurídica, também a herança positivista fundamenta a direta relação entre Direito e Estado.

Santos, no entanto, pondera que o “Estado nunca teve monopólio do Direito”. Em paralelo à ilusão de um Direito estatal, sempre existiram ordens jurídicas supraestatais e ordens jurídicas infraestatais¹¹. Sabe-se que a sociedade

⁷ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. A epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, v. II, 2002. p. 163-164.

⁸ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo constitucionalismo brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional*. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 23-25.

⁹ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução ao direito I*. Interpretação da lei, temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p. 68.

¹⁰ MOREIRA, Nelson Camata. O dogma da onipotência do legislador e o mito da vontade da lei: a “vontade geral” como pressuposto fundante do paradigma da interpretação da lei. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 15, ano IV, p. 127-142, 2004, p. 127-142.

¹¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A criticada razão indolente...*, p. 171.

moderna nasceu “multicêntrica” e “policontextual”¹², de modo que “cada diferença tornou-se o centro do mundo”, o que implica uma “pluralidade de autodistinções de sociedade” ou “diversas racionalidade parciais”¹³. De outra parte, também a sociedade moderna já surgiu como sociedade mundial, embora organizada em Estados nacionais, sua formação social desvinculou-se das formações territoriais, implicando relações de comunicação mundiais.

Assim, em paralelo à ideia de Direito monista, ao longo da História moderna, vários foram os questionamentos que surgiram acerca de seus pressupostos e de sua concepção unitária. Pode-se dizer que os primeiros questionamentos ao positivismo foram em relação ao fundamento da razão ocidental universal, oriundos, em especial, de pensadores como Karl Marx, no século XIX, e Sigmund Freud, no século XX¹⁴. Esses autores desvelaram a presença da ideologia, como componente da racionalidade e do inconsciente como seu pressuposto, respectivamente. Do ponto de vista do Direito, as noções de neutralidade e de objetividade também foram refutadas. O Direito, fruto da razão científica, cujo fundamento estava em ser um método para alcançar a justiça desde a aplicação objetiva de regras positivadas, por meio da neutralidade, passou a perder sustentabilidade.

Nesse contexto de crítica, o cientificismo entrou em crise, sendo que, em meio a tal momento histórico, identificaram-se problemas práticos, com origem na realidade e distintos da justificação de validade teórica. Alterou-se, assim, o quadro epistemológico, na medida em que, ao lado das ciências empírico-analíticas, passou-se a falar nas ciências históricas, da cultura ou da hermenêutica. O mundo revelou-se mais complexo, com muitas outras dimensões da realidade. O indivíduo isolado deixou de ser objeto de análise, passando-se a buscar compreender a pessoa concreta, que vive em interação com os outros¹⁵.

¹² De acordo com a concepção desenvolvida pelo autor, a ideia multicêntrica corresponde à noção de que na sociedade moderna não há um único centro que irradia poder e conhecimento racional, próximo ao que seja verdadeiro e em contraposição às periferias, mas vários centros e contextos de produção normativa.

¹³ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Transconstitucionalismo*, 313 fls. Tese de Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) apresentada no concurso para o provimento do cargo de professor titular na área de Direito Constitucional ao Departamento de Direito do Estado. São Paulo, 2009, p. 21-23.

¹⁴ GAUER, Ruth Maria Chittó. *O reino da estupidez e o reino da razão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 140-141; BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos...*, p. 6-7.

¹⁵ BRONZE, José Fernando. Op. cit., p. 380-381.

Em síntese, seria a razão, tida como universal, que forneceria as respostas corretas, mas não foi isso que aconteceu. Situações como as duas guerras mundiais tiveram grande impacto no pensamento mundial, diferenciando gerações e mudando pensamento das pessoas. O impacto desses acontecimentos no pensamento dos intelectuais e teólogos foi de grande significado. A Guerra espantou as ilusões possíveis sobre “o homem racional”. Dessa forma, o que estava em decadência eram as pressuposições da antiga modernidade, ou seja, “fé na ciência, na racionalidade humana e no desenvolvimento gradual da raça humana”¹⁶.

Os pensamentos questionadores, que desde suas muitas vertentes unificavam-se em oposição aos positivismos científico e jurídico, constituíram embriões de uma visão sociológica do Direito e de uma concepção mais ampliada acerca da coexistência de planos jurídicos para além do Estado¹⁷.

O modelo de produção de normas baseado no monismo estatal, a partir de tais críticas, ou em resposta às necessidades impostas pela realidade, ao longo do século XX, deu passos novos rumo ao pluralismo jurídico, ao reconhecimento de racionalidades diferentes da norma estatal e à atenção aos assuntos relacionados à perspectiva social do Direito. Tratou-se, gradativamente, de reconhecer a complexidade inerente das relações sociais, onde causas e consequências estão entrecruzadas, o que faz com que os operadores do Direito não possam responder às demandas de regulação com base apenas nos parâmetros tradicionais, sob pena de ingovernabilidade¹⁸.

Observa-se que as sociedades contemporâneas são cada vez mais juridicamente plurais, pois convivem na mesma base territorial (ou em bases territoriais relacionadas) com diferentes planos normativos. Na maioria das vezes, uma dessas é considerada oficial – estatal ou positivada – e influencia no modo de operação das outras¹⁹.

Santos contribui com a noção de que as diferentes ordens jurídicas relacionam-se como planos normativos em diferentes escalas:

O Estado moderno assenta no pressuposto de que o direito opera segundo uma única escala, a escala do

¹⁶ BAUMER, Franklin L. *O pensamento europeu moderno*. Séculos XIX e XX. Lisboa: Edições 70, v. II, 1990. p. 170.

¹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A criticada razão indolente...*, p. 197-207.

¹⁸ ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, Maria José. Op. cit., p. 210-211.

¹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A criticada razão indolente...*, p. 205-207.

Estado. Durante muito tempo, a sociologia do direito aceitou criticamente esse pressuposto. Nas últimas décadas, a investigação sobre pluralismo jurídico chamou atenção para a existência de direitos locais nas zonas rurais, nos bairros urbanos marginais, nas igrejas, nas empresas, no desporto, nas organizações profissionais. Trata-se de formas de direito infraestatal, informal, não oficial, ou mais ou menos costumeiro. [...] Em meu entender, o que distingue estas diferentes formas de direito é o tamanho da escala com que regulam ação social.²⁰

O fato é que os planos normativos, em paralelo, são utilizados como referência para a solução de conflitos, fundamentando-se, por sua vez, em conceitos de justiça, também paralelos. Diante da multiplicidade de planos normativos, os cidadãos organizam suas vidas perante esses vários estratos, de forma complexa, em mútua influência, seja no âmbito local, nacional ou supranacional (global). Portanto, a ideia de diversificados planos normativos, relacionais e complexos, expande a concepção de Direito e justiça e leva à necessidade de consideração de realidades culturais, locais ou historicamente constituídas no momento da aplicação do Direito²¹.

Cabe referir que a opção pelo monismo jurídico não gera apenas problemas em nível restrito teórico. Exemplificando tal afirmação, é simples visualizar que, em países multiculturais, a imposição de um único modelo jurídico oficial acaba refletindo o posicionamento de uma só cultura, um idioma, um grupo social²². Quando a relação entre o sistema jurídico estatal e as demais esferas normativas é tensa, ou violenta, na medida em se impõe, a percepção das pessoas é de que há falta de legitimidade, porque não representa sua realidade e suas necessidades²³.

Sabe-se que tal problemática está identificada ao Estado de Direito fundado na ideia clássica de separação de poderes e de democracia formal representativa. Portanto, trata-se do modelo do Estado Liberal Clássico, como

²⁰ Idem, p. 206-207.

²¹ SANTOS, Boaventura; GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *El caleidoscopio de las Justicias en Colômbia*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2001. p. 145.

²² YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999. p. 5.

²³ Idem, p. 10.

soberano legislativo, com absoluta força normativa²⁴. No entanto, por mais plural que seja a representação política institucional, em razão do distanciamento entre Estado e sociedade, nas diferentes e múltiplas realidades socioculturais formam-se outros planos normativos, nos quais as pessoas referenciam-se para a solução de conflitos. O não reconhecimento de tal realidade gera imposição, por parte do Estado, do seu modelo de Direito.

Verifica-se, entretanto, que, ainda nos dias de hoje, a racionalidade jurídica de origem moderna muitas vezes continua negando todo o tipo de pluralidade ou diferenciação normativa. Nega as ordens normativas não estatais, surgidas em determinados âmbitos de relações sociais²⁵. Nega a interdependência de grupos sociais e afirma que os direitos dos indivíduos são atributos de um Estado nacional, que representa uma sociedade homogênea em seu conjunto.

Nessa direção, contribui Zagrebelsky, quando afirma que a lei, na sociedade plural, é a manifestação de um instrumento de enfrentamento social, de conflito. De acordo com o autor, contar-se com direitos positivados não significa a eliminação do conflito social preexistente, mas sim é a continuidade de tal conflito²⁶. A lei nas sociedades atuais é resultado de pluralidade de fontes, que decorrem de vários ordenamentos normativos paralelos.

O Direito estatal, portanto, não é um fenômeno isolado, mas reflete o contexto sociocultural e político em que se manifesta. Diversos planos compõem o ambiente onde se insere o Direito do Estado, os quais são reciprocamente interferentes; alterando-se qualquer deles, altera-se também o Direito²⁷.

Herrera Flores esclarece que a questão situa-se em torno da tradicional oposição entre as concepções universalista de direitos e particularista, ou de especificidades locais. Enfocando a polêmica em torno dos direitos humanos no mundo contemporâneo, afirma que esta se situa entre duas visões: em primeiro lugar, uma visão abstrata, vazia de conteúdo, que não se referencia nas circunstâncias reais das pessoas, portanto, centrada na concepção ocidental do Direito; em segundo lugar, e em oposição à primeira visão, constitui-se

²⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil – Ley, Derechos, Justiça*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2003. p. 23.

²⁵ FARIÑAS DULCE, María José Fariña. Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la “actitud posmoderna”. *Cadernos Bartolomé de Las Casas*, Madrid, n. 7, 2. ed., p. 32-34, 2006.

²⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit., p. 38.

²⁷ BRONZE, José Fernando. Op. cit., p. 379.

uma visão localista, em que predomina o próprio, centrada em torno da ideia particular de cultura e no valor da diferença²⁸.

Propõe o autor que não se negue a possibilidade de uma síntese universal das diferentes opções frente aos direitos humanos, nem que se descarte a necessidade de lutas pelo reconhecimento de diferenças. No entanto, o universal deve se alcançado depois de um processo conflitivo, discursivo, de diálogo e confrontação em que se rompem os prejuízos e as linhas paralelas²⁹.

É, portanto, emergente a ideia de pluralismo social e jurídico. Ou seja, todo o fenômeno jurídico não se confunde com o Direito estatal. Coexistem formas alternativas de normatividade, às vezes harmônicas, outras não³⁰. É necessário superar a afirmação de que existe um consenso, apesar da diversidade, para chegar-se ao consenso desde a diversidade. Ou seja, um consenso intercultural, que parta do pleno reconhecimento e aceitação de uma necessária igualdade real, mas também das diferenças e diversidades culturais, considerando a diferença, assim como a igualdade, princípios jurídicos³¹.

Trata-se, pois, da constatação de que se vive em uma época de “policentralidade”³² e de “porosidade jurídica”³³, ou, dito de outra forma, de múltiplas redes de ordens jurídicas, que constantemente forçam a transações e inovações. Para Arnaud, a via jurídica a ser proposta consiste na “interlegalidade”, ou seja, reconhecer as várias legalidades em que estão inseridos e às quais os sujeitos se referenciam, e buscar estratégias de diálogo ou de “transplantes jurídicos”³⁴.

Portanto, diante da realidade complexa que se impõe, o desafio que enfrentam o Direito e o Estado parece estar em não contar com respostas prontas, mas na necessidade de elaborá-las, diante de cada nova circunstância. As soluções fundadas de forma exclusiva em uma concepção monista (que acabam por torna-se autoritárias) nem sempre são legítimas ou resolutivas, frente às necessidades das pessoas. Se a “interlegalidade”, ou a adoção de estratégias de

²⁸ HERRERA FLORES, Joaquín. *Hacia una vision compleja de los derechos...*, p. 19-78.

²⁹ *Idem*, p. 74-78.

³⁰ ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. *Op. cit.*, p. 23.

³¹ FARIÑAS DULCE, María José Fariña. *Op. cit.*, p. 20.

³² Policentralidade como muitos centros diferentes de produção normativa.

³³ Porosidade como possibilidade de mútua influência e inter-relação.

³⁴ ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, p. 307-308.

diálogo, parecem ser caminhos, resta encontrar os “trilhos do caminho”, “os mapas por onde andar”, os signos a serem identificados, a fim de que se possam encontrar soluções mais efetivas para a realidade concreta.

3 PLURALISMO JURÍDICO OU PLURALISMO DE FONTES

É característica fundamental das sociedades complexas, desde a perspectiva aqui adotada, a convivência em mesmo espaço e em mesmo tempo de um grande número de campos sociais semiautônomos. São grupos, comunidades, organizações ou populações que possuem identidade específica, mas que estão inseridas, de uma forma ou outra, na globalidade contemporânea.

Não apenas a ordem mundial é multicêntrica, como também seu sistema jurídico é multicêntrico, de modo que, desde a perspectiva de um dos centros, os outros são periferia³⁵. Assim, “o mesmo problema de direitos fundamentais pode apresentar-se perante uma ordem estatal local, internacional e transnacional (em sentido estrito) ou, com frequência, perante mais de uma dessas ordens, o que implica cooperações e conflitos, exigindo aprendizados recíprocos”³⁶. Portanto, diante de problemas comuns, cabe buscar-se a solução a partir do aprendizado mútuo entre as ordens jurídicas envolvidas, independente dos critérios exclusivos de validade de cada norma jurídica a ser aplicada.

Nessa direção, o pluralismo jurídico, enquanto perspectiva sociológica e antropológica do Direito, parte da premissa de que não se deve assumir uma concepção apriorística, ou desde um único centro de produção do Direito, na medida em que a perspectiva pluralista implica a coexistência de concepções jurídicas diferentes.

Existem, no entanto, diferentes concepções de pluralismo jurídico. Conforme Fariñas Dulce, alguns aspectos encontram-se presentes em quase todas as formulações doutrinárias. Seriam eles: o rechaço da identificação do Direito com a lei, ou seja, o pluralismo de fontes do direito; o rechaço do monopólio jurídico por parte do Estado; o rechaço ao mito unificador do “monismo jurídico-formalista”; e o reconhecimento da descentralização do Direito estatal, que implica uma pluralidade de centros de decisão jurídica dentro do mesmo sistema jurídico. A aceitação desses conceitos leva à superação

³⁵ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Op. cit., p. 103.

³⁶ Idem, p. 106.

do dualismo entre norma jurídica estatal e norma social, em favor do conceito amplo de juridicidade³⁷.

De forma complementar, Wolkmer afirma que o termo “pluralismo jurídico” designa a coexistência de diversas realidades, “múltiplas formas de ação prática”, com particularidades, que se inter-relacionam. Trata-se, de acordo com a concepção do autor, da convivência entre diferentes possibilidades, distintas racionalidades, descentralização normativa, do centro para a periferia, do Estado para a sociedade, da lei para as alternativas de negociação e mediação de conflitos. Também reconhece, o autor, a existência de diferentes concepções teóricas de pluralismo, tanto social como jurídico. Desde sua perspectiva, defende a ideia de um “pluralismo comunitário e participativo”, o qual se opõe à concepção de individualismo e relativismo cultural, afirmando a necessidade do reconhecimento de novos sujeitos coletivos³⁸.

Considerando-se a existência dessas diferentes concepções e versões do que seja pluralismo jurídico, cabe aqui buscar o referencial adequado à realidade objeto de estudo neste livro. Nesse sentido, busca-se a identificação da concepção de pluralismo jurídico que responda às necessidades concretas da realidade sociojurídica da sociedade complexa, como a brasileira contemporânea, em que estão inseridos os adolescentes, em especial aqueles que vivem em condição de maior vulnerabilidade social e que são titulares de direitos fundamentais, os quais encontram dificuldades de efetivação. Nesse sentido, pluralismo jurídico constitui-se na perspectiva de reconhecimento dessa realidade sociojurídica.

Muitas vezes no conceito de pluralismo jurídico estão contempladas ideias relacionadas ao pluralismo das fontes do Direito ou noções que buscam contemplar maior participação da sociedade civil na produção normativa, portanto, pluralismo dos meios, formais ou informais de resolução de conflitos, abrindo espaço para o que se denomina pluralismo judicial³⁹. Trata-se da utilização de fontes normativas diferenciadas para a solução dos casos concretos, portanto, do reconhecimento da existência de outra normatividade para além da estatal, como também da utilização de metodologias alternativas, prévias ou paralelas, em relação à judicialização de conflitos.

³⁷ FARIÑAS DULCE, María José Fariña. Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la “actitud posmoderna”. *Cadernos Bartolomé de Las Casas*, Madrid, n. 7, 2. ed., p. 36, 2006.

³⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico...*, p. 157-159.

³⁹ ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, Maria José. Op. cit., p. 26.

No entanto, ao tratar-se de fontes, cabe refletir sobre diferenças de concepção significativas nas abordagens propostas sobre o tema. Uma primeira ideia seria a utilização de outras fontes, para além da própria norma jurídica estatal, nos casos de ausência de norma específica a ser aplicada ao caso concreto. Trata-se da identificação de lacunas no ordenamento jurídico estatal, possibilitando a consideração dos usos e costumes como fontes secundárias, ou subsidiárias, do Direito, desde que não estejam em conflito com a lei. Nessa direção aborda Bobbio, quando afirma que o costume pode ter vigência em todas as matérias não reguladas pela lei, ou nos casos em que expressamente citado pela lei⁴⁰. Essa concepção não se identifica com conceito de pluralismo jurídico ou pluralismo de fontes aqui desenvolvido. Na referida situação, a centralidade jurídica está no Direito estatal positivado, não havendo, portanto, a efetiva consideração acerca da existência de outros espaços de juridicidade no mesmo contexto geográfico.

De acordo com a perspectiva que parte do monismo jurídico, as normas válidas são produzidas pelo Estado⁴¹. Todas as outras normas, ou ordens normativas, que não tenham essa origem, são consideradas “meros costumes”, práticas isoladas, às vezes misturadas com regras morais e religiosas, por isso sem validade jurídica. Ao não serem formalizadas pelo sistema estatal, são consideradas, muitas vezes, como atrasadas ou ilícitas. Em outros casos, no entanto, quando não contrárias à lei estatal, na medida em que se considera a existência de lacunas, podem ser valoradas como fontes do Direito.

A ideia de pluralismo de fontes, em consonância com a concepção de pluralismo jurídico, tal como se está utilizando nesse trabalho, pressupõe, em primeiro lugar, o reconhecimento da existência de espaços de normatividade em paralelo ao estatal. A utilização dessas fontes pelo Estado para solução de conflitos dependerá da iniciativa de diálogo a ser estabelecido pelo ordenamento jurídico estatal. Pluralismo de fontes pressupõe concepção de Direito como produto cultural.

Entre muitas questões em aberto, vê-se que os autores que tratam do tema defendem diferentes perspectivas teóricas no que se refere à definição de fronteiras em torno da conceituação de Direito não estatal. Diferentes perguntas buscam ser respondidas: Quando o pluralismo social e cultural é também

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: UNB, 1999. p. 149.

⁴¹ Trata-se da noção de validade formal, portanto normas elaboradas de acordo com as disposições de normas anteriormente válidas, vigentes em determinado território (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. Técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1991. p. 178-179).

jurídico? O que caracteriza uma ordem normativa não estatal? Seriam normas extraestatais estabelecidas com legitimidade? Ou seriam normas cuja adesão é natural, sem coerção? Ou, ainda, ao contrário, seriam normas que não contam com o aparato coercitivo do Estado, mas que obrigam aos que estão a elas subordinados, independente da adesão às mesmas?

De acordo com Luhmann, o Direito seria formado pelo conjunto normativo resultado das expectativas normativas generalizáveis, cuja função seria a afirmação normativa, mesmo contra os fatos da vida real. O Direito não age sobre a sociedade e a sociedade sobre o Direito. Nas sociedades há Direito como forma de organização social, sendo esse um dos sistemas de comunicação social entre os existentes. Cada sistema, na sociedade moderna, agiria de acordo com sua função e relacionar-se-ia com os demais sistemas, por acoplamentos, ou processo de comunicação entre sistemas, a partir dos equivalentes funcionais de um e outro sistema, os quais provocariam reações internas ao sistema reagente. Portanto, não necessariamente o Direito é estatal para o autor, mas o Direito é um sistema organizado⁴².

De forma crítica, Fariñas Dulce afirma que Luhmann avança em relação ao tradicional funcionalismo, porque faz uma inversão entre os conceitos de estrutura e função, ao definir função como um esquema regulativo de sentido, em superação à concepção apriorística, ou metafísicas, do funcionalismo clássico⁴³. De outra parte, de acordo com a reflexão da autora, Luhmann adota a ideia de ordem social ou de conservação do sistema. O sistema social, portanto, é um sistema de interações ou de comunicações. Ao mesmo tempo, segundo tal concepção, é um sistema fechado e autorreferente, que encontra conexões com o ambiente, o qual o ameaça constantemente. Na visão do autor, a complexidade e as contingências geram uma série de problemas aos sistemas, portanto, seu problema básico é reduzi-las, em nome do equilíbrio, o que recorda o objetivo básico do estrutural funcionalismo⁴⁴.

Tendo como ponto de partida a compreensão social complexa⁴⁵, pode-se afirmar que, embora Luhmann não restrinja o Direito às normas emanadas do Estado e reconheça sistemas jurídicos não estatais, sua concepção não é exatamente de pluralismo jurídico ou de reconhecimento de diferentes

⁴² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito 1*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 57-73.

⁴³ ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, Maria José. Op. cit., p. 150.

⁴⁴ Idem, p. 151.

⁴⁵ A perspectiva complexa foi melhor desenvolvida no primeiro capítulo deste livro.

organizações normativas na sociedade, às vezes em harmonia, outras em conflito. Sua teoria sistêmica é útil na construção cognitiva necessária diante da busca de definição de sistema jurídico; no entanto, a ideia de “sistemas autorreferentes”, ou de “autopoiese”⁴⁶, como fechamento dos sistemas às suas próprias regras e lógicas, as quais são alteradas somente por reação ao externo não jurídico, difere da compreensão aqui adotada de sociedade e de Direito.

Fariñas Dulce, de outra parte, considera a existência de diferentes níveis jurídicos referenciados na regulação dos conflitos, enquanto característica das sociedades contemporâneas, o que não impede, na visão da autora, o reconhecimento do papel central e hierarquicamente superior do Direito estatal sobre as demais manifestações de normatividade em dado momento⁴⁷.

Na mesma direção, ou seja, partindo de uma concepção conflitiva da sociedade, Wolkmer afirma que os sistemas normativos refletem graus ou níveis correspondentes à importância que cada grupo tem na esfera social. Cada subgrupo tem “o seu próprio Direito” e toda a sociedade é atravessada por múltiplos níveis legais, concomitantes e semiautônomos⁴⁸.

Não há, portanto, na reflexão proposta pelo autor, uma preocupação objetiva na definição de sistema jurídico não estatal. Parte da constatação da existência de pluralismo social, político e jurídico, como um dado da realidade, não uma construção teórica. Ao contrário, entende o autor que o “centralismo jurídico é um mito, um clamor, uma ilusão”⁴⁹, uma artificialidade construída ao longo da história moderna, que dificulta o desenvolvimento da teoria do Direito adequada aos tempos atuais.

Dessa forma, ganha importância não a teoria sistêmica, de origem funcional estruturalista, mas a compreensão sociológica do Direito. Trata-se de conceber a norma estatal como parte da sociedade e expressão das correlações de forças existentes em cada contexto social, em dado tempo. Independentemente da produção síntese, que reflete um determinado momento histórico, prossegue a coexistência de normatividades sobrepostas, nas quais as pessoas referenciam-se para a solução de conflitos. Em algumas situações, o Direito estatal impõe-se,

⁴⁶ LUHMANN, Niklas. *Revista Enfoque sociológico da teoria e da Prática do Direito*, Florianópolis, n. 28, p. 17, 1994.

⁴⁷ FARIÑAS DULCE, Maria José. *Op. cit.*, p. 35.

⁴⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico...*, p. 83-184.

⁴⁹ *Idem*, p. 185.

em outros momentos o Estado não chega a estar presente, e a solução dá-se de acordo com outras referências morais e jurídicas.

De acordo com o referencial teórico aqui utilizado⁵⁰, a perspectiva pluralista do Direito, desde que concebida de forma crítica e em relação direta com a realidade social onde está inserida, trata-se de um novo paradigma ou uma nova compreensão que fundamenta a intervenção jurídica.

Nesse sentido, cabe referir a compreensão de paradigma desenvolvida por Kuhn, para quem paradigma seria um conjunto de conceitos universalmente reconhecidos que proporcionam mecanismos de problematização e de soluções a uma comunidade de investigadores durante certo tempo. Deve tratar-se de um tipo de trabalho científico, reconhecido como promotor, ou fundador, de uma tradição particular e coerente de investigação científica, que, na medida em que colocada em prática, atrai um conjunto de investigadores, os quais a preferem a qualquer outra. Também refere o autor a necessidade de coerência, que permita o nascimento de um estilo científico ou de uma escola científica. O paradigma deve abrir perspectivas suficientemente amplas para oferecer ao grupo de investigadores, que o adotem, a possibilidade produzir respostas a vários problema⁵¹.

Desde outro ponto de vista, Morin afirma que paradigmas são “princípios supralógicos de organização do pensamento [...] princípios ocultos que governam a nossa visão das coisas e do mundo sem que disso tenhamos consciência”⁵². A afirmação é interessante, na medida em que lida com o fato de que as pessoas partem de pressupostos paradigmáticos, sem, necessariamente, racionalizarem as opções que fazem e a aplicação destas à realidade. Complementa o autor, afirmando que um paradigma é “[...] um certo tipo de relação lógica extremamente forte entre noções mestras, noções chave e princípios chave. Esta relação e esses princípios vão comandar todos os propósitos que obedecem inconscientemente ao seu império”⁵³.

Embora em diferentes perspectivas, os dois autores conceituam paradigmas como modelos de referência, ou esquemas de interpretação, que, no tema em questão, estariam referenciando a possibilidade de compreender o Direito desde uma perspectiva restritamente estatal, ou uma concepção de

⁵⁰ WOLKMER, Antônio Carlos; FARIÑAS DULCE, Maria José; ARNAUD, André-Jean.

⁵¹ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1975. p. 218.

⁵² MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. 2. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1990. p. 15.

⁵³ Idem, p. 85.

Direito pluralista, referenciada no contexto social onde se insere. Faria assinala que, em alguns momentos históricos, os paradigmas que até então contavam com maior hegemonia social entram em crise, por não conseguirem mais fornecer orientações ou diretrizes capazes sustentar o trabalho científico. Não tendo mais condições de fornecer soluções, os paradigmas vigentes começam a revelar-se como fonte dos problemas e o universo científico que lhes corresponde, gradativamente, começa a gerar erros, não fornecendo as condições teóricas necessárias para que se possa pensar a realidade⁵⁴. Nessa direção, constitui-se a reflexão aqui proposta, ou seja, a concepção de Direito fundada em uma visão monista não vem correspondendo às necessidades sociais e não tem conseguido dar conta das respostas esperadas por vários segmentos sociais.

Entende Arnaud que são jurídicas as regras que têm vocação de tornarem-se Direito. Tais normas, no entanto, diferenciam-se do que conceitua ser Direito. Para o autor, Direito é o conjunto princípios e regras com caráter normativo que rege relações de grupos e sociedades, aos quais as pessoas estão submetidas por relações pessoais, reais ou territoriais, sob as crenças da legitimidade da autoridade que as emana; do caráter superior certo e válido das normas e sua correspondência com valores da civilização, como justiça, moralidade, ordem; do caráter obrigatório; bem como da legitimidade e necessidade das sanções, assim como das autoridades que as aplicam⁵⁵.

Para o autor, portanto, Direito não é apenas Direito estatal. No entanto, nem tudo o que é normativo pode ser reconhecido como Direito. É necessário que estejam presentes os elementos da legitimidade e da justificação moral ou a fundamentação em valores consolidados historicamente.

Essas características conferem ao Direito normatividade especial e fazem da juridicidade um processo diferenciado frente às demais normas sociais. Portanto, é necessário designar de forma diferenciada normatividade jurídica em sentido amplo, de Direito estatal, em sentido estrito⁵⁶. Para o autor, os demais “sistemas jurídicos vulgares” concorrem com o Direito estatal em vigor, com possibilidade de vir a sê-lo, na medida em que os comportamentos das pessoas, que a eles pertencem, sejam contrários ao Direito estatal, acreditando realizá-lo legitimamente. Dessa forma, o campo jurídico vulgar pode ser definido como o das “pacíficas transgressões” de elementos do imaginário em elementos de

⁵⁴ FARIA, José Eduardo. *Eficácia jurídica e violência simbólica*. São Paulo: EDUSP, 1991. p. 26.

⁵⁵ ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, Maria José. Op. cit., p. 258-260.

⁵⁶ Idem, p. 261.

Direito, mediante uma materialização que se confirma paralela e em oposição ao Direito em vigor⁵⁷.

O eventual conflito normativo ocorre, enquanto conflito de razões jurídicas, na medida em que cada normatividade entra em contato com a outra a partir da racionalidade jurídica própria. Do contato entre razões diferentes poderá surgir uma mudança jurídica ou várias possibilidades, desde inovações, simples adaptações, lacunas no velho sistema ou recuperação do novo pelo velho⁵⁸.

A identificação de racionalidades diferentes é uma das possibilidades de diálogo ou da utilização de distintas fontes jurídicas. Para que haja diálogo é necessário utilizar uma linguagem em comum e pode-se dizer que a justificação de pontos de vista distintos, uns aos outros, é uma forma de acordo semântico ou de demonstração de racionalidade. Trata-se da produção conjunta de um conhecimento coletivo, a partir do reconhecimento da racionalidade ou da cultura de onde parte o interlocutor⁵⁹.

Portanto, de acordo com a posição de Arnaud, a dicotomia entre o Direito estatal e os demais âmbitos jurídicos é estabelecida a partir discurso intelectual⁶⁰. Desde essa perspectiva, o Direito estatal é Direito na medida em que estabelecido por autoridade legítima, referenciado em valores de justiça, e sua imposição dá-se respaldada pela força coativa. A reação conflitiva com os demais sistemas normativos não é negativa, mas é compreendida como parte do processo de relação intersubjetivo.

Wolkmer fixa outros critérios para a consideração de ordens normativas, comunitárias e alternativas, como “fundamentos de efetividade material”, baseados na satisfação de necessidades materiais; e “fundamentos de efetividade formal”, alicerçados na reorganização de espaços públicos, mediante a efetivação de uma democracia participativa e de uma ética da alteridade⁶¹. Entende o autor que adquirem legitimidade os sujeitos sociais, ou de direito coletivo, na medida em que edificam uma nova “cultura societária de base”, a qual se legitima para a proposição de direitos, na medida em que esses são a expressão de satisfação de necessidades humanas fundamentais. Com isso se excluem de legitimidade

⁵⁷ Idem, p. 265-266.

⁵⁸ Idem, p. 267.

⁵⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. *A gramática do tempo...*, p. 420-421.

⁶⁰ ARNAUD, André-Jean; FARÍÑAS DULCE, Maria José. Op. cit., p. 270.

⁶¹ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico...*, p. 207.

aqueles movimentos ou sujeitos sociais que não estão baseados em valores de justiça ou não são fundados nos interesses do povo marginalizado⁶².

Os critérios definidos pelos autores contribuem para a construção e os pressupostos para o presente estudo. Entende-se que se trata de diferenciar espaços de normatividade não estatais em dois níveis. Um primeiro nível diz respeito ao reconhecimento da existência de normatividades não estatais, nas quais as pessoas referenciam-se para a solução de conflitos, de forma autônoma, ou interdependente ao sistema estatal, sendo legítimos ou não os seus meios ou os seus valores. Nesse campo, poder-se-ia referir aos planos normativos que impõem regras de conduta em comunidades das periferias brasileiras, obrigando aos sujeitos que vivem em seus respectivos espaços de influência, independente da vontade ou da adesão aos seus propósitos. Em regra, são planos normativos que não estão preocupados com a efetivação de direitos fundamentais. Tais normas, ainda que não sirvam de fonte para a solução de conflitos, precisam ser reconhecidas, como forma de compreender as referências que os sujeitos sociais utilizam em suas respectivas condutas.

Em outro nível estariam os espaços de juridicidade legitimados formal e materialmente. Nesse campo poderiam situar-se as normas de conduta e os mecanismos de solução de conflitos, que, embora contrários ao sistema estatal *strito sensu*, ou diferentes das disposições legais em alguma medida, são coerentes com os princípios constitucionais e buscam a efetivação de direitos fundamentais. Tais normatividades, além de reconhecidas como existentes, podem ser utilizadas como fonte normativa para a solução de conflitos por parte do Estado.

O fato é que a possibilidade de efetivação de direitos fundamentais, de âmbito constitucional nacional, ou dos direitos humanos, enquanto materialização da dignidade humana, em âmbito supranacional, pressupõe a afirmação de uma concepção dialógica, pluralista e de reconhecimento. Conforme Herrera Flores, os direitos humanos no mundo contemporâneo necessitam de uma visão complexa, de racionalidade de resistência e de práticas interculturais. Os direitos humanos não são apenas declarações textuais, nem são produto de uma cultura determinada. Os direitos humanos são os meios discursivos, expressivos e normativos que buscam inserir os seres humanos nos circuitos de reprodução e manutenção da vida, abrindo espaços de luta e de reivindicações⁶³.

⁶² *Idem*, p. 289.

⁶³ HERRERA FLORES, Joaquín. *Hacia una vision compleja de los derechos...*, p. 61.

É necessário efetivar direitos, como pressuposto para o reconhecimento das pessoas e de sua dignidade. Todavia, os direitos tornam-se vazios sem as pessoas concretas, sem a consideração objetiva de suas respectivas realidades culturais e normativas. O Direito estatal, se legítimo e coerente com valores de justiça, ainda assim necessita dialogar com a realidade, entender a lógica discursiva dos sujeitos concretos, bem como sua racionalidade como fonte normativa.

4 ANÁLISE DE DADOS DA PESQUISA: A DIFICULDADE DE RECONHECIMENTO DO FATO SOCIAL COMO ELEMENTO DO SISTEMA JURÍDICO

Embora se tenha avançado muitíssimo na disciplina jurídica contemporânea, como se verifica, por exemplo, nas vinculações entre Direito Civil e Constituição⁶⁴, esta dificuldade ainda se encontra presente no cenário contemporâneo, como se observa através da pesquisa quali-quantitativa realizada em dois Tribunais de Justiça estaduais. Para demonstrar esta dificuldade do Direito pátrio no reconhecimento do fato social como elemento integrante do sistema, elegeu-se a figura jurídica da paternidade – por ser socialmente significativa e não ter vinculações ideológicas preponderantes –, buscando verificar a existência ou não do predomínio da racionalidade monista do Direito nas decisões contemporâneas.

Foram escolhidos dois Tribunais estaduais como foco de pesquisa. Primeiramente, foi escolhido o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por caracterizar-se como elemento de fala da relação espaço-temporal em que este trabalho é escrito. Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por ser Estado berço da Escola do Direito Civil-Constitucional, que se apresentou como escola importante na construção da noção de pluralismo jurídico.

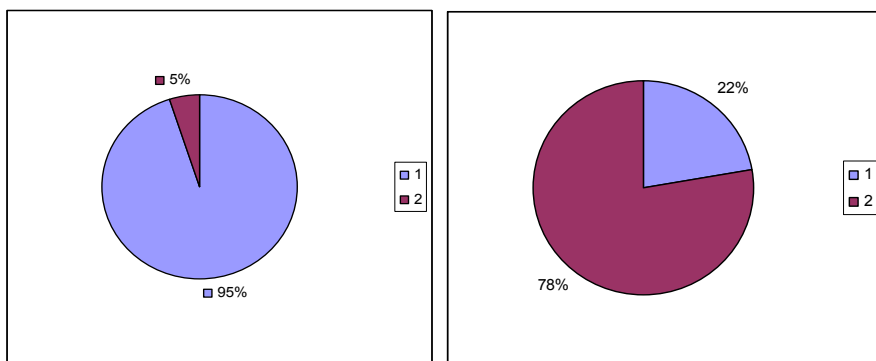
A amostra foi composta por um censo de dois momentos. Compuseram a primeira amostra de análise todas as decisões jurisprudenciais disponíveis na Internet, no período de 10.01.2003⁶⁵ a 31.12.2006, que tiveram em seu texto a expressão “paternidade”. Ao todo foram encontradas e analisadas 400 decisões.

⁶⁴ SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*.

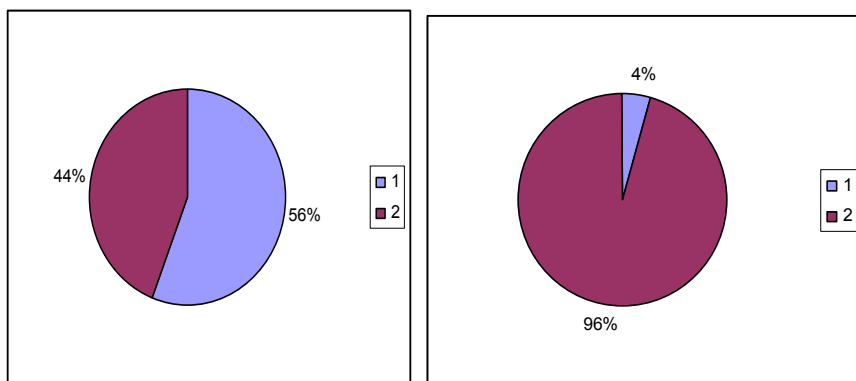
⁶⁵ Por ser tema de direito civil, data da entrada em vigor da Codificação Civil brasileira, sem prejuízo das eventuais divergências de entendimento que poderiam levar à variação de 1 ou 2 dias.

A segunda amostra foi coletada nos últimos três anos, de 30.06.2010 a 30.06.2013⁶⁶ (a fim de repetir o paradigma aplicado anteriormente). Foram encontradas no total 1.100 decisões.

Com relação à primeira amostra, tem-se o seguinte panorama acerca da paternidade. Das decisões gaúchas, 95% envolviam demandas que pudessem colocar em análise questões referentes à paternidade biológica *versus* a socioafetiva. No Rio de Janeiro, 22,33% apresentavam esta condição. As demais não mencionaram este tema.

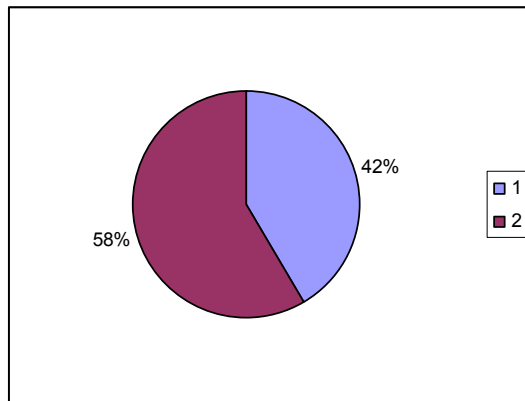


Com relação ao privilégio da filiação socioafetiva sobre a biológica, tem-se os seguintes percentuais. Das decisões analisadas no TJRS, 55,78% privilegiaram a socioafetividade em detrimento da paternidade biológica. Já no TJRJ, apenas 4,47% assim o fizeram.



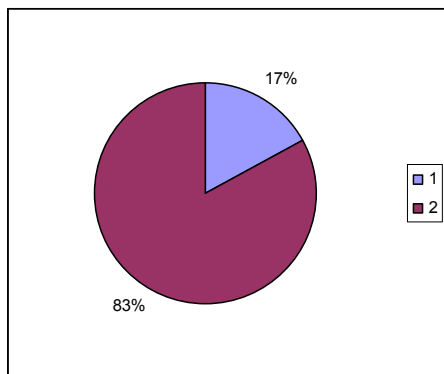
⁶⁶ A coleta da amostra do TJRJ apresenta variação de 6 meses, pois somente é possível identificação anual. Então, é composta de decisões de 01.01.2010 até 30.06.2010.

Privilegiando a paternidade biológica em detrimento da socioafetiva, encontrou-se, no Rio de Janeiro, 41,79% das decisões, sendo que a integralidade destas fazia remissão ao DNA como técnica científica segura para o objetivo de identificação da paternidade. As demais 58,21% diziam respeito a outros temas em Direito de Família. Das decisões que privilegiaram o DNA, 25% propugnam que esta técnica é suficiente à identificação da verdade real em detrimento de verdade ficta, e 7,14% delas informa que outra forma de reconhecimento, que não o apontado estritamente no DNA, importaria em erro.

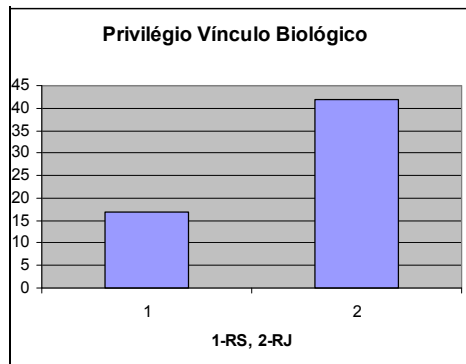
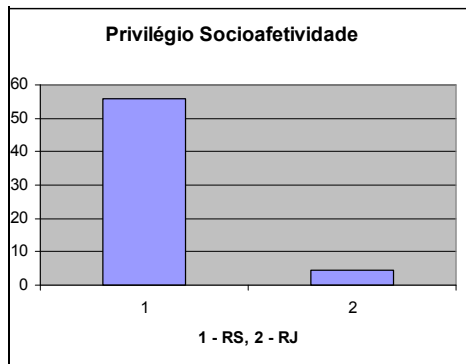


Ainda no Rio de Janeiro, enquanto 4,47% das decisões privilegiaram expressamente a paternidade socioafetiva sobre a biológica, 8,95% do total acabam por obter o mesmo efeito, afirmando que a manifestação de vontade, sem vícios, perante o registro civil tem caráter irrevogável, e 7,46% reconhecem, em conjunto com a irrevogabilidade, a existência de adoção à brasileira⁶⁷. No Rio Grande do Sul, 16,84% das decisões analisadas dá prioridade à verdade biológica sobre a socioafetiva, sendo que, destas, 5,33% encontra principal fundamento no erro. Destas decisões, 1,2% veda o reconhecimento da paternidade socioafetiva somente para fins patrimoniais.

⁶⁷ "A prática difundida, de proceder ao registro de filho de outrem como próprio é que passou a ser chamada de adoção à brasileira." (Maria Berenice Dias, *Manual do direito das famílias*, p. 336)



Tem-se, então, como dados comparativos os seguintes índices: no TJRS, 55,78% das decisões privilegiam a filiação socioafetiva sobre a biológica; enquanto que, no TJRJ, somente 4,47%.



No Rio Grande do Sul, 16,84% das decisões analisadas privilegiam a verdade biológica sobre a socioafetiva, enquanto que, no Rio de Janeiro, 41,79% assim o faz. Enquanto no Rio Grande do Sul 3,15% menciona expressamente o afeto como ponto relevante no reconhecimento da paternidade, nenhuma decisão do Tribunal do Rio de Janeiro assim o fez.

Os dados, ora apresentados, contribuem para a constatação de que a prova exclusivamente técnica do exame de DNA ainda encontra espaço relevante como fundamento de decisões que envolvam conflito entre a paternidade socioafetiva e a biológica.

Entretanto, o mesmo não se pode dizer do afeto que, embora já tenha alcançado papel jurídico⁶⁸, ainda encontra manifestação explícita tímida de sua relevância, na ocasião do efetivo julgamento. De outro lado, julgados como os que seguem demonstram que a preponderância da técnica sobre os elementos de composição do caso concreto efetivamente são valorados com maior ênfase face à certeza que apresentam:

Ação de investigação de paternidade. Prova. Exame de DNA. Alimentos. Maioridade verificada no curso do processo. Litigância de má-fé. O exame de DNA goza de certeza científica, por isso é prova cabal para a afirmação da paternidade. [...] Recurso provido em parte. (TJRJ, Apelação Cível nº 2005.001.18576, 13ª Câmara Cível, Desª Nametala Machado Jorge, J. 14.12.2005)

Ação negatória de paternidade. Imprescritibilidade. Tratando-se de demanda em que se discute a filiação, tema relativo ao estado das pessoas, a imposição de prazo prescricional significaria a prevalência da verdade fictícia sobre a real, em tempos em que o exame de DNA atesta, com grande dose de certeza, a real paternidade. Provimento do recurso. Reforma da sentença para julgar procedente o pedido de desconstituição do registro de nascimento da apelada. (TJRJ, Apelação Cível nº 2006.001.40496, 5ª Câmara Cível, Des. Antonio Cesar Siqueira, J. 31.10.2006)

Na segunda amostra, das 1.880 decisões apontadas, tem-se 237 em condições de efetivar comparativo entre a paternidade biológica e socioafetiva, mas, em todos os casos (100%), quando há referência à disputa, encontra-se justificativa para aplicação de uma ou outra no fato social.

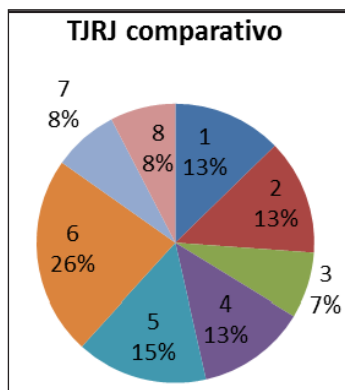
Há somente 2 casos que se referem à existência de verdade real e condicionam a verdade real à vida. Ou seja, a indicação de verdade jurídica surge do fato social.

Já o Tribunal do Rio de Janeiro apresenta 220 decisões. Destas, 50 são possíveis de análise com a temática proposta. Destas, 35 têm resultado que interessa esta pesquisa, as demais foram descartadas.

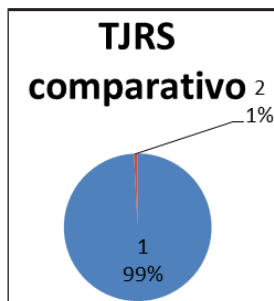
⁶⁸ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 485-511.

Do universo de 35 casos, tem-se a seguinte tabela de resultados:

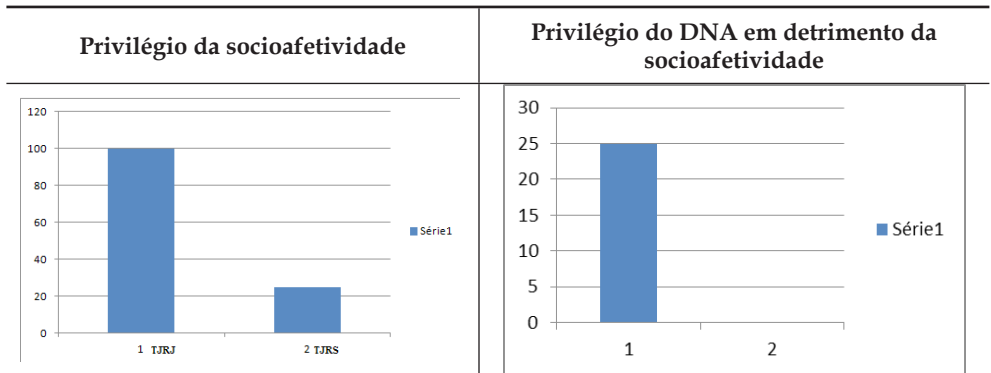
Verdade real vinculada à investigação <i>post mortem</i>	14,2%
Vínculo afetivo reconhecido como verdade real	15%
Verdade real atrelada ao conhecimento da identidade genética	8,5%
Concessão de negatória de paternidade porque privilegia o DNA e também não apresenta vínculo socioafetivo, fazendo referência “àqueles que referem existir”	14,2%
Negatória de paternidade sem fazer referência à relação socioafetiva	17,1%
Privilégio do DNA sobre a relação socioafetiva	25,71%
Reconhecimento de paternidade socioafetiva	8,5%
Reconhecimento de paternidade somente com vínculo biológico	8,5%



O gráfico atual é bastante significativo ao apontar que cerca de 26% das decisões ainda permanece sem reconhecer o fato social da socioafetividade como significativo. Ou seja, considerando que o direito estatal não criou este instituto jurídico, mas sim a prática social, há muita dificuldade em operar com ele.



No TJRS, 100% das decisões que enfrenta o tema privilegia a socioafetividade, somente deixando de reconhecê-la quando ausente. E em 1% dos casos ainda faz referência da verdade real como sendo a socioafetiva. Na comparação entre os Tribunais, tem-se uma mudança paulatina do TJRJ e uma manutenção de entendimento do TJRS.



CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito brasileiro permanece extremamente vinculado ao paradigma de segurança oriundo das regras prévias às situações e do monismo jurídico. No momento em que são indicados como fundamentos para utilização de determinada prova, “a dose de certeza”, ou mesmo “a certeza científica” que possui, pode acabar passando largo de questionamentos essenciais acerca da eficácia para o caso concreto ou mesmo da preservação de direitos fundamentais das pessoas envolvidas. Privilegia-se a técnica em detrimento do ser humano envolvido nos casos concretos específicos.

Como foi desenvolvido neste artigo, parte-se da compreensão de que o Direito é uma produção cultural e social normativa. O direito estatal é um esforço normativo síntese dos conflitos sociais e políticos presentes no momento em que foi elaborado e, de outra parte, gerador de conflitos, na medida em que, quando aplicado, se relaciona com as demais concepções normativas coexistentes socialmente.

Tradicionalmente, as relações postas em prática entre o ordenamento jurídico estatal e as demais organizações sociais e jurídicas estiveram fundamentadas na concepção monista de Direito e no pensamento positivista tradicional, ou seja, nas ideias de completude do ordenamento jurídico estatal e de certeza científica do Direito. No entanto, faz-se necessário o reconhecimento

de uma perspectiva sociológica do Direito. Tal concepção, em alguma medida, foi incorporada aos ordenamentos jurídicos ocidentais nas constituições federais elaboradas no final do último milênio. No entanto, face ao caráter aberto dessas constituições, sua interpretação em diálogo com a realidade social ainda requer certa inflexão. Trata-se da necessidade de compreensão do Direito em uma perspectiva aberta ao diálogo, para além do direito estatal, mas em busca de legitimidade a partir das consequências de sua aplicação nos contextos em que irá incidir.

A opção pela consideração de uma perspectiva sociológica do Direito é também o reconhecimento de que, junto ao direito estatal, existem outros espaços de juridicidade que, com aquele, coexistem em complementaridade, autonomia ou em conflito. O fato é que os planos normativos, em paralelo, são utilizados pelas pessoas como referência para a solução de conflitos e fundamentam-se, por sua vez, em conceitos de justiça, também paralelos. Mais especificamente, diferentes modelos familiares são adotados como soluções encontradas pelas pessoas nas várias relações que constroem no cotidiano. Diante da multiplicidade social, os cidadãos organizam suas vidas perante esses vários extratos, seja no âmbito local, nacional ou supranacional.

REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, Maria José. Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1996.

ASSIS, Simone. *Traçando caminhos em uma sociedade violenta: a vida de jovens infratores e seus irmãos não infratores*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1999.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo constitucionalismo brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional*. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BAUMER, Franklin L. *O pensamento europeu moderno*. Séculos XIX e XX. Lisboa: Edições 70, v. II, 1990.

BHABHA, Homi K. *O local da cultura*. Belo Horizonte. UFMG, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: UNB, 1999.

BRONZE, José Fernando. *Lições de introdução ao direito*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2006.

DUARTE, Luís Fernando; ROPA, Daniela. Considerações teóricas sobre a questão do “atendimento psicológico” às classes trabalhadoras. In: FIGUEIRA, Sérvulo A. *Cultura e psicanálise*. São Paulo: Brasiliense, 1985.

DUSSEL, Enrique. *Caminhos de libertação latino-americana*. História colonialismo e libertação. São Paulo: Edições Paulinas, t. II, 1986.

FARIA, José Eduardo. *Eficácia jurídica e violência simbólica*. São Paulo: Edusp, 1991.

FARIÑAS DULCE, Maria José. Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la “actitud posmoderna”. *Cadernos Bartolomé de Las Casas*, Madrid: Dykinsoln S. L., n. 7, 2. ed., 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. Técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1991.

FONSECA, Cláudia; SCHUCH, Patrícia. *Políticas de proteção à infância: um olhar antropológico*. Porto Alegre: Editora UFRGS, 2009.

GAUER, Ruth Maria Chittó. *O reino da estupidez e o reino da razão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

HERRERA FLORES, Joaquín. Hacia una vision compleja de los derechos humanos. In: HERRERA FLORES, Joaquín (De.). *El Vuelo de Anteo - Derechos Humanos y Crítica de la Razón Liberal*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.

HONNETH, Axel. *Luta pelo reconhecimento*. A gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. 4. ed. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Critella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouse Gulbenkian, 2007.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1975.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouse Gulbenkian, 1997.

LUHMANN, Niklas. *Enfoque sociológico da teoria e da prática do direito*. Sequência nº 28. Florianópolis: UFSC, 1994.

_____. *Sociologia do direito* 1. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MENDEZ, Emilio Garcia. *Infância e cidadania na América Latina*. São Paulo: HUCITEC, 1998.

MOORE, Sally Falk. Law and Social Change: the semi autonomous social field as an Appropriate Subject of Study. *Law of Study Review*, n. 7, p. 723, 1973.

MOREIRA, Nelson Camata. O dogma da onipotência do legislador e o mito da vontade da lei: a “vontade geral” como pressuposto fundante do paradigma da interpretação da lei. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre: ITEC – Nota Dez, 2004.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. 2. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Transconstitucionalismo. Tese apresentada no concurso para o provimento do cargo de professor titular na área de Direito Constitucional ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

PONTES DE MIRANDA. *A margem do direito (ensaio de psychologia jurídica)*. Rio de Janeiro: Francisco Alves & Cia., 1912.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A criticada razão indolente*. Contra o desperdício da experiência. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. *A gramática do tempo*. Para uma nova cultura política. Porto Alegre: Afrontamento, 2006.

SANTOS, Boaventura; GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *El caleidoscopio de las Justicias em Colômbia*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2001.

SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA, Ricardo Timm. Sobre as origens da filosofia do diálogo: algumas aproximações iniciais. In: GAUER, Ruth Maria Chittó. *Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SUDBRAK, Maria de Fátima Olivier. Adolescentes e transgressão: grupos de socialização, margem e desvio. Texto inédito produzido para fins didáticos do Curso Extensão Universitária no Contexto da Educação Continuada do Sistema Socioeducativo do Distrito Federal da Universidade de Brasília. Brasília, 2009.

WACQUANT, Loïc. *As duas faces do gueto*. Trad. Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Bointempo, 2008.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. A epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, v. II, 2002.

_____. *Introdução ao direito I*. Interpretação da lei, temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no direito, p. 193. In: MORAES, José Luis Bolzan de. *A ideia de direito social: o pluralismo jurídico de George Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Pluralismo jurídico*. Fundamentos de uma nova cultura do direito. São Paulo: Alfa Omega, 1994.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil – Ley, Derechos, Justiça*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2003.

ZALUAR, Alba. *A máquina e a revolta*. As organizações populares e o significado da pobreza. São Paulo: Brasiliense, 2000.

_____. Gangues, galeras e quadrilhas: globalização, cultura e violência. In: VIANNA, H. (Org.). *Galeras cariocas: territórios de conflitos e encontros culturais*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1997.

O SUPORTE FÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988: ÂMBITO DE PROTEÇÃO, INTERVENÇÃO ESTATAL E CONTROLE DOS POSTULADOS

THE FACTUAL SUPPORT OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE BRAZILIAN CONSTITUTION OF 1988: SCOPE OF PROTECTION, STATE INTERVENTION AND CONTROL OF POSTULATES

Andrey Felipe Lacerda¹

Mestrando em Direito pelo PPGD/PUCRS

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar a metódica constitucional dos direitos fundamentais no que concerne a sua aplicação prática. Por apresentar uma estrutura semântica e normativa diferenciada, faz-se necessário analisar os modelos doutrinários existentes no intuito de compatibilizar a doutrina nacional e estrangeira às realidades do constitucionalismo brasileiro. Os direitos fundamentais no século XXI adquiriram sua evolução completa, reintegrando-se ao sistema jurídico de tal forma que forçaram a reestruturação do direito positivo às prescrições jusfundamentais. Logo, é de suma importância entender este processo, bem como aprender

a manejar esta nova categoria dogmática que ocupa a centralidade do ordenamento jurídico irradiando seus efeitos por todos os ramos do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; âmbito de proteção; suporte fático.

ABSTRACT: *This study aims to analyze the methodical of fundamental rights, with regard to their practical application. For presenting a different semantic and normative structure, it becomes necessary to analyze the available doctrinal models in order to harmonize the national and foreign doctrine to the realities of Brazilian constitutionalism. The fundamental rights in the twenty-first century acquired its full*

¹ Especialista em Direitos Fundamentais pelo Ius Gentium Conimbrigae - IGC da Faculdade de Direito de Coimbra (Portugal). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Capes.

evolution, reintegrating to the legal system in such a way that forced the restructuring of positive law to the constitutional provisions. Therefore, it is of paramount importance to understand this process and learn how to handle this new dogmatic category that occupies the centrality of legal system, radiating its effects on all areas of law.

KEYWORDS: *Fundamental rights; scope of protection; factual support.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os direitos fundamentais no século XXI; 2 Evolução dos direitos fundamentais; 3 Norma de direito fundamental; 4 Espécies normativas: regras, princípios e postulados normativos; 5 Âmbito de proteção jusfundamental; 6 O suporte fático dos direitos fundamentais; 7 O modelo de suporte fático proposto: âmbito de proteção normativo ou material, intervenção estatal *com* ou *sem* força normativa e controle dos postulados; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 fundamental rights in the XXI century; 2 Development of fundamental rights; 3 Norm of fundamental right; 4 Species regulations: rules, principles and normative postulates; 5 Scope of protection jusfundamental; 6 The factual support of fundamental rights; 7 The proposed model factual support: Scope of protection legal or material, state intervention with or without legal force and control of the postulates; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

No constitucionalismo contemporâneo, os direitos fundamentais assumiram um papel de destaque na construção de uma democracia material, onde a policontextualidade da sociedade é reconhecida pela norma suprema do Estado e garantida por prescrições de hierarquia suprallegal. O poder hegemônico da maioria, os interesses escusos injetados no parlamento e a proliferação de leis ofensivas aos bens jurídicos fundamentais já encontram, neste cenário, barreiras concretamente estabelecidas pelos direitos fundamentais. Não há mais espaço para teorias que pretendem negar sua eficácia, com base em seus enunciados normativos, vivemos, agora, na busca da plena efetividade de suas prescrições. Falar em gerações de direitos nos serve apenas como dado histórico; busca-se, então, compreender as funções e dimensões desses direitos direcionadas a salvaguardar ações, estados, setores, pretensões ou bens da realidade social que merecem proteção diferenciada.

Na primeira parte do trabalho, busca-se demonstrar as transformações ocorridas no constitucionalismo do século XXI e seus reflexos nos direitos fundamentais, bem como a partir de um recorte sociológico, fundado na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, e demonstrar sua evolução completa,

que reestruturou o sistema jurídico de tal forma que este passou a se orientar conforme as prescrições jusfundamentais.

Em um segundo momento, pretende-se discorrer, sinteticamente, acerca da nova hermenêutica constitucional, fixando o conceito de norma e expondo-se as espécies normativas com que essa teoria trabalha. A finalidade é construir pontes de contato entre métodos de interpretação constitucional e a realidade do constitucionalismo brasileiro, buscando um sincretismo metodológico voltado a contornar os déficits de operabilidade da “teoria dos direitos fundamentais” que embasa boa parte da jurisprudência brasileira.

Por fim, propõe-se um modelo de suporte fático dos direitos fundamentais, mais controlável argumentativamente e que considere posições jurídicas que realmente mereçam uma proteção diferenciada.

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO SÉCULO XXI

Como advento do constitucionalismo do século XXI, operaram-se mudanças significativas e esparsas no plano da proteção dos direitos fundamentais. O reconhecimento da força normativa e vinculante da constituição, a opção por um sistema de regras e princípios, a filtragem constitucional, a aplicação horizontal dos direitos fundamentais e a eficácia irradiante, a superação do positivismo e do método exclusivamente silogístico, são exemplos deste novo cenário².

O ingresso na pós-modernidade implicou mudança na aplicação do Direito, tendo em vista que a sociedade no Estado Democrático de Direito tornou-se extremamente complexa, abarcando uma pluralidade de visões de mundo, cada uma com pretensão de universalidade, refletindo na “criação de novos direitos” e no reconhecimento de novos titulares. Dessa forma, o Poder Judiciário passou a funcionar de forma diferente. A função dos juízes, ao longo do século XIX, estava orientada, em maior ou menor grau³, no sentido de legitimar a atuação do

² Cf. CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de (Org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009; BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. In: BARROSO, Luis Roberto. *Temas de direito constitucional* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, t. II, 2009; CANOTILHO, José Joaquim. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Portugal/Coimbra: Almedina, 2003; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

³ A depender do modelo de Estado observado (americano ou europeu), nota-se maior ativismo no controle de constitucionalidade pelos juízes, o que não desqualifica a hegemonia do legislador.

legislador que possuía um lugar de destaque político no contexto da distribuição dos poderes constitucionais. O afastamento do juiz do campo da política visava a assegurar a reprodução fiel do direito positivo legislado, considerado expressão máxima da vontade geral popular na resolução dos conflitos individualizados, garantindo, desta forma, os direitos e as liberdades individuais. Em síntese, esse tipo de configuração das funções dos magistrados correspondia ao entendimento da tripartição dos poderes, assegurando legitimidade e distribuição do poder político em um sistema orientado pelos imperativos do liberalismo.

Na aplicação deste direito puro e idealizado, a interpretação jurídica é um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma. O Poder Judiciário era apenas “a boca da lei”. Montesquieu afirmava: “Os juízes da nação, como dissemos, são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor” (Montesquieu, 2000). Logo, o princípio da tripartição dos poderes era rígido, inexistindo harmonia e cooperação institucional, o que impedia o juiz de exercer qualquer papel criativo na interpretação dos textos legais.

A partir do final do século XIX, devido às transformações políticas, econômicas e culturais que marcaram o desenvolvimento do Estado moderno, observou-se o deslocamento do “eixo de poder” do legislativo para o Poder Executivo, que no afã de construir uma sociedade verdadeiramente igualitária, optou por estatizar os meios de produção e intervir na liberdade contratual para garantir o bem-estar de todos – *Welfare State*. Este modelo entrou rapidamente em colapso, ante a ineficiência gerencial do Estado providência em controlar a economia e obter os recursos necessários à concretização dos direitos econômicos e sociais.

Durante a segunda metade do século XX, as funções do Estado começam a ser repaginadas, mormente ante aos efeitos nefastos produzidos pelos regimes totalitários nazifascistas, que, sob o manto da estrita legalidade, cometeram uma das maiores atrocidades da história da humanidade. Assim, o modelo de Estado constitucional (ou neoconstitucional) constrói-se, segundo Luís Roberto Barroso, a partir da compreensão de três marcos fundamentais que refletem a mudança de paradigma e evolução do direito constitucional, são eles o histórico, o teórico e o filosófico.

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do 2º pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. Já, no Brasil, a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar.

Conforme Luís Roberto Barroso (2009, p. 203):

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito, Estado Constitucional Democrático.

O marco filosófico é caracterizado pela síntese dialética de dois modelos anteriores: (1) O jusnaturalismo, composto pela filosofia do direito natural, cujo fundamento compreendia a crença em princípios jurídicos universalmente válidos que traduziriam direitos inerentes à própria natureza do homem; (2) e sua antítese, o positivismo, cuja pretensão era alcançar a pureza científica, equiparando o direito à lei e afastando-o da filosofia e das questões éticas e morais, tais como legitimidade e justiça, o que permitiu que regimes autoritários promovessem a barbárie sob a proteção da legalidade.

Dentro deste novo modelo institucional, com amplas garantias de direitos da pessoa humana, os direitos fundamentais adquiriam plena eficácia⁴, como se denota pela opção do constituinte originário em inserir a cláusula de aplicabilidade imediata no Texto Constitucional (art. 5º, § 1º, da CRFB) e salvaguardá-los da ação erosiva do legislador (art. 60, § 4º, da CRFB). Passamos, então, a era da democracia material, onde intensificam-se as lutas pela igualdade substancial, que envolve não apenas a vontade imperativa da maioria, mas assegura também a fruição de direitos básicos por todos, inclusive pelas minorias. A vontade da maioria é sempre expressa pelas leis, o Poder Legislativo e também o Executivo garantem o processo democrático majoritário formal, consubstanciado na criação e execução da lei. O Poder Judiciário, por sua vez, exerce o controle da constitucionalidade das leis, fiscalizando eventuais excessos ou omissões que possam comprometer a esfera jurídica dos indivíduos ou de grupos minoritários, os quais não têm força política para garantir suas pretensões via processo legislativo, garantindo, portanto, a democracia em seu sentido material.

⁴ Aptidão para produzir efeitos.

Com o aumento da complexidade da sociedade contemporânea e o ingresso de novos grupos e atores sociais no discurso jurídico, fruto da atuação acentuada dos movimentos sociais no final da década de 70, a sociologia do direito constatou que o modelo liberal, no qual embasava-se o exercício do Poder Judiciário, entrou definitivamente em crise, determinando uma nova visão a respeito da legitimação clássica para atuação dos juízes.

Essa nova hermenêutica jurídica começou a transformar paulatinamente a aplicação do Direito, propondo uma nova visão contemporânea do processo⁵, segundo a qual o espaço do Poder Judiciário é uma reprodução do atual cenário político-social brasileiro, marcado não só pelas demandas individuais, como também pelas ações coletivas dos vários atores sociais.

No pós-positivismo há uma reformulação da teoria da norma e os princípios passam a ter outra função no sistema jurídico. Assim, o constitucionalismo contemporâneo atribuiu força normativa à Constituição, a qual deixou de ser considerada apenas como um documento essencialmente político, destinado a orientar as atuações do legislador, para constituir a prática hermenêutica dos Tribunais. A partir desse momento, verificou-se um intenso aumento de complexidade, inerente à concretização de uma ordem jurídica que passou a comportar novas formas de comunicação até então estranhas ao Direito.

Assim, questões como: meio ambiente seguro e sadio, relações consumistas, democracia, liberdade de informação, liberdade de expressão, biossegurança, pluralismo, discriminação, liberdade religiosa, orçamento público, políticas públicas, aborto, liberdade sexual, entre outras, passaram a permear o dia a dia do Poder Judiciário, levando os Tribunais a decidir sobre questões éticas, morais, econômicas e políticas.

Para Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2010, p. 59):

Final, hoje, o Estado cresceu para além de sua função garantidora e repressiva, aparecendo muito mais com

⁵ Nesse sentido, Peter Häberle formula sua teoria de Constituição como processo público. Assim, a Constituição será o resultado, sempre temporário e historicamente condicionado, de um processo de interpretação conduzido à luz da publicidade, sua compreensão deve ser pluralística normativo-processual, destinada ao maior número de intérpretes possível, com o objetivo de preencher o conteúdo semântico da “Ordem Quadro da República” (Häberle, 2002). Verifica-se também a concepção de um processo sincrético, voltado para uma tutela justa, adequada e efetiva, apta a tutelar os direitos fundamentais. O apego ao formalismo foi deixado de lado e juiz deve construir a norma a partir da realidade fática, dos direitos em conflito, utilizando-se do balizamento conferido pelos postulados da proporcionalidade, concordância prática e equidade, entendidos como manifestação do *substantive due process of law* (Marinoni, 2006).

produtor de serviços de consumo social, regulamentador da economia e produtor de mercadorias. Com isso, foi sendo montado um complexo instrumento jurídico que lhe permitiu, de um lado, organizar sua própria máquina assistencial, de serviços e de produção e, de outro, criar um imenso sistema de estímulos e subsídios. Ou seja, o Estado, hoje, se substituiu, ainda que parcialmente, ao mercado na coordenação de economia, tornando-se o centro de distribuição da renda, ao determinar preços, ao taxar, ao criar impostos, ao fixar índices salariais etc. De outro lado, a própria sociedade alterou-se, em sua complexidade, com o aparecimento de fenômenos novos, como organismos internacionais, empresas multinacionais, fantásticos sistemas de comunicação etc.

Diante da complexidade e da contingência do mundo, potencializadas pela velocidade das informações e dos comportamentos inesperados, surge a necessidade dos juízes utilizarem mecanismos mais flexíveis às peculiaridades do caso concreto, pois se torna praticamente impossível normatizar de forma geral e abstrata toda a conduta social. Portanto, o Direito na pós-modernidade utiliza uma nova forma operacional para a solução de determinados problemas concretos, considerando sempre as possibilidades fáticas e jurídicas postas. Trata-se do método de construção da norma, aliado a novos instrumentos de jurisdição e ao postulado da ponderação⁶.

A nova operacionalidade do Direito, ou, melhor, dizendo, essa reengenharia institucional do Poder judiciário⁷, se deu em grande parte em

⁶ O postulado da ponderação corresponde nas lições de Robert Alexy, ao terceiro subprincípio do postulado da proporcionalidade no direito constitucional alemão. O primeiro é o postulado da *adequação* do meio utilizado para a persecução do fim desejado. O segundo é o postulado da *necessidade* deste meio, que pressupõe um a relação de menor lesividade possível ao bem conflitante, logo, não será necessário utilizar uma conduta muito invasiva se dispõe de outra mais suave ou menos restritiva. O postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação, no sentido de que “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção”, ou seja, quanto mais se restringir um direito fundamental maior deverá ser a proteção conferida ao direito fundamental colidente, de modo que seja sempre preservado o seu núcleo essencial (proposição atômica sem a qual não há sentido proteger-se algo) - limite dos limites.

⁷ Expressão utilizada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em entrevista concedida ao *Jornal Valor*, de 18.10.2007, publicada sob o título “A revolução silenciosa no Supremo Tribunal Federal”.

decorrência do processo de redemocratização proporcionado pela promulgação da Carta Federal de 1988, que implementou um abrangente sistema de controle de constitucionalidade.

Entendido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos dos sistemas americano e europeu. Assim, desde o início da República, adota-se a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou Tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, também se faz uso do modelo europeu pela via do controle direto da constitucionalidade, permitindo que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. Além disso, verifica-se a ampliação do rol de legitimados à propositura do controle, conforme previsto no art. 103 da CRFB, atribuindo a inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas (partidos políticos, sociedades de classe de âmbito nacional e confederações sindicais), a faculdade de ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser levada ao Supremo Tribunal Federal.

Fora o controle pela via de ação direta de inconstitucionalidade, também surgiram: ação de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º, da CF); ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da CF); mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da CF); representação interventiva (art. 34, VII, c/c art. 36, III, da CF); além da edição de súmulas vinculantes (art. 103-A da CF) e da reclamação constitucional (art. 102, I, da CF). Também assume papel de relevância o recurso extraordinário, pois leva matéria de repercussão geral ao STF, que vem conferindo efeitos *erga omnes* em alguns votos, em uma tendência de abstrativização do controle incidental.

Ademais, verifica-se o uso de novos instrumentos voltados à tutela dos interesses transindividuais, cuja própria denominação foi trazida por uma das principais leis que regem tais interesses: Lei nº 8.078/1990 – CDC. O surgimento da tutela dos interesses difusos e coletivos se efetivou com a Lei nº 7.347/1985 – Lei da Ação Civil Pública, reconhecida como instrumento revolucionário no direito processual brasileiro. Desta forma, pode-se considerar que a LACP, o CDC e a própria Constituição da República de 1988 representam hoje um subsistema de tutela jurisdicional coletiva, imprescindível à defesa dos “novos” direitos difusos e coletivos, uma vez que a natureza individualista do Código Processual Civil não é mais adequada para essa finalidade.

A expansão da jurisdição constitucional acaba por conferir ao Poder Judiciário a prerrogativa de atuar de forma ativa, concretizando o conteúdo

da Constituição. A esse fenômeno tem-se dado o nome de “ativismo judicial”. Assiste-se a uma verdadeira reengenharia institucional do Poder Judiciário, que vem se fazendo de forma complexa.

Entretanto, apesar dos avanços instrumentais, falta ao direito constitucional do século XXI um método capaz de dar maior segurança às expectativas normativas de seus titulares, levando a sério seus direitos subjetivos, sem olvidar da segurança jurídica, evitando-se a banalização dos direitos fundamentais e seu uso abusivo.

Nessa perspectiva coloca-se o presente trabalho.

2 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais só encontram possibilidades reais de efetividade e concretização sob a égide do Estado Democrático de Direito, pois, não obstante o seu surgimento no século XVIII, não completaram o seu processo evolutivo, que, em termos sistêmicos, só se completa quando preenchidas três condições vinculadas reciprocamente: variação, seleção e reestabilização.

“A variação consiste em uma reprodução desviante dos elementos através dos elementos do sistema. Importa a emergência de elementos que se afastam do modelo de reprodução até então existente” (Neves, 2008, p. 2). A variação, por si só, não representa evolução sistêmica, pois o sistema pode reagir negativamente ao desvio, fortalecendo sua indiferença ou desenvolvendo formas próprias de adaptação. Porém, pode ocorrer a seleção de estruturas para possibilitar a continuidade da reprodução do elemento inovador. Mesmo assim, o processo evolutivo não se completa, impondo-se a reestabilização, como mecanismo que, no plano da formação do sistema como unidade de reprodução, vem assegurar à estrutura inovadora: duração e capacidade de resistência.

Sobre evolução na teoria dos sistemas de Luhmann:

A seleção das variações geradas em consequência de uma perturbação externa somente terá como resultado uma nova re-estabilização do sistema, se as novidades podem ser incorporadas dentro das características estruturais do sistema. Para a sociedade como sistema social na sua relação com o seu meio, a evolução se coloca da seguinte maneira: a variação modifica a comunicação como elementos do sistema. Traduzido para a sociedade isso significa a comunicação

(= elemento) comunica (= processo) comunicação nova e surpreendente (= elemento variado). A seleção diz respeito às estruturas do sistema, no caso da sociedade, às expectativas que conduzem a comunicação. A seleção procura os sentidos que prometem capacidade de formar estruturas, que são capazes de ser usado novamente, que são capazes de formar e condensar expectativas. A re-estabilização define o estado de um sistema em evolução após uma seleção, seja positiva ou negativa. (Mathis, 2010)

Nesse sentido, a reestabilização seria assegurada com a inserção de novas estruturas no complexo de estruturas já existentes. Isto significa que as estruturas inovadoras só terão capacidade de resistência se forem incorporadas como parte de uma unidade de reprodução autorreferencial, seja esta a sociedade como um todo ou um de seus subsistemas parciais. Destarte, a reestabilização como mecanismo evolutivo implica, em grau maior ou menor, que as estruturas preexistentes rearticulem-se para adequar-se às novas expectativas, possibilitando a continuidade dinâmica da sociedade.

Transportando a racionalidade sistêmica para o campo dos direitos fundamentais é possível inferir que, durante o século XVIII, foram compreendidos como “direitos naturais”; portanto, a defesa de que certo número de direitos preexiste ao próprio Estado, por resultarem da natureza humana, caracterizou-se como comunicação/comportamento desviante em relação ao modelo holístico de justificação da modernidade, que atribuía ao soberano e aos estamentos superiores prerrogativas em detrimento dos súditos, realizando-se, assim, a primeira fase do processo evolutivo: a variação.

A positivação dos direitos fundamentais caracterizou-se como forma de seleção do comportamento desviante, capaz de gerar novas estruturas, incorporando os “direitos naturais” à ordem jurídica e possibilitando a sua continuidade e reprodução. A partir de então, observou-se o surgimento do que parte da doutrina entende por gerações de direitos fundamentais, sendo a primeira composta pelos direitos civis e políticos, vinculados ao direito liberal; a segunda pelos direitos sociais, econômicos e culturais, bem como os direitos coletivos, introduzidos pelo Estado Social; a terceira que abrange os direitos difusos ou transindividuais, como o meio ambiente, a paz, o patrimônio cultural, etc.; e, até mesmo, a “quarta”, que envolveria o direito à democracia, à informação, biossegurança e ao pluralismo.

Essa distinção entre “gerações” dos direitos fundamentais é estabelecida, no presente estudo, apenas com o propósito de situar diferentes momentos em que esses blocos de direitos surgem de forma seletiva através de reivindicações acolhidas pela ordem jurídica, o que é extremamente útil para demonstração do processo evolutivo (em termos sistêmicos) dos direitos fundamentais.

Não obstante a variação e seleção da comunicação diferenciada dos direitos fundamentais, estes só poderiam alcançar a sua evolução completa quando assimilados pelo sistema do direito com estruturas operativas próprias, implicando, ainda, na reestruturação do sistema preexistente (Direito) de modo a adequar-se ao elemento inovador (direitos fundamentais). Assim, com o advento da Constituição da República de 1988 e o reconhecimento de sua força normativa, os direitos fundamentais passaram a ser autoaplicáveis⁸ e rígidos por uma dogmática própria, cujo acolhimento reorientou⁹ o funcionamento do Direito (constitucionalização do Direito), ocorrendo a sua reestabilização ao sistema jurídico.

Com esta reestabilização, surge uma nova forma operacional do Direito, que utiliza uma estrutura própria, reintegrada à preexistente, com o escopo de assegurar a realização otimizada da pluralidade de valores da sociedade pós-moderna, que são garantidos, precipuamente, por meio de normas principiológicas. É necessário salientar que nem todos os direitos fundamentais assumem a forma de princípio, mas também podem implicar em deveres definitivos, na forma de regra. Entretanto, esta nova forma de garantir os direitos fundamentais resultou em um ganho de complexidade do sistema jurídico, que passou a operar em consonância com essas novas estruturas. Ressalte-se que “o principal traço distintivo entre regras e princípios é a estrutura dos direitos que essas normas garantem” (Silva, 2009, p. 45).

Como resultado da evolução do sistema do direito surgem os princípios, definidos por Robert Alexy (2008) e Virgílio Afonso da Silva (2009) como “mandamentos de otimização”, significando que estes são realizados na

⁸ Conforme previsto no art. 5º, §§ 1º e 2º: “§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

⁹ Os princípios passam a orientar a aplicação e criação do direito, exemplificando: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, ao contrário do que acontece com as regras, que operam de forma binária observando a lógica do “tudo ou nada” (*all or nothing*), isto é, ou são subsumidas aos fatos ou não são aplicadas. A diferença básica entre regras e princípios é que, no caso das regras, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*.

Essa nova estrutura é capaz de transformar valorações externas em prescrições normativas, por meio de uma síntese de sentido, que ocorre dentro do sistema jurídico (procedimentalização) e possibilita responder as novas demandas do Direito, fundadas em questões éticas, políticas e econômicas, etc.

3 NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL

Inicialmente, é necessário fixar o conceito de norma, para então analisarmos as suas espécies, já que este novo conceito implica em um dos principais efeitos do direito constitucionalizado. Normas, portanto, são produtos da interpretação dos textos (exemplo: as normas gramaticais que podem ser extraídas a partir da leitura de um livro). A norma contém um “dever-ser”. Como tal, estabelece como deveria ser uma situação. Contrapõe-se às descrições, que se destinam a analisar a realidade como ela é. O direito destina-se a estabilizar expectativas de comportamento que não se adequam às frustrações, devendo ser estabilizadas de modo normativo. Isto é, seleciona comportamentos a partir dos dados da experiência e atribui caráter deontológico a esses tipos de comportamento, os quais deverão ser observados por todos, sob pena de uma consequência jurídica.

Nesse sentido, Friederich Müller¹⁰, ao discorrer sobre normatividade, norma e texto da norma, afirma que a normatividade pertence à norma segundo o entendimento veiculado pela tradição, isto é, não é produzida pelo seu texto, antes resulta de dados extralinguísticos de tipo estatal-social, do funcionamento efetivo e da atualidade concreta do ordenamento constitucional, perante motivações empíricas em sua área de atuação. Assim, não há como fixar todo o sentido da norma apenas em seu texto.

Gilmar Mendes (2009, p. 129) sintetiza:

Além disso, conclui Müller, mesmo no âmbito do direito vigente a normatividade que se manifesta em decisões práticas não está orientada, linguisticamente,

¹⁰ Apud MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 129.

apenas pelo texto da norma jurídica concretizada; muito pelo contrário, todas as decisões são elaboradas com a ajuda de materiais legais, de manuais didáticos, de comentários e estudos monográficos, de precedentes e subsídios do direito comparado, quer dizer, com a ajuda de numerosos textos que não são nem poderiam ser idênticos ao teor literal da norma e, até mesmo, o transcendem.

Da interpretação surge um dever-ser, ou seja, uma norma. Há três modalidades básicas de “dever-ser”, conhecidas como modais deontológicos: dever, permissão e proibição. Em geral, a maior parte das normas está ligada a um desses casos, embora existam outras modalidades, inclusive no âmbito dos direitos fundamentais, que permitam algo a alguém ou imponham um dever a outros.

Essa distinção entre texto e norma é extremamente importante na metódica atual e se coloca como verdadeiro nó central do novo paradigma constitucional. A “nova hermenêutica jurídica” tem como dogma a não identificação entre texto e norma; logo, não há no ordenamento jurídico soluções prontas e acabadas para cada problema.

A norma, portanto, é produzida pelos intérpretes. Interpretar o direito é uma relação ente duas expressões: a primeira, que porta uma significação que é o objeto da interpretação; e a segunda, denominada interpretação. O texto é um signo e para ter significado carece da ação de um sujeito cognoscente. Assim, o Professor e ex-ministro Eros Grau costumava utilizar um exemplo analógico muito elucidativo para este fenômeno: diz ele que as artes são autográficas ou alográficas, a prosa e a pintura são tipos de arte autográfica, no sentido de que, para obter emoção estética, não se necessita da intermediação de um intérprete. Lê-se um poema e frui-se, olha-se um quadro e obtêm-se imediatamente emoção estética. A completude da obra de arte se dá tão só pela ação do artista que escreveu ou pintou. Nas artes alográficas, para obter emoção estética necessita-se da mediação de um intérprete, a música e uma peça de teatro são apenas textos, ainda que se saiba ler uma partitura ou uma peça, a completude da arte não se transmite apenas pelos escritos, é necessária a ação do artista, que dá vida a este tipo de arte.

O eminente ex-ministro defende, nessa estrutura, que o direito é alográfico, porque o texto normativo não se completa apenas no sentido expresso pelo legislador. Segundo ele, a “completude” do texto somente é atingida quando o

sentido por ele expressado é produzido pelo intérprete, constituindo, assim, a norma.

A definição é extremamente importante, uma vez que, ao retirar do texto em si apenas o início e o limite do seu caráter normativo, considerando-o completamente adquirido apenas após o processo interpretativo, torna-se compreensível que um enunciado comporte uma ou várias normas (fenômeno que ocorre na interpretação conforme a Constituição), bem como é possível obter uma mesma norma mediante aglutinação de diferentes enunciados normativos (diálogo das fontes), ou, ainda, uma norma sem necessidade de recurso a um texto escrito. É o que ocorre em sede de atribuição de sentido a preceitos fundamentais. Mediante um procedimento interpretativo dialético, constrói-se uma norma para tutelar um direito fundamental, a exemplo do que ocorreu com o direito a união homoafetiva no Brasil, em 04.06.2011, por meio da ADIn 4277 e da ADPF 132, reconhecendo, por unanimidade, a união estável para casais do mesmo sexo.

4 ESPÉCIES NORMATIVAS: REGRAS, PRINCÍPIOS E POSTULADOS NORMATIVOS

A distinção entre regras e princípios é particularmente importante para a compreensão da aplicação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, pois, não obstante a intensa carga axiológica a que estão submetidas as normas que garantem esses direitos, algumas assumem forma de regra, outras de princípio. Cabendo ao intérprete identificar se é o caso de imposição de algo definitivo ou se é o caso de posições jurídicas a serem realizadas na medida de suas possibilidades fáticas e jurídicas.

Ressalte-se que a definição de princípios pode assumir diferentes conotações, as quais, caso mal empregadas, podem levar a conclusões contraditórias às premissas levantadas. Sob este enfoque destaca-se o critério da natureza normogenética dos princípios, cuja acepção indica que estes são o fundamento das regras, isto é, são “normas” que estão na base ou constituem a *ratio* das regras jurídicas. É evidente que o programa normativo deriva de estruturas do próprio ordenamento jurídico, mas isso não significa que todos estes programas imponham deveres definitivos. Assim, pode-se dizer que tanto as regras quanto os princípios derivam de princípios estruturantes, que são nas lições de J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 1173), “constitutivos e indicativos das idéias directivas básicas de toda a ordem constitucional”. Logo, o procedimento

de concretização e densificação dessas estruturas primeiras é que dá origem a dois tipos de programas normativos: regras e princípios.

Considerando esta premissa, a perspectiva adotada no presente trabalho é a preconizada por Robert Alexy (2008) e Virgílio Afonso da Silva (2009), onde “o principal traço distintivo entre regras e princípios é a estrutura dos direitos que essas normas garantem” (Silva, p. 45). No caso das regras, garantem-se direitos ou se impõem deveres definitivos, ao passo que, no caso dos princípios, são garantidos direitos ou são impostos deveres *prima facie*¹¹.

Entende-se que princípios são “mandamentos de otimização”, isso significa que são realizados na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, ao contrário do que acontece com as regras, que operam de forma binária, observando a lógica do “tudo ou nada” (*all or nothing*), isto é, ou são subsumidas aos fatos ou não são aplicadas. Se um direito é garantido por uma norma que tenha estrutura de uma regra, esse direito é definitivo, devendo ser realizado totalmente caso a regra seja aplicável ao caso concreto, pois, tratando-se de regras, é possível que haja uma exceção, ou, ainda, que fatores externos a tornem inaplicável. Por exemplo: a regra que proíbe a retroação da lei penal e sua exceção (retroagir sempre para beneficiar o réu: art. 5º, XL, da CRFB). Já no caso da atipicidade da conduta, pode-se falar em inaplicabilidade da regra, mesmo tendo ocorrido o fato por ela prescrito.

Tratando-se de princípios, não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige, pois, via de regra, essa realização é apenas parcial. Isso ocorre porque no caso dos princípios há uma diferença entre aquilo que é garantido *prima facie* e aquilo que é garantido definitivamente. Nessa linha é que se diz que, ao contrário do que acontece com as regras jurídicas, os princípios podem ser realizados em diversos graus. O objetivo é sempre chegar ao grau

¹¹ “Uma primeira característica importante que decorre do que foi dito até agora é o distinto caráter *prima facie* das regras e dos princípios. Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face de suas restrições e das possibilidades fáticas.” (Alexy, 2008, p. 103)

máximo de realização do Direito; no entanto, esse patamar dificilmente é alcançado, seja em virtude das condições fáticas¹² ou jurídicas ideais¹³.

No caso das regras, verifica-se que sua aplicação não depende das condições jurídicas do caso concreto, sendo, na maioria das vezes, aplicada em abstrato por meio de subsunção do fato à norma, enquanto que aos princípios aplica-se o sopesamento. Isso não significa que regras não careçam de interpretação para serem aplicadas; pelo contrário, toda norma é produto de uma interpretação, seja ela uma regra ou um princípio. A aplicação se dá sobre o produto da interpretação dos textos, dos dispositivos e da realidade fática; portanto, não é o texto que define a espécie normativa.

Percebe-se na doutrina a confusão entre dois momentos distintos¹⁴: o primeiro, de construção da norma; e o segundo, de sua aplicação. Seja regra ou princípio, sempre é necessário interpretar sistematicamente (Freitas, 2010) os enunciados normativos em conjunto com a realidade fática do caso concreto, avaliando-se os impactos da decisão, consultando estudos monográficos, precedentes e subsídios do direito comparado e internacional. Após este primeiro momento, verifica-se a possibilidade de ser algo definitivo ou *prima facie*. Parece se tratar de uma tarefa difícil sujeita a maniqueísmos de toda ordem, mas existem elementos capazes de balizar a definição, como bem sugere Humberto Ávila (2009) ao definir regras como normas imediatamente descritivas (definem no texto algo a ser cumprido) e princípios como imediatamente finalísticos (demandam uma avaliação da correlação entre um estado de coisas a ser promovido).

Não obstante a crítica feita por Ávila¹⁵ à “teoria dos direitos fundamentais” de Alexy, em nosso sentir, as propostas não são antagônicas, existe aqui apenas

¹² Por exemplo: ausência de recursos suficientes no fornecimento de certos medicamentos para a realização máxima do direito à saúde.

¹³ Possível colisão com outros princípios ou ausência de regulamentação.

¹⁴ Provavelmente esta confusão derive da aceção de Gadmer, ao afirmar que o “conhecimento do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso jurídico concreto não são dois atos separados, mas um processo unitário” (Gadmer, 2007, p. 315). Em nosso entendimento, o autor busca ressaltar o processo hermenêutico de construção/reconstrução dialética da norma, que se faz através do programa normativo (textos) e do setor normativo (realidade e compressões). Nesse sentido, não é objeto de sua investigação a estrutura de dever ser que esta norma irá assumir após o processo de construção (interpretação).

¹⁵ Humberto Ávila parte do pressuposto que regras também podem ser ponderadas. Logo, afirma que “o modo de aplicação das espécies normativas, se ponderação ou subsunção, não é adequado para diferenciá-las, na medida em que toda norma jurídica é aplicada por um processo de ponderação. [...]”

uma confusão entre momentos distintos: construção e aplicação da norma. Destarte, após a construção da norma, cabe ao intérprete verificar a possibilidade de aplicação, se algo deve ser cumprido em definitivo, quase que em identidade ao descrito no texto principal, trata-se de uma regra. Se, por ventura, houver outros bem jurídicos fundamentais de mesma hierarquia em conflito, ou não seja factível a plena aplicação do preceito da norma, algo deve ser imposto na maior medida possível, de forma otimizada, trata-se de um princípio. Essa “nova hermenêutica” sempre será acompanhada do dever de fundamentação das decisões, permitindo o controle da aplicação *in concreto*.

Observa-se pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 130) que o Tribunal conferiu natureza de regra aos direitos comunicativos: “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”. Assim, considerou que

os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras.

[...]

3. O capítulo constitucional da comunicação social como segmento prolongador de superiores bens de personalidade que são a mais direta emanção da

Registre-se que a distinção entre as espécies normativas com base no modo de aplicação e no modo de solução de antinomias também pode conduzir, de um lado, a uma trivialização do funcionamento das regras, transformando-as em normas que são aplicadas de modo automatizado e sem a necessária ponderação de razões. Mais que isso: essa distinção leva a crer que as regras não podem ser superadas, quando, em realidade, toda norma jurídica - inclusive as regras - estabelece deveres provisórios, como comprovam os casos de superação das regras por razões extraordinárias com base no postulado da razoabilidade. De outro lado, esses critérios de distinção, se não somados a critérios precisos de aplicação e de argumentação, podem conduzir, indiretamente, a um uso arbitrário dos princípios, relativizados conforme interesses em jogo” (Avila, 2009, p. 88).

dignidade da pessoa humana: a livre manifestação do pensamento e o direito à informação e à expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Transpasse da natureza jurídica dos direitos prolongados ao capítulo constitucional sobre a comunicação social. O art. 220 da Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição. A liberdade de informação jornalística é versada pela Constituição Federal como expressão sinônima de liberdade de imprensa. Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua exclusão, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. A expressão constitucional “observado o disposto nesta Constituição” (parte final do art. 220) traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da “plena liberdade de informação jornalística” (§ 1º do mesmo art. 220 da Constituição Federal). Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar

para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Silenciando a Constituição quanto ao regime da internet (rede mundial de computadores), não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação. (ADPF 130/DF, Rel. Min. Carlos Britto, J. 30.04.2009)

Nesse sentido, concluiu-se que, após o momento de construção da norma, consubstanciado no procedimento da ADPF 130, o Tribunal aplicou este “bloco de direitos” como uma regra, isto é, como um dever definitivo que não está sujeito à ponderação com os princípios do art. 5º, X (são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação), assegurando apenas a reparação do dano e o direito de resposta posteriores.

Considerando estes dois momentos distintos, construção e aplicação da norma, podemos solucionar outro problema na aplicação dos direitos fundamentais. Trata-se do conflito aparente entre regras e princípios. Aqui, o conflito é aparente porque a regra deve sempre prevalecer sobre o princípio, e em alguns casos isso pode aparecer de forma ofuscada, induzindo o intérprete em erro, ao confundir o texto e a norma.

Por vezes, existem ponderações que não deveriam ser feitas, pois existe uma regra para o caso concreto, resolvendo-se a questão no momento de aplicação da norma, tratando-se, portanto, de conflito aparente. Isso porque não há colisão propriamente dita, ocorre que o sopesamento é feito pelo legislador entre dois princípios que garantem direitos fundamentais, cujo resultado é o direito ordinário. Virgílio Afonso da Silva esclarece que trata-se de uma relação de restrição, devendo a regra sempre ser aplicada por subsunção e o exemplo mais claro disso é encontrado no direito penal, pois, para um fato ser típico, isto é, para que se preencha seu suporte fático (preceito primário), a fim de que se ative a consequência jurídica (preceito secundário), é necessário verificar: se o fato é típico (conduta, resultado, nexos de causalidade, tipicidade formal e conglobante), antijurídico (se estão presentes causas de exclusão da ilicitude) e culpável (se estão presentes causas de exclusão da culpabilidade); caso contrário, a regra não se aplica.

Um exemplo elucidativo é encontrado no caso “Gerald Thomas”

Ementa: *Habeas corpus*. Ato obsceno (art. 233 do Código Penal). 2. Simulação de masturbação e exibição das nádegas, após o término de peça teatral, em reação a vaias do público. 3. Discussão sobre a caracterização da ofensa ao pudor público. Não se pode olvidar o contexto em se verificou o ato incriminado. O exame objetivo do caso concreto demonstra que a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada e deseducada. 4. A sociedade moderna dispõe de mecanismos próprios e adequados, como a própria crítica, para esse tipo de situação, dispensando-se o enquadramento penal. 5. Empate na decisão. Deferimento da ordem para trancar a ação penal. Ressalva dos votos dos Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie, que defendiam que a questão não pode ser resolvida na via estreita do *habeas corpus*. (STF, *Habeas Corpus* nº 83.996-7, Rio de Janeiro, Rel. p/o Ac. Min. Gilmar Mendes, DJU 26.08.2005)

Gerald Thomas, diretor de teatro, foi vaiado em uma peça de teatro e, revoltado, mostrou as nádegas para o público. No caso, alegou-se que o comportamento estaria amparado pela liberdade de expressão, mas o Tribunal entendeu pela atipicidade da conduta, afastando aplicação da regra que proíbe o ato obsceno em peças de teatro, tendo em vista que a conduta seria atípica.

Outro caso emblemático é o “Caso Ellwanger”, no HC 82.424, julgado em 17.09.2003, Relator originário o Ministro Moreira Alves, Relator para o Acórdão o Ministro Maurício Côrrea, onde Sr. Ellwanger foi acusado de prática do crime de racismo contra o povo judeu, em razão do teor de sua obra “Holocausto – Judeu ou Alemão? Nos Bastidores da Mentira do Século”. Onde o cerne da questão era qualificar-se o autor como historiador revisionista ou definir a obra como conteúdo antissemita. O acórdão é bastante complexo, pois os ministros utilizam argumentos e redes conceituais muito diversas, mas, no que tange ao objetivo deste trabalho, nos interessa demonstrar que os Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio utilizaram o método da ponderação, chegando a resultados diversos, sendo que, em nosso entendimento, a questão deveria ser resolvida pela tipicidade da conduta de racismo, já que a ponderação foi realizada pelo legislador, o qual optou por tratar de questões étnicas fora do âmbito de proteção da liberdade de expressão.

Ao refletir acerca da necessidade, enquanto máxima parcial da proporcionalidade, o Ministro Gilmar Mendes expõe que “não há dúvida de que a decisão condenatória, tal como proferida, seja necessária, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz”. Entretanto, não demonstra alternativa alguma para demonstrar concretamente a impossibilidade de meio menos penoso e igualmente eficaz.

De outro giro, em trecho do voto, o Ministro Marco Aurélio afirma que, “à medida que se protege o direito individual de livremente exprimir as ideias, mesmo que estas pareçam absurdas ou radicais, defende-se também a liberdade de qualquer pessoa manifestar a própria opinião, ainda que afrontosa ao pensamento oficial ou ao majoritário”. Mais adiante, “avocar ao Judiciário o papel de censor não somente das obras dos próprios autores, responsabilizando-os, como sobretudo daquelas simplesmente editadas, enseja um precedente perigosíssimo”. E depois:

o Tribunal, à medida que venha a relativizar a garantia da liberdade de expressão, enquadrando como manifestação racista o livro de autoria do paciente, bem como as publicações de que fora editor, terminará por praticar função simbólica, implementando uma imagem politicamente correta perante a sociedade. Estaríamos, então, diante de uma hipótese de “jurisprudência simbólica”, sobressaindo a defesa do pensamento antinazista, quando em jogo se faz, isto sim, a liberdade de expressão, de pensamento, afim de opinião política.

Logo, verificamos que eventuais condutas típicas não podem ser sopesadas com direitos fundamentais¹⁶, pois são regras, sendo certo que o sopesamento foi feito pelo legislador. Cabe apenas analisar se há ou não o preenchimento do suporte fático. Esse cuidado garante o princípio democrático, respeitando-se a separação dos poderes e a autoridade do Poder Legislativo.

Outro caso de conflito aparente entre regras e princípios é encontrado no controle de constitucionalidade da lei, onde a regra ou é aplicada no caso concreto, ou é declarada inconstitucional, e, a depender do tipo de controle, retirar-se-á a eficácia da regra, afastando um dos sentidos da norma que não

¹⁶ Outra questão é bem ventilada na ADPF 187/DF, Relator Ministro Celso de Mello, 15.06.2011, onde poderia se visualizar o conflito entre liberdade de expressão e apologia às drogas (art. 287 do CP); logo, considerando o contexto, afasta-se a tipicidade, mas não há de se dizer que apologia está inserida no suporte fático da liberdade de expressão.

esteja conforme a Constituição. Aqui, não se afasta a incidência da regra em virtude de um princípio. O que alguns chamam de “derrotabilidade”¹⁷ da regra ou prevalência do “princípio da dignidade da pessoa humana”, ou, ainda, de equidade (justiça do caso concreto), não existe. Trata-se de controle da constitucionalidade da regra.

Boa parte da doutrina clássica sustenta que os princípios constituem base de todo o ordenamento jurídico, de onde provém todas as regras. Assim, os princípios assumem o caráter essencial de fonte do Direito. Segundo Celso Antonio Bandeira de Melo (2001), “princípio” seria um “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele”. Segundo esta corrente, entre regras e princípios há uma diferença de grau. A partir dessa ideia, há aqueles que sustentam que a distinção entre ambos seria o grau de importância: princípios seriam as normas mais importantes de um ordenamento jurídico, enquanto as regras seriam aquelas normas que concretizam esses princípios. Porém, há também aqueles que partem de uma diferenciação pelo grau de abstração e generalidade: princípios seriam mais abstratos e gerais, ao passo que as regras seriam mais objetivas e específicas.

Essa distinção amplamente difundida na seara do direito público apresenta inconsistências, uma vez que a doutrina clássica parte de outro conceito de norma, identificando-a com o texto dos dispositivos legais. Desse modo, terminam por desconsiderar a latente indeterminação das regras e acobertando seu conteúdo valorativo, transformando-as em normas de segunda categoria, pela sua pretensa determinação e pela suposta neutralidade valorativa. Ora, toda norma é veiculada por meio da linguagem, sendo em alguma medida indeterminada, além de que sua construção sempre pressupõe uma interpretação, por mínima que seja. Ademais, toda norma, seja regra ou princípio, serve a realização de certos valores que o legislador optou por proteger.

De outro lado, ao afirmar que princípios são normas de elevado grau de abstração e generalidade e que, por isso, exigem uma aplicação altamente subjetiva, cria-se uma contradição à própria teoria, pois insistir que prescrições normativas, como anterioridade, não cumulatividade, proibição da prova ilícita, moralidade, autotutela, impessoalidade, primazia da realidade, *in dubio pro reu*, oficialidade, indisponibilidade da ação penal, são princípios é incidir em erro, pois, na verdade, tratam-se de regras.

¹⁷ FIGUEROA, Alfonso García. *Princípios e direitos fundamentais*. In: Sarmento, 2007, p. 3.

Nesse sentido, sábia é a crítica de Humberto Ávila, (2009, p. 85) ao afirmar que

a inconsistência semântica traz implicações no plano sintático: muitos autores que definem princípios como aquelas normas portadoras de propriedades específicas (elevado grau de abstração e generalidade) insistem em qualificar de “princípios” normas que não tem aquelas propriedades. Ora, se *princípio* é definido como uma norma de elevado grau de abstração e generalidade e que, por isso, exige uma aplicação com elevado grau de subjetividade, pergunta-se: a prescrição normativa permitindo o abatimento, do imposto sobre produtos industrializados a pagar, do montante incidente nas operações anteriores pode ser considerada um princípio? A prescrição normativa que exige a publicação de lei que instituiu ou aumentou um imposto até o final do exercício anterior ao da cobrança pode ser considerada um princípio? A prescrição normativa que proíbe o legislador de tributar fatos ocorridos antes da edição da lei pode ser considerada um princípio? A proibição da utilização de prova ilícita pode ser considerada um princípio? Claro que não. Onde estão as referidas propriedades de elevado grau de abstração e generalidade no caso da norma que exige anterioridade para instituição ou aumento de imposto, por exemplo? Elas não estão presentes em lugar algum.

Os postulados normativos não possuem caráter deontológico; logo, não são aptos a criar direitos e obrigações na vida civil. Assim, muitos negam sua qualidade de norma jurídica. Humberto Ávila afirma que são meta-normas, isto é, normas sobre como aplicar outras normas. Os postulados por vezes aparecem na doutrina como sendo manifestações objetivas dos princípios de direitos fundamentais, a exemplo do que ocorre, proporcionalidade, considerada manifestação objetiva do devido processo legal. Outros postulados são oriundos da doutrina dos mais variados ramos do Direito, como: lesividade, insignificância, intervenção mínima (direito penal); unidade da constituição, concordância prática, efeito integrador, máxima efetividade (direito constitucional); proteção

do trabalhador, primazia da realidade, continuidade da relação de emprego (direito do trabalho).

Portanto, a qualificação de meta-norma não é incompatível com o entendimento de norma como produto de interpretação dos textos, pois entende-se que os postulados são produtos de uma interpretação sistemática do Direito, levando em conta as finalidades e os objetivos da norma, servindo de instrumentos que balizam a interpretação e aplicação do Direito.

Nesse sentido Humberto Ávila (2009, p. 181) define:

Os postulados normativos são normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações de elementos com base em critérios. Alguns postulados aplicam-se sem pressupor a existência de elementos e critérios

5 ÂMBITO DE PROTEÇÃO JUSFUNDAMENTAL

Os direitos fundamentais, por sua natureza materialmente aberta e abstrata, traduzem valores, opções políticas e bens jurídicos inerentes a uma sociedade pluralista e democrática, que por vezes entram em colisão. Isso ocorre porque não há uma única ideologia, assentada no texto constitucional, capaz de orientar o comportamento social.

No Estado Democrático de Direito do século XXI todos os grupos e etnias recebem a proteção da Carta Magna¹⁸, sendo que esta proteção é conferida *prima facie*¹⁹, uma vez que todos estes valores são de mesma hierarquia. Sendo assim, faz-se necessário o arranjo de outros elementos essenciais para determinar o

¹⁸ O pluralismo é um dos fundamentos da República: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] V – o pluralismo político”. E também um de seus objetivos: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

¹⁹ Isto é, não são protegidos de forma definitiva e absoluta, mas de modo otimizado, diante das possibilidades jurídicas e fáticas. Isso significa, em outros termos, que a proteção conferida pelos direitos fundamentais pode ser restringida, de acordo com o peso de cada princípio no caso concreto. Ressalvados os aqueles que assumem forma de regra, como o art. 5º, III (ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante).

conteúdo juridicamente garantido e a própria estrutura deontológica derivada das normas de direitos fundamentais.

A estrutura lógica de uma norma de direito fundamental, na sua considerável maioria, é diferente daquela utilizada para a aplicação do direito ordinário. Destarte, o método silogístico não é capaz de definir *o que* é protegido, *contra o que* algo é protegido e *como deve ser* garantido um direito fundamental. O “momento descritivo” e o “momento normativo” não podem ser fixados de forma geral e abstrata para cada direito previsto no texto constitucional. O Professor José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 449) pontifica:

O facto de um determinado comportamento, situação ou coisa serem descritos como fazendo parte do âmbito ou sector da realidade social considerada como referente de um direito fundamental aponta, numa primeira aproximação das coisas, (*prima facie*) para sua integração no âmbito de proteção. Daí não se segue necessariamente que esse comportamento, situação ou coisa sejam recortados, em termos jurídico-constitucionais, como um conteúdo de um direito juridicamente garantido. Veja-se o exemplo dos *graffiti* e dos *sprayrs*. Dizer-se que eles entram no sector da realidade social descrito como arte não implica, necessariamente, que sejam protegidos como tal. A lei pode vir a considerar como parcialmente censurável, seja a que título for, a impregnação de desenhos ou outros sinais em edifícios públicos ou privados. Por aqui se vê já que o conteúdo juridicamente garantido está estritamente associado às *mediações jurídicas* feitas em torno de um direito fundamental em concreto.

O âmbito de proteção de um direito fundamental situa-se no momento descritivo da norma, uma vez que descreve determinados setores, pretensões ou bens da realidade social. O direito à vida refere-se à vida humana; o direito à inviolabilidade de domicílio diz respeito à casa, morada ou habitação; a liberdade de comunicação corresponde às cartas, aos telefonemas, às mensagens, à imprensa, etc. Nesse ponto, existem divergências doutrinárias acerca da definição deste âmbito de proteção. A depender da teoria que adote esses setores, pretensões ou bens da realidade social serão excluídos *a priori* da proteção da norma.

É o que prega a teoria interna, ou dos limites imanentes²⁰, onde o âmbito de proteção dos direitos fundamentais é previamente delimitado, ou seja, não é toda e qualquer posição jurídica que encontra amparo na proteção jusfundamental. Felipe de Paula (2010, p. 255) esclarece que:

Essa delimitação é, para significativa parcela de seus defensores, calcada em critérios abstratos de intuição ou evidência, que almejam alcançar ou defender a essência de determinado direito fundamental, ainda que o mesmo seja visto como inserido no ordenamento como um todo e dependente, pois, das definições de suas fronteiras para uma apropriada coexistência jusfundamental. O que se encontrar fora dessa configuração não é assegurado, em definitivo e de uma só vez, pela hipótese normativa.

Um dos principais defensores desta corrente é Vieira de Andrade (2004, p. 294), que faz uso de argumentos duvidosos para excluir certas posições da proteção diferenciada. Senão vejamos:

Por exemplo, terá sentido invocar a liberdade religiosa para efectuar sacrifícios humanos ou, associada ao direito de contrair casamento, para justificar a poligamia ou a poliandria? Ou invocar a liberdade artística para legitimar a morte de um actor no palco, para pintar no meio da rua, ou para furtar o material necessário à execução de uma obra de arte? Ou apelar ao direito de propriedade para não pagar impostos ou ao direito de educar os filhos para os espancar violentamente? Ou invocar a liberdade de reunião para utilizar um edifício privado sem autorização, ou a liberdade de circulação para atravessar a via pública sem vestuário?

Aceitando-se a proposta de limitação imanente, como então formulada, deflui que: (i) não há possibilidade de restrição ao direito; (ii) não há suporte fático amplo, uma vez que este se identifica com o âmbito de proteção do

²⁰ Os limites imanentes correspondem a ideia de que o processo de definição dos limites de cada direito é algo interno a eles. A fixação desses limites, por ser um processo interno, não é definida nem influenciada por aspectos externos, não se fala em *colisão de direitos fundamentais*, estes são considerados absolutos e insuscetíveis de restrição. Sua estrutura seria semelhante a das regras.

direito; (iii) há delimitação em ato único e não se consideram variáveis fáticas ou jurídicas. Com efeito, verifica-se que o conceito de suporte fático restrito é idêntico ao de limites imanentes. É possível extrair essa conclusão a partir das lições de Virgílio Afonso da Silva (Silva, 2009, p. 82):

São várias as estratégias e os conceitos a que os autores recorrem para definir o conteúdo do suporte fático restrito, ou seja, para excluir, de antemão, determinadas condutas do âmbito de proteção de alguns direitos fundamentais. Em geral, todos eles costumam ter pelo menos dois pontos em comum: (a) a busca pela essência de determinado direito ou determinada manifestação humana; (b) a rejeição da ideia de colisão entre direitos fundamentais. As estratégias mais importantes são: (1) a interpretação histórico-sistemática; (2) a delimitação do âmbito da norma, sobretudo na versão desenvolvida por Friederich Müller; e (3) a fixação de uma prioridade estanque das liberdades básicas, na forma como proposta por John Rawls.

No que concerne ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais, a questão precisa ser melhor definida na doutrina brasileira. As críticas ao modelo de limitação imanente são maciças, pois em um Estado Democrático de Direito, centrado em uma sociedade cosmopolita e em constante evolução, excluir ações, estados ou posições jurídicas da proteção jusfundamental (supralegal), sem que seja feito um exame detalhado, mediado por um procedimento dialético-argumentativo, é, sem dúvida, violar a Constituição, principalmente se considerarmos o aspecto contramajoritário dos direitos em questão. Ações de grupos minoritários, excluídos do processo político, perderiam força sob a retórica polida do autoritarismo conservador. Comportamentos inovadores ou revolucionários seriam objeto de forte reprimenda estatal, o contrassenso com o próprio instituto de direitos fundamentais seria evidente.

De outro lado, em um âmbito de proteção extremamente alargado, que incluía “toda ação, estado, ou posição jurídica que tenham qualquer característica que, isoladamente considerada, faça parte do âmbito temático ou do âmbito da vida de um determinado direito fundamental” (Silva, 2009, p. 72), questões relevantes se apresentariam. Abre-se espaço para o abuso, o agir sem direito, pois, a partir de uma norma hierarquicamente superior, com núcleo duro

protegido pelas cláusulas pétreas, destruir-se-ia o direito ordinário sob a retórica da jusfundamentalidade, colocando a própria democracia em risco.

Em alguns casos, também não faz sentido alargar-se um direito para depois restringi-lo; estar-se-ia movimentando a máquina judiciária com pretensões irreais, completamente desarrazoadas em detrimento da própria eficiência da Administração Pública. Ademais, nem todos os direitos fundamentais são garantidos *prima facie*, alguns assumem a forma de regra, impondo deveres definitivos, a exemplo do art. 5º, LVI: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; [...]”. Aqui o âmbito de proteção é estritamente normativo, isto é, já foi definido pelo próprio constituinte.

Um modelo constitucionalmente adequado²¹ deve considerar as opções políticas do legislador constituinte originário, que conferiu um amplo catálogo de direitos fundamentais, com enunciados normativos diferenciados e, ainda, dotando o regime geral de cláusula de aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º), de abertura à materialidade jusfundamental (art. 5º, § 2º) e proteção do núcleo essencial (art. 60, § 4º, IV). Outrossim, deve-se considerar também a opção por um sistema misto de controle da constitucionalidade que permite a “derrotabilidade” de um ato normativo contrário à ordem constitucional por qualquer magistrado, a modulação dos efeitos no controle concentrado e, até mesmo, a possibilidade eficácia *erga omnes* em controle difuso.

Nesse sentido é a proposta de Gilmar Ferreira Mendes (2009), que, inspirado no modelo desenvolvido por Pieroth e Schlink, estabelece, para alguns casos, o âmbito de proteção estritamente normativo. Para o eminente Ministro, o âmbito de proteção é delimitado pelo próprio texto constitucional em diversas circunstâncias, como:

Art. 5º da CRFB:

XXVI – a pequena propriedade rural, assim *definida em lei, desde que* trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

²¹ Expressão usada por Konrad Hesse (In: Canotilho, 2003).

XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros *pelo tempo que a lei fixar*;

XXVIII – são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.

XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, *atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*;

[...]

XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, *vedada a de caráter paramilitar*;

[...].²² (grifos nossos)

Nesses casos, o constituinte utiliza expressões como: “nos termos da lei”; “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer”; “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, etc. Aqui, pode-se dizer que há incompatibilidade entre a teoria de Alexy, moldada para a Constituição alemã, e a nossa Constituição da República, pois, como a restrição foi imposta pelo poder constituinte originário, não há possibilidade de avaliar se a “fundamentação constitucional para essa intervenção” é justificável ou não, ela simplesmente deve ser observada, trata-se de um limite imanente, situado no momento descritivo da norma.

Nos casos em que o âmbito de proteção é normativo, cabe apenas o controle de constitucionalidade da restrição ou da proteção deficiente da legislação ordinária. Afere-se, em concreto ou em abstrato, se a atividade do legislador

²² Nesses casos, o legislador constituinte originário definiu o que é protegido, o modo de exercício, e/ou atribuiu ao legislador ordinário o poder de restringir ou conformar direitos fundamentais, a intervenção estatal é deslocada para o âmbito de proteção do direito fundamental; há, portanto, uma delimitação imanente.

ordinário está de acordo com a Constituição, fazendo uso dos postulados da proporcionalidade²³, concordância prática²⁴, unidade²⁵ e interpretação conforme a Constituição²⁶.

Observa-se que a proposta de âmbito de proteção estritamente normativo situa-se em posição intermediária entre a teoria de limitação imanente e a teoria externa de restrições a direitos fundamentais. Há, portanto, um deslocamento da intervenção estatal para o âmbito de proteção do direito, sem que haja possibilidade do controle da fundamentação constitucional para esta restrição, uma vez que foi estabelecida pelo poder constituinte originário.

Há, no entanto, direitos fundamentais mais abstratos, tais como: vida, liberdade, igualdade, segurança, meio ambiente ecologicamente equilibrado, liberdade de expressão, autodeterminação, etc., em que o âmbito de proteção não é balizado pelo legislador constituinte originário. Nesses casos, a doutrina sugere que isso seria aferível apenas em concreto, caso a caso, considerando as possibilidades fáticas e outros bens constitucionalmente protegidos. Assim, utilizam a teoria externa, para a qual o direito fundamental guarda íntima relação com suas restrições. A primeira vista haveria um direito ilimitado, que seria restringido a depender do caso concreto, dando origem a um direito definitivo, e para se compreender esta proteção seria preciso compreender o conceito de suporte fático amplo.

²³ O exame da proporcionalidade envolve o método trifásico da *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*. Assim, nas lições de Robert Alexy, a adequação diz respeito ao meio utilizado para a persecução do fim desejado. Na análise da necessidade perquirir-se se há um mais suave ou menos restritivo. Na proporcionalidade em sentido estrito, formula-se uma lei de ponderação, ou seja, custo benefício, no sentido de que “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção”, ou seja, quanto mais se restringir um direito fundamental maior deverá ser a proteção conferida ao direito fundamental colidente, de modo que seja sempre preservado o seu núcleo essencial do direito restringido - limite dos limites.

²⁴ Concebido por Konrad Hesse, impõe-se que na interpretação da Constituição “os bens constitucionalmente protegidos, em caso de conflito ou concorrência, devem ser tratados de maneira que afirmação de um não implique o sacrifício do outro, o que só se alcança na aplicação ou na prática do texto”.

²⁵ Para Konrad Hesse, “[...] uma disposição constitucional não pode ser considerada de forma isolada nem pode ser interpretada exclusivamente a partir de si mesma. Ela está em uma conexão de sentido com os demais preceitos da Constituição, a qual representa uma unidade interna”.

²⁶ “Só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco.” (STF, ADIn 1.344-1/ES, Medida Liminar, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves)

6 O SUPORTE FÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A ideia central de suporte fático foi inicialmente formulada por Pontes de Miranda (1983, tomo I, p. 3), ao afirmar que, para ser ativada uma consequência jurídica no plano do “dever-ser”, era necessária a ocorrência de uma hipótese, composta por fatos ou atos do mundo que são descritos por determinada norma. Em sua obra, o autor fazia a distinção entre suporte fático abstrato e suporte fático concreto, sendo que, para a ocorrência do segundo, deveria ser implementado o primeiro. Em abstrato, o conceito nos faz entender que o suporte fático é formado pelo conjunto de elementos fáticos que a norma jurídica, em abstrato, prevê e a ele imputa determinada consequência; já, em concreto, conduz a ideia da real ocorrência, no mundo da vida, dos fatos ou atos que a norma jurídica juridicizou. Para o presente trabalho o sentido adotado é o de suporte fático em abstrato.

O conceito de suporte fático é pouco utilizado em direito constitucional, talvez porque antes do processo de redemocratização do Estado brasileiro esse ramo específico destinava-se quase que na sua totalidade ao estudo da organização estatal, tratando de temas como: definição de competências legislativas, regime tributário e administrativo. No Governo Sarney (anos 90), a Suprema Corte intensifica os exames de controle da constitucionalidade, precipuamente no que tange ao ajuste da legislação federal à Constituição, mas os casos recorrentes eram tributários, previdenciários e de funcionários públicos, o que perdurou por longos anos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Sob o Governo do Presidente Collor, houve intensa crise política, cabendo ao Supremo Tribunal Federal delimitar os poderes do Executivo, do Legislativo e até mesmo os seus; logo, a jurisprudência pautou-se pela regulação das medidas provisórias e do plano real. Posteriormente, no Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, as questões giravam em torno das privatizações e do plano econômico, etc.

Só com a estabilização política e econômica, a qual se deu após mais ou menos 15 anos, é que houve movimentação da jurisprudência na defesa e garantia de direitos fundamentais. Assim, só após a concretização de um regime democrático formal é que se iniciou a busca por uma democracia material, cuja construção passa, necessariamente, pelo respeito e fomento aos direitos fundamentais.

Destarte, o uso de um conceito de suporte fático limitava-se quase que com exclusividade ao direito penal, com suas construções doutrinárias acerca

da tipicidade. Em direito tributário, conceitos semelhantes se apresentavam em formulações concernentes à regra matriz de incidência tributária (Carvalho, 2007), que na construção da norma leva em consideração dois momentos distintos: o antecedente formado por recortes da realidade fática e o conseqüente formado pela consequência jurídica decorrente da subsunção destes fatos à norma, dotada de um dos modais de deônticos de permissão, proibição ou obrigação.

Em linhas gerais, o suporte fático é formado por aqueles fatos, atos e estados do mundo da vida que são descritos por determinada norma e para cuja realização ou ocorrência se prevê determinada consequência jurídica. Preenchido o suporte fático, ativa-se a consequência jurídica. Existem pontos de contato entre as teorias que utilizam esse tipo de instituto, pois é comum que se pergunte se esse ou aquele fato, ato ou estado é protegido por essa ou aquela norma que garante um direito fundamental, ou se essa ou aquela ação estatal configura, ou não, uma intervenção nesse âmbito de proteção.

No caso dos direitos fundamentais, também é comum identificar o conceito de suporte fático com o âmbito de proteção da norma, o que prejudica a análise da consequência jurídica, pois não se avalia a intervenção estatal nos atos, fatos ou bens jurídicos protegidos pela norma. Ademais, nessa seara, também é comum associar a ideia de suporte fático amplo à possibilidade de restrição e a de suporte fático restrito à teoria dos limites imanentes (impossibilidade de restrição), o que não é adequado ao modelo proposto pela Constituição da República, pois, em alguns casos, o constituinte originário optou por intervir neste âmbito (estritamente normativo) e em outros não. Com efeito, mesmo que o âmbito de proteção seja fixado pelo legislador, sempre haverá a possibilidade de restrição, desde que observada a proporcionalidade.

Segundo o Professor Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 72), pautado na doutrina de Robert Alexy tratando-se de direitos fundamentais, a definição de suporte fático passa pela análise de quatro perguntas: (1) O que é protegido? (2) Contra o que? (3) Qual é a consequência jurídica que poderá ocorrer? (4) O que é necessário ocorrer para que a consequência possa também ocorrer?

Ao contrário do que se poderia imaginar, a resposta que define o suporte fático não é apenas a resposta à primeira pergunta. Quando se fala, portanto, que “todos são iguais perante a lei”, não é a definição do que é protegido – a igualdade – suficiente para definir o suporte fático. Aquilo que é protegido é apenas uma parte – com certeza a mais importante – do suporte

fático. Essa parte costuma ser chamada de âmbito de proteção do direito fundamental. Mas para configurar o suporte fático é necessário um segundo elemento – e aqui entra a parte contra-intuitiva: a intervenção estatal. Tanto aquilo que é protegido (âmbito de proteção) como aquilo contra o qual é protegido (intervenção, em geral estatal) fazem parte do suporte fático dos direitos fundamentais. Isso porque a consequência jurídica – em geral, a exigência de cessação de uma intervenção – somente pode ocorrer se houver uma intervenção nesse âmbito.

Assim, o suporte fático dos direitos fundamentais é composto por determinados setores, pretensões ou bens da realidade social, que sofrem determinada intervenção estatal no sentido de restringir ou fomentar esses elementos, ou, ainda, de criar condições para a sua implementação.

Ressalte-se que esta intervenção estatal nem sempre é restritiva, muitas vezes ela é feita no sentido de completar (conformar), densificar e concretizar um direito fundamental. Por exemplo:

Art. 5º [...]

[...]

XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

[...]

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.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...].

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

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.

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

[...]. (Constituição da República de 1988 – CRFB)

Partindo da premissa de que o suporte fático “são os elementos que, quando preenchidos, dão ensejo à realização do preceito da norma de direito fundamental”, é ainda necessário que *não haja* fundamentação constitucional para a intervenção, isto é, justificação composta de argumentos de índole constitucional. Se houver, estar-se-á diante não de uma violação, mas de uma restrição constitucional ao direito fundamental, o que impede a ativação da consequência jurídica (declaração de inconstitucionalidade e retorno ao *status quo ante*), cabendo tão somente o exame da proporcionalidade da restrição.

Em lógica formal, o modelo seria representado da seguinte forma:

$$(x) (APx \wedge \neg FC (IEx) \leftrightarrow OCJx)^{27}$$

Assim, para se extrair algum efeito jurídico de direitos fundamentais (x) cuja norma assume natureza principiológica, é necessário definir quais os atos, estados, posições ou bens jurídicos fazem parte de seu âmbito de proteção (APx), qual é a intervenção estatal nesse âmbito (IEx), como, por exemplo: restrições diretamente constitucionais, reserva legal, reserva legal qualificada ou restrições por legislação infraconstitucional, atos administrativos, bem como eventuais omissões do Estado. Depois, é preciso verificar quando tal intervenção não é fundamentada constitucionalmente (FC (IEx)), por exemplo: é desarrazoada, desproporcional, existe vício de competência ou proteção deficiente; para, então, definirmos qual a consequência jurídica que deverá ocorrer, se cessação de uma intervenção em x (liberdades fundamentais e abstenção estatal) ou a exigência de uma ação estatal para concretizar o direito (direitos à prestações);

²⁷ Modelo desenvolvido por Virgílio Afonso da Silva, inspirado em Martin Borowski e Robert Alexy (Silva, 2009, p. 72).

pois, se houver justificativa constitucional, estaremos diante de uma restrição compatível com o sistema.

É necessário salientar que em se tratando de direitos fundamentais de prestação, ou seja, aqueles que necessitam de uma ação estatal para que sejam garantidos, como os direitos sociais, por exemplo, o suporte fático será composto por variáveis diferentes, pois nesse caso proteger significa realizar. Portanto, o âmbito de proteção será composto de ações que em maior ou menor grau fomentem a realização desse direito, o que torna o exame bem mais complexo, tanto em virtude da legitimidade do Judiciário para atuar no mérito administrativo quanto pelos infundáveis meios de realizar esses direitos (construção de escolas, aumento dos salários de professores, tempo integral, etc., no caso de proteção do direito à educação). A intervenção estatal será no sentido de completar, densificar e concretizar. Já quanto à fundamentação constitucional, esta deve ser no sentido de justificar a omissão total ou parcial (reserva do possível, falta de previsão orçamentária, etc.), e a consequência jurídica será o dever de realizar, isto é, uma ação positiva.

Se proteger “direitos sociais” implica uma exigência de ações estatais, a resposta à pergunta “O que faz parte do âmbito de proteção desses direitos?” tem que, necessariamente, incluir ações. “Proteger direitos”, nesse âmbito, significa “realizar direitos”. Por isso, pode-se dizer que o âmbito de proteção de um direito social é composto pelas ações estatais que fomentem a realização desse direito.

Também o conceito de intervenção estatal precisa ser invertido. No caso da dimensão negativa das liberdades públicas, “intervir” significa agir de forma restritiva ou reguladora no âmbito de proteção de uma liberdade. Aqui, na esfera dos direitos sociais, é justamente o contrário: “intervir”, nesse sentido, é não agir ou agir de forma insuficiente.

O último elemento do suporte fático, ligado ao conceito de intervenção, é a sua fundamentação constitucional. A única diferença, aqui, em relação ao que foi exposto no âmbito das liberdades públicas reside no fato de que

o que se tem que fundamentar não é uma ação, mas uma omissão ou, alternativamente, uma ação insuficiente. (Silva, 2009, p. 77)

7 O MODELO DE SUPORTE FÁTICO PROPOSTO: ÂMBITO DE PROTEÇÃO NORMATIVO OU MATERIAL, INTERVENÇÃO ESTATAL COM OU SEM FORÇA NORMATIVA E CONTROLE DOS POSTULADOS

As críticas à teoria externa são prudentes, principalmente no que diz respeito à proteção de atos, estados ou bens que ofendem o ordenamento jurídico sistematizado, mas podem ser contornadas na medida em que reduzimos o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, sem que, no entanto, exclua-se a possibilidade de ponderação de bens e colisão entre direitos fundamentais.

Esta operação é uma tarefa metódica, cujas regras não apresentam qualquer modificação substancial relativamente ao procedimento metódico geral de concretização de normas constitucionais. Exs.: (i) perante uma lei eventualmente restritiva da liberdade profissão é necessário delimitar o âmbito de proteção da norma consagradora desta liberdade, e, através deste procedimento delimitador, concluir que os bens protegidos por essa norma abrangem apenas atividades lícitas (mesmo se elas forem económica, social e culturalmente neutras ou irrelevantes), ficando de fora do âmbito de protecção as actividades ilícitas (passador de droga, prostituição contrabandista); [...]. (Canotilho, 2003, p. 1275)

Nesse sentido, segundo nossa proposta, estariam excluídas do *Tatbestand*: (i) o crime, analisado sob a ótica do conceito analítico de crime²⁸; (ii) o ato ilícito²⁹; e (iii) o abuso de direito³⁰.

²⁸ Toledo, 1994, p. 80; e Prado, 1999, p. 135.

²⁹ Art. 186 do novo Código Civil, *in verbis*: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

³⁰ Art. 187 do novo Código Civil, *in verbis*: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Ademais, quanto às novas pretensões, ações ou estados, que não estão positivados como direitos fundamentais, mas que, pelo seu conteúdo e importância, assemelhar-se-iam aos direitos fundamentais, merecendo proteção diferenciada (art. 5º, § 2º, da CRFB), é necessário muita cautela, pois uma exclusão apriorística poderá implicar em violação ao um direito fundamental sem que haja o controle argumentativo necessário e, de outro lado, pode abrir espaço para o abuso, o agir sem direito, pois, a partir de uma norma hierarquicamente superior, com núcleo duro protegido pelas cláusulas pétreas, destruir-se-ia o direito ordinário sob a retórica da jusfundamentalidade, colocando a própria democracia em risco.

Destarte, propomos uma divisão do *tatbestand*, mais precisamente entre âmbito de proteção formal e material, bem como intervenção estatal e intervenção estatal sem força normativa. Nessa perspectiva, o primeiro modelo seria aplicável ao catálogo de direitos fundamentais positivados, já o segundo aos direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição.

Assim, para que determinados setores, pretensões ou bens da realidade social, não previstos como direitos fundamentais, mas a eles equiparados pela cláusula de abertura do art. 5º, § 2º, da CRFB, possam merecer a proteção jusfundamental, ingressando no bloco de constitucionalidade, deverão submeter-se ao debate prévio destinado ao consenso³¹.

Isto quer dizer que deverá haver intervenção estatal sem força normativa, composta de discussões relevantes sobre direitos humanos e de gênero em entidades estatais ou paraestatais, como: fóruns de debate da sociedade civil, ONGs, partidos políticos, entidades religiosas, audiências públicas nas Assembleias Legislativas, Congresso Nacional, Ministério Público, Defensoria Pública; bem como a nível internacional no âmbito da ONU e demais organizações internacionais/intergovernamentais (declarações, convenções, protocolos). Essas conclusões pressupõem a discussão intersubjetiva anterior à instância judiciária, fornecendo substratos que apontam para a real necessidade de uma proteção diferenciada do que se pleiteia, manifestando-se, por exemplo, em tratados internacionais, protocolos facultativos, instruções normativas e notificações elaboradas pelos órgãos de controle e fiscalização do Estado; compondo o âmbito de proteção material de “novos direitos fundamentais”, evitando o abuso sem violação.

³¹ Essa é a perspectiva de uma teoria do discurso nos moldes propostos por Jurgen Habermas (Habermas, 2003).

Nesse sentido, o produto dessas discussões prévias serviria como indício de fundamentalidade, formando uma espécie de “corpo de delito” jusfundamental, hábil a compor um âmbito material de proteção. A materialidade dessas novas pretensões, ações ou estados, que não estavam positivadas como direitos fundamentais, mas que, pelo seu conteúdo e importância, assemelhar-se-iam a eles, seria aferida pelo produto dessas discussões prévias, evitando o abuso na utilização dos direitos e das garantias fundamentais.

A partir do que foi exposto, é possível concluir que não há identidade entre suporte fático amplo e âmbito de proteção. Isto quer dizer que é possível construir-se um modelo de suporte fático amplo (incluindo-se a intervenção estatal e a ausência de fundamentação constitucional para a intervenção), partindo-se de um âmbito de proteção delimitado. Esses limites encontram-se no próprio texto constitucional, configurando o âmbito de proteção normativo e no bloco de constitucionalidade, excluindo-se o crime, o ato ilícito e o abuso de direito formando o âmbito material de proteção.

O conceito de fundamentação constitucional é essencial para se compreender o processo de aplicação da norma, porém ainda não foi densificado pela doutrina de modo pragmático, permanecendo muito abstrato e incompatível com os modelos de interpretação constitucional brasileiros.

É possível compreender essa ferramenta fazendo uso dos postulados normativos, ou dos famigerados “métodos de interpretação constitucional” pouco trabalhados na “teoria dos direitos fundamentais” de Robert Alexy. Assim, no controle argumentativo de índole constitucional, podemos utilizar os postulados da proporcionalidade, concordância prática, unidade e interpretação conforme a Constituição, aliados à verificação das regras de competência para a intervenção. Ao analisar a intervenção estatal, o primeiro critério deve ser o da competência para a ação ou omissão interventiva, depois passamos para os postulados observando os bens jurídicos em conflito, a medida da restrição ou da proteção deficiente, os sentidos produzidos pela interpretação da norma, aliados à conexão com os demais preceitos da ordem constitucional, a qual representa uma unidade interna.

Posto isto, preenchido o suporte fático composto por: âmbito de proteção normativo ou material, intervenção estatal com ou sem força normativa e controle dos postulados, deve-se ativar a consequência jurídica, que nos casos da dimensão de defesa será a declaração de inconstitucionalidade e retorno ao *status quo ante*; já no caso de direitos prestacionais, será a ordem para cessar a

omissão, total ou parcial, determinando a realização, em maior ou menor grau do direito, a depender das condições fáticas e jurídicas do caso concreto.

CONCLUSÃO

Equalizando a relação entre âmbito de proteção e intervenção estatal, chega-se a um modelo mais enxuto, evitando-se a banalização dos direitos fundamentais, a panconstitucionalização, fortalecendo a segurança jurídica, sem olvidar da força normativa da constituição, mantendo-se um regime de proteção diferenciada para aquelas posições jurídicas que realmente merecem tal *status*.

A norma de direito fundamental sempre deve considerar a intervenção estatal em seu âmbito de proteção, a relação é proporcional, pois, quanto maior o âmbito de proteção, maior será a intervenção estatal nesse âmbito. Os direitos fundamentais, pelo seu conteúdo e importância, foram retirados da esfera de disponibilidade do constituinte derivado, sendo garantido o seu núcleo essencial, isto é, a parcela do direito que não pode ser suprimida sob pena de inutilizar o seu exercício; logo, não é qualquer posição jurídica que merece essa proteção diferenciada. Partindo de um âmbito extremamente alargado, qualquer estado ou posição jurídica, *prima facie*, seria garantido por direitos fundamentais, gerando expectativas ilegítimas, enfraquecendo o poder da norma e gerando insegurança jurídica. Ao revés, partindo-se de uma delimitação prévia, no modelo imanentista, corre-se o risco de ignorar o comportamento desviante a ser selecionado, deixando o sistema fechado e impedido de evoluir, implicando em exclusão arbitrária de eventuais direitos subjetivos dos excluídos do poder hegemônico.

Assim, ante tudo o que foi exposto, conclui-se que podemos construir um modelo de suporte fático amplo, que leve em consideração a intervenção estatal e o controle argumentativo dos postulados, admitindo-se a possibilidade de colisões e restrições a direitos fundamentais, com o âmbito de proteção normativo, aquele delineado pelo constituinte originário, restringido ou conformado pelo legislador ordinário.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

AVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, t. II, 2009.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 nov. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Portugal/Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ JR., Tércio. *Introdução ao estudo do direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FREITAS, Juares. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GADMER, Hans Georg. *Verdade e método*. Rio de Janeiro: Vozes, v. 1, 2007.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MARINONI, Luis Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MATHIS, Armin. A sociedade na teoria dos sistemas. Disponível em: <http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_05.pdf>, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, t. I, 1983.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

PAULA, Felipe de. *A (de)limitação dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PRADO, Luis Régis. *Curso de direito penal brasileiro – Parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de (Org.) *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIAS: *THE CAPABILITY APPROACH*¹

PEOPLE WITH DISABILITIES AND FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS: THE CAPABILITY APPROACH

Carlos Luiz Strapazzon²

Pós-Doutorando em Direito – PUC/RS

Maria Helena Pinheiro Renck³

Mestranda em Direitos Fundamentais – PPGD – Unoesc

RESUMO: A *Capability Approach* pode ser considerada uma nova abordagem ao problema da justiça e dos direitos fundamentais. Seu objeto central, no entanto, não são os procedimentos, mas a pessoa. É uma alternativa, assim, às tradicionais teorias contratualistas e utilitaristas de matriz liberal. Este

¹ Este trabalho foi elaborado como parte do Projeto de Pesquisa em Direitos Fundamentais da Seguridade Social no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc). Os autores agradecem os comentários recebidos dos pesquisadores do Grupo de Pesquisa em Direitos Fundamentais Sociais do PPGD da Unoesc. Agradecem também ao Professor Doutor Ravi Malhotra, da *Faculty of Law, University of Ottawa*, pelas sugestões de fontes e material enviado e por ter intermediado contato com os professores Doutores Christopher A. Riddle, da *Utica College, New York*, e Francisco Ortega da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, aos quais se estende também especial agradecimento pelas sugestões e materiais fornecidos. Da mesma forma, o agradecimento é estendido aos colegas Noemia e Cesar Strapazzon, da *Augsburg College, Minneapolis*, pela busca das fontes em suas bases de pesquisa e pelo envio dos materiais, todos de extrema importância para a elaboração deste texto e para a dissertação de mestrado sobre direitos fundamentais das pessoas com deficiência que está em fase de elaboração. Esta pesquisa recebe apoio financeiro do Fundo de Apoio à Manutenção e ao Desenvolvimento da Educação Superior – FUMDES, coordenado pela Secretaria de Estado da Educação – SED, de Santa Catarina.

² Doutor em Direito (UFSC). Professor do PPGD – Unoesc. Mestrado em Direitos Fundamentais. Coordenador do Projeto de Pesquisa em Direitos Fundamentais de Seguridade Social no PPGD – Unoesc. Editor-Chefe da Espaço Jurídico *Journal of Law [EJLL]* – Qualis B1. Professor de Direito Constitucional da Universidade Positivo (UP). *E-mail:* strapazzon.carlos.luiz@gmail.com.

³ Especialista em Direito Previdenciário. Especialista em Direito Constitucional e Novos Direitos. Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais Sociais do PPGD – Unoesc. Integrante do Núcleo de Pesquisas em Desenvolvimento Regional – NPDR/FURB. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP). Sócia do Escritório Pinheiro & Renck Advogados Associados, Maravilha/SC. *E-mail:* mariahelena@mhnet.com.br, mhpinheirorenck@gmail.com.

artigo se concentra nas pessoas com deficiências e oferece uma revisão dos escritos de Martha Nussbaum. A *abordagem das capacidades* de Nussbaum sustenta que cada pessoa deve ter os meios para alcançar e desenvolver suas capacidades essenciais. Isso é condição de dignidade. As políticas públicas devem priorizar, portanto, a promoção das *capacidades* das pessoas, o que obviamente inclui as pessoas com deficiência. É uma abordagem que realça o conceito de deficiência do modelo social e substitui, assim, o modelo médico tradicional. Neste artigo sustentamos que esse modelo teórico tem especial utilidade para a interpretação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. A deficiência, nessa linha interpretativa, resulta de barreiras sociais e de atitudes sociais cristalizadas. E sociedades justas devem removê-las. A *Capability Approach* desenvolveu um enfoque social das *capacidades* e mostra-se adequada, portanto, a servir de marco teórico aos estudos relacionados aos direitos sociais das pessoas com deficiência.

PALAVRAS-CHAVE: *Capability approach*; pessoas com deficiência; dignidade da pessoa humana; seguridade social.

ABSTRACT: *The Capability Approach may be considered a new theoretical approach to the problem of justice and fundamental rights. Its main theme, however, are not procedures, but the persons. Therefore, as far as we can see, it is an alternative to the traditional contractualism and utilitarian theories that stem from liberal matrix. This article focuses on people with disabilities and offers a review of some Martha Nussbaum's writings. This specific capabilities approach argues that each person should have the means to achieve and develop their core capabilities. This condition is to dignity. Public policies should therefore prioritize the promotion of people's capabilities, which obviously includes people with disabilities. It is an approach that emphasizes the concept of the social model of disability and thus replaces the traditional medical model. In this article we argue that this theoretical model is especially useful for the interpretation of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A deficiency in this line of interpretation, results of social barriers and social attitudes as well. Hence, fair societies ought remove them. In so far as the Capability Approach has developed a social focus to Capabilities it proved to be adequate, therefore, to serve as a theoretical framework to better understand the scope of people's with disability social rights.*

KEYWORDS: *Capability approach; persons with disabilities; human dignity; social security.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 As pessoas com deficiência e as teorias de justiça; 2 Direitos fundamentais e as capacidades básicas; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 People with disabilities and theories of justice; 2 Fundamental rights and basic capabilities; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

O tema deste artigo é a *Capability Approach*, segundo o enfoque de Martha Nussbaum. Interessa, especialmente, o modo como ela aborda direitos das pessoas com deficiência. O texto é, contudo, resultado de uma primeira análise dessa teoria pouco difundida nos estudos jurídicos do Brasil. Não obstante, é um enfoque teórico que tem fomentado discussões ao redor do mundo por mostrar-se como uma boa alternativa às tradicionais teorias contratualistas e utilitaristas da justiça, dada a sensibilidade ao conceito de pessoa. Quais nuances a diferenciam das demais e, especificamente, qual é o modo pelo qual aborda a questão das pessoas com deficiência é o problema deste texto. Assim, o objetivo é realizar uma incursão introdutória à *Abordagem das Capacidades*, de Martha Nussbaum, especificamente em relação ao modo como trata da questão das pessoas com deficiência, a partir dos seguintes aspectos básicos: (i) o que vem a ser a *Capability Approach*; (ii) as diferenças no enfoque de Amartya Sen e Martha Nussbaum; (iii) a ênfase dada por Martha Nussbaum; (iv) qual o tratamento dado por Nussbaum às pessoas com deficiência; e, por fim, (v) as relações dessa abordagem teórica com a nova concepção de pessoa com deficiência contida na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Para melhor compreensão do tema proposto, o artigo foi dividido em três seções, além desta introdução. A primeira liga a questão das pessoas com deficiência às teorias de justiça. A segunda parte destina-se ao aprofundamento de aspectos específicos da *Capabilities Approach* pelo enfoque de Martha Nussbaum, em especial ao modo como trata a questão das pessoas com deficiência e suas conexões com a nova concepção de pessoa com deficiência. A última parte traz algumas considerações finais.

1 AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E AS TEORIAS DE JUSTIÇA

Cerca de 15% da população mundial é composta por pessoas com algum tipo de deficiência, o que equivale a cerca de 1 bilhão de pessoas (United Nations, 2013). Destas, aproximadamente 2,2% (154.000.000) experimentam algum tipo grave de deficiência (Who, 2011, p. 8). É um número expressivo, historicamente tratado por meio de segregação e caridade em vez de políticas públicas e direitos específicos. Seja por medo, vergonha ou por ignorância de como lidar com a situação das pessoas com deficiências, é bem conhecida a história das práticas de isolamento e de eliminação de seres humanos que se afastam do *standard*. Pessoas com deficiência têm sido estigmatizadas por medidas de marginalização

de toda ordem, limitadas a uma convivência social familiar e, ainda assim, com privações. Esse modelo de enfrentamento do tema por via do segregacionismo e privação será aqui denominado como o paradigma da marginalização (Silva, 2013, p. 75).

Com os milhares de soldados e civis mutilados em campos de batalhas, de forma especial durante e após a Segunda Guerra Mundial, aumentou a pressão para a alteração do paradigma da marginalização em direção a um novo modelo, baseado na inclusão. Expressiva importância assumem, nesse contexto novo, os movimentos pelos direitos humanos, aos quais se somaram, progressivamente, os de afirmação dos direitos das pessoas com deficiência. Pode-se dizer que o surgimento da Organização das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, forjou um novo marco em relação a isso, que é o novo conceito de pessoa, de extrema importância para essa virada de paradigma: trata-se da conexão entre o direito universal de todos serem tratados como pessoas, isto é, como sujeitos de igual *status moral* e o conceito de *dignidade*. No entanto, ainda levaria um tempo para que as pessoas com deficiência viessem a ser consideradas sujeitos de direitos humanos e, nessa medida, levadas a sério como pessoas portadoras da dignidade de idêntico *status moral*.

A mais importante inovação, nesse contexto, materializou-se na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências e seu Protocolo Facultativo, em vigor desde 3 de maio de 2008. Esta Convenção representou o resultado de vários anos de negociações internacionais, movidas por uma Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 19 de dezembro de 2001. Constitui o primeiro Tratado da ONU, no século XXI, e o oitavo maior Tratado de Direitos Humanos da ONU. Trata-se de um documento cujo objetivo é o de orientar as práticas dos países na promoção da igualdade das pessoas com deficiência em diversas áreas, garantindo-lhes direitos de proteção, autonomia, independência, direito à escolha, ao acesso e participação social, além de direitos culturais e sociais (Malhotra e Hansen, 2011, p. 74).

Como se depreende, o surgimento dessa Convenção é o resultado objetivo da necessidade histórica de ser estabelecido um novo consenso em torno do modo adequado de respeitar e proteger a pessoa com deficiência. Representa o surgimento de uma consciência internacional do valor humano de *todas* as pessoas.

Presume-se que os contextos culturais e sociais determinam, em alto grau, a visão que se tem das relações sociais, influenciam a modelagem das teorias sociais e, especialmente, a construção de teorias de justiça, as quais, por sua vez,

conformam a imagem da boa sociedade, de seus componentes e dos princípios políticos que nela devem prevalecer (Nussbaum, 2013, p. 4-5). Tendo em conta estes aspectos, a histórica falta de atenção das teorias do direito e das teorias da justiça para com as pessoas com deficiência pode ter influenciado algumas teorias jurídico-filosóficas tradicionais, como as de matriz contratualista, a qual pouco tem a dizer sobre como essas pessoas participam, legitimamente, do contrato social (Hartley, 2011, p. 120). Como tais teorias são, a um só tempo, o reflexo e a inspiração de uma sociedade, o silêncio dessas abordagens teóricas também instigou, por longo interregno, o silêncio da sociedade e dos governos em relação à garantia dos direitos das pessoas com deficiência, enquanto, propriamente, sujeitos de direitos fundamentais.

No entanto, ao que parece, também em decorrência dos movimentos civis para a promoção dos direitos das pessoas com deficiência e da pressão dos órgãos internacionais de defesa dos direitos humanos, muitas questões teóricas ligadas ao tema foram revistas. Frutificaram discussões acerca da necessidade de uma nova teoria de justiça social que viesse abranger e atender também as necessidades e os interesses das pessoas com deficiência. É nesse cenário que ganha destaque a *Abordagem das Capacidades*, de Martha Nussbaum, a qual oferece um enfoque analítico e normativo alternativo, e, ao que tudo indica, também superior aos tradicionais modelos contratualistas e utilitaristas, devido à sensibilidade para com a diversidade das pessoas e ao seu alcance para explicar o direito e o dever de proteção das pessoas com deficiência (Hartley, 2011, p. 120).

1.1 A ORIGEM: UMA ALTERNATIVA AO UTILITARISMO

A *Capability Approach* é, em primeiro lugar, uma alternativa aos modelos econômicos de avaliação da qualidade de vida, ou seja, daqueles modelos de análise que se restringem ao conceito de Produto Interno Bruto *per capita*. Tais modelos, utilitaristas, equiparam o aumento da qualidade de vida ao desenvolvimento e crescimento do PIB (Nussbaum, 2013, p. 347-9; Dixon e Nussbaum, 2012, p. 556). Para os defensores da *Capability Approach*, o utilitarismo é um modelo deficiente, uma vez que negligencia a distribuição de riquezas nas camadas da população e dissimula desigualdades, de forma que nações que alcançam médias altas podem, na verdade, caracterizar-se por desigualdades sociais abissais, não captadas pela estatística tradicional sobre seu desenvolvimento. As abordagens utilitaristas falham em um ponto essencial: não consideram, de forma individualizada, aspectos necessários a uma vida digna. Muitos dos quais, como se sabe, não estão necessariamente ligados à renda e

riqueza, tais como a saúde, a educação, a liberdade de escolha, os direitos e as liberdades políticas (Dixon e Nussbaum, 2012, p. 556). Entretanto, a consideração desses fatores ligados diretamente à qualidade de vida, ao bem-estar e às liberdades das vidas humanas é indispensável para um adequado entendimento do desenvolvimento humano (Sen, 2011, p. 259). As análises utilitaristas, assim, só se justificam se não se restringissem a medir *quanto se produz*, mas como o que é produzido repercute na vida das pessoas. Essa também é a concepção de Riddle (2013, p. 154), para quem o que realmente importa é o que as pessoas “são capazes de fazer com os recursos à sua disposição, e não simplesmente quais são os bens dos quais podem se valer”.

Esse espírito anima a ideia fundamental da *Abordagem das Capacidades*. É, em grandes linhas, exatamente o que foi exposto com clareza muito antes de se produzir alguma bibliografia a respeito, no primeiro Relatório do Desenvolvimento Humano do Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas, em 1990, pelo economista paquistanês Mahbub ul Haq. É dele a internacionalmente repetida afirmação segundo a qual a verdadeira riqueza de um país são as *pessoas* e, portanto, o que importa ao desenvolvimento de uma nação é proporcionar-lhes um ambiente ideal para viverem vidas longas e boas (UNDP, 1990, p. 9). Ele ressaltou que as estatísticas para avaliar o aumento do Produto Interno Bruto (PIB) e o crescimento de um país podem ofuscar que o objetivo do desenvolvimento são as pessoas. Isso acontece porque os números obtidos não mostram a forma como acontece a distribuição da renda nacional, nem captam a complexidade das atividades humanas relacionadas com seu bem-estar. As pessoas valorizam outras coisas que não se revelam nas medidas da renda ou de crescimento, tais como “melhores serviços de nutrição e de saúde, um maior acesso ao conhecimento, meios de subsistência mais seguros, melhores condições de trabalho, de segurança contra o crime e a violência física, horas de lazer, participação nas atividades econômicas, culturais e políticas de suas comunidades”. Obviamente, e é inegável, compreensível, que as pessoas buscam obter maior renda. No entanto, ressaltava Haq, a renda não significa a totalidade da vida humana (UNDP, 1990, p. 9). Ora, se a riqueza de um país são suas pessoas, o objetivo do desenvolvimento de qualquer país, antes do acúmulo de riquezas, deve ser o de propiciar oportunidades efetivas de uma vida digna a todos os seus cidadãos (Dixon e Nussbaum, 2012, p. 557). Foi esse o mote que guiou a concepção e a elaboração da *Abordagem das Capacidades*, uma nova forma de análise da qualidade de vida e dos níveis de justiça proporcionados pelas sociedades aos seus cidadãos (Nussbaum, 2013, p. 89).

1.2 A IDEIA-CHAVE

Com foco na vida humana, a *Abordagem das Capacidades* desloca a atenção para as oportunidades reais da vida (Sen, 2011, p. 275). O ponto de partida é buscar saber o que realmente as pessoas são aptas a ser e a fazer. São as “oportunidades reais de funcionalidade e de escolha”, ou seja, as capacidades, aquilo que se mostra essencial ao alcance de uma vida adequada aos padrões da dignidade humana (Dixon e Nussbaum, 2012, p. 557).

Segundo esse entendimento, o desenvolvimento de uma pessoa só é possível se ela tiver liberdade para escolher como viver, e mais, se ela dispuser de condições que lhe permitam desenvolver plenamente suas capacidades para ser e fazer o melhor que puder para dar forma à sua própria vida. Essa ideia de desenvolvimento pessoal equipara-se ao do dever da sociedade de, ao menos, remover as barreiras que impedem ou diminuem as suas possibilidades de escolha. Dessa forma, a abordagem das capacidades, especialmente a partir do enfoque teórico de Martha Nussbaum, refere-se à criação das condições necessárias à liberdade de escolha, oportunidades reais de vida boa, enquanto direito individual (Nussbaum, 2010). Essas oportunidades reais devem ser analisadas, portanto, tendo em conta o “princípio de cada pessoa como fim”, ou seja, para cada pessoa, não bastando que se garanta a capacidade apenas a um grupo entre tantos, ou a uma família entre tantas, ou a uma região entre tantas (Dixon e Nussbaum, 2012, p. 557).

A partir da constatação da pobreza e das desigualdades globais, e das considerações e estudos acerca do conceito e âmbito das capacidades, a *Abordagem das Capacidades* se apresenta como instrumento teórico e normativo de superação de desigualdades. É uma oposição à falta de justiça no sistema econômico global, que tem mantido a distância entre ricos e pobres (Alonso, 2011, p. 169), o que assinala sua importância como um olhar inovador no âmbito da distribuição de riquezas (Fascioli, 2011).

Nessa linha, a *Capability Approach* considera e avalia os arranjos sociais, a concepção de políticas públicas e de propostas de mudança social, dedicando-se aos aspectos relativos ao desenvolvimento e à justiça (Robeyns, 2011). Sem restringir-se à avaliação da qualidade de vida das pessoas, preocupa-se também com os objetivos e ações político-sociais que podem proporcionar qualidade de vida (Bloodworth, 2006, p. 59). Ao desenvolver estruturas de oportunidades reais, o Estado pode propiciar os meios indiretos para a concretização de direitos humanos fundamentais e para o desenvolvimento social graças ao conjunto de

objetivos e princípios eticamente amplos. Entre estes, o principal é a promoção da dignidade da pessoa humana (Alonso, 2011, p. 175).

Essa *abordagem* tem abalizado análises atinentes à “ética, filosofia, política, economia e políticas sociais, entre outras”, especialmente na análise de questões sociais de campos diversos, tais como as relacionadas às diferenças de classes, saúde, desenvolvimento e seguridade social (Ribeiro, 2007). Pode fundamentar desde pesquisas comparativas, informando aspectos relevantes a serem verificados na análise do bem-estar e do desenvolvimento humano, subsidiando as comparações de bem-estar, até abranger considerações normativas e valores como a eficiência e a equidade processual. Para além disso, a abordagem tem potencial para substituir as tradicionais metodologias de avaliação de custo benefício e para fundamentar a formulação e avaliação de políticas públicas de desenvolvimento social (Robeyns, 2011).

1.3 OS MAIS DESTACADOS EXPOENTES TEÓRICOS

A exigência de oportunidades reais é um dos aspectos centrais da *Abordagem das Capacidades*. Essa premissa, na realidade, remonta à concepção aristotélica de uma vida boa e decente, como aquela que decorre de uma adequada ordenação de diversos bens (Barden, 2010, p. 39). Outra ancoragem aristotélica é a ideia de que o homem é um *zoon politikon*, ou seja, que só se realiza em suas relações com os demais e cuja dignidade lhe é inerente (Nussbaum, 2013, p. 104-6).

Há, por outro lado, pontos da fundamentação da *Capability Approach* que se conectam (seja por afinidade ou por contraste) às ideias de outros teóricos sociais, tais como Marx, Adam Smith, Kant e Rawls (Nussbaum, 2013, *passim*). Os mais conhecidos representantes da teoria social das capacidades, ou abordagem das capacidades ou ainda enfoque das capacidades, são Amartya Sen e Martha Nussbaum, ainda que com nuances um pouco diversas (Robeyns, 2011). Eles representam, respectivamente, as faces da economia e do pensamento social político dessa teoria dos bens fundamentais (Bloodworth, 2006, p. 58). Enquanto o enfoque dado por Amartya Sen é centrado na economia, voltado à “mensuração comparativa da qualidade de vida” com acentuada preocupação com a justiça social, o de Nussbaum “fornece a base filosófica para uma explicação das garantias humanas centrais que devem ser respeitadas e implementadas pelos governos de todas as nações, como um mínimo do que o respeito pela dignidade humana requer” (Nussbaum, 2013, p. 84). Ela busca desenvolver uma teoria de justiça social a partir da concepção da dignidade humana (Dixon e Nussbaum,

2012, p. 557; Blooworth, 2006, p. 58). Segundo a própria Martha Nussbaum, a diferença básica de seu enfoque em relação ao de Sen é a busca de respostas para problemas diversos. Enquanto Sen concentra-se em comparar a qualidade de vida nas várias nações, buscando o melhor espaço para a comparação, ela desenvolve uma teoria do direito, isto é, de direitos básicos indispensáveis à justiça (Nussbaum e Faralli, 2007, p. 149). “Estou construindo uma teoria (parcial) de justiça social, uma relação de direitos básicos, sem os quais nenhuma nação (ou ordem mundial) pode reivindicar a justiça” (Nussbaum e Faralli, 2007, p. 149).

E, de fato, a *Capability Approach* de Nussbaum tem sido considerada como uma nova teoria de justiça (Ribeiro, 2007). Aqueles que não concordam inteiramente com isso, como Robeyns (2011), entendem que, ao menos, no âmbito da filosofia moral e política essa abordagem é considerada uma teoria contemporânea acerca do bem-estar individual e social (Robeyns, 2011).

1.4 FUNCIONALIDADES E CAPACIDADES

Duas são as categorias conceituais de importância central na base conceitual da *Abordagem das Capacidades*. São as categorias analíticas de (a) funcionalidades e (b) capacidades (Riddle, 2013, p. 155). As *funcionalidades*, segundo sua origem na construção de Amartya Sen, representam o modo de ser e de agir de uma pessoa específica. Sen define as funcionalidades como *modos de agir (doings)* e *modos de ser (beings)* (Sen, 1989, 43), pois a vida de uma pessoa é a combinação de várias *funcionalidades* (Sen, 1989, 44). Por isso, “uma funcionalidade é uma realização de uma pessoa: o que ele ou ela consegue fazer ou ser, e qualquer *funcionalidade* reflete, por assim dizer, uma parte do estado da pessoa” (Sen, 1989, 44). Já “a *capacidade* de uma pessoa é uma noção derivada. Ela reflete as várias combinações de funcionamentos (modos de agir e de ser), que alguém pode realizar, [...] reflete a liberdade de uma pessoa de escolher entre diferentes modos de vida” (Sen, 1989, 44). As *funcionalidades*, assim, podem ser banais (como estar bem nutrido, escovar os dentes com um determinado creme dental) ou não (como *jejuar* por motivos de fé, ser *religioso*, ser *empreendedor*). A vida humana, para a abordagem das *capacidades*, deve ser analisada como uma combinação não só *funcionalidades*, mas de *funcionalidades* e de *capacidades*, pois o que pode determinar, por exemplo, se uma pessoa tem, realmente condições de sobreviver por longo tempo não depende, exclusivamente, de suas *funcionalidades*, mas também das opções – de margem de liberdade de escolha – que estão ao seu alcance. Por isso, se as mulheres de países pobres parecem

ter mais habilidades para sobreviver do que os homens de países pobres, não parecem ser mais hábeis quando comparadas com os homens dos países ricos.

Assim, por esta face, a relevância das *funcionalidades* para o bem-estar reside nos papéis que uma pessoa desempenha e que variam desde as mais elementares (como manter a vida, a integridade física e a saúde, possuir mobilidades, estar bem nutrida) até os mais complexos, como ser feliz, autorrespeitar-se, estar socialmente incluída, não ser submetida a situações vexatórias, participar da sociedade (Alonso, 2011, p. 174-5). As *capacidades*, nesse contexto, são os meios, ou seja, as liberdades e oportunidades necessárias para melhor desenvolver as *funcionalidades* de uma pessoa.

A perspectiva da capacidade é inevitavelmente interessada em uma pluralidade de características diferentes de nossa vida e preocupações. As variadas realizações de funcionamentos humanos que podemos valorizar são muito diversas, variando desde estar bem nutrido ou evitar a morte precoce até tomar parte na vida da comunidade e desenvolver a aptidão para seguir planos e as ambições ligados ao trabalho. A capacidade na qual estamos interessados é o nosso potencial de realizar várias combinações de funcionamentos. (Sen, 2011, p. 275)

As capacidades, nesse sentido de Sen, podem ser definidas como liberdades substantivas. O foco nas soluções simplistas baseadas exclusivamente em *aumento de renda per capita* foi deslocado, então, para oportunidades individuais de cada um satisfazer, em sua diversidade, seus fins (Sen, 2011, p. 267).

Observa-se que parte das críticas a essa concepção de Amartya Sen ocorre por que ele não coloca um limite claro entre *capacidades* e *liberdades*. A capacidade é concebida como *estar livre*, em termos gerais, como livre da fome, da miséria, de doenças. As *capacidades* equiparam-se a uma *capacidade de algo*. Assim, os indivíduos não têm que ser iguais em recursos, mas em *capacidades*, pois é assim que conseguem desenvolver suas *funcionalidades* para agir em múltiplas situações. Capacidades e bem-estar, assim, parecem se equivaler (Alonso, 2011, p. 176).

Já na orientação de Nussbaum, as *capacidades* são abordadas em sentido jurídico, como sinônimo de *direitos*, derivados da ideia das capacidades individuais, com as quais se alcança o pleno bem-estar, aquilo que a pessoa

pode *realmente* ser ou fazer. Martha previu uma lista de capacidades básicas, direitos essenciais, por seu particular interesse na adequação de seu discurso ao direito constitucional (Nussbaum, 2010). A grande vantagem da teoria de Martha Nussbaum é a objetivação das ideias em termos de discurso conceitual jurídico, ou seja, a conversão das ideias em termos técnicos do campo dos direitos fundamentais. Para Nussbaum, o que é significativo são as capacidades e não as funcionalidades, pois lhe importa que a pessoa tenha oportunidades, possibilidade de escolher como alcançar e conduzir uma vida digna (Nussbaum, 2013, p. 98). Saliente, por conseguinte, que o enfoque das capacidades não pode ser entendido tão somente como o potencial que a pessoa tem de desenvolver certas habilidades. Na verdade, o desenvolvimento das *capacidades* também depende de medidas estatais, políticas públicas adequadas, o que tornaria até o termo “capacitação” mais adequado (Nussbaum, 2013, p. 6).

Logo se vê que, tanto para Sen quanto para Nussbaum, há uma perspectiva ética nessa *Abordagem das Capacidades*. Ambos reconhecem o valor das liberdades políticas e sua importância individual e coletiva. A diferença fundamental de Sen parte do legado daquele Relatório da ONU de 1990, orientado que está pelo conceito de “Desenvolvimento Humano” de Mahbub Ul Haq. Além disso, refuta que o uso de uma lista fechada de capacidades básicas (Sen, 2005, 157) é ardoroso defensor de uma concepção *pluralizada* de riqueza e felicidade de uma nação, aberta à multiplicidade de diversidade das experiências humanas, em identificar como as pessoas vivem em suas sociedades, o que as pessoas são capazes de *fazer* ou de *ser* (Sen, 2000). Ao que se percebe, Nussbaum também é legatária dessa concepção, mas elabora uma lista de capacidades humanas básicas, que representam o mínimo necessário a uma vida com bem-estar, digna (Barden, 2010).

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS CAPACIDADES BÁSICAS

A concepção de Martha Nussbaum acerca da *Abordagem das Capacidades*, ou da *Capability Approach*, é desenhada e emoldurada na obra *Fronteiras da justiça*, uma discussão minimalista e apaixonada a respeito de como o mundo pode ser bem melhor para pessoas pobres e para pessoas com deficiência. O *plus* de Nussbaum à *Abordagem das Capacidades*, e o que lhe torna especial, é a proposta de uma lista de capacidades humanas hábeis a orientar a construção e a avaliação de políticas de direitos humanos em nível global. Através da análise histórica e pesquisa empírica de diferentes áreas do conhecimento dedicadas a identificar as necessidades e funcionalidades básicas das pessoas de qualquer parte do globo, verificou que há algumas que são *fundamentais*, indispensáveis

a uma vida digna. Essas devem, a seu ver, ser garantidas a qualquer pessoa, em uma sociedade que queira ser justa. Daí retirou a possibilidade que lhe permite a pretensão de uma concepção universal mínima adequada a uma teoria de justiça social (Fascioli, 2011, p. 62-3).

2.1 AS DEZ CAPACIDADES ESSENCIAIS

De acordo com o entendimento de Martha Nussbaum, uma vida compatível com a dignidade da pessoa humana depende inexoravelmente de se alcançar um nível mínimo de algumas capacidades básicas (Dixon e Nussbaum, 2012, p. 558). Ela materializa sua concepção através de uma lista das dez capacidades que considera essenciais a uma vida compatível com a dignidade humana (Malhotra, 2009, p. 66), apresentadas como componentes individualizados e distintos em qualidade (Dixon e Nussbaum, 2012, p. 558-9).

As capacidades referidas por Nussbaum são: (i) *vida*: ser capaz de viver uma vida de duração normal sem findá-la prematuramente nem antes que ela se torne tão diminuída que não valha sua continuidade; (ii) *saúde física*: ser capaz de ter boa saúde, o que inclui saúde reprodutiva, receber boa alimentação e moradia adequada; (iii) *integridade física*: ser capaz de mover-se com liberdade de um lugar o outro, estar a salvo de qualquer violência, ter oportunidade de satisfação sexual e de opção de escolha para a reprodução; (iv) *sentidos, imaginação e pensamento*: usar os sentidos, as faculdades mentais, de forma “verdadeiramente humana” informada e desenvolvida por uma educação boa, capacidade e liberdade de experimentação, criação e escolha de obras e eventos, ter a garantia da liberdade de expressão política, artística, religiosa e ter capacidade de desfrutar prazeres, e possibilidade de evitar dores não benéficas; (v) *emoções*: desenvolver relações afetivas com outras pessoas e coisas, ser capaz de amar, de sentir saudades, de sentir gratidão e raiva, desenvolver-se emocionalmente de forma plena sem receio nem ansiedade; (vi) *razão prática*: ser capaz de conceber o bem e planejar a vida de forma crítica, com liberdade de consciência e crença; (vii) *afiliação*: viver com os outros, inteirar-se na sociedade, mostrar preocupação com os demais, ser capaz de se colocar no lugar do outro, não aceitar humilhações, autorrespeitar-se, alcançar um trabalho digno, estar a salvo de discriminação de qualquer natureza; (viii) *outras espécies*: viver respeitosamente e de forma próxima com outros componentes da biodiversidade e com o ambiente natural; (ix) *lazer*: usufruir de atividades recreativas, brincadeiras, diversões; (x) *controle sobre o próprio ambiente político e material*: controlar o ambiente político, pelo direito a escolhas políticas da própria vida, participando da política, estando sob proteção da liberdade de expressão e de associação, ter direitos de propriedade, concorrer

a vaga de emprego em igualdade com os demais, ter garantia de proteção contra busca e apreensão injustificados, trabalhar como ser humano, participar de relações significativas que permitam ser reconhecido e reconhecer os demais trabalhadores (Nussbaum, 2013, p. 91-3).

Considerando que os elementos da vida digna são plurais, todas estas capacidades, qualitativamente distintas, são essenciais e a falta de uma delas torna a vida imprópria à dignidade humana. Dessa forma, não é possível promover alguma para justificar a negligência com outra, ou seja, não são compensáveis. É um erro optar por alguma, ou algumas, para definir médias de posições sociais (Nussbaum, 2013, p. 91-103).

A lista tem fins políticos e serve de base aos princípios políticos dos Estados. As capacidades figuram como objetivos gerais, que podem ser especificados na Constituição de cada sociedade, segundo suas deliberações, escolhas e determinações acerca das garantias que deseja sancionar para proporcionar uma vida minimamente digna (Nussbaum, 2013, p. 90-1 e 94-6; Alonso, 2011, p. 176). Importa salientar que se trata de uma lista aberta, não exaustiva, e em permanente construção, o que permite a adequação a cada Estado, complementando e jamais reduzindo o mínimo listado (Nussbaum, 2013, p. 90-1 e 94-6).

2.2 LISTA DAS CAPACIDADES BÁSICAS E DIREITOS HUMANOS

A *Capability Approach* não acata a possibilidade de que as dez capacidades permaneçam como letra fria. Requer ação e determina que, quando os membros de uma sociedade não têm oportunidades necessárias a alcançarem as oportunidades listadas, o Estado estabeleça medidas para que isso seja retificado (Bloodworth, 2006, p. 59).

Além de servir a cada Estado, internamente, na definição das capacidades básicas que vai promover, a lista das capacidades constitui-se objeto de um *consenso sobreposto*, no sentido de John Rawls (2000, p. 180-220), ou seja, em uma lista de direitos cujo significado específico não é orientado por nenhuma teoria, ideologia ou doutrina particular, mas é aplicável a todas as pessoas do mundo baseadas na concepção aberta a discussões e ajustes, de dignidade humana (Nussbaum, 2013, p. 84-5).

Desse modo, a *Capability Approach* é hábil a fundamentar acordos amplos, nos moldes dos acordos internacionais sobre direitos humanos. Conforme Martha Nussbaum, a *Abordagem das Capacidades* é, em verdade, uma abordagem de direitos humanos e, nessa medida, é uma abordagem principiológica, ou seja, que se concretiza à medida que elementos específicos de realidades particulares

são articulados ao seu sentido básico de valor. É universal, por isso. Pode ser aplicada a todas as pessoas, em qualquer nação, tal qual os Tratados de Direitos Humanos Internacionais.

Uma das perspectivas mais duradouras da justiça social presente em nosso tempo tem os contornos definidos pela teoria do contrato social, uma repesália às sociedades feudais e monárquicas pela concepção de que no estado de natureza todas as pessoas são iguais, livres e independentes (Nussbaum, 2013, p. 13-4). O mérito do contrato social é considerar o valor intrínseco da pessoa, desnuda de todos os acréscimos artificiais, como da riqueza, da classe, da hierarquia e do *status* (Nussbaum, 2013, *passim*). No entanto, para Nussbaum tal teoria não é hábil a solucionar os maiores problemas da justiça social, assim como não o são as suas doutrinas (Nussbaum, 2013, p. 3).

Para materializar suas alegações, Martha Nussbaum apresenta três questões, que, em sua opinião, constituem o que denominou de “as fronteiras da justiça”, pela impossibilidade de serem solucionadas pelas teorias sociais de justiça do contrato social. São os temas ligados às pessoas com deficiência, aos cidadãos de países pouco desenvolvidos ou em desenvolvimento, e aos animais (Malhotra, 2009, p. 62-4; Corrado, 2008, p. 7). As “fronteiras da justiça” mostram os pontos frágeis do contratualismo, a começar pelo princípio de que as partes abandonam o estado de natureza e se associam apenas pelo objetivo de alcançarem vantagens mútuas, movidas tão somente por seus interesses pessoais (Malhotra, 2009, p. 64; Nussbaum, 2013, p. 192). Depois, a exigência de que, para figurarem como partes do contrato, as pessoas sejam livres, independentes, racionais e iguais (Nussbaum, 2013, p. 3, 36 e 38; Dixon e Nussbaum, 2012, p. 562; Malhotra, 2013, p. 64), sendo que essa igualdade não se restringe ao sentido moral, abrange capacidade física e poder (Corrado, 2008, p. 11).

Assim, ao envolver apenas pessoas com condições mentais e físicas semelhantes, interesses e necessidades iguais, e com o objetivo de obtenção de vantagem mútua, o contratualismo exclui aqueles que não se enquadrarem nesse *standard*, como os três grupos das “fronteiras da justiça”. Como o coração do contratualismo está na colaboração, na reciprocidade das partes para alcançarem vantagens entre si, passa ao largo de todo aquele que não esteja em, ou não tenha, plenas condições de igual cooperação, tais como, por exemplo, as crianças, os idosos, as pessoas com limitação ou deficiência, as nações com recursos e poderes diferentes, e os não humanos (Nussbaum, 2013, p. 18-19, 79-80 e 34-5).

Sem participar da formação do contrato, pois não são admitidas como partes contratantes, estes grupos não participam da definição dos princípios sociais básicos. O resultado é que não estarão também entre os destinatários dos princípios escolhidos, uma vez que as mesmas pessoas que determinam os princípios são as suas destinatárias. Como suas necessidades, concepções e vontades não influenciaram a escolha dos princípios, as questões de justiça social que lhe são concernentes, como assistência e inclusão social, não foram postas em discussão (Nussbaum, 2013, p. 18-22, 40-1 e 79).

Poderá ocorrer de, talvez, os interesses daqueles situados nas fronteiras da justiça virem a ser inclusos depois, por derivação, em uma fase legislativa após os princípios básicos da justiça e os bens primários terem sido fixados sem a consideração das suas necessidades (Nussbaum e Faralli, 2007, p. 146), o que não desfaz a lesão à igualdade de tratamento, pois não houve um respeito original à dignidade desses grupos quando da contratação (Hartley, 2011, p. 122).

Nos três grupos a que Nussbaum se refere é visível a disparidade de poder e a desigualdade em relação à média dos demais cidadãos. Incapazes de contratar e de receber vantagens proporcionais lhes resta a benevolência, a caridade (Malhotra, 2009, p. 64). É isto o que se tem visto historicamente. Por não terem sido parte do contrato social, ficam, tradicionalmente, na exclusão, na marginalização ou, quando muito, com a caridade. A sociedade do contrato social é voltada a acomodar as pessoas “normais”, não acometidas por impedimentos incomuns. E tendo em conta que serão produtivas, talvez se possa considerar que do seu excedente possa se financiar, posteriormente, programas destinados aos grupos desfavorecidos não abrangidos pela dita “normalidade”. Fica claro o papel que vão ocupar: serão tratados a partir do excedente, se eventualmente houver (Corrado, 2008, p. 8-13). Mesmo que outros possam dispensar aos grupos excluídos da contratação de cuidados e busquem atender-lhes as necessidades, tais grupos ficarão, provavelmente, sem os bens de que necessitam (Hartley, 2011, p. 122).

O foco deste texto concentra-se apenas na fronteira da justiça concernente ao grupo das pessoas com deficiência, não alcançado pelo contrato social, mas abrangido pela *Capability Approach*. A ele que se passa então.

2.3 CAPABILITY APPROCH E PESSOAS COM “IMPEDIMENTOS”

Na maioria das vezes o que transforma uma pessoa com impedimentos em uma pessoa com deficiência, ou que impede que produza ou coopere com

a sociedade, são as barreiras que a própria sociedade lhes impõe (Nussbaum, 2013, p. 130). A dignidade “é inerente a toda e qualquer pessoa humana”, independentemente das circunstâncias, visto que lhe basta ostentar a condição de pessoa (Sarlet, 2009, p. 21). E se todas as pessoas têm direito às capacidades, as pessoas com deficiência não podem ser uma exceção. Qualquer pessoa com deficiência é um ser humano, e uma sociedade justa deve atendê-los segundo suas necessidades diversas, seja de emprego, de assistência, de educação e de autoestima (Nussbaum, 2013, p. 121).

No entanto, como visto, estas pessoas têm sido negligenciadas pelos discursos teóricos e políticos que se baseiam nas premissas de justiça contratual (do hipotético contrato social), que, ao exigir igualdade, liberdade, racionalidade, independência e semelhança de necessidades das partes contratantes (Dixon e Nussbaum, 2012, p. 562; Hartley, 2011, p. 122), negam-lhes a possibilidade de serem contratantes, definidores da estrutura configuradora da sociedade (Nussbaum, 2013, p. 121). E, ante a exclusão da escolha dos princípios que regerão o contrato, nenhuma medida inclusiva, como educação especial e remodelamento de espaços públicos, lhes será destinada (Nussbaum, 2013, p. 133-7).

Hartley (2011, p. 122) pondera que, mesmo que se considerasse a possibilidade de as pessoas com deficiências leves participarem do contrato social, concluir-se-ia pela existência de desvantagem. Eis que quando se visa à vantagem e se pensa em cooperação apenas porque isso é mais vantajoso que a não cooperação, as pessoas negociam entre si, considerando seus talentos, atributos e habilidades, para alcançar os termos da cooperação. Aquele que estiver em vantagem terá maior poder de barganha. Dessa forma, considerando pessoas com deficiência negociando com pessoas sem deficiência alguma, constata-se facilmente a probabilidade das disparidades em desfavor daquelas. Por isso uma justiça com base na intenção de vantagem mútua acaba por produzir grandes desigualdades. É, portanto, injustiça. Aquele na situação desfavorável provavelmente não conseguirá alcançar os bens sociais básicos. Quanto às pessoas cuja deficiência for de tal grau que lhe retire a possibilidade de oferecer algo, ou lhe permita oferecer muito pouco ao outro polo contratante, Hartley conclui que, absolutamente, não serão partes do contrato social (Hartley, 2011, p. 122).

Por tudo isso, Martha Nussbaum é enfática no seu posicionamento acerca do caráter excludente das premissas contratualistas em relação às pessoas com deficiência. Além do já citado, acresce que o contratualismo não inclui pessoas

com deficiência/impedimento, porque contribuiriam menos e que exigiriam mais (Nussbaum, 2013, p. 127-30). O que se percebe é que o enfoque do contrato social não trata das necessidades das pessoas com deficiências em virtude de considerar que lhes falta “produtividade” e que representam um custo social (Nussbaum, 2013, p. 168; Hartley, 2011, p. 124).

Isso significa que, para o contrato social, como são considerados poucos os casos de impedimentos incomuns, as vantagens obtidas com medidas de inclusão mostram-se menores do que os investimentos realizados para propiciar esta inclusão (Hartley, 2011, p. 124). Por isso a cooperação contratualista prefere unir pessoas “normais” e com potencialidade de cooperar em grau idêntico, dividindo vantagens de igual nível (Nussbaum, 2013, p. 146-8). Então, não sobra espaço para medidas incomuns necessárias à integração das pessoas com impedimentos ou deficiências (Nussbaum, 2013, p. 133-7) e só lhe restará, então, eventualmente, o momento posterior aos seus direitos, após a estruturação da sociedade e das instituições básicas (Nussbaum, 2013, p. 121).

A *Capability Approach* se diferencia da tradição do contrato social pelo tratamento substantivo à deficiência e pela nova concepção de ação (individual ou coletiva) justa, como uma das motivações para a cooperação, pois o fim principal de uma sociedade é viver com os outros para os outros, com benevolência e justiça; além disso, por seu prisma a dignidade humana baseia-se não apenas na racionalidade, mas também na natureza animalesca, orgânica e material que envolve a vulnerabilidade e a necessidade da pessoa (Corrado, 2013, p. 13-14).

Para a *Abordagem das Capacidades*, de Nussbaum, pessoas com impedimentos podem ser produtivas desde que a sociedade possibilite condições para incluí-los, pois sua improdutividade não é algo natural, mas fruto da discriminação (Nussbaum, 2013, p. 140-41). Algumas pessoas com deficiência têm condições de participação social plena e de cooperar tal qual o tem as demais pessoas, se forem minadas as práticas sociais e as instituições discriminatórias (Hartley, 2011, p. 123). Ora, as pessoas *normais* têm diferenças várias e o espaço público é adequado às suas diferenças *normais*. O espaço público retrata a concepção pública acerca da inclusão, e a manutenção de um ambiente de uma forma e não de outra pode significar a negativa de oportunidades, e de inclusão, a alguém (Nussbaum, 2013, p. 141-6).

Nussbaum reconhece que há casos em que considerar a pessoa com impedimento ou deficiência grave como produtiva é algo que escapa às possibilidades, como no caso dos impedimentos e das incapacidades mentais graves. Salienta, então, que este é um dos motivos que torna evidente que a

necessidade de produtividade, potencialidade, não é uma moeda de troca pelo respeito à dignidade humana e que essa concepção da produtividade corrompe a ideia de cooperação social (Nussbaum, 2013, p. 158-61).

Assim, é urgente um olhar que transponha as cordilheiras do contrato social e atinja os horizontes de uma teoria mais inclusiva à justiça (Hartley, 2011, p. 124). Se uma sociedade que pretenda ser chamada de justa tem como primordial função responder às necessidades de seus cidadãos, de modo a garantir-lhes a dignidade (Nussbaum, 2013, p. 124-6), há que se considerar uma grave falha do contratualismo não saber lidar com as pessoas com impedimentos ou com deficiências.

Uma correta abordagem de justiça deve reconhecer a igualdade da cidadania das pessoas com deficiência/impedimento e apoiar o desenvolvimento de trabalhos para sua inclusão social. O tratamento justo às pessoas com deficiência/impedimento pode exigir arranjos sociais que lhes permitam a integração à sociedade, sendo que esta sociedade, para ser justa, não pode estigmatizá-los nem impedir seu desenvolvimento, deve proporcionar o acesso a todas as capacidades, à saúde, à educação, à participação social e política (Nussbaum, 2013, p. 121-3).

A *Abordagem das Capacidades* analisa a igualdade a partir da premissa básica do conceito de *desenvolvimento humano*, que é a *pluralidade*. Compreende, assim, que as pessoas têm necessidades diferentes, de acordo com seus atributos físicos, sensoriais, cognitivos e mentais, e também de acordo com sua inserção em um determinado contexto e condições sociais. Esta é razão pela qual tem sido considerada uma abordagem superior. Ela relê o significado da igualdade neste sentido, a igualdade para grupos diversos, com condições muito diferentes, que resultam em necessidades diferentes. Por isso, a mesma quantidade de recursos distribuída entre duas pessoas pode não produzir as mesmas consequências, pois podem diferir em suas possibilidades e necessidades (Dixon e Nussbaum, p. 561).

Importa considerar o que é necessário a cada pessoa, individualmente, para que alcance um nível mínimo das capacidades, aquilo que a pessoa pode fazer e ser para atingir suas capacidades. Por exemplo, uma pessoa com deficiência visual grave, cega, tem necessidades diversas das pessoas que não possuem a mesma limitação. De nada lhe adiantará ter condições financeiras para frequentar a melhor escola do país, se esta não oferecer soluções técnicas que lhe permitam desenvolver-se e estudar tal qual os demais colegas. Nessa ausência de condições da escola não conseguirá desenvolver suas capacidades.

Às pessoas com deficiência devem ser garantidas, portanto, todas as capacidades da lista de Nussbaum, da mesma forma que às demais pessoas, e admitir algo diverso equivaleria a lhes diminuir ou ceifar a humanidade. Todavia, isso exige políticas públicas especiais, bem como adaptação do setor privado e de cada cidadão individualmente às novas circunstâncias de inclusão. Enquanto em algumas áreas isso pode ser simples, como as ligadas à saúde e à integridade física; em outras, como as relativas aos direitos à política e liberdade, haverá exigências mais complexas, como estruturas especiais para adequação do ambiente de trabalho (Dixon e Nussbaum, 2013, p. 562).

Algo de extrema importância defendido na *Abordagem das Capacidades* é que não há direitos seguros se não houver a disponibilidade dos recursos. Ou seja, toda capacidade humana tem aspectos sociais e econômicos a serem ativados, realizados, por meio das ações afirmativas e dos investimentos governamentais (Dixon e Nussbaum, 2012, p. 561). Destarte, a abordagem das capacidades se desencontra da concepção de que alguns direitos fundamentais são garantidos apenas pela abstenção de ação estatal, como a tradicional divisão dos direitos atribuídos aos direitos de liberdade ou de primeira geração. Para Martha Nussbaum, todos os direitos fundamentais precisam de ação governamental (Dixon e Nussbaum, 2012, p. 561).

Nesse ponto é possível verificar a conexão da *Abordagem das Capacidades* com a releitura dos direitos e das políticas de direitos das pessoas com deficiência, a quais recomendam ações afirmativas, políticas públicas e programas para inclusão e garantia de direitos destas pessoas, uma vez que a abstenção apenas colabora para a manutenção de um quadro de exclusão e estigmatização, relegando-as às margens da sociedade e à caridade, perpetrando o quadro vivido e visto ao longo da história.

Dessa forma, é imperativo que às pessoas com deficiência, ao invés do isolamento, sejam beneficiadas por arranjos sociais que criem oportunidades de desenvolvimento de suas capacidades, ao máximo grau que lhe for possível. Segundo Dixon e Nussbaum (2012, p. 564), essa reivindicação moral que orienta a *Abordagem das Capacidades* tem por essência a dignidade humana. Assim, há necessidade de medidas, ações, para promover as capacidades, em respeito à dignidade humana de cada um (Dixon e Nussbaum, 2012, p. 564).

Há uma aceitação mundial crescente quanto à necessidade de se considerar os direitos das pessoas com deficiência a partir do valor da dignidade humana, no potencial de escolha (Nussbaum, 2013, p. 240), na igualdade de direitos, concebendo-as como detentoras de direitos e destinatárias de serviços sociais

que lhes possibilitem a efetividade destes direitos (Nussbaum, 2013, p. 243). É disso que se trata na sequência.

2.4 PESSOAS COM IMPEDIMENTOS TRATADAS COMO DEFICIENTES

Nas últimas décadas, tem-se buscado, de forma mais intensa, proteger as pessoas com deficiência através de ações que muito se aproximam das bases da *Abordagem das Capacidades*. Um reflexo importante disso foi a evolução do conceito de deficiência, do modelo médico para o modelo social, e o surgimento de instrumentos importantes, cuja maior expressão é, sem dúvida, a Convenção Internacional sobre o Direitos das Pessoas com Deficiência, de 1997.

Em relação ao conceito de pessoa com deficiência, o modelo social surgiu como uma resposta para a superação do modelo médico, tradicional (Malhotra, 2009, p. 70), empregado exclusivamente por muito tempo e ainda influente. Este, baseado somente em critérios clínicos, tem a deficiência como uma limitação funcional, física ou mental, resultado de um impedimento orgânico, ou biológico, persistente que impede o indivíduo de alcançar a mesma funcionalidade dos demais de sua espécie (Hartley, 2011, p. 121). Nessa condição, as pessoas com deficiência são consideradas inválidas, improdutivas, e são excluídas da sociedade até que sejam curadas (Malhotra, 2009, p. 70; Hartley, 2011, p. 121).

A consciência desta estigmatização, somada ao tratamento degradante ou caritativo humilhante que destinava certo respeito piedoso sem deixar de considerar as pessoas com deficiência como fardos, despertou o entendimento de que não eram os corpos que precisavam mudar, mas a sociedade deveria mudar para acomodá-los, para recebê-los (Malhotra, 2009, p. 71). Essa mudança de foco dá origem ao modelo social, que entende a deficiência como uma construção social e tem na estrutura da sociedade e nas barreiras atitudinais a causa principal da exclusão, a qual resulta na profunda marginalização das pessoas com deficiência, perceptível pelos baixos níveis de educação, na predominância da pobreza e do desemprego (Malhotra, 2009, p. 70-1).

Segundo o novo modelo, a causa da deficiência é a organização do ambiente social, o qual transforma um impedimento em uma deficiência devido às hostilidades ambientais e sociais que não permitem acomodar uma minoria de pessoas com disfunções físicas ou mentais. Portanto, a justiça e a inclusão de pessoas com deficiência dependem da eliminação das barreiras e da adaptação do ambiente, de modo a tornar a pessoa com deficiência independente de assistência para atividades corriqueiras da vida (Hartley, 2011, p. 121).

O modelo social materializa o princípio da isonomia, da igualdade material, que requer tratamento diferenciado àquele que dele necessita para dirimir as diferenças que por si sós não conseguiriam superar.

“Em discurso legal, o modelo social transcende os debates tradicionais sobre igualdade e impõem uma concepção mais substancial de igualdade” (Malhotra, 2009, p. 71).

Esta ampliação conceitual foi inicialmente apresentada na CIF – Classificação Internacional de Funcionalidade, Deficiência e Saúde (*International Classification of Functioning, Disability and Health*) – aprovada pela Assembleia Mundial da Saúde, em 2001 (Who, 2001). Nesta, o conceito de deficiência deixa de restringir-se apenas aos aspectos clínicos e a ele associa aspectos sociais, físicos e ambientais, o que resulta em um conceito multidimensional (Lopes, 2009, p. 45; Who, 2001, *passim*).

Provavelmente por influência da CIF, o modelo social foi o escolhido para figurar na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ou Convenção de New York – aprovada em 13.12.2006 e em vigor desde maio de 2008 –, cuja missão é orientar os Estados na elaboração e efetivação de políticas públicas para propiciar a inclusão social das pessoas com deficiência e a efetividade aos seus direitos (Fonseca, 2013, *passim*). Destaca-se que esta Convenção no Brasil tem *status* de emenda constitucional, consoante o estabelecido no § 3º do art. 5º constitucional, daí a grande importância do conceito social de deficiência para o ordenamento jurídico nacional.

Em termos de Tratados Internacionais a Convenção de New York representa a quebra do paradigma do conceito de deficiência (Lopes, 2009, p. 45). No seu texto, “a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras atitudinais e ambientais que impedem sua plena e efetiva participação na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”. Pessoas com deficiência são, neste prisma, “aquelas que tem impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com demais pessoas” (Corde, 2008, p. 15).

Tal alteração coincide com a *Capability Approach*, pois coloca sobre os ombros da sociedade a responsabilidade pela falta de oportunidades e de inclusão das pessoas com impedimentos, ante as barreiras que lhe impõe ao alcance e desenvolvimento das capacidades. Segundo Lopes (2009, p. 50-1), essa nova conceituação possibilita que a pessoa com deficiência seja

vista pela lente dos direitos humanos, com foco na autonomia, na equiparação e na solidariedade.

Verifica-se que para Martha Nussbaum, na linha de Mahbub Ul Haq e de Amartya Sen, não é apenas o potencial que cada pessoa possui de desenvolver certas habilidades, o que deve ser considerado na definição das deficiências, mas sim a interação de suas características com as condições que o meio propicia para o seu desenvolvimento, bem como as das barreiras que lhe impõe ao usufruto de uma vida plenamente digna (Nussbaum, 2013, p. 6 e 20). Ou seja, as características das pessoas podem significar um impedimento, mas se as barreiras ambientais, sociais e econômicas, impossibilitarem de alcançar seus direitos, haverá uma deficiência associada. Do contrário, caso hajam condições de plena inclusão e participação na sociedade, existirá ainda o impedimento, mas não haverá deficiência.

Martha Nussbaum enfatiza que os impedimentos não precisam significar a condenação a uma vida miserável, se houver adaptações e condições que permitam a inclusão e participação social (Nussbaum, 2013 p. 106), sendo que não fornecer-lhes tais condições configura discriminação (Nussbaum, 2013, p. 140-1).

Como a *Abordagem das Capacidades* centra-se na ideia da dignidade da pessoa humana, defende que a vida deve se mostrar adequada, com condições vitais verdadeiramente humanas. Desta forma, uma sociedade justa deve garantir a todos os seus cidadãos que alcancem um nível mínimo adequado das capacidades (Nussbaum, 2013, p. 84), o que conduz à conclusão de que uma sociedade não pode excluir, nem discriminar, nem submeter ninguém ou nenhum grupo, nem ignorar suas necessidades de condições para alcançar a suas capacidades (Nussbaum, 2013, p. 96-7). Portanto, quanto às pessoas com impedimentos e deficiências associadas, a sociedade deve criar as condições para sua inclusão e diminuição das deficiências ligadas aos impedimentos (Nussbaum, 2013, p. 130).

Há pouco tempo impedimentos sociais eram tidos como naturais, endossando o descarte da possibilidade de investimentos para remodelar os ambientes de forma a receber estas pessoas. A tática era encarar as pessoas com deficiência como inevitavelmente dependentes dos outros, com guias ou acompanhantes. Disponibilizar o cuidado necessário e que uma pessoa precisa e quer não pode ser confundido com obrigar a pessoa a uma situação de dependência dos outros, mesmo contra a sua vontade, apenas para aliviar a responsabilidade pública. As pessoas com deficiência devem ter opção

de escolher. E mesmo que prefiram a dependência, devem ser-lhe oferecidas alternativas, para que a dependência não seja sua única escolha (Nussbaum, 2013, p. 231-2).

Talvez hajam casos mais extremos em que o grau do impedimento ou deficiência impeça a pessoa de alcançar a completude das capacidades contidas na lista. Mesmo assim, é obrigação da sociedade concentrar forças e destinar recursos para que alcancem tantas capacidades quantas conseguirem, e as que não conseguirem, deverão ser possibilitadas por meio de adequado acordo de tutoria (Nussbaum, 2013, p. 234-6).

A inclusão das pessoas com deficiência requer uma mudança social, alterações nos mecanismos sociais e econômicos que se mostram inadequados às diferenças (Nussbaum, 2013, p. 243-4). Mas, ao que se observa, alterações positivas estão ocorrendo, ainda que a passos mansos, em teorias sociais, em medidas legislativas e em ações práticas.

Pode-se constatar a coincidência no tratamento dispensado às pessoas com deficiência pela *Capability Approach* e pelas concepções conceituais resultantes da superação do modelo médico pelo social, empregadas nos novos instrumentos de tutela dos direitos dessas pessoas, o que permite verificar que a *Abordagem das Capacidades* é a teoria ideal quando se trata de fundamentar estudos e discussões acerca das pessoas com deficiência.

CONCLUSÃO

Este artigo tinha por objetivo uma incursão inaugural pela *Abordagem das Capacidades* e sua pertinência como teoria de base para analisar o dever de proteção de pessoas com deficiências. O estudo da *Abordagem das Capacidades*, especialmente pelo enfoque de Martha Nussbaum, leva às seguintes conclusões preliminares: (i) verificou-se que a *Capability Approach* é uma teoria, tida como uma nova teoria de justiça social, ainda pouco explorada pela dogmática jurídica dos direitos fundamentais sociais. Destaca-se, nessa abordagem teórica, o seu enfoque não contratualista e não utilitarista de justiça social, à primeira vista, com qualidades explicativas superiores às demais teorias devido à sua sensibilidade à diversidade humana e, principalmente, ao seu poder de fundamentar reivindicações da justiça para as pessoas com deficiência.

O enfoque de Nussbaum centra-se na teoria da moral e teoria da justiça, para desenvolver uma teoria de direitos fundamentais condizentes com as premissas da perspectiva do *desenvolvimento humano*, tal como desenvolvido por Mahbub Ul Haq, pioneiramente, e depois por Amartya Sen. É uma teoria que

pretende justificar as garantias humanas que todas as nações devem respeitar e promover para seus cidadãos alcançarem padrões de vida adequados à dignidade humana. É nesse ponto, precisamente, que a teoria se conecta com todo o discurso dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. Nussbaum desenvolve uma teoria de justiça social, a partir da concepção da dignidade da vida humana, apresentando uma lista de dez capacidades básicas. Assim, essa forma de abordar o tema da dignidade surgiu como alternativa ao utilitarismo dos *monoindicadores*, como PIB *per capita*. Países com altos índices no PIB podem, na realidade, ser marcados por injustiças sociais abissais. O enfoque dessa nova abordagem está na pessoa, no ser individualmente considerado e em suas necessidades, nas oportunidades essenciais ao seu desenvolvimento, bem como no alcance e desfrute de uma vida digna, uma vez que a base da abordagem é, sem dúvida, a dignidade da pessoa humana.

Além de revelar soluções conceituais superiores ao utilitarismo, enquanto teoria de justiça social a *Capability Approach* mostra-se mais adequada do que as conhecidas versões de contratualismo, pois nas abordagens contratualistas as partes devem estar em par de igualdade, liberdade, racionalidade, independência e semelhança de necessidades. Além disso, a finalidade da associação deve ser a obtenção de vantagem mútua, baseada em interesses individuais. O resultado é que aqueles que não se enquadrarem nesse *standard* de “normalidade”, tais como as pessoas com deficiência, estão excluídos do contrato, e, assim, seus interesses não são considerados no estabelecimento dos princípios que regerão a sociedade, tampouco estarão entre os destinatários dos princípios estabelecidos pelos contratantes “normais”. Restará a estes, eventualmente, um momento legislativo posterior, ou a caridade, o que não descaracteriza a discriminação no momento do estabelecimento do contrato. O contratualismo é incapaz de lidar com a vulnerabilidade incomum e suas necessidades.

De tudo o que se viu, pode-se dizer que a *Abordagem das Capacidades* é uma concepção teórica relativamente nova que valoriza a diversidade humana, fundamenta reivindicações da justiça para todos, especialmente os não enquadrados no *standard* de normalidade. Além disso, refuta a tese segundo a qual o fim da associação humana seja a obtenção de vantagem mútua e afasta a ideia de que a produtividade deva ser moeda de troca para alcançar padrões de uma vida digna. Prima pelas ações que venham promover os direitos destes grupos e conclama que os governos sejam obrigados a promoverem as capacidades essenciais de seus cidadãos, em limites condizentes com a dignidade humana, não admitindo que hajam excluídos e discriminados, especialmente no

que toca aos muitos desfavorecidos sociais. O enfoque de Nussbaum apregoa a inclusão das pessoas com deficiência em todas as deliberações sobre as instituições básicas da sociedade e, para deixá-los na posição original, trabalha contra vantagem mútua.

Em relação às pessoas com deficiência, percebeu-se que essa abordagem teórica retira dos ombros do acaso a sorte destas pessoas a uma vida digna. Prega o respeito e a promoção dos direitos destas pessoas. Entende que boa parte dos impedimentos que as pessoas têm decorrem de barreiras sociais, mais do que de disfunções, razão pela qual é devido que a sociedade remova esses obstáculos adotando ações afirmativas de inclusão e promoção da autonomia, do poder de escolha, da participação e inclusão social, das liberdades e da vida digna.

Um último item merece uma breve discussão: saber se o tratamento atribuído às pessoas com deficiência pela *Capability Approach* coincide com as inovações da percepção acerca dos direitos destas pessoas, de forma especial, pela expressividade da importância, com a Convenção de New York. A análise permitiu concluir que sim. É uma abordagem que em tudo se coaduna com as inovações promovidas no tratamento devido às pessoas com deficiência. A Convenção de New York e o novo conceito de pessoa com deficiência têm um grande papel na *Abordagem das Capacidades*. Esta analisa as pessoas enquanto agentes atuantes, agindo, se esforçando, em contraste com as teorias que partem do índice de satisfação de preferências. A nova concepção de pessoa com deficiência considera as oportunidades e as barreiras que a sociedade lhes proporciona para que possam agir, interagir, estarem inclusas. A ênfase da Convenção de New York, tal qual o enfoque da *Abordagem das Capacidades* entende que as pessoas com deficiência devem ter oportunidades máximas de inclusão, respeito, autonomia e liberdade para decidirem e escolherem de acordo com suas potencialidades. A nova concepção pleiteia a inclusão e a autonomia. Deixa clara a obrigação de agir dos governos e das sociedades para garantir que tenham direito a participação social plena, como sujeito de direito e sujeito social que possam participar da vida política e das decisões que lhes digam respeito.

A *Abordagem das Capacidades* é promissora, um instrumento que pode ampliar os princípios e as intuições para garantir igualdade e justiça às pessoas com deficiência e aos demais em desvantagem. Uma abordagem que pretende a igualdade na garantia a um mínimo de cada capacidade essencial que deve ser fornecido pelo Estado, aos que não tem como alcançá-las per si. As capacidades centrais trazidas por Nussbaum parecem equivaler a direitos fundamentais,

titularidade indiscutível de qualquer pessoa, mas a abordagem mostra-se abrangente justamente pela especificação destes direitos e capacidades essenciais, e pela contundência em expor que o Estado tem papel essencial em provê-los. Mostra-se especialmente interessante em um mundo marcado pelas desigualdades e pela exclusão dos marcados com a marca da desigualdade. A elaboração deste texto permitiu verificar que a *Abordagem das Capacidades* por Martha Nussbaum é um vasto campo a ser explorado no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Eduardo Fernández. Capacidades y globalización. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Colombia: Medellin, 41, n. 114, enero-junio 2011: 167-180.

BARDEN, Júlia Elisabete. Abordagem das capacitações: uma análise a partir de um indicador agregado via objetivos de desenvolvimento do milênio. *III Conferência Latino Americana e Caribenha sobre a Abordagem das Capacitações e Desenvolvimento Humano*, 11-12 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/eventos/alca/ download/abordagem-das-capacitacoes-uma-analise-a-partir-de-um-indicador.doc>>. Acesso em: 17 dez. 2013.

_____. Indicador social para o Rio Grande do Sul: uma análise a partir da abordagem das capacitações, 2009. 212 f. Tese de Doutorado em Economia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: UFRGS, 2009.

BLOODWORTH, Andrew. Nussbaum's 'Capabilities Approach'. *Nursing Philosophy*, 12 January 2006: 58-60.

CORDE/SEDH/PR. Coordenadoria Nacional para integração da pessoa portadora de deficiência. In: *A convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência – Versão comentada*. Brasília: Secretaria especial dos Direitos Humanos, 2008.

CORRADO, Michael Louis. Disability and Nationality: Martha Nussbaum on Justice. *Essays in Philosophy*, 2008.

DIXON, Rosalind; NUSSBAUM, Martha. Children's rights and a Capabilities Approach: the question of special priority. *Chicago Public Law and Legal Theory – Working Paper*, n. 384, May 2012: 549-94.

FASCIOLI, Ana. Justicia social en clave de capacidades y reconocimiento. *Revista de Filosofía*, Areté, 1. ed., 2011: 53-77.

_____. Justicia social en clave de capacidades y reconocimiento. *Scielo Perú*, Areté Lima, v. 23, n. 1, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1016-913X2011000100003&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 16 dez. 2013.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. A reforma constitucional empreendida pela ratificação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência aprovada pela Organização das Nações Unidas. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, 2013: 93-116.

GOLDFARB, Cibelle Linero. *Pessoas portadoras de deficiência e a relação de emprego*. Curitiba: Juruá, 2009.

HARTLEY, Christie. Disability and Justice. *Philosophy Compass*, feb. 2011: 120-32.

LOPES, Lais Vanessa Carvalho de Figueiredo. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, seu Protocolo Facultativo e a Acessibilidade. Dissertação de Mestrado em Direito. São Paulo: PUC/SP, 2009.

MALHOTRA, Ravi. Martha Nussbaum's Capabilities Approach and Equality Rights for People with Disabilities: Rethinking the Granovsky Decision. *The Supreme Court Law Review*, 2. ed., 8 jan. 2009: 61-89.

_____; HANSEN, Robin F. The United Nations Convention on the Rights of Persons with disabilities and its implications for the equality rights of Canadians with disabilities: the case of education. *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 1. ed., 2011.

NUSBAUMM, Martha. Creating capabilities: the human development approach. *Chicago Best Ideas Serie*, Chicago: University of Chicago Law School, n. 28, 2 march 2010.

_____. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Trad. Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

_____. Educação para o lucro, educação para a liberdade. *Revista Redescições - Revista online do GT do Pragmatismo e Filosofia Norte-americana*, 2009.

_____; FARALLI, Carla. On the New Frontiers of Justice: a Dialogue. *Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, 2. ed., june de 2007: 145-61.

RAWLS, John. *Liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

RIBEIRO, Carlos Dimas Martins. Walter Melanine. Higher education pedagogies: a capabilities approach. Berkshire, England: Open University Press, 2006. 164p. *Revista Brasileira de Educação Médica*, n. 31, jan./abr. 2007.

RIDDLE, Christopher A. Well-Being and the Capability of Health. *Topoi: An International Review of Philosophy*, 2013: 153-160.

ROBEYNS, Ingrid. The capability approach. Summer of 2011. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2011/entries/capability_abordagem/>. Acesso em: dez. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo

Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHNEIDER, Sérgio; FREITAS, Tanise Dias. Qualidade de Vida, diversificação e desenvolvimento: referências práticas para análise do bem estar. *Olhares Sociais*, maio 2013, jan./jun. 2013: 121-42.

SEN, Amartya. A decade of Human Development. *Journal of Human Development*, n. 1, 2000: 17-23.

_____. *A ideia de justiça*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. Development as capability expansion. *Journal of Development Planning*, 19, 1989.

_____. Human Rights and Capabilities. *Journal of Human Development*, Routledge 6, n. 2, 2005.

SILVA, Eduardo Jannone da. *Tutela jurídica do direito à saúde da pessoa portadora de deficiência*. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, Diego Nassif da. *Inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho*. Curitiba: Juruá, 2013.

SILVA, Juliana Luciani da. A pessoa com deficiência e o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; IKAVA, Daniela (Coord.). *Direitos humanos na ordem contemporânea: proteção nacional, regional e global*. Curitiba: Juruá, 2010.

UNITED NATIONS. Declarations and Conventions Contained in GA Resolutions. Declarations and Conventions on Human Rights, 9 dez. 1975. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/resolution/gen/nr0/001/60/img/nr000160.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 18 jan. 2014.

_____. Declaration on the Rights of Disabled Persons – Proclaimed by General Assembly resolution 3447 (XXX) of 9 December 1975. United Nations Human Rights: Office of the High Commissioner for Human Rights, 9 dec. 1975. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RightsOfDisabledPersons.aspx>>. Acesso em: 26 nov. 2013.

_____. Enable – The United Nations and indigenous persons with disabilities. United Nations – Enable – Development and Human rights for all, 2013. Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=1605>>. Acesso em: 5 jan. 2014.

UNDP – UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. Human Development Report 1990, p. 9, may 1990. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/219/hdr_1990_en_complete_nostats.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2013.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *World Report on Disabilities*. Geneve, 2011.

WASSERMAN, David; ASCH, Adrienne; BLUSTEIN, Jeffrey; PUTNAM, Daniel. Disability and Justice. In: The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Summer, jun. 2013. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/disability-justice/>>. Acesso em: 14 dez. 2013.

WHITE, Stuart. Social Minimum. In: ZALTA, Edward N. (Ed.). The Stanford Encyclopedia of Philosophy, 21 september 2008. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/social-minimum>>. Acesso em: 1º jan. 2014.

WHO - WORLD HEALTH ORGANIZATION. ICF: International Classification of Functioning, Disability and Health. Geneve: WHO Library Cataloguing-in-Publication Data, 2001.

_____. International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF), 22 may 2001. Disponível em: <<http://www.who.int/classifications/icf/en/>>. Acesso em: 2 jan. 2014.

INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E O PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO

INCORPORATION REAL ESTATE AND APPROPRIATED ASSETS

Cristina Malaski Almendanha¹

Professora na Faculdade Cenecista de Campo Largo

RESUMO: O crescimento populacional desordenado das grandes cidades impulsionou o surgimento da incorporação imobiliária como resposta a uma necessidade de uso racional do espaço urbano. Pela definição legal, incorporação imobiliária é a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações. A doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem pela incidência das regras do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de incorporação imobiliária, nos quais o incorporador está vinculado a obrigações de fazer e de dar, consistentes no dever de construir o imóvel e de transferi-lo definitivamente. A Lei nº 10.931/2004 alterou a Lei nº 4.591/1964, instituindo o patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias. Tal modificação foi promovida

com o intuito de viabilizar a proteção dos promissários compradores de imóvel, especialmente depois da ocorrência de “calotes” famosos, a exemplo do caso Encol. Por patrimônio de afetação deve-se entender o patrimônio próprio de cada empreendimento imobiliário que, sob o aspecto contábil e financeiro, fica apartado do restante do patrimônio da incorporadora, somente respondendo por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva. O intuito do presente trabalho foi expor o contexto de criação da Lei nº 10.931/2004 e compreender a importância e aplicabilidade do regime especial tributário trazido por essa lei. O que se verifica é que o aspecto facultativo da instituição do patrimônio de afetação implica, necessariamente, na menor adoção do regime pelas incorporadoras, o que acaba colocando em descrédito a utilidade do instituto.

¹ Assessora Jurídica no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Especialista em Direito Civil e Empresarial pela PUC-PR. Mestranda em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC-PR - Linha de Pesquisa: Estado, atividade econômica e desenvolvimento sustentável.

PALAVRAS-CHAVE: Incorporação imobiliária; direito do consumidor; patrimônio de afetação.

ABSTRACT: *The uncontrolled population growth of large cities spurred the emergence of real estate as a response to a need for rational use of urban space. By legal definition, real estate development is the activity pursued with the intent to promote and carry out the construction for total or partial disposal of buildings or group of buildings. The doctrine and jurisprudence majority understand the impact of the rules of consumer protection to the real estate contracts code, in which the developer is bound to obligations to make and give consistent duty to build the property and transfer it definitely. The Law nº 10.931/2004 amended the Law nº 4.591/1964, instituting the earmarked assets in real estate development. This modification was promoted in order to facilitate the protection of potential purchasers of property, especially after the occurrence of famous “fraud”, as in our case Encol. For detached assets must understand the very heritage of a real estate project that under the accounting and financial side, is separated from the rest of the equity of the developer, only accounting for debts and obligations related to its incorporation. The aim of this study was to expose the creation context of the Law nº 10.931/2004 and understand the importance and applicability of the special tax regime brought by this law. What is happening is that the optional aspect of the institution of appropriated assets, necessarily implies the lowest adoption of the scheme by developers, which ends up putting into disrepute the usefulness of the institute.*

KEYWORDS: *Incorporation real estate; consumer law; appropriated assets.*

SUMÁRIO: 1 Incorporação imobiliária; 2 Patrimônio de afetação; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *1 Incorporation real estate; 2 Appropriated assets; Final considerations; References.*

1 INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

1.1 INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA NO BRASIL - BREVE HISTÓRICO LEGISLATIVO

O crescimento populacional desordenado das grandes cidades impulsionou o surgimento da incorporação imobiliária, com a construção de edifícios em condomínios em resposta a essa necessidade de uso racional do espaço urbano.

Com o escopo de regular juridicamente esse novo cenário social, o Decreto nº 5.481, de 25 de junho de 1928², inaugurou a legislação sobre incorporações imobiliárias, dispondo sobre alienação parcial dos edifícios de mais de cinco andares. Na sequência, em 1964, veio a Lei nº 4.591, de 16 de dezembro³, dispondo sobre o condomínio em edificações e sobre incorporação de imóveis.

Um ano depois, em 1965, o Decreto nº 55.815, de 8 de março⁴, passou a estabelecer normas para a escrituração, no Registro Geral de Imóveis, dos registros criados pela Lei nº 4.591/1964. No mesmo ano, a Lei nº 4.728, de 14 de julho⁵, disciplinando o mercado de capitais, introduziu na legislação regras aplicáveis às sociedades imobiliárias que tinham por objeto a incorporação imobiliária. Ainda nesse ano de 1965 criou-se a Lei nº 4.864, de 29 de novembro⁶, apresentando medidas de estímulo à indústria da construção civil.

Décadas depois, no ano de 2001, foi editada a Medida Provisória nº 2.221, de 4 de setembro⁷, introduzindo alterações na Lei nº 4.591/1964. Mais tarde, no ano de 2004, editou-se a Lei nº 10.931, que revogou referida MP e instituiu, de vez, o patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias.

A lei que hoje regula as incorporações imobiliárias teve como mola propulsora os trabalhos do Jurista Cáo Mário da Silva Pereira, logo se

² Brasil. Decreto nº 5.481, de 25 de junho de 1928. Dispõe sobre a alienação parcial dos edifícios de mais de cinco andares e dá outras providências. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=26186&norma=41641>>. Acesso em: 10 jun. 2011.

³ Brasil. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L4591.htm>. Acesso em: 10 jun. 2011.

⁴ Brasil. Decreto nº 55.815, de 8 de março de 1965. Estabelece normas para a escrituração dos registros criados pela Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, que dispõe sobre condomínio e incorporações imobiliárias, no Registro Geral de Imóveis. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=169028&norma=187582>>. Acesso em: 10 jun. 2011.

⁵ Brasil. Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14728.htm>. Acesso em: 13 jun. 2011.

⁶ Brasil. Lei nº 4.864, de 29 de novembro de 1965. Cria medidas de estímulo à indústria de construção civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14864.htm>. Acesso em: 13 jun. 2011.

⁷ Brasil. Medida Provisória nº 2.221, de 4 de setembro de 2001. Altera a Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, instituindo o patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/MPV/2221.htm>. Acesso em: 14 jun. 2011.

evidenciando a necessidade de criação de instrumentos capazes de garantir o mercado vinculado a essa atividade imobiliária⁸.

Nesse contexto é que o Professor Melhim Namem Chalhub formulou anteprojeto de lei que, depois de ser aprovado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros foi convertido nos Projetos de Lei da Câmara dos Deputados sob os nºs 2.109/1999, 3.455/2000 e 3.742/2000⁹. Ato contínuo, a proposição converteu-se na Medida Provisória nº 2.221/2001 que, conforme já relatado, deu origem à Lei nº 10.931/2004, que veio regulamentar o patrimônio de afetação já instituído pela referida MP.

Um dos principais objetivos da lei é o de baratear o crédito imobiliário e dar segurança aos agentes financeiros, bem como aos adquirentes das unidades do empreendimento, em especial nos casos de falência da incorporadora¹⁰. Surgiu da necessidade de regulamentar a atividade incorporativa, qualificar e personificar o incorporador e assim definir o âmbito de suas responsabilidades perante o adquirente-consumidor¹¹.

Afinal, quem é que não se lembra do famoso caso da incorporadora Encol, que deixou inacabados centenas de empreendimentos imobiliários no Brasil, em prejuízo a um numeroso número de famílias que sonhavam com a casa própria? A lei surgiu esperançosa, com a pretensão de evitar os nefastos efeitos da quebraadeira na construção civil¹².

1.2 CONCEITO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

O parágrafo único do art. 28 da Lei nº 4.591/1964 conceitua incorporação imobiliária como sendo a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas.

O contrato de incorporação imobiliária é um contrato sinalagmático, consensual, oneroso, formal e de execução diferida¹³. A despeito de ser *titulus*

⁸ TRISTÃO, Ivan Martins. Aspectos gerais da incorporação imobiliária no novo regime do patrimônio de afetação e os títulos decorrentes das operações imobiliárias. In: MARQUES FILHO, Vicente de Paula; DINIZ, Marcelo de Lima Castro (Coord.). *Incorporação imobiliária & patrimônio de afetação*. Lei nº 10.931/2004 numa abordagem interdisciplinar. Curitiba: Juruá, 2009. p. 12.

⁹ *Ibid.*, p. 13.

¹⁰ *Ibid.*, p. 15.

¹¹ AGHIARIAN, Hércules. *Curso de direito imobiliário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 261.

¹² Tristão, *op. cit.*, p. 15.

¹³ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 554.

adquirendi de propriedade imobiliária não é um contrato solene. Isso porque a lei dispensa a escritura pública para facilitar sua celebração como instrumento econômico, exigindo, todavia, a celebração de contrato particular, por escrito¹⁴.

Pelo contrato de incorporação imobiliária “o incorporador faz uma venda antecipada dos apartamentos, para arrecadar o capital necessário para a construção do prédio”¹⁵. E essa venda antecipada ocorre por intermédio da figura da promessa de venda, também chamada de compromisso de compra e venda.

A incorporação imobiliária costuma ser dividida pela doutrina em incorporação *lato sensu* e incorporação *strictu sensu*. A primeira consiste na própria atividade incorporativa daquele que constrói um edifício no imóvel objetivando ganho econômico por meio da reunião das manifestações de vontade, exprimíveis por intermédio dos contratos de incorporação imobiliária¹⁶. Estes, por sua vez, representativos do negócio jurídico incorporativo e verdadeiros núcleos da atividade incorporativa, caracterizam o que se denomina incorporação imobiliária *strictu sensu*¹⁷.

A incorporação imobiliária pressupõe a ocorrência simultânea de duas condições: que a construção seja composta de unidades diversas e autônomas e que estejam destinadas à alienação antes da conclusão da obra, de modo que aquele que constrói um prédio para venda e não o divide em unidades autônomas não está a praticar incorporação¹⁸. Ainda, segundo os autores, “para caracterizar a atividade da incorporação imobiliária é necessário que se vise a negociação sobre bem imóvel previamente definido, mas ainda não existente e que constitua, com outras unidades, um condomínio especial por áreas comuns”¹⁹.

Uma das características principais dessa atividade, como visto, é a possibilidade de negociar a venda da construção ainda na fase de projeto do imóvel, utilizando na realização do empreendimento os valores arrecadados dos futuros proprietários, então promitentes compradores. Quanto ao seu

¹⁴ Ibid., p. 554.

¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. O novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 437.

¹⁶ CAMBLER, Everaldo Augusto. *Incorporação imobiliária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 19.

¹⁷ Ibid., p. 20.

¹⁸ AVVAD, Pedro Elias; LIMA, Rafael Augusto de Mendonça. *Direito imobiliário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 375.

¹⁹ Id.

desenvolvimento, a incorporação compreende etapas como a compra do terreno, aprovação do projeto, elaboração e registro do memorial de incorporação, contratação da construção e comercialização das unidades²⁰.

2 PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO

2.1 SURGIMENTO E CONCEITO DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO

Como já mencionado, a Lei nº 10.931/2004 (originalmente MP 2.221, de 4 de setembro de 2001) alterou a Lei nº 4.591/1964, instituindo o patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias. Tal modificação foi promovida com o intuito de instrumentalizar a proteção dos promissários compradores de imóvel, especialmente depois da ocorrência de “calotes” famosos como os casos Sérgio Dourado e Encol.

Antes da edição da Lei nº 10.931/2004, sobrevivendo a falência da incorporadora o adquirente de uma unidade autônoma possuía apenas direito de preferência geral sobre o patrimônio da incorporação, vez que outros credores, com privilégios especiais, habilitavam-se na massa falida e executiam o patrimônio incorporado mesmo sem ter contribuído para o empreendimento imobiliário²¹.

Pelo regime da afetação, o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados ficam apartados do patrimônio do incorporador, constituindo o patrimônio de afetação, que se destina à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.

Com esse regime impede-se que, em caso de falência do incorporador, credores estranhos ao empreendimento possam penhorar bens afetados²². É algo semelhante ao que ocorre com a situação do bem de moradia da família, que fica destacado do patrimônio do sujeito, inatingível por penhora decorrente de dívidas não relacionadas ao próprio bem²³.

²⁰ Ibid, p. 381.

²¹ VANZELLA, Pedro Guilherme Kreling. Extinção do patrimônio de afetação. In: MARQUES FILHO, Vicente de Paula; DINIZ, Marcelo de Lima Castro (Coord.). *Incorporação imobiliária & patrimônio de afetação*. Lei nº 10.931/2004 numa abordagem interdisciplinar. Curitiba: Juruá, 2009. p. 66.

²² ACCORSI, Alifrancy Pussi Farias; ROSA, Maria Daniela Bachega Feijó. Regime especial tributário: aspectos sob a ótica da Lei nº 10.931/2004. In: MARQUES FILHO, Vicente de Paula; DINIZ, Marcelo de Lima Castro (Coord.). *Incorporação imobiliária & patrimônio de afetação*. Lei nº 10.931/2004 numa abordagem interdisciplinar. Curitiba: Juruá, 2009. p. 87.

²³ Ibid., p. 89.

Todo o acervo patrimonial da incorporação – terreno, acessões, receitas das vendas, encargos fiscais, trabalhistas e previdenciários – é passível de afetação, tornando-se incomunicável, tanto em relação ao patrimônio do incorporador quanto a eventuais outros patrimônios afetados, até a conclusão da incorporação²⁴.

Na prática, tudo o que estiver sob o regime de afetação só pode ser executado por credores ligados à respectiva incorporação, de modo que os demais credores gerais do incorporador ficam impedidos de praticar quaisquer atos executivos em relação a esses bens afetados²⁵.

Com essa proteção, na hipótese de “quebra” da incorporadora a figura da Comissão de Representantes, prevista na lei, pode optar entre continuar a obra ou liquidar o patrimônio de afetação, conforme previsto no art. 31-E e parágrafos da Lei nº 4.591/1964.

Por patrimônio de afetação, frise-se, deve-se entender o patrimônio próprio de cada empreendimento imobiliário que, sob o aspecto contábil e financeiro, fica apartado do restante do patrimônio da empresa incorporadora. Assim sendo, o incorporador não pode utilizar recursos de um determinado empreendimento em outro, já que todo o dinheiro pago pelos adquirentes do imóvel deve ser destinado unicamente ao imóvel que está sendo adquirido.

Isso porque o § 1º do art. 31-A da Lei nº 4.591/1964, com as alterações trazidas pela Lei nº 10.931/2004, foi claro ao dispor que o patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos. Esse patrimônio apartado somente responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva.

O § 3º desse mesmo art. 31-A também estabelece que os bens e direitos integrantes do patrimônio de afetação somente podem ser objeto de garantia real em operação de crédito cujo produto seja integralmente destinado à consecução da edificação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.

²⁴ TRISTÃO, Ivan Martins. Aspectos gerais da incorporação imobiliária no novo regime do patrimônio de afetação e os títulos decorrentes das operações imobiliárias. In: MARQUES FILHO, Vicente de Paula; DINIZ, Marcelo de Lima Castro (Coord.). *Incorporação imobiliária & patrimônio de afetação*. Lei nº 10.931/2004 numa abordagem interdisciplinar. Curitiba: Juruá, 2009. p. 18.

²⁵ VANZELLA, Pedro Guilherme Kreling. Extinção do patrimônio de afetação. In: MARQUES FILHO, Vicente de Paula; DINIZ, Marcelo de Lima Castro (Coord.). *Incorporação imobiliária & patrimônio de afetação*. Lei nº 10.931/2004 numa abordagem interdisciplinar. Curitiba: Juruá, 2009. p. 68.

Todos os recursos financeiros integrantes do patrimônio de afetação devem ser utilizados para pagamento ou reembolso das despesas inerentes à incorporação a que se refere.

A figura do patrimônio de afetação significa, na prática, uma garantia de que todos os valores pagos pelos adquirentes do imóvel estarão vinculados e serão utilizados naquele determinado empreendimento, sem possibilidade de desvio de recursos.

Podendo ser constituído a qualquer tempo, inclusive quando do registro da incorporação, o patrimônio de afetação deve ser averbado na matrícula do imóvel e, quando se tratar de conjuntos de edificações, é possível constituir e registrar patrimônios de afetação separados, conforme o número de subconjuntos de casas²⁶. A existência de ônus reais sobre o imóvel objeto da incorporação não impede a averbação do patrimônio de afetação.

Com a instituição desse regime, em semelhança à caução em garantia, o incorporador destaca de seu patrimônio ou de terceiros parceiros patrimônio constituído pelas benfeitorias a serem agregadas, de bens e direitos, ou mesmo o próprio imóvel sobre o qual venha a ser edificada a incorporação, para responder por quebras e outras indenizações que surjam por culpa deste, em favor dos referidos promitentes-compradores²⁷. “Os bens e direitos integrantes do patrimônio de afetação somente podem ser objeto de garantia real se houver reversão do benefício em prol do respectivo empreendimento”²⁸.

Além disso, todos os recursos necessários à execução do empreendimento objeto do patrimônio de afetação devem ser mantidos em conta de depósito aberta especificamente para o empreendimento²⁹. Havendo cessão de direitos creditórios oriundos da comercialização dos imóveis, o produto da cessão também integrará o patrimônio de afetação.

Com a instituição do patrimônio de afetação não é possível retirar recursos do caixa da incorporação antes de reunir quantia suficiente para conclusão das obras. A incorporadora deve preservar recursos necessários à conclusão da

²⁶ TUTIKIAN, Cláudia Fonseca. Incorporação imobiliária, patrimônio de afetação e garantia dos imóveis. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 1, p. 120, jul. 1999.

²⁷ AGHIARIAN, Hércules. *Curso de direito imobiliário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 307.

²⁸ Tutikian, op. cit., p. 120.

²⁹ Id.

obra “sem misturar os bens, direitos e obrigação de cada incorporação, sendo imprescindível que a contabilidade seja nitidamente separada”³⁰.

Essa espécie de separação ou divisão de patrimônio, que é direcionado e destinado a finalidades específicas, é característica principal da chamada teoria da afetação. A afetação não significa, necessariamente, a disposição do bem, tampouco a saída do patrimônio do indivíduo ou da empresa. Trata-se, na verdade, da imobilização do patrimônio até o atingimento de finalidade específica.

Em prol da segurança da incorporação, já quando do início das obras o incorporador deverá dispor de todos os recursos necessários à construção do empreendimento, de modo a conseguir manter a continuidade das obras, ciente de que somente obterá o ressarcimento dos valores gastos quando da alienação dessas unidades a terceiros.

2.2 PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO E O REGIME ESPECIAL TRIBUTÁRIO

O § 8º do art. 31-A da Lei nº 4.591/1964, com as alterações da Lei nº 10.931/2004, expressamente prevê que os recursos financeiros que excederem a importância necessária à conclusão da obra, os recursos necessários à quitação de financiamento para a construção e o valor referente ao preço de alienação da fração ideal de terreno de cada unidade vendida, no caso de incorporação em que a construção seja contratada sob o regime por empreitada (art. 55) ou por administração (art. 58), não fazem parte do patrimônio de afetação.

Quanto aos recursos afetados pelo instituto, entretanto, a Lei nº 10.931/2004 apresenta um regime de tributação especial, cuja adesão exige o atendimento de dois requisitos primordiais: a entrega do termo de opção ao regime especial de tributação na unidade competente da Secretaria da Receita Federal, conforme regulamentação própria e afetação do terreno e das acessões objeto da incorporação imobiliária, conforme disposto nos arts. 31-A a 31-E da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964.

A opção por esse regime especial de tributação, como já dito, é opcional e o patrimônio do empreendimento, depois de afetado, não responde por

³⁰ TRISTÃO, Ivan Martins. Aspectos gerais da incorporação imobiliária no novo regime do patrimônio de afetação e os títulos decorrentes das operações imobiliárias. In: MARQUES FILHO, Vicente de Paula; DINIZ, Marcelo de Lima Castro (Coord.). *Incorporação imobiliária & patrimônio de afetação*. Lei nº 10.931/2004 numa abordagem interdisciplinar. Curitiba: Juruá, 2009. p. 25.

débitos da incorporadora, a não ser por aqueles oriundos da própria edificação. O patrimônio da incorporadora responde, todavia, pelas dívidas tributárias da incorporação afetada.

De acordo com o art. 4º da Lei nº 10.931/2004, com redação recentemente modificada pela Lei nº 12.844/2013, para cada incorporação submetida ao regime especial de tributação a incorporadora ficará sujeita ao pagamento equivalente a 4% (quatro por cento) da receita mensal recebida, que corresponderá ao pagamento mensal unificado do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ), Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/Pasep), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins)³¹.

Esses créditos tributários devidos pela incorporadora não podem ser objeto de parcelamento e o incorporador fica obrigado a manter escrituração contábil segregada para cada incorporação submetida a esse regime especial de tributação.

No que se refere aos tributos federais, o patrimônio de afetação responde apenas por dívidas decorrentes de tributos vinculados ao regime especial da Lei nº 10.931/2004³², conforme citado *supra*. Nesse contexto, vale destacar um aspecto importante: a lei expressamente dispôs que a incorporação imobiliária não responde por débitos tributários relativos a IRPJ, CSLL, Cofins e PIS/Pasep da incorporadora, mas nada falou sobre outras espécies de tributos decorrentes dessa atividade, a exemplo de IPTU, ICMS, ITBI e ISS. Isso levaria a concluir, a princípio, que o patrimônio afetado possa responder por tributos estaduais e municipais do incorporador, já que a lei só incluiu em seu bojo os tributos federais³³.

³¹ A lei estabeleceu que até 31 de dezembro de 2014, para os projetos de incorporação de imóveis residenciais de interesse social cuja construção tenha sido iniciada ou contratada a partir de 31 de março de 2009, o percentual correspondente ao pagamento unificado dos referidos tributos equivalerá a apenas 1% da receita mensal recebida.

³² ACCORSI, Alifranco Pussi Farias; ROSA, Maria Daniela Bachega Feijó. Regime especial tributário: aspectos sob a ótica da Lei nº 10.931/2004. In: MARQUES FILHO, Vicente de Paula; DINIZ, Marcelo de Lima Castro (Coord.). *Incorporação imobiliária & patrimônio de afetação*. Lei nº 10.931/2004 numa abordagem interdisciplinar. Curitiba: Juruá, 2009. p. 90.

³³ ACCORSI, Alifranco Pussi Farias; ROSA, Maria Daniela Bachega Feijó. Regime especial tributário: aspectos sob a ótica da Lei nº 10.931/2004. In: MARQUES FILHO, Vicente de Paula; DINIZ, Marcelo de Lima Castro (Coord.). *Incorporação imobiliária & patrimônio de afetação*. Lei nº 10.931/2004 numa abordagem interdisciplinar. Curitiba: Juruá, 2009. p. 91.

2.3 O CASO ENCOL

Antes da criação do regime de afetação as incorporadoras frequentemente acumulavam recursos captados para vários empreendimentos em uma única administração e contabilidade, o que agravava o risco de que a situação de insolvência da empresa prejudicasse as obras em andamento, a exemplo do que ocorreu com a incorporadora Encol, que foi à falência depois de ter se comprometido, contratualmente, a entregar aos promitentes compradores os imóveis que ainda construiria. Inúmeras famílias que pagaram pela edificação de suas casas ficaram desamparadas, à espera de um sonho que, não obstante o contrato firmado com a incorporadora, jamais se realizaria.

Depois do episódio Encol tornou-se premente a necessidade de proteger a boa-fé das pessoas que dispunham de todos os seus recursos em favor do empreendimento e depois viam suas expectativas frustradas e seu dinheiro perdido³⁴. A partir de então, buscando garantir o adimplemento do financiamento concedido, os agentes financiadores passaram a exigir das incorporadoras a constituição de sociedades com a finalidade específica de administrar e gerir aquele determinado empreendimento (as chamadas Sociedades de Propósito Específico – SPE)³⁵.

Embora conferisse maiores garantias para o financiador, esse tipo de sociedade não impedia o desvio de recursos para outro projeto do mesmo empreendedor. Na prática, portanto, as SPE não garantiam o adimplemento integral do financiamento e por vezes ocorria que os recursos obtidos com um empreendimento eram lançados para cobrir os custos de outro cujos recursos já haviam sido desviados, o que caracterizava o chamado “efeito bicicleta”³⁶.

Decidindo diversos litígios decorrentes dessa situação, os Tribunais brasileiros começaram a determinar a outorga da escritura definitiva do imóvel aos adquirentes que já tivessem efetuado o pagamento integral do débito com o empreendimento³⁷. Para os que tivessem feito apenas o pagamento parcial da dívida – caso da maioria dos adquirentes –, passou-se a determinar a devolução

³⁴ AGHIARIAN, Hércules. *Curso de direito imobiliário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 308.

³⁵ MATOS, Sandro Rafael Barioni de. Noções gerais do patrimônio de afetação instituído pela Lei nº 10.931, de 03.08.2004. In: MARQUES FILHO, Vicente de Paula; DINIZ, Marcelo de Lima Castro (Coord.). *Incorporação imobiliária & patrimônio de afetação*. Lei nº 10.931/2004 numa abordagem interdisciplinar. Curitiba: Juruá, 2009. p. 125.

³⁶ *Ibid.*, p. 126.

³⁷ *Id.*

do dinheiro pelas incorporadoras, o que acabou gerando outro problema: Como as incorporadoras devolveriam valores estando em fase de “quebradeira”?

Diante da insolvência da empresa, o adquirente que pretendesse a devolução dos valores já despendidos com a construção do imóvel deveria habilitar seus créditos na massa falida, passando a concorrer com todos os demais credores, muitos deles privilegiados, o que dificultaria e postergaria o recebimento³⁸.

Nesse contexto, a alternativa de muitos foi assumir o controle da obra, contratando uma nova construtora para finalizar o empreendimento. O preço final pago pelos adquirentes, todavia, acabava sendo muito superior ao preço de mercado³⁹, o que novamente os colocava em situação de desvantagem.

2.4 UTILIZAÇÃO DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO

Para ingressar no regime especial tributário previsto na Lei nº 10.931/2004 é preciso atender os requisitos do art. 2º da lei e dos arts. 2º e 3º da Instrução Normativa nº 934/2009, os quais, em síntese, exigem a afetação do terreno e das acessões objeto da incorporação e a entrega do termo de opção pelo regime especial de tributação na Delegacia da Receita Federal do Brasil (DRF) ou na Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária (Derat) com jurisdição sobre o local onde estiver a matriz da incorporadora⁴⁰.

O incorporador deve manter separada das demais a escrituração contábil de cada incorporação, promovendo, inclusive, uma inscrição individualizada perante o Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas⁴¹.

Na prática, o regime especial tributário trazido pela Lei nº 10.931/2004 representa a simplificação dos cálculos dos tributos, o que beneficia o incorporador na medida em que possibilita o recolhimento de tributo único. Tal benefício se equipara aos concedidos pela Lei nº 9.317/1996, que instituiu o Simples Nacional, criando um tributo único que incide sobre a receita bruta mensal da empresa, e não sobre o lucro real⁴².

³⁸ Ibid., p. 127.

³⁹ Id.

⁴⁰ ACCORSI, Alifrancy Pussi Farias; ROSA, Maria Daniela Bachega Feijó. Regime especial tributário: aspectos sob a ótica da Lei nº 10.931/2004. In: MARQUES FILHO, Vicente de Paula; DINIZ, Marcelo de Lima Castro (Coord.). *Incorporação imobiliária & patrimônio de afetação*. Lei nº 10.931/2004 numa abordagem interdisciplinar. Curitiba: Juruá, 2009. p. 94.

⁴¹ Ibid., p. 93.

⁴² Ibid., p. 95.

Impende lembrar, também, que o art. 10 da Lei nº 10.931/2004 expressamente afastou a aplicação do art. 76 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, o qual prevê que a afetação não produz efeitos em relação a débitos de natureza fiscal trabalhista ou previdenciária. Desse modo, não obstante a redação do art. 76 da referida MP, o art. 10 da Lei nº 10.931/2004 cuidou de excluir a aplicação dessa regra em relação ao patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias.

Cláudia Fonseca Tutikian defende que, para uma maior viabilidade do instituto, são necessários maiores benefícios ao incorporador⁴³, pois o tão festejado benefício fiscal trazido pela nova legislação equivale, na prática, ao patamar da tributação já existente pelo lucro presumido⁴⁴.

Ao passo em que observa que o patrimônio de afetação é reflexo direto dos acontecimentos de grande impacto e comoção social como a falência da incorporadora Encol, Tutikian⁴⁵ pondera que, de um lado, o Judiciário brasileiro produziu decisões eficazes e imediatas em prol do consumidor, especialmente ao conceder a adjudicação compulsória dos imóveis aos adquirentes. Por outro, observou-se prejuízos imensuráveis ao desenvolvimento econômico em virtude desse protetismo judicial⁴⁶.

A autora entende que o credor hipotecário, possuidor de direito real sobre o bem dado em garantia, ao ter seu direito desconsiderado pelos Tribunais, foi demasiadamente prejudicado, o que resultou em graves prejuízos para o mercado imobiliário⁴⁷.

Nesse contexto, ao passo que os Tribunais começaram a favorecer os adquirentes de imóveis, os agentes financeiros passaram a ser mais rígidos nos seus critérios de financiamento, tanto em relação às incorporadoras quanto em relação aos futuros mutuários⁴⁸.

⁴³ TUTIKIAN, Cláudia Fonseca. Incorporação imobiliária, patrimônio de afetação e garantia dos imóveis. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 1, p. 121, jul. 1999.

⁴⁴ De acordo com informações da Receita Federal do Brasil (Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/pessoajuridica/dipj/2000/orientacoes/lucropresumido.htm>>), lucro presumido é uma forma de tributação simplificada para determinação da base de cálculo do Imposto de Renda e da CSLL das pessoas jurídicas que não estiverem obrigadas, no ano-calendário, à apuração do lucro real.

⁴⁵ Tutikian, op. cit., p. 117.

⁴⁶ Ibid., p. 118.

⁴⁷ Ibid., p. 119.

⁴⁸ Ibid., p. 118.

De certo modo, tanto o adquirente do imóvel como a instituição bancária que financiar a obra sairão em desvantagem em caso de eventual quebra da incorporadora. O adquirente, porque terá sua preferência geral sucumbida pelas preferências especiais de outros credores⁴⁹; e a instituição financeira, porque, mesmo tendo investido pesado no empreendimento, seria prejudicada pelos créditos preferenciais.

Os bancos estão, hoje, em uma situação confortável diante das boas projeções do mercado imobiliário, mas o cenário já foi outro no que se refere às incorporações. Com a grave crise que assolou o setor da construção civil no final da década de 90, as instituições financeiras se viram fragilizadas nos casos de inadimplência e insolvência das incorporadoras. Afinal, créditos trabalhistas e fiscais, por serem privilegiados, se sobrepujam às suas garantias, dificultando o seu recebimento⁵⁰.

Não bastasse isso, fazendo incidir as normas de proteção aos direitos do consumidor, o Superior Tribunal de Justiça passou a proferir decisões no sentido de que, no caso de insolvência das incorporadoras, os adquirentes das unidades autônomas teriam preferência no recebimento de seus créditos em detrimento dos bancos⁵¹.

Com o advento da Lei nº 10.931/2004 os bancos passaram a ter maior privilégio no recebimento de seus créditos em relação aos demais credores, visto que o patrimônio de afetação só se desfaz depois de entregues todas as unidades aos adquirentes e quitado o financiamento da obra pela incorporadora⁵².

A propósito, convém mencionar os resultados de um estudo especial referente ao patrimônio de afetação publicado no ano de 2006⁵³. Referido trabalho, realizado por um grupo de mestres e doutores em contabilidade,

⁴⁹ VANZELLA, Pedro Guilherme Kreling. Extinção do patrimônio de afetação. In: MARQUES FILHO, Vicente de Paula; DINIZ, Marcelo de Lima Castro (Coord.). *Incorporação imobiliária & patrimônio de afetação*. Lei nº 10.931/2004 numa abordagem interdisciplinar. Curitiba: Juruá, 2009. p. 71.

⁵⁰ MATOS, Sandro Rafael Barioni de. Noções gerais do patrimônio de afetação instituído pela Lei nº 10.931, de 03.08.2004. In: MARQUES FILHO, Vicente de Paula; DINIZ, Marcelo de Lima Castro (Coord.). *Incorporação imobiliária & patrimônio de afetação*. Lei nº 10.931/2004 numa abordagem interdisciplinar. Curitiba: Juruá, 2009. p. 115.

⁵¹ *Ibid.*, p. 116.

⁵² VANZELLA, Pedro Guilherme Kreling. Extinção do patrimônio de afetação. In: MARQUES FILHO, Vicente de Paula; DINIZ, Marcelo de Lima Castro (Coord.). *Incorporação imobiliária & patrimônio de afetação*. Lei nº 10.931/2004 numa abordagem interdisciplinar. Curitiba: Juruá, 2009. p. 72.

⁵³ SEGRETI, João Bosco et al. Estudo sobre o patrimônio de afetação em empresas incorporadoras da construção civil na região da grande São Paulo. *Revista de Administração e Contabilidade da Unisinos*,

objetivou verificar, em detalhes, se o regime especial tributário criado pela Lei nº 10.931/2004 era mesmo vantajoso para as incorporadoras a ponto de fazê-las optar pelo regime da afetação. O âmbito da pesquisa restringiu-se, porém, à região da grande São Paulo. Conforme sintetizado pelos próprios estudiosos:

[...] foi realizada uma pesquisa exploratória com base nas demonstrações financeiras de 30 incorporadoras sediadas na Grande São Paulo, comparando o RET com o Lucro Presumido e com o Lucro Real. Os resultados obtidos indicam que o RET, em relação ao Lucro Presumido, seria vantajoso com alíquota próxima de 6,5%. O RET comparado ao Lucro Real é vantajoso, na média, para 53% das empresas, sem, contudo, ser maioria em todos os três anos do estudo. A redução de meio ponto percentual na alíquota do RET tornaria sua opção atrativa em ambas as situações.

Como se observa, a pesquisa foi realizada em momento no qual a alíquota única era ainda de 7% (antes da Lei nº 12.024/2009, que reduziu o percentual a 6%. Hoje, com a redação trazida pela Lei nº 12.844/2013, a alíquota vigente é a de 4%). Na época do estudo, como se vê, já se insinuava a necessidade de reduzir a alíquota ao menos em meio ponto percentual. Com tal redução, segundo a pesquisa, a opção pelo regime da afetação ficaria muito mais atrativa às incorporadoras.

A pesquisa referida comparou a apuração dos tributos pelo regime especial da Lei nº 10.931/2004, com os resultados pelo lucro real e pelo lucro presumido:

Com base nos dados obtidos na pesquisa, pode-se afirmar que a apuração dos tributos pelo RET em relação ao Lucro Real é vantajosa para as empresas incorporadoras, porém, não em todos os períodos, como demonstrado na Tabela 7. Para que fosse vantajosa para a maioria delas, em todos os três anos, seria necessária uma redução de meio ponto percentual na alíquota do RET. Coincidentemente, a simulação comparando o RET com o Lucro Presumido também chegou ao mesmo resultado: a alíquota mínima para,

set./dez. 2006. Disponível em: <http://www.unisinos.br/publicacoes_cientificas/images/stories/pdfs_base/v3n3/art04_segreti.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2011.

efetivamente, incentivar a opção pelo RET é uma taxa próxima de 6,5%, já que a alíquota oficial é de 6,73%.

Face aos resultados obtidos, pode-se afirmar que, para as empresas incorporadoras da construção civil na região da Grande São Paulo, uma redução de meio ponto percentual da alíquota do RET pode levar a maioria destas empresas a aderirem ao patrimônio de afetação, gerando mais segurança nos negócios imobiliários, através da transparência obtida pela segregação contábil e financeira dos empreendimentos.⁵⁴

O resultado das simulações demonstrou que o RET, à alíquota oficial de 7%, foi vantajoso, na média dos três anos, para 53% das empresas, porém não se mostrou vantajoso, para a maioria delas, em todos os três anos da pesquisa, sendo desvantajoso para 54% das empresas em 2004.

A fim de testar qual a redução necessária para, pelo menos, ser uma opção vantajosa para a maioria das empresas que são tributadas pelo Lucro Real nos três anos da pesquisa, foram efetuadas simulações com alíquotas inferiores à oficialmente definida (7%). O resultado desta nova simulação demonstrou que a redução de meio ponto percentual já tornaria a opção pelo RET vantajosa, nos três anos da pesquisa, para a maioria das empresas que apuram o imposto devido pelo Lucro Real.⁵⁵

À época da pesquisa discutia-se, essencialmente, a possibilidade de reduzir o percentual da alíquota de recolhimento único, a fim de que houvesse maior aderência das construtoras e incorporadoras ao regime. Verificou-se, todavia, que nem mesmo a alíquota de 6%, até pouco tempo atrás vigente, seduziu as empresas.

Discorrendo sobre a utilização do regime de afetação, Cláudia Lima Marques questiona se a Lei nº 10.931/2004 representou, de fato, um avanço

⁵⁴ Id.

⁵⁵ Id.

na proteção dos consumidores⁵⁶. Isso porque, como já dito, a instituição de referido “regime” é facultativa às empresas. Hércules Aghiarian, nesse sentido, escreve que “nasce morta a eficácia e efetividade da referida proposta, quando deixa a critério exclusivo do incorporador a referida submissão ao projeto”⁵⁷. Na verdade, em mais de nove anos de sua instituição não se tem notado uma utilização maciça desse regime especial tributário que decorre do patrimônio de afetação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há leis que surgem de circunstâncias específicas, destinadas a suprir determinadas lacunas que afetam a vida em sociedade e que reclamam proteção jurídica. A Lei nº 10.931/2004 é um exemplo disso.

Quando a lei contém normas de aderência e vinculação facultativa, sua operacionalização resta um tanto prejudicada. Isso porque, se a lei impõe determinada conduta, existe a expectativa de que, para o descumprimento de tal conduta, deverá haver punição. Todavia, se a lei faculta ao seu destinatário o cumprimento de suas disposições, essa expectativa, que também agrega segurança, tende a desaparecer.

O patrimônio de afetação, regulamentado pela Lei nº 10.931/2004, encontrou sua especial significância em um clamor social: milhares de famílias tiveram seus sonhos frustrados e perderam os recursos financeiros de toda uma vida em decorrência de problemas de ordem econômica e financeira que atingiram a empresa que havia começado a construir suas casas. Quem não se lembra do caso Encol?

A essência do patrimônio de afetação, como demonstrado, é a separação, a segregação de todo o patrimônio referente a determinado empreendimento, de modo que esses bens, esses valores e essas obrigações apartados não sejam atingidos por eventual dificuldade ou crise que atinja a incorporadora como um todo, a exemplo da falência.

Além de propiciar aos adquirentes (promissários compradores) dos empreendimentos a segurança de que o dinheiro despendido será usado na conclusão de determinada obra, outra característica especial do patrimônio de

⁵⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. O novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 440.

⁵⁷ AGHIARIAN, Hércules. *Curso de direito imobiliário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 307.

afetação é a submissão da incorporadora a um regime tributário especial, nos moldes do que ocorre com as empresas optantes pelo Simples Nacional.

Para os promissários compradores, uma segurança quanto à entrega do imóvel; para os bancos e as instituições financiadoras, uma garantia de que o dinheiro ali aplicado também não está perdido; e, para as incorporadoras, um benefício fiscal consistente na unificação de vários tributos federais, simplificando a forma de recolhimento, propiciando às empresas economia tributária.

Atendidos os requisitos da lei, o patrimônio de afetação pode ser instituído a qualquer tempo e sobre qualquer empreendimento. Já quanto à sua extinção, o art. 31-E da Lei nº 10.931/2004 prevê que, cumpridos os termos do contrato firmado com os adquirentes e liquidada a dívida com a instituição financiadora da obra, o patrimônio outrora apartado deixa de existir, possibilitando-se ao incorporador o levantamento de eventual saldo remanescente. Isso porque, com a afetação do patrimônio este apenas é direcionado a uma finalidade específica, mas continua pertencendo ao incorporador.

De uma rápida análise da Lei nº 10.931/2004 é possível visualizar duas inovações importantes: o regime especial tributário direcionado às empresas e à instituição do patrimônio de afetação em prol dos adquirentes dos imóveis. Tutela os interesses do consumidor e do incorporador, simultaneamente, mediante a criação de um único instituto.

A falha da lei, ao que parece, concentra-se em um único detalhe: o caráter facultativo da instituição do patrimônio de afetação. Afinal, se a intenção do legislador foi a de criar uma medida capaz de estancar e prevenir a ocorrência de casos desastrosos como o da incorporadora Encol, deveria ter estabelecido a obrigatoriedade da instituição do patrimônio de afetação.

REFERÊNCIAS

ACCORSI, Alifrancy Pussi Farias; ROSA, Maria Daniela Bachega Feijó. Regime especial tributário: aspectos sob a ótica da Lei nº 10.931/2004. In: MARQUES FILHO, Vicente de Paula; DINIZ, Marcelo de Lima Castro (Coord.). *Incorporação imobiliária & patrimônio de afetação*. Lei nº 10.931/2004 numa abordagem interdisciplinar. Curitiba: Juruá, 2009.

AGHIARIAN, Hércules. *Curso de direito imobiliário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

AVVAD, Pedro Elias; LIMA, Rafael Augusto de Mendonça. *Direito imobiliário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. Decreto nº 5.481, de 25 de junho de 1928. Dispõe sobre a alienação parcial dos edifícios de mais de cinco andares e dá outras providências. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=26186&norma=41641>>. Acesso em: 10 jun. 2011.

_____. Decreto nº 55.815, de 8 de março de 1965. Estabelece normas para a escrituração dos registros criados pela Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, que dispõe sobre condomínio e incorporações imobiliárias no Registro Geral de Imóveis. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=169028&norma=187582>>. Acesso em: 10 jun. 2011.

_____. Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, letra de crédito imobiliário, cédula de crédito imobiliário, cédula de crédito bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm>. Acesso em: 9 jun. 2011.

_____. Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011. Conversão da Medida Provisória nº 514/2010. Altera a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, as Leis nºs 10.188, de 12 de fevereiro de 2001, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 4.591, de 16 de dezembro de 1964, 8.212, de 24 de julho de 1991, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil; revoga dispositivos da Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/2011/lei-12424-16-junho-2011-610816-norma-pl.html>>. Acesso em: 9 jun. 2011.

_____. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L4591.htm>. Acesso em: 10 jun. 2011.

_____. Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14728.htm>. Acesso em: 13 jun. 2011.

_____. Lei nº 4.864, de 29 de novembro de 1965. Cria medidas de estímulo à indústria de construção civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14864.htm>. Acesso em: 13 jun. 2011.

_____. Medida Provisória nº 2.221, de 4 de setembro de 2001. Altera a Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, instituindo o patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/MPV/2221.htm>. Acesso em: 14 jun. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça, REsp 555.763/DF, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, 22 mar. 2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1115605/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, 18 abr. 2011.

CAMBLER, Everaldo Augusto. *Incorporação imobiliária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. O novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MATOS, Sandro Rafael Barioni de. Noções gerais do patrimônio de afetação instituído pela Lei nº 10.931, de 03.08.2004. In: MARQUES FILHO, Vicente de Paula; DINIZ, Marcelo de Lima Castro (Coord.). *Incorporação imobiliária & patrimônio de afetação*. Lei nº 10.931/2004 numa abordagem interdisciplinar. Curitiba: Juruá, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça, Apelação nº 0002700-26.2005.8.19.0209, Desembargador Benedicto Abicair, 6ª Câmara Cível, 6 out. 2010.

_____. Tribunal de Justiça, Apelação nº 0005242-51.2004.8.19.0209, Desembargadora Célia Meliga Pessoa, 18ª Oitava Câmara Cível, 9 fev. 2011.

RIOS, Cristina. Financiamento de imóveis surpreende e cresce 48%. *Gazeta do Povo*, Curitiba, Economia, p. 20, 30 jun. 2011.

SEGRETI, João Bosco et al. Estudo sobre o patrimônio de afetação em empresas incorporadoras da construção civil na região da grande São Paulo. *Revista de Administração e Contabilidade da Unisinos*, set./dez. 2006. Disponível em: <http://www.unisinos.br/publicacoes_cientificas/images/stories/pdfs_base/v3n3/art04_segreti.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2011.

TRISTÃO, Ivan Martins. Aspectos gerais da incorporação imobiliária no novo regime do patrimônio de afetação e os títulos decorrentes das operações imobiliárias. In: MARQUES FILHO, Vicente de Paula; DINIZ, Marcelo de Lima Castro (Coord.). *Incorporação imobiliária & patrimônio de afetação*. Lei nº 10.931/2004 numa abordagem interdisciplinar. Curitiba: Juruá, 2009.

TUTIKIAN, Cláudia Fonseca. Incorporação imobiliária, patrimônio de afetação e garantia dos imóveis. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 1, jul. 1999.

VANZELLA, Pedro Guilherme Kreling. Extinção do patrimônio de afetação. In: MARQUES FILHO, Vicente de Paula; DINIZ, Marcelo de Lima Castro (Coord.). *Incorporação imobiliária & patrimônio de afetação*. Lei nº 10.931/2004 numa abordagem interdisciplinar. Curitiba: Juruá, 2009.

A COTA DE GÊNERO NO PROCESSO ELEITORAL COMO AÇÃO AFIRMATIVA NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS POLÍTICOS: TRATAMENTO LEGISLATIVO E JURISDICIONAL

GENDER QUOTA IN THE ELECTORAL PROCESS AS AN AFFIRMATIVE ACTION IN THE MATERIALIZATION OF FUNDAMENTAL POLITICAL RIGHTS: LEGISLATIVE AND JURISDICTIONAL TREATMENT

Elaine Harzheim Macedo¹

Professora na Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito junto à PUC/RS

RESUMO: O tema das cotas de gênero no processo eleitoral sofreu uma evolução legislativa lenta, com previsão franciscana e de pouca aplicabilidade prática, até o advento da Lei nº 12.034/2009, quando as cotas foram estabelecidas de forma coercitiva, passando a exigir do intérprete uma releitura do sistema. Contudo, já passadas duas eleições sob sua vigência, ainda pouco se logrou evoluir ao efeito de obter um resultado mais efetivo no tratamento da igualdade frente aos direitos políticos, em especial o direito de ser votado, entre homens e mulheres, encontrando a norma resistências tanto

no âmbito dos partidos políticos como no Judiciário, quando provocado por eventual descumprimento de sua adoção. Propõe-se, nesta releitura, o enquadramento da exigência da proporcionalidade entre candidatos do sexo masculino e do sexo feminino como condição de elegibilidade, cujo malferimento enseja a nulidade das candidaturas não só por ocasião do processo de registro, mas, evidenciado fato superveniente, estendendo-se a nulidade ao resultado do sufrágio, com reflexos sobre a diplomação e o próprio mandato.

¹ Doutora e Mestre em Direito. Especialista em Direito Processual Civil. Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Desembargadora Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul. *E-mail:* macedo@tj.rs.gov.br.

PALAVRAS-CHAVE: Cota de gênero; proporcionalidade entre candidaturas masculinas e femininas; condição de elegibilidade; nulidade; registro; sufrágio; diplomação; mandato.

ABSTRACT: *The theme of gender quotas in the electoral process has gone through slow legislative development, with forecast poor and of little practical applicability, until the advent of Law nº 12.034/2009, when quotas were established, demanding from the practitioner a second reading of the system. However, after two elections under its term, little progress was achieved to the effect of ensuring a more effective result in treatment of equality in face of political rights, in particular the right to being voted, between men and women, finding standard resistance both within the political parties and the judiciary, when caused by any breach of its adoption. It is proposed, in this retelling, the framing of the requirement of proportionality between male and female candidates as a condition of eligibility, whose offence requires the invalidation of applications not only during the registration process, but, in the evidence of an incidental fact, extending the invalidity to the outcome of suffrage, with reflections on election results and mandates.*

KEYWORDS: *Gender quota; proportionality between male and female candidates; condition of eligibility; nullity; registry; suffrage; degree student; mandate.*

SUMÁRIO: 1 Introdução histórica; 2 Quadro político em números nas eleições de 2012; 3 Cotas de gênero e o seu tratamento legislativo; 4 Cotas de gênero no processo eleitoral e sua qualificação jurídica; 5 Devido processo legal e o reconhecimento da nulidade das candidaturas por infração à Lei de Cotas; 6 Estudo de casos: decisões judiciais; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *1 Historical introduction; 2 Policy framework in numbers in the elections of 2012; 3 Gender Dimensions and their legislative treatment; 4 Gender quotas in the electoral process and its legal classification; 5 Due process of law and the recognition of the nullity of the candidacies for breaking the law of quotas; 6 Case study: judicial decisions; Final considerations; References.*

1 INTRODUÇÃO HISTÓRICA

Os direitos políticos – aqui pondo em destaque os de votar e ser votado – são internacionalmente reconhecidos como integrantes do catálogo dos direitos humanos já há muito tempo, refletindo-se em sua constitucionalidade também já consagrada, como ensina Ingo Wolfgang Sarlet², o que, de certa forma e em certa medida, também se vislumbrou na

² SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 660.

história política brasileira. Nesse sentido, tanto o Brasil colonial como o Brasil Imperial conviviam com eleições, passando a Constituição de 1824 a prever expressamente a realização de eleições, disciplinando o direito de ser eleitor e o de poder ser eleito, bem como a perda e a suspensão dos direitos políticos³.

Porém, é no âmbito temporal da República brasileira e da evolução que os direitos políticos e sua extensão à mulher que o presente trabalho se orienta.

Com a proclamação da República, sobreveio a Constituição de 1891, estabelecendo um estado federativo, sob o regime representativo, com a outorga aos Estados-membros de competências importantes no âmbito Legislativo, Executivo e também no judicial, partindo-se de um modelo não centralizado. Em seu corpo, previa o art. 70 que “são eleitores os cidadãos maiores de 21 anos, que se alistarem na forma da lei”, limitando, a seguir, em seu § 1º, a condição de eleitor com vedação expressa, tanto para as eleições federais como para as estaduais, dos mendigos, dos analfabetos, das praças de pret – excetuando os alunos das escolas militares de ensino superior – e dos religiosos, para ratificar, no § 2º, que também eram inelegíveis os não alistáveis. Ou seja, o rol estabelecido negava aos respectivos integrantes tanto o direito de votar como o direito de ser votado. Os critérios para a negativa de exercício dos direitos políticos estavam adstritos à condição econômica (mendigos), cultural (analfabetos) e àqueles que estavam submetidos a ordens superiores de natureza militar ou religiosa, até porque a presunção era de que não teriam esses a liberdade plena de escolha que o voto reclama. Não havia, pois, nenhuma disposição expressa envolvendo a mulher, em um ou em outro sentido.

Não se pode deixar de registrar que, nesse primeiro período da história republicana, as eleições eram tratadas muito mais de forma empírica, através de atos normativos dispersos, inexistindo uma legislação que valesse para todo o território nacional, ainda que os princípios que regiam o novo Estado fossem o regime representativo, livre e democrático; a forma republicana federativa; e o governo presidencial, concluindo Annibal Freire da Fonseca que

³ A exemplo, os arts. 71 a 76 da Constituição Política do Império do Brasil, que regulavam os Conselhos Gerais de Província e previam a eleição para seus membros, cujas condições de elegibilidade seriam a idade mínima de 25 anos, probidade e decente subsistência. Já os arts. 90 a 97, além de prever as eleições para deputados e senadores para a Assembleia-Geral, regulavam os direitos políticos dos cidadãos brasileiros, aptos a votar e a serem votados, com exclusões específicas. Ainda que o texto constitucional nada referisse à mulher, o fato é que à mulher não era reconhecida a condição de cidadã, o que automaticamente a excluía do processo eleitoral.

pelo regime representativo o poder é exercido pelo povo, em sua autoridade soberana, por delegados, que representam a sua vontade e são seus legítimos mandatários. A soberania nacional exerce-se indistintamente em todo o território do país, sem atender a outros liames que os opostos pelo próprio estatuto básico.⁴

Certamente no afã de construir um Estado federativo, a matéria eleitoral não foi expressamente contemplada entre as competências legislativas da União, regrado, apenas, o art. 34 da Constituição, que, entre as atribuições do Congresso Nacional ali arroladas, inseria-se, conforme item 22, a de “regular as condições e o processo da eleição para os cargos federais em todo o país”, mantendo-se, assim, a autonomia de cada Estado para regulamentar suas próprias eleições. Por outro lado, nas competências do Poder Judiciário (arts. 55 a 62), à obviedade, não se incluía qualquer função eleitoral, à época concebida apenas como atividade administrativa: alistamento e processo de votação, englobando esse último a recepção dos votos e sua contagem, bem como a proclamação dos eleitos.

Quanto aos Estados e Municípios, os poucos artigos que os contemplavam eram de uma absoluta vagueza no que diz respeito às suas competências, ficando praticamente tudo resumido a dois artigos passíveis de serem aplicados à matéria eleitoral:

Art. 63. Cada estado reger-se-á pela Constituição e pelas leis que adotar, respeitados os princípios constitucionais da União.

[...]

Art. 68. Os estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos municípios, em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse.

Não se pode olvidar que era opção voltada à ideia predominante de formação de um Estado federativo, onde o ente central respeitava ao extremo a constituição dos entes locais, atribuindo-lhes um alto grau de autonomia.

⁴ FONSECA, Annibal Freire da. A Constituinte de 1891, o sistema constitucional brasileiro, objeções e vantagens. In: PORTO, Walter Costa (Coord.). *As Constituições do Brasil: a Constituição de 1891*. Programa Nacional de Desburocratização – PRND, v. 2, [s.d.]. p. 9.

A regulamentação das eleições locais, tanto na forma como no conteúdo, ficava a critério de cada Estado, inexistindo um modelo único de título de eleitor ou mesmo um cadastro eleitoral, além de as apurações ficarem por conta de conselhos de duvidosa formação, com a presença e influência daqueles que estavam no governo, a conduzir os resultados das eleições, independentemente da vontade popular. Época da história republicana significativa e negativamente marcada pelas fraudes eleitorais, como registra Joaquim Francisco Assis Brasil, na seguinte passagem:

O Brasil pretende ser considerado um país civilizado; pois bem, o Brasil não dispõe das duas condições mais rudimentares e essenciais para tal, porque o *Brasil não tem representação e não tem justiça*.

Será preciso justificá-lo aos olhos dos brasileiros? Seria quase fazer agravo a esses trinta e tantos, a esses talvez quarenta milhões de habitantes do nosso território-colosso provar o que todos vêem, o que todos sentem, o que todos lamentam, isto é, que, sob as leis existentes:

- ninguém tem certeza de ser alistado eleitor;
- ninguém tem certeza de votar, se porventura for alistado;
- ninguém tem certeza de que lhe contem o voto, se porventura votou;
- ninguém tem certeza de que esse voto, mesmo depois de contado, seja respeitado *na apuração da apuração*, no chamado *terceiro escrutínio*, que é arbitrária e descaradamente exercido pelo déspota substantivo, ou pelos déspotas adjetivos, conforme o caso for da representação nacional ou das locais.

Seria fazer a mesma injúria pretender persuadir alguém de que o seu direito - verse ele sobre o que versar - pessoa ou bens - há de ser triunfante em qualquer lide a que tiver de ser sujeito. Toda gente foge de entregar aos juízes o destino dos seus interesses. Ainda mesmo quanto às garantias individuais, a consciência íntima de cada um lhe diz que tem na sua pistola, ou bengala,

ou nas pernas, para fugir, o meio mais seguro de salvar a própria integridade.⁵

É também nesse (precário) cenário normativo que se instaura o período que os historiadores denominaram de a Velha República ou a Primeira República Brasileira, que vai desde sua proclamação, em 1889, até a Revolução de 30, quando deposto o 13º Presidente eleito, Washington Luiz, assumindo em seu lugar o gaúcho Getúlio Vargas. Para o que importa a este trabalho, vale lembrar acontecimentos históricos mais ou menos ligados à participação feminina nas eleições brasileiras.

A par da omissão quanto à mulher, seja como eleitora, seja como candidata a qualquer cargo eletivo, o fato é que a Constituição da República, como visto alhures, estabelecia que seriam eleitores os cidadãos maiores de 21 anos que se alistassem na forma da lei, não se incluindo a mulher entre as vedações expressas. Contudo, a regra era não reconhecer à mulher a condição de eleitora – até porque, se casada fosse, detinha civilmente a condição de incapacidade relativa, o que só veio a ser revogado pela Lei nº 4.121/1962, que expressamente alterou a redação do art. 6º do CCB/1916 – e, mais ainda, por óbvio, de admitir a sua candidatura, ou seja, também não podia ser eleita.

Mas vozes se levantaram contra esse *status quo*. E os fatos mais marcantes, nesse sentido, ocorreram no Estado do Rio Grande Norte, que se mostrou pioneiro no cenário brasileiro para que as mulheres entrassem no processo eleitoral. Em 1927, Celina Guimarães Viana⁶, com fundamento na legislação daquele Estado, postulou e recebeu seu título eleitoral, participando das eleições no ano seguinte, havendo indícios de que tenha sido a primeira mulher a alistar-se como eleitora. Mas, nessas mesmas eleições, o Partido Republicano local lançou a primeira mulher à candidatura da Prefeitura de Lajes, Alzira Soriano, que foi eleita com 60% dos votos, tornando-se a primeira prefeita na América do Sul, o que foi inclusive matéria de reportagem no *New York Times*.

Tais iniciativas foram amparadas pela legislação local, tendo o Estado do Rio Grande do Norte editado, exatamente no ano de 1927, lei eleitoral, dispondo, em seu art. 17, que poderiam votar e ser votados, sem distinção de sexo, todos

⁵ ASSIS BRASILEIRO, J. F. de. Manifesto da Aliança Libertadora do Rio Grande do Sul ao País. In: BROSSARD, Paulo (Org.). *Ideias políticas de Assis Brasil*. Brasília: Senado Federal, v. 3, 1989. p. 277-278.

⁶ Disponível em: <<http://www.une.org.br/2012/03/80-anos-de-voto-todo-poder-as-mulheres/>>.

os cidadãos que reunissem as condições impostas pela lei, abrindo-se para as mulheres o alistamento eleitoral⁷.

Lado a lado, a mineira Mietta Santiago, insurgindo-se contra a ilegítima vedação da participação da mulher no processo eleitoral, à época estudante de Direito – o que já podia ser considerado um fato incomum quando as mulheres dificilmente tinham acesso ao estudo universitário –, confrontando a afirmação de sua condição de cidadã brasileira com a disposição constitucional do art. 70, que não fazia nenhuma restrição de gênero, através de uma ação judicial, obteve do Poder Judiciário o direito de votar, situação que se repetiu em outras iniciativas femininas⁸.

Mas foi em 1932 – portanto, há quase 82 anos – que um novo momento histórico teve início: a uma, foi instituída a Justiça Eleitoral; a duas, o direito das mulheres ao voto foi reconhecido em todo o território nacional, através do primeiro Código Eleitoral⁹ que o Brasil conheceu.

Importante registrar que o principal idealizador deste Código foi o já citado gaúcho e grande republicano Joaquim Francisco Assis Brasil, sem desprezar a participação de outro gaúcho, Maurício Cardoso:

Durante a primeira metade de 1931, Assis Brasil começaria oficialmente os estudos a fim de desenvolver os trabalhos iniciais junto à comissão encarregada de realizar a reforma eleitoral, mas seria somente a partir de janeiro de 1932, momento em que tomaria posse no Ministério da Justiça o republicano rio-grandense Maurício Cardoso, que se intensificariam os trabalhos. Ao final de detalhado e laborioso esforço de reflexão político-jurídica, pensado, discutido e revisado, frente ao qual Assis Brasil tornou-se *pars magna*, o anteprojeto foi enviado para receber o parecer do presidente provisório, Getúlio Vargas, que o aprovou através de decreto, instituindo o novo Código Eleitoral brasileiro. Tal documento regulamentaria o alistamento e as

⁷ RAW, Raquel; ANDRADE, Gleice; MALHEIROS, Cecília. Participação feminina no processo eleitoral ainda é um desafio. *Revista Eletrônica da EJE*, n. 3, ano III, abr./maio 2013. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/institucional/escola-judiciaria-eleitoral/revistas-da-eje/revisa-el>>.

⁸ Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Feminismo-no-Brasil>>.

⁹ “Art. 2º É eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo, alistado na forma deste Código.”

eleições em todos os níveis, estabelecendo o sufrágio universal e direto e implanto a Justiça Eleitoral, na competência da União. Era o reconhecimento do ideário de Assis Brasil.¹⁰

Também é verdade que com a Constituição de 1934 houve um retrocesso, pois, ainda que em seu art. 108 estabelecesse que “são eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de 18 anos, que se alistarem na forma da lei”, no art. 109 rezava que o voto era obrigatório “para os homens e para as mulheres, quando estas exerçam função pública remunerada”, criando um novo obstáculo à participação feminina no processo eleitoral, situação que só foi superada na Constituição de 1946.

Lamentavelmente, o Estado do Rio Grande do Sul apenas em 1948, portanto, 16 anos após a legislação liberatória, elegeu a primeira mulher vereadora, no Município de Porto Alegre: Julieta Bastittioli, que foi eleita como suplente de Eloi Martins, pelo Partido Social Progressista, tendo assumido o cargo em 1948. Pessoa simples, tecelã, defensora da democracia, da liberdade e dos direitos humanos, mostrando que não é o grau de escolaridade ou de posição social que cunha a alma política.

Tais registros históricos – que longe estão de retratar com precisão a história da mulher brasileira no universo dos direitos políticos – mostram que a conquista do espaço político pelas mulheres foi difícil, árduo e lento, muito havendo que ser conquistado ao efeito de se concretizar, com plenitude, a extensão do conceito de direitos fundamentais políticos de forma efetivamente isonômica¹¹.

2 QUADRO POLÍTICO EM NÚMEROS NAS ELEIÇÕES DE 2012

Antes de adentrar nos dados que retratam a realidade pátria sobre a participação feminina no quadro político-eleitoral, de se referir que estudos realizados na campanha *Mulher, Tome Partido!*, protagonizada pelo Congresso Nacional, apontam que, dos 188 países avaliados, o Brasil ocupa a 156^o posição,

¹⁰ AITA, Carmen (Org.). *Joaquim Francisco de Assis Brasil: perfil biográfico e discursos (1857-1938)*. Série Perfis Parlamentares. Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, 2006. p. 165.

¹¹ A título mais de curiosidade, entre as Constituições pretéritas, apenas a de 1967 fez constar, expressamente, a referência a ambos os sexos, embora a previsão fosse para a condição de eleitor: “Art. 142. São eleitores os brasileiros maiores de dezoito anos, alistados na forma da lei. § 1º o alistamento e o voto são obrigatórios para os brasileiros de ambos os sexos, salvo as exceções previstas em lei”.

e, dos 34 países das Américas, a sua posição é de 30º lugar no quesito de participação da mulher na política¹².

Em relatório publicizado pela ONU, referente ao ano de 2012, o Brasil ficou na 126ª posição no *ranking* de proporção de mulheres nos parlamentos, ficando atrás de países como Paquistão, Sudão e Emirados Árabes Unidos, concluindo que foi a adoção de políticas de cotas que obteve um efeito positivo para uma maior participação das mulheres na política, acusando uma proporção de 27% de obtenção das cadeiras parlamentares nos que adotaram cotas para apenas 16% naqueles em que nenhuma forma de incentivo foi implementada¹³.

Embora a política de cotas de gênero no Brasil tenha sido adotada já nas eleições de 1996 por força da Lei nº 9.100/1995, que regulamentou aquele pleito, o tema passou a receber tratamento diferenciado quando da edição da Lei nº 9.504/1997, em cujo texto constava que cada partido deveria reservar o número de 30% e o máximo de 70% nas candidaturas para cada sexo, mas o fato é que só mais recentemente foi adotada, pela Lei nº 12.034/2009, uma imposição legislativa mais incisiva, capaz, em tese, de mudar o quadro político, como adiante se verá. Isso significa que apenas duas eleições sob sua égide, as eleições gerais de 2010 e as municipais de 2012, foram realizadas, diminuindo, por isso mesmo, sensivelmente o material investigativo, seja sobre as tendências da sociedade política, seja sobre a jurisprudência produzida.

Para bem enfrentar a participação das mulheres no processo eleitoral no momento atual do Brasil, cumpre, portanto, em termos legislativos, dar destaque à Lei das Eleições, Lei nº 9.504/1997, cujo art. 10, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.034/2009, também chamada de “minirreforma eleitoral”, estabeleceu os novos termos do que passou a ser titulado como “cota de gênero”, com a seguinte redação:

Art. 10. Cada partido poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais, até 150% do número de lugares a preencher [...].

[...]

¹² Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/45909>>. Acesso em: 11 dez. 2013.

¹³ Disponível em: <<http://www.onu.org.br/participacao-politica-das-mulheres-deve-ser-acelerada-por-cotas-diz-onu/>>.

§ 3º Do número de vagas resultantes das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo.

Ou seja, pode-se afirmar com certeza, a partir da redação desse artigo, que em qualquer processo de registro de candidaturas no pleito proporcional, hodiernamente, haverá, pena de indeferimento do próprio DRAP¹⁴, que ser obedecidos pelo partido ou coligação os limites mínimo e máximo para cada sexo. Dizendo de outra forma, a cota de gênero nas candidaturas proporcionais passou a constituir uma condição coletiva de elegibilidade; caso contrário, o DRAP deverá ser submetido ou a uma determinação de emenda para que o número de candidatos – irrelevante se do sexo feminino ou do sexo masculino – seja ajustado¹⁵, ou ao seu integral indeferimento.

Assim, por exemplo, se um determinado partido ou coligação oferecer dois candidatos à eleição proporcional, necessariamente um deverá ser do sexo masculino e outro do sexo feminino, porquanto não atendida a proporcionalidade que se exige se a oferta for de dois homens ou de duas mulheres. Por outro lado, o descumprimento do dispositivo legal na hipótese levantada, caso não corrigido em tempo oportuno, leva ao indeferimento da candidatura coletiva, isso porque não há exigência de que a proporção seja um terço/dois terços, mas limitada ao mínimo de 30 ou 70%, nada impedindo que os nomes sejam ofertados na proporção metade/metade. Se, de outro lado, o rol for composto de 10 candidatos, a proporção terá que ficar no mínimo entre 3 e 7 de sexos diferentes, respeitadas as versões de 4 para 5 ou, ainda, 5 para 5 de candidatos de cada sexo, ficando, assim, atendida a regra da cota de gênero. A única hipótese que levaria a uma impossibilidade fática de cumprimento da regra é se o partido ou coligação oferecer apenas um(a) único(a) candidato(a), irrelevante o seu sexo.

Sem prejuízo de, oportunamente, enfrentar-se um maior desdobramento dessa regra, cumpre destacar que a cota é de gênero e não do sexo feminino

¹⁴ Demonstrativo de Regularidade de Atos Partidários, a ser apresentado com o pedido de registro dos candidatos e todos os documentos exigidos tanto pelo art. 94 do Código Eleitoral como pelo art. 10 da Lei nº 9.504/1997.

¹⁵ E ajustar tanto pode ser aumentar o número de candidatos do sexo menos participante como diminuir o número de candidatos de sexo preponderante. Esta lógica é fundamental para concluir que não basta a agremiação partidária “querer” lançar tal número de candidatos deste ou daquele sexo, devendo a mesma se submeter a atender o número total com a devida proporção. Trata-se, à evidência, de uma nova lógica partidária, que deve influenciar todo o agir do partido político, principalmente antes do período eleitoral, preparando o seu quadro de filiados para a eleição futura.

ou masculino, o que torna irrelevante se os candidatos masculinos compõem o percentual maior ou menor da nominata. E as soluções jurídicas para as hipóteses serão as mesmas, pois, embora a norma tenha surgido como forma de proteção à participação e inclusão feminina no processo eleitoral – o que se deve tão somente a uma situação histórico-cultural de não inclusão da mulher nesse processo –, qualquer desvio que os tempos possam acusar também seriam compostos pela mesma regra, porque qualquer tipo de discriminação se mostra socialmente odiosa e juridicamente inconstitucional.

Posta a premissa maior – no caso, a norma regulamentadora do processo de candidaturas nos pleitos proporcionais –, alguns dados sobre o resultado da última eleição, do ano de 2012, para que se possa extrair conclusões sobre a efetividade da orientação legislativa.

Nas eleições de 2012, as mulheres representavam 51,9% dos 140 milhões de eleitores brasileiros¹⁶.

Computando-se os dados em âmbito nacional, ainda que para o estudo não seja tão importante o registro sobre as eleições majoritárias, obviamente não abrangidas pela cota de gênero, não deixa de ser ilustrativa a sua inclusão. Nesse fio, em dados computados pelo Tribunal Superior Eleitoral, houve 13% de candidatas femininas, sendo que desse montante 12% foram eleitas, enquanto que, nas candidaturas de vereança, houve 32% de candidatas femininas, com o resultado de 13% tendo sido eleitas¹⁷.

No Rio Grande do Sul, o percentual de candidatas aos cargos de prefeito ou vice-prefeito corresponde a 9%, tendo sido eleitas 7%, enquanto que, para a vereança, alcançou-se um percentual de 33% no gênero feminino, tendo sido eleitas 14% do total de vagas¹⁸.

Esses números, em relação às eleições proporcionais de 2010, tomando-se aqui apenas as eleições proporcionais, não acusaram qualquer evolução importante. Segundo dados do próprio TSE, as percentagens ficaram até um pouco aquém dos limites legais, valendo para todo o território nacional. Apenas para exemplificar, no Rio Grande do Sul, tivemos 73,567% de candidatos homens e 26,433% de candidatas mulheres para deputado federal; e 72,524% de

¹⁶ Reportagem “Participação das mulheres no processo eleitoral ainda é um desafio”. *Revista Eletrônica EJE*, p. 9. Disponível em: <www.tse.jus.br/noticias-tse/2013/maio>.

¹⁷ Disponível em: <<http://chimera.tse.jus.br/>>. Acesso em: 5 fev. 2014.

¹⁸ Idem, idem.

candidatos homens e 27.476% de candidatas mulheres para o cargo de deputado estadual, o que mostra um arredondamento para baixo¹⁹.

Ainda que o universo para estudos comparativos seja pequeno, como já afirmado apenas duas eleições se realizaram sob a vigência da nova norma, não é equivocado concluir que o máximo que se alcançou, de um modo geral, foi a observação mínima da presença feminina nos DRAPs, em atendimento ao comando legal, tanto em nível nacional como estadual (no Rio Grande do Sul), sem que tenha se avançado no panorama da isonomia entre homem e mulher na disputa política do Brasil, o que contrasta com o número de eleitores, onde a presença feminina supera a de homens. Ou seja, proporcionalmente, há uma significativa defasagem entre o número de eleitoras e o número de mulheres que participam do processo político-eleitoral.

3 COTAS DE GÊNERO E O SEU TRATAMENTO LEGISLATIVO

As cotas, como ação afirmativa promovida pelo Estado, nada mais são que medidas especiais tomadas com o objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais, sociais ou étnicos ou indivíduos que necessitem de proteção, e que possam ser necessárias e úteis para proporcionar a tais grupos ou indivíduos **igual** gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais. O tema, por si só, merece ampla e profunda abordagem, mas, na proposta deste trabalho, que a tanto não se destina, tomar-se-á como premissa sua adoção na legislação eleitoral, com vistas a sua efetiva implementação.

A par de o texto constitucional orientar-se pela igualdade **real** – o que significa também superar as desigualdades existentes – entre homens e mulheres, destacando-se o art. 5º (“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à **igualdade**, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulher **são iguais em direitos e obrigações** nos termos desta Constituição...””) e o art. 7º (“São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XX – proteção do mercado de trabalho da **mulher, mediante incentivos específicos**, nos termos da lei”), a legislação eleitoral vinha dando mostras de pelo menos minimizar a profunda segregação que a mulher ao longo dos tempos sofreu (e ainda sofre) na política, como deu mostras

¹⁹ Idem, idem.

a Lei nº 9.096/1995, em seu art. 44, com a modificação introduzida pela Lei nº 12.034/2009, ao tratar do Fundo Partidário:

Art. 44. Os recursos oriundos do Fundo Partidário serão aplicados:

[...]

V - na criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres conforme percentual que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 5% do total.

Considerando a natureza jurídica do Fundo Partidário e a distribuição dos recursos entre os partidos, nada mais apropriado que prever um percentual mínimo, de forma vinculante, a ser destinado exatamente para promover a participação feminina, o que, por outro lado, também resultará uma maior qualificação nas candidaturas, permitindo o aperfeiçoamento dos quadros partidários. O pluralismo é a essência da democracia. Qualquer hegemonia não é democrática.

A fiscalização da efetiva observação desse comando legislativo pode e deve ser realizada pela Justiça Eleitoral, com a participação do Ministério Público, na via própria, qual seja, nas ações de prestação de contas partidárias, que a lei determina seja anual (arts. 30, 32 e 34 da Lei nº 9.096/1995), pois tanto os recursos como a sua destinação manejados pelo partido político submetem-se ao julgamento (de natureza jurisdicional, conforme art. 37, §§ 4º e 6º, do predito diploma legal) de aprovação, aprovação com ressalvas, desaprovação ou não prestação de contas pelos órgãos do Judiciário Eleitoral.

Mas indo além, o mesmo estatuto, também atualizado pela Lei nº 12.034/2009, adentra na questão das campanhas políticas ao prever, na propaganda partidária gratuita mediante transmissão por rádio e televisão, que:

Art. 45. A propaganda partidária gratuita, gravada ou ao vivo, efetuada mediante transmissão por rádio e televisão será realizada entre as dezenove horas e trinta minutos e as vinte e duas horas para, com exclusividade:

[...]

IV - promover e difundir a participação política feminina, dedicando às mulheres o tempo que será

fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 10% (dez por cento).

O descumprimento dessa regra submete o partido às sanções previstas no § 2º do preedito dispositivo, podendo, inclusive, ter cassado o seu direito de transmissão no semestre seguinte, o que reclama igualmente sua fiscalização²⁰.

De sorte que no próprio estatuto regulamentador das agremiações partidárias foram introduzidas disposições expressas de incentivo à participação das mulheres na vida política, o que não pode comparecer no cenário jurídico como mera proposição programática, sem caráter vinculante, tratando-se, igualmente, de enunciados alinhados à perspectiva constitucional.

A lei não pode ficar alienada aos fatos que ela regula. E a história brasileira no que diz com a participação da mulher na atividade política fala por si mesma, clamando por intervenção dos três Poderes para superação de um *status quo* que a pós-modernidade não mais avaliza.

De qualquer sorte, é na Lei das Eleições, nº 9.504/1997, que vamos encontrar as principais regras estabelecedoras de uma igualdade real e não meramente formal.

Resgatando a história da cota de gênero no Direito pátrio, foi a Lei nº 9.100/1995 que contribuiu com o primeiro texto inovador, dispondo:

Art. 11. Cada partido ou coligação poderá registrar candidatos para a Câmara Municipal até cento e vinte por cento do número de lugares a preencher.

[...]

§ 3º Vinte por cento, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deverão ser preenchidas por candidaturas de mulheres.

§ 4º Em todos os cálculos, será sempre desprezada a fração, se inferior a meio, e igualada a um, se igual ou superior.

²⁰ A mídia divulgou recentemente a fiscalização levada a efeito pela Procuradoria Regional Eleitoral no Estado de São Paulo, tendo por objeto o cumprimento do tempo destinado a promover e difundir a participação feminina na propaganda partidária, considerando a importância da atuação do Ministério Público para perfectibilizar essa ação afirmativa contemplada na lei partidária. A providência teve por base o descumprimento dessa política de igualdade nos semestres anteriores, dando ensejo a processos e condenações de partidos políticos (Disponível em: <<http://www.agenciapatriagalvao.org.br/>>. Acesso em: 1º fev. 2014.

Essa lei teve vigência exclusiva para as eleições de 1996, sobrevivendo, agora como um estatuto genérico, voltado às eleições independentemente de sua temporalidade, a Lei nº 9.504/1997, que reproduziu em seu bojo orientação análoga, mas alterando o percentual e também o grau de coercibilidade da exigência das cotas, nos seguintes termos:

Art. 10. Cada partido poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa, Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais, até cento e cinquenta por cento do número de lugares a preencher [sic].

[...]

§ 3º Do número de vagas resultantes das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo.

Com o advento da minirreforma eleitoral de 2009, já mencionada, a redação desse parágrafo passou a conter enunciado vinculativo e não meramente programático, dispondo que cada agremiação partidária ou coligação **“preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo”**.

Reservar não é necessariamente preencher, compor, implementar, o que até justifica os percentuais percebidos no pleito de 2010, onde as candidaturas não alcançaram, na média nacional e do Estado do Rio Grande do Sul, como alhures anotado, matematicamente, os percentuais mínimo e máximo de 30 e 70%, embora deles se tenham aproximado. É que a própria mudança legislativa, embora anterior às eleições, teve que ser assimilada, não produzindo, desde logo, o resultado pretendido.

Ao comentar a Lei nº 9.504/1997, no tópico da cota de gênero, Edson de Resende Castro leciona:

Com a Lei nº 12.034/2009, a exigência de percentual mínimo de candidaturas de ambos os sexos (reserva de gênero) passou a ser ainda mais incisiva. De fato, o § 3º do art. 10 da Lei nº 9.504/1997, que dantes impunha aos partidos e coligações a reserva de vagas, agora diz que estes preencherão o mínimo de 30% com candidaturas do sexo minoritário. Daí que o partido terá que incluir

na sua lista o mínimo de 30% de mulheres, p. ex., não bastando que não ultrapasse os 70% de candidaturas masculinas. A substituição da expressão “deverá reservar” pelo vocábulo “preencherá”, aliada à imposição de aplicação financeira mínima e reserva de tempo no rádio e TV (Lei nº 9.096/1995, alterada pela dita Lei nº 12.034/2009), revela nitidamente a vontade do legislador de incluir as mulheres na disputa eleitoral. Esse percentual mínimo (30%) será calculado sempre sobre o número de candidaturas que o partido/coligação efetivamente lançar e não sobre o total que a lei indica como possível (150% ou 200% do número de vagas a preencher). Para uma Câmara Municipal com 15 vereadores, p. ex., em que a coligação pode lançar até 30 candidatos, se a sua lista, levada a registro, contiver apenas 20 nomes, pelo menos seis devem ser de candidaturas de um sexo e no máximo quatorze de outro. Chegando a lista à Justiça Eleitoral sem observância desse mínimo, ela deve ser devolvida ao partido/coligação, para adequação, o que imporá o acréscimo de candidaturas do sexo minoritário ou a exclusão de candidatos do sexo majoritário, assim alcançando-se os limites mínimo e máximo.²¹

Embora à época da eleição de 2010 tivesse havido a tentativa de fazer prevalecer que o percentual exigido pela lei fosse calculado sobre o total das vagas que o partido/coligação pudesse preencher (150% ou 200% conforme o caso), o TSE, provocado sobre o tema, firmou o entendimento que o cálculo dos percentuais considerará o número de candidatos efetivamente lançados pelo ente coletivo, a saber:

Candidatos para as eleições proporcionais. Preenchimento de vagas de acordo com os percentuais mínimo e máximo de cada sexo.

1. O § 3º do art. 10 da Lei nº 9.504/1997, na redação dada pela Lei nº 12.034/2009, passou a dispor que, “do número de vagas resultantes das regras previstas

²¹ CASTRO, Edson de Resende. *Curso de direito eleitoral*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 119.

neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo”, substituindo, portanto, a locução anterior “deverá reservar” por “preencherá”, a demonstrar o atual caráter imperativo do preceito quanto à observância obrigatória dos percentuais mínimo e máximo de cada sexo.

2. O cálculo dos percentuais deverá considerar o número de candidatos efetivamente lançados pelo partido ou coligação, não se levando em conta os limites estabelecidos no art. 10, *caput* e § 1º, da Lei nº 9.504/1997.
3. Não atendidos os respectivos percentuais, cumpre determinar o retorno dos autos ao Tribunal Regional Eleitoral, a fim de que, após a devida intimação do partido, se proceda ao ajuste e regularização na forma da lei.

Recurso especial provido.²²

A resistência da comunidade política (e, quiçá, jurídica) à adoção dessa nova orientação se mostrou insistente, não sendo poupados esforços para sua minimização, a exemplo, mas não só, do processo antes referido. É de José Jairo Gomes que vem a lição, citando Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro, ao responder a indagação sobre eventual inconstitucionalidade da determinação legal de estabelecimento de cotas de gênero face ao princípio da autonomia partidária, inscrito no § 1º do art. 17 da CF, nos seguintes termos:

[...] embora a cláusula de autonomia seja inerente ao próprio estatuto constitucional dos partidos políticos, conferindo-lhes uma esfera de privacidade e intimidade dogmática e institucional/organizacional que é infensa à intervenção estatal, isso não significa que tais corpos intermediários sejam integralmente imunes às regras e aos princípios fundamentais constantes da Carta Política, tal como é o princípio da igual dignidade de todos e o

²² TSE, REsp 78.432/PA, PSS 12-08-2010. No mesmo sentido, o Agravo Regimental nº 846-72.2010.6.14.000, de 09.09.2010.

da não discriminação entre os sexos [...]. Não há falar, pois, em soberania partidária, mas, unicamente, em autonomia, que não se sobrepõe ao dever constitucional de observância aos direitos fundamentais (art. 17, *caput*) e que autoriza, sim, sob tal perspectiva, não só a atuação corretiva por parte do Poder Judiciário, mas, por igual, determinadas imposições derivadas da lei, tal como ocorre na hipótese de paridade mínima entre sexos, em tema de candidaturas políticas.²³

O autor é enfático ao se posicionar sobre a polêmica, defendendo que é defeso ao partido ou coligação “indicar para as vagas sobejantes candidatos do sexo oposto àquele a que elas se destinavam, visto que não poderá preencher com candidatos masculinos as vagas destinadas a candidatas femininas e vice-versa”²⁴, insistindo que cumpre aos partidos políticos aprimorar seus quadros, aumentando o número de filiados de ambos os sexos, reconhecendo que é flagrante o baixo número de mulheres na disputa eleitoral, o que destoava do número de mulheres na população e no eleitorado brasileiro.

Vale lembrar, igualmente, que o art. 3º da Constituição da República dispõe como objetivos fundamentais do Estado brasileiro a erradicação das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, sob cuja égide insere-se a bandeira da igualdade de gênero na disputa eleitoral e na participação da política do país.

Mais recentemente, a Lei nº 12.891/2013, também identificada como minirreforma eleitoral, traz em seu bojo dispositivo interessante, que se agrega aos preceitos normativos anteriormente examinados, caminhando no mesmo sentido, isso é valorizar e estimular a participação feminina no processo político-eleitoral, vislumbrando um agir mais proativo do próprio Poder Judiciário, a saber:

Art. 93-A. O Tribunal Superior Eleitoral (TSE), no período compreendido entre 1º de março e 30 de junho dos anos eleitorais, em tempo igual ao disposto

²³ BUCHIANERI PINHEIRO, Maria Cláudia. O problema da (sub)representação política da mulher: um tema central da agenda política. In: FURTADO COELHO, Marcus Vinícius; AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Direito eleitoral e democracia: desafios e perspectivas*. Brasília/DF: OAB, Conselho Federal, 2010. p. 209-219. Apud GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 286.

²⁴ GOMES, José Jairo. Ob. cit., p. 288.

no art. 93 desta Lei, poderá promover propaganda institucional, em rádio e televisão, destinada a incentivar a igualdade de gênero e a participação feminina na política.

Para complementar, não poderia deixar de ser citada a Resolução nº 23.373/2012, expedida pelo Tribunal Superior Eleitoral, em cujos arts. 20 e 22 ratifica-se a exigência do percentual mínimo e máximo para cada sexo no momento do registro, determinando que a não observância dessa regra gera, pelo meio magnético do CANDex, aviso sobre o descumprimento dos percentuais de candidaturas, e autorizando a sua correção ou emenda²⁵. Ou seja, é o sinal amarelo de que a postulação de registro reclama, pena de indeferimento, ajustes aos percentuais devidos com vistas ao equilíbrio numérico mínimo entre candidatos de sexos diferentes.

4 COTAS DE GÊNERO NO PROCESSO ELEITORAL E SUA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA

Pelo que se pode compilar, o Poder Legislativo, ainda que não infenso a críticas, vem realizando o seu papel no sentido de cumprir os preceitos constitucionais de igualdade, combatendo a discriminação em razão do sexo e adotando normativas estimuladoras e impositivas à efetiva participação feminina tanto no processo político como no eleitoral. Por mais tímidas que se possam ter as regras editadas, foi dado, inegavelmente, o primeiro passo.

Segue-se, agora, o cumprimento, ou, dizendo de outra forma, a exigibilidade e a execução de tais pronunciamentos legislativos, concretizando-os no plano dos fatos, o que depende tanto de seus destinatários, através do cumprimento espontâneo, como também do próprio Poder Judiciário, quando provocado frente ao não atendimento da regra legal, a atuar com império ao efeito de fazer valer a orientação legislativa, constitucionalmente amparada.

²⁵ “Art. 20. Cada partido político poderá requerer o registro de candidatos para a Câmara Municipal até 150% do número de lugares a preencher. [...] § 2º Do número de vagas requeridas, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo; [...]”

“Art. 22. O pedido de registro deverá ser apresentado obrigatoriamente em meio magnético gerado pelo Sistema de Candidaturas - Módulo Externo (CANDex), desenvolvido pelo TSE, acompanhado das vias impressa dos formulários Demonstrativo de Regularidade de Atos Partidários (DRAP) e Requerimento de Registro de Candidatura (RRC), emitidos pelo sistema e assinados pelos requerentes. [...] § 2º Na hipótese de inobservância do disposto no § 2º do art. 20 desta resolução, a geração do meio magnético pelo CANDex será precedida de um aviso sobre o descumprimento dos percentuais de candidaturas para cada sexo.”

No que diz com os partidos políticos, há inúmeras críticas quanto ao atendimento da cota de gênero. Não é por outra razão que o Congresso Nacional, através de suas Procuradorias, está lançando a campanha *Mulher, Tome Partido!*, de caráter oficial, e que a Lei nº 12.891/2013 autoriza expressamente o Tribunal Superior Eleitoral a desenvolver campanha publicitária no mesmo sentido, isso é, maior participação da mulher no processo político-eleitoral.

A mídia tem divulgado que os partidos políticos se valem de “laranjas” para atender a cota legal de candidatas, furtando-se à prática inclusiva e inscrevendo mulheres de forma ficta, valendo-se de pessoas sem qualquer compromisso com a vida política, que acabam por não participar do processo eleitoral, nele figurando apenas com a oferta de seu nome, em absoluta afronta ao dogma da democracia participativa, levando o atual Presidente do TSE, Ministro Marco Aurélio, a se pronunciar nos seguintes termos:

O gênero feminino hoje suplanta em número o gênero masculino, mas ainda há no Brasil o machismo. É hora de evoluirmos, de termos uma política mais equilibrada. Faremos uma campanha voltada à mulher para incentivar não só elas, como também para sensibilizar os caciques políticos que dominam os partidos, objetivando que observem a importância de uma maior participação feminina nas eleições.²⁶

O não cumprimento pelos partidos políticos da Lei de Cotas já foi objeto de conclusão no relatório final realizado pela Comissão Tripartite para revisão da Lei nº 9.504/1997, conforme destacado por Rita Camata, uma de suas integrantes²⁷, sendo inúmeras as formas e justificativas para se furta a tais comandos.

Nesse alinhamento, em artigo subscrito por Bruna S. Zeni e Tânia Regina S. Reckziegel, as autoras defendem, adotando as conclusões do referido relatório, e não sem razão, que,

com efeito, “de todas as barreiras à participação das mulheres, a da política é, sem dúvida a mais difícil de transpor, exatamente por ser a política o espaço das

²⁶ Disponível em: <<http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/politica/2014/>>. Acesso em; 1º fev. 2014.

²⁷ BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Políticas para as Mulheres. Comissão Tripartite para revisão da Lei nº 9.504/97: relatório final. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2010. p. 4.

decisões e do poder e, como tal, tem sido privilégio dos homens”. E, muito embora a Constituição Federal de 1988 elenque dispositivos de grande importância para o fim da tradicional discriminação sofrida pelas mulheres ao garantir expressamente o direito de igualdade (art. 5º, inciso I) e ao assegurar cidadania plena e abertura de espaços à atuação feminina, ressalta-se que as chefias de órgãos e entes públicos ainda são, em sua imensa maioria, ocupadas por homens, assim como as cadeiras do Congresso Nacional.²⁸

Tudo passa por duas condutas basilares: o agir, fundamentado na inalterada vontade (= querer despótico) dos partidos políticos de lançar nomes de candidatos homens independentemente de um equilíbrio mínimo com a participação feminina, e o omitir-se na perspectiva de algumas mulheres, que não arregimentam forças para reagir, optando por manter-se na mera condição de submissas a uma ordem posta, aceitando a condição passiva de serem candidatas fictas. Isso é fato! Ambos, homens e mulheres, com esse comportamento, afrontam a lei e o Direito, furtando-se a contribuírem com a construção de uma sociedade mais justa e igualitária, na concretização de um dos direitos fundamentais mais próximos à democracia: os direitos políticos.

Mas esse aspecto, certamente determinante na ruptura do devido processo eleitoral, mereceria atenção também por outros ângulos do conhecimento, o que extrapola os limites deste trabalho, ficando, aqui, apenas o registro de sua lamentável ocorrência.

O que importa por ora enfrentar é o enquadramento jurídico e, como consequência, a posição do Poder Judiciário frente a esses acontecimentos, da cota de gênero.

Inicia-se a abordagem por um questionamento objetivo: Como se qualifica juridicamente a exigência de cota de gênero nas candidaturas ao pleito proporcional?

Cediço que qualquer candidatura política passa necessariamente, em um primeiro momento, pela avaliação das *condições de elegibilidade*, as quais são tratadas na Constituição pelo art. 14, § 3º, arroladas como nacionalidade

²⁸ ZENI, Bruna S.; RECKZIEGEL, Tânia R. S. Mais mulheres no poder: a necessária ampliação da representatividade feminina no cenário político nacional. In: GORCZEVSKI, Clovis (Org.). *Direitos humanos e participação política*, 2010. p. 123-124.

brasileira, estar no exercício dos direitos políticos, contar com o alistamento eleitoral, ter domicílio eleitoral na circunscrição, ser filiado a partido político, e idade mínima que varia para cada cargo eletivo.

São exigências constitucionais que habilitam o candidato a disputar determinado cargo eletivo. Algumas dessas condições, em estando ausente, afetam a qualquer candidatura, tal como não ser filiado a partido político, outras apenas inabilitam o candidato a determinado cargo, como o requisito mínimo de idade, que varia de acordo com a dignidade da vaga pretendida. Podem, assim, ser consideradas como requisitos positivos, com previsão na Constituição, mas reguladas as respectivas hipóteses pela lei infraconstitucional (Código Eleitoral, Lei das Eleições, Lei dos Partidos Políticos), conforme determina o artigo em comento ao prever “na forma da lei”.

Mas, por outro lado, também enfrenta a candidatura, individualmente posta, a análise das *inelegibilidades*, que podem ter base na Constituição ou na Lei Complementar nº 64/1990. Nesse sentido, o art. 14, em seus §§ 4º e seguintes, da CF, estabelece um rol de impedimentos, tais como ser inalistável, analfabeto, reeleição limitada para as vagas majoritárias e afastamento do cargo daquele que visa à reeleição em determinado período, hipóteses de parentesco, limitação de elegibilidade ao militar, determinando, ainda, que lei complementar poderá estabelecer outros casos de inelegibilidade, como de fato o faz a LC 64/1990, em seu art. 1º.

Nas palavras de Carlos E. Thompson Flores Lenz,

inelegibilidades, pois, são os impedimentos, de natureza constitucional ou legal (se forem os previstos na lei complementar que regula a matéria das inelegibilidades), que impossibilitam a alguém o seu registro como postulante a todos ou a alguns cargos eletivos, ou, se supervenientes ao registro, servem de embasamento à impugnação de sua diplomação, tornando nulos os votos porventura dados ao cidadão sufragado.²⁹

²⁹ LENZ, Carlos E. Thompson Flores. Condições de elegibilidade e inelegibilidades. Conferência proferida na Escola da Magistratura do TRF/3ª Região, em São Paulo, na data de 24.08.2012. *Revista do TRE-RS*, Tribunal Regional Eleitoral, Rio Grande do Sul. Porto Alegre: TRE-RS, ano 17, n. 35, p. 14, jul./dez. 2012.

Ou seja, estar o candidato enquadrado em uma hipótese de impedimento torna a sua candidatura passível de ter o registro indeferido ou, em sendo superveniente, ter o registro cassado, o que pode até se estender ao mandato, considerando o curto espaço de tempo entre registro, campanha, eleição e diplomação, que contrasta com o tempo útil do devido processo legal, espaço jurisdicional onde deverá ser decidida a (in)validade da candidatura. Isso porque o descumprimento da regra constitucional ou legal atua no plano da validade da candidatura, daí porque concluir que os votos – se a tanto chegou a candidatura – serem considerados nulos. A solução jurídica proposta é exatamente invalidar a candidatura/sufrágio pelo vício que a contamina, antes do registro ou no curso do processo eleitoral. Contudo, sua previsão fica exclusivamente a cargo da própria Constituição ou de lei complementar, ao rigor do que dispõe o art. 14, em seu § 9º, da Lei Maior.

Já o art. 54 da Constituição Federal cuida das chamadas *incompatibilidades*, que atuam no plano da validade tão somente do mandato, pressupondo, portanto, uma candidatura e sufrágio válidos, mas que, uma vez reconhecidas, autorizam a cassação da outorga. Ainda que configurem impedimentos, sua ocorrência se dá após o pleito, vedando o exercício do mandato.

Ao objeto deste trabalho, revelam-se mais importantes as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade.

O contexto normativo eleitoral – cuja complexidade é de todos reconhecida, na medida em que se trabalha com planos distintos e uma pluralidade de estatutos, que vão desde a Constituição às leis infraconstitucionais, ora erigidas à condição de lei complementar (LC 64/1990 e LC 135/2010), ora editadas como lei ordinária, a exemplo da Lei das Eleições, Lei dos Partidos Políticos, Lei das Cotas, além de resoluções normativas expedidas pelo TSE –, ainda que não de forma direta, impõe também requisitos que podem ser considerados sob o enfoque coletivo e que repercutem nas (in)validades das candidaturas. Assim, por exemplo, o partido político a que se filia o candidato deve, necessariamente, ter obtido registro no âmbito nacional, atendendo requisitos mínimos para a sua obtenção, ao teor do que dispõe o art. 7º e seus parágrafos, da Lei nº 9.096/1995³⁰.

³⁰ Apenas para citar, recente episódio do Partido REDE, fato público e notório em âmbito nacional, que não logrou receber o registro junto ao TSE, ainda que tenha obtido os requisitos mínimos em diversas unidades federativas, a exemplo do Rio Grande do Sul, conforme Processo nº 59454/2013, cujo registro local foi deferido em 22.08.2013.

Postas essas premissas, agrega-se uma segunda indagação, agora sob outro enfoque: O não atendimento à Lei de Cotas enseja que tipo de sanção ou encaminhamento?

Muito clara a resposta quando do procedimento prévio de registro de candidaturas, ao ser analisado o DRAP pelo juiz(o) eleitoral. A postulação de registro em desrespeito aos números mínimo e máximo das cotas de gênero, o que já foi até abordado alhures, levará à emenda do DRAP, seja para diminuir o número de candidatos do sexo preponderante, seja para aumentar o número de candidatos do sexo minoritário. O não atendimento a essa determinação (inicialmente legal, agora judicial) levará ao indeferimento da totalidade dos pleitos à candidatura proporcional, porque não é atribuição do Poder Judiciário definir questões ínsitas à discricionariedade partidária, tais como escolher quem será ou não candidato, cumprindo apenas analisar e decidir questões que dizem com as condições de elegibilidade e causas de inelegibilidades de cada candidato, às quais se soma a análise de requisitos não individuais, mas sim coletivos (do partido/coligação), nos termos da lei. No caso, atendimento ao requisito da proporcionalidade de gênero, ônus da agremiação partidária.

Nessa linha de raciocínio, forçoso concluir que o indeferimento do pedido de registro de todos os candidatos não configura pena ou sanção, mas consequência ínsita ao plano da validade e legitimidade das candidaturas ofertadas, respondendo o partido infrator pelo vício a que deu causa nas eleições proporcionais, até porque é função da jurisdição eleitoral zelar pela incolumidade do processo eleitoral como um todo.

Candidatura inválida (irrelevante se o vício é individual ou coletivo) é de ser indeferida (individualmente ou coletivamente).

A partir de tais conclusões – aceitas na doutrina e na jurisprudência – é possível afirmar-se que o atendimento às cotas de gênero não configura causa de impedimento ou inelegibilidade, essas sempre voltadas à individualidade do candidato, até porque objetivam, nitidamente, um efeito moralizador, com especial preocupação à probidade administrativa e à moralidade para o exercício do mandato³¹. Já no que diz com a previsão das cotas de gênero, a finalidade é outra, tutelando-se o tratamento isonômico no exercício dos direitos fundamentais políticos entre homens e mulheres, ambos eleitores e portadores, em tese e no abstrato, da condição de elegibilidade.

³¹ LENZ, Carlos E. Thompson Fores. Ob. cit., p. 15.

Vozes poderiam se levantar para dizer que não cabe à norma infraconstitucional estabelecer novas/outras condições de elegibilidade, tarefa da Lei Maior. Não é o caso! Vem da Constituição a determinação que as condições de elegibilidade serão apreciadas “na forma da lei”. Apenas para exemplificar, o art. 14, § 3º, arrola como condição de elegibilidade, nos incisos IV e V, respectivamente, o domicílio eleitoral na circunscrição e a filiação partidária. Mas vem da Lei nº 9.504/1997, por seu art. 9º, a limitação temporal, exigindo que o candidato, para concorrer, deverá possuir domicílio eleitoral na circunscrição e estar filiado ao partido político com a antecedência mínima de 1 (um) ano. De outra banda, é também da Lei das Eleições (art. 10 e seus parágrafos) a regra que limita o número máximo de candidatos por cada partido ou coligação nos pleitos proporcionais, restringindo, coletivamente, a norma constitucional.

Nesse sentido, muito clara a lição de Antonio Carlos Mendes, ao definir as condições de elegibilidade, matéria constitucional, como o direito subjetivo de ser votado, mas cuja forma e conteúdo cumprem à lei ordinária estabelecer, espaço jurídico destinado às *condições de exercício da elegibilidade*³².

Assim, a cota de gênero não representa uma “nova” condição de elegibilidade, mas regula a proporção de gênero nos certames proporcionais, dando corpo às condições de elegibilidade dos eleitores em geral, a exemplo das demais situações supraexpostas, que sequer esgotam as possibilidades de regulamentação, estabelecendo, via legislativa, limites à amplitude concedida pela Constituição.

De sorte que assim como o tempo de domicílio eleitoral e o de filiação partidária conferem condição de elegibilidade a determinado candidato, o respeito à proporção de gênero confere condição de elegibilidade coletiva ao partido pretendente, a exemplo do que ocorre com o número máximo de candidatos que o partido pode oferecer³³.

A preocupação de estabelecer sanções como multas ou quaisquer outras punições aos partidos que desobedecerem a Lei de Cotas, como proposto em

³² MENDES, Antonio Carlos. *Introdução à teoria das inelegibilidades*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 101.

³³ Não confundir condições de exigibilidade (CF, art. 14, § 3º, incisos I a VI) e condições de seu exercício (lei ordinária), com condições de registrabilidade, que são vícios menores e que até podem afetar o registro das candidaturas, como a juntada de fotografia, declaração de bens, cópia da ata da convenção, etc., mas que, uma vez vencida a fase do registro, com decisão favorável, restam superadas pela coisa julgada, não se qualificando como hábeis a afetar o sufrágio, a diplomação ou a posse. Para maior aprofundamento do tema, remete-se o leitor a ZILIO, Rodrigo López. *Direito eleitoral: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à prestação de contas), ações eleitorais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 140-141.

pesquisa realizada pelo Ibope em 2009³⁴, mostra-se irrelevante, inapropriada e ineficaz, porque o sistema jurídico já autoriza o reconhecimento e a decretação – e nada mais eficaz e eficiente do que este comando judicial – de invalidade da candidatura coletiva em confronto com a proporcionalidade das cotas de gênero. Multas são cominações coercitivas e/ou punitivas que operam no plano pecuniário, mas decreto de invalidade/nulidade é prestação jurisdicional plena e satisfativa, atendendo a garantia constitucional da efetividade da jurisdição, atuando diretamente sobre a ofensa ao sistema eleitoral.

A questão que se impõe – e ainda não bem enfrentada – é quando o descumprimento acontece em momento posterior ao do registro, por fato superveniente, como a ocorrência de candidatura de “laranjas”, fato, aliás, que se mostra mais acintoso ao sistema jurídico do que o simples desatendimento quando do preenchimento do DRAP, representando um verdadeiro deboche ao povo brasileiro, especialmente às mulheres, ao ordenamento jurídico, ao Poder Judiciário e à Constituição da República que consagra a igualdade como um de seus vetores.

De sorte que respondidas, em apertada síntese, as perguntas sobre o enquadramento jurídico da exigência de cota e gênero, bem como a consequência de seu eventual descumprimento, remanesce o questionamento subsequente nos seguintes termos: A (reconhecida) invalidade da candidatura coletiva, ausente condição de elegibilidade, apenas produz efeitos durante o processo de registro (com o indeferimento das candidaturas) ou contamina o processo eleitoral como um todo, refletindo-se no sufrágio, na diplomação ou até no mandato?

Admitir que a invalidade só pudesse ser reconhecida no processo de registro seria o mesmo que admitir tratar-se o vício meramente de uma nulidade relativa que se convalida com o tempo, o que, no âmbito do processo eleitoral, *venia concessa*, se afigura no mínimo contraditório, não só porque o tema envolve direitos fundamentais, como também porque o processo eleitoral se define a partir de etapas que se sucedem temporalmente, desde a implementação das condições de elegibilidade, passando por convenções partidárias, registro, campanha, sufrágio, diplomação, até a posse.

De sorte que a resposta caminha para a classificação de um vício permanente, contaminador de todo o processo eleitoral, qualificando-se como invalidade ou nulidade absoluta, que pode ser reconhecida a qualquer tempo.

³⁴ ZENI, Bruna S.; RECKZIEGEL, Tânia R. S. Ob. cit., p. 125.

Por outro lado, assegurado na Constituição que nenhuma lesão ou ameaça a direito será subtraída do Poder Judiciário, forçoso prever que eventual ferimento à Lei de Cotas superveniente ao registro não poderá deixar de ser enfrentada pela Justiça Eleitoral, se assim provocada, concluindo-se, no caso de comprovada a fraude, pela nulidade do resultado apresentado no sufrágio, considerando inclusive a questão do custo temporal (a celeridade do pleito eleitoral e a do devido processo legal não se mede pelos mesmos critérios), atingindo a diplomação e/ou o mandato.

Não há meia solução. Ou se envereda para a primeira hipótese ou se adota a segunda proposta, que implica, necessariamente, decretar a nulidade do resultado do sufrágio, com a cassação do registro, do diploma ou mesmo do mandato, conforme o momento da decisão judicial.

Dois pontos, porém, carecem de abordagem, quais sejam, a via processual adequada para o reconhecimento da nulidade e a possibilidade, embora reconhecida a infração, de ajustar, com aproveitamento parcial dos votos, o resultado das urnas às proporções das cotas de gênero, temas que, por sua relevância, serão objeto de análise nos itens que se seguem.

5 DEVIDO PROCESSO LEGAL E O RECONHECIMENTO DA NULIDADE DAS CANDIDATURAS POR INFRAÇÃO À LEI DE COTAS

Não há dúvida de que o processo de registro de candidaturas é a via e o momento adequado para o Poder Judiciário avaliar individual e coletivamente as candidaturas ofertadas, enfrentando-se em seu bojo tanto as questões que envolvem condições de elegibilidade como as que comportam causas de inelegibilidade, conforme arts. 87/102 do Código Eleitoral. A apresentação do DRAP, a ampla divulgação dos requerimentos, a participação de qualquer interessado e do Ministério Público, legitimados inclusive a impugnar o registro, e o próprio agir de ofício do Juiz Eleitoral, bem como os recursos sobre as decisões, asseguram o devido processo legal tanto para o deferimento como para o indeferimento do registro, inclusive no que diz com a rejeição do rol de candidatos por não observância à proporção legal dos candidatos dos sexos feminino ou masculino.

O problema no tocante à Lei de Cotas surge quando o seu descumprimento é por fato superveniente ao processo/decisão de registro. Mais precisamente quando o partido ou a coligação atendeu os números mínimo e máximo naquele momento, mas no curso do processo eleitoral convive com a evasão de

candidatos/candidatas caracterizada como fraudulenta, ou, dizendo de outra forma, sugerindo (ou podendo sugerir) que alguns nomes constaram no DRAP apenas como “laranjas”.

Vigora, no exercício da jurisdição, a regra do *non liquet*, ou seja, o Judiciário, uma vez provocado, não pode furtar-se à decisão por ausência de norma legal, irrelevante se a norma legal diz com o direito material ou com o direito processual. Trata-se de um verdadeiro princípio da jurisdição, que encontra amparo não só no art. 126 do CPC, mas também no art. 4º da LINDB, autorizando que o juiz se valha da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito para suprir a lacuna, isso porque a jurisdição é indeclinável³⁵.

Vale o mesmo para o processo e respectivo procedimento a ser manejado pela parte interessada. Nesse sentido, o Código de Processo Civil consagra, universalmente, o procedimento ordinário para veicular toda e qualquer demanda que não receba da lei processual previsão específica (art. 282 do CPC).

Não é diferente na jurisdição e no processo judicial eleitoral.

Em um primeiro momento, é forçoso concluir que o Código Eleitoral não prevê nenhuma ação específica para a hipótese levantada, tratando apenas das impugnações ao registro – o que não é o caso, já que o fato é superveniente – e das impugnações no processo de apuração eleitoral ou ainda dos crimes eleitorais, também inaplicáveis à espécie. Trata-se, portanto, de uma flagrante omissão legislativa, o que se compreende até porque o Código Eleitoral foi editado em época pretérita, quando sequer havia previsão legal – ou mesmo constitucional – tutelando a igualdade de gênero.

Já as ações previstas na Lei das Inelegibilidades (LC 64/1990), atualizada pela Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010), como as arguições de inelegibilidade, também tratada como reclamação, de que tratam os arts. 2º e seguintes; o pedido de registro e as respectivas impugnações, conforme o art. 8º; as ações de investigação judicial contempladas no art. 19; e o próprio tratamento mais generalizado como “representação” do art. 22, ampliando o espectro processual em favor do acesso à justiça, são exemplos de processos voltados para discutir as causas de inelegibilidade e não especificamente tendo por objeto a discussão da ausência de condição coletiva de elegibilidade.

³⁵ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 92-94.

Por outro lado, a Lei das Eleições contempla, em seu art. 73, § 12, a representação (que nada mais é do que ação jurisdicional) contra a não observância das regras que tipificam condutas vedadas aos agentes públicos em campanhas eleitorais, determinando que se valha do rito previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64/1960, autorizando o seu ajuizamento até a data da diplomação, também se mostrando inadequada para a apuração da fraude na ofensa à Lei de Cotas.

Esse quadro, sumariamente apresentado, das ações judiciais eleitorais mostra que se está frente a uma flagrante omissão legislativa. Contudo, considerando a garantia constitucional do acesso à justiça e de que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direitos será subtraída do Poder Judiciário, bem como o princípio da indeclinabilidade da jurisdição, é possível suprir-se a omissão admitindo-se a via genérica da representação – a ser promovida tanto pela parte interessada como pelo Ministério Público – para conhecer e decidir a impugnação, sempre com foco na tutela da licitude e legitimidade das eleições, o que ultrapassa o interesse privado.

A solução proposta encontra apoio na doutrina de José Jairo Gomes³⁶, quando defende que a condição de elegibilidade pode e deve ser apreciada por fato superveniente que venha, durante o processo eleitoral, alterar aquela condição inicialmente, por ocasião do registro, obtida, até porque o art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/1997, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.034/2009, assegura expressamente essa investigação, a saber:

Art. 11. Os partidos e coligações solicitarão à Justiça Eleitoral o registro de seus candidatos até as dezenove horas do dia 5 de julho do ano em que se realizarem as eleições.

[...]

§ 10. As **condições de elegibilidade** e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, **ressalvadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade.**

Interpretar-se a parte final desse dispositivo com o enfrentamento das alterações fáticas ou jurídicas supervenientes, como exclusivamente aplicáveis às

³⁶ GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013. p. 156-157.

hipóteses de causas de inelegibilidade, não só representa uma redução de texto inconcebível como ainda atribui aos dois dispositivos constitucionais (condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade) grau de hierarquia diversa, quando a Constituição assim não fez, tratando ambas as hipóteses no mesmo patamar de importância, qual seja, como os parágrafos do art. 14, que dispõe sobre os direitos políticos, consagradores da soberania popular.

Aliás, o Tribunal Superior Eleitoral já se pronunciou no julgamento do RO 927112, interpretando o dispositivo em tela, no sentido de que “cumpre à Justiça Eleitoral, enquanto não cessada a jurisdição relativamente ao registro de candidato, levar em conta fato superveniente, na forma deste parágrafo”³⁷.

Dizendo de outra forma, a decisão sobre o registro de candidaturas pode (e deve) obter trânsito em julgado formal, mas não material, ficando *sub judice* face aos fatos supervenientes. Insiste-se, o bem maior tutelado é a lisura das eleições, cujo processo nem inicia nem termina no registro de candidaturas, estendendo-se até a diplomação, podendo, inclusive, afetar a própria posse, de forma reflexa ou mesmo direta (ação de impugnação a mandato eletivo).

De qualquer sorte, o maior aprofundamento desta solução processual, aplicada por analogia e pela incidência dos princípios gerais de direito, tais como procedimento a ser adotado, data limite de interposição, prazos e recursos, é tema que merece espaço próprio de investigação, não compreendido pela proposta aqui desenvolvida.

Por derradeiro, o recurso contra expedição de diploma (que nada mais é do que ação jurisdicional), regulamentado pelo art. 262 do Código Eleitoral, até então também omissivo quanto ao ponto em destaque, passou mais recentemente a recepcionar, com a nova redação dada pela Lei nº 12.891/2013, demanda que envolva inclusive condições de elegibilidade, a saber: “Art. 262. O recurso contra expedição de diploma caberá somente nos casos de inelegibilidade superveniente ou de natureza constitucional e de falta de condição de elegibilidade”.

Ao contemplar expressamente o cabimento desta ação tão diferenciada com fundamento na falta de condição de elegibilidade, tradicionalmente aprisionada ao processo de registro, foi abraçada pelo legislador a tese de que as exigências constitucionais, inclusive quanto aos pressupostos objetivos a serem observados pelos candidatos (leia-se, ou pelos partidos e coligações), possam ser trazidas para o Judiciário no curso do processo eleitoral (leia-se, sufrágio,

³⁷ BRASIL. *Código eleitoral anotado e legislação complementar*. 10. ed. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, Secretaria de Gestão da Informação, 2012. p. 337.

diplomação, posse), provocando alteração no balanço eleitoral e consequente reformulação do resultado obtido nas urnas.

De sorte que se o próprio recurso contra expedição de diploma é, agora, contemplado na lei como meio adequado para enfrentar qualquer ofensa às condições de elegibilidade, onde se inclui o descumprimento à cota de gênero por fato superveniente ao registro, mais fácil ainda admitir-se, antes da diplomação, a provocação do impasse via reclamação por qualquer legitimado.

O que se quer afirmar, com todas as letras, é que a imputação de ferimento às condições de elegibilidade, por ofensa à Lei de Cotas e por fatos supervenientes ao registro, não fique à deriva da atuação do Poder Judiciário, até por se tratar de matéria não incluída ao sabor da discricionariedade partidária, pelo menos no que diz com os limites proporcionais de gênero.

6 ESTUDO DE CASOS: DECISÕES JUDICIAIS

O Judiciário é partícipe na construção da ordem jurídica e da consagração dos direitos fundamentais. Exegese do art. 2º da Constituição da República.

A infração à Lei de Cotas por fatos supervenientes já tem sido, mesmo que de forma franciscana, trazida para o seio da discussão judicial.

Optou-se, neste trabalho, por analisar três casos julgados em momentos diversos e em esferas distintas, até para se oportunizar uma reflexão maior sobre a temática.

6.1 RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 784-32.2010.6.14.0000, DE BELÉM/PA, JULGADO EM 12.08.2010

Através de recurso interposto pelo Ministério Público, a Corte Superior enfrentou o tema sobre o preenchimento de vagas de acordo com os percentuais mínimo e máximo de cada sexo, julgamento que ocorreu em data de 12.08.2010, portanto, já sob a vigência da Lei nº 12.034/2009, quando o Partido Democrático Trabalhista deixou de apresentar no DRAP, para as eleições ao cargo de deputado estadual, no Estado do Pará, durante o pleito de 2010, os números suficientes entre candidatas e candidatos ao efeito de preservar a cota de gênero.

No caso, o DRAP arrolava 22 candidatos do sexo masculino e apenas 7 do sexo feminino, quando o correto, aos fundamentos do recorrente seria de um total de 29 candidaturas, 9 serem mulheres, pois essas representavam o sexo minoritário.

Superadas questões preliminares, que diziam com a forma de computar os 30 e 70%, a recair sobre o número total de candidatos e não sobre o número de vagas que o Partido teria direito, a solução imprimida foi pelo não atendimento dos respectivos percentuais, provendo-se o recurso ao efeito de determinar que o partido recorrido procedesse à regularização do DRAP na forma da lei, baixando os autos à origem.

Contudo, o que se quer aqui analisar não é o resultado, que se mostra compatível com o que se afirmou ao longo deste trabalho: estando ainda no período do registro, possível a emenda ao efeito de ajustar as candidaturas aos limites legais.

O que chama a atenção é a discussão levada a efeito no julgamento deste recurso. Alguns desses argumentos serão aqui destacados para provocar reflexão.

Assim, argumento como “não se pode exigir a filiação e a candidatura obrigatória de pessoas que não têm interesse direto na vida política, apenas para ser cumprida a cota mínima por sexo, pois isso iria contra o direito da liberdade” foi manejado tanto pelo Relator, Ministro Arnaldo Versiani, como pela Procuradora Eleitoral. Nada mais falacioso. O partido político, ao apresentar o total de 29 candidatos, dos quais 22 eram homens, fez uma escolha política por esse rol, apoiando tais candidaturas masculinas, mas o fato é que se não dispunha (irrelevante aqui o motivo) de 9 candidatas, estava legalmente desautorizado a apresentar 22 candidatos homens. Nem sempre querer é poder! Assim, se houve uma baixa oferta (ou, quiçá, procura) de mulheres para se candidatar, a agremiação também responde por sua omissão, ao não estimular, em seus quadros, o surgimento de novos nomes, entre os quais mulheres. A liberdade individual não pode suplantar o interesse coletivo da força representativa. Ora, se o dogma é de uma democracia representativa, esta representação tem que se aproximar o máximo possível dos representados, o que não acontece com a defasagem histórica de candidaturas femininas. Caldo cultural da repressão e discriminação da mulher na política é o que acusa o argumento defendido³⁸.

Também foi ventilado, pelo Ministro Ricardo Lewandowski, que não havia sanção prevista na lei ao descumprimento dos percentuais de vagas. Aqui

³⁸ A representatividade e o pluralismo político têm sido apontados como sustentação teórica do sistema eleitoral relativamente ao pleito proporcional, em atenção ao dogma da democracia representativa. Sem falar em outros segmentos, que mereceriam a mesma defesa, o fato é que no Brasil a proporção entre a população feminina, o eleitorado feminino e as cadeiras ocupadas nos parlamentos por mulheres acusa uma defasagem abismal que não pode ser ignorada nem negligenciada.

se chegou ao ponto de *en passant* lembrar sanção civil, com resolução pela via de perdas e danos. Outro argumento que carece de sustentação jurídica. A infração não se resolve por sanção, mas sim pela (in)validade das candidaturas. Traduzir tudo em perdas e danos é sustentar a sobreposição do poder econômico em relação à eficácia dos direitos fundamentais.

Ainda em regime de discussão, o Ministro Marcelo Ribeiro defendeu a solução, respeitada sempre a proporção prevista na lei, de intimar-se o partido para regularizar o rol de candidatos através de duas formas: ou retiraria dois homens ou incluiria uma mulher, que veio, no curso da discussão, acolhida pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

Após discussão, que se enveredou por inúmeros outros temas, aqui não destacados, o fato é que o processo foi retirado de pauta, sobrevivendo oportunamente com voto do Ministro Dias Toffoli, ao efeito de dar provimento ao recurso por violação ao art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997, a fim de que o acórdão que julgara regular os registros fosse reformado, determinando-se a baixa em diligência para que o recorrido regularizasse a sua lista em conformidade com a norma eleitoral.

Esse entendimento acabou prevalecendo, com a reconsideração do voto do Relator, culminando pelo provimento do recurso à unanimidade. Contudo, é sintomática a dificuldade que o Judiciário tem, mesmo representado por Tribunal Superior, de enfrentar uma proposta legal que apresente uma revolução, uma virada de mesa, relativamente a práticas adotadas ao longo da história republicana brasileira.

6.2 RECURSO ELEITORAL N° 124-28.2012.6.21.0144, DE PLANALTO/RS, JULGADO PELO TRE-RS EM 18.12.2012

O recurso em estudo versava o fato de que a Coligação recorrida, após o deferimento do registro das candidaturas proporcionais, durante a campanha eleitoral, burlou a legislação, pois, apesar de ter observado o preenchimento de 30% da quota do sexo feminino, conforme art. 10 e seu § 3º da Lei nº 9.504/1997, as candidatas mulheres não realizaram propaganda eleitoral e não se afastaram dos seus postos de trabalho, mostrando-se inertes em relação ao processo eleitoral. À evidência, fato superveniente ao registro. O voto da Relatora, Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria, concluiu por reconhecer a prática de burla à legislação eleitoral no quesito da reserva de gênero, cuja compulsoriedade é manifesta, citando expressamente doutrina de Jónatas Machado (*Liberdade*

religiosa numa comunidade constitucional inclusiva. Coimbra: 1996, p. 287) aplicável à espécie, considerando a proposta de cotas como política pública:

[...] sob o prisma do princípio da igualdade, este é chamado operar dentro de uma função inclusiva, em íntima relação com a ideia de diversidade: só o reconhecimento a todos os cidadãos e grupos de cidadãos de um direito a um tratamento estatal não preferencial traduz o reconhecimento de sua igualdade social como membros de pleno direito da comunidade política.

Consagrada pelo artigo de lei em comento uma prática inclusiva, caracterizada por ação afirmativa, conclui a magistrada que não é de se admitir que haja o preenchimento da cota de gênero apenas sob o aspecto formal, cumprindo ao Judiciário exigir que a mesma seja adotada materialmente e de modo efetivo, garantindo-se a participação da mulher no processo eleitoral com correspondência ao verdadeiro conceito de inclusão.

Destacando o fato incontroverso nos autos que a Coligação recorrida levou a registro uma nominata de 17 candidatos, sendo 11 de homens e 6 do sexo feminino, atendendo formalmente o requisito legal, e ficando evidenciado que 5 dessas candidatas não participaram da propaganda eleitoral, conforme CD referente à propaganda veiculada no rádio, além de permanecerem ausentes de um modo geral do processo eleitoral, entendeu a Relatora que houve ofensa à lisura, à regularidade e à obediência dos ditames legais, caracterizando burla ao disposto na Lei de Cotas.

O voto ainda propõe uma solução alternativa ao efeito de, não mais podendo ser acolhido o pedido de indeferimento do DRAP, porque vencida a fase de registro, e levando em conta que permaneceu no processo eleitoral apenas uma mulher, considerar como válidos os votos que atendessem a proporcionalidade prevista em lei, ou seja, os dois candidatos homens mais votados, com a determinação de recálculo dos quocientes eleitoral e partidário, anulando-se os demais votos.

Contudo, não prevaleceu o voto da Relatora, abrindo-se divergência que conduziu a maioria no julgamento, ao efeito de concluir por estar satisfeito o requisito legal, na medida em que por ocasião do registro a cota fora atendida, e que enquadrar o abandono imputado à maioria das candidatas mulheres como fraude ou burla constituía presunção não comprovada nos autos.

Considerando a semelhança entre este julgamento e o que se segue, os comentários serão deduzidos mais adiante, de forma conjunta.

6.3 RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 214-98.2012.6.21.0091, DE HUMAITÁ/RS, JULGADO EM 23.05.2013

A representação teve por fundamento que a coligação recorrida, por ocasião do registro de candidaturas, preencheu o número de vagas exigido, na forma da Lei de Cotas, apresentando 17 candidatos, dos quais 12 (doze) do sexo masculino e 6 (seis) do sexo feminino, mas que, após o registro, 5 (cinco) candidatas renunciaram ainda no mês de setembro, estando em curso o processo eleitoral. A exemplo do outro julgamento alhures mencionado, por maioria de votos foi dito que houve observação aos percentuais de gênero no momento do pedido de registro e que pelos fatos supervenientes – renúncia das candidaturas no curso de período de campanha eleitoral – não poderia a coligação ser responsabilizada.

Interposto recurso especial pelo Ministério Público, foi o mesmo desprovido, sendo assim ementado:

Representação. Eleição proporcional. Percentuais legais por sexo. Alegação. Descumprimento posterior. Renúncia de candidatas do sexo feminino.

1. Os percentuais de gênero previstos no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997 devem ser observados tanto no momento do registro da candidatura, quanto em eventual preenchimento de vagas remanescentes ou na substituição de candidatos, conforme previsto no § 6º do art. 20 da Resolução TSE nº 23.373.

2. Se, no momento da formalização das renúncias por candidatas, já tinha sido ultrapassado o prazo para substituição das candidaturas, previsto no art. 13, § 3º, da Lei nº 9.504/1997, não pode o partido ser penalizado, considerando, em especial, que não havia possibilidade jurídica de serem apresentadas substitutas, de modo a readequar os percentuais legais de gênero.

Recurso especial não provido.

Nesses dois últimos recursos, a orientação adotada pelo TSE e na origem, pelos votos da maioria, encontra fundamento em três principais afirmativas:

a) suficiência de atendimento à regra das cotas de gênero por ocasião do registro, seja por conta da apresentação inicial, seja por conta da emenda para apresentação de substitutas à nominata feminina, enquanto isso for possível (art. 13, § 3º, da Lei nº 9.504/1997); b) o partido não pode ser penalizado pela conduta individual de determinada(s) candidata(s); c) o que acontece depois, no curso da campanha eleitoral, é irrelevante, sem qualquer desdobramento para o balanço eleitoral.

Tais fundamentos, porém, não convencem.

No que diz respeito ao atendimento das exigências constitucionais e legais às condições de elegibilidade, podem e devem ser apreciadas e decididas no curso do processo eleitoral até mesmo no momento da diplomação e da posse como alhures exposto, despiendo repetir-se aqui toda a argumentação antes esposada.

Relativamente à penalização do partido, melhor sorte não merece a tese. O partido é corresponsável não só pela oferta de nomes como pelo comportamento ativo ou passivo dos candidatos no curso do processo eleitoral. Apenas a título de exemplo, é o partido que encaminha às emissoras de rádios e de TV as mídias da propaganda eleitoral, cumprindo-lhe monitorar a participação de todos os candidatos e os termos dessa participação. Por outro lado, os candidatos são escolhidos mediante procedimento regulado na Lei dos Partidos Políticos através de convenções que cumpre a esses realizar. Aliás, são inúmeras as regras que estabelecem corresponsabilidade entre Partido/Coligação/candidato no que diz com o processo eleitoral. Não se sustentam mais teorias privatistas quanto à solidariedade e a corresponsabilidade entre o ente coletivo e os sujeitos individuais, no caso, candidatos. Ademais, os casos julgados não estavam assentados na conduta individual de uma única candidata que tivesse renunciado a essa condição. Ao contrário, da totalidade de candidatas, apenas uma se manteve no jogo eleitoral, tendo as demais, em bloco, se afastado da disputa, e foi essa circunstância coletiva que deu causa aos respectivos processos.

Por derradeiro, admitir práticas eleitorais vedadas pela lei sem qualquer repercussão no resultado das eleições, *venia concessa*, é admitir a ineficácia do Poder Judiciário e negar sua função constitucional. É ressuscitar paradigma pretérito e superado, limitando a atuação da jurisdição à declaração da vontade da lei.

Ainda uma última palavra sobre a solução proposta no voto vencido da Desembargadora Relatora do RE 124-28.2012.6.21.0144, de Planalto/RS,

aproveitando o resultado das urnas entre os candidatos que, ao fim e ao cabo, disputaram de fato e de direito os cargos eletivos, mas respeitada a proporção de cotas, afeição-se a uma decisão possível, razoável, porquanto valorizadora da vontade popular, com validação dos votos distribuídos no limite dos candidatos que efetivamente estavam autorizados a concorrer, não se mostrando útil a simples anulação de todas as candidaturas. Dizendo de outra forma, limitar a nulidade apenas aos nomes excedentes, não amparados pela ausência de candidatas mulheres, utilizando-se, para tanto, a própria escolha do eleitor: se apenas dois candidatos homens estariam legitimados a participar do certame, os dois mais votados têm seus respectivos votos validados, anulando-se apenas os demais, sem prejuízo da manutenção dos votos destinados à única mulher remanescente, com o recálculo do quociente partidário e respectivo reflexo no quociente eleitoral. De um lado, prestigia-se a lei eleitoral e repudia-se a prática de atos (comissivos ou omissivos) de burla, de infração à lei; de outro, valoriza-se a vontade do eleitor que fez sua opção de voto, nos limites do que foi considerado lícito e legítimo.

Apenas para registro, a outra solução seria, a exemplo do processo de registro das candidaturas, anular por inteiro a participação do partido infrator (ou coinfrator), decretando-se a nulidade de todos os votos que a legenda recebeu, seja pela sigla partidária, seja pelos candidatos.

Optar entre uma e outra solução é uma questão de ponderação a ser superada no julgamento do caso concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Árduo foi o caminho percorrido pelas mulheres ao longo da história da República brasileira para ver reconhecida sua condição de cidadã e de titular de direitos políticos, par a par com o homem. A Lei de Cotas ainda se mostra franciscana, mas é um primeiro passo em direção à concretização da verdadeira e real igualdade. Mais difícil é vencer o pensamento dominante, que continua arredo à sua plena adoção.

Propostas mais agressivas, como estabelecer cotas nas cadeiras legislativas, ainda estão longe de serem enfrentadas pela comunidade política e jurídica. Sequer é o que aqui se defende, mas sim uma leitura mais aberta e consentânea com a nossa realidade do ordenamento jurídico vigente, olhar o novo com olhos de novo e não com comprometimento viciado pela hegemonia masculina no exercício do poder.

E afirma-se com certeza, essa abertura em nada causará vencidos ou derrotados, porque todos serão vitoriosos: as mulheres, porque reconhecido o seu justo espaço político, os homens porque conviverão com novas luzes, capazes de contribuir para a solução de velhos problemas, a sociedade, porque terá uma representação mais proporcional aos números de gênero.

Quando nos anos vinte Mietta Santiago ousou provocar o Judiciário para ser reconhecido o seu direito de votar e ser votada, o poeta Carlos Drummond de Andrade a homenageou com o poema “Mulher eleitora”, cantando os versos:

Mietta Santiago
 loura poeta bacharel
 Conquista, por sentença de Juiz,
 direito de votar e ser votada
 para vereador, deputado, senador,
 e até Presidente da República,
 Mulher votando?
 Mulher, quem sabe, Chefe da Nação?
 O escândalo abafa a Mantiqueira,
 faz tremerem os trilhos da Central
 e acende no Bairro dos Funcionários,
 melhor, na cidade inteira funcionária,
 a suspeita de que Minas endoidece,
 já endoideceu: o mundo acaba.

Sem embargo de que cerca de oitenta anos depois a profecia se concretizou, com a eleição, no Brasil, da primeira mulher para Presidente da República, é possível, face aos novos ventos, corrigir o desenlace da poesia para afirmar, sem medo de errar, que o mundo não acaba com a mulher votando e sendo votada, mas reinicia iluminado pelo sonho, um pouco mais real, de igualdade.

REFERÊNCIAS

AITA, Carmen (Org.). *Joaquim Francisco de Assis Brasil: perfil biográfico e discursos (1857-1938)*. Série Perfis Parlamentares. Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, 2006.

ASSIS BRASIL, J. F. de. Manifesto da Aliança Libertadora do Rio Grande do Sul ao País. In: BROSSARD, Paulo (Org.). *Ideias políticas de Assis Brasil*. Brasília: Senado Federal, v. 3, 1989.

CASTRO, Edson de Resende. *Curso de direito eleitoral*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Políticas para as Mulheres. Comissão Tripartite para revisão da Lei nº 9.504/1997: relatório final. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2010.

_____. *Código eleitoral anotado e legislação complementar*. 10. ed. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, Secretaria de Gestão da Informação, 2012.

FONSECA, Annibal Freire da. A Constituinte de 1891, o sistema constitucional brasileiro, objeções e vantagens. In: PORTO, Walter Costa (Coord.). *As Constituições do Brasil: a Constituição de 1891*. Programa Nacional de Desburocratização – PRND, v. 2, [s.d.].

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013.

LENZ, Carlos E. Thompson Fores. Condições de elegibilidade e inelegibilidades. Conferência proferida na Escola da Magistratura do TRF/3ª Região, em São Paulo, na data de 24.08.2012. *Revista do TRE-RS*, Tribunal Regional Eleitoral, Rio Grande do Sul, Porto Alegre: TRE-RS, ano 17, n. 35, p. 13-25, jul./dez. 2012.

MENDES, Antonio Carlos. *Introdução à teoria das inelegibilidades*. São Paulo: Malheiros, 1994.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

RAW, Raquel; ANDRADE, Gleice; MALHEIROS, Cecília. Participação feminina no processo eleitoral ainda é um desafio. *Revista Eletrônica da EJE*, n. 3, ano III, abr./maio 2013. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/institucional/escola-judiciaria-eleitoral/revistas-da-eje/revisa-el>>.

SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ZENI, Bruna S.; RECKZIEGEL, Tânia R. S. Mais mulheres no poder: a necessária ampliação da representatividade feminina no cenário político nacional. In: GORCZEWSKI, Clovis (Org.). *Direitos humanos e participação política*, 2010.

ZILIO, Rodrigo López. *Direito eleitoral: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à prestação de contas), ações eleitorais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

O “ESTILO” JURÍDICO ALEMÃO - BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE ALGUNS DOS SEUS FATORES DETERMINANTES¹

*GERMAN LEGAL “STYLE” - BRIEF CONSIDERATIONS ABOUT SOME OF
ITS MAIN FEATURES*

Eugênio Facchini Neto²

Professor Titular dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito na
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS)

Mártin P. Haeblerlin³

Professor de Teoria Geral do Direito e Teoria Geral do Direito Civil
(Laureate/UniRitter)

RESUMO: O presente trabalho procura identificar as principais características do “estilo” jurídico alemão, quase todas ligadas ao seu passado histórico. Mostra a enorme influência do Direito romano no Direito alemão, especialmente por

ocasião da sua recepção na parte final da Idade Média, bem como em razão do aprofundamento dogmático realizado pela Escola das Pandectas, ao longo do século XIX. Mostra a importância da doutrina (*Professorenrecht*) na formação

¹ Esclarecimento metodológico: O presente texto foi apresentado pelo doutorando Mártin P. Haeblerlin, originariamente, sob a forma de trabalho escrito de conclusão da disciplina Teoria da Jurisdição em Perspectiva Comparada, ministrada pelo Professor Eugênio Facchini Neto, no âmbito do Curso de Doutorado em Direito, na PUC/RS. O trabalho continha originariamente 26 laudas. Trabalhando em cima desse texto originário, o coautor Eugênio Facchini Neto o reduziu, inicialmente, a 16 laudas e posteriormente acrescentou suas contribuições, dando ao mesmo a sua versão e extensão final, com 36 laudas em sua formatação anterior à impressão. Consequentemente, pode-se dizer que se trata de um texto efetivamente escrito a quatro mãos.

² Doutor em Direito Comparado (Florença/Itália). Mestre em Direito Civil (USP). Professor e Ex-Diretor da Escola Superior da Magistratura - Ajuris. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - TJ/RS. Coordenador-Geral do Centro de Estudos do TJRS.

³ Doutorando em Direito (PUCRS), com período sanduíche em Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Bolsista PUC/RS (Probolsa) e Capes (Processo nº 5340-13-6). Mestre em Direito (PUC/RS). Advogado.

e no desenvolvimento do Direito alemão, expõe a típica *forma mentis* do seu jurista e sua formação acadêmica. Detém-se, também sobre a estruturação do poder na Alemanha moderna, sua organização judiciária e as fontes do Direito alemão, com especial destaque para seu Código Civil e para sua Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Direito alemão; características; estilo; história; jurista alemão – BGB.

ABSTRACT: *This paper attempts to identify the main features of the German legal “style”, most linked to its historical past. It shows the great influence of Roman law in German law, especially through his reception at the end of the middle ages, as well as through the contributions of the dogmatic School of the Pandects, in the 19th century. It indicates the importance of the doctrine (Professorenrecht) in the formation and development of German law, it exposes the typical forma mentis of his lawyer and his academic formation. It also describes the division of powers in modern Germany, its judicial organization and the sources of German law, with special emphasis on its Civil Code and its Constitution.*

KEYWORDS: *German law; characteristics; style; history; german jurist.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Origem histórica e evolução do ordenamento jurídico alemão; 2 A *forma mentis* do jurista alemão; 3 Institutos jurídicos alemães autóctones ou característicos; 4 Estrutura político-jurídica do Estado alemão e as fontes do direito; 5 Os fatores ideológicos no Direito alemão; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 German legal system’ historical origin and development; 2 German jurist’ forma mentis; 3 Some autochthonous or characteristic German legal Institutes; 4 Political-legal structure of the German State and its sources of law; 5 The ideological factors in German law; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

Há três expressões, no título, cujos usuais significados escondem algumas remissões técnicas e opções terminológicas.

A primeira é a expressão “**estilo**”. Por “estilo” não se designa, simplesmente, um modo de expressão de algo ou o seu jeito de ser. Pretende-se, com a expressão, tomar posição diante das opções “**sistema**” (conjunto de regras de direito aplicáveis a uma comunidade social, dentro de um território geográfico), “**família**” (conjunto de sistemas relacionados por sua estrutura e história) e “**modelo**” (conjunto de concepções técnicas que podem

ser encontradas em diversos sistemas ou famílias)⁴, que concorrem com “estilo”. A opção explica-se por exclusão. Uma vez que a pretensão é tratar de diversas peculiaridades (não apenas regras) apenas do Direito alemão (não de outros sistemas ou famílias relacionadas), a expressão “estilo”, utilizada por Konrad Zweigert e Hein Kötz⁵, faz-se mais adequada, pois “parece-nos relevante que ordenamentos jurídicos individuais, ou grupos de ordenamentos jurídicos, tem cada qual o seu próprio estilo”⁶. Ademais, como ensinam esses autores, o conceito de “estilo” não pode ser circunscrito à linguística e à arte, pois é inegável que outras ciências têm se servido do conceito⁷.

A segunda, que está ali para delimitar o campo de abrangência de nossa análise, é a referência ao estilo “alemão”. Nesse tocante, a delimitação serve, primeiro, para lembrar a necessidade de distinguir um sistema jurídico romanístico de um sistema jurídico germânico, optando por não os amalgamar, assim, em um sistema único dito romano-germânico, ou de “civil law”, como é utilizado pelos juristas da *Common Law* para identificar genericamente os sistemas jurídicos da Europa continental e dos países por ela influenciados⁸. Segundo, serve para especificar o fato de tratarmos, aqui, tão somente do “estilo” alemão, de modo que a análise não compreende outros “estilos” germânicos (austríaco e suíço), não obstante as inegáveis semelhanças entre esses.

Por fim, a terceira é a expressão “**fatores determinantes**”, utilizada não em sua generalidade, mas com um sentido específico, atribuível também a Zweigert e Kötz. Por fatores determinantes entendem-se: a) a origem histórica

⁴ Utilizamos a distinção de Ugo Mattei e Pier Giuseppe Monateri, segundo os quais: sistema é “*l’insieme delle regole di diritto applicabili in una determinata comunità*”; família é “*l’insieme di sistemi profondamente legati da strutture giuridiche comuni e dalla loro storia*”; modelo é um “*insieme di concezioni giuridiche più o meno tecniche che possono ritrovarsi in diversi sistemi ed anche in diverse famiglie giuridiche*” (MATTEI, Ugo; MONATERI, Pier Giuseppe. *Introduzione Breve al Diritto Comparato*. Verona: Casa Editrice, 1997. p. 13-4).

⁵ ZWIEGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduzione al Diritto Comparato*. Principi fondamentali. Trad. Barbara Pozzo. Milano: Giuffrè Editore, v. I, 1998. p. 76-84.

⁶ “*A noi sembra rilevante il fatto che singoli ordinamenti giuridici, oppure gruppi di ordinamenti giuridici, abbiano ciascuno loro proprio stile.*” (Zweigert e Kötz, op. cit., p. 83, tradução livre)

⁷ Idem, p. 83.

⁸ A opção pela divisão em um sistema romanístico (França, Itália, Holanda, Bélgica, Portugal, Espanha e América Latina, entre outros) e um sistema jurídico germânico (Alemanha, Áustria e Suíça) é respaldada em Zweigert e Kötz (Idem, p. 164), que também distinguem um sistema de direito escandinavo (abrangendo os ordenamentos jurídicos da Dinamarca, Suécia, Noruega, Finlândia e Islândia), com peculiaridades suficientes para serem distintos tanto do sistema romanístico quanto do germânico, não se confundindo igualmente com o sistema da *common law*.

e a evolução de um ordenamento; b) o modo de pensar característico do jurista; c) os institutos jurídicos característicos; d) as fontes de direito e sua interpretação; e) os fatores ideológicos.

Aclarados esses pontos, permite-se passar ao estudo dos fatores determinantes do “estilo” jurídico alemão. Frente à necessidade de limitação de escopo, nossa análise enfocará com maior detença os fatores da *origem histórica e evolução do ordenamento* e do *modo de pensar*, apenas pincelando breves considerações sobre os demais.

1 ORIGEM HISTÓRICA E EVOLUÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO ALEMÃO

Nesse capítulo analisaremos a origem histórica do Direito alemão naquilo que interessa para a formação do “estilo” jurídico germânico. Abordaremos a situação do direito costumeiro na alta Idade Média, a redação dos costumes na baixa Idade Média e a recepção do Direito romano a partir do final da Idade Média e início da Idade Moderna. Concluiremos com uma análise das influências, da elaboração e da estrutura do Código Civil alemão – o BGB.

1.1 ORIGEM HISTÓRICA DO DIREITO ALEMÃO

Michel Fromont identifica sete grandes eventos históricos do Direito alemão, nomeadamente: formação e declínio do Sacro Império romano-germânico; recepção do Direito romano; formação dos grandes Estados territoriais; unificação da Alemanha; codificação; passagem da monarquia absoluta ao regime parlamentar; e surgimento do controle jurisdicional das leis⁹.

Em sua origem, o Direito alemão não foi influenciado pelo Direito romano, uma vez que a maior parte do território germânico permaneceu fora do império romano. Naqueles territórios vigorava um direito costumeiro pouco desenvolvido e bastante rudimentar, para o que contribuiu a ausência de um poder centralizado. Essa realidade, provinda já da antiguidade, permaneceu na alta Idade Média (aproximadamente entre os séculos V e XI) e prosseguiu até boa parte da baixa Idade Média (a partir dos séculos XI/XII). Apesar da fundação

⁹ FROMONT, Michel. *Grands systèmes de droit étrangers*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1998. p. 11. Já Claude Witz, professor da Université Robert-Schuman (Strasbourg) e “détaché” à l’Université de la Sarre, destaca outros aspectos históricos relevantes, parcialmente coincidentes com aqueles referidos pelo Professor Fromont: I) recepção do Direito romano; II) o jusracionalismo e as primeiras codificações; III) o século XIX e a unificação tardia do direito alemão; IV) de 1900 ao fim da República de Weimar; V) o período nacional-socialista; VI) O Direito alemão de 1949 aos nossos dias (WITZ, Claude. *Le Droit Allemand*. Paris: Dalloz, 2001. p. 8 e ss.).

do Sacro Império romano-germânico (*Heiliges Römisches Reich Deutscher Nation*) no século X, o poder imperial não conseguiu se impor de forma incontrastada sobre todo o território germânico, diante do considerável poder político e militar dos grandes senhores feudais¹⁰. Foi somente a partir do final do século XV que efetivamente se pode falar de uma recepção do Direito romano na Alemanha, como se verá na sequência. Segundo Van Caenegem, tanto a Alemanha quanto a Escócia, no século XVI, introduziram o *ius commune* (ou seja, o Direito romano justinianeu, tal como estudado nas universidades medievais) para colmatar as insuficiências do direito costumeiro¹¹.

Os direitos dos povos germânicos eram majoritariamente de matriz consuetudinária, embora algumas monarquias germânicas – especialmente os povos visigodos e francos – tenham conhecido algumas leis não romanas, produzidas ora pelos monarcas, na forma de legislação real (*Reichsrecht*), ora pela redução a escrito do direito consuetudinário (*Volksrecht*), sob a designação de lei (*leges barbarorum*).

São desse período – alta Idade Média – a *Lex Salica*¹² (elaborada por Clóvis [Clodoveo] por volta de 496 e, posteriormente, revisada por Carlos Magno em 802, destinada aos povos francos sálios) e mais aproximadamente uma dezena de *leges barbarorum* que vigoravam no âmbito do império carolíngio, como a *Lex Ribuariorum*, *Lex Burgundionum*, *Lex Alamanorum*, *Lex Frisionum*, *Lex Saxonum*, *Lex Baiuvariorum*, etc. – redigidas entre os séculos V e IX. Essas leis tiveram um papel importante na conservação das tradições jurídicas dos povos germânicos. Na verdade, essas *leges* não são “códigos”, tais como hoje os concebemos –

¹⁰ Sobre tais aspectos, v. CUNIBERTI, Gilles. *Grands Systèmes de Droit Contemporains*. Paris: LGDJ, 2007. p. 27/28.

¹¹ VAN CAENEGEM, Raoul C. *Introduzione storica al diritto privato*. Bologna: Il Mulino, 1995. p. 214.

¹² Os povos francos sálios constituíam uma das duas confederações de povos francos, habitando as margens do rio Issel. Para os povos francos situados às margens do Rio Reno, aplicava-se a Lei Ripuária (sobre isso, v. BART, Jean. *Histoire du Droit*. 2. ed. Paris: Dalloz, 2002. p. 8). A Lei Sállica buscava regular todos os aspectos da vida em sociedade, cobrindo matérias que hoje seriam denominadas de direito penal, tributário e civil, embora de forma assistemática e com notáveis lacunas. Uma das matérias tratadas, de grande influência na idade média, foi a disciplina da herança bem como as regras de sucessão dinástica. Ao final do medievo e início da idade moderna, a expressão lei sállica passa a designar as regras de sucessão do trono da França – regras que posteriormente foram imitadas por outras monarquias europeias. Segundo Scovazzi, a *Lex Sállica* surgiu sob a forma de um *pactus* vinculante entre a monarquia e o povo e constitui o documento mais importante para o conhecimento do antigo direito germânico ocidental, seja pela completude, autenticidade, bem como pela influência que teve no desenvolvimento jurídico posterior (SCOVAZZI, Marco. *Le origini del Diritto Germânico* – Fonti, Preistoria, Diritto Pubblico. Milano: Giuffrè, 1957. p. 47/48).

aliás, sequer são leis, no sentido formal. São, na realidade, “registros escritos de certas regras jurídicas, com origem no costume, próprias deste ou daquele povo, compilações muito incompletas, espécie de manuais oficiais para uso dos agentes da autoridade e dos membros dos tribunais”¹³.

Durante o início da baixa Idade Média, especialmente entre os séculos XII e XIII, os territórios germânicos caracterizaram-se pelo seu extraordinário fracionamento jurídico e pelo predomínio praticamente absoluto dos costumes, já que as antigas *leges barbarorum* haviam caído em desuso e delas substancialmente não mais se havia registro. A tradição jurídica escrita converteu-se paulatinamente em uma tradição oral, fragmentada e diversa, no âmbito dos principados (*Landrechte*), das comunidades rurais (*Bauernrecht*), dos feudos (*Hofrecht*), dos centros urbanos (*Stadrecht*), das corporações de artes e ofícios (*Zunfrecht*), etc., segundo a reconstrução histórica feita por Cavanna¹⁴.

Essa fragmentação jurídica, com prevalência dos costumes, foi uma consequência do esfacelamento do império carolíngio. O fato da coroação do Otto I (ou Otão I), em 962, como Imperador do S3acro Império romano-germânico não chegou a sinalizar, senão por curto período de tempo, uma centralização política, administrativa, legislativa e judiciária. Isso porque o poder imperial, além de contrastado pelo poder dos grandes senhores feudais, era débil em razão de ser eletivo o cargo de imperador¹⁵. Em 1356, com a Bula de Ouro, fixou-se em sete o número de príncipes eleitores¹⁶⁻¹⁷. A escolha deveria

¹³ Nesse sentido, GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. p. 172.

¹⁴ CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa – Le fonti e il pensiero giuridico*. Milano: Giuffrè, 1982. p. 445/6.

¹⁵ Na verdade, o processo de eleição era complexo e sofreu uma evolução ao longo da história. Até metade do século XIII, o eleito torna-se Rei por efeito da unção dos bispos e assunção ao trono de Aquisgrana; tornando-se Imperador por efeito da sucessiva unção papal. A partir das alterações promovidas pela Dieta de Rehns (1338) e especialmente pela Bula de Ouro (1356), o Rei alemão é por si só “*in imperatorem promovendus*”, reduzindo-se a aprovação papal a uma simples formalidade. Sobre isso, v. CANNATA, Carlo Augusto. *Linneamenti di storia della giurisprudenza europea*. II – Dal medioevo all’epoca contemporanea. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1976. p. 68, n. 3.

¹⁶ O chamado *Kurkollegium*, integrado por três príncipes eclesiásticos, os Arcebispos de Colônia (Köln), de Mainz e de Trier, e por quatro príncipes laicos, o Rei da Baviera, o Marquês de Brandeburgo (Brandenburg), o Conde do Palatinado e o Duque da Saxônia.

¹⁷ A respeito da sistemática da eleição do Imperador, seus impasses e eventuais intervenções do Papado, v. PADOA-SCHIOPPA, Antonio. *Il diritto nella storia d’Europa – Il medioevo*. Parte prima. Padova: Cedam, 1995. p. 241 e ss.

obter a unanimidade¹⁸. Essa ausência de um poder centralizado forte fez com que não houvesse forças autóctones fortes (seja uma hierarquia de cortes judiciárias com autoridade, como ocorria na Inglaterra, seja um atuante poder normativo centralizado, como ocorria na França) o suficiente para se opor ao Direito romano justinianeu, naquilo que se convencionou chamar de “recepção do Direito romano” na Alemanha¹⁹.

Esse período de absoluto predomínio da tradição oral em solo germânico, fragmentada territorialmente, só vem a ser quebrado no século XIII, com o aparecimento do *Sachsenspiegel* (“Espelho da Saxônia”), composto entre 1215 e 1235, por Eike von Repgow, em idioma alemão. Tratava-se de uma descrição aprofundada dos costumes da Saxônia e das decisões da corte da Saxônia oriental. A obra teve um enorme acolhimento, difundindo-se por boa parte da Alemanha. Versões e adaptações foram feitas, uma das quais também alcançou relativo sucesso – o *Schwabenspiegel*, de aproximadamente 1275. Do mesmo período também é o *Frankenspiegel*²⁰. Tais compilações tiveram o grande mérito de perpetuar, por escrito, muitas das instituições jurídicas germânicas daquele período. Todavia, diante da falta de uma classe de juristas cultos, não estavam presentes as condições propícias ao desenvolvimento de um “direito comum” alemão, com base nas tradições jurídicas autóctones. Os “juristas” alemães daquele período não eram propriamente técnicos, cuja autoridade decorria de sua preparação teórica: eram pessoas cuja experiência de vida e o prestígio da classe social a que pertenciam forneciam as bases sociais da aceitação de sua atuação. Quando a cultura jurídica dos glosadores e comentadores se difundiu por toda a Europa, mercê dos ex-alunos que haviam estudado nas universidades italianas e retornavam aos seus países, aqueles juristas práticos alemães não tiveram a menor possibilidade de resistir à manifesta superioridade do Direito romano²¹.

¹⁸ Inicialmente, a escolha do sucessor do imperador se dava a partir preferencialmente da designação feita pelo próprio imperador, ainda em vida, podendo recair sobre pessoa não integrante da família imperial, mas a partir de 1438 a coroa imperial permanecerá dentro da casa dos Habsburg, que desde 1273 havia conquistado a Áustria, destinada a logo se tornar a mais importante nação germânica do século XV em diante.

¹⁹ Sobre esse período histórico, vejam-se as informações trazidas por RAVA, Tito. *Introduzione al diritto della civiltà europea*. Padova: Cedam, 1982. p. 155 e ss.

²⁰ GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo; VOGEL, Louis. *De droit de l'occident et d'ailleurs*. Paris: LGDJ, 2011. p. 257.

²¹ Nesse sentido, v. CANNATA, Carlo Augusto. *Linneamenti di storia della giurisprudenza europea*. II – Dal medioevo all'epoca contemporanea. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1976. p. 69/71.

1.2 A RECEPÇÃO DO DIREITO ROMANO NA ALEMANHA

Não muito tempo após sua edição, em meados do século VI, a consolidação do Direito ordenada por Justiniano²² foi aos poucos caindo no ocaso no mundo europeu. Seguiu-se, assim, uma coexistência entre o Direito romano (de base

²² No século VI, Justiniano, imperador do Império Romano do Oriente, posteriormente conhecido como Império Bizantino, com sede em Constantinopla (antiga Bizâncio e atual Istambul), estava preocupado com a decadência do antigo direito romano, já que seu período áureo havia passado havia mais de três séculos e os grandes juristas do período clássico romano nunca mais tiveram substitutos à altura. Numa época em que os textos manuscritos eram poucos e naturalmente suscetíveis a deterioração, com cópias de duvidosa fidelidade aos textos clássicos, resolveu Justiniano, em 528, encarregar a seu homem de confiança (uma espécie de Ministro da Justiça da época), Triboniano, a tarefa de resgatar o direito romano clássico, a fim de preservar suas partes mais importantes. Triboniano reuniu uma equipe de juristas e cumpriu magistralmente o encargo, compilando obra de fôlego, dividida em quatro partes. Já em 529 foi publicado o Codex, que compilava as “constituições” imperiais, ou seja, o conjunto da “legislação” promulgada pelos antigos Imperadores Romanos, especialmente os do Império Ocidental, com sede em Roma. Uma segunda edição, ampliada, seguiu-se em 534. Em 533 aparecem duas outras partes da compilação: as *Institutas* e o *Digesto*. As *Institutas* nada mais eram do que uma espécie de manual de Direito, inspirado na famosa obra homônima do jurista clássico Gaio (Gaius). Era uma obra destinada a ser enviada aos inúmeros funcionários graduados do Império, que representavam o poder central junto às províncias do Império Bizantino, para que tivessem uma noção de conjunto, elementar, das questões jurídicas mais importantes. Segundo Schipani, as *Institutas* (*Institutiones*) de Justiniano, como as de Gaio, desempenharam um papel relevantíssimo e de enorme importância para o ensino do direito e para sua estabilização sistemática (SCHIPANI, Sandro. *La codificazione del diritto romano comune*. Torino: Giappichelli, 1996. p. 163). Todavia, de longe a mais importante parte da consolidação foi o *Digesto*, em sua denominação latina, ou *Pandectas* (ou *Pandectas*), em grego, o outro idioma em que a consolidação foi redigida, já que ambos os idiomas eram usados na corte justinianeia. O *Digesto* reunia os textos dos maiores juristas clássicos (cerca de quarenta autores, de Quinto Múcio Cévola, que morreu no ano 82, a Hermogeniano e Carísio, que escreveram nos séculos III e IV, mas com destaque para cinco: Ulpiano, Modestino, Paulo, Papiniano e Gaio). Triboniano e sua equipe “garimparam” a obra dos juristas clássicos (consta que teriam examinado cerca de dois mil textos jurídicos) e selecionaram textos por eles escritos sobre inúmeros temas. Assim, sobre determinada questão jurídica, “colaram” o que cada um havia escrito a respeito da mesma, buscando uma possível harmonização. A obra é dividida em 50 livros, subdivididos em aproximadamente 1.500 títulos. Por último, já após a morte de Justiniano (565), foi publicada as *Novelas* ou *Novellae*, obra que reunia a obra legiferante de Justiniano – foram mais de 177 “constituições” imperiais por ele baixadas, inovando o direito anterior.

O nome *Corpus Juris Civilis* não foi dado por Justiniano. Tal denominação veio a ser aposta ao conjunto da obra – suas quatro partes – somente no início da chamada baixa idade média, quando da retomada dos estudos do direito romano, por obra das universidades européias. Durante esses cinco ou seis séculos, entre o século VI e o XI, o *Corpus* não teve quase nenhuma importância no espaço europeu, em razão da enorme feudalização que se vivia na Alta Idade Média, com acentuada involução jurídica e ausência de estudos jurídicos formais. Naquele período, a sociedade, quase que exclusivamente rural, era regida por um direito costumeiro bastante primitivo. Todavia, com a redescoberta dos textos do *Corpus*, com especial destaque para o *Digesto*, o *Corpus Juris Civilis* veio a ter uma crucial importância para o renascimento do direito. Esse renascimento jurídico inicia no norte da Itália, já no fim do século XI, com a fundação das primeiras universidades, e nos séculos seguintes se espalha por toda a Itália e pelos demais países europeus.

escrita, aplicado às populações não germânicas e pela Igreja) e os Direitos germânicos (de fundo costumeiro e aplicados à maioria da população).

Se o *Corpus Juris Civilis* teve importância teórica e prática diminuta na Europa nos primeiros quinhentos anos após sua publicação, dois momentos históricos colocaram o *Corpus* - e, pois, o próprio Direito romano que hoje conhecemos - em destaque: o primeiro, quando resgatado e estudado, a partir do século XI, pelos juristas das universidades medievais, abrangendo alguns centros alemães a partir do século XIV; o segundo, no século XIX, quando os professores alemães aprofundaram e sistematizaram sua análise, desenvolvendo a chamada Escola das Pandectas²³.

O primeiro momento tem seu marco em 1088, com a criação da Universidade de Bologna²⁴ e, com ela, o nascimento da Ciência do Direito. O estudo lá praticado, sob a orientação de Irnerius (apelidado “*lucerna juris*” e considerado o pai da Escola dos Glosadores), aplicava o método da exegese na interpretação do *Corpus* - um direito tido como “erudito”, apresentando as vantagens de estar todo ele escrito, ser comum a toda a Europa (*ius commune*), ser mais completo e mais evoluído que os direitos locais e os costumeiros -, por meio das resenhas feitas ao Digesto em glosas (*mos italicus*). Introduziu-se, no pensamento jurídico, a dogmaticidade e abstração, porquanto essa atividade do jurista não se voltava à resolução de problemas práticos e ao “ser” (*Sein*) do Direito, mas ao mais perfeito ajuste e composição do texto do *Corpus*, representativo de um “dever-ser” (*Sollen*). Segundo Calasso²⁵, teriam sido duas as contribuições geniais de Irnerius: a primeira foi a de conferir ao estudo do Direito uma autonomia até então inexistente, já que as questões jurídicas eram analisadas no contexto enciclopédico que caracterizava o saber medieval; a segunda consistiu em estudar o Direito justinianeu através de textos genuínos e completos, afastando-se dos epítomes, resumos e extratos que até então eram utilizados.

²³ Conquanto a recepção do Direito romano tenha influenciado sobremaneira os sistemas romanísticos, os juscomparatistas costumam notar que, do ponto de vista estrutural, o Direito romano mostra-se, por vezes mais próximo à *common law*, sob três aspectos: importância das formas de ação; caráter casuístico; desconfiança das fórmulas genéricas.

²⁴ “A Universidade de Bologna, fundada em 1088, tornara-se o centro de estudos jurídicos mais importante da Europa; os estudantes reuniam-se e contratavam um Mestre pelo período de um ano; viviam uma espécie de experiência comunitária, pois discípulos e professores compartilhavam cada momento de suas vidas.” (MONATERI, Pier Giuseppe. *Il modello di Civil Law*. Torino: Giappichelli, 1996. p. 29)

²⁵ CALASSO, Francesco. *Medioevo del Diritto*. Le fonti. Milano: Giuffrè, v. I, 1954. p. 368.

A partir do final do século XIII, estudantes alemães, em número crescente e substancial, deixaram os territórios germânicos para irem estudar nas universidades italianas, em busca do cobiçado título de *doctor iuris*. Se a Alemanha ingressou nesse movimento mais tardiamente do que outros povos, todavia ali o processo de romanização do Direito foi mais intenso, diante da pouca resistência que se opôs a esse fenômeno (diante da ausência de uma tradição jurídica autônoma forte, de um poder legiferante centralizado e de um sistema judiciário compacto e com autoridade). Muitos desses estudantes, ao retornarem ao seu país, imbuídos do novo espírito jurídico, fundaram seus próprios centros de estudos jurídicos – assim, por exemplo, foram fundadas as Universidades de Praga, em 1348²⁶, a de Viena²⁷, em 1365, a de Erfurt, em 1379²⁸, a de Heidelberg, em 1386, a de Colônia, em 1388, a de Würzburg, em 1402, e a de Leipzig, em 1409. Nos dois séculos seguintes, o número de universidades alemãs continuou a aumentar substancialmente²⁹.

A chamada romanização do Direito operou-se em ritmo e cronograma diversos no ambiente europeu. Apresentou-se mais rápida na Itália, relativamente rápida na Península Ibérica, embora com menor intensidade em Portugal (que convivia com a subsidiariedade das ordenações) e relativamente lenta na França, que convivia com um forte direito consuetudinário, ainda que o Código de Napoleão tivesse também uma importante base romanista, especialmente na área do direito das obrigações³⁰.

²⁶ Na época, parte do que hoje é a República tcheca e arredores integrava o Império romano-germânico, tanto assim que, entre 1346 e 1378, o imperador alemão Carlos IV estabeleceu a capital de seu império em Praga.

²⁷ Durante toda a baixa idade média, a Áustria sempre foi uma das mais importantes nações germânicas, sendo que durante a maior parte do longo período de hegemonia da Dinastia Habsburg (1273-1918), Viena foi a sede do Sacro Império romano-germânico (a partir de 1438 e até sua dissolução, em 1806, em meio às guerras napoleônicas), passando a ter um papel predominante, política, econômica, cultural e militarmente.

²⁸ Foi utilizada a data que consta no próprio site desta Universidade, que corresponde à data da autorização para sua fundação, outorgada pelo Papa Clemente, o que a colocaria como a mais antiga Universidade alemã. Na verdade, porém, ela só foi efetivamente instalada em 1389, sob o Papa Urbano. Levando-se em consideração essa segunda data, a mais antiga Universidade efetivamente em funcionamento na Alemanha seria a de Heidelberg. Menciona-se o detalhe porque as duas Universidades disputam entre si o título de mais antiga.

²⁹ CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa – Le fonti e il pensiero giuridico*. Milano: Giuffrè, 1982. p. 452.

³⁰ O direito civil francês foi o feliz resultado da combinação do *droit écrit* do sul da França (região chamada de *pays de droit écrit*), de origem romanista, com o *droit coutumier* no norte francês (denominado de *pays de droit coutumier*), baseado nos costumes germânicos.

Na Alemanha, a recepção do Direito romano deu-se de modo mais lento, mas de forma mais intensa, especialmente a partir do final do século XV. J. M. Kelly³¹ pontua que a principal razão para uma súbita e maciça recepção do Direito romano na Alemanha residiu nas condições políticas da época: em contraste com a França, inexistia uma forte centralização monárquica na Alemanha. A nação germânica estava dividida em numerosos principados, cidades livres, poderosos bispados, em um período de rápido crescimento urbano e de intenso desenvolvimento de empresas comerciais. Notava-se um doloroso contraste entre as obsoletas e complicadas regras materiais e processuais aplicadas pelas cortes locais, oriundas especialmente do direito costumeiro, e as regras claras, inteligíveis e lógicas oriundas do Direito romano, que eram aplicadas nas Cortes canônicas. Diante de tal quadro, o Imperador Maximiliano I, em 1495 (decreto imperial de Worms), reorganizou o Tribunal imperial, renomeando-o como *Reichskammergericht*³² (Tribunal da Câmara Imperial). Determinou-se que todos os procedimentos legais do Império poderiam ser levados àquele Tribunal, onde seriam julgados, na ausência de leis ou costumes, de acordo com o direito comum do Império, isso é, o Direito romano. Tão importante quanto isso foi o fato de que ficou previsto que a metade dos juízes membros de tal Corte deveria ser formada em Direito (“instruídos e conceituados no Direito”). A outra metade devia ser oriunda da classe dos cavaleiros, “se possível, também letrados em Direito”. Isso significava, naturalmente, que tais juízes deveriam ter uma formação jurídica versando sobre o Direito romano, que era o único Direito estudado nas Universidades. Logo, na prática, a totalidade dos juízes passou a ser recrutada entre bacharéis, prática essa que se espalhou também por outras Cortes judiciárias.

Outra prática iniciada já a partir do começo do século XVI e que se prolongou até o século XIX foi a da chamada *Aktenversendung* (remessa dos autos). Tratava-se de uma prática incentivada pelo art. 219 da *Carolina* (*Constitutio Criminalis*

³¹ KELLY, John M. *A Short History of Western Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 1992. p. 181.

³² O *Reichskammergericht* ficou sediado em Speyer de 1527 a 1689 e depois em Wetzlar, até 1806, quando foi extinto. A sua competência compreendia, em primeira instância, as quebras da paz territorial e o julgamento de vassalos diretos do imperador; em segunda instância, o julgamento de agravos e apelações das justiças territoriais. Uma interessante análise crítica do volume e tipos de processos analisados por aquela corte de justiça, ao longo desse período, encontra-se em RANIERI, Filippo. A evolução do recurso ao Tribunal da Câmara Imperial durante os séculos XV a XVII. A “jurisdicionalização” dos conflitos na sociedade moderna. In: HESPANHA, Antonio (Org.). *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 521/558. A informação inicial encontra-se à página 549.

Carolina, primeira consolidação de normas penais e processuais penais, mandada organizar por Carlos V e aprovada em 1530), que recomendava o envio dos autos do processo às “escolas superiores mais próximas ou a outrem entendido em Direito”. Ou seja, sempre que uma Corte de justiça tivesse dúvidas sobre a solução a ser dada a um caso sob julgamento, deveria remeter os autos do processo ao colégio de professores de uma próxima Faculdade de Direito.

“Nos séculos seguintes, os pareceres das Faculdades mantiveram uma influência decisiva sobre a jurisprudência alemã; até bem dentro do século XIX, todas as Faculdades de Direito [...] levaram a cabo uma atividade consiliar [*sic*³³] mais ou menos intensa. Essa instituição, tão importante para o intercâmbio quotidiano entre a teoria e a prática [...], encontrou o seu termo, em parte, apenas em 1878, com a nova organização judicial do império de Bismarck.”³⁴

Havia, portanto, a continuação do *mos italicus*, à semelhança daquele praticado nas universidades italianas, sendo que ao jurista cabia encontrar o Direito romano aplicável ao problema concreto apresentado. Essa aplicação de um direito anacrônico a situações contemporâneas não se fazia ileisa de críticas, propagando-se entre o povo, na época, a ideia do “*Juristen, böse Chisten*”³⁵.

No plano doutrinário, a recepção fez-se sentir, inicialmente, com a publicação da obra “*Werks Specimen usus moderni pandectarum*”, por Samuel Stryk, em 1690, que deu início à escola do chamado *usus modernus pandectarum*, cujo objetivo, como o nome sinala, era a adequação e adaptação do Direito romano aos problemas cotidianos daquela época. A escola recebeu diversos

³³ Observa-se que embora essa expressão (“consiliar”), que consta na edição portuguesa, não seja utilizada no Brasil, ela está correta, pois “consiliar”, aqui, está no sentido de atividade consultiva, e não de atividade conciliatória.

³⁴ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. p. 196/197. René David refere que a prática da *Aktenversendung* só encerrou em 1879, com a promulgação da ZPO - *Zivilprozessordnung* (DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Les grands systèmes de droit contemporains*. 11. ed. Paris: Dalloz, 2002. p. 45). Sobre a *Aktenversendung*, v. também: GLENDON, Mary Ann; CAROZZA, Paolo G.; PICKER, Colin B. *Comparative Legal Traditions*. St. Paul/ MN: Thompson West, 2008. p. 30; bem como FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2003. p. 20.

³⁵ A frase poderia ser traduzida livremente, mantendo-se a rima, como: “Os que do Direito são, maus cristãos são”. A Martinho Lutero é atribuída uma aliteração da frase, de conteúdo ainda mais forte: “*Juristen sind bösen Kristen, Ja Diabolisten*” (Uma opção, também livre, seria: “Os juristas são maus cristãos, e com o Diabo estão”). A atribuição da frase a Lutero lê-se em Gallo, op. cit., p. 158.

adeptos durante os séculos XVII e XVIII, alçando a Ciência do Direito alemão, pela primeira vez, no cenário europeu³⁶.

A escola possibilitou a continuação de um modelo de análise jurídica fundada em textos romanos (notadamente o Digesto justiniano): inicialmente, o *mos italicus*, iniciado pelos glosadores italianos nos séculos XII e XIII, desenvolvido pelos comentadores ou pós-glosadores nos séculos XIV e XV; passando pelo *mos gallicus* ou “jurisprudência culta” (também dita “elegante”), desenvolvido pelos juristas humanistas franceses, especialmente no século XVI³⁷; e desembocando no *mos germanicus*, de cunho mais racional e sistemático, a partir do final do século XVII e principalmente século XVIII, no espaço jurídico germânico.

Segundo Padoa Schioppa³⁸, o *usus modernus Pandectarum* visava a conjugar as fontes justinianas com as necessidades da prática, afastando-se deliberadamente das reconstruções filológicas eruditas, tão a gosto da *jurisprudência culta* ou *elegante* (especialmente nas suas vertentes francesa [*mos gallicus*] e holandesa). Privilegiava-se, ao contrário, a enunciação de regras coerentes e precisas, embora ancoradas ao texto do Digesto, mas integrando-o com elementos da tradição germânica e da jurisprudência das Cortes de justiça.

Esse *jus commune* continuou a influenciar enormemente a cultura germânica, especialmente em razão da falta de unidade política daquela nação, que continuava dividida em uma miríade de Reinos, Ducados, Principados, Cidades Livres, cada um deles regido por um direito próprio, embora todos eles derivados e imbuídos do “direito comum”. Assim, por exemplo, o Estado germânico mais importante da era moderna era a Prússia, que em 1794 dotou-se de uma vasta consolidação/codificação legislativa denominada de *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (conhecida pela sigla ALR), ou “direito

³⁶ Antes de Samuel Stryk, o primeiro jurista alemão a ganhar notoriedade no cenário europeu foi Ulrich Zäsy, posteriormente rebatizado com o nome latino Udalricus Zasius, que viveu entre os anos 1461-1535 (Gallo, op cit., p. 157).

³⁷ Essa nova abordagem no estudo do Direito romano foi introduzida por Andrea Alciato (Alciatus), ao lecionar em Avignon, no sul da França, entre 1518 e 1522. Alciato procurava combinar os estudos jurídicos com os humanísticos. O maior jurista humanista, porém, foi Jacques Cujas (Cujacio), que possuía um conhecimento enciclopédico dos textos do *corpus juris civilis* e dos estudos dos humanistas sobre a literatura antiga. Foi o primeiro a iniciar o estudo das interpolações aos textos do Digesto, buscando purificar as fontes originais dos indevidos acréscimos medievais. Sobre o humanismo jurídico francês, v. STEIN, Peter G. *Il diritto romano nella storia europea*. Milano: Raffaello Cortina Editore, 1996. p. 93/96.

³⁸ PADOA-SCHIOPPA, Antonio. *Storia del diritto in Europa - Dal Medioevo all'età contemporanea*. Bologna: Il Mulino, 2009. p. 279-281.

geral territorial para os Estados prussianos”, promulgada em 1794³⁹. Ainda antes, outro importante Estado germânico – a Bavária (*Bayern*) – já em 1756 havia adotado uma consolidação legislativa, introdutora de algumas inovações, denominada de *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*⁴⁰.

Nas últimas décadas do século XVIII a cultura jurídica alemã era dominada por duas grandes escolas: os comentadores do Direito romano justinianeu, que seguiam a ordem expositiva do Digesto, e os seguidores da tradição “sistemática” ligada a Christian Wolff. Esse último filão metodológico acabou predominando, tornando-se cada vez mais influente. Para Wolff, o direito vigente como expressão de um direito da natureza, veiculado através de esquemas conceituais idôneos a exprimir uma ordem racional interna. A partir desse enfoque, os textos justinianeu eram seccionados e reagrupados em uma nova ordem, de modo “sistemático”. Como explica Tarello⁴¹, essa nova ordem sistemática expressava-se como um agrupamento de proposições jurídicas tidas como verdadeiras, segundo uma ordem semelhante àquela que agrupava os postulados da matemática e da geometria, isto é: “I) em primeiro

³⁹ Tratava-se de uma vastíssima obra legislativa, abarcando cerca de dezenove mil artigos, estendendo-se pelo direito privado, público e penal. Tarello refere que se trata da obra legislativa mais completa e madura entre as consolidações do século XVIII, podendo ser até incluída, sob certos aspectos, como o primeiro exemplo de codificação moderna. Isso porque, ao contrário das consolidações daquele período histórico, o ALR pretendia substituir, enquanto código válido para todo um território, o direito comum anteriormente aplicável, embora mantendo parte dos direitos particulares então vigentes (estatutos urbanos e costumes provinciais). Seus dispositivos eram formulados em forma breve e bem cuidada, racionalmente ligados uns aos outros. Apresentava-se o *Landrecht* como uma regulamentação completa, não suscetível de heterointegração, supostamente desprovido de lacunas. Havia vedação expressa (*Einleitung*, §§ 46-48) para que o juiz recorresse a fontes de integração externa ao *Landrecht*, embora pudesse utilizar-se da *analogia legis* e da *analogia juris* (princípios gerais internos ao ALR). Na aparente ausência de disposições aplicáveis ao caso, direta ou analogicamente, devia o juiz se reportar à Comissão Legislativa, a fim de obter uma “interpretação autêntica”. Sobre tal monumento jurídico, veja-se o exaustivo estudo de Giovanni Tarello, no capítulo denominado de “Le codificazioni illuministiche dell’ultimo terzo del secolo XVIII”, inserto na sua magistral obra *Storia della cultura giuridica moderna* (Bologna: Il Mulino, 1976. p 486/506, especialmente p. 489-493, de onde extraímos as informações *supra*.

⁴⁰ Mais amplamente falando, em 1750 o rei bávaro Maximiliano José II autorizou seu chanceler, o notável jurista Alois Von Kreittmayr, a elaborar novas consolidações do direito vigente no território da Bavária. Desincumbindo-se do encargo, são publicados, sucessivamente, um “Código Penal”, em 1752, um “Código de Processo”, em 1753, e um “Código Civil”, em 1756, chamado de *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*. Essas “codificações”, sob um ponto de vista estritamente técnico, representavam um ponto de transição entre as velhas consolidações e os códigos modernos, embora não pudessem ser comparar às posteriores “codificações” prussianas e austríacas, também no espaço cultural germânico. Sobre outros aspectos dessas “codificações”, v. TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976. p. 257/258.

⁴¹ TARELLO, Giovanni. *Cultura giuridica e política del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1988. p. 109.

lugar, as definições gerais, os axiomas e as proposições gerais; II) em segundo lugar, os desenvolvimentos particulares, demonstrados como teoremas”. Um dos legados de tal metodologia foi a elaboração de uma “parte geral” do direito civil, compreendendo as definições gerais e alguns princípios elementares e fundamentais. Influenciado por esta metodologia, Heise publicou, em 1807, seu *Grundriss eines Systems der gemeinen Ziviltrecht zum Beruf Von Pandektenvorlesungen* (Compêndio de um sistema de direito civil comum a serviço das lições das Pandectas), cuja estruturação (com exceção da sexta parte) acabou servindo de modelo para a posterior dogmática civilista alemã, do BGB e dos códigos que nele se abeberaram, inclusive ambos os Códigos Civis brasileiros. Heise dividiu seu compêndio da seguinte forma: 1) parte geral; 2) direito das coisas; 3) obrigações; 4) direito de família; 5) direito das sucessões; 6) *restitutio in integrum*.

Mas foi ao longo do século XIX que o estudo do Direito romano na Alemanha atingiu seu ápice, com uma produção acadêmica sistemática, refinada e aprofundada⁴². Pode-se dizer que essa segunda recepção inicia com a edição do “*System des heutigen römischen Rechts*”, de Friedrich Carl von Savigny, espalhada em oito volumes, que vieram à luz entre 1840 e 1851. Savigny foi o maior nome

⁴² Na verdade, pode-se remontar a 1814 o início dessa nova fase. Naquele ano, Savigny envolveu-se em célebre polêmica com Thibaut, que defendia a elaboração de um Código Civil para a nação germânica, seguindo o modelo do Código napoleônico, à época tido como verdadeiro paradigma de codificação. Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840), nasceu em Hameln, Saxônia, mas descendia de uma família de antiga origem francesa, que havia emigrado para a Alemanha em razão de perseguição religiosa (exatamente o que também havia ocorrido com a família de Savigny). Em 1814, época em que era considerado o maior civilista germânico, publicou um opúsculo (cerca de 30 páginas) denominado “*Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*” (Sobre a necessidade de um direito civil geral para a Alemanha), onde defende a necessidade da nação alemã adotar uma codificação de direito civil, nos moldes da francesa, como forma de racionalizar, sistematizar e modernizar o direito. Em sua visão, um código geral teria o condão de unificar o direito na Alemanha, tal como o *Code Civil* o fizera na França.

No mesmo ano, em resposta ao opúsculo, Frierich Carl Von Savigny (nascido em Frankfurt, em 1779, morrendo em 1861) publicou o célebre “*Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*” (A vocação do nosso tempo para a legislação e a ciência jurídica). Nessa obra (de maior fôlego, ocupando cerca de cem páginas), Savigny critica a ideia da codificação, pois paralisaria a evolução do direito e contrariaria a essência do fenômeno jurídico, que, segundo ele, seria uma “criação primeira dos costumes e das crenças populares, e depois da ciência jurídica, que é sempre obra de forças silenciosas e não do arbítrio de um legislador”. O direito não seria algo universal e imutável, como pregavam os jusnaturalistas, mas sim consistiria numa ordem evolutiva espontânea e descentralizada, refletindo a história de cada povo em particular, acompanhando sua evolução e refletindo sua índole imanente – ou seja, espelhando seu “*Volksgeist*” (espírito do povo). Uma tradução integral, em italiano, de ambas as obras, precedida de interessante introdução sobre a origem da polêmica, seus efeitos e desdobramentos, encontra-se na obra A. F. J. Thibaut – F.C. Savigny – *La polemica sulla codificazione*, organizada por Giuliani Marini (Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992). O trecho da obra de Savigny, acima citado entre aspas, encontra-se à fl. 101.

da denominada Escola Histórica de interpretação, criticando a codificação por acreditar que os Códigos tendiam a ficar obsoletos e o direito não poderia ficar neles cristalizados. Deveria, ao contrário, espelhar o *Volksgeist*, “espírito do povo”⁴³. Segundo tal escola, o direito era fruto de um desenvolvimento espontâneo, paralelamente ao dos costumes e da língua, que se adapta aos dados civilizatórios próprios a cada país⁴⁴.

Em meados do século XIX, a escola histórica alemã dividiu-se em dois grupos, romanistas e germanistas, cada um deles manifestando com grande veemência as suas próprias opiniões. Para os germanistas, o Direito romano era um direito estrangeiro, cuja influência era equiparada a de um vírus que havia infectado o puro Direito germânico e havia impedido seu crescimento. Já os romanistas, guiados por Savigny, procuravam purificar o Direito romano das contaminações dos elementos decadentes não romanos e dele extrair princípios universais contidos nos textos. O objetivo principal de Savigny era o de recuperar o mais fielmente possível os textos de Justiniano, documentando sua passagem pelo período medieval até chegar ao seu tempo, demonstrando o quanto o Direito germânico estava historicamente entranhado de Direito romano. Para tanto, Savigny dedicou uma obra monumental, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter (História do direito romano na Idade Média)*⁴⁵.

O trabalho iniciado com Savigny evoluiu para a formação da Escola Pandectista, que realizou uma elaboração sistemática do material jurídico romano em um nível teórico jamais antes atingido, apto a gerar conceitos abstratos e genéricos que vieram a inspirar, posteriormente, a edição do Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*).

Pode-se dizer que a Escola pandectística acreditava que o Direito fosse uma espécie de matemática jurídica, procurando Savigny demonstrar que era possível recorrer a conceitos científicos derivados das Pandectas para resolver problemas contemporâneos.

⁴³ Na realidade, Savigny extrai de (Gustav) Hugo a noção de “espírito” (*Geist*), o qual, por sua vez, fora buscar sua inspiração em Montesquieu e seu *O espírito das leis*, alterando-lhe o sentido. Hugo introduz na cultura germânica a idéia de “espírito” (*Geist*) no sentido de que os direitos históricos tinham, cada um, um “espírito” próprio e variável no tempo e espaço – é o que nos diz TARELLO, Giovanni. *Cultura giuridica e política del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1988. p. 120.

⁴⁴ DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Les grands systèmes de droit contemporains*. 11. ed. Paris: Dalloz, 2002. p. 45.

⁴⁵ STEIN, Peter G. *Il diritto romano nella storia europea*. Milano: Raffaello Cortina Editore, 1996. p. 145.

Todavia, com os prosseguidores da obra de Savigny (especialmente Georg Friedrich Puchta, que o sucedeu na liderança da Escola e que ficou famoso pela sua metáfora da “pirâmide dos conceitos”⁴⁶), a ciência pandectística torna-se menos histórica e mais racional. Por volta de 1850 já estava claro que, se o Direito romano devia ter alguma relevância na Alemanha contemporânea, era necessário que ele fosse novamente reinventado. Afinal, o espírito dos novos tempos exigia um Direito romano que exprimisse os valores materialistas de uma sociedade crescentemente burguesa⁴⁷.

Os dois maiores romanistas alemães da segunda metade do século XIX foram Rudolf Von Jhering e Bernhard Windscheid (praticamente contemporâneos, nasceu aquele em 1818 e este em 1817, morrendo ambos em 1892).

Windscheid foi o nome maior da pandectística alemã desse período (embora não devam ser desconsideradas as grandes figuras de Brinz [1820-1887], Arndts, Regelsberger [1827-1916] e Dernburg [1829-1907]), tendo se tornado famoso com a publicação, em 1856, de um livro sobre o Direito romano das ações (*Die “actio” des römischen Rechts*). Windscheid expôs suas concepções jurídicas em uma obra monumental, em três volumes, intitulada *Pandektenrecht* (*Direito das Pandectas*), publicada entre os anos de 1862 a 1870. Diante do plano bem organizado da obra, formando um sistema inteligível e de fácil consulta, a obra teve uma enorme influência na ciência jurídica do seu tempo, sendo imensa sua influência sobre o BGB.

A ciência jurídica pregada pelos pandectística era altamente individualista e sem preocupações sociais. Encorajava a liberdade contratual, sem reconhecer minimamente as diferenças de poder contratual; atribuía a máxima proteção à propriedade privada e reduzia ao mínimo a responsabilidade pelos danos causados pelos empresários a outrem, ao realizar suas atividades econômicas. Pode-se afirmar que o princípio basilar da metodologia pandectística é o do

⁴⁶ Segundo tal concepção, o Direito deveria ser compreendido como uma pirâmide onde os conceitos estão escalonados em forma piramidal, dos mais genéricos no topo, aos mais detalhados na base. Dos conceitos mais genéricos situados na parte superior da pirâmide o jurista iria deduzindo, com rigor lógico, os conceitos daqueles derivados. Por exemplo, de um conceito genérico como o ato jurídico, o jurista poderia deduzir as noções mais concretas de contrato, testamento e casamento. Disso decorre que o critério de validação de cada noção jurídica consiste em poder incluir cada proposição jurídica dentro da pirâmide conceitual, de acordo com o princípio da não contradição - é a lição de GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo; VOGEL, Louis. *De droit de l'occident et d'ailleurs*. Paris: LGDJ, 2011. p. 261.

⁴⁷ STEIN, Peter G. Op. cit., p. 146 e 148.

positivismo jurídico dogmático: cada ordenamento jurídico constitui um sistema (de institutos, conceitos, princípios, regras) fechado e completo. As eventuais lacunas das leis não são lacunas do sistema, que possui sempre os meios para colmatá-las: quando o jurista indica a solução para um caso não expressamente previsto, ele está simplesmente explicitando, com um procedimento lógico-formal, a solução – a única solução – adequada para aquele caso, naquele sistema. Sua lógica é a garantia da sua justiça. A única realidade é aquela dos conceitos e das proposições dogmáticas⁴⁸.

Já Jhering foi mais crítico, defendendo que o Direito romano não era fundado sobre princípios morais, mas sim sobre necessidades econômicas. Embora tenha inicialmente sido um romanista de vulto, ele acabou descontente com o raciocínio lógico-abstrato e sem preocupação social que caracterizava a escola histórica e a pandectística, passando a desenvolver uma própria concepção do Direito. Ele rejeitou o postulado da escola histórica, segundo a qual o espírito nacional do povo seria um dos fatores constitutivos do Direito. Em uma de suas obras capitais, o *Espírito do direito romano*, publicada em 1852, ele escreveu:

Não é a vida que existe em razão dos conceitos, mas os conceitos é que existem em razão da vida. Existe não aquilo que é pretendido pela lógica, mas pela vida, pelas relações sociais, pelo sentido de justiça, sendo irrelevante aquilo que é necessário ou impossível segundo a lógica. (*Geist des römischen Rechts*, III.1, Leipzig, 1888. p. 321)⁴⁹

A importância prática do Direito romano no Direito alemão acaba com o início da vigência do BGB, em 1º de janeiro de 1900. Sua importância teórica, porém, pode-se dizer que remanesce, se não na aplicação, ao menos na formação do estilo jurídico alemão e do estilo do jurista alemão, como o peso de um passado de mais de mil anos que não se dissipou em pouco mais de cem e não parece, em futuro próximo, fazer-se dissipar.

1.3 O BGB: ORIGEM E INFLUÊNCIAS

O Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB) é “produto da ciência jurídica pandectista de expressão alemã. As definições, cuidadosamente

⁴⁸ Segundo a síntese de CANNATA, Carlo Augusto. *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*. II – Dal medioevo all’epoca contemporanea. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1976. p. 159/160.

⁴⁹ Uma síntese da obra e influência de Jhering e de Windscheid encontra-se em STEIN, Peter G. *Il diritto romano nella storia europea*. Milano: Raffaello Cortina Editore, 1996. p. 149/151.

reduzidas em sistemas e auxiliadas por um aparato linguístico elaborado [...]. Nada é deixado à improvisação”⁵⁰. A elaboração do Código Civil – prevista desde a unificação alemã, em 1871, com a fundação do Império (Reich) –, durou mais de vinte anos. Um primeiro projeto, elaborado por uma comissão integrada, além de outros, por dois renomados juristas – Bernard Windscheid e Gottlieb Planck –, foi finalizado em 1887 e enviado às universidades, cortes e altos funcionários do Estado, a fim de receber críticas e sugestões. As críticas, relacionadas ao excessivo viés doutrinário, à incompreensão da linguagem e à complexidade da técnica, fizeram com que fosse nomeada uma nova Comissão, em 1890, cujo trabalho cingiu-se, em grande parte, a uma revisão de linguagem. Foi esse o projeto aprovado em 1896 pelo *Reichstag*⁵¹.

Além da ciência pandectística que lhe serviu de base, percebe-se, no BGB, pequenas concessões feitas também à germanística (no sentido de nele incorporar traços do Direito germânico puro) e à ala socialista do Parlamento, que solicitava o uso de uma linguagem mais popular e de noções menos rígidas, as quais se fizeram presentes nas “cláusulas gerais” (*Generalklauseln*), tais como a “boa-fé” e os “bons costumes”⁵².

Michel Fromont refere que, em termos de “técnicas de redação”, o BGB apresenta, como “plano”, uma parte geral (composta por três seções principais: pessoas, bens e atos jurídicos) e uma parte especial (composta por quatro seções: obrigações, bens, família e sucessões) e, como “estilo”, uma linguagem abstrata (com terminologia rigorosa e frases precisas, próprias dos estudiosos), além de uma formulação detalhada. Já em termos de “princípios fundamentais”, vê-se um consensualismo moderado (onde a autonomia da vontade, atenuado pela segurança jurídica e pelas cláusulas gerais, é adotada implicitamente) e uma separação entre direitos das obrigações e dos bens⁵³.

Segundo Foster e Sule, os dois maiores eixos estruturantes do BGB são o princípio da liberdade contratual (*Vertragsfreiheit*) e o princípio da abstração (*Abstraktionsprinzip*)⁵⁴. Outras características próprias daquele diploma legal seria

⁵⁰ SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Trad. Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 286-7.

⁵¹ Monateri, op. cit., p. 110-1.

⁵² Sacco, op. cit., p. 287.

⁵³ Fromont, op. cit., p. 26-7.

⁵⁴ FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2003. p. 366.

o aprofundamento legislativo da distinção entre posse (*Besitz*) e propriedade (*Eigentum*) e entre dois diferentes negócios jurídicos – o negócio obrigacional (*Verpflichtungsgeschäfte*) e o negócio real (*Verfügungsgeschäfte*), este ligado ao princípio da abstração⁵⁵.

Além das várias alterações normativas ocorridas no direito privado alemão ao longo de todo o século XX (como a *AGB-Gesetz* de 1976 e a *Reisevertragsgesetz* de 1979), a maior reforma que ele sofreu entrou em vigor em 1º de janeiro de 2002, alterando substancialmente o direito obrigacional germânico, incorporando parte das inovações introduzidas pela legislação complementar, parte das diretivas do direito comum europeu e também determinadas soluções jurisprudenciais.

Pode-se dizer que a grande influência que o BGB exerceu nas codificações modernas, sem descurar de questões pontuais, foi a criação de uma “parte geral”⁵⁶. Entre outros Códigos, viu-se sua influência nos Códigos da Suíça (1907), da Grécia (1946), de Portugal (de 1966, pois o de 1867 foi inspirado no francês) e do Brasil (em ambos os Códigos, tanto o de 1916 como o de 2012). Também influenciou substancialmente a cultura jurídica austríaca, húngara, turca, mexicana, peruana e italiana⁵⁷. Os trabalhos preparatórios do BGB também influenciaram amplamente a estrutura e o conteúdo do Código Civil japonês de 1898 (embora os livros relativos ao direito de família e ao de sucessões tenham sido redigidos com base nas concepções do direito costumeiro japonês)⁵⁸.

Do Código Civil alemão costuma-se dizer que é “uma máquina calculadora jurídica por excelência”, tamanho é seu grau de precisão e cuidado sistemático. As expressões são usadas ao longo de todo o texto com o mesmo sentido. Evita-se a reiteração de noções, substituindo-as por abundantes remissões a outros dispositivos legais. A linguagem é estritamente técnica e o estilo é sóbrio. Trata-se de um monumento jurídico de difícil compreensão para o leigo e até mesmo para juristas estrangeiros. Todavia, os olhos treinados do técnico não podem deixar de elogiar sua precisão.

⁵⁵ Idem, p. 371 a 374.

⁵⁶ David, op. cit., p. 75-6; Gallo, op. cit., p. 172-3; Monateri, op. cit., p. 114.

⁵⁷ Segundo FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2003. p. 27.

⁵⁸ Sobre as fontes de inspiração para a elaboração do Código Civil japonês, veja-se ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduzione al Diritto Comparato*. Principi fondamentali. Trad. Barbara Pozzo. Milano: Giuffrè Editore, v. I, 1992. p. 369/370.

2 A FORMA MENTIS DO JURISTA ALEMÃO

Por *forma mentis*, na aludida visão de Zweigert e Kötz, entende-se a peculiar forma pela qual o jurista analisa o mundo jurídico – abordando-o de forma mais sistemática ou mais tópica, usando um raciocínio mais dedutivo ou mais indutivo, partindo mais da lei, da jurisprudência, dos costumes ou da revelação, dando maior ou menor valor para a doutrina, etc.

Trata-se de uma característica muito profunda de uma determinada cultura jurídica, de difícil e lenta alteração.

Começaremos com uma análise do modelo de raciocínio do jurista alemão e, na sequência, analisaremos a formação acadêmica desse jurista.

2.1 O MODELO DE RACIOCÍNIO DO JURISTA

Entender o modelo de raciocínio do jurista alemão, sua forma de pensar, só é possível pintando-se um quadro mais geral, recordando que este jurista foi historicamente muito influenciado pela recepção tardia e profunda do Direito romano, como referido anteriormente.

Na ausência de um Estado alemão forte e centralizado, o motor jurídico da Alemanha não foi a legislação. Tampouco foi a jurisdição, diante da inexistência de uma Corte de justiça suprema respeitada e com jurisdição sobre todo o território nacional. Diante de tal quadro, o motor do desenvolvimento jurídico passou a ser a academia e seus professores, debruçados sobre o legado jurídico justinianeu.

O jurista alemão inseriu-se, assim, desde cedo, na visão racionalista a que alude Cláudio Michelson Jr.:

O problema inicial do jurista moderno será: que tipo de conhecimento é o conhecimento do direito? Dentro do paradigma epistemológico moderno só existem duas respostas possíveis a esse problema, que podemos chamar, *grosso modo*, de resposta racionalista e resposta empirista. Cada uma dessas respostas corresponde a uma determinada tese sobre o que é o direito. O Direito pode ser um conjunto de regras deduzidas pela razão humana a partir de um princípio (ou um fato) em si

evidente ou pode ser simplesmente um conjunto de fatos empíricos.⁵⁹

A opção alemã, nesse contexto, foi – e ainda é – claramente racionalista. O modelo de raciocínio alemão é, portanto, altamente lógico e abstrato.

Seu método de operar com o Direito, ensinam Vincenzo Varano e Vittoria Barsotti, possui inspiração na matemática e nas ciências exatas, e caracteriza-se como conceitual (busca de enquadramento das hipóteses em categorias objeto da definição), dogmático (uma vez definidos, os conceitos não comportam exceção) e sistemático (convivem diversas definições de diversos juristas, mas prevalece aquela que melhor se harmoniza com o resto do sistema, em homenagem ao princípio da coerência)⁶⁰.

De acordo com John Bell, seriam os seguintes aspectos a caracterizar a cultura judiciária alemã: uma comum formação jurídica com todos os demais operadores jurídicos; um enorme comprometimento com os valores constitucionais; uma grande independência judicial e a subordinação à lei.

Do ponto de vista de um dos operadores do Direito, o juiz, acrescenta Bell que as regras para nomeação, promoção e demais condições de serviço são semelhantes àquelas que vigoram para o serviço público em geral, sendo que muitas das regras são as mesmas. A tradicional forma de decisão colegiada, com a vedação da expressão de votos vencidos ou concorrentes, representa uma espécie de atuação impessoal, o que enfatiza a importância da lei, vista como autoridade racional e imparcial, mais do que a personalidade do juiz⁶¹.

2.2 A FORMAÇÃO ACADÊMICA DO JURISTA

A formação acadêmica do jurista alemão apresenta algumas peculiaridades que a tornam bastante distinta da formação acadêmica brasileira⁶².

⁵⁹ MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. *Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 53-54.

⁶⁰ VARANO, Vincenzo; BARSOTTI, Vittoria. *La tradizione giuridica occidentale*. Texto e materiali per un confronto civil law common law. Torino: Giappichelli, v. I, 2002. p. 136-7.

⁶¹ BELL, John. *Judiciaries within Europe – A Comparative Review*. New York: Cambridge University Press, 2007. p. 169 e 172.

⁶² As informações que se seguem sobre a formação do jurista alemão, quando não há citação específica sobre elas, são uma síntese realizada a partir dos seguintes textos: Gallo, op. cit., p. 194-5; Monateri, op. cit., p. 117-8.

O estudante de Direito passa por uma “graduação” (*Jurastudium*) com duração formal de aproximadamente quatro anos, durante os quais cursa disciplinas de diferentes ramos do Direito. As maiores peculiaridades dizem respeito aos exames que o graduado em Direito enfrenta após essa formação inicial. São dois os exames, chamados *Ersten Juritischen Staatsprüfung* (ou, simplesmente, *Erstes Staatsexamen*, isso é, “primeiro exame estatal”) e *Zweiten Juritischen Staatsprüfung* (ou, simplesmente, *Zweites Staatsexamen*, isso é, “segundo exame estatal”).

O *Erstes Staatsexamen* ocorre após o estudante cursar, com aprovação, um número mínimo de disciplinas do curso. O conteúdo e a estrutura desse exame variam de acordo com o Estado⁶³. A aprovação no “primeiro exame estatal” não concede ao estudante qualquer título, mas o habilita a um período de estágio (*Referendariat*) de dois anos, durante o qual ele se exercitará em diferentes ramos e carreiras jurídicas. Nesse período, o estagiário (*Referendar*) recebe uma remuneração do Estado.

Terminado esse período, o *Referendar* habilita-se à realização do *Zweites Staatsexamen*. Como ele também é estatal, pode haver uma variação no conteúdo e na estrutura desses exames⁶⁴. O aluno reprovado no exame pode tentar superá-lo apenas mais uma única vez.

A reprovação pela segunda vez acarreta a drástica consequência de que o aluno, ainda que tenha concluído todas as disciplinas e tenha passado no primeiro exame, não pode habilitar-se para o exercício de qualquer profissão jurídica.

Uma vez habilitado no exame, o candidato recebe o título de *Rechtsassessor* e pode se candidatar ao exercício da advocacia, da magistratura, atividade notarial, além de outras profissões públicas, sendo a nota do exame o critério de escolha para essas profissões, que não possuem concursos próprios. Vago

⁶³ Na Bavária, por exemplo, 75% da nota do exame é composta pela média dos resultados de seis provas escritas de disciplinas diferentes, voltadas a resolução de casos, sendo uma prova aplicada por dia, em dias de semana consecutivos, com um máximo de cinco horas de resolução para cada prova. O 25% restante é composto de um trabalho de “especialização”, que compreende um trabalho escrito do aluno em um tema de sua escolha e a apresentação desse trabalho, oralmente, na forma de seminário. Fonte: Dominik Manuel Bouza Costa, em 12.09.2012 (informação oral, durante seminário na FADIR/PUC/RS).

⁶⁴ No Estado da Bavária – considerado um dos mais difíceis –, o exame é composto por onze provas escritas de disciplinas diferentes, voltadas a resolução de casos, sendo uma prova aplicada por dia, em dias de semana consecutivos, com um máximo de cinco horas de resolução para cada prova.

um cargo, portanto, este será preenchido pelo *Rechtsassessor* que tenha obtido a maior nota no “segundo exame estatal” entre aqueles que postularem a vaga.

O rigorismo exigido em todas essas fases e a enorme dificuldade de superar os dois exames faz com que um aluno médio, do início ao final do curso, leve no mínimo oito anos até estar formalmente apto para o exercício de uma profissão jurídica.

Por outro lado, notas altas no segundo exame garantem àquele que as obteve a possibilidade de uma quase livre escolha em qualquer carreira jurídica que optar, além do que tende a ser assediado por grandes escritórios de advocacia. O maior grau possível de se obter (“muito bom”) é bastante raro. No ano de 2010, por exemplo, apenas 3 candidatos, dos mais de 10 mil que prestaram o exame em toda a Alemanha, obtiveram essa graduação.

Resultado desse peculiar sistema de formação acadêmica do jurista alemão é que “a Alemanha conhece o jurista unitário que está qualificado para todas as carreiras jurídicas. [...] Na Alemanha, o juiz é mais um servidor público especial (com mais independência e melhor remuneração) e o cargo mais prestigioso é o de professor universitário”⁶⁵.

Comparando o judiciário alemão com outros judiciários europeus, o comparatista John Bell, Professor em Cambridge, assim se manifestou sobre a relação entre juízes e professores alemães:

Tradicionalmente o professor tem sido o mais influente membro da comunidade jurídica. Antes da codificação, o parecer de um professor era frequentemente solicitado para a resolução de litígios. O professor frequentemente atuava também como juiz *part-time*. Quando de reformas legislativas, professores eram

⁶⁵ ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao direito civil alemão e inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 34. Acrescenta a ilustre professora, que “alcançando uma cátedra pela primeira vez, o jovem professor tem posição vitalícia, independência e renda bem razoável. [...] se o professor for bom, terá possibilidades múltiplas de melhorar sua posição. Receberá chamadas de outras faculdades que lhe abrem o caminho de negociação (com a nova faculdade) ou renegociação (com a própria faculdade) da sua posição, abrangendo remuneração, assistentes, secretária, bolsas, salas e orçamentos próprios para livros” (op. cit., p. 36). Sobre a figura do juiz, refere que “quem tirou nota boa nos exames estatais pode diretamente candidatar-se para uma vaga no judiciário. A nomeação dos juízes é feita pelo governo, mas participam na escolha dos candidatos o próprio judiciário, representado pelos presidentes respectivos e uma comissão – *Richterwahlausschuss* – à qual pertencem juízes e parlamentares. É raro que um advogado torne-se juiz; se ele for realmente muito bom, ganha muito bem e não terá interesse em ser juiz; se ele não for bom, o Estado não terá interesse nele” (op. loc. cit.).

chamados para integrar comissões elaboradoras de uma nova legislação. Na realidade, isso ainda hoje acontece. A reforma do Código Civil em 2000 foi liderada por professores, e não por juízes. Os juízes alemães são altamente influenciados por trabalhos acadêmicos e pela dogmática jurídica. [...] O espírito acadêmico permeia as decisões de todos os níveis jurisdicionais. Isso mostra quão verdadeiramente a cultura jurídica alemã é uma cultura de técnicos (*expert culture*). Os julgamentos alemães, ainda que mais longos do que os franceses, exigem comentários e sistematização, e essa é a função do doutrinador.⁶⁶

3 INSTITUTOS JURÍDICOS ALEMÃES AUTÓCTONES OU CARACTERÍSTICOS

A ciência jurídica alemã, como decorrência natural daquelas características do modelo de raciocínio antes referidas (conceitualismo, dogmaticidade e sistematicidade), produziu diversos institutos jurídicos autóctones, em diversas áreas do conhecimento jurídico (Teoria Geral do Direito, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Penal, entre outras), muitos dos quais legaram ao resto do mundo

Zweigert e Kötz, por exemplo, citam os seguintes institutos: cláusula geral, negócio jurídico, contratos reais, responsabilidade por culpa *in contrahendo*, quebra da base contratual, enriquecimento sem causa e registro fundiário⁶⁷. Poderíamos acrescentar categorias, institutos ou temas *made in Germany*: a ideia de uma parte geral no Código Civil, a boa-fé objetiva, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares (*Drittwirkung der Grundrechte*), interpretação conforme a Constituição.

Poder-se-ia citar como tipicamente alemães, também, algumas contribuições à teoria geral do Direito, como aquelas referentes à noção de “suporte fático” (*Tatbestand*), de validade das normas e da natureza jurídica de diversos institutos, entre os quais o de direito subjetivo e o de posse.

⁶⁶ BELL, John. *Judiciaries within Europe - A Comparative Review*. New York: Cambridge University Press, 2007. p. 149.

⁶⁷ Zweigert e Kötz, op. cit., p. 89.

4 ESTRUTURA POLÍTICO-JURÍDICA DO ESTADO ALEMÃO E AS FONTES DO DIREITO

Antes de analisarmos as fontes do Direito propriamente ditas, vamos primeiramente contextualizar tal tema dentro da estrutura do Estado alemão contemporâneo, destacando aspectos da organização judiciária.

É o que passamos a fazer de imediato.

4.1 O ESTADO ALEMÃO E A ORGANIZAÇÃO DOS PODERES

O sistema político alemão é definido pela Lei Fundamental (*Grundgesetz* – GG), de 1949, documento que possui *status* constitucional, ainda que não seja formalmente uma Constituição (*Verfassung*). A Lei Fundamental, composta de um preâmbulo e quatorze títulos⁶⁸, foi elaborada quando a Alemanha já estava dividida, prevendo-se que uma verdadeira Constituição fosse promulgada após a reunificação. Todavia, mesmo após a reunificação, em 1990, a Lei Fundamental permanece em vigor até hoje, com apenas algumas emendas, valendo como verdadeira Constituição.

A República Federal da Alemanha, nos termos da Lei Fundamental, é um “Estado federal, democrático e social” (art. 20, § 1º). Segundo Michel Fromont, a Federação caracterizar-se-ia pela atribuição da quase totalidade do Poder Legislativo à Federação e pela atribuição da quase-totalidade das competências administrativas aos Estados federados (*Länder*)⁶⁹. Trata-se, parece-nos, de uma verdade parcial. Em comparação com o nosso sistema, vê-se que a competência

⁶⁸ Os títulos são os seguintes: I – Os direitos fundamentais (*Die Grundrechte*); II – A Federação e os Estados (*Der Bund und die Länder*); III – O Parlamento Federal (*Der Bundestag*); IV – O Conselho Federal (*Der Bundesrat*); IV-a) Comissão Conjunta (*Gemeinsamer Ausschuss*); V – O Presidente Federal (*Der Bundespräsident*); VI – O Governo Federal (*Die Bundesregierung*); VII – A Legislação da Federação (*Die Gesetzgebung des Bundes*); VIII – A execução das leis federais e a administração federal (*Die Ausführung der Bundesgesetze und die Bundesverwaltung*); VIII-a) Tarefas comuns, cooperação administrativa (*Gemeinschaftsaufgaben, Verwaltungszusammenarbeit*); IX – O Poder Judiciário (*Die Rechtsprechung*); X – O sistema financeiro (*Das Finanzwesen*); X-a) Estado de defesa (*Verteidigungsfall*); XI – Disposições transitórias e finais (*Übergangs-und Schlussbestimmungen*). Para o presente trabalho, utilizamos a Lei Fundamental em sua versão original (Alemanha. *Grundgesetz* (23-05-1949). *Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Bonn am Rhein: Deutscher Bundestag, jul. 2010. Disponível em: <<http://www.bundestag.de/bundestag/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/index.html>>. Acesso em: 13 out. 2012) e em uma versão traduzida (Alemanha. Lei Fundamental (23.05.1949). Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Bonn am Rhein: Bundestag, jan. 2011. Traduzida por Assis Mendonça. Revisão da tradução por Urbano Carvelli. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/Vertretung/brasilien/pt/01_Willkommen/Constituicao_Hino_Bandeira/Constituicao_Seite.html>. Acesso em: 13 out. 2012).

⁶⁹ Fromont, op. cit., p. 16.

concorrente entre União e Estados⁷⁰ não é diminuta, podendo o Estado legislar, por exemplo, em matéria de direito civil, do trabalho, penal e, mesmo, sobre responsabilidade do Estado⁷¹. Porém, como o “direito federal tem prioridade sobre o direito estadual” (art. 31 da GG), e como o exercício da competência dos Estados é limitado pelo da Federação (art. 72, § 1º, da GG), na prática, a Federação acaba exercendo um domínio muito grande sobre o direito legislado.

Organizada na forma de uma democracia parlamentar, seus cidadãos elegem, por meio de voto “universal, direto, livre, igual e secreto” (art. 38, § 1º, da GG), um Parlamento Federal (*Bundestag*) a cada quatro anos e os Parlamentos Regionais (*Landtag*) a cada quatro ou cinco anos. Os Estados participam da legislação e da administração da Federação por meio do Conselho Federal (*Bundesrat*), composto por membros do governo dos Estados – entre três e seis, de acordo com o número de habitantes (arts. 50 e 51 da GG). Há, ainda, a previsão de uma Comissão Conjunta (*Gemeinsamer Ausschuss*), composta por deputados do Parlamento (dois terços de sua composição) e por membros do Conselho Federal (o terço restante), e de uma Assembleia Federal (*Bundesversammlung*), responsável pela eleição do Presidente da República (*Bundespräsident*) para exercício de um mandato de cinco anos (arts. 53 e 54 da GG). O Presidente da República possui função representativa de Chefe de Estado. Cabe ao Parlamento Federal a eleição do Chanceler Federal (*Bundeskanzler*), o qual, conforme o art. 65 da GG, “determina as diretrizes da política e assume a responsabilidade por elas” e conduz os “assuntos governamentais”, exercendo, portanto, função típica de Chefe de Governo, cessando o seu mandato com a constituição de novo Parlamento Federal.

O Poder Judiciário alemão, um dos três poderes constitucionais, é composto pelo Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht* – BverG), por Tribunais Federais e Estaduais (art. 92 da GG). Esse poder é confiado a juízes, os quais, segundo a Lei dos Juízes Alemães, podem ser vitalícios (*Richter auf Lebenszeit*), por prazo determinado (*auf Zeit*), em estágio probatório (*auf Probe*) e magistrados instrutores (*kraft Auftrags*)⁷².

⁷⁰ Não há previsão de competência exclusiva de legislação aos Estados, tendo-se apenas uma listagem de competências exclusivas da Federação (art. 73, § 1º, da GG) e de competências concorrentes entre União e Estados (art. 74, § 1º, da GG).

⁷¹ Esta última competência deve ser exercitada com aprovação do Conselho Federal (art. 74, § 2º, da GG).

⁷² CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Direito processual civil alemão. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Org.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010. p. 16.

Traço peculiar do sistema alemão é a forma de recrutamento dos juízes. Não há concurso, nem eleição. Como visto, após completar o curso de Direito, os alunos que atingiram as melhores notas podem submeter seus nomes para uma nomeação para a carreira de juiz estadual. De acordo com o art. 98 da Constituição alemã, o Secretário (lá chamado de Ministro) da Justiça de cada Estado (*Land*), ou, então, conforme a legislação estadual prever, uma Comissão Especial, composta por juízes, advogados e parlamentares, fará a nomeação. Após um breve estágio na Academia Judicial, sediada em Trier, o magistrado assumirá suas funções. Para a nomeação a cargos nas Cortes federais (que constituem a terceira instância do sistema judiciário), a nomeação é feita pelo Ministro Federal da Justiça, mediante prévio parecer de uma Comissão composta metade por membros indicados pelo *Bundestag* e a outra metade de representantes de juízes e advogados⁷³.

A jurisdição, conforme o art. 95 da GG, é dividida em cinco eixos: **Jurisdição Comum** (*ordenlichen Gerichtsbarkeit*), que compreende as justiças civil e penal; **Jurisdição Administrativa** (*Verwaltungs-gerichtsbarkeit*); **Jurisdição Financeira** (*Finanz-gerichtsbarkeit*); **Jurisdição do Trabalho** (*Arbeits-gerichtsbarkeit*); e **Jurisdição da Previdência Social** (*Sozialgerichtsbarkeit*).

Como regra, os ramos jurisdicionais são compostos por três graus de jurisdição, dos quais os dois primeiros, inclusive a instância de apelação (*Berufungsinstanz*), são estaduais e apenas o terceiro grau de jurisdição (*Revisionsinstanz*) é federal⁷⁴. Fogem à regra a Jurisdição Comum, que possui duas instâncias de apelação, e a Jurisdição Financeira, que possui apenas a instância revisora. Apenas os juízos locais (*Amtsgerichte*) decidem monocraticamente – o que, historicamente, era uma exceção, mas passou a ser a regra geral desde a reforma de 2002 –, os demais decidindo em órgãos colegiados, na maioria das vezes com três membros⁷⁵.

De uma forma mais articulada, a **Jurisdição Comum** possui, na primeira instância, duas Cortes de justiça – os *Amtsgericht* (existem cerca de 700 desses juizados espalhados pela Alemanha. São integrados por juízes que julgam monocraticamente questões cíveis de até 5.000 euros, e questões penais

⁷³ CHIMENTI, Carlo. *Noi e gli altri* – Compendio di diritto Costituzionale italiano e di elementi comparativi. Sintesi de ordinamenti stranieri. Parte I – Gran Bretagna, Stati Uniti, Germania. 2. ed. Torino: Giappichelli, v. II, 2001. p. 114.

⁷⁴ Com a reforma do Código de Processo Civil de 2001/2002, as cortes de revisão passaram a desempenhar papel similar às cortes de cassação.

⁷⁵ Corrêa, op. cit., p. 17.

menos graves, sendo que de algumas dessas decisões não cabe recurso) e os *Landgericht* (são em número de 120 e possuem competência residual – são competentes para as causas comuns que não sejam da competência privativa dos *Amtsgericht*. Historicamente julgavam de forma colegiada – três juízes –, mas recentemente várias leis previram a possibilidade de, em casos variados, apenas um juiz apreciar o caso. Além de sua competência de primeiro grau, os *Landgericht* também julgam recursos de decisões oriundas dos *Amtsgericht*). Das decisões dos *Landgericht*, quando atuam em primeiro grau de jurisdição, cabe apelação (*Berufung*) para a *Oberlandesgericht*, uma espécie de Tribunal de Justiça – existe um em cada Estado-membro. Em determinados casos, cabe recurso das decisões dos *Oberlandesgericht* para o *Bundesgerichtshof* (BGH – órgão de cúpula da justiça comum ou ordinária, equivalente, grosso modo, ao nosso Superior Tribunal de Justiça), sediado em Karlsruhe. Esse Tribunal só examina casos em que haja um princípio jurídico envolvido ou se a decisão do *Oberlandesgericht* difere de uma prévia decisão do *Bundesgerichtshof*. Trata-se de um grande Tribunal, dividido em 12 câmaras (*senaten*) com competência civil em geral e 8 com competência especializada, inclusive penal.

Na jurisdição administrativa, tudo começa com uma “reclamação” (*Widerspruchsverfahren*) a um comitê, que abre ao ente público a oportunidade de resolver a questão. Não havendo solução satisfatória, a primeira instância administrativa é composta por cerca de 50 *Verwaltungsgericht*, compostos normalmente por três juízes togados, assistidos por dois juízes leigos. Das decisões dessas Cortes cabe apelação (*Berufung*) para um dos 16 *Oberverwaltungsgericht* ou *Verwaltungsgerichtshof*, localizados um em cada Estado-membro. Esse “Tribunal de justiça administrativo” é dividido em câmaras integradas por 3 juízes (embora alguns Estados prevejam a participação também de 2 juízes leigos por Câmara). E o último grau de jurisdição administrativa reside no *Bundesverwaltungsgericht*, com sede em Leipzig. As turmas, aqui, são compostas por 5 magistrados.

Na área laboral, o primeiro grau de jurisdição é formado pelo *Arbeitsgericht*, presidido por um juiz togado assistido por dois juízes leigos, indicados pelos sindicatos trabalhistas e patronais. Existem cerca de 120 desses Tribunais. De suas decisões pode-se apelar para a *Landesarbeitsgericht* do Estado-membro, que se divide em câmaras compostas por um juiz togado, assistido por 2 ou 4 juízes leigos (dependendo da matéria em discussão). E o último grau de jurisdição trabalhista é exercido pelo *Bundesarbeitsgericht*, sediado em Erfurt.

Também aqui as câmaras são mistas, atuando três juízes togados assistidos por dois juízes leigos.

Em matéria de benefícios previdenciários, a jurisdição social inicia com o juizado social – *Sozialgericht* –, em número de setenta, em que um juiz togado é assistido por dois juízes leigos (indicados um pelos previdenciários e outro pelos órgãos estatais de previdência social). De suas decisões cabe recurso para a *Landessozialgericht*, dividida em câmaras onde atuam três juízes togados, assistidos por dois juízes leigos. O último grau de jurisdição social é o *Bundessozialgericht*, com sede em Kassel. Possui 12 “divisões”, integradas por três juízes togados, assistidos por dois leigos⁷⁶.

Já a *Finanz-gerichtsbarkeit* (Jurisdição Financeira) é competente para resolver conflitos surgidos em relação a tributos em geral. É a única jurisdição que possui apenas dois graus de jurisdição: os Tribunais de finanças estaduais (*Finanzgerichte*) e a Corte Federal de Finanças (*Bundesfinanzhof* – *BFH*), sediada em Munique. Os Tribunais financeiros são divididos em câmaras julgadoras, compostas por três juízes profissionais e por dois juízes leigos. Já a Corte Federal de Finanças é composta por 11 câmaras, integradas por cinco juízes profissionais. Ela é competente para rever, mediante recurso, as decisões dos Tribunais estaduais (somente quanto a questões de direito), quando estiver envolvida a legislação federal e em casos excepcionais, questões de direito estadual⁷⁷.

Em matéria constitucional, todas essas instâncias estão subordinadas ao Tribunal Constitucional Federal. Considera-se que o *status* do Tribunal Constitucional é idêntico aos das mais altas instituições dos demais Poderes – isso é, do Parlamento Federal, do Conselho Federal, da Presidência da República e do Governo Federal –, sendo composto por 16 juízes, com mandato não renovável de 12 anos⁷⁸, os quais dividem-se em duas Turmas (*Senats*). Seus membros são eleitos, em partes iguais, pelo Parlamento Federal e pelo Conselho Federal, não precisando ser juízes de carreira, porém não podendo ter vinculação político-partidária (art. 94, § 1º, da GG). O Tribunal exerce grande influência não apenas no cenário jurídico, mas também no político, sendo costume do Poder Legislativo orientar-se por sua jurisprudência e acatar suas decisões sobre inconstitucionalidade das leis.

⁷⁶ As informações sobre a estrutura da justiça alemã foram extraídas da obra de YOUNGS, Raymond. *English, French & German Comparative Law*. 2. ed. New York: Routledge-Cavendish, 2007. p. 91 a 109.

⁷⁷ Segundo CARPANO, Eric; MAZUYER, Emmanuelle. *Les grands systèmes juridiques étrangers*. Paris: Gualino Éditeur, 2009. p. 57.

⁷⁸ *Idem*, p. 18-9.

É digno de nota que “a Alemanha detém o primeiro lugar, em termos absolutos e em termos relativos, na quantidade de juízes profissionais e na proporção de juízes para cada cidadão [...] o que representa um juiz para cerca de 4.000 cidadãos”⁷⁹.

O controle de constitucionalidade das leis na Alemanha, desde a promulgação da Lei Fundamental, em 23 de maio de 1949, dá-se de modo concentrado, exercido *a posteriori* pelo Poder Judiciário. Em seu art. 100, a Lei Fundamental dispõe sobre este controle, prescrevendo que cabe ao juízo, ao entender inconstitucional uma lei de cuja validade dependa sua decisão, suspender o processo e submeter a controvérsia constitucional ao Tribunal Estadual competente, no caso de violação da Constituição de um Estado, e ao Tribunal Constitucional Federal, no caso da violação da Lei Fundamental (por legislação federal ou estadual) ou também nos casos de incompatibilidade entre lei federal e lei estadual.

É de se notar que nem sempre há necessidade da parte se fazer representar em juízo por advogado legalmente constituído. Tal não é necessário nas seguintes instâncias: nos litígios que tramitem junto ao *Amtsgericht* (salvo os casos envolvendo divórcio e menores); nas primeiras duas instâncias da justiça do trabalho (*Arbeitsgericht* e *Landesarbeitsgericht*, embora nessa última seja necessária assistência de, no mínimo, do sindicato); junto ao *Finanzgerichte* (primeira instância da justiça financeira; junto ao *Bundesfinanzhof* exige-se a assistência de, no mínimo, um consultor financeiro, que não precisa ser advogado); nas duas instâncias iniciais da justiça administrativa (*Verwaltungsgericht* e *Oberverwaltungsgericht*. Somente perante o último grau da jurisdição administrativa, o *Bundesverwaltungsgericht*, é que se exige a assistência ou de um advogado, ou de um professor universitário – VwGO § 67). Por último, em nenhuma das instâncias da justiça social (previdenciária) é necessária a representação por advogado⁸⁰.

4.2 AS FONTES DO DIREITO ALEMÃO

A Lei Fundamental está no topo da hierarquia nas fontes de Direito alemãs, seguindo-se a ela a lei ordinária, e, após, o costume.

⁷⁹ CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Direito processual civil alemão. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Org.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010. p. 19.

⁸⁰ Segundo informação colhida na excelente obra de FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2003. p. 110/111.

A consideração da jurisprudência como fonte de direito passou por uma evolução. Primeiro, não se a considerava fonte imediata. Depois, passou a valer como precedente persuasivo, quando uniformizada. Por fim, ganhou força de “costume jurisprudencial”. A jurisprudência, de qualquer sorte, sempre exerceu um importante papel na interpretação e integração dos conceitos indeterminados presentes nas leis, especialmente no BGB. Qualquer que seja a discussão sobre sua caracterização como verdadeira fonte do Direito, não há dúvida que a jurisprudência, na Alemanha de hoje, como em qualquer outro país ocidental, exerce um papel relevantíssimo, especialmente com relação às decisões das Cortes superiores, que naturalmente exercem um papel de guia para os operadores jurídicos, operadores econômicos e agentes estatais⁸¹.

Quanto à doutrina, a dúvida que paira sobre sua qualidade de fonte no Direito alemão existe apenas como parte de uma dúvida em geral sobre a possibilidade de se considerar a doutrina como fonte de Direito⁸². Não há – nem nunca poderá haver – dúvidas acerca da importância da doutrina no Direito alemão, uma vez que essa, chamada “Direito científico” por Savigny, construiu as próprias bases deste Direito, principalmente por meio da pandectística.

Além de sua importância histórica, a doutrina exerce, ainda, um importante papel no cenário jurídico atual, relacionando-se fortemente com a jurisprudência, tanto em razão de os julgados a conhecerem e a citarem, como em razão de os julgados serem comumente comentados pelos doutrinadores⁸³, na forma conhecida como *Kommentar*⁸⁴. Não é à toa que se costuma dizer que o Direito alemão é um direito dos professores – *Professorenrecht*.

⁸¹ Explicando porque observar a jurisprudência consolidada é um dever, Zippelius refere que “interpretações e preenchimento de lacunas, uma vez escolhidos pelas cortes, atingem um determinado caráter obrigatório; e isso em razão dos princípios do *igual tratamento* (isonomia) e *certeza legal*. [...] Uma vez que uma interpretação ou preenchimento de lacuna foi escolhido, e é justificado dentro das latitudes permitidas hermeneuticamente, ele não pode ser abandonado sem uma boa razão. [...] É importante salientar que o afastamento de uma decisão anterior exige justificação” (ZIPPELIUS, Reinhold. *Introduction to German Legal Methods*. Durham, NC: Carolina Academic Press, 2008. p. 110/111).

⁸² Sobre o tema da doutrina como fonte de direito, vide: REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 176.

⁸³ Como afirma Pier Monateri: “*Dottrina e giurisprudenza in Germania riescono a vivere in simbiosi; se la prima divulga i risultati dela seconda sai nelle opere letteraria che nell’insegnamento, i giudici tedeschi citano la dottrina nelle loro sentenze, indicando quanto meno un sentimento di necessità di riferimento dela decisione al quadro di pensiero elaborato dalla dottrina*” (Monateri, op. cit., p. 117).

⁸⁴ O primeiro *Kommentar* (Comentários) a ser lançado foi o de Staudinger. Julius Von Staudinger era Presidente de Seção da Corte de Apelações de Munique. Em 1898, dois anos após a publicação do BGB e dois anos antes de sua entrada em vigor (1.1.1900), iniciou a publicação de seus célebres comentários,

Na síntese de R. Legeais⁸⁵, por ocasião de qualquer debate jurídico faz-se constante referência aos autores acadêmicos, cujas opiniões são também frequentemente citadas em decisões judiciais. Se a doutrina não é propriamente uma fonte do direito, certamente é uma relevante autoridade, uma vez que a doutrina contribui para a síntese jurídica, faz críticas, denuncia lacunas e fornece subsídios para a elaboração legislativa.

Na observação de outros juristas,

a rica (e por vezes hermética) doutrina alemã é, sem dúvida mais do que em qualquer outro sistema romanista, uma autoridade que serve de guia para o legislador e para a jurisprudência. Os juízes não hesitam em se apoiar sobre trabalhos doutrinários em suas decisões. Os tribunais são muito ligados à *opinio juris* e dele somente excepcionalmente se afastam.⁸⁶

Não se pode, porém, falar sobre fontes do Direito na Alemanha sem referir a importância fundamental do direito internacional e do Direito europeu. Quanto ao direito internacional, a Alemanha adota o regime dualista, exigindo uma lei de aprovação e incorporação dos tratados e convenções internacionais ao direito interno. Uma vez incorporado ao direito interno, os compromissos internacionais passam a ter certa primazia sobre o direito interno, caso não haja possibilidade de uma interpretação compatibilizadora. Isso se deve ao “princípio da fidelidade da lei fundamental ao direito internacional público”, extraída pela jurisprudência dos arts. 23 a 26 da Lei Fundamental.

para cuja redação contou com a ajuda de sete colaboradores. A primeira edição era composta de seis volumes, num total de 3.600 páginas. O sucesso foi enorme, tanto que em 1904 a segunda edição já fora acrescida de mais dois volumes e de mais de 2.000 páginas. As edições, sempre atualizadas, sucederam-se desde então e ainda hoje o *Staudinger* é obra referencial em matéria de direito civil na Alemanha. Atualmente a obra se espalha por 25 grossos volumes. Segundo Patti, os comentários são obras destinadas a consultas, renunciando a qualquer construção sistemática em desconformidade com aquela decorrente da própria lei, tendendo a uma exposição objetiva da matéria, apontando aquilo que é conhecido e aceito e deixando na sombra a opinião pessoal do autor. Os comentários de Staudinger preenchem precisamente esse modelo, de grande apelo prático, razão de seu sucesso. Nesse sentido, Salvatore Patti, no ensaio denominado “*I cento anni dello ‘Staudinger’*” (In: *Codificazioni ed evoluzione del diritto privato*. Bari: Laterza, 1999. p. 85/86).

⁸⁵ LEGEAI, Raymond. *Grands systèmes de droit contemporains*. Approche comparative. Paris: Lexis Nexis, 2008. p. 69.

⁸⁶ CARPANO, Eric; MAZUYER, Emmanuelle. *Les grands systèmes juridiques étrangers*. Paris: Gualino Éditeur, 2009. p. 47.

No que se refere ao Direito europeu, a Alemanha aderiu e observa a Convenção Europeia dos Direitos do Homem - CEDH, tendo a Corte Constitucional alemã afirmado que os direitos fundamentais da Lei Fundamental devem ser interpretados em conformidade com a CEDH e com a jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos do Homem (BVerfGE 74, 358 (370)). Integrando a Alemanha a União Europeia, da qual é o membro mais relevante e influente, necessariamente está submetida à legislação emanada pelos órgãos supranacionais europeus, abandonando, nesse aspecto, o regime do dualismo. Tais normas têm primazia sobre o direito interno, o que é uma característica essencial do direito da União Europeia.

5 OS FATORES IDEOLÓGICOS NO DIREITO ALEMÃO

Atualmente, deve-se considerar que a “ideologia” presente no Direito alemão comunga com a ideologia de fundo presente nos demais países europeus continentais: economia de mercado, democracia liberal e cristianismo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito alemão fascina. Em cada um dos fatores determinantes de um modelo jurídico (especialmente sua origem histórica, modo de pensar dos seus juristas, institutos jurídicos característicos, fontes de direito e sua interpretação) deixaram os alemães marcas profundas, fazendo de seu sistema jurídico um dos grandes sistemas-tronco do direito contemporâneo, do qual muitos outros vieram a beber, em maiores ou menores doses.

Mais importante do que a intensidade da circulação do modelo jurídico alemão⁸⁷, todavia, são os modos da circulação. Se é possível falar em dois modos de circulação (um coativo, que decorre em virtude de expansão territorial e da colonização; outro de recepção voluntária, que decorre do prestígio do sistema jurídico), pode-se dizer que a circulação do modelo alemão foi, sobremaneira, voluntária, fruto do prestígio granjeado pelo trabalho profundo e de elevadíssimo nível realizado por alguns dos maiores pensadores que o Direito conheceu.

REFERÊNCIAS

BART, Jean. *Histoire du Droit*. 2. ed. Paris: Dalloz, 2002.

⁸⁷ Segundo Paolo Gallo, a circulação do modelo alemão na Europa compara-se, apenas, à circulação do modelo francês (Gallo, op. cit., p. 172).

- BELL, John. *Judiciaries within Europe – A Comparative Review*. New York: Cambridge University Press, 2007.
- CALASSO, Francesco. *Medioevo del Diritto*. Le fonti. Milano: Giuffrè, v. I, 1954.
- CANNATA, Carlo Augusto. *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*. II – Dal medioevo all’epoca contemporanea. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1976.
- CARPANO, Eric; MAZUYER, Emmanuelle. *Les grands systèmes juridiques étrangers*. Paris: Gualino Éditeur, 2009.
- CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa – Le fonti e il pensiero giuridico*. Milano: Giuffrè, 1982.
- CHIMENTI, Carlo. *Noi e gli altri – Compendio di diritto Costituzionale italiano e di elementi comparativi*. Sintesi de ordinamenti stranieri. Parte I – Gran Bretagna, Stati Uniti, Germania. 2. ed. Torino: Giappichelli, v. II, 2001.
- CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Direito Processual Civil alemão. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Org.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010.
- CUNIBERTI, Gilles. *Grands Systèmes de Droit Contemporains*. Paris: LGDJ, 2007.
- DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Les grands systèmes de droit contemporains*. 11. ed. Paris: Dalloz, 2002.
- FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2003.
- FROMONT, Michel. *Grands systèmes de droit étrangers*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1998.
- GALLO, Paolo. *Introduzione al Diritto Comparato*. Grandi Sistemi Giuridici. 2. ed. Torino: Giappichelli Editore, v. I, 2001.
- GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo; VOGEL, Louis. *De droit de l’occident et d’ailleurs*. Paris: LGDJ, 2011.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- GLENDON, Mary Ann; CAROZZA, Paolo G.; PICKER, Colin B. *Comparative Legal Traditions*. St. Paul/MN: Thompson West, 2008.
- KELLY, John M. *A Short History of Western Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 1992.
- LEGEAIS, Raymond. *Grands systèmes de droit contemporains*. Approche comparative. Paris: Lexis Nexis, 2008.

MARINI, Giuliani. *A.F.J. Thibaut – F.C. Savigny – La polemica sulla codificazione*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

MATTEI, Ugo; MONATERI, Pier Giuseppe. *Introduzione Breve al Diritto Comparato*. Verona: Casa Editrice, 1997.

MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. *Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MONATERI, Pier Giuseppe. *Il Modello di Civil Law*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1997.

PADOA-SCHIOPPA, Antonio. *Il diritto nella storia d'Europa – Il medioevo*. Parte prima. Padova: Cedam, 1995.

_____. *Storia del diritto in Europa – Dal Medioevo all'età contemporanea*. Bologna: Il Mulino, 2009.

PATTI, Salvatore. I cento anni dello “Staudinger”. In: *Codificazioni ed evoluzione del diritto privato*. Bari: Laterza, 1999.

RANIERI, Filippo. A evolução do recurso ao Tribunal da Câmara Imperial durante os séculos XV a XVII. A “jurisdicionalização” dos conflitos na sociedade moderna. In: HESPANHA, Antonio (Org.). *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

RAVA, Tito. *Introduzione al diritto della civiltà europea*. Padova: Cedam, 1982.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Trad. Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SCHIPANI, Sandro. *La codificazione del diritto romano comune*. Torino: Giappichelli, 1996.

SCOVAZZI, Marco. *Le origini del Diritto Germânico – Fonti, Preistoria, Diritto Pubblico*. Milano: Giuffrè, 1957.

STEIN, Peter G. *Il diritto romano nella storia europea*. Milano: Raffaello Cortina Editore, 1996.

TARELLO, Giovanni. *Cultura giuridica e política del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1988.

_____. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976.

VAN CAENEGEM, Raoul C. *Introduzione storica al diritto privato*. Bologna: Il Mulino, 1995.

VARANO, Vincenzo; BARSOTTI, Vittoria. *La tradizione giuridica occidentale*. Texto e materiali per un confronto civil law common law. Torino: Giappichelli, v. I, 2002.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

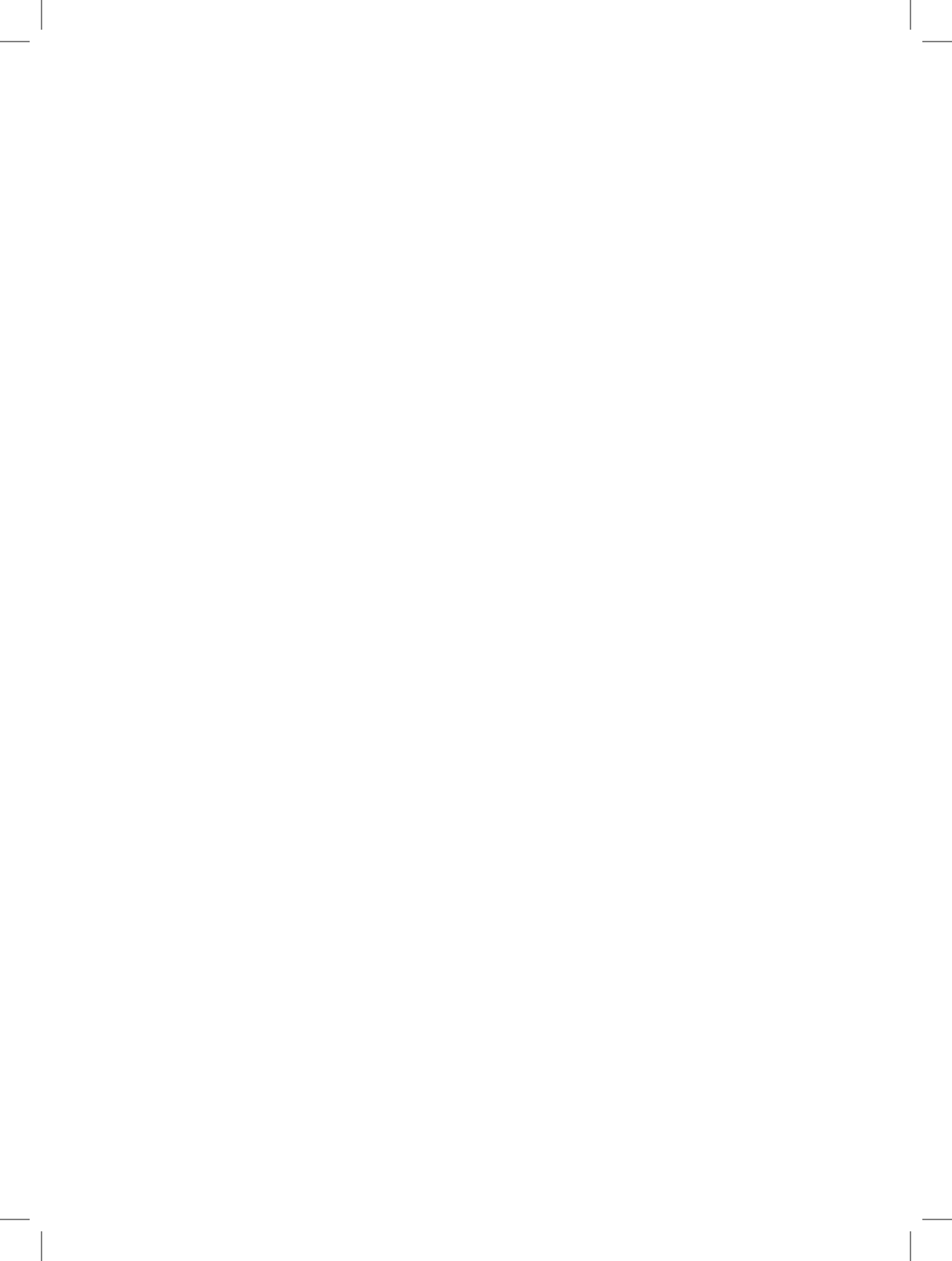
WITZ, Claude. *Le Droit Allemand*. Paris: Dalloz, 2001.

YOUNGS, Raymond. *English, French & German Comparative Law*. 2. ed. New York: Routledge-Cavendish, 2007.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Introduction to German Legal Methods*. Durham, NC: Carolina Academic Press, 2008.

ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao direito civil alemão e inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduzione al Diritto Comparato*. Principi fondamentali. Milano: Giuffrè Editore, v. I, 1998.



O PODER JUDICIÁRIO E A DEMOCRATIZAÇÃO DA JUSTIÇA

THE JUDICIARY AND THE DEMOCRATIZATION JUSTICE

Jovina d'Avila Bordoni¹

Mestranda em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza – Unifor

RESUMO: O artigo trata da evolução dos conceitos de sociedade civil e separação de poderes. Enfoca a expansão do Poder Judiciário enquanto garantidor dos direitos fundamentais e poder democrático, responsável pela ampliação do acesso à Justiça, mediante novas formas de solução de conflitos. Enfatiza a participação do cidadão na gestão de políticas públicas e na prestação jurisdicional, como forma de expansão da cidadania, que é pressuposto para o Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Judiciário; sociedade civil; separação de poderes; cidadania; participação; democracia.

ABSTRACT: *The article analyzes the evolution of the concepts of civil society and separation of powers. It focuses the expansion of the judiciary as guarantor of fundamental rights and democratic power,*

responsible for the expanding access to justice, through new forms of conflict resolution, Emphasizes the participation by citizens in public policy management and jurisdictional services, as expansion of social citizenship which is prerequisite for a democratic state.

KEYWORDS: *Judiciary; civil society; separation of powers; citizenship; participation; democracy.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Sociedade civil, Judiciário e separação dos poderes na visão clássica; 2 Poder Judiciário e democracia; 3 Cidadania, participação e Judiciário; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Civil society, Judiciary and separation of powers in classic view; 2 Judicial power and democracy; 3 Citizenship, participation and Judiciary; Conclusion; References.*

¹ Juíza de Direito.

INTRODUÇÃO

O Brasil, ao tratar da organização dos poderes, adotou a teoria da tripartição, cujas bases teóricas foram lançadas pelos filósofos gregos e consagradas por Montesquieu em *O espírito das leis*. Da mesma forma, o conceito de sociedade civil é um dos conceitos mais utilizados na teoria política clássica.

A democracia não se mostra como mera forma de governo, uma vez que se traduz como governo do povo, mas como condição para a expansão da sociedade civil com a ampliação dos direitos de participação no poder político.

Embora o Judiciário seja um dos órgãos do Estado democrático, instituído constitucionalmente pelo fato de seus membros não serem escolhidos pelo voto popular, muitas vezes tem sua legitimidade questionada, tendo que conquistá-la através do prestígio da coletividade, mediante uma prestação jurisdicional, desenvolvida com independência e responsabilidade, seguindo as diretrizes postas no ordenamento jurídico pátrio.

De acordo com o pensamento clássico, o Poder Judiciário era mero aplicador da lei e constituía-se em um poder menor, diante dos demais poderes; entretanto, com a evolução do conceito de divisão entre os poderes, o Judiciário ganhou independência. Atualmente, com a constatação de que muitas demandas não encontram respostas prontas no ordenamento jurídico, o Judiciário passa a ser protagonista de questões de relevante interesse social, especialmente em face da estrutura do direito contemporâneo, com um ordenamento jurídico composto de normas principiológicas, que gera a necessidade de uma análise hermenêutica para obtenção de uma solução que melhor se adéque à situação em análise.

Chamado a solucionar tais demandas, no cumprimento de sua função política de aplicar o Direito ao caso concreto, o Judiciário acaba por decidir matérias que, originalmente, deveriam ser apreciadas pelos outros dois poderes e não o foram, ocorrendo o que se chama de judicialização da política. Deve-se pensar a judicialização da política não como uma substituição da política, mas como uma atuação do Poder Judiciário de resguardar os direitos dos cidadãos, especialmente em quadra da história em que a complexidade da sociedade contemporânea se mostra evidente.

A sociedade civil, nas últimas décadas, vem ampliando sua participação em assuntos relacionados à condução das políticas públicas. Vive-se, assim, um momento de descentralização política, democrática e participativa. Para além do

direito de votar e escolher seus governantes, os cidadãos podem tomar parte na gestão de políticas públicas, como saúde, educação, assistência social, trabalho e direitos da criança e do adolescente através dos Conselhos respectivos.

O exercício da cidadania, com a invocação dos preceitos constitucionais, leva o Poder Judiciário à realização de projetos de descentralização da Justiça, objetivando reduzir as dificuldades de acesso e concretização dos direitos do cidadão, como se observa com o projeto dos Juizados Especiais Cíveis, inclusive itinerante, celeridade na solução de conflitos com aplicação da arbitragem, conciliação e mediação, bem como a virtualização e informatização dos processos.

Verifica-se a abertura na participação do cidadão na prestação jurisdicional, com institutos como o *amicus curiae*, e das audiências públicas realizadas nas Cortes Superiores, objetivando a resolução de conflitos de maior complexidade e relevância social.

Assim, com o presente estudo, busca-se contribuir para maior visibilidade do tema, sem, contudo, ter a pretensão de esgotá-lo. Entretanto, objetiva-se demonstrar que, como fundamento da democracia moderna, o direito dos cidadãos de participarem dos assuntos de interesse coletivo está sendo construído, ao longo da história, inclusive com a participação do Poder Judiciário.

1 SOCIEDADE CIVIL, JUDICIÁRIO E SEPARAÇÃO DOS PODERES NA VISÃO CLÁSSICA

O conceito de sociedade civil foi um dos mais utilizados na teoria política clássica. Tal conceito vem, ao longo da história, sendo reformulado por filósofos como Hobbes (2008), Locke (1998) e Rousseau (1999), que o relacionam à concepção de Estado em oposição ao estado de natureza imaginário, buscando uma forma de governo baseada na lei, que seria a sociedade civil. Posteriormente, o conceito de sociedade civil, na visão neoliberal, foi utilizado em oposição ao Estado.

Hobbes sistematizou as origens da sociedade. Para Hobbes (2012), a sociedade civil ou o Estado se contrapõe à sociedade natural. Para que os indivíduos saíssem do que chamava de “estado de natureza”, em que as relações eram reguladas por leis naturais, nas quais a liberdade irrestrita era fator de insegurança, Hobbes propunha um pacto social, escrito, em que as pessoas delegavam seu destino ao Estado, abrindo mão de sua liberdade pela segurança e paz social. Surge, assim, o Estado como instrumento de força.

Na concepção de Estado *hobbesiano*, o Poder Judiciário surgiu para assegurar o exercício da força, preservar a liberdade e a propriedade dos indivíduos, nunca como um poder autônomo e independente.

Locke, diferente de Hobbes, acreditava que os indivíduos, ao firmarem um pacto com o Estado, não abdicariam de seus direitos, pois o poder que os governantes possuíam tinha como fundamentos os direitos individuais e a lei. Para Locke, no estado de natureza o homem possui a liberdade plena de todos os direitos, são senhores de suas posses e iguais entre si, embora tendo de preservar sua vida, a liberdade e os bens contra o ataque de outros indivíduos².

Com a constituição da sociedade política, os indivíduos renunciam à liberdade do estado da natureza e aderem às regras fundadoras do Estado moderno, como o princípio da maioria. Locke trouxe como condição para o estabelecimento da sociedade civil a noção da propriedade privada.

Moraes Filho³ lembra que foi o pensamento político seiscentista como o de Locke que inovou em relação aos percussores da teoria da separação dos poderes, ao defender que cada uma das funções do Estado deve corresponder a um órgão próprio, levada a efeito, de forma autônoma e independente, contrapondo-se à concepção dos Estados pré-modernos ou da fase absolutista do Estado moderno, que pregava que as funções estatais estavam vinculadas ao monarca, responsável pela realização do direito.

Locke, em sua obra *O segundo tratado do governo civil*, atribuiu ao Estado a função legislativa, a qual competia a responsabilidade de elaborar as leis; executiva, a qual caberia a função de aplicar as leis e a federativa, que desempenharia as funções de relacionamento com outros Estados, como um órgão encarregado das relações internacionais.

Em face da importância do papel das leis, para Locke, o Poder Legislativo seria o poder supremo, ao qual os outros dois poderes estariam subordinados, estando submetido, apenas, ao poder do povo, uma vez que a lei seria o instrumento garantidor da paz e segurança do homem dentro da sociedade, e o Legislativo o único poder capaz de elaborar as leis. Cabia ao Poder Judiciário

² LOCKE, Jonh. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Julio Fisher. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 494-495.

³ MORAES FILHO, José Filomeno de. Separação de poderes no Brasil pós-88: princípio constitucional e práxis política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. *Teoria da constituição*. Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 155.

a aplicação das leis, com o fim de estabelecer a paz e segurança entre os componentes da sociedade.

Rousseau foi o primeiro pensador moderno a afirmar que as convenções legitimavam a autoridade entre os homens e que a liberdade no estado natural era preservada pela força, enquanto no contrato social a liberdade emerge da vontade geral, no interesse comum ou soberania popular.

Assim, para Rousseau a soberania configura-se no exercício da vontade geral, a elaboração das leis é um ato de soberania e deve objetivar alcançar a liberdade e igualdade. Na teoria *rousseauuniana*, o Estado emerge como decorrência das desigualdades entre os homens. As desigualdades sociais e os conflitos começam com o surgimento da propriedade privada, gerando um estado que Hobbes já denominava de estado de guerra.

Propõe Rousseau um pacto social que deveria constituir-se em uma “forma de associação que defenda e proteja de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, se unindo a todos, obedeça apenas, portanto, a si mesmo, e permaneça tão livre como antes”⁴.

Segundo Rousseau, o soberano decidiria quem iria governar. Quando o governo for colocado nas mãos do povo, ou da maior parte, seria um governo democrático; caso fosse confiado a uma pequena parcela do povo, configuraria-se autocrático; e, quando investido a um magistrado, o governo tornaria-se monárquico. Defende uma democracia que só é legítima quando “fundada na soberania popular, na construção de um sujeito coletivo que, com base na vontade geral, atua segundo o interesse comum, subordinando a ele os interesses puramente privados”⁵.

Foi com Montesquieu que restou sistematizada a teoria da separação dos poderes, como se conhece hoje, na qual ocorreu a inclusão do poder de julgar entre os poderes do Estado, de forma que atribuiu ao Estado três poderes: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

O Judiciário, segundo a ideia de Montesquieu, não seria formado por membros permanentes, mas por pessoas oriundas do corpo do povo, as quais iriam formar um Tribunal de acordo com a necessidade de sua formação. Embora a função de julgar fosse a de proferir a letra da lei sem maiores questionamentos

⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 69-71.

⁵ COUTINHO, Carlos. Nelson. *Democracia e socialismo: questões de princípio*. In: *Contra a corrente: ensaios sobre democracia e socialismo*. São Paulo: Cortez, 2000. p. 86.

ou interpretação criativa do Direito, ser independente era condição dada ao Judiciário em relação aos demais poderes, uma vez que Montesquieu afirma que o poder de julgar não poderia ser dado a órgão do Executivo ou do Legislativo⁶.

Consoante Held⁷,

Locke había pensado en el poder judicial como un brazo del ejecutivo, pero Montesquieu creía que su independencia era crucial para la protección de los derechos de los individuos. Sin un poder judicial independiente, los ciudadanos podrían enfrentarse a un poder reverencial que combina las funciones de ejecutor, legislador, juez y jurado – y entonces, naturalmente, sus derechos non podrían ser garantizados.

A intenção de Montesquieu, com a divisão dos poderes, era resolver o problema dos três grupos que disputavam o poder na Inglaterra, tanto que dividiu o Poder Legislativo em câmara alta, formada pelos nobres, e a câmara baixa, constituída por representantes do povo. O Poder Executivo, por sua vez, seria exercido pelo monarca.

Com a teoria da tripartição de poderes buscou-se uma forma de evitar a concentração de poderes, uma vez que Montesquieu falava em separação total e absoluta de poderes entre eles.

A referida teoria, com o tempo, foi aperfeiçoada com a criação do sistema de freios e contrapesos, introduzido pelo constitucionalismo norte-americano, que permite aos três poderes manterem sua autonomia sem que ocorra a supremacia de um em relação ao outro, pois, do contrário, poderia ocasionar a concentração de poder em apenas um deles, caracterizando o retorno a um sistema absolutista.

A ideia de Montesquieu, da tripartição dos poderes, passou a ser um dos componentes básicos da maioria dos regimes democráticos no mundo contemporâneo. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 delimitou o campo de atuação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e consagrava a separação dos poderes, como princípio constitucional no ordenamento jurídico pátrio, constituindo o art. 2º.

⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 53.

⁷ HELD, David. *Modelos de democracia*. Trad. Maria Hernández. 3. ed. Madrid: Alianza Editorial, 2007. p. 110.

Porém, com a evolução do Estado Democrático de Direito, observa-se que a clássica divisão dos Poderes assume outros contornos, pois, consoante Rocha⁸, “não passa de um processo técnico de divisão de trabalho entre os órgãos do Estado”. E continua afirmando o referido autor que as funções estatais “não são nada mais do que *modos típicos de atuação ou exercício do poder do Estado*, que é substancialmente unitário”.

Verifica-se, assim, que os poderes não são soberanos e independentes, senão autônomos e que têm funções preponderantes, mas não exclusivas, uma vez que o poder Estatal é único.

Com a queda do positivismo e o advento da teoria material da Constituição, o centro de gravidade dos estudos constitucionais, que dantes ficava na parte organizacional da Lei Magna - separação de poderes e distribuição de competências, enquanto forma jurídica de neutralidade aparente, típica do constitucionalismo do Estado liberal - se transportou para a parte substantiva, de fundo e conteúdo, que entende com os direitos fundamentais e as garantias processuais da liberdade, sob a égide do Estado social. Organizar os poderes e traçar a linha das competências indispensáveis ao seu correto e efetivo funcionamento fora anteriormente a preocupação dominante das forças e correntes mais conservadoras que circulavam no constitucionalismo da idade liberal, sobretudo em França, durante a segunda metade do século XX; tal preocupação, todavia, ainda se exprime no pensamento constitucional.⁹

Dessa forma, quando Montesquieu elaborou a teoria da separação de poderes imperava os ideais do Estado Liberal, que não previa em sua atuação o bem-estar dos cidadãos. A atuação do Poder Judiciário, na atualidade, deixou de ser aquela prevista por Montesquieu, de poder de menor importância, no qual os juízes eram “*bouche de la loi*” (a boca da Lei), para ser “*La bouche du droit*”

⁸ ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 12.

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 584.

(a boca do Direito), na expressão de Guerra Filho¹⁰, passando a exercer papel importante na solução de conflitos sociais, favorecendo a garantia dos direitos do cidadão e o fortalecimento da democracia.

2 PODER JUDICIÁRIO E DEMOCRACIA

As bases da democracia têm início na Grécia, no século VI a.C., principalmente em Atenas, tendo passado pela análise de pensadores romanos, como Sócrates, Platão e Aristóteles. Durante a Idade Média, a ideia de democracia praticamente não foi discutida, pois era controlada pelo pensamento teológico-político. Conforme Goyard-Fabre¹¹, “assistiu-se, por um lado, à subordinação do poder temporal ao domínio da igreja e, por outro, ao desaparecimento das promessas de emancipação dos povos [...]”.

A discussão sobre a democracia somente reapareceu na Idade Moderna, por volta do século XVIII, devido à Revolução burguesa. Apesar da diferença no posicionamento dos teóricos, as teorias liberal-democráticas do século XIX caracterizavam-se pela preocupação em defender a liberdade do indivíduo em face do poder do Estado, que cada vez mais se tornava poderoso e burocratizado, com o crescimento da sociedade industrial. Já, no século XX, a democracia voltou a ser assunto de grande interesse, principalmente depois de ultrapassado o período das duas grandes guerras mundiais.

A democracia, em sua acepção literal, é o governo do povo. Defende Goyard-Fabre¹² que “se a democracia, no seu despertar, podia ser definida, *stricto sensu*, como o ‘poder do povo’, as democracias que conhecemos hoje são antes regimes nos quais a vontade (ou o consentimento) do povo é a fonte de poder”.

Em face do regime democrático, a separação dos poderes adquire nova dimensão, pois, por um lado, os titulares do Poder Público devem, ao tomarem as decisões, observar a vontade popular e, por outro, garantir os direitos fundamentais, ou seja, na atualidade, somente pode ser considerado democrático o regime político com base na soberania popular, dirigida à concretização dos direitos fundamentais do ser humano.

¹⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna*. Introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 37.

¹¹ GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia? A genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 92.

¹² *Ibid.*, p. 46.

Embora o Judiciário, como órgão do Estado Democrático, com previsão constitucional estabelecida no art. 92 da Constituição Federal de 1988¹³, deva garantir o respeito aos direitos fundamentais, muitas vezes tem sua legitimidade questionada, pelo fato de seus membros não serem escolhidos pelo voto popular.

O que demonstra a compatibilidade do Poder Judiciário com a democracia, da maneira que Montesquieu preconizou, capaz de suprir a ausência do voto popular, é a legitimidade fundada no prestígio público, baseada no respeito moral, na confiança que os juízes inspiram no povo. Essa característica dos magistrados advém da independência e responsabilidade com as quais cumprem suas funções políticas constitucionais, que é, originalmente, a manifestação da vontade do povo soberano, seja como órgão individualmente considerado ou em seu conjunto¹⁴.

Também em relação à expansão do Judiciário, nos Estados Democráticos são tecidas críticas em relação à capacidade institucional, que se refere à determinação de qual dos poderes está mais habilitado, de acordo com a matéria posta em análise, a proferir a melhor decisão e crítica referente à limitação do debate, uma vez que há transferência do debate público para o Judiciário, em que os juízes trocam a racionalidade típica da argumentação jurídica por embates próprios da discussão parlamentar¹⁵.

Todas as críticas merecem reflexão, os conflitos reclamam uma resposta do Estado-juiz, para que a ordem constitucional não fique comprometida, ou seja, cabe ao Judiciário dar a resposta às demandas da sociedade, na expressão de Streck¹⁶ buscar a “resposta correta em direito”, e, ao fazer isto, é portador, algumas vezes, de pontos de vista em assuntos de ampla repercussão. Assim,

¹³ “Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I – o Supremo Tribunal Federal; I-A – o Conselho Nacional de Justiça; II – o Superior Tribunal de Justiça; III – os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV – os Tribunais e Juízes do Trabalho; V – os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI – os Tribunais e Juízes Militares; VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.”

¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder Judiciário no regime democrático*. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, maio/ago. 2004. p. 151.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Forum, 2013. p. 248-250.

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. rev. ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 410.

os Tribunais e juízes desempenham uma função política, que deriva de sua inclusão no Estado. Ao tratar desta função, menciona Zaffaroni¹⁷ que:

O sistema entre *cheks and balances* entre os poderes – ou funções, se se preferir – nada mais é do que uma distribuição do poder político. Cada sentença é um serviço que se presta aos cidadãos, mas também é um ato de poder e, portanto, um ato de governo, que cumpre a importante função de prover a paz interior mediante a decisão judicial dos conflitos. A participação judicial no governo não é um acidente, mas é da essência da função judiciária: falar de um poder do estado que não seja político é um contra-senso.

A concreção dos princípios do Estado Democrático de Direito dirige-se ao Poder Judiciário que deve proferir suas decisões observando os requisitos fundamentais da independência e da responsabilidade, garantindo os direitos fundamentais e a transparência destas.

Quando o Judiciário atua em temas polêmicos e controversos, não discutidos ou tratados pelo Executivo ou Legislativo, ocorre a judicialização da política, que se conceitua como a transferência de poder do Executivo e Legislativo para o Judiciário.

De acordo com Barroso¹⁸, tal fenômeno ocorre devido à necessidade de um Judiciário forte e independente na proteção dos direitos fundamentais; à desilusão com a política majoritária e porque os atores políticos não querem se desgastar em questões controvertidas, colocando a decisão para o Judiciário.

Ponte Neto¹⁹ elenca pontos positivos da judicialização, tanto da política quanto das relações sociais:

a) afirmação da cidadania; b) afirmação da democracia representativa e participativa; c) fortalecimento

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 94.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Forum, 2013. p. 39.

¹⁹ PONTE NETO, José Júlio da. O Poder Judiciário e a concretização da democracia participativa. *Anais do XVII Conpedi*, Salvador/BA, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (Conpedi), p. 4205, jun. 2008. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/salvador/Integra.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2013.

da sociedade organizada; d) consolidação dos valores fundamentais dos direitos do indivíduo e da coletividade; e) valoração da administração da coisa pública; f) apropriação de atos governamentais da municipalidade pelo público; g) formação da consciência crítica; h) desmistificação do conceito de interesse público (compreendido não mais como interesse do Chefe do Executivo).

Dessa forma, sendo o Judiciário órgão do Estado, com a função precípua de aplicar o direito ao caso concreto, diante das demandas que lhes são postas, principalmente quando os interesses em conflito são protegidos constitucionalmente, cabe ao mesmo construir, mediante a interpretação dos valores existentes no ordenamento jurídico, uma solução que melhor se adéque à situação em análise.

Deve-se pensar a judicialização da política não como uma substituição da política, mas enquanto atuação do Poder Judiciário que resguarde os direitos dos cidadãos, diante de demandas advindas de uma sociedade contemporânea que se mostra complexa.

3 CIDADANIA, PARTICIPAÇÃO E JUDICIÁRIO

Referência no conceito de cidadania está na concepção de Thomas Marshall (1967) em sua obra *Cidadania, classe social e status*, de 1949, com base na realidade da Inglaterra, na qual considera a cidadania como a forma de participação do indivíduo na comunidade política. Marshall estabeleceu três tipos de direitos: os civis, relacionados à liberdade; os políticos, relativos ao exercício do poder político pelos cidadãos, ambos ditos de primeira geração; e os direitos sociais, que requerem do Estado prestações materiais, que são de segunda geração.

Já, na teoria marxista, a sociedade civil seria composta por duas classes: burguesia e proletariado, que interagiria por meios das relações de produção. Em seus estudos sobre “A questão judaica”, Marx afirma que a participação política representava um progresso, última etapa da emancipação humana no mundo atual, e que os direitos humanos, na forma que foram descobertos pelos norte-americanos e franceses, corresponderiam a direitos políticos que somente seriam exercidos em comunidade com outros direitos²⁰.

²⁰ WEFFORT, Francisco C. Marx: política e revolução. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. 11. ed. São Paulo: Ática, v. 2, 2012. p. 239.

Quando observou o surgimento da sociedade civil, Gramsci ampliou o conceito de Marx sobre o Estado, pois enquanto para Marx e Hegel, na época do *Manifesto comunista*, o Estado era, essencialmente, coerção ou monopólio da violência; para Gramsci, ele aparece como a dimensão do consenso e da legitimidade²¹.

Tanto para Gramsci como para Marx, os homens fazem sua história, não na condição que escolhem, pois há uma causalidade objetiva que, embora resultado da ação do homem, muitas vezes vai além da sua vontade. Contudo, Gramsci sabia que quanto mais o ser “se socializa”, há um “recuo das barreiras naturais”, como diria Marx, ou seja, mais amplo resta o espaço da liberdade e da autonomia dos “indivíduos sociais”²².

O Brasil também viveu um processo de afirmação da cidadania. A partir da década de 1970, a sociedade civil, visando à maior participação popular, se levantou em oposição ao regime militar, “contra a ilegitimidade da legalidade autoritária”, desempenhando papel importante na transição para o regime democrático²³.

Mesmo com um Estado Democrático de Direito não houve a exclusão das desigualdades sociais, sendo necessária a redefinição sobre o exercício da cidadania, assumindo seus componentes o papel na reivindicação de seus direitos e por melhores condições de vida e progresso social.

O exercício da democracia não deve somente estar limitado ao direito de votar, como forma de participação popular, mas também à garantia de participação nas decisões do Estado. Assim, a participação comunitária e a popular dão lugar à participação cidadã, na qual a categoria central, que, até então, eram a comunidade e o povo, passa a ser a sociedade, com seu pluralismo de interesses²⁴.

A Constituição de 1988 ampliou os direitos fundamentais e elencou a cidadania como fundamento da República Federativa do Brasil, com o fim de

²¹ COUTINHO, Carlos Nelson. *Marxismo e política*. A dualidade de poderes e outros ensaios. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1996. p. 141.

²² *Ibid.*, p. 141.

²³ FALCÃO, Joaquim de Arruda. Democratização e serviços gerais. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e justiça*. São Paulo: Ática, 1989. p. 152.

²⁴ GOHN, Maria da Glória. *Conselhos gestores e participação sociopolítica*. São Paulo: Cortez, 2001. p. 56.

estabelecer um Estado Democrático de Direito²⁵, bem como previu a criação de espaços institucionalizados de participação mista, integrados pela sociedade civil, como mecanismo de gestão descentralizada e participativa das políticas sociais, como os Conselhos Gestores.

Coutinho²⁶ cita que Gramsci observou, na sociedade civil, uma nova esfera do ser social:

[...] o mundo das auto-organizações, do que ele chamou de “aparelhos privados de hegemonia”. São os partidos de massa, os sindicatos, as diferentes associações, os movimentos sociais etc., tudo aquilo que resulta de uma crescente “socialização da política”, ou seja, do ingresso na esfera pública de um número cada vez maior de novos sujeitos políticos individuais e coletivos.

Assim, a dinâmica social, própria da sociedade civil, passa a interagir com a sociedade política, com o consenso do Estado.

A expansão da democracia através do enlace entre Estado e sociedade, mediado pelo direito, constitui-se em condição essencial para o forjar de um conceito de soberania adequado aos novos tempos de inquietude da cidadania na luta por uma maior expansão dos espaços de formação da vontade popular e de participação.²⁷

A Constituição trouxe, entre outras, a possibilidade de participação popular na gestão de políticas públicas, como saúde, educação, assistência social, trabalho e direitos da criança e do adolescente através dos Conselhos respectivos.

A participação, consoante definição de Souza²⁸, “é requisito de realização do próprio ser humano e para seu desenvolvimento social requer participação nas definições e decisões da vida social”.

²⁵ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.”

²⁶ COUTINHO, Carlos. Nelson. Democracia e socialismo: questões de princípio. In: *Contra a corrente: ensaios sobre democracia e socialismo*. São Paulo: Cortez, 2000. p. 170.

²⁷ ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. *Teoria política da soberania*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 33.

²⁸ SOUZA, Maria Luiza. *Desenvolvimento de comunidade e participação*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1991. p. 83.

Dessa forma, houve um aprimoramento da democracia, que não se caracteriza apenas como representativa, através do exercício do voto, mas também direta, com o exercício de mecanismos, como o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular e, bem assim, participativa, com o envolvimento da sociedade civil nos Conselhos gestores de políticas públicas.

No Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário desempenha papel importante na democracia participativa, pois, além de solucionar os conflitos sociais, individuais ou coletivos, viabiliza a efetivação dos direitos fundamentais.

Consoante Leal²⁹,

respeitadas as variáveis de um ou outro modelo de Estado, pode-se afirmar que surge um Estado-juiz mais compromissado com a manutenção da pacificação das relações sociais, o que implica um compromisso com a mudança estrutural das relações de forma mantidas na sociedade. Mas quais os efeitos práticos deste compromisso então? Em primeiro plano, um Judiciário que vai se ocupar mais do tema que envolve a independência dos poderes entre si e das formas de controle do exercício destes poderes pelos diferentes órgãos da Administração Pública e do Legislativo. Em segundo lugar, um Judiciário que vai operar mais no âmbito preventivo das violações de direitos individuais e coletivos, dando maior efetividade à jurisdição como espaço de garantia e concretização das regras formais estabelecidas pelo sistema jurídico como um todo.

Tornar a Justiça acessível é uma tendência dos sistemas jurídicos modernos do século XXI e tem como força caracterizadora o objetivo de integrar as liberdades individuais tradicionais com as garantias e os direitos sociais.

Como salienta Rodrigues³⁰:

Se por um lado não se pode reduzir a questão do acesso à justiça à criação de instrumentos processuais adequados à plena efetivação dos direitos, de outro é também

²⁹ LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-juiz na democracia contemporânea*. Uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 47.

³⁰ RODRIGUES, Horácio Vanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 39.

evidente que não se pode afastar a ideia de acesso à justiça do acesso ao Judiciário. Os outros direitos, em última instância, dependem desse acesso sempre que não forem respeitados; sem ele a cidadania se vê castrada, impotente. Há aqueles conflitos que podem e devem ser solucionados através de instrumentos paraestatais e privados. Mas é fundamental perceber-se que o Estado, sem a jurisdição seria uma instituição política desprovida de um instrumento legítimo, através do qual possa exercer seu poder em última instância, na busca da pacificação da sociedade. Sempre que um direito não for respeitado espontaneamente, não há como fazê-lo legitimamente senão através do processo.

Seguindo as diretrizes constitucionais, o Judiciário vem buscando novas formas de solução de conflitos, realizando projetos de descentralização da Justiça, objetivando reduzir as dificuldades de acesso à Justiça e concretização dos direitos da cidadania, como se observa com a implantação dos Juizados Especiais Cíveis, bem assim da solução de conflitos com aplicação da arbitragem, prevista na Lei nº 9.307/1996; da conciliação, disposta no Código de Processo Civil e na Lei nº 9.099/1995, que disciplina os Juizados Especiais e na Consolidação das Leis Trabalhistas mediante as Comissões de Conciliação Prévia e da mediação. Somem-se a isso os reflexos positivos da virtualização e informatização dos processos.

Verifica-se a participação do cidadão no Tribunal Popular do Júri, bem como conforme as regras de processo civil, que transcende o formato clássico de prestação jurisdicional, em institutos como o *amicus curiae* e nas audiências públicas realizadas nas Corte Superiores, objetivando a resolução de conflitos de maior complexidade e relevância social.

Santos³¹, após analisar os conflitos sociais e mecanismos para a resolução destes, defendeu as reformas que visassem à criação de alternativas para resolução de litígios, com criação de instituições leves, de utilização barata e gratuita, com localização que facilitasse o acesso aos serviços e que operassem por via, sem maiores exigências de formalidade, o que constituiria hoje uma área de maior inovação da política judiciária.

³¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice. O social e político na pós-modernidade*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 1999. p. 176.

Por outro lado, procura o Judiciário inovar na administração da justiça, que, como informa Santos³², “é uma dimensão fundamental da democratização da vida social, econômica e política”, mediante ações como as mencionadas por Grangeia (2011): o Prêmio Inovare, cujo objetivo é identificar e difundir práticas bem-sucedidas de gestão do Poder Judiciário brasileiro que contribuam para a modernização, melhoria da qualidade e da eficiência dos serviços da Justiça; Programa de Capacitação em Poder Judiciário; Banco de Boas Práticas de Gestão; TV Justiça; criação da Escola Nacional de Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM.

Pode-se dizer que o Judiciário brasileiro avança, afirmando-se como um poder democrático. Contudo, não se está diante de um modelo acabado, nem sem defeitos que não precisam ser corrigidos, pois a mobilização para a construção de uma verdadeira democracia ainda não se verifica no nível desejado, mas que deve continuar em construção, principalmente quando se observa que, no Brasil, vive-se um período de mudanças, com um crescente sentimento de cidadania.

CONCLUSÃO

Nos últimos anos, a atuação do Poder Judiciário alcançou maior visibilidade, deixou o papel de mero aplicador da lei para exercer também a função de assegurar a aplicação das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais na defesa do Estado Democrático de Direito.

O conceito de sociedade civil e a teoria da separação dos poderes, ao longo da história, vêm evoluindo a partir das ideias de filósofos clássicos, como Hobbes, Locke, Rousseau e Montesquieu, propiciando a formação do Estado moderno e, ao Poder Judiciário, a possibilidade de, na atualidade, ser reconhecido como um poder independente.

O Poder Judiciário enquanto poder do Estado desempenha uma função política. Possui a função precípua de aplicar o direito no caso concreto, dando resposta às demandas sociais para que a ordem constitucional não fique comprometida.

Quando o Judiciário atua em temas polêmicos e controversos, não decididos politicamente, ocorre uma judicialização da política, que se conceitua como a transferência de poder do Executivo e Legislativo para os juízes e Tribunais. Deve-se pensar a judicialização da política não como uma substituição da política, mas enquanto atuação do Poder Judiciário que resguarde os direitos dos

³² *Ibid.*, p. 177.

cidadãos, dentro da complexidade da sociedade contemporânea, modificando a realidade existente e contribuindo para o fortalecimento da democracia.

O Judiciário vem implementando novas formas de solução de conflitos, realizando projetos de descentralização, objetivando reduzir as dificuldades de acesso à Justiça e concretização dos direitos da cidadania, como os Juizados Especiais Cíveis, a solução de conflitos com aplicação de formas alternativas, de arbitragem, conciliação e mediação, bem como a virtualização e informatização dos processos. Já se verifica, há muito, a participação social no Tribunal Popular do Júri e, mais recentemente, nas audiências públicas realizadas nas Corte Superiores e *amicus curiae*.

O acesso à Justiça não se limita ao acesso ao Judiciário, nem indica a plenitude do exercício dos direitos da cidadania, de forma que há necessidade de uma nova interpretação dos conceitos de independência e harmonia, para que os poderes instituídos, juntamente com a participação popular, devam procurar alcançar a cidadania plena como fundamento do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. *Teoria política da soberania*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Forum, 2013.

BOBBIO, Norberto. *Estudos sobre Hegel: direito, sociedade civil, Estado*. Trad. Luiz Sérgio Henriques e Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, Brasiliense, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder Judiciário no regime democrático*. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, maio/ago. 2004.

COUTINHO, Carlos Nelson. *Marxismo e política*. A dualidade de poderes e outros ensaios. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1996.

_____. Democracia e socialismo: questões de princípio. In: *Contra a corrente: ensaios sobre democracia e socialismo*. São Paulo: Cortez, 2000.

ESCRIVÃO FILHO, Antonio Sergio. Participação social no Judiciário como instrumento para a democratização da justiça, 2010. Disponível em: <<http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/node/243>>. Acesso em: 22 nov. 2013.

FALCÃO, Joaquim de Arruda. Democratização e serviços gerais. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e justiça*. São Paulo: Ática, 1989.

GOHN, Maria da Glória. *Conselhos gestores e participação sociopolítica*. São Paulo: Cortez, 2001.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia? A genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz. A crise de gestão do Poder Judiciário: o problema, as consequências e os possíveis caminhos para a solução. Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2013/01/2099_Des_Marcos_Alaor_Artigo_ENFAM_28_4_2011_editado.pdf>, publicado em 06.05.2011. Acesso em: 24 nov. 2013.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna*. Introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HELD, David. *Modelos de democracia*. Trad. Maria Hernández. 3. ed. Madrid: Alianza Editorial, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-juiz na democracia contemporânea*. Uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LOCKE, Jonh. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Julio Fisher. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MALMESBURY, Thomas Hobbes. *Leviatã ou matéria, forma e poder um estado eclesiástico e civil*. Trad. Rosina D'Angi. 3. ed. São Paulo: Icone, 2008.

MARSHALL, Thomas H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

MORAES FILHO, José Filomeno de. Separação de poderes no Brasil pós-88: princípio constitucional e práxis política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. *Teoria da constituição*. Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PONTE NETO, José Júlio da. O Poder Judiciário e a concretização da democracia participativa. *Anais do XVII Conpedi*, Salvador/BA, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (Conpedi), jun. 2008. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/Integra.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2013.

RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes, o medo e a esperança. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. 14. ed. São Paulo: Ática, v. 1, 2012.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

RODRIGUES, Horácio Vanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*. O social e político na pós-modernidade. 6. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

SOUZA, Maria Luiza. *Desenvolvimento de comunidade e participação*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1991.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. rev. ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

WEFFORT, Francisco C. Marx: política e revolução. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. 11. ed. São Paulo: Ática, v. 2, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CRÍTICA À LEITURA DE HANS KELSEN SOBRE A FILOSOFIA DO DIREITO DE THOMAS HOBBS

CRITICAL READING OF HANS KELSEN ON LEGAL PHILOSOPHY OF THOMAS HOBBS

Luiz Henrique Urquhart Cademartori¹

Mestre em Filosofia do Direito e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC

Rubin Assis de Souza²

Mestre em filosofia (UFPel) e mestrando em Direito – PPGD/UFSC

RESUMO: O artigo analisa a leitura crítica de Hans Kelsen acerca da concepção jurídico-política de Thomas Hobbes, considerando críticas posteriores à própria interpretação de Kelsen. Para tanto, investigou-se primeiramente a posição de Kelsen sobre o jusnaturalismo buscando esclarecer conceitos centrais como os do ser e dever-ser e como o autor os associa a Hobbes. Nesse sentido, observou-se a limitação da leitura de Kelsen em

relação à filosofia jurídica do autor – uma doutrina jusnaturalista metafísica, tendo na regra de ouro o fundamento natural para o direito positivo. Em contraposição, procurou-se apresentar uma postura crítica, que contesta a posição jusnaturalista atribuída a Hobbes e sustenta a tese de que o autor inglês é um precursor do positivismo jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Kelsen; Hobbes; jusnaturalismo; juspositivismo.

¹ Possui pós-doutorado em Filosofia do Direito pela Universidad de Granada, Espanha, Professor dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Autor de diversas obras jurídicas de direito público e artigos para periódicos e revistas científicas.

² Professor substituto do curso de filosofia da UFSC, bolsista CAPES.

ABSTRACT: *The article analyzes the critical reading of Hans Kelsen on the legal-political conception of Thomas Hobbes, considering critics of own interpretation of Kelsen criticism. To do so, first we investigated the position of Kelsen on jusnaturalism seeking to clarify the central concepts of being and must-be and how the author associates them with Hobbes. In this sense, there was a limitation of reading Kelsen's legal philosophy in relation to the author – one metaphysical doctrine of natural law, and the golden rule of the natural foundation for the positive law. In contrast, we sought to provide a critical position, challenging the natural law position assigned to Hobbes and supports the thesis that the English author is a precursor of legal positivism.*

KEYWORDS: *Kelsen; Hobbes; jusnaturalism; juspositivism.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 As teses de Hans Kelsen sobre o jusnaturalismo; 2 A concepção jusnaturalista de Hobbes segundo Kelsen; 3 Críticas à concepção jusnaturalista – Hobbes como precursor do positivismo jurídico; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Hans Kelsen's theses on natural law; 2 The natural law conception of Hobbes second Kelsen; 3 Criticism of the natural law conception – Hobbes as a forerunner of legal positivism; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo, preliminarmente, procura apresentar sucintamente as teses de Hans Kelsen sobre a concepção jusnaturalista de Thomas Hobbes e uma posterior crítica sobre as suas hipóteses. Tal investigação mostra-se importante na medida em que contribui para elucidar a forma como a filosofia política de Hobbes foi recepcionada, tanto por jusnaturalistas quanto por juspositivistas hodiernos, especialmente pela leitura de Kelsen.

Inicialmente, procura-se dar ênfase ao caráter dogmático conferido à doutrina jusnaturalista de Hobbes, pela interpretação de Kelsen, tendo demonstrando, este último, a pretensa irracionalidade dos pressupostos hobbesianos para legitimar o Direito. Com tal procedimento, fica esclarecida a suposta função do jusnaturalismo hobbesiano para Kelsen – uma função exclusivamente conservadora e reacionária, embora mais sincera do que as teses de seus predecessores e contemporâneos jusnaturalistas –, pois admite o legalismo e conservadorismo em que recaem todas as teses metafísicas postulantes de um direito natural.

Logo a seguir, apresenta-se o contraponto à leitura kelseniana por meio de uma interpretação mais atual de autores que irão redimensionar o contexto histórico de Hobbes e seus artifícios retóricos para fundamentar o direito por meio do *Leviatã*. Ficará demonstrado que a filosofia jurídica de Hobbes não pode ser lida apenas sob a ótica da metafísica naturalista clássica. Analisando-se as considerações propostas pelo filósofo inglês, verifica-se a necessidade de interpretá-lo ponderando os conceitos de lei civil pela sua não necessária contradição com o direito natural e a irreversível formação da sociedade civil.

Considera-se, por fim e como já mencionado, o contexto histórico em que estão inseridos alguns intérpretes contemporâneos que irão rever a leitura de Kelsen sobre Hobbes. Para tal fim, adota-se um procedimento investigativo-bibliográfico, remetendo-se a algumas das obras de relevância para a filosofia do direito que citam o autor inglês e contestam a interpretação de Kelsen, tais como Bobbio, M. Villey e Simone Goyard-Fabre.

1 AS TESES DE HANS KELSEN SOBRE O JUSNATURALISMO

Hans Kelsen, já na teoria pura do direito, averigua os objetivos e princípios do jusnaturalismo e conclui a irrelevância de tais argumentos para a validade de uma ordem jurídica sustentando o aspecto exclusivamente teológico da doutrina, sendo que a mesma requer sempre a derivação de um *dever-ser* por meio de um *ser*. Argumento que necessariamente peticionará princípios por ser evidentemente uma falácia naturalista. Essa hipótese, argumenta Kelsen, necessariamente postula a ideia de uma divindade, seja ela na forma naturalística, seja na forma de razão prática, ou mesmo irracional e teocrática (Kelsen, 2006, p. 74 e ss.). Isso porque não há na possibilidade do conhecimento humano distinguir o que é natural ou não.

Os objetivos de uma teoria do direito natural, segundo o autor, são apenas manter uma técnica absolutista e arbitrária de domínio invariavelmente antidemocrática: um verdadeiro pensamento de “peixe grande”, diz o autor. Para Kelsen, na natureza o peixe grande engole o pequeno e não se justifica por tal; entre os humanos, entretanto, o peixe grande teme ser engolido por um maior, o que lhe autolegitima criar uma justificativa ilusória de absolutismo moral em que a sua vontade adquire *status* de obrigação universal capaz de submeter o adversário, ou os valores opostos, ao seu julgo (Kelsen, 2001, p. 9).

Conforme o jusnaturalismo, afirma Kelsen, a natureza funciona como autoridade normativa, como legisladora dos valores humanos. Quem está de

acordo com suas normas atua justamente. Tais normas são consideradas imanentes à conduta humana, a qual é descoberta, no jusnaturalismo racionalista, por meio de uma atenta análise do comportamento, sendo, portanto, cognoscíveis. Não são normas do direito positivo, variáveis no tempo e no espaço, mas normas dadas anteriormente ao surgimento do Estado e do Direito, com características sobre-humanas de invariabilidade e imutabilidade. São, sempre, normas ilusórias de um conhecimento *numênico* inacessível (Kelsen, 2003, p. 71).

Como, no entanto, a natureza encontra-se em constante mutação, isto é, como o *ser* da natureza é um constante *dever*, um *tornar-se a ser*, as normas da natureza não podem constituir um conhecimento da regularidade observável do acontecer fático. Apenas é cognoscível a permanência das mutações dos fenômenos naturais concretos fenomenologicamente fundamentados por meio de um método transcendental do contexto dos estados de coisas, ou seja, sob iguais condições surgem as mesma consequências, mas o oposto não pode ser descartado³. Ou, apenas o conhecimento, entendido kantianamente da satisfação da convicção tanto subjetiva quanto objetiva, fenomenológico, possui fundamento válido em Kelsen. Quando a doutrina do direito natural deduz da natureza normas imutáveis da conduta justa, o que faz é transformar regras do “ser” em normas do “dever-ser” através de uma tese cognitivista-realista e produzir a ilusão de um valor imanente à realidade, representadas como fins objetivos da natureza, isto é, a natureza é interpretada como um todo ordenando com uma finalidade conhecida por privilegiados. Ou seja, é apenas uma concepção metafísico-religiosa do mundo, que se radica na ideia de que a natureza foi criada por uma autoridade transcendente, incorporadora em si do valor moral absoluto ou do acontecer fático da realidade (Kelsen, 2003, p. 73).

Neste sentido, as normas ditas naturais (o jusnaturalismo) adquirem sempre um caráter teológico, as quais obrigatoriamente admitem que a natureza possa ser encontrada a partir de um direito justo. A natureza poderia ser interpretada, assim, como um todo organizado com uma finalidade quando se admite que sejam postos certos fins ao acontecer natural por aparte de uma vontade transcendente. Como tal, essa validade é tida como absoluta e imutável, como consequência exclusiva da sua origem divina cognoscitivamente acessível

³ Sobre o método de fundamentação epistemológica adotado por Kelsen na teoria geral das normas, *vide* TGN, 1986.

por poucos privilegiados, os quais governarão de forma incontestada (Kelsen, 2003, p. 75).

O que visa ao direito natural, dessa forma, consciente ou inconscientemente, afirma Kelsen, não é uma função revolucionária, como de costume se acredita, mas tem sempre uma função reacionária, pois sempre acaba legitimando o detentor do poder, dando-lhe atributos políticos incontestáveis, vistos serem “naturais” ou “humanos”. Ou seja, há sempre um caráter conservador no jusnaturalismo, exercendo a função de justificar indiscriminadamente as arbitrariedades cometidas pelo Estado. Tal como apresentado por seus defensores, o jusnaturalismo serviu para justificar as ordens jurídicas existentes e as suas instituições políticas e econômicas como naturalmente harmônicas. Ou seja, um caráter inteiramente político conservador (Kelsen, 2003, p. 106). Ora, depois da mudança revolucionária do Estado, depois da “práxis” revolucionária estar em conjunto ao andar da história, obviamente o governo revolucionário impedirá qualquer tipo de mudança, pois logicamente a negação da negação é a própria afirmação do primeiro argumento negado. O que de fato, racionalmente, não se sustenta. Como afirma Kant na dialética transcendental, proposições com pretensão de verdade e válidas, sendo opostas, são contraditórias e, portanto, um erro lógico e formal (Kant, 2005, p. 273 e ss.)⁴.

Essa mesma postura antijusnaturalista kelseniana ocorre quando o autor interpreta Thomas Hobbes – todos os elementos anteriormente expostos do jusnaturalismo são imputados também a Hobbes. Para Kelsen, o autor inglês é lançado ao rol dos absolutistas morais, tais como Platão, Aristóteles e Kant, e, portanto, um adversário da doutrina pura e do positivismo jurídico. Hobbes, entretanto, é diferenciado dos outros jusnaturalista por ter mais facilidade e coerência em encontrar um argumento capaz de motivar o sujeito a sair do estado de natureza e fundar o estado civil, justificado o seu conceito de justiça como invariavelmente relacionado com a legalidade e, conseqüentemente, reconhecendo seu conservadorismo metafísico legalista. Vejamos no próximo capítulo tal compreensão e como é articulado por Kelsen a variável da regra do outro como fundamento cognoscitivo do direito natural em Hobbes.

⁴ A tese do surgimento da doutrina jusnaturalista também pode ser compreendida a partir da obra *A ilusão da justiça*, de Kelsen, na qual o autor sustenta o homossexualismo reprimido de Platão como origem da ilusão da justiça absoluta e, conseqüentemente, a ilusão de um jusnaturalismo (Kelsen, 2000).

2 A CONCEPÇÃO JUSNATURALISTA DE HOBBS SEGUNDO KELSEN

A citação de Kelsen sobre a filosofia política e jurídica de Hobbes está presente essencialmente no artigo “A doutrina do direito natural perante o tribunal da ciência”, sistematizada na edição brasileira “O que é justiça?” (Kelsen, 2001, p. 137 e ss.).

Para Kelsen (2001, p. 137), Hobbes, apesar de se manter fiel aos conceitos jusnaturalistas, é o único filósofo a evitar a contradição de justificar e validar o direito positivo por meio do direito natural na medida em que aquele corresponda a esse – em Hobbes, o direito positivo suplanta a suposta natureza egoística dos homens, os quais no estado de natureza têm uma vida curta e vã, pois estão em constante enfrentamento, consequência da igualdade natural, a qual equipara todos com as mesmas forças e habilidades, levando-os à indefinição de ordem e hierarquia na distribuição dos bens primários, tais como a vida, a propriedade, etc. No estado de natureza, nenhum valor está garantido, porque sedo todos iguais e as forças equivalentes, a vida tornar-se-ia um constante embate para a garantia desses bens mais básico.

Portanto para Hobbes, diferentemente dos outros autores jusnaturalistas estudados por Kelsen, o direito positivo não é supérfluo diante da existência de um ordenamento justo presente nos homens na condição do estado natural; não é uma atividade dos legisladores em tentar “iluminar a luz do sol” (Kelsen, 2001, p. 142), tal como a contraditória doutrina de Rousseau e Kant. Nesse sentido, não há a contradição, na filosofia política de Hobbes, existente na maior parte das doutrinas do direito natural – a qual sustenta que a natureza humana é fundamentalmente boa, mas são necessários institutos positivos para reprimir a “maldade natural humana” e garantir a propriedade privada (Kant) ou a liberdade individual (Rousseau). Se de fato à natureza humana atribui-se a bondade, e a corrupção à sociedade civil, não há justificativa forte o suficiente para motivar a saída daquele estado natural para o Estado civil.

Hobbes, segundo Kelsen, sustenta então que o reconhecimento da igualdade no direito natural tem a competência de legitimar o poder ilimitado para o homem em estabelecer o direito positivo, o qual instituirá uma hierarquia positiva responsável pelo encerramento dos conflitos egoísticos: não serve de arquétipo para a política do Estado e da nação, mas apenas justifica a criação de um ser artificial, fundado por contrato, pela vontade das partes, responsável pelo não regresso do homem civilizado ao seu estado natural egoístico. O homem no seu estado de natureza, supõe Hobbes, é egoísta, e, portanto, uma

ordem artificial é criada no intuito de civilizá-lo, garantido assim a convivência e aumentando-lhe a força por meio da soma da força dos indivíduos (Kelsen, 2001, p. 143). Nesse sentido, a igualdade natural é considerada pejorativamente por Hobbes, a qual será responsável pela guerra de todos contra todos.

Essa linha de argumentação, para Kelsen, equivale à negação lógica, embora autorreferente, do direito natural pelo próprio direito natural. Hobbes originalmente não põe o direito positivo na posição subalterna ao direito natural, mas o equipara quando o considera a garantia do não retorno ao estágio primitivo. Nesse sentido, o argumento de Hobbes vai além e sustenta que o próprio direito positivo de forma alguma pode ser contraditado pelo direito natural, porque o direito civil é, como tal, também parte dos ditames da natureza. Portanto a obediência ao direito civil também é uma ordem da lei da natureza. Ou seja, o direito não pode ser contrário à razão. Enfim, há a identificação do direito positivo com o direito natural, não a superioridade desse em legitimar ou orientar aquele (Kelsen, 2001, p. 145). Assim, o direito positivo não pode ser contra ou favorável à razão e, portanto, o direito natural não traça arquétipos ao legislador, cuja não observância geraria o conflito entre o soberano e a sociedade civil.

A questão posta por Kelsen a partir desse ponto refere-se a qual tipo de razão Hobbes se refere. Segundo Kelsen, Hobbes não alude a nenhuma razão particular, da qual surgem inevitáveis e ilimitadas contradições, contestações e equívocos. Também a razão política hobbesiana não se coaduna com uma lógica formal ou uma razão prática tomista. Para Hobbes, apenas a razão do Estado, da nação, determina o conteúdo do direito, e esse direito é tanto positivo quando simultaneamente direito natural. Essa razão do Estado é a razão de seu comandante, do seu representado e, portanto, não contraditória, pois não há hierarquia maior à dele. Assim a razão do Estado é, concretamente, a própria vontade do soberano. Mesmo quando haja qualquer contradição normativa, o problema pode ser facilmente solvido por meio da interpretação ou mesmo a alteração da norma unicamente pelo soberano⁵ (Kelsen, 2001, p. 145).

Para Kelsen, torna-se evidente que, nessa doutrina, o direito natural não tem nenhuma outra função que não a de justificar o direito positivo, qualquer que seja o governo – um jusnaturalismo legalista que procura nos princípios da autodefesa e da paz sua base argumentativa para o arbítrio estatal na figura do governante. Essa figura do governante está fundada na necessidade dos

⁵ Vide Hobbes, 2004, p. 215 e ss., sobre a interpretação normativa.

indivíduos abandonarem o caótico estado de natureza, os quais, necessariamente para Hobbes, escolhem outro tipo de liberdade para sua sobrevivência. Abdica-se da liberdade natural para promover a liberdade civil, a qual sustenta a existência de um impedimento legítimo de movimentos físicos dos cidadãos. Esse impedimento de movimentos, ou seja, a tese mecanicista de Hobbes, é uma escolha dos indivíduos cedendo um tipo de liberdade, natural, por outra, civil, mais restrita, porém sustentável. Ocorre que essa liberdade garante o bem principal para Hobbes – a vida –, sendo esta fundamentada por uma regra que suplanta a simples vontade (razão) do soberano – a regra de ouro, isto é, só fazer aos outros o que se quer para si mesmo.

Para Kelsen, então, não há que se interpretar Hobbes como um precursor do juspositivismo porque o autor ainda requer princípios metafísicos tais como a vida individual e a sua proteção como base da formação do Estado e do Direito. Tem-se, nesse sentido, na regra de ouro, a racionalização típica do contratualismo seiscentista de Hobbes como fundamento essencialista do conceito de humanidade e Estado, com diversos problemas epistemológicos – uma petição de princípios e uma falácia naturalista. Estaria, para Hobbes, na essência humana superar o egoísmo do estado de natureza por meio da formação de uma sociedade civil, fundamentado tal essência na própria regra de ouro.

Para Hobbes, portanto, apenas a razão do Estado e o direito positivo são legítimos, sendo as opiniões e requisições dos autores e filósofos moralistas inteiramente subjetivas e não representativas da razão do Estado e do Direito, tudo fundado na suposta racionalização da reciprocidade da regra de ouro. Todos os julgamentos, exceto do soberano, são subjetivos e tratam de forma relativa o que se considera bem e mal. A indeterminabilidade é oriunda das concepções empirista e emotivista que Hobbes tem acerca da moralidade comum. Para o autor, bem e mal são criações e nomeações dadas por diferentes doutrinas e significam a diversidade dos nossos apetites e aversões. Tais discordantes opiniões dos filósofos estão determinadas por variados temperamentos e costumes de onde se encontram, não apenas pelo desagrado dos sentidos, mas também pela noção de conformidade com a vida comum do doutrinador. Desta conturbada discussão doutrinária e filosófica surgem controvérsias e disputas que, por fim, levam à guerra (Kelsen, 2001, p. 146).

Consequentemente, Hobbes argumenta que a indefinibilidade das chamadas leis da natureza da sua época são excessivamente discordantes, contraditórias e inconciliáveis. Todos os autores haviam falhado em definir leis e direitos naturais, tal como foram infelizes na definição de uma natureza humana.

Como consequência das diferenças de juízos de valor surgem rompimentos da paz fruto da discordância da consideração do bem e mal, do certo e errado, mesmo para as medidas comuns dos homens (Kelsen, 2001, p. 146).

Para Hobbes, portanto, a medida comum, ou a reta razão, conceitos cultivados durante a patrística e a escolástica, são discordantes entre si e inflexíveis diante dos argumentos opostos. A descoberta da razão natural não foi elucidada pelos filósofos a ponto de criar arquétipos ao comando do soberano e fundamentos para o desrespeito à lei civil. Considera Hobbes que a correta razão é inexistente para a massa de indivíduos; tal ocorre apenas quando um homem, deva ocupar, através da sua vontade, lugar do soberano. Esse ditará (ou promulgará, no caso de uma república) o correto e o justo e possuirá a razão do Estado: o que é correto ou errado, vício ou virtude é assunto de sua exclusiva competência. Ou seja, não é o indivíduo quem delibera sobre a lei natural, mas apenas o Estado personificado na figura do seu soberano, apoiado sobre a regra de ouro. Nesse sentido, Kelsen cita Hobbes (Kelsen, 2001, p. 147):

A interpretação das leis da natureza em uma nação não depende dos livros de filosofia moral. A autoridade dos autores sem a autoridade da nação não faz de suas opiniões Direito, por mais verdadeiras que sejam. Aquilo que escrevi neste Tratado no que concerne às virtudes morais e à sua necessidade para prover e manter a paz, embora seja a verdade evidente, não é agora Direito por causa disso; mas sim porque, em todas as nações do mundo, é parte do direito civil; pois, embora seja razoável naturalmente, é pelo poder soberano que é Direito; do contrário, seria um grande erro chamar as leis da natureza Direito não escrito; por isso vemos tantos volumes publicados, e neles tantas contradições de um para outro e deles consigo mesmos.

Desta forma, Hobbes é visto por Kelsen como qualquer outro jusnaturalista, entretanto mais legalista, sincero e consequente. Não vê uma função revolucionária em Hobbes, mas conservadora, a consequência inevitável de qualquer jusnaturalismo. Conclui-se, assim, que Hobbes também compõe a chamada doutrina naturalista do Direito, a qual irá requerer regras da razão dadas anteriormente ao direito posto. Ocorre que Hobbes, segundo Kelsen, é mais consequente que seus contemporâneos, afirmando o caráter legalista desse jusnaturalismo – a lei da natureza, apresentada por Hobbes como a regra

de ouro (não fazer aos outros o que não queres que te façam), não justifica a rebelião ou a contraposição das normas do Estado, mas apenas o justifica na forma de necessidade natural humana para a sobrevivência⁶. A filosofia de Hobbes, nesse sentido, destaca-se pela sinceridade na exposição de tal indubitável consequência legalista e conservadora da regra moral. Ocorre que todas as versões do direito natural tem essa função, mas seus doutrinadores não a reconhecem sinceramente nos primeiros argumentos de suas obras. As doutrinas metafísicas, diferentemente de Hobbes, são abstrusas unicamente tendo em vista o que Hobbes admite abertamente em sua filosofia jurídica – *o princípio do direito natural é justificar a ordem vigente*.

Dentro dessa leitura, pode-se classificar Kelsen na interpretação postulante por um Hobbes jusnaturalista e não juspositivista de acordo com a interpretação classificatória de Mark Murphy (*Was Hobbes a Legal Positivist?*) (Murphy, 1995, p. 845 e ss.), o qual, da mesma forma, dá ênfase à interpretação do direito natural, isto é, uma liberdade natural, anterior à lei civil, ou seja, uma obrigação autorizada por um direito anteriormente nomeado. Nesse sentido, para os filósofos, tanto Kelsen quanto Murphy, Hobbes não abdica do direito natural em nenhum momento de sua obra para justificar um legalismo positivista do soberano. Há de se considerar também a lacuna deixada por Hobbes quando sustenta a possibilidade de revolta dos cidadãos na hipótese do soberano não mais corresponder às necessidades do homem em manter-se vivo e íntegro fisicamente e com garantias de reciprocidade na consecução da sociedade civil – essa seria, para Hobbes, a forma principal da aplicação da regra de ouro. Dentro das críticas desenvolvidas por Kelsen ao jusnaturalismo, a dirigida a Hobbes insere-se na tentativa de racionalização de um dogma da liberdade e da garantia da paz, e, conseqüentemente, Hobbes também recai na derivação do *dever-ser* pelo *ser*, consequência inevitável para todo jusnaturalista.

3 CRÍTICAS À CONCEPÇÃO JUSNATURALISTA - HOBBS COMO PRECURSOR DO POSITIVISMO JURÍDICO

A leitura de Kelsen sobre o direito natural de Hobbes não foi seguida pelos seus sucessores positivistas, tais como Bobbio e Simone Goyard-Fabre. Para tais autores, há de se criticar a visão de Kelsen sobre a filosofia política e jurídica de Hobbes e vê-lo como um precursor do positivismo jurídico.

⁶ A regra de ouro como máxima de ação em Hobbes aparece no *Leviatã* no capítulo XV, como outras regras da natureza. Também Hobbes, 2004, p. 211.

O primeiro filósofo a destacar a interpretação juspositivista de Hobbes utilizado por nós neste artigo será Bobbio, essencialmente na obra *O positivismo jurídico* (Bobbio, 1995). Segundo o filósofo italiano, pode-se, ao contrário do pensamento de Kelsen, aproximar a filosofia jurídica de Hobbes aos primórdios do positivismo jurídico, encontrando no *Leviatã* elementos fundamentais para a fundação da escola positivista do Direito.

Segundo Bobbio, o positivismo jurídico possui uma série de diferenciações em relação à doutrina jusnaturalista, entre os quais: a) é particular e não universal; b) é mutável e não imutável; c) a fonte do Direito é relativa e não natural; d) o conhecimento do direito positivo é conhecido pela experiência, não deduzido pela razão, isto é, o direito positivo é conhecido pela declaração de vontade do legislador; e) o positivismo jurídico é indiferente em relação aos valores (Bobbio, 1995, p. 23).

A partir desses critérios, podemos investigar a posição de Bobbio em relação ao pensamento de Hobbes, identificando a interpretação juspositivista do autor inglês. Podemos observar que a filosofia de Hobbes ignora os valores relativos à fundamentação do Direito. Hobbes preocupa-se com o fato de que, sem regulação jurídica e sem poder coercitivo dos sujeitos, estes tendem a degradar-se, tendo como consequência o aniquilamento geral. Ou seja, não se discute a partir do direito natural se a soberania de tal e qual governo é boa ou má, apenas identifica-se o fato do egoísmo humano e, a partir de tal, formula-se uma doutrina do Estado. Da mesma forma, Bobbio irá relacionar Hobbes também em outros aspectos à sua classificação de positivismo jurídico. O problema da coerção, da fonte exclusiva e do monopólio da força pelo Estado representado pelo soberano; a particularidade das opiniões e divergência das doutrinas naturalistas contestadas por Hobbes, etc.

Ocorre que o contexto histórico, afirma Bobbio, irá explicar a razão de Hobbes ser o precursor do positivismo. Hobbes, segundo Bobbio, tinha a missão de combater a *common law*, ordem jurídica considerada retrograda e medievalista. Para isso, criou as bases para a fundação do pensamento juspositivista. Segundo Bobbio, “aquilo que Hobbes diz para justificar sua posição contra o direito comum é muito importante, quanto que pode ser considerado como o direito precursor do positivismo jurídico” (Bobbio, 1995, p. 34).

Nessa mesma linha de argumentação de Bobbio, Michel Villey (2005, p. 675 e ss.) sustenta a tendência juspositivista de Hobbes. Segundo Villey, Hobbes é o responsável direto pela fundação do positivismo jurídico. Para Hobbes, afirma, o direito é composto por regras editadas por um poder externo,

isto é, por regras positivas. Nesse sentido, o positivismo de Hobbes estende-se também à moralidade e à religião. Com efeito, o direito não é mais disposto por Deus ou por seus representantes, da mesma forma que não é formalizado (como na *common law*) por meio da moralidade comum dos costumes, mas apenas pela vontade dos homens. Essa é a percepção do autor quanto à criação normativa por parte do soberano. Não há um consentimento universal ou regras divinas (Villey, 2005, p. 727).

Consequentemente, a criação normativa para Hobbes, afirma Villey, é reservada apenas para a lei do Estado e para a razão do Estado. Nas palavras de Villey (2005, p. 725): “O Direito é postulado apenas pelo Estado e por essa lei por excelência que aos olhos dele é a lei civil – essa lei cuja fórmula expressa está gravada em ‘sinais’ manifestos”.

Hobbes chegou, desta forma, segundo Villey, ao positivismo jurídico. Nesse ponto, alerta o autor, está contido o erro de Kelsen ao conceituar Hobbes como jusnaturalista. Segundo o autor, Kelsen confunde a lei e o Direito em Hobbes. Para Villey, o direito natural do estado de natureza é substituído no estado civil por um direito que é somente positivo (Villey, 2005, p. 728).

Assim Villey interpreta Hobbes como um juspositivista sustentando que as leis civis serão, para o autor inglês, constituintes do Estado e exclusivas dele. Isso porque as mesmas equivalem ao direito natural⁷. A lei civil gera todo o conteúdo de obrigação estrita, pois edita inclusive os valores do que é bom ou ruim. O Direito também, nesse sentido, é produto apenas da lei civil humana positiva, não resultante do direito natural, *mesmo não resultando da regra de ouro*. Diz Villey (2005, p. 745):

Se por direito entendo um sistema de relações sociais, de obrigação e de direitos claramente definidos (e é o que o *jus* se torna para Hobbes no estado civil), *esse direito não é produto da lei natural*, apenas da lei civil humana positiva. Por isso nos parece equivocado pôr em Hobbes, como fazem muitos autores contemporâneos, o rótulo de “jusnaturalista”. Nós o consideramos o fundador do positivismo jurídico. (grifos nossos)

⁷ De fato, Villey está correto em sustentar a identificação da lei da natureza com a lei civil. Diz Hobbes (2004, p. 209): “Portanto, a lei de natureza faz parte da lei civil, em todos os Estado do mundo. E também, reciprocamente, a lei civil faz parte dos ditames da natureza. Porque a justiça, quer dizer, o cumprimento dos pactos e dar a cada o que é seu, é um ditame da lei de natureza”.

Também Simone Goyard-Fabre (2007, p. 48 e ss.) segue nessa linha de argumentação, requerendo à interpretação de Hobbes uma compreensão reconhecedora dos princípios do juspositivismo. Embora Hobbes de fato mantenha-se atrelado ao pensamento jusnaturalista, em sua filosofia do direito pode-se encontrar fundamentos para a formulação das regras que apenas viriam a ser sistematizadas com maior rigor no século XIX. Hobbes, então, não repudia a ideia do direito natural, apenas transforma o conceito, tornando-o justificador do direito positivo.

Nesse sentido, Goyard-Fabre sustenta que Hobbes constrói um sistema de convencionalismo jurídico, inimigo mortal do direito natural clássico, o que constitui, para a autora, uma revolução epistemológica da filosofia política, pondo em evidência os conceitos caros para Hobbes e sua época, tal como o mecanicismo e o racionalismo cartesiano. Nas melhores palavras da autora (Goyard-Fabre, 2007, p. 50):

A metamorfose mais espetacular reside nesse convencionalismo mediante o qual Hobbes transforma a fonte, a forma e o sentido da juridicidade, uma vez que, a seu ver, cabe à forma da lei determinada pela única autoridade legiferante do poder público definir o direito e conferir-lhe força obrigatória. Nessa metamorfose antinaturalista, encontra-se o princípio do que, três séculos depois, se chamará “positivismo jurídico”. A intuição “positivista” de Hobbes fica ainda mais forte porque o formalismo legalista que caracteriza a dinâmica funcional do Estado-Leviatã parece bastar-se a si mesmo a ponto de repudiar qualquer referência a um horizonte normativista ou axiológico. [...] é preciso sublinhar aqui a importância que o autor do Leviatã atribui ao cálculo de interesses que a razão efetua e ao artificialismo político-jurídico daí decorrente. O direito do Estado é essencialmente um direito positivo determinando por uma razão construtiva que, além disso, disciplina sozinha a autoridade de coerção vinculada às leis e às regras de direito. Com Hobbes, fica plenamente estabelecido que o direito nada deve ao Céu, nem à experiência, nem à história: ele se insere no âmbito do legicentrimento estatal que é obra de razão, e

seu valor provém apenas do poder de decisão do poder público.

Conforme Goyard-Fabre (2007, p. 53), então, o direito natural em Hobbes é uma instrumentalização analítica de um argumento para o fim específico de legitimar apenas a positividade do Direito. Ou seja, o direito natural hobbesiano, diferentemente da interpretação de Kelsen, é apenas uma estratégia argumentativa, não uma composição substancialista do Estado. O direito natural revela-se apenas como elemento analítico da síntese política. Essa hipótese, afirma a autora, revela as raízes mecanicistas modernas do pensamento de Hobbes, refutando a concepção metafísica tradicional da escolástica.

Ainda, em uma arqueologia do positivismo, Goyard-Fabre observa em Hobbes uma intuição positivista em virtude de sua postura iconoclasta, embora, enfatiza a autora, necessitem-se precisão e cuidado em classificar Hobbes como um positivista moderno, condição anacrônica. Não se deve, afirma, negligenciar os limites que Hobbes impõe a essa postura positivista. Ocorre que, mesmo sendo um de seus precursores, Hobbes ainda mantém-se hesitante quanto ao abandono das concepções tradicionais de justiça, recorrendo, por exemplo, à regra de ouro para fundamentar sua posição naturalista. Nesse sentido, Hobbes encontra uma série de limites à postura positivista – primeiro a arquetônica do Estado-Leviatã não se reduz ao formalismo da legislação civil, pois a lei civil confere efetividade, porém a lei natural evita a arbitrariedade; da mesma forma Hobbes não rompe com o a-historicismo do pensamento clássico do direito (Goyard-Fabre, 2007, p. 78 e 79).

Entretanto, apesar dessas limitações restritas temporalmente, Hobbes manteve a ousadia de romper os paradigmas escolásticos e propor uma revolução dos fundamentos da ordem jurídica, dando, desta forma, bases conceituais para a formação do pensamento jurídico moderno, especialmente para o positivismo contemporâneo.

Nas palavras da autora (Goyard-Fabre, 2007, p. 79):

Como Grotius, e com a necessária prudência que a inversão das teses tradicionais impunha na época, Hobbes destaca o fato de que o universo jurídico é um universo profano: já não se lê a essência do Direito no Céu. O único direito que é verdadeiramente jurídico é o *jus civile*; ele traz a marca do racionalismo e do voluntarismo que a instituição do Estado e o exercício

de sua autoridade exigem. No estado, o Direito, determinado e definido pela lei civil, nada mais tem a ver com o direito de natureza. Ele se desenha como um tecido de regras prescritivas e obrigatórias que, em seus comandos ou suas proibições, conferem teor e limites ao justo e ao injusto, ao lícito e ao ilícito, mas também à propriedade, ao roubo, ao direito de família, etc.

Enfim, pode-se aduzir, ao fim deste tópico, que parte da doutrina analisada brevemente sobre Hobbes diverge da concepção de Kelsen. A ênfase que esse autor dá ao programa jusnaturalista de Hobbes é revista no sentido de considerá-la mais como estratégia argumentativa do que propriamente uma fundação metafísica clássica. Mesmo a regra de ouro e a excepcionalidade de uma revolta ou revolução justa, vistas sob uma perspectiva histórica, refutam a interpretação kelseniana.

CONCLUSÃO

No livro *A reconstrução dos direitos humanos*, Celso Lafer, citando o poeta Arquíloco, distingue os filósofos como raposas ou ouriços. Aqueles são filósofos mais dinâmicos e abertos a outras concepções éticas – Aristóteles, Marx e Hannah Arendt são exemplos de raposas. Kelsen, no entanto, pode ser definido perfeitamente na metáfora do ouriço – porque o autor fecha-se diante de concepções filosóficas diversas.

No caso da leitura de Kelsen sobre Hobbes, a metáfora de Lafer mostra-se perfeita. A impressão que se tem do texto de Kelsen é a de refutação absoluta das teses de Hobbes, mesmo sem considerar as peculiaridades da sua filosofia jusnaturalista. Observa-se a profunda refutação de Kelsen a toda e qualquer doutrina jusnaturalista. Como filósofo positivista, Kelsen não poderia deixar de responder às teses dualistas de Direito, fornecendo, portanto, uma vasta bibliografia dirigida ao tema da filosofia de Hobbes. Com isso, ficou demonstrado para Kelsen o caráter exclusivamente teológico da doutrina naturalística do filósofo inglês. Acontece que Hobbes, para Kelsen, mantém-se como um dualista metafísico do Direito, requerendo para a sua fundamentação jurídica princípios e leis naturais, tal como a regra de ouro.

Ocorre que tal tese de Kelsen, como demonstrado, não se sustenta quando se verificam as demandas do contexto histórico, tal como Bobbio e Goyard-Fabre o fazem, e a sistematicidade do pensamento do autor, o qual esclarece a formação de princípios para a fundação de um positivismo jurídico originado

no século XIX, assim como explicado por Goyard-Fabre e Villey. Enfim, ficou prejudicada a leitura de Kelsen quanto ao dualismo metafísico de Hobbes e entende-se melhor interpretar o *Leviatã* de forma sistemática e contextualizada. Conseqüentemente, tal prejuízo na interpretação de Kelsen enfatiza o caráter fechado e combativo da obra e da personalidade do autor.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Publiesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Tradução de Claudia Berliner. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 2004. Coleção os Pensadores.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. Valerio Rohden e Udo Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 2005. Coleção os Pensadores.

KELSEN, H. *A ilusão da justiça*. Tradução de Sérgio Tellaroli. 3.ed. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *O problema da justiça*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *O que é justiça: a Justiça: o direito e a política no espelho da ciência*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. *Teoria pura do direito*. Trad.: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MURPHY, Mark C. Was Hobbes a Legal Positivist? *Ethics*, Chicago, n. 105, 1995.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Stéphane Rials. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

A MODULAÇÃO DOS EFEITOS NAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE INCONSTITUCIONALIDADE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

MODULATION EFFECTS IN SHARES OF DECLARATORY UNCONSTITUTIONALITY IN TAX MATTERS

Marciano Buffon¹

Doutor em Direito do Estado

Juliano Dossena Junior

Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos
(São Leopoldo/RS)

RESUMO: O artigo analisa a possibilidade da modulação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade em matéria tributária, notadamente em face do caráter protetivo dos princípios constitucionais tributários. Com efeito, os princípios tributários representam uma conquista histórica dos contribuintes, consubstanciando-se em instrumentos de proteção dos cidadãos contra o arbítrio estatal. Nesse contexto, destacam-se os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança legítima do contribuinte e da previsibilidade, os quais impedem a retroatividade das normas tributárias mais gravosas aos contribuintes ou que esses sejam

surpreendidos com exações tributárias exigidas ao arrepio da lei. Assim sendo, em face do caráter protetivo dos princípios, entende-se que a decisão de inconstitucionalidade em matéria tributária somente pode ter seus efeitos limitados para a proteção dos direitos e das garantias do contribuintes. Ou seja, a atribuição excepcional de efeitos prospectivos somente se mostra possível nas hipóteses em que a eficácia retroativa da decisão possa levar a uma grave desestabilização do sistema jurídico, a exemplo do que ocorre nos casos das leis estaduais que concedem benefícios fiscais inválidos e na mudança de jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. Não se pode

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD da Unisinos (São Leopoldo/RS, Brasil).

admitir, portanto, a aplicação da modulação dos efeitos em benefício do Estado para suprimir o direito dos contribuintes ao ressarcimento dos tributos declarados inconstitucionais e indevidamente recolhidos ao Erário público.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de constitucionalidade; modulação dos efeitos; princípios constitucionais tributários.

ABSTRACT: *The article analyzes the possibility of modulating the effects of the decision declaring the unconstitutionality on tax matters, especially in the face of the protective nature of tax rules and constitutional principles. The rules and tax principles represent a historic conquest of the taxpayer, takes the form of instruments for the protection of citizens against state interference. And in this context, we highlight the principles of legal certainty and protection of legitimate expectations of the taxpayer, which prevent the retroactivity of the more burdensome to taxpayers or who are surprised by these tax exactions required in defiance of the law tax rules thus, given the protective nature of tax rules and principles, it is understood that the decision of unconstitutionality on tax matters can only have its limited to protecting the rights and guarantees of taxpayers effects, the exceptional allocation of prospective effect only shows possible in cases where retroactive effective decision can lead to a serious destabilization of the legal system, as occurs in cases of invalid state laws that grant tax benefits and change consolidated jurisprudence of higher courts . One can not allow the application of modulation effects to suppress the right to compensation for taxpayers declared unconstitutional and improperly collected taxes to the treasury.*

KEYWORDS: Control of constitutionality; modulating effects; constitutional principles tax.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A modulação dos efeitos nas decisões declaratórias de inconstitucionalidade; 2 Modulação dos efeitos em matéria tributária; 3 Modulação dos efeitos e repetição de indébito em matéria tributária; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The modulation effects in declaratory judgments of unconstitutionality; 2 Modulation of the effects on tax matters; 3 Modulation of the effects of repeated overpayment in tax matters; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa a possibilidade da modulação temporal dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade em matéria tributária, notadamente em face do caráter protetivo dos princípios constitucionais tributários. A questão em torno dos efeitos decorrentes da decisão de inconstitucionalidade aguçá o debate em âmbito doutrinário e

jurisprudencial, haja vista que se acentua o confronto entre duas teorias que pretendem definir a natureza do ato inconstitucional.

Assim sendo, serão brevemente analisadas as teorias que pretendem definir a natureza do ato inconstitucional, a fim de introduzir os aspectos fundamentais do instituto da modulação temporal dos efeitos no Direito brasileiro. A possibilidade de manipulação dos efeitos da declaração de invalidade da norma encontra-se prevista no art. 27 da Lei Federal nº 9.868/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade.

Em um segundo momento, analisa-se a questão acerca da (im) possibilidade da aplicação da modulação dos efeitos em matéria tributária, buscando compreender se o referido instituto pode ser utilizado pelo Estado em detrimento das garantias e dos direitos dos contribuintes. A fim de ilustrar esse quadro, a questão posta será analisada a partir de duas situações concretas: a) as leis estaduais que concendem benefícios fiscais do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS para determinados setores econômicos e que, posteriormente, são julgadas inconstitucionais em razão da ausência de convênio prévio entre os Estados; e b) a mudança de jurisprudência consolidada em matéria tributária.

Por fim, a partir de precedente da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, analisar-se-á a questão da limitação dos efeitos nos casos de repetição de indébito em matéria tributária, a fim de verificar se o referido instituto pode ou não limitar, ou até mesmo suprimir, o direito dos contribuintes à restituição do tributo declarado inconstitucional e indevidamente recolhido ao Erário.

1 A MODULAÇÃO DOS EFEITOS NAS DECISÕES DECLARATÓRIAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

A questão em torno dos efeitos decorrentes da decisão de inconstitucionalidade é, há muito tempo, objeto de estudo nos sistemas jurídicos americanos e europeus, onde se acentua o confronto entre duas teorias que pretendem definir a natureza do ato inconstitucional. Uma entende o ato inconstitucional como nulo, enquanto a outra o preconiza como anulável.

A primeira posição, conhecida como teoria da nulidade do ato inconstitucional, foi idealizada pelo jurista americano John Marshall no julgamento do célebre caso *Marbury versus Madison*, no qual restou assentado que a declaração de inconstitucionalidade projeta-se retroativamente, possuindo

eficácia *ex tunc* e desconstituindo os efeitos produzidos pela norma desde o seu nascedouro. Assim sendo, para os defensores da teoria da nulidade, a decisão de inconstitucionalidade possui natureza declaratória, pois se limita a reconhecer uma situação preexistente.

Em contraposição à teoria da nulidade, a partir das ideias defendidas pelo jurista tcheco Hans Kesen, desenvolveu-se, na Europa Ocidental, a teoria da anulabilidade do ato inconstitucional. Para os adeptos dessa corrente, a norma inquinada de inconstitucionalidade é apenas anulável, devendo ser preservados todos os efeitos produzidos durante a sua vigência. A decisão que reconhece a anulabilidade da norma possui eficácia *ex nunc* e tem natureza constitutiva negativa.

No Direito brasileiro, embora a Constituição de 1988 não possua nenhum dispositivo atribuindo expressamente eficácia retroativa às decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade das leis, a doutrina e a jurisprudência pátrias sempre reconheceram a prevalência da teoria da nulidade da lei inconstitucional. Aliás, essa orientação sempre fora tão prevalente na jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal a lançou à condição de dogma.

Ocorre que a questão da eficácia temporal da decisão que reconhece a invalidade normativa permaneceu latente até a edição da Lei Federal nº 9.868/1999, que outorgou ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Nos termos do art. 27 da referida lei, se existirem fundadas razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social avalizadas por dois terços dos seus membros, o Tribunal poderá: a) restringir os efeitos da decisão (*ex tunc* parcial ou relativo), estabelecendo um termo inicial para a cassação de efeitos que seja posterior à publicação da norma e anterior à decisão declaratória de inconstitucionalidade; b) não atribuir efeito retroativo à decisão, determinando que ela somente produza efeitos a partir de seu trânsito em julgado (*ex nunc*); e c) determinar que a decisão somente produza efeitos a partir de outro momento que venha a ser determinado (termo diferido ou efeitos *pro futuro*)².

Ou seja, com a inovação introduzida no ordenamento jurídico pátrio pelo dispositivo em tela, a partir de um “juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados de

² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 211.

segurança jurídica e de interesse social, de outro”³. O Supremo Tribunal Federal poderá flexibilizar a aplicação indiscriminada do princípio da nulidade, evitando a perpetuação de situações de lesões a bens jurídicos individuais.

Nessa esteira de raciocínio, cumpre ponderar que a referida norma não deve ser interpretada em dissonância com a regra da nulidade da lei inconstitucional, mas sim como uma exceção à regra. Ou seja, “uma alternativa para as situações em que a retroação dos efeitos por ela preconizada leve a um resultado ainda mais inconstitucional que o reconhecimento da própria norma inválida”⁴.

Isso ocorre porque o princípio da nulidade da lei inconstitucional continua a ser a regra no sistema de jurisdição constitucional brasileiro, devendo ser afastado apenas nas situações excepcionais em que a sua incidência possa culminar em lesões mais graves a bens jurídicos individuais. Aliás, essa é a orientação predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

O princípio da nulidade continua a ser a regra também. O afastamento de sua incidência dependerá de severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de excepcional interesse social preponderante. Assim, aqui, a não-aplicação do princípio da nulidade não se há de se basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio.⁵

Não obstante, a aprovação no plano legislativo da modulação dos efeitos eclodiu um intenso debate nos lindes da doutrina pátria, sendo que alguns autores de escol se manifestaram contrariamente ao instituto. Nesse sentido,

³ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868, de 10.11.1999*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 433.

⁴ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 69.

⁵ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 582.280/RJ. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Olivier Charles Mathieux. Relator: Celso de Mello. Brasília/DF, 12 de setembro de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390216>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁶ sustenta que a possibilidade de estipulação dos efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade torna o Supremo Tribunal Federal uma terceira Câmara Legislativa, haja vista que o faz com base em considerações eminentemente políticas.

Nesse diapasão, adverte Zeno Veloso que⁷:

A alguns preocupa a influência que possa exercer um Poder Executivo forte e autoritário, para reverter a seu favor a possibilidade de se conferir limitações ou restrições materiais e temporais à declaração de inconstitucionalidade. Políticos e juristas já manifestaram o temor de que, diante de uma regra como a do art. 27, um tributo declarado inconstitucional por decisão do STF, em ação direta, poderá ser considerado devido durante o período anterior ao do trânsito em julgado da sentença, afastando-se qualquer direito à repetição de indébito.

Já Lenio Streck tece averbadas críticas à ampla margem de discricionariedade conferida ao Supremo Tribunal Federal pelo art. 27 da Lei Federal nº 9.868/1999. Como afirma o referido autor⁸,

está-se diante, pois, de uma espécie de “inconstitucionalidade por tempo certo”, ou “inconstitucionalidade interrompida”, quebrando a tradição de dar efeito *ex tunc* às ações diretas de inconstitucionalidade. Tenho que a previsão acarreta uma série de problemas, a começar pela enorme discricionariedade que concede ao Supremo Tribunal Federal. Afinal, o que se pode entender por “excepcional interesse social”? E qual é o “outro momento” de que fala a lei?

Destarte, a discussão em torno da possibilidade de limitação dos efeitos transcende os lindes da jurisdição constitucional, trazendo conseqüências para

⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, n. 220, p. 1-17, 2000. p. 3.

⁷ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*: atualizado conforme as Leis nºs 9.868, de 10.11.1999, e 9.882, de 03.12.1999. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 196.

⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 541.

outros planos do ordenamento jurídico. Especificamente no que concerne ao Direito Tributário, observa-se uma resistência da doutrina acerca da possibilidade de restrição dos efeitos da lei tributária declarada inconstitucional, uma vez que as regras e os princípios tributários consubstanciam-se em um instrumento de proteção do cidadão contra o arbítrio do Estado.

2 MODULAÇÃO DOS EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Abordados os aspectos fundamentais da modulação dos efeitos, cumpre doravante analisar o alcance do instituto em matéria tributária, notadamente em face do caráter protetivo das regras e dos princípios tributários. Assim sendo, tenciona-se encontrar respostas plausíveis e válidas para a seguinte questão: Pode a modulação dos efeitos ser utilizada pelo Estado para manter lei tributária inconstitucional em detrimento das garantias e dos direitos dos contribuintes?

Por conseguinte, a fim de ilustrar as ideias defendidas neste trabalho, a questão posta em enfoque será abordada a partir de duas situações concretas, quais sejam: a) as leis estaduais que concedem benefícios fiscais do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS para determinados setores econômicos e que, posteriormente, são julgadas inconstitucionais em razão da ausência de convênio prévio celebrado entre os Estados; e b) a mudança de jurisprudência em matéria tributária.

Como enaltece Fábio Martins de Andrade, a possibilidade de aplicação do instituto da modulação temporal dos efeitos em matéria tributária encontrou, em um primeiro momento, certa resistência em sede doutrinária, pois “tal campo do Direito não aconselhararia a adoção de tal mecanismo”⁹.

Essa preocupação com a aplicação da doutrina perspectiva no direito tributário foi estampada em artigo publicado por Hugo de Brito Machado¹⁰, de cujo contexto se extrai a seguinte reflexão:

Assim, somente quando seja colocada a questão perante o Supremo Tribunal Federal a questão dos efeitos retroativos prejudiciais ao contribuinte que tinha cumprido a lei inconstitucional é que se terá uma decisão que vai definir esta questão. Por enquanto, tem-se jurisprudência afirmando a produção de efeitos

⁹ Ibid., p. 351.

¹⁰ MACHADO, Hugo de Brito. Declaração de inconstitucionalidade e direito intertemporal. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 57, p. 72-87, jun. 2000. p. 78-79.

retroativos, ou *ex tunc*, mas com certeza a questão posta não foi a de saber se tais efeitos retroativos se operam contra o cidadão para favorecer o Estado. Afinal, além de ser a supremacia constitucional uma garantia do cidadão, responsável pela produção de lei inconstitucional não é este, mas o Estado.

No âmbito da jurisprudência, a matéria permaneceu adormecida até 2007, quando, pela primeira vez, o Supremo Tribunal Federal foi instigado a modular os efeitos de uma decisão relacionada ao direito tributário. Com efeito, a questão foi levantada em casos relevantes, como os relacionados ao crédito do IPI na aquisição de insumos tributados à alíquota zero, ao prazo quinquenal para prescrição e decadência de créditos tributários e ao prazo de vigência da isenção da Cofins aplicável às sociedades profissionais¹¹.

Portanto, no intuito de oferecer coesão ao sistema jurídico e prestígio ao postulado da supremacia da Constituição, observou-se um movimento doutrinário no sentido de que a modulação temporal dos efeitos teria aplicação excepcional, limitada aos casos em que “a aplicação generalizada de efeitos retroativos poderá levar a uma grave desestabilização do sistema jurídico”¹².

Pode-se afirmar que a modulação dos efeitos temporais somente preserva a supremacia constitucional quando utilizada para resguardar os valores encampados pelo próprio texto magno, pois, como enfatiza Octavio Campos Fischer:

[...] não fosse assim e tivéssemos que levar aquela visão do princípio da supremacia da Constituição, que implica inexoravelmente nos efeitos *ex tunc*, à última instância, não poderíamos jamais cogitar de institutos como a prescrição, a decadência, o direito adquirido e a coisa julgada, como limites à retroatividade, porque esta, assim, seria total e devastadora.¹³

Essas ideias são referendadas pelo princípio da segurança jurídica, que atua de forma proeminente na seara tributária, consubstanciando uma baliza

¹¹ ANDRADE, Fábio Martins de. *Modulação em matéria tributária: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 351.

¹² FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 253.

¹³ *Ibid.*, p. 249-250.

normativa que visa a conferir estabilidade às relações jurídicas estabelecidas entre o Fisco e os contribuintes. Por essa razão, vários autores sustentam que a segurança jurídica se destina unicamente à proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos-contribuintes, não podendo ser invocada para legitimar pretensões fazendárias na cobrança de tributos¹⁴.

Assim sendo, em razão do cariz protetivo da segurança jurídica e dos princípios constitucionais tributários, recrudesce na doutrina o entendimento de que a modulação dos efeitos tem aplicação excepcional em matéria tributária, somente podendo ser invocada para a proteção dos direitos fundamentais dos contribuintes. É o que sustenta Célio Armando Janczeski:

No Direito Tributário, a modulação dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal que julga um tributo inconstitucional deve ser reservada a casos absolutamente excepcionais, coibindo-se a sua utilização para tentar impedir a restituição de tributos criados sem fundamento constitucional. A aplicação da restrição dos efeitos da decisão, naquelas hipóteses em que a decisão de inconstitucionalidade resultar em obrigação do contribuinte a arcar com novas exigências tributárias ou exigências majoradas (em decorrência da lei inconstitucional ser mais benéfica), estará vedada ante o óbice do art. 146 do CTN, amparado pelos princípios da segurança jurídica e da boa-fé.¹⁵

De igual sorte é a posição defendida por Saul Tourinho Leal:

A possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, constitucionalidade ou quando houver mudança em jurisprudência pacificada na Corte, se contrária aos princípios constitucionais, não deve ser empregada. A segurança jurídica é princípio endereçado à sociedade e seus cidadãos, não devendo, jamais, servir de escudo para que a Fazenda deixe de

¹⁴ ANDRADE, Fábio Martins de. *Modulação em matéria tributária: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 357-358.

¹⁵ JANCZESKI, Célio Armando. A declaração da inconstitucionalidade com efeitos limitados, a supremacia constitucional e o direito tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 157, p. 17-26, out. 2008. p. 25-26.

honrar seus compromissos decorrentes de práticas perpetradas em atentado à Constituição Federal.¹⁶

Com efeito, o entendimento acerca da excepcionalidade da modulação dos efeitos em matéria tributária também se mostra presente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sendo mister destacar excerto do voto do Ministro Joaquim Barbosa no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 557.237/RJ:

Pondero que, em matéria tributária, a aplicação de efeitos prospectivos à declaração incidental de inconstitucionalidade demanda um grau ainda mais elevado de parcimônia, porquanto é um truísmo afirmar que os valores arrecadados com a tributação se destinam ao emprego em finalidades públicas. Portanto, não basta ao sujeito ativo apontar a destinação de índole pública do produto arrecadado para justificar a modulação temporal dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade, sob o risco de se inviabilizar qualquer pretensão de restituição de indébito tributário, em evidente prejuízo da guarda da constitucionalidade e da legalidade das normas que instituem as exações.¹⁷

Já outros autores, como Andrei Pitten Velloso¹⁸, sustentam a incompatibilidade da modulação temporal dos efeitos com as singularidades do direito tributário, pois, além de ser atentatória à supremacia da Constituição, o referido instituto “incentiva a sua derrocada, a mutilação de sua força normativa – e o confisco estatal da propriedade privada”¹⁹. Desta feita, para o referido autor, a doutrina prospectiva somente poderia ser aplicada nos “casos de radical mudança na jurisprudência do STF e de adoção, por este, de uma

¹⁶ LEAL, Saul Tourinho. Modular para não pagar: a adoção da doutrina prospectiva negando direito aos contribuintes. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 158, p. 79-86, nov. 2008. p. 86.

¹⁷ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 557.237/RJ. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Mario Soares Dantas e Outros. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília/DF, 18 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=492036>>. Acesso em: 1º out. 2013.

¹⁸ VELLOSO, Andrei Pitten. A temerária “modulação” dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em matéria tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 157, p. 7-16, out. 2008. p. 13.

¹⁹ *Ibid.*, p. 13.

exegese constitucional completamente inusitada, imprevisível até mesmo ao mais prudente legislador”²⁰.

Nesse sentido, interessante é a posição defendida por Thomas da Rosa de Bustamante²¹, para quem a modulação temporal dos efeitos não pode ser aplicada ao direito tributário em razão do princípio da vedação ao confisco, sob pena de restar tutelado o enriquecimento sem causa do Estado. Assim, a “única hipótese da aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/1999 é no interesse da sociedade, e não do Poder Estatal em beneficiar-se da própria torpeza, isto é, do seu próprio ato de arbítrio”²².

Todavia, em que pesem os abalizados argumentos pela inaplicabilidade da modulação temporal dos efeitos nas decisões declaratórias de inconstitucionalidade em matéria tributária, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal encontram-se casos em que a limitação temporal dos efeitos se faz necessária justamente para proteger os direitos dos contribuintes.

Esse é o caso das leis estaduais que concedem benefícios fiscais do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS para determinados setores econômicos e que muitas vezes são declarados inconstitucionais por ausência da prévia celebração de convênios entre os Estados e o Distrito Federal, deflagrando a chamada guerra fiscal. Infelizmente, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal são reiterados os precedentes que reconhecem a inconstitucionalidade de benefícios fiscais concedidos em desacordo com as normas constitucionais, o que expõe as fragilidades do pacto federativo e, por conseguinte, do sistema tributário nacional.

Nesse contexto, a título exemplificativo destaca-se o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.439-6/MS²³, cuja ementa possui o seguinte teor:

²⁰ Ibid., p. 13.

²¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A Lei nº 9.868/1999 e a possibilidade de restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade: inaplicabilidade na fiscalização de normas de Direito Tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 59, ago. 2000. p. 123.

²² Ibid., p. 123.

²³ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.439-6/MS. Requerente: Governador do Estado de São Paulo. Requeridos: Governador do Estado do Mato Grosso do Sul e Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília/DF, 13 de novembro de 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375394>>. Acesso em: 1º out. 2013.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 1.798/1997; E ART. 8º DO DECRETO Nº 9.115/1998, DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL – ALEGADA CONTRARIEDADE AOS ARTS. 150, § 6º; E 155, § 2º, XII, G, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – O primeiro ato normativo estadual, instituindo benefícios relativos ao ICMS sem a prévia e necessária celebração de convênio entre os Estados e o Distrito Federal, contraria os dispositivos constitucionais sob enfoque. Alegação de inconstitucionalidade igualmente plausível no tocante ao art. 8º do Decreto nº 9.115/1998, que, extrapolando a regulamentação da mencionada lei, fixa, de forma autônoma, incentivos fiscais sem observância das mencionadas normas da Carta da República. Ação julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade das normas em questão. (ADI 2439, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, J. 13.11.2002, DJ 21.02.2003, p. 00027; Ement., v. 02099-01, p. 00192)

No caso em apreço, o Governador do Estado de São Paulo ajuizou ação direta de inconstitucionalidade impugnando leis estaduais do Estado do Mato Grosso do Sul relativas à instituição do programa “Ações para o Desenvolvimento do Mato Grosso do Sul – PROAÇÃO”, que concediam benefícios fiscais equivalentes ao total do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS para empresas que viessem a se instalar no citado ente federativo.

Ocorre que os benefícios fiscais foram concedidos sem a prévia celebração de convênio entre os Estados e o Distrito Federal, contrariando, em última análise, o disposto no art. 155, § 2º, inciso XII, alínea g, da Carta Magna, que preceitua competir à lei complementar “regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados”²⁴.

A forma e os requisitos para a celebração desses convênios foram regulamentados pela Lei Complementar nº 24/1975, os quais serão celebrados e ratificados “em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes

²⁴ Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 ago. 2013.

de todos os Estados, e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo Federal”²⁵.

Destarte, em face da desconformidade com a norma constitucional e com o procedimento previsto na Lei Complementar nº 24/1975, a ação direta foi julgada procedente, restando declarada a inconstitucionalidade das leis sul-mato-grossenses que concederam os benefícios fiscais de maneira unilateral.

Por conseguinte, a partir do reconhecimento da inconstitucionalidade das leis que instituíram os referidos benefícios, surge a questão atinente aos efeitos decorrentes da decisão. Como abordado nos capítulos anteriores deste trabalho, em regra, a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma jurídica possui eficácia retroativa (*ex tunc*), o que, na prática, redundaria na obrigação de restituição dos benefícios fiscais usufruídos pelo contribuinte. Tal consequência jurídica seria reforçada pelo fato de que o ente público concedente dos benefícios inválidos se veria compelido a efetuar a cobrança dos tributos, sob pena de configurar a renúncia de receita tributária prevista no art. 14 da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

Apesar da censura aos atos estatais que desencadeiam a malfadada guerra fiscal, a questão dos efeitos temporais advindos da decisão que declara a inconstitucionalidade de benefício fiscal deve ser analisada sob o prisma dos direitos e das garantias do contribuinte, haja vista que esse será o maior onerado com tal pronunciamento. Ou seja, o efeito retroativo (*ex tunc*) da decisão que declara a invalidade dos benefícios fiscais e, conseqüentemente, impõe a cobrança dos tributos que não foram recolhidos ao Erário em razão da benesse legal, encontra intransponível óbice nos princípios da previsibilidade e da proteção da confiança legítima do contribuinte.

É o que afirma Emília Maria Velano²⁶ ao comentar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.439/MS:

A decisão citada não se pronunciou sobre seus efeitos, e, então, presume-se sua retroatividade. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal deveria ter concedido efeitos irretroativos à decisão, principalmente se a

²⁵ Brasil. Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975. Dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/lcp/lcp24.htm>. Acesso em: 18 set. 2013.

²⁶ VELANO, Emília Maria. *Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei tributária*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 128.

lei estadual teve eficácia durante um considerável período. É que aqueles beneficiados pela isenção não podem ser surpreendidos com a exigência de tributos cujos fatos geradores já ocorreram há muito tempo. Note-se que os contribuintes acreditavam que o ato praticado não gerava a incidência de tributos. Além disto, as mercadorias vendidas durante a vigência do benefício fiscal tiveram seus preços reduzidos em razão da diminuição de custos de produção. Se houver a anulação dos benefícios, os prejuízos para o setor serão incomensuráveis.

Desta feita, na situação fática exposta a limitação temporal dos efeitos se mostra adequada e necessária, uma vez que os efeitos retroativos da decisão redundarão em inexorável afronta aos princípios da previsibilidade e da proteção da confiança legítima do contribuinte, instaurando um estado de verdadeira insegurança jurídica. Como anota Emília Maria Velano:

Nesta hipótese, a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pode ser de grande valia, pois a lei que instituiu a exoneração fiscal pode ser julgada inconstitucional sem que essa decisão afronte o princípio da previsibilidade da tributação. Observe que os efeitos retroativos da decisão podem instaurar uma verdadeira insegurança jurídica, já que os contribuintes que confiaram na letra da lei e beneficiaram-se das isenções não estão preparados para essa exação fiscal. Se o Judiciário não modular os efeitos dessa decisão, a Administração Pública exigirá tributos referentes a fatos geradores pretéritos, ocorridos sem que os contribuintes desconfiassem da incidência tributária sobre eles. Para preservar a segurança jurídica, nada melhor do que declarar a inconstitucionalidade da lei sem efeitos retroativos, pois a lei inconstitucional será expurgada do ordenamento jurídico, ao mesmo tempo em que a decisão mantém um dos princípios básicos

do Sistema Tributário, que é a previsibilidade da tributação.²⁷

É preciso ponderar, no entanto, que a modulação temporal dos efeitos das decisões que declaram a inconstitucionalidade de benefício fiscal deve ser utilizada com razoabilidade e parcimônia pelo Poder Judiciário, a fim de evitar a odiosa prática estatal de conceder incentivos fiscais unilaterais e aguardar o pronunciamento da inconstitucionalidade com efeitos limitados²⁸.

No Supremo Tribunal Federal, a questão encontra-se pendente em 4 (quatro) recursos de embargos de declaração, opostos, respectivamente, pelos Estados do Rio de Janeiro, Mato Grosso do Sul, São Paulo e Distrito Federal, nos quais são postulados a aplicação de efeitos prospectivos às decisões que reconheceram a invalidade dos benefícios fiscais concedidos ao arrepio da Constituição²⁹.

Outra situação concreta em que a modulação dos efeitos deve ser aplicada para a proteção dos direitos e das garantias do contribuinte é quando há uma mudança brusca na jurisprudência consolidada em matéria tributária. Trata-se da hipótese em que a jurisprudência se mostra pacificada pela inconstitucionalidade de determinado tributo, até que decisão do Supremo Tribunal Federal em mudança brusca de entendimento reconhece a constitucionalidade da exação.

Ocorre que, se forem atribuídos efeitos retroativos ao reconhecimento da constitucionalidade da exação tributária, decorrente da mudança de interpretação consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, os contribuintes serão surpreendidos com a cobrança de um tributo que não constava em seus planejamentos tributários, o que, em última análise, poderá até inviabilizar determinadas atividades econômicas. E, na seara tributária, a boa-fé objetiva do contribuinte se materializa na realização de seu planejamento tributário de acordo com a jurisprudência dos tribunais superiores.

²⁷ Ibid., p. 166.

²⁸ BUFFON, Marciano. Benefícios fiscais de ICMS: uma saída jurídica para o problema decorrente da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo. Disponível em: <<http://justicafiscal.wordpress.com/2011/08/23/beneficios-fiscais-de-icms-uma-saida-juridica-para-o-problema-decorrente-da-declaracao-de-inconstitucionalidade-pelo-supremo/>>. Acesso em: 2 out. 2013.

²⁹ Estados pedem modulação de decisão sobre guerra fiscal. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-21/estados-pedem-modulacao-decisao-supremo-guerra-fiscal>>. Acesso em: 2 out. 2013.

Como enfatiza Luís Roberto Barroso³⁰, há muito já se superou a concepção que entendia o intérprete como um mero revelador de conteúdos preexistentes, objetivamente postos pelo legislador. Assim, “a moderna dogmática jurídica, pelo contrário, reconhece ao Poder Judiciário o papel de co-criador do direito”³¹, sendo certo que quanto mais complexo for o sistema jurídico, maior será o espaço reservado para a interpretação e “mais próxima a atividade jurisdicional estará da própria criação do Direito”³².

Não se pode confundir o texto legislado (enunciado normativo) com a norma, que nada mais é do que o produto da interpretação do texto pelo Poder Judiciário. De acordo com referido autor:

Por isso mesmo a doutrina enfatiza que o texto legislado, ou o enunciado normativo, não se confunde com a norma, que é o produto final da interpretação levada a cabo pelo Judiciário, tanto assim que a partir de um mesmo enunciado podem ser construídas várias normas distintas. É até possível, como acontece no caso aqui em exame, que com o passar do tempo normas diferentes sejam extraídas de um mesmo conjunto de enunciados. Embora a interpretação sempre deva respeito aos limites impostos pelas possibilidades semânticas do texto, a verdade é que apenas após a interpretação judicial será possível dizer qual é a *norma* que o texto realmente produz ou, em outros termos, qual o direito vigente no particular.³³

Assim sendo, na moderna dogmática o processo de interpretação realizado pelos juízes e Tribunais cria norma jurídica, consubstanciando a jurisprudência uma verdadeira fonte do Direito, como leciona Diego Diniz Ribeiro:

Resta claro então que o Judiciário *cria direito*, dando sentido aos textos de lei, na medida em que conforma seu conteúdo. Por outro giro verbal, o que se quer dizer é que

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária: segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 261-288, abr./jun. 2006.

³¹ *Ibid.*, p. 277.

³² *Ibid.*, p. 277.

³³ *Ibid.*, p. 278.

“da intelecção jurisdicional há de ser irrefragavelmente reconhecida como sendo o Direito no caso concreto. Assim, é a interpretação que especifica o conteúdo da norma”. A atividade jurisdicional, portanto, é fonte do Direito. O seu produto (decisões judiciais) é veículo ejetor/criador de normas jurídicas. [...] Ao decidir, o Poder Judiciário cria norma jurídica, afastando as outras variáveis de interpretação possíveis e delimitando aquela que deve ser seguida pelo jurisdicionado o que, sem dúvida, acaba por criar uma expectativa jurídica a ser respeitada. As decisões judiciais têm natureza sintética, atuando como redutoras de complexidade, na medida em que afastam as outras interpretações possíveis que permeiam a norma jurídica *sub judice*. Soma-se ainda a tal argumento o fato de as decisões emanadas do Poder Judiciário apresentarem caráter de definitividade e oponibilidade em face de terceiros.³⁴

Expostas as premissas doutrinárias *supra*, é fácil perceber que a modificação da interpretação consolidada pelos Tribunais equivale a uma modificação do próprio direito vigente e, como averba Luís Roberto Barroso³⁵, “sob a perspectiva do cidadão, isso equivale, em todos os elementos relevantes, à alteração do próprio texto legislativo”. E como se viu alhures, a dimensão subjetiva da segurança jurídica, materializada pelos princípios da boa-fé e da proteção da confiança, impede a retroatividade da norma tributária que agrave a situação do contribuinte.

Portanto, em face dos princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da confiança legítima, as modificações jurisprudenciais não têm o condão de onerar o contribuinte com a imposição de exações retroativas, podendo tal regra ser excepcionada somente na hipótese de uma interpretação mais benéfica. Essa conclusão encontra fundamento tanto no art. 150, inciso III, alínea *a*, do Texto

³⁴ RIBEIRO, Diego Diniz. A modulação de efeitos no controle de constitucionalidade em matéria tributária e jurisprudência do STF. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 178, p. 29-30, ago. 2000.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária: segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 261-288, abr./jun. 2006. p. 278.

Constitucional como também no art. 146 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/1966)³⁶.

Nesse sentido, leciona Nelson Nery Junior³⁷ que o princípio da segurança jurídica atua de forma destacada no direito tributário, razão pela qual o contribuinte não pode ser “surpreendido por decisão retroativa do STF, em processo de controle abstrato de constitucionalidade, para atingir atos que praticou até então, com base em lei que pensava ser constitucional”. O contribuinte não pode ser onerado com uma exação tributária que pensava ser indevida, sob pena de inviabilizar sua atividade empresária ou mesmo de pessoa física³⁸.

Com efeito, a atribuição de efeitos prospectivos às decisões que modificam a jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores se mostra adequada e necessária para a valorização dos princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da proteção da confiança legítima do contribuinte. Somente com a modulação temporal dos efeitos dessas decisões é que se manterão inabalados os referidos princípios constitucionais tributários.

É o que defende Célio Armando Janczeski³⁹, para quem a modulação temporal dos efeitos deve ser sempre aplicada na hipótese de mudança da jurisprudência dos Tribunais Superiores:

Outra hipótese de aplicação da modulação dos efeitos da decisão que valoriza o princípio da boa-fé, ponderado com o princípio da supremacia constitucional, dá-se naquelas hipóteses em que a jurisprudência de longos

³⁶ Não obstante o art. 146 do CTN se refira apenas ao lançamento, Luís Roberto Barroso sustenta que o seu fundamento pode ser generalizado: “Essa mesma conclusão decorre igualmente da legislação tributária. O art. 146 do CTN dispõe que eventual mudança de interpretação, fruto de decisão administrativa ou judicial, equivale à edição de lei nova e apenas poderá ser aplicada aos fatos ocorridos em momento posterior à introdução do novo entendimento, ou seja, da nova norma. Embora o dispositivo trata de forma específica do lançamento, seu fundamento pode ser generalizado de forma inteiramente consistente” (Ibid., p. 278).

³⁷ NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 91.

³⁸ Ibid., p. 101.

³⁹ JANCZESKI, Célio Armando. A declaração da inconstitucionalidade com efeitos limitados, a supremacia constitucional e o direito tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 157, p. 17-26, out. 2008. p. 24.

anos apresenta-se pacificada pela inconstitucionalidade de determinado tributo (sempre com a decretação incidental e concreta) até que decisão do Supremo Tribunal (em controle de constitucionalidade concreta ou abstrata) indica novo posicionamento sobre a matéria, reconhecendo-se a constitucionalidade da exação. A manifestação do Tribunal em controle abstrato, em decorrência dos efeitos *erga omnes* e da força vinculante, obriga os demais juízes e tribunais, a observarem às novas regras. Se a manifestação do Tribunal se deu pela via do controle concreto, apesar de os efeitos somente serem estendidos a todos, após eventual resolução do Senado Federal, mesmo assim tratando-se de precedente do Pretório Excelso, influenciará definitivamente na mudança da jurisprudência até então pacífica sobre o assunto. Não há dúvidas que o contribuinte, frente à pacificação da jurisprudência (anterior ao novo posicionamento ditado pela decisão do Supremo), programou-se para não pagar o tributo, planejando sua vida e seus negócios como se este encargo não fosse devido. Se, de um momento para outro, aquilo que não era devido se transforma em devido com juros, atualização monetária e multa, exigível no período não prescrito, haverá manifesta violação na confiança do contribuinte que acreditou no Poder Judiciário como um todo.

Exemplo prático de modificação da jurisprudência consolidada ocorreu no caso da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins incidente sobre as sociedades civis, instituída pela Lei Complementar nº 70/1991 e regulamentada pela Lei Federal nº 9.718/1998. A jurisprudência pátria encontrava-se pacificada em favor da inconstitucionalidade do tributo, inclusive estando tal entendimento vazado na Súmula nº 276 do Superior Tribunal de Justiça, que estabelece: “As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado”⁴⁰.

⁴⁰ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 276. As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da COFINS, irrelevante o regime tributário adotado. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=22>>. Acesso em: 5 out. 2013.

Após longo período de aplicação da súmula, em face da manifestação do Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1/DF, o Superior Tribunal de Justiça voltou a deliberar sobre tema e reafirmou o entendimento pela inconstitucionalidade da incidência da Cofins sobre as sociedades civis de prestação de serviços profissionais⁴¹. Frise-se, nesse sentido, que o Supremo Tribunal Federal vinha decidindo que a questão envolvida apenas é ofensa reflexa à Constituição Federal, razão pela qual não conhecia os recursos interpostos contra as decisões oriundas do Superior Tribunal de Justiça.

Todavia, nos autos do Recurso Extraordinário nº 377.457/PR⁴² o Supremo Tribunal Federal resolveu conhecer a questão, quando, então, foi protocolizado requerimento para que fossem atribuídos efeitos *ex nunc* à decisão que viesse a ser proferida. Ocorre que o Pretório Excelso, no julgamento do referido recurso, conferiu interpretação diametralmente oposta à jurisprudência consolidada e vazada na Súmula nº 276 do Superior Tribunal de Justiça, decidindo pela inconstitucionalidade da exação.

No que concerne ao pleito de atribuição dos efeitos prospectivos, cinco ministros votaram pela modulação dos efeitos, enquanto outros cinco a negaram. A Ministra Ellen Gracie não participou do julgamento. Em face do resultado do julgamento, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB requereu o seu ingresso na qualidade de assistente e opôs embargos declaratórios, postulando a suspensão do recurso extraordinário para que fosse aguardado o voto da Ministra Ellen Gracie.

Com a aposentadoria da Ministra Ellen Gracie, o recurso foi redistribuído para a Ministra Rosa Weber, encontrando-se pendente de julgamento. A fim de evitar a insegurança jurídica advinda da retroação dos efeitos, o Supremo Tribunal Federal imperiosamente deverá conferir eficácia prospectiva à decisão, evitando que o Fisco possa exigir o tributo daqueles que acreditam não ser devida tal exação tributária. Nesse sentido, antes mesmo do resultado proclamado no

⁴¹ JANCZESKI, Célio Armando. A declaração da inconstitucionalidade com efeitos limitados, a supremacia constitucional e o direito tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 157, p. 17-26, out. 2008. p. 24-25.

⁴² Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 377.457/PR. Recorrente: Antônio Glênio F. Albuquerque & Advogados Associados S/C. Recorrido: União. Relator: Gilmar Mendes. Brasília/DF, 17 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=434326>>. Acesso em: 5 out. 2013.

juízo do Recurso Extraordinário nº 377.457/PR, anotava Célio Armando Janczeski que:

Não há dúvidas que o pleito de adoção de efeitos prospectivos para a decisão que, ao que tudo indica, julgará constitucional o tributo para as sociedades civis, contrariando segura jurisprudência avalizada pela Súmula nº 276 do STJ, se justificaria pela necessária proteção da confiança legítima do contribuinte, que acreditava, com razão frente à realidade explanada, que a discussão estava definitivamente encerrada e que o tributo não era devido. A boa-fé, nesse situação, atua como limite ao Fisco de exigir o tributo não pago nas datas de seus vencimentos e tido até a data da decisão do Supremo Tribunal como indevido por sólida posição jurisprudencial. Pela ponderação entre o primado da Constituição e a proteção da confiança legítima do contribuinte, se viabilizaria a exigência do tributo tido agora como respaldado pela Constituição, em períodos vincendos, declarando-se a não-exigência da exação em relação aos fatos geradores ocorridos até a publicação da decisão do Tribunal Pleno. No mesmo julgamento em que o Tribunal reconhecer a constitucionalidade da contribuição para as sociedades civis, poderá deferir a concessão de efeitos *ex nunc* à decisão que será proferida no processo.⁴³

Em suma, tanto na doutrina como também na jurisprudência existem sólidas manifestações no sentido de que as decisões declaratórias de inconstitucionalidade em matéria tributária somente poderão ter seus efeitos limitados para a proteção dos direitos e das garantias dos contribuintes. A aplicação excepcional do instituto da modulação dos efeitos em matéria tributária somente se mostra possível naquelas hipóteses em que a aplicação dos efeitos retroativos (eficácia *ex tunc*) possa levar a uma grave desestabilização do sistema jurídico, a exemplo do que ocorre nos casos das leis estaduais que concedem

⁴³ JANCZESKI, Célio Armando. A declaração da inconstitucionalidade com efeitos limitados, a supremacia constitucional e o direito tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 157, p. 17-26, out. 2008. p. 24.

benefícios fiscais inválidos e na mudança de jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores.

3 MODULAÇÃO DOS EFEITOS E REPETIÇÃO DE INDÉBITO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Estabelecida a excepcionalidade da doutrina prospectiva em matéria tributária, impende doravante analisar uma questão que vem gerando intensos debates na doutrina, qual seja, a possibilidade da modulação temporal dos efeitos para suprimir o direito dos contribuintes à repetição do indébito tributário.

A discussão em torno dessa problemática iniciou-se com o julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários nºs 556.664/RS, 559.882/RS e 560.626/RS, no qual o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da ampliação dos prazos de decadência e prescrição das contribuições de Seguridade Social, consoante os arts. 45 e 46 da Lei Federal nº 8.212/1991, e da criação da hipótese prevista no parágrafo único do art. 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 (suspensão da prescrição tributária nos créditos de comprovada inexecução e de reduzido valor), por violação da reserva de lei complementar para a edição de normas gerais em matéria tributária - art. 146, inciso III, da Constituição Federal de 1988⁴⁴.

Em razão da repercussão econômica do caso, o Tribunal acolheu o pleito de modulação dos efeitos formulado pela Procuradoria da Fazenda Nacional, conferindo eficácia *ex nunc* à decisão. A atribuição de efeitos prospectivos à decisão foi justificada para garantir a necessária segurança jurídica, como restou assentado no voto do Ministro Gilmar Mendes:

Na espécie, a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 pode acarretar grande insegurança jurídica quanto aos valores pagos fora dos prazos quinquenais previstas no CTN e que não foram contestados administrativa ou judicialmente. Diante desses pressupostos, pondero a esta Corte a conveniência de modular os efeitos da mencionada declaração de inconstitucionalidade, de modo a afastar a possibilidade de repetição de indébito de valores

⁴⁴ VELLOSO, Andrei Pitten. A temerária “modulação” dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em matéria tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 157, p. 7-16, out. 2008. p. 7.

recolhidos nestas condições, com exceção das ações propostas antes da conclusão deste julgamento.⁴⁵

Ocorre que, na prática, a limitação dos efeitos temporais representou a supressão do direito dos contribuintes de pleitear a restituição dos tributos pagos indevidamente, salvo para os contribuintes que tivessem ajuizado as respectivas ações judiciais ou solicitações administrativas até o momento da prolação da decisão. Note-se que essa decisão estabelece uma eficácia temporal híbrida, pois, enquanto limita os efeitos da inconstitucionalidade para os créditos tributários recolhidos e não impugnados (efeitos *ex nunc*), concede efeitos retroativos (*ex tunc*) para aqueles que foram objeto de impugnação administrativa ou judicial até a data de prolação da decisão - 11.06.2008⁴⁶.

Com efeito, a supressão do direito à repetição de indébito decorrente da limitação dos efeitos da indigitada decisão foi alvo de críticas contundentes no âmbito da doutrina pátria, pois se estaria avalizando o enriquecimento ilícito do Estado. Nesse sentido, Andrei Pitten Velloso⁴⁷ lança solerte crítica às razões deduzidas pelo Pretório Excelso para a modulação dos efeitos, sendo oportuno destacar o seguinte excerto:

Mas que insegurança jurídica é essa? Se os preceitos são inconstitucionais e os contribuintes já versaram aos cofres públicos os valores exigidos pelo Fisco, a declaração da sua ilegitimidade jurídica deveria produzir o efeito de autorizá-los a postular a restituição do que pagaram ao arrepio da Constituição. Tal autorização, que sempre fez parte da nossa tradição jurídica, não implicaria insegurança jurídica alguma, haja vista o intérprete maior da Carta da República já ter se manifestado definitivamente sobre o direito aplicável à espécie e ninguém cogitar reavivar os

⁴⁵ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 560.626/RS. Recorrente: União. Recorrido: REDG - Consultoria Tributária Sociedade Civil Ltda. Relator: Gilmar Mendes. Brasília/DF, 12 de junho de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/re560626.pdf>> Acesso em: 10 out. 2013.

⁴⁶ ANDRADE, Fábio Martins de. *Modulação em matéria tributária: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 415.

⁴⁷ VELLOSO, Andrei Pitten. A temerária "modulação" dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em matéria tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 157, p. 7-16, out. 2008. p. 7.

direitos à repetição fulminados pela prescrição, nos termos do art. 168 do Código Tributário Nacional.

Na verdade, ao restringir a eficácia temporal da decisão para impedir a repetição dos indébitos tributários, o Supremo Tribunal Federal “optou por dissimular o real fundamento da sua decisão, referindo-se à segurança jurídica quando, na realidade, designava os interesses pecuniários do Fisco”⁴⁸. E, nesse contexto, observa-se que a segurança jurídica não pode ser utilizada para a proteção dos interesses estatais em detrimento dos contribuintes, uma vez que esse princípio se destina à proteção objetiva dos cidadãos⁴⁹.

Na jurisprudência pátria, verifica-se que o Estado reiteradamente se utiliza de argumentos consequencialistas de cunho econômico, como a insolvência do Erário público, para fundamentar o pedido de modulação dos efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade em matéria tributária.

Como explicita Fábio Martins de Andrade⁵⁰, apesar de ser lícito ao Tribunal levar em conta o argumento pragmático ou consequencialista, não pode ser admitida a modulação dos efeitos de uma decisão judicial em matéria tributária fundamentada em argumentos relacionados aos eventuais prejuízos ocasionados aos cofres públicos. Isso porque, na linha do que defende o autor, a doutrina prospectiva “não deve ser usada a serviço do Fisco, vez que necessariamente implicaria flagrante afronta aos princípios e direitos assegurados em sede constitucional aos cidadãos, de modo geral, e aos contribuintes, de maneira particular”⁵¹.

Em complementação a esse entendimento, Andrei Pitten Velloso⁵² registra:

Transpondo essa clássica lição para a seara tributária, resulta fácil ver que os interesses fazendários jamais podem justificar lesões à Constituição, mesmo que mascarados de interesses econômicos e sociais. Se todos os cidadãos devem ter uma vontade de realizar

⁴⁸ Ibid., p. 8.

⁴⁹ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 151.

⁵⁰ ANDRADE, Fábio Martins de. *Modulação em matéria tributária: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 374.

⁵¹ Ibid., p. 375.

⁵² Velloso, op. cit., p. 12.

plenamente a Constituição, o Supremo Tribunal Federal, criado para tutelá-la, está institucionalmente obrigado a garantir a sua primazia perante todas as ameaças estatais. E, como bem recorda Konrad Hesse, a relevância de tal dever se agiganta naquelas hipóteses em que ao Estado é 'incômodo' respeitar a Lei Maior ou suportar os efeitos do seus desrespeito, tal qual sucede na edição de leis inconstitucionais que geram expressivas entradas para os cofres públicos - e que, por conseqüência, hão de render ensejo a vultuosas repetições de indébitos.

Ademais, o próprio Supremo Tribunal Federal se mostra combativo em relação às razões de Estado, como restou assentado nas ponderações do Ministro Celso de Mello por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.010:

RAZÕES DE ESTADO NÃO PODEM SER INVOCADAS PARA LEGITIMAR O DESRESPEITO À SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - A invocação das razões de Estado - além de deslegitimar-se como fundamento idôneo de justificação de medidas legislativas - representa, por efeito das gravíssimas conseqüências provocadas por seu eventual acolhimento, uma ameaça inadmissível às liberdades públicas, à supremacia da ordem constitucional e aos valores democráticos que a informam, culminando por introduzir, no sistema de direito positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização político-jurídica. Nada compensa a ruptura da ordem constitucional. Nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental. A defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental. A relação do Poder e de seus agentes, com a Constituição, há de ser, necessariamente, uma relação de respeito. Se,

em determinado momento histórico, circunstâncias de fato ou de direito reclamarem a alteração da Constituição, em ordem a conferir-lhe um sentido de maior contemporaneidade, para ajustá-la, desse modo, às novas exigências ditadas por necessidades políticas, sociais ou econômicas, impor-se-á a prévia modificação do texto da Lei Fundamental, com estrita observância das limitações e do processo de reforma estabelecidos na própria Carta Política.⁵³

Em âmbito doutrinário, recrudescer o entendimento de que a modulação temporal dos efeitos não pode ser aplicada para tentar impedir a restituição de tributos criados sem fundamento constitucional. Isso porque o direito de os contribuintes obterem o ressarcimento dos indébitos tributários é consectário “da supremacia normativa da Constituição e do caráter heterônomo das obrigações tributárias, que somente podem advir do exercício legítimo do poder de império estatal”⁵⁴.

Por conseguinte, a utilização da doutrina prospectiva como instrumento de tutela dos interesses fazendários afronta os postulados da boa-fé e da segurança jurídica e os direitos fundamentais dos contribuintes, pois, como alerta Saul Tourinho Leal⁵⁵, se o instituto da modulação dos efeitos “for utilizado em desfavor dos direitos fundamentais dos contribuintes, caminharemos, todos, para a nulificação da relevante conquista jurídica esboçada pelos princípios constitucionais tributários”⁵⁶.

Já, para Kiyoshi Harada⁵⁷, os princípios constitucionais da legalidade tributária, da tipicidade cerrada e da moralidade da Administração Pública

⁵³ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.010-2/DF. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília/DF, 13 de junho de 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=984>>. Acesso em: 8 out. 2013.

⁵⁴ VELLOSO, Andrei Pitten. A temerária “modulação” dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em matéria tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 157, p. 7-16, out. 2008. p. 16.

⁵⁵ LEAL, Saul Tourinho. Modular para não pagar: a adoção da doutrina prospectiva negando direito aos contribuintes. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 158, p. 79-86, nov. 2008. p. 81.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 81.

⁵⁷ HARADA, Kiyoshi. Repetição de indébitos de tributos declarados inconstitucionais. Disponível em: <<http://www.haradaadvogados.com.br/publicacoes/Artigos/805.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2013.

impedem a limitação dos efeitos em matéria tributária, salvo se for para favorecer o contribuinte. Assim, não se pode permitir que “a Fazenda Pública se aproprie de valor cobrado a título de tributo, mas que a Corte Suprema reconheceu não se revestir aquela exação de natureza tributária por desobedecer o princípio da legalidade tributária”⁵⁸.

Em síntese, a prospecção dos efeitos temporais nas decisões que declaram a inconstitucionalidade da norma tributária faz com que o Supremo Tribunal Federal mantenha a cobrança de tributos sem lei, gerando resultados incompatíveis com o Texto Constitucional. Como refere Humberto Ávila:

Assim procedendo, a decisão do Tribunal que mantém a cobrança de tributo inconstitucional termina, por via transversa, provocando resultados incompatíveis com a CF/1988. Em primeiro lugar, a decisão permite a instituição pelo Poder Legislativo de tributo sem base em lei, em afronta à regra constitucional de legalidade (art. 150, II). Mesmo sem lei, o tributo é cobrado. Em segundo lugar, a própria decisão pretende ser o fundamento para a cobrança do tributo, o que não só também viola a referida regra de legalidade como, ainda, malfez o princípio da separação dos Poderes (art. 2º). Em terceiro lugar, ela suspende a eficácia dos direitos fundamentais de liberdade, de propriedade e de proteção judicial, por subtrair, destes, tanto a eficácia limitadora da atividade estatal quanto a eficácia garantidora de um conjunto mínimo de bens jurídicos cuja disponibilidade é condição mesma da sua eficácia, em contradição com a garantia de eficácia imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º) e com a impossibilidade de sua modificação sequer por emenda constitucional (art. 6º, § 4º). Daí se declarar que a modulação dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade de leis tributárias oneratórias

⁵⁸ Ibid., p. 4.

significa a suspensão injustificada dos direitos fundamentais.⁵⁹

De outro lado, a aplicação da doutrina prospectiva em detrimento do contribuinte representa um enriquecimento sem causa do Estado, caracterizado pela expropriação forçada do patrimônio do cidadão e pela violação ao direito fundamental de propriedade. É quando se nega efeitos retroativos às declarações de inconstitucionalidade em matéria tributária, se avaliza ao Estado a possibilidade de “utilizar os institutos do Direito Tributário para se apropriar de parcela da propriedade privada sem que, para fazê-lo, tenha de respeitar as limitações constitucionais ao poder de tributar, o que não representa somente uma lesão a tais limitações”⁶⁰, mas também ao direito fundamental de propriedade.

Como abordado ao longo deste capítulo, em respeito aos postulados da força normativa da Constituição e da segurança jurídica, e aos direitos e às garantias fundamentais dos contribuintes, não se mostra possível a modulação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade em matéria tributária para suprimir o direito do cidadão à repetição de indébito, o que poderá abalar seriamente os fundamentos basilares do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, cumpre observar que não se pode admitir a modulação dos efeitos assentada em argumentos consequencialistas ou em razões de Estado, eis que os interesses fazendários jamais poderão justificar lesões às normas e aos princípios constitucionais.

Assim sendo, no exercício de seu mister institucional, o Supremo Tribunal Federal não pode se sensibilizar com a invocação de tais argumentos para negar os direitos dos contribuintes, pois, como adverte Fábio Martins de Andrade⁶¹, “modular efeitos para minimizar perdas financeiras do Estado equivale a reduzir esta Corte Constitucional ao papel de curadora de um Estado que se tem por incapaz”.

⁵⁹ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 558-559.

⁶⁰ VELLOSO, Andrei Pitten. A temerária “modulação” dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em matéria tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 157, p. 7-16, out. 2008. p. 13.

⁶¹ ANDRADE, Fábio Martins de. *Modulação em matéria tributária: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 375.

Por fim, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal não andou bem ao conferir eficácia prospectiva às decisões que declararam a inconstitucionalidade da ampliação dos prazos de decadência e prescrição nas contribuições para a Seguridade Social, uma vez que preferiu acolher os interesses arrecadatários do Estado em detrimento do direito dos contribuintes de pleitearem o ressarcimento do indébito tributário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão da natureza e dos efeitos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade sempre aguçou os debates doutrinários e jurisprudenciais, resultado do confronto entre as teorias da anulabilidade e da nulidade do ato inconstitucional. No Direito brasileiro, até a edição do art. 27 da Lei Federal nº 9.868/1999 prevalecia a concepção de que a lei inconstitucional era nula e, portanto, todos os seus efeitos deveriam ser desconstituídos. Aliás, essa orientação sempre fora tão prevalente na jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal a alçou à condição de dogma.

Ocorre que, em algumas hipóteses, o reconhecimento da nulidade da lei inconstitucional gerava uma situação jurídica ainda mais inconstitucional e perpetuava verdadeiras injustiças. Assim sendo, o advento do instituto da modulação dos efeitos representou a flexibilização do dogma da nulidade da lei inconstitucional, pois se outorgou ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de restringir os efeitos da decisão de inconstitucionalidade (efeitos *ex tunc*) ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou até mesmo de outro momento que venha a ser fixado (efeitos *pro futuro*).

Nada obstante, cumpre ressaltar que a restrição da eficácia temporal deve ser interpretada como uma hipótese excepcional, aplicando-se somente nas situações em que a retroação dos efeitos possa levar a um resultado ainda mais inconstitucional que o reconhecimento da própria norma inválida.

Portanto, o princípio da nulidade da norma inconstitucional continua a ser a regra no sistema de jurisdição constitucional brasileiro, devendo apenas ser afastado nas situações excepcionais em que a sua incidência possa culminar em lesões mais graves a bens jurídicos individuais. O afastamento do princípio da nulidade dependerá de um severo juízo de ponderação que faça prevalecer a segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de excepcional interesse social, não podendo ser baseado em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio.

Em razão da proeminência da segurança jurídica e dos princípios constitucionais tributários, conclui-se que a modulação dos efeitos deve ter incidência excepcional nas decisões de inconstitucionalidade em matéria tributária, somente podendo ser invocada para a proteção das garantias e dos direitos dos contribuintes. Ou seja, a atribuição excepcional de efeitos prospectivos em matéria tributária somente se mostra possível naquelas hipóteses em que os efeitos retroativos possam levar a uma grave desestabilização do sistema jurídico, a exemplo do que ocorre nos casos das leis estaduais que concedem benefícios fiscais inválidos e na mudança da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores.

Verificou-se que a Fazenda Pública reiteradamente se utiliza de argumentos consequencialistas de cunho econômico, também conhecidos como razões de Estado, para fundamentar o pedido de atribuição de efeitos prospectivos às decisões declaratórias de inconstitucionalidade em matéria tributária. Não obstante, a invocação desses argumentos não se mostra idônea para fundamentar o pedido de modulação de efeitos em matéria tributária, haja vista que os interesses fazendários jamais poderão justificar lesões às normas e aos princípios constitucionais.

Nesse contexto, recrudescer o entendimento de que a doutrina prospectiva não pode ser utilizada como instrumento de tutela dos interesses arrecadatórios do Estado, sob pena de afrontar os postulados da boa-fé e da segurança jurídica e os princípios e direitos fundamentais dos contribuintes. A atribuição de efeitos prospectivos deve ser efetuada única e exclusivamente em benefício dos contribuintes, pois, do contrário, encontrar-se-á a derrocada da relevante conquista histórica representada pelos princípios constitucionais tributários.

Portanto, revela-se inadmissível a utilização da doutrina prospectiva para impedir a restituição de tributos criados sem fundamento constitucional. É que o direito de os contribuintes obterem o ressarcimento dos indébitos tributários decorre do princípio da supremacia da Constituição e do caráter heterônomo das obrigações tributárias, razão pela qual não se pode admitir a atribuição de efeitos prospectivos na hipótese em tela.

A aplicação da doutrina prospectiva em detrimento dos contribuintes, além de afrontar os princípios e direitos fundamentais, representa o enriquecimento ilegal e sem causa do Estado, o que se mostra defeso no ordenamento jurídico pátrio. Não se pode admitir que o Estado se locuplete às custas dos

contribuintes, apropriando-se da propriedade privada sem respeitar os direitos e as garantias fundamentais, o que, em última análise, poderá abalar seriamente os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Enfim, é imperioso que o Supremo Tribunal Federal, no exercício de seu mister institucional de guardião da Constituição, não se sensibilize com a invocação de argumentos consequencialistas ou razões de Estado para suprimir o direito dos contribuintes de pleitearem a restituição das exações tributárias inconstitucionais, reduzindo-se ao papel de mero curador de um Estado que se tem por incapaz.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Martins de. *Modulação em matéria tributária: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

_____. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária: segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 261-288, abr./jun. 2006.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 ago. 2013.

_____. Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975. Dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/lcp/lcp24.htm>. Acesso em: 18 set. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 276. As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=22>>. Acesso em: 5 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.010-2/DF. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília/DF, 13 de junho de 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=984>>. Acesso em: 8 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.439-6/MS. Requerente: Governador do Estado de São Paulo. Requeridos: Governador do Estado do Mato Grosso do Sul e Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília/DF, 13 de novembro de 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375394>>. Acesso em: 1º out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 582.280/RJ. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Olivier Charles Mathieux. Relator: Celso de Mello. Brasília/DF, 12 de setembro de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390216>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 557.237/RJ. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Mario Soares Dantas e Outros. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília/DF, 18 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=492036>>. Acesso em: 1º out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 377.457/PR. Recorrente: Antônio Glênio F. Albuquerque & Advogados Associados S/C. Recorrido: União. Relator: Gilmar Mendes. Brasília/DF, 17 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=434326>>. Acesso em: 5 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 560.626/RS. Recorrente: União. Recorrido: REDG – Consultoria Tributária Sociedade Civil Ltda. Relator: Gilmar Mendes. Brasília/DF, 12 de junho de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/re560626.pdf>> Acesso em: 10 out. 2013.

BUFFON, Marciano. Benefícios fiscais de ICMS: uma saída jurídica para o problema decorrente da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo. Disponível em: <justicafiscal.wordpress.com/2011/08/23/beneficios-fiscais-de-icms-uma-saida-juridica-para-o-problema-decorrente-da-declaracao-de-inconstitucionalidade-pelo-supremo/>. Acesso em: 2 out. 2013.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A Lei nº 9.868/1999 e a possibilidade de restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade: inaplicabilidade na fiscalização de

normas de Direito Tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 59, ago. 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, n. 220, p. 1-17, 2000.

FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

HARADA, Kiyoshi. Repetição de indébitos de tributos declarados inconstitucionais. Disponível em: <<http://www.haradaadvogados.com.br/publicacoes/Artigos/805.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2013.

JANCZESKI, Célio Armando. A declaração da inconstitucionalidade com efeitos limitados, a supremacia constitucional e o direito tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 157, p. 17-26, out. 2008.

LEAL, Saul Tourinho. Modular para não pagar: a adoção da doutrina prospectiva negando direito aos contribuintes. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 158, p. 79-86, nov. 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. Declaração de inconstitucionalidade e direito intertemporal. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 57, p. 72-87, jun. 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868, de 10.11.1999*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009.

RIBEIRO, Diego Diniz. A modulação de efeitos no controle de constitucionalidade em matéria tributária e jurisprudência do STF. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 178, ago. 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VELANO, Emília Maria. *Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei tributária*. Curitiba: Juruá, 2011.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis nºs 9.868, de 10.11.1999, e 9.882, de 03.12.1999*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VELLOSO, Andrei Pitten. A temerária “modulação” dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em matéria tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 157, p. 7-16, out. 2008.

LEI COMPLEMENTAR, A SÚMULA VINCULANTE Nº 8 DO STF E PRESCRIÇÃO TRIBUTÁRIA: DA SEGURANÇA JURÍDICA À INSEGURANÇA JURISDICIONAL

COMPLEMENTARY LAW, THE STF'S BINDING PRECEDENT Nº 8 AND TAX PRESCRIPTION PERIOD: FROM LEGAL SECURITY TO JURISDICTIONAL INSECURITY

Octavio Campos Fischer¹

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

RESUMO: O presente estudo é uma análise breve do problema do conflito existente entre o disposto no art. 146, III, *b*, da CF/1988 e a regulamentação do instituto da prescrição pelo Código de Processo Civil e a Lei de Execuções Fiscais, a partir da orientação consolidada pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula Vinculante nº 8.

PALAVRAS-CHAVE: Segurança jurídica tributária; prescrição e tributária; lei complementar; Constituição de 1988.

ABSTRACT: *The present study is a brief analysis of the problem of conflict between the provisions of art. 146, III, b, CF/1988, and regulations of prescription rule by the Code of Civil Procedure and Tax Enforcement Act, consolidated guidance from the Supreme Court in Binding Precedent nº 8.*

KEYWORDS: *Legal security in taxation law; tax prescription period; complementary law; 1988 Constitution.*

SUMÁRIO: Considerações iniciais; 1 Da segurança jurídica à insegurança jurisdicional; 2 Decadência e prescrição são conceitos de direito positivo; 3 Da Súmula Vinculante nº 8 e o artigo 146, III, da CF/1988; 4 O CPC, a LEF e a Súmula Vinculante nº 8.

SUMMARY: *Opening remarks; 1 From legal security to jurisdictional insecurity; 2 Prescription and decay rules are legal concepts; 3 Binding Precedent nº 8 and CF/1988's article 146, III, b; 4 Code of Civil Procedure, Tax Enforcement Act and the Binding Precedent nº 8.*

¹ Professor de Direito Tributário da Unibrasil/PR (Mestrado, Especialização e Graduação), Doutor e Mestre em Direito Tributário pela UFPR.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho analisa brevemente o problema da competência da lei complementar para tratar dos institutos da prescrição e decadência no Direito Tributário brasileiro, a partir, de um lado, do entendimento sedimentado na Súmula Vinculante nº 8 do STF e, de outro, da aplicação a tal ramo do direito de preceitos do Código de Processo Civil e da Lei de Execução Fiscal.

Paradoxalmente, estamos a tratar de dois institutos primordialmente voltados para a realização da segurança jurídica, mas que sua compreensão e aplicação nunca deixaram de promover uma intensa insegurança nas relações entre o Fisco e os contribuintes. Mesmo questões centrais e básicas – como, por exemplo, (i) qual a extensão da competência da lei complementar, (ii) qual regra deve ser aplicada a cada um dos casos concretos e (iii) qual o *dies a quo* e o *dies ad quem* para a contagem dos prazos decadenciais e prescricionais – ainda estão longe de alcançar um consenso doutrinário e jurisprudencial. Não se trata apenas de dizer que a temática é rica e que, em torno dela, sempre houve e, portanto, sempre haverá divergência. Mas de reconhecer que, em razão do papel que os institutos em tela devem desempenhar para a realização da segurança jurídica, há uma imperiosa necessidade – de longa data já detectada por muitos estudiosos – de modificar profundamente o seu tratamento normativo, a fim de conferir-lhes uma estruturação mais consentânea com o ordenamento pátrio atual².

1 DA SEGURANÇA JURÍDICA À INSEGURANÇA JURISDICIONAL

No Direito Tributário, há, principalmente, uma preocupação especial da doutrina com o princípio da segurança jurídica. Sua concretização aparece de forma mais clara nas normas da anterioridade (art. 150, III, *b* e *c*, e art. 195, § 4º), da irretroatividade (art. 150, III, *a*) e da legalidade (art. 150, I); o chamado “tripé da segurança jurídica”. Para além disto, a observância desta exige alguns pressupostos mínimos, como ensina César García Novoa: (a) existência de normas jurídicas, (b) que as normas jurídicas sejam prévias aos fatos por elas

² Não vai aqui uma crítica oportunista ao CTN. É necessário registrar que reconhecemos a sua importância no desenvolvimento do direito tributário, sendo que a sua “longa vida” em longos quarenta anos (quantas leis tributárias viveram tanto tempo?) deve ser atribuída à qualidade dos seus elaboradores. Mas, também, é necessário reconhecer que estamos em uma nova Constituição, com um sistema tributário constitucional reestruturado e que, como um todo, demanda uma nova Lei Geral de Tributação.

regulados, (c) que esta existência prévia seja conhecida dos destinatários das normas e (d) que esta existência seja regular, no sentido de que a norma tenha pretensão de definitividade³. Mais. Podemos dizer que a segurança não se compactua com o excesso normativo e exige, ainda, leis claras e compreensíveis pelo homem médio.

De outro lado, também não podemos imaginar uma tributação justa que não se baseie na segurança jurídica, de forma que esta é sentida, igualmente, na moralidade, na boa-fé, no princípio da capacidade contributiva, na isonomia, na proibição de confisco e em outros princípios concretizadores da justiça fiscal.

Neste sentido, não compactuamos com a visão da segurança jurídica enquanto valor autônomo, não conectada com a ideia de justiça⁴. Em um Estado Democrático de Direito, uma ordem jurídica legítima somente deve realizar segurança jurídica em conexão com a justiça. Afinal, como bem lembra José Afonso da Silva:

Direito seguro nem sempre é direito justo. A história está repleta de exemplos de ordenamentos positivos injustos, como foi o nazi-fascista e outros sistemas autoritários, tal o regime militar brasileiro, que continha o máximo de segurança por meio de uma ordem jurídica excepcional voltada para a sua própria garantia, sem consideração alguma para com o princípio da justiça. [...] Assim, a segurança legítima do direito é apenas aquela que signifique garantia contra a arbitrariedade e contra as injustiças.⁵⁻⁶

Todavia, temos notado que as reflexões sobre a segurança jurídica, como um todo, voltam-se, basicamente, para as leis e os atos administrativos. Legislador e administrador público seriam os grandes destinatários deste valor.

De nossa parte, porém, entendemos que, atualmente, a segurança jurídica é um valor que, também, deve ser perseguido pelo Poder Judiciário.

³ *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 75-77.

⁴ RAMÍREZ, Federico Arcos. *La seguridad jurídica: una teoría formal*. Madrid: Dykinson, 2000. p. 28.

⁵ Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (coord.). *Constituição e segurança jurídica: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 16.

⁶ Como bem assinala Antônio-Enrique Pérez Luño: "O princípio da segurança jurídica, também, tem servido para encobrir numerosas agressões à liberdade, através das tão conhecidas 'medidas de segurança'" (*La seguridad jurídica*. 2. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1994. p. 10).

No estágio em que se encontra a teoria jurídica, com o reconhecimento (a) de que os princípios são normas que fazem a ponte entre os valores e as regras, (b) de que os princípios obedecem à lógica da ponderação dos valores, (c) de que o direito é uma construção de sentido e (d) de que a linguagem jurídica possui uma “textura aberta”, é importante verificar a ampliação da liberdade e da subjetividade do intérprete e do julgador, o que pode acarretar, sem dúvida, em um *déficit* de previsibilidade e certeza.

Ademais, a segurança jurídica deixou para trás o Estado Liberal e ingressou no mundo do Estado Social e do Estado Democrático de Direito, no qual a necessidade de intervenção do poder público, o excesso de legislação e as rápidas e constantes mudanças sociais produzem fortes consequências para o direito. Federico Arcos Ramírez explica que:

Los principales cambios producidos en la racionalidad de los sistemas jurídicos de los Estados Sociales inciden directamente sobre el modelo de seguridad jurídica consagrado durante el período del Estado Liberal de Derecho. En este último, la seguridad del Derecho estaba estrechamente vinculada a la autonomía del sistema jurídico respecto a la política, las normas morales, los cambios sociales, etc. Era esa trascendencia la que permitía dotar al mismo de aquella certeza, regularidad y previsibilidad tan valorada por el ethos de la burguesía. Rota esta autonomía, “politizado”, “socializado” o “economizado”, el Derecho pierde gran parte de su seguridad, los blancos preferidos de la crítica que los juristas dirigen al Estado Social se centra en que éste atenta contra la seguridad jurídica. Las manifestaciones de esta crisis son sobradamente conocidas: inflación normativa, crisis de la ley general y abstracta, quiebra del principio de legalidad, informatización de la eficacia, etc.⁷

Sob esta perspectiva, no Direito Tributário brasileiro, constatamos que não só o Legislador e o Administrador, mas o próprio Poder Judiciário vem atuando em descompasso com o ideal de segurança jurídica. Fácil de constatar que muitas são as situações levadas ao Judiciário (a) que não encontram uma solução rápida, (b) que são objeto de incontáveis divergências, (c) que não são claras e acessíveis ao homem médio e, ainda, (d) que não são estáveis. A jurisprudência,

⁷ Idem, p. 333.

antes de pacificar conflitos, atualmente abre caminho para que outras disputas judiciais surjam e, assim, para uma incerteza a respeito de como o contribuinte deve pautar suas condutas. Veja-se o caso da prescrição e da decadência. Trata-se um tema de fundamental importância para a incidência de diversas normas tributárias. Mas, até hoje, passados quase quarenta anos de vigência do CTN e um pouco mais de quinze anos da promulgação da Constituição, não há uma orientação segura de qual prazo devemos considerar ou, ainda, de qual é o seu *dies a quo*. Assim, o contribuinte não tem condições de saber por quanto tempo deve manter os seus livros fiscais (cinco ou dez anos), nem sabe, com certeza, a partir de quando inicia a contagem do prazo para pleitear a restituição de um tributo pago indevidamente. Como, também, pode ele iniciar uma disputa com o Fisco sob o paradigma de uma jurisprudência e, ao término dela, a orientação ser outra, completamente distinta.

O que se quer dizer é que não só a segurança jurídica, mas também a segurança jurisdicional é um valor que deve ser buscado pela nossa sociedade, como forma de, especificamente no Direito Tributário, termos uma tributação mais segura e justa.

Com o advento da súmula vinculante, esperava-se que a jurisprudência ganhasse um pouco mais de previsibilidade e estabilidade. É bem verdade que o constituinte poderia ter estabelecido o efeito vinculante para as súmulas de todos os Tribunais Superiores, com o que muitas questões infraconstitucionais poderiam ser trabalhadas em prol de uma maior consolidação da segurança jurídica. Todavia, mais do que esperarmos pelo advento de súmulas vinculativas, é imperioso que o Poder Judiciário preste a atenção para o delicado momento pelo qual passa na sua relação com a sociedade. O Poder Judiciário deve estar atento para as legítimas expectativas que nele são depositadas para que aquela tenha seus direitos garantidos de modo justo, eficaz e seguro.

É o que se passa quando os temas são decadência e prescrição.

2 DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO SÃO CONCEITOS DE DIREITO POSITIVO

Claro que também é importante reconhecer que boa parte da disputa teórica em torno da decadência e da prescrição se deve à dificuldade de enxergá-

-las enquanto conceitos de direito positivo e não de teoria geral do direito. É dizer, são conceitos jurídico-positivos e não lógico-jurídicos⁸.

Bem por isto, não necessariamente vão ter a mesma configuração em todos os ordenamentos jurídicos, como, também, em todos os ramos de um mesmo sistema normativo.

Seria salutar que assim pudesse ser, no intuito de existir uma harmonia conceitual. Todavia, não há uma determinação constitucional para que o legislador de cada um dos ordenamentos e setores normativos regule-os da mesma forma e com o mesmo conteúdo. Assim, o conceito de prescrição no direito alemão não necessariamente deve ser o mesmo do conceito posto no direito brasileiro, mas também pode ser que existam diferenças entre a regulação feita pelo legislador civil e pelo legislador tributário no seio do ordenamento pátrio.

Portanto, devemos deixar de lado o pré-conceito de que, no campo da tributação, decadência e prescrição devem ter, necessariamente, a mesma natureza, o mesmo conteúdo e a mesma extensão que encontramos no direito privado. Isto se deve muito à abstração que os juristas fazem das prescrições normativas, abandonando-as em prol de uma construção teórica que necessita ser convincente. É em razão disto que a forte crítica de Eurico Diniz dirigida aos civilistas, em nosso entender, bem se aplica, igualmente, a alguns tributaristas:

A aparente confusão entre prescrição e decadência não é identificada pela doutrina civilista, que exara sua coerência sobre o direito positivo, reconduzindo esses conceitos ao reino de *sua* razão. Mas essa intromissão tem um preço, implica automática transfiguração do direito como objeto: doutrina não é fonte do direito e, quando pretende sê-lo, ao constituí-lo, simplesmente, o desconstitui. Assim, o que se verifica no estudo da prescrição e da decadência no direito civil são proposições sem base empírica, mais referenciais criativos do que genuinamente descritivos, que se legitimam simplesmente pela afirmação de que *tempus fugit e jus non sucurit dormientibus*.⁹

⁸ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 37. Este autor fundamenta seu raciocínio no *Tratado* de Pontes de Miranda.

⁹ Idem, *ibidem*.

Além disto, talvez o ordenamento jurídico pátrio não se limite a regular a extinção de direitos pelo decurso do prazo somente por meio do binômio *prescrição* x *decadência*¹⁰. Afinal, não há uma imposição normativa para que se tenha tal redução. Poderia haver um terceiro instituto aplicável a situações similares. Até porque muitas vezes o sistema jurídico não se refere expressamente à prescrição, nem à decadência¹¹. O que se passa é tão somente que, a todo custo, a doutrina procura encaixar a teoria no direito positivo¹². E quando isto se mostra difícil, abandona-se este para ficar-se com aquela.

Veja-se, por exemplo, o que se passa com o prazo para impetração do mandado de segurança. Para alguns, teria ele natureza decadencial, já, para outros, prescricional. Todavia, como alerta Hugo de Brito Machado, seguindo as lições de Alfredo Buzaid, “fosse de *decadência* o prazo em exame, com o seu decurso extinto estaria o direito material. Fosse de *prescrição*, restaria afetada diretamente a ação, qualquer que fosse, para defesa do direito, e indiretamente o próprio direito. Preferível, pois, a posição do eminente processualista, buscando-se então delinear um regime jurídico próprio para o prazo em referência” e caracterizando-o como *prazo extintivo de uma faculdade pelo seu não exercício dentro de certo prazo* (cento e vinte dias)¹³.

Enfim, a questão se torna ainda mais complexa, no Direito Tributário brasileiro, quando se verifica que, em verdade, *o Fisco não tem um direito subjetivo* ao crédito tributário. Desta forma, não se pode dizer, por exemplo, que a prescrição atinge um “direito” daquele. Frise-se que a relação tributária é uma relação jurídica de direito público e não de direito privado. O que se deve esclarecer, com base em Marçal Justen Filho, é que “a introdução do conceito de ‘obrigação’ no Direito Tributário decorreu da intenção de contrapor-se à pretensão de existência de uma relação de fato, não sujeitada ao Direito”¹⁴. Mas, a relação jurídica de direito público é diversa da de direito privado. Esta se fundamenta, de forma primordial, mas não exclusiva, na ideia de autonomia da vontade, enquanto aquela assenta-se, de modo primordial mas não

¹⁰ Não se cogita, aqui, do caso da *preclusão*.

¹¹ É o caso do § 4º do art. 150, do art. 173 e do art. 168, todos do CTN.

¹² Esta atitude é muito comum na doutrina brasileira. Um típico exemplo diz com o conceito de federação. Apesar do que estabelece o ordenamento pátrio, muitos doutrinadores insistem em aplicar uma teoria de tal instituto que não se mostra adequada, querendo demonstrar, de todo jeito, que a federação brasileira deve ser idêntica à federação norte-americana.

¹³ *Mandado de segurança em matéria tributária*. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2006. p. 50.

¹⁴ *Sujeição passiva tributária*. Belém: Cejup, 1986. p. 71.

exclusivo, no princípio da supremacia do(s) interesse(s) público(s). Portanto, a “relação tributária indica um conceito amplo e complexo”¹⁵, que acarreta “uma pluralidade de situações jurídicas para cada uma das partes”¹⁶, sendo que a situação ativa torna-se “absolutamente distinta da posição que possa encontrar-se em qualquer relação obrigacional de direito privado”¹⁷, porquanto se está diante de uma *função* na qual “o próprio sujeito ativo é destinatário de deveres e sujeições” para realizar um interesse alheio (o interesse público)¹⁸.

Por esta via, a decadência e a prescrição não atingiriam propriamente “direitos” do Fisco. Talvez, em uma futura alteração do Código Tributário Nacional, fosse necessário encontrar uma forma de melhor retratar esta situação, deixando-se de lado a ideia de *direito subjetivo* para referir-se, por exemplo, à extinção de deveres do cidadão para com o Estado (ou seja, do tradicional “crédito tributário”) e à extinção de poderes/deveres (função) do sujeito ativo que seriam exercidos em face do cidadão, por conta do decurso de um determinado prazo.

Como, em razão do espaço e do tempo, não é nosso objetivo apresentar aqui uma nova tese acerca dos institutos em questão, apenas lançamos algumas sementes que talvez possam fazer brotar férteis discussões e registramos algumas perplexidades que para nós surgiram a partir de uma superficial e breve leitura de nosso ordenamento jurídico.

3 DA SÚMULA VINCULANTE Nº 8 E O ARTIGO 146, III, DA CF/1988

A Constituição de 1988 estabeleceu, em seu art. 146, III, *b*, que é competência da lei complementar a regulamentação dos institutos da prescrição e da decadência no Direito Tributário pátrio.

Apesar da clareza de tal prescrição, os entes federativos, especialmente a União Federal, insistiam que a eles restaria competência para tratar do assunto, via lei ordinária, porquanto referida norma constitucional faz alusão apenas ao estabelecimento de normas gerais por meio de lei complementar, de modo que poderiam eles editar normas específicas sobre o tema.

O debate mais intenso deu-se a partir das normas dispostas nos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que estabeleceu prazos para prescrição e decadência em

¹⁵ Idem, p. 88

¹⁶ Idem, p. 89.

¹⁷ Idem, 86-87.

¹⁸ Idem, p. 87.

relação às contribuições da seguridade social, diferentes daqueles estabelecidos pelo Código Tributário Nacional.

Discutiu-se, então, por 17 anos se tal lei ordinária seria ou não válida por ingressar no campo de competência de lei complementar, fixado no supracitado dispositivo constitucional, quando, em 2008, a matéria chegou ao Supremo Tribunal Federal, que editou a Súmula Vinculante nº 8: “São inconstitucionais o parágrafo único do art. 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Firmou-se, então, o entendimento de que tais dispositivos são inconstitucionais, porquanto invadiram o âmbito de atuação da lei complementar, desenhado pela Carta Magna.

Pode-se dizer, para além disto, que o Supremo Tribunal Federal fixou jurisprudência no sentido de que somente lei complementar pode tratar de prescrição e decadência e que, mesmo a pretexto de regulamentar questões específicas, não há espaço de atuação para lei ordinária, sob pena de ofender-se o princípio da segurança jurídica. Dito de outra forma, não há como dizer que a lei complementar somente deve tratar de normas gerais e que normas específicas ficam a cargo de leis ordinárias, porquanto não se tem um critério claro e seguro para distinguir esta área de atuação.

O paradoxo aqui seria maior ainda, pois, na ausência de um critério normativo preexistente e na impossibilidade do legislador infraconstitucional (complementar ou ordinário) definir a fronteira entre normas gerais e específicas, o assunto somente seria definido no “caso a caso”, a partir de manifestações jurisprudenciais a longo prazo (só quando chegar ao STF), o que voltaria à crítica anterior de que estamos diante de institutos que deveriam servir para realizar a segurança jurídica (estabilizando as relações jurídica), mas que, na prática, provocariam um alto grau de insegurança.

Assim, distinguir onde a Constituição de 1988 e o Supremo Tribunal Federal não distinguiram pode ser extremamente perigoso.

4 O CPC, A LEF E A SÚMULA VINCULANTE Nº 8

Em que pese tais considerações, há ainda preceitos de lei ordinária sobre prescrição que vêm sendo aplicados pelo Judiciário no Direito Tributário pátrio.

Especificamente, mencionamos o entendimento consolidado na Súmula nº 106 do Superior Tribunal de Justiça:

Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência.

Trata-se de jurisprudência firmada a partir do art. 219 do CPC:

Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispêndência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

§ 1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.

§ 2º Incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subseqüentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário.

§ 3º Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias.

§ 4º Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição.

§ 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.

§ 6º Passada em julgado a sentença, a que se refere o parágrafo anterior, o escrivão comunicará ao réu o resultado do julgamento.

Por certo que, com a alteração do art. 174 do CTN, promovida pela LC 118/2005, a interrupção da prescrição passou a ocorrer com o despacho que determina a citação e não com a própria realização desta.

O problema se dá com a chamada prescrição intercorrente, na qual referido dispositivo do CPC é aplicado, em conjunto com o art. 40 da LEF; também uma lei ordinária (Lei nº 6.830/1980):

Art. 40. O juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

§ 1º Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

§ 2º Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.

§ 5º A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4º deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda.

Interrompida a prescrição, com o despacho que determina a citação, é necessário saber se a prescrição intercorrente pode não ser decretada com o fundamento de que o processo não se desenrolou “por motivos inerentes ao mecanismo da justiça”?

Trata-se de questão delicada e que, por envolver problemas “de fato”, dificilmente é analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, de modo que a constatação, no caso concreto, da situação fática (houve ou não demora por motivos inerentes ao mecanismo da justiça) fica a cargo das instâncias ordinárias, o que pode contribuir ainda mais para uma insegurança neste tema.

Neste sentido, constatado pelos Tribunais de 2ª instância que houve demora por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado a Súmula nº 106.

Todavia, sob o ponto de vista normativo, é importante ter em mente que, à luz da jurisprudência consolidada com a Súmula Vinculante nº 8 do STF, prescrição e decadência somente podem ser reguladas por lei complementar.

Desta forma, nem o art. 40 da LEF nem mesmo a orientação plasmada na Súmula nº 106 do STJ podem ser considerados válidos para o Direito Tributário pátrio.

Tal afirmação não significa que não há que se falar em prescrição intercorrente tributária, por falta de lei complementar sobre o assunto.

Mesmo antes da modificação sofrida pelo art. 40 da LEF já se admitia tal instituto em nosso Direito Tributário.

Ademais, por outro lado, sua aplicação é decorrência inquestionável do princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988).

A APROVAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS: UMA QUESTÃO DE ESCOLHA À LUZ DA TEORIA DOS JOGOS

THE APPROVAL OF THE REORGANIZATION PLAN: A MATTER OF CHOICE OF GAME THEORY

Oksandro Osdival Gonçalves

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba/PR)

Felipe de Poli de Siqueira¹

Mestrando do Programa de Pós Graduação em Direito Econômico e Socioambiental da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba/PR)

RESUMO: A superação da crise da empresa, por meio da recuperação tratada na Lei nº 11.101/2005, depende da escolha dos credores em aprovar ou rejeitar o plano de recuperação. A legislação incentiva estratégias e manobras entre os credores e as suas classes, que, na visão da teoria dos jogos, podem propiciar escolhas positivas ou negativas à coletividade. O Poder Judiciário e o devedor também têm seu papel fundamental nestas escolhas, as quais podem determinar a continuidade do negócio empresarial em esgotamento financeiro temporário e recuperável ou a falência. O objetivo

deste trabalho é analisar a interferência e as escolhas do devedor, dos credores e do Poder Judiciário na aprovação do plano de recuperação, sob o aspecto ótimo das estratégias econômicas maximizadoras dos interesses da coletividade e da eficiência econômica. A pesquisa se dará através do estudo do conjunto de elementos e conceitos da teoria dos jogos, mediante a verificação de legislação, pesquisa doutrinária, consulta de textos, artigos e obras condizentes ao tema pesquisado. Por fim, infere-se que a conduta dos agentes fica adstrita às relações internas das partes, em especial dos credores,

¹ Linha de Pesquisa: Estado, atividade econômica e desenvolvimento.

porém necessário tolher o oportunismo, as externalidades negativas e os custos de transação.

PALAVRAS-CHAVE: Recuperação de empresa; escolhas; teoria dos jogos; desenvolvimento econômico.

ABSTRACT: *Overcoming the crisis of the company, by retrieving treated in Law nº 11.101/2005 depends on the choice of lenders to approve or reject the reorganization plan. The legislation encourages strategies and maneuvers between lenders and their classes, which in the view of game theory, can lead to positive or negative collective choices. The Judiciary and the debtor also have their fundamental role in these choices, which can determine the continuity of business enterprise in temporary and recoverable financial exhaustion or bankruptcy. The objective of this work is to analyze the interference and the choices of the debtor, the creditors and the Judiciary in the approval of the recovery plan, under the great aspect of maximizing the interests of the community and economic efficiency economic strategies. The research will be through the study of the set of elements and concepts of game theory, by checking legislation, doctrinal research, consultation of texts, articles and researched the consistent theme works. Finally, it appears that the conduct of agents is enrolled internal relations of the parties, particularly creditors, but needed stunt opportunism, negative externalities and transaction costs.*

KEYWORDS: *Recovery company; choices; game of theory; development.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A recuperação judicial e a assembleia de credores; 2 O direito a voto dos credores na assembleia; 3 O plano de recuperação judicial e sua deliberação em assembleia; 4 *Cram down*; 5 A racionalidade, oportunismo e homogeneidade dos credores em assembleia: visão a partir da teoria dos jogos; 6 A escolha judicial no *cram down*; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The judicial reorganization and creditors' meeting; 2 The right to vote at the meeting of creditors; 3 The judicial recovery plan and its decision in the assembly; 4 Cram down; 5 The rationality, opportunism and homogeneity of the creditors meeting: vision by game theory; 6 The judicial choice in cram down; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

Neste trabalho será abordado o conjunto de normas que levam ao processo de escolha a que estão sujeitos os agentes envolvidos no processo que visa à superação da crise econômico-financeira² do

² Para Fábio Ulhoa Coelho, "a crise da empresa pode manifestar-se de formas variadas. Ela é econômica quando as vendas de produtos ou serviços não se realizam na quantidade necessária à manutenção do

empresário através da recuperação judicial³, estabelecida na Lei nº 11.101/2005, aplicando-se alguns postulados da teoria dos jogos. A proposta legislativa é que se preserve a empresa, como organismo vivo, mantendo a prestação do serviço ou produção, os empregos e, com o giro empresarial voltando à normalidade, o pagamento dos créditos existentes⁴. E, como se verá, a recuperação é prerrogativa do devedor, na qual se estabelece um plano que pode ser aprovado ou rejeitado em deliberação na assembleia-geral de credores, objeto de análise dos capítulos 1, 2 e 3.

Para tanto, a lei especifica um quórum qualificado para aprovação da proposta apresentada pelo devedor. É neste ponto que surgem as estratégias de escolhas por parte dos envolvidos. Assim sendo, a racionalidade e o oportunismo dos agentes econômicos propõem um jogo de cooperação ou não cooperação, no qual vários fatores podem interferir no processo de escolha, tais como a heterogeneidade das classes de credores (que pode ser um problema), o tipo de meio de recuperação oferecido no plano, os prazos e as condições, entre outros fatores, como se verá no capítulo 4.

Verificar-se-á que as estratégias adotadas por um grupo ou subgrupo não são manobras fáceis a ponto de interferir nas escolhas dos demais, mas, na visão da teoria dos jogos, as escolhas podem ser meios de persuasão de uma classe por outra, propiciando um campo fértil para o interesse coletivo.

No capítulo 5, será objeto de análise o papel fundamental que o juiz pode ter na implementação da recuperação, porque a lei dispõe uma alternativa para o caso de não aprovação do plano em assembleia, desde que preenchidos alguns requisitos, ao que se denomina de *cram down*. Neste caso, desde que atendido um conjunto de requisitos, o plano não aprovado é submetido ao crivo do juiz,

negócio. É financeira quando falta à sociedade empresária dinheiro em caixa para pagar as obrigações. Finalmente, a crise é patrimonial se o ativo é inferior ao passivo, se as dívidas superam os bens da sociedade empresária” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2009. p. 232).

³ Tecnicamente, a recuperação ou a falência é da sociedade empresária ou do empresário individual, mas neste artigo e em muitos momento na lei é utilizado o termo empresa. O termo empresa ainda é fruto de inúmeras discussões doutrinárias, ante a sua característica imaterial, padecedora de um conceito jurídico próprio e adstrito da economia. No entanto, não é o tema que se pretende tratar neste trabalho.

⁴ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência: comentada - Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005: comentário artigo por artigo*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 48.

que poderá conceder a recuperação judicial. Não há dúvida, em razão disso, que há uma interferência na esfera privada dos credores.

De mesma forma, no capítulo 6 será abordado se as escolhas do devedor, expondo ou não as condições em que se encontra (assimetria informacional), podem influenciar para a superação da crise da empresa, ressaltando-se, porém, que nem sempre as atitudes tomadas podem creditar a viabilidade do negócio.

Enfim, o trabalho enfrenta o processo de escolha racional dos agentes econômicos envolvidos no processo de recuperação a partir do conjunto normativo a que se sujeitam e que interfere profundamente neste processo. Assim sendo, procura-se, sob o prisma das adversidades e dos oportunismos, uma visão da teoria dos jogos na deliberação a respeito do plano de recuperação, arrematando pela primazia do interesse da coletividade.

1 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A ASSEMBLEIA DE CREDORES

A recuperação judicial do empresário visa a impedir a falência e a preservar a ordem econômica, tendo como seu princípio mais importante a preservação da empresa, uma vez que esta é um grande plexo de relações jurídicas diretas ou indiretas, tais como as de trabalho, tributárias, comerciais, etc. É essa importância que fez com que o legislador regulasse o processo de superação da crise econômico-financeira da empresa. Nesse rumo, Marcos de Barros Lisboa⁵ salienta que “[o] instituto da recuperação está baseado na constatação de que a reorganização eficaz dos negócios de uma empresa em dificuldade representa uma das principais formas de maximização do valor dos ativos e de proteção aos credores”.

Assim, o objetivo da lei é dar às empresas uma nova chance de continuar suas atividades no mercado, mas desde que sua manutenção seja economicamente viável. Portanto, propiciam-se com a recuperação menores perdas de bem-estar social, maximizando o resultado útil em prol não somente da empresa, mas de toda comunidade.

Para tanto, o legislador criou a recuperação judicial, que é um processo que permite ao empresário regular, atendidos os requisitos legais, apresentar um plano de recuperação baseado em diversos meios visando a sua reestruturação. Resumidamente, cumpridas as formalidades legais, o juiz suspenderá as ações e

⁵ LISBOA, Marcos de Barros. A racionalidade econômica da nova lei de falências e de recuperação de empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 43.

execuções pelo prazo de 180 dias (também denominado período de graça ou *stay*), o que dará tempo para a organização e negociação do plano de recuperação com os credores. Havendo ou não objeção de algum credor ao plano apresentado, o juiz convocará a assembleia-geral de credores para deliberar a respeito do plano de recuperação⁶.

Neste processo é de fundamental importância o papel da assembleia-geral de credores, âmbito no qual ocorrem as mais importantes decisões envolvendo o empresário em crise e o conjunto dos seus credores. Trata-se de um importante foro para os credores que, em certa medida, são os que conduzem o processo de recuperação. Em que pese o direito falimentar trafegue entre interesses de Direito Público e de Direito Privado, há um fato inexorável que é a prevalência dos interesses privados dos credores. A assembleia de credores, portanto, é soberana⁷ e decide o rumo do processo recuperatório⁸.

Assim, a assembleia é uma forma importante de manifestação dos interesses dos credores e onde eles podem expor suas escolhas. Ocorre que há uma divisão da assembleia baseada em classes⁹, o que, somado a um conjunto de

⁶ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 210-211.

⁷ Após uma fase em que essa soberania era incontestável, passou a jurisprudência, mais recentemente, a admitir que a deliberação tomada em assembleia esteja sujeita ao controle jurisdicional. A esse respeito: “[...] 1. Recurso especial, concluso ao Gabinete em 17.07.2013, no qual se discute a possibilidade e os limites do controle jurisdicional sobre os atos praticados pela assembleia-geral de credores no procedimento de recuperação judicial. Ação ajuizada em 27.01.2009. 2. [...] 4. Submete-se a controle jurisdicional a análise do preenchimento das condições prévias à concessão da recuperação judicial e das exigências legais relativas à elaboração e à aprovação do plano. Inteligência do art. 58, *caput*, da Lei nº 11.101/2005. 5. A proposta de recuperação apresentada pelo devedor – por disposição expressa constante dos arts. 45, § 1º, e 58, *caput*, da Lei nº 11.101/2005 – deve ser aprovada, na classe dos credores com garantia real, pela maioria simples daqueles que comparecerem à assembleia. Não sendo aprovado o plano na forma estipulada nos precitados artigos, a Lei nº 11.101/2005, em seu art. 58, § 1º, prevê a possibilidade de a recuperação ser concedida mediante a verificação de um quórum alternativo. A viabilização dessa hipótese, todavia, exige que o plano não implique concessão de tratamento diferenciado aos credores – integrantes de uma mesma classe – que tenham rejeitado a proposta (art. 58, § 2º, da LFRE). 6. [...]” (REsp 1388051/GO, 3ª Turma, Relª Min. Nancy Andrighi, J. 10.09.2013, DJe 23.09.2013).

⁸ Na exposição de motivos do Decreto-Lei nº 7.661 usou-se como argumento para extinguir a assembleia de credores, o fato de a experiência ter demonstrado que ela não funcionava. No entanto, o instituto voltou como a principal inovação da Lei nº 11.101/2005.

⁹ “A divisão da Assembléia de credores em classes tem lugar unicamente na colheita de votos. Durante a fase de discussão, o credor presente tem sempre direito a voz, ainda que a matéria deve ser votada numa instância classista a que não pertence.” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 150)

regras específicas, faz com que o processo de escolha se torne complexo, o que é agravado pelo processo de formação adotado pelo legislador que colocou em algumas classes credores com interesses divergentes¹⁰.

Como se verá adiante, a assembleia de credores possui um intrincado sistema de votação que pode alterar ou induzir o processo de escolha dos agentes econômicos envolvidos no processo de decisão pela aprovação ou não do plano de recuperação judicial.

2 O DIREITO A VOTO DOS CREDORES NA ASSEMBLEIA

Os credores que possuem direito a voto na assembleia¹¹ são aqueles que constam nas relações de credores apresentadas pelo devedor ou pelo administrador judicial, no quadro geral de credores, os que estejam habilitados formalmente (por ato do credor) ou arrolados pelo devedor ou administrador

¹⁰ Fabio Ulhoa Coelho critica a disciplina das instâncias deliberativas expondo que, “ao distribuir os credores em classe, a lei incorreu num gravíssimo erro. Falo da inclusão, na mesma classe, dos credores quirografários e dos titulares de privilégio. Em tese, as classes deveriam agrupar os credores com interesses convergentes. O objetivo da divisão dos credores reunidos em Assembleia em classes é o impedir distorções na formação da vontade da comunhão. Se os créditos de maior importância pertencem a credores de uma certa classificação, a indistinção em classes levaria à prevalência dos interesses deles, nem sempre conciliáveis com os das demais. Pois bem, a reunião numa mesma classe de credores com interesses divergentes representa a negatividade desse objetivo. Os credores quirografários têm interesses diversos dos titulares de privilégio, especial ou geral. Enquanto estes últimos, exatamente por gozarem de preferência na falência, tendem a ser menos receptivos às propostas de alteração, novação ou renegociação de seus créditos no âmbito da recuperação judicial, os quirografários em geral se abrem mais facilmente a tais propostas. Isso porque a falência do devedor certamente impedirá que os quirografários tenham os seus créditos atendidos. Em outros termos, é muito diferente o risco de não recebimento do crédito que enfrentam os quirografários, de um lado, e os titulares de privilégio, de outro. O mais correto seria classificar os titulares de privilégio junto com os credores com garantia real. Há maior convergência de interesses entre esses credores do que entre qualquer um deles e os quirografários” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 150-151).

¹¹ Estabelece o art. 39 da Lei de Falências que terão direito a voto na assembleia-geral as pessoas arroladas no quadro geral de credores ou, na sua falta, na relação de credores apresentada pelo administrador judicial (publicada em edital com base nas informações e documentos colhidos nas habilitações e divergências apresentadas pelos credores, ou, ainda, na falta desta, na relação apresentada pelo próprio devedor (na qual se espera tenha a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente, bem como a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento).

judicial, os admitidos ou alterados por decisão judicial e, inclusive, os credores que tenham reserva de importância¹² (Lei nº 11.101/2005, art. 39).

Poderá ocorrer, portanto, uma assembleia em um momento em que ainda não existe o quadro geral de credores; então, os aptos a votar serão aqueles relacionados no edital publicado pelo administrador judicial ou, ainda, aqueles apresentados pelo devedor anteriormente, dependendo do momento em que a assembleia se realizar. Em ambos os casos, existe o risco de um credor ser posteriormente afastado em virtude da inexistência de direito creditício ou incluído caso reconhecido seu crédito, o que pode alterar o resultado de uma deliberação em relação a outra subsequente. Imagine-se, por exemplo, que o credor quirografário X participou de uma assembleia, mas a impugnação contra seu crédito foi posteriormente acolhida. Na próxima assembleia, salvo decisão liminar que autorize o exercício do direito de voto, o credor quirografário X deixará de votar e isso altera o quórum para decisão. Logo, o direito a voto vai depender do momento processual em que ocorrer a assembleia-geral de credores.

Além disso, existem credores que não se submetem aos efeitos da recuperação judicial (Lei nº 11.101/2005, art. 49, § 3º), mas podem participar da assembleia ainda que não possam computar quórum ou votar (Lei nº 11.101/2005, art. 39, § 1º). Neste caso, pode-se imaginar que a participação envolva ao menos o exercício do direito de voz, ou seja, é possível que credores não sujeitos aos efeitos da recuperação interfiram no processo decisório mediante um processo de argumentação que certamente levará em consideração seus interesses individuais que poderão, contudo, repercutir sobre os interesses da coletividade de credores sujeita aos efeitos da recuperação.

Saliente-se que as deliberações da assembleia-geral de credores não se invalidam em razão de posterior decisão judicial acerca da existência, quantificação ou classificação de créditos, isso porque a “[...] lei visa conferir segurança às deliberações assembleares. Se tais decisões pudessem interferir no resultado de assembleia passadas, o processo de recuperação judicial estaria exposto a significativos entraves”, segundo esclarece Fábio Ulhoa Coelho¹³;

¹² Os credores que tenham reserva de importância têm uma plausibilidade grande de serem efetivamente declarados como credores, como, por exemplo, os credores trabalhistas ou de créditos em discussão. Desse modo, o legislador deu o direito de voto a estes credores devido a plausibilidade da existência do crédito, dando, assim, uma justificativa de ordem teleológica à questão.

¹³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 145.

todavia, ficam ressalvados os direitos de terceiros de boa-fé, respondendo os credores que aprovarem a deliberação pelos prejuízos comprovados causados por dolo ou culpa.

2.1 O DIREITO DE VOTO SEGUNDO A MATÉRIA

Além da alocação dos credores em classes que nem sempre possuem interesses convergentes, para exercício do direito de voto a lei define, ainda, critérios diferentes de votação segundo a matéria objeto da deliberação.

Como regra geral, o voto do credor será proporcional ao valor de seu crédito quando não envolver a votação do plano de recuperação judicial ou forma alternativa de alienação do ativo na falência (Lei nº 11.101/2005, art. 38).

Os titulares de créditos trabalhistas votam com o total de seu crédito, independentemente do valor (Lei nº 11.101/2005, art. 41, § 1º). Todavia, quando a matéria em deliberação for o plano de recuperação, o critério se altera. Os credores trabalhistas passam a votar *per capita*, ou seja, o valor deixa de ser importante nesse momento. A resposta para esta opção do legislador é de que o detentor do crédito trabalhista não pode se representar pela sua quantia esperada, que é definida por outros fatores, tais como tempo de serviço e cargo exercido na empresa, o que poderia elitizar o crédito trabalhista caso o valor fosse utilizado como critério primordial, privilegiando os empregados gerenciais e de diretoria de uma empresa em detrimento dos trabalhadores de créditos menores¹⁴.

Além disso, os titulares de créditos com garantia real votam como tal até o limite do valor do bem gravado, sendo que pelo restante do valor de seu crédito o peso do voto passa para a classe dos credores quirografários (Lei nº 11.101/2005, art. 41, § 2º). Assim, por exemplo, caso uma instituição financeira, credora com garantia real, tenha como crédito 500 mil reais e uma garantia real de 300 mil reais, seu crédito será de garantia real para 300 mil reais, enquanto o restante, 200 mil reais, fará parte do crédito quirografário e ele poderá votar novamente, mas como esse valor nessa classe.

Finalmente, existem os credores quirografários, de privilégio geral, de privilégio especial e os subordinados, dos quais aos últimos pode ser negado o direito de voto, ou seja, na hipótese de o credor subordinado ser sócio do devedor,

¹⁴ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 212.

a ele não será dado o direito de voto em assembleia, conforme estabelece o art. 43 da Lei nº 11.101/2005.

Como é possível verificar, a votação em assembleia é um processo complexo para a maioria dos credores, especialmente os trabalhistas e quirografários que, comumente, possuem pouca experiência nesse tipo de processo judicial. Além disso, os critérios disformes fazem com que a alocação informacional e o processo de escolha possam ser conduzidos pelos credores melhor informados ou com maior conhecimento sobre a matéria, influenciando, assim, a decisão final da assembleia.

2.2 O VOTO ABUSIVO DO CREDOR

Outra questão pertinente diz respeito ao voto abusivo, pois os credores atendem aos seus próprios interesses, heterogêneos como se verá, mas as eventuais sanções decorrentes do abuso no exercício de tal direito não foram contempladas na Lei nº 11.101/2005. O fato é que caberá ao magistrado, no caso concreto, identificar as hipóteses de abuso do direito de voto, impondo as sanções com aplicação sistemática das demais leis civis e penais que punem o fenômeno¹⁵.

Como foi possível demonstrar, a composição da assembleia de credores é feita por classes de credores, computando-se o voto segundo o valor ou, ainda, segundo o valor e *per capita* (Lei nº 11.101/2005, art. 45), dependendo do conteúdo da matéria a ser deliberada, ou, ainda, segundo um percentual, no caso de votação que envolve a forma alternativa de realização do ativo na falência (Lei nº 11.101/2005, art. 46).

Assim, o voto abusivo ganha contornos mais complexos porque é difícil identificá-lo. A discussão em torno da matéria é atual porque recentemente os Tribunais passaram a manifestar-se sobre o voto abusivo. Em algumas manifestações, o caso vivenciado tinha apenas um credor na classe e seu voto foi contrário à aprovação do plano. As decisões consideraram esse voto abusivo, o que é incongruente na medida em que não se pode tolher o direito do credor único votar contrariamente ao plano porque, a contrário sensu, é como se o credor único fosse obrigado a aprová-lo, e isso não é algo que conste da lei ou que se possa fazer no âmbito dos interesses privados.

¹⁵ ESPINDOLA, Amanda Vilarino. *Do abuso de direito de voto em assembléia geral de credores no processo de recuperação judicial*. Dissertação de Mestrado. Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2010.

Portanto, o voto abusivo ainda carece de maior enfrentamento, embora mereça, desde já, esta nota de esclarecimento.

3 O PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E SUA DELIBERAÇÃO EM ASSEMBLEIA

3.1 O PLANO DE RECUPERAÇÃO E SUAS CONDIÇÕES

Quando deferido o processamento da recuperação judicial, o devedor deverá apresentar o plano de recuperação no prazo improrrogável de 60 dias contados da publicação da decisão. Este plano, segundo Rubens Approbato Machado¹⁶, deverá discriminar a situação econômico-financeira, quais os meios para a superação da crise e, principalmente, demonstrar que o negócio é viável economicamente.

Embora o plano seja de livre confecção pelo devedor, existem critérios legais obrigatórios que precisam ser respeitados. No caso dos trabalhistas, o plano deverá prever um prazo máximo de 1 ano para o pagamento dos créditos trabalhistas e, ainda, deverá constar que no máximo até 30 dias após a aprovação do plano haverá o pagamento, no limite de 5 salários-mínimos por trabalhador, das verbas estritamente salariais (Lei nº 11.101/2005, art. 54). Essa condição favorecida para os trabalhistas altera o estímulo para votação na assembleia do plano, porque, como o prazo é curto em comparação com os demais, parece crível que eles votem pela aprovação do plano e não pela rejeição.

3.2 O QUÓRUM ESPECIAL DE DELIBERAÇÃO SOBRE O PLANO DE RECUPERAÇÃO

O critério de votação do plano de recuperação é diferenciado das demais deliberações assembleares, pois todas as classes de credores¹⁷ deverão aprová-lo.

Na classe I, a votação deixa de ser com base no valor do crédito e passa a ser pautada por cabeça. Nas classes II e III, o voto é cumulativamente por cabeça e pelo valor do crédito. Assim, é possível que os credores obtenham a maioria necessária por cabeça, mas não pelo valor do crédito. A justificativa para essa escolha do legislador parece ser buscar o equilíbrio entre os vários membros

¹⁶ MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 112.

¹⁷ Art. 41 da Lei nº 11.101/2005: “A assembleia-geral será composta pelas seguintes classes de credores: I – titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; II – titulares de créditos com garantia real; III – titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados”.

da classe, equivalendo em importância credores maiores e menores que podem exercer pressão mesmo tendo um valor de crédito insuficiente para fazer frente aos credores com maior valor de crédito.

Ainda nas classes II e III, o credor com garantia real pode votar duas vezes, porque o saldo do crédito que superar o valor do bem dado em garantia real é deslocado para a classe de credores quirografários. Assim, o credor com garantia real (classe II) terá o direito de votar *per capita* e por valor também na classe dos quirografários (classe III). Ocorre que, neste caso, parece óbvio que o credor com garantia real determinará seu voto na classe III segundo os interesses da classe II, que lhe é mais proveitosa.

Fundamentalmente, há duas observações a serem feitas. A primeira delas diz respeito à união dos critérios qualitativo e quantitativo, com exceção da classe dos trabalhadores. Ao analisar a questão, Armando Catelar Pinheiro e Jairo Saddi¹⁸ apontam uma dificuldade grande para a aprovação do plano:

Há, como se supõe, a suspeita de que nenhum plano de recuperação, por melhor que seja, conseguirá aprovação. Não apenas porque o critério de aprovação por classe (maioria simples, ou maioria simples mais credores por valor; ou maioria simples mais números de presentes) força qualquer proposta seja aprovada somente por unanimidade na assembléia, mas também porque haverá o comportamento *oportunist*a daquele tipo de “chantagista”. Em outras palavras, a necessidade de que a proposta seja aprovada por classe (com critérios diferentes), considerando a existência de interesses muito conflitantes e divergentes, ameaça, na assembléia, inviabilizar a aprovação de qualquer proposta.

Apesar da crítica *supra*, empiricamente constata-se que a suspeita não se concretizou porque, na sua maioria, os planos têm sido aprovados. Uma das justificativas para essa postura não é animadora, porque, em parte, deve-se ao fato de os credores serem omissos quanto ao plano de recuperação e por preferirem um “mal acordo” a uma falência de resultado incerto e moroso.

¹⁸ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 218.

A segunda observação é quanto à ordem de apresentação das propostas de recuperação pelo devedor. Dependendo da ordem de exposição feita aos credores, sendo a decisão tomada por voto majoritário, poderá ser escolhida uma ou outra¹⁹. Tomando como esquema o quadro desenvolvido por Fábio Nusdeo²⁰, suponham-se as três classes de credores, às quais sejam submetidas três proposições de planos de recuperação (*A*, *B* e *C*), sendo que cada classe ordenará hierarquicamente as referidas propostas de planos de recuperação segundo suas preferências, ter-se-á o seguinte esquema:

Classes de Credores	Ordem das Preferências por Plano
Classe dos credores trabalhistas	A - B - C
Classe dos credores com garantia real	B - C - A
Classe dos credores quirografários	C - A - B

Verifica-se que para qualquer votação todas as propostas podem ganhar ou perder, pois a proposta *A* é preferida ao *B* por uma maioria de dois terços, tanto pela classe dos credores trabalhistas como pela dos quirografários; *B* é preferida a *C* também por maioria por dois terços, tanto pela classe dos credores trabalhistas como pela dos credores com garantia real; e *C* é igualmente preferida a *A* pela mesma margem, eis que é eleita preferencialmente tantos pelos credores com garantia real como pelos quirografários.

Assim, revela-se uma intransitividade que torna impraticável qualquer escolha hábil a expor efetivamente as preferências de cada classe de credores. Porém, essa situação não significa a impossibilidade de existir uma decisão factível pelos credores²¹. Exemplificando, se as votações forem colocadas em chaves eliminatórias e, neste caso, em dois turnos, poder-se-ia submeter às classes eleitoras para uma decisão eliminatória as propostas *A* e *B*, vencendo, como visto *supra*, a proposta *A* em detrimento da *B*. Em seguida, apresentam as propostas *A* e *C*, com a escolha definitiva da *C*. Há que se ressaltar que a

¹⁹ Idem, p. 219.

²⁰ Fábio Nusdeo, ao tratar do poder e da máquina burocrática, as quais podem conduzir o processo de edição de medidas de acordo com suas preferências ou com as dos grupos de pressão que os tenham influenciado, propõe um esquema de proposições a serem escolhidas por indivíduos ou grupos, que, neste trabalho, é utilizado como parâmetros na escolha de planos de recuperação pelos credores em assembleia (NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 219-220).

²¹ NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 220.

proposta *B*, eliminada em primeiro turno, é preferida de dois terços a *C*, por duas das classes de credores.

Constata-se, portanto, que o resultado poderia ser diverso caso a ordem de apresentação das propostas para votação fosse outra, como, por exemplo, começando entre as propostas *A* e *C*, onde a *C* predominaria em primeiro turno, e, quando confrontada com a *B*, esta seria a vitoriosa. Ora, tem-se outro aspecto a ser levantado, que é, segundo Fábio Nusdeo²², “o poder de que passa a dispor, em situações da espécie, a pessoa ou o grupo encarregado de preparar a agenda de votação, pois poderá organizá-la de tal forma a conduzir ao resultado desejado ou adrede encomendado”.

Além disso, os critérios de votação podem sofrer alteração em razão da reclassificação dos saldos de alguns credores como quirografários. No caso do crédito com garantia real, o valor que exceder o montante da garantia é reclassificado como quirografário. Assim, em uma assembleia o credor pode votar duas vezes, na primeira como garantia real e na segunda como quirografário. Sendo ele um credor de um crédito expressivo, podemos ter uma situação em que ele, ao menos no critério valor, poderá ser o maior em duas classes, a de garantia real e a de quirografário. Portanto, somente o voto individual (*per capita*) poderá impedir sua aprovação ou rejeição dado que o critério é cumulativo.

Outro fator que pode gerar distorção no processo de escolha é a concessão de liminares para garantir o direito de voto em uma classe ou em razão de um valor. O legislador fez uma escolha ao optar por um sistema em que não se suspende a assembleia, mas que pode garantir liminarmente o direito de voto (Lei n° 11.101/2005, arts. 39, § 2º, e 40). A escolha foi pela celeridade em detrimento da segurança; logo, a lei permite o erro na assembleia para o caso de um credor ser incluído em uma classe ou por um determinado valor liminarmente, mas posteriormente, no mérito, conclui-se que ele não é credor daquela classe ou valor.

Desta forma, devido à interferência do próprio devedor, do Poder Judiciário ou de uma classe (ou de alguns credores em especial), a aprovação do plano de recuperação poderá ser contrária às perspectivas da coletividade. Ou seja, a manipulação da votação por alguns interesses adversos ao da coletividade pode induzir a escolhas inapropriadas.

²² Idem, p. 220.

4 CRAM DOWN

A Lei nº 11.101/2005, em seu art. 58, estabeleceu um critério alternativo ao do art. 45, que permite o deferimento da recuperação judicial pelo juiz, se o devedor, na mesma assembleia, obtiver cumulativamente o seguinte:

1. O voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes;
2. A aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;
3. Na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei;
4. Desde que não implique tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

Este instituto é denominado no Direito norte-americano de *cram down*, e no sistema falimentar brasileiro corresponde a hipótese em que o juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação, mas desde que sejam observados os requisitos cumulativamente.

Sendo assim, no processo de escolha os credores também precisam avaliar a possibilidade de o plano não ser aprovado em assembleia, mas reunir os requisitos legais necessários para ser apreciado pelo juiz. Neste caso, é muito difícil que o juiz decida pela falência, porque os critérios estabelecidos estão tão próximos daqueles previstos para a aprovação em assembleia que o farão decidir pela recuperação judicial, uma vez que para ela o princípio da preservação da empresa tem um sentido mais amplo que no caso de uma falência.

5 A RACIONALIDADE, OPORTUNISMO E HOMOGENEIDADE DOS CREDORES EM ASSEMBLEIA: VISÃO A PARTIR DA TEORIA DOS JOGOS

A legislação pertinente à recuperação judicial deve se preocupar com os incentivos para induzir os comportamentos das partes envolvidas, maximizando o bem-estar geral, realizando (ou pelo menos tentando) a alocação de recursos de forma eficiente. Neste sentido, o comportamento e a expectativa dos credores

são fundamentais para a eficiência de um processo de recuperação²³. Espera-se, com isso, o andamento do processo de recuperação, sobretudo de sua aprovação, livre de oportunismos²⁴, o que nem sempre é possível²⁵.

Assim, segundo Fernando Silva a lei não foi eficiente na distribuição dos riscos entre os credores, fazendo com que o processo de escolha se baseie mais em critérios meramente econômicos²⁶:

²³ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 224.

²⁴ “Se compete aos credores analisar, aprovar ou rejeitar o plano de recuperação apresentado pelo devedor, se devem manifestar-se sobre formas de realização do ativo, se qualquer mudança ou fato que incida sobre seus interesses depende de aprovação, não estranha supor que aqueles credores melhor informados sobre os efeitos de cada uma das matérias tenderão a apresentar argumentos favoráveis às suas posições – o que levará à sua dominância sobre os demais, suas estratégias serão mais eficazes. E, exatamente porque têm informações de melhor qualidade, ou são mais hábeis no seu manejo, podem se aproveitar disso para agir de forma oportunista; seu domínio sobre a atividade, operações econômicas, administração de negócios, por exemplo, lhes permite extrair ganhos ou vantagens; outros credores os obterão mediante ameaças, provavelmente críveis, de recusar a aprovação do plano, do que resultaria a decretação da falência.” (SZTAJN, Rachel. Notas sobre as assembleias de credores na lei de recuperação de empresas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano XLIV, n. 138, p. 53-70, abr./jun. 2005. p. 65-66. In: HORST, Juliana Brandão de Melo. *Poder de deliberação dos credores na assembleia de recuperação judicial*. Dissertação de Mestrado. Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2011. p. 40)

²⁵ “O comportamento e a expectativa dos credores são, pois, fatores fundamentais para que o processo falimentar seja eficiente. Mais isso nem sempre é possível. Por exemplo, em geral é melhor vender o negócio do devedor como um todo (que tende a valer mais) do que fatiá-lo. No entanto, na medida em que lutam individualmente para reduzir a sua perda com a falência, os credores criam um problema com a ação coletiva, prejudicando o interesse coletivo: não pretendem preservar o negócio a não ser para receber aquilo que lhe é devido, e, em geral, há muita ansiedade – e pressa – na pressuposição de que, se não receberem logo – e os demais receberem, muito pouco (de ativos) restará para ser honrado. Daí porque, apesar de ser uma solução inferior, recorre-se à realização de ativos aos pedaços, à ‘liquidação de ativos’ às pressas, e quase sempre com concorrentes (que não são credores) ávido pela quebra da empresa ou para adquirir em leilão seus ‘restos mortais’, reduzindo o valor de mercado do negócio. Poucos tem a visão racional (e mesmo o desprendimento) de considerar o negócio como um todo em prol de terceiros; gera-se, com isso, a dificuldade entre consenso e sacrifícios. E o conflito entre todos os participantes é latente porque não se pode mudar a estrutura das obrigações e créditos sem a anuência de cada um dos credores (por exemplo, com relação aos credores com garantia, os procedimentos especiais e próprios já estão dados e definidos anteriormente por lei). É por essa razão que um credor com garantia quer apenas liquidar a sua garantia e receber seus recursos; daí se entende a importância de mecanismos como o período de *stay* [suspensão do curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor pelo prazo de 180 dias] na recuperação. O processo de recuperação baseia-se num período em que nenhum ativo pode ser vendido e nenhuma ação pode ser intentada contra o devedor.” (PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 224-225)

²⁶ SILVA, Fernando César Nimer Moreira da Silva. *Incentivos à decisão de recuperação de empresa em crise: análise à luz da teoria dos jogos*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009. p. 35.

O principal incentivo que condiciona o comportamento dos agentes é o valor total obtido ou perdido com a negociação sobre os créditos devido, apurado ao final do procedimento concursal. A LREF [Lei nº 11.101/2005] não é capaz de realizar a distribuição equitativa de riscos entre os jogadores e também não consegue compatibilizar os interesses em conflito, pois estes são condicionados pelos direitos de propriedade, informações privadas detidas pelas partes, poder de negociação, proibições legais, modelos mentais e limitações cognitivas dos agentes.

Contudo, considerando que o comportamento dos credores é racional²⁷ e oportunista²⁸, dentro de um ambiente de risco e incerteza, suas escolhas são adotadas a partir de suas preferências, ainda que haja restrições quanto à possibilidade de avaliar com precisão a crise da empresa e sua superação. Em última análise, os credores buscam maximizar seus próprios interesses através de uma relação entre custos e benefícios.

Outro aspecto importante é que as classes de credores quase sempre são grupos heterogêneos, sem uma prévia organização e que tendem a não tomar decisões que maximizam os ganhos da coletividade²⁹. Não obstante, os critérios adotados para a constituição das assembleias de credores pela Lei nº 11.101/2005 podem levar à formação de grupos com preferências heterogêneas³⁰.

Destarte, se dentro de uma classe as preferências individuais forem homogêneas, admite-se que cada credor, agindo de forma a maximizar resultados particulares, está também buscando o benefício máximo para aquela classe. Por outro lado, caso os indivíduos de uma classe decisória tenham preferências antagônicas, a maximização coletiva pode ser negada parcialmente

²⁷ O critério de racionalidade utilizado é o da racionalidade limitada, na qual o agente não detém todos os meios e características para uma racionalidade plena.

²⁸ O agente oportunista é aquele que busca o interesse próprio, com o uso de meios ardilosos, enganando, dissimulando ou confundindo outra pessoa.

²⁹ SILVA, Fernando César Nimer Moreira da Silva. *Incentivos à decisão de recuperação de empresa em crise: análise à luz da teoria dos jogos*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009. p. 63-64.

³⁰ BAROSSO FILHO, Milton. As assembleias de credores e plano de recuperação de empresas: uma visão pela teoria dos jogos. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XLIV, n. 137, p. 233-234, jan./mar. 2005.

ou totalmente³¹. Frise-se que caso a heterogeneidade seja completa, em que os credores possuem estratégias puramente individuais, não há possibilidades de aprovação da recuperação.

Partindo-se destes pressupostos, ver-se-á a questão da aprovação do plano de recuperação pela teoria dos jogos, conceituada por Armando Catelar Pinheiro e Jairo Saddi³²:

Quando dois (ou mais) indivíduos interagem e suas ações se baseiam naquilo que esperam ou desejam que os outros façam, existe o que se denomina “comportamento estratégico”. Quando isso ocorre, a interação entre eles pode ser tratada como um jogo. Em tal situação, a teoria dos jogos analisa e ajuda a prever as estratégias racionais desses indivíduos a partir da definição de quais são as regras do jogo. Os estudiosos de Direito & Economia utilizam a teoria dos jogos para estudar como as empresas interagem, dadas as normas legais, e para entender como elas influenciam seu comportamento estratégico, como agentes econômicos ou como partes em litígios de diversos tipos.

Ao prever ou ajudar a entender o comportamento das pessoas, a teoria dos jogos auxilia o Direito, em seu papel de indutor de condutas, a auto-avaliar-se e a identificar formas de melhorar a sua eficácia e a sua eficiência.

[...] pela teoria dos jogos, os comportamentos não são ditados, mas sim influenciados pela norma legal, visto que, em certas circunstâncias, pode ser racional ir contra ela. Além disso, a lei pode permitir mais de um tipo de comportamento, e a escolha de qual será seguido pode depender da interação entre os indivíduos. De acordo com esse enfoque, a lei funciona mais como condição básica e necessária do que como condição suficiente para definir o comportamento humano, sobretudo se

³¹ Idem, p. 234.

³² PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 218.

considerarmos que o fenômeno jurídico é sempre mais amplo e abrangente que a mera letra da norma.

Entre os arquétipos criados para ilustrar a teoria dos jogos, trazemos o dilema³³ do prisioneiro, que é o melhor e mais simples exemplo de um jogo não cooperativo criado por Albert William Tuger. O modelo proposto pelo autor traz uma situação de conflito extremamente comum. Veja-se: dois criminosos são presos e encaminhados à delegacia. Separados por cela e incomunicáveis, o delegado verifica que não há provas suficientes para delatá-los pelo crime de latrocínio (roubo seguido de morte), mas somente pelo de roubo. Assim, o delegado estabelece em separado para ambos os criminosos o seguinte: i) Se um deles, confessando, testemunhar contra o outro e esse outro permanecer em silêncio, sem acusação, o que confessou sai livre enquanto o cúmplice silencioso cumpre 10 anos de prisão; ii) Se ambos não se acusarem, a polícia só pode condená-los a 6 meses de cadeia cada um; e iii) Se ambos traírem o comparsa, cada um leva 5 anos de cadeia. Com isso, chega-se à tabela a seguir:

	Criminoso "B" acusa	Criminoso "B" não acusa
Criminoso "A" acusa	5 anos/5 anos	Livre/10 anos
Criminoso "A" não acusa	10 anos/Livre	6 meses/6 meses

A melhor estratégia individual é acusar, já que assim terá sua pena reduzida pela metade, independentemente do que o outro fizer. Por outro lado, a melhor estratégia de cooperação (e isso não é possível, diante da falta de comunicação entre os criminosos) é ninguém acusar ninguém, fato que lhes deixa na cadeia por 6 meses.

Percebe-se que o dilema é precedente de um risco, no qual os agentes têm o objetivo de livrar-se da prisão. Porém, na expectativa de que predomine o interesse coletivo, geralmente os criminosos preferem blefar e acusar o outro. Evidente que, se der certo, o acusador será solto e o comparsa ficará preso. Explorando sobre a ética e da perspectiva da cooperatividade entre os agentes, Amartya Sen³⁴ expõe que,

no dilema do prisioneiro, cada pessoa tem uma estratégia individual "estritamente dominante", ou

³³ Dilema é a situação em que é apresentado um dado problema que impõe uma decisão difícil ao final. Não se observam no dilema uma única solução e respostas precisas, já que se parte da noção de múltiplas escolhas. Sobre o tema ver: PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 172.

³⁴ SEN, Amartya Kumar. *Sobre ética e economia*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 98.

seja, independentemente do que as outras vierem a fazer, os objetivos de cada pessoa são mais bem atendidos seguindo-se essa estratégia dominante (e “orientada pelo próprio objetivo”). Ao mesmo tempo, os objetivos de todos teriam sido respectivamente mais bem atendidos se houvessem seguido uma estratégia diferente (e mais cooperativa). Dada a escolha, “orientada para o próprio objetivo”, está claro que cada pessoa de fato seguirá a estratégia não cooperativa, e portanto todas terminarão em uma situação inferior à que obteriam com a estratégia cooperativa.

Então, na perspectiva da deliberação do plano de recuperação da empresa em crise, há o envolvimento de dois ou mais agentes (jogo) que, obrigatoriamente, coloca todos os grupos de interesses a ela vinculados (jogadores) para decidirem pela aprovação ou rejeição do plano (estratégias). A escolha de aderir ou não ao plano é uma estratégia que será adotada pelos credores em razão das informações e dos benefícios que vislumbrarem, fatores estes que dão subsídios a uma decisão racional³⁵.

O plano de recuperação, neste prisma, tende a ser um jogo cooperativo³⁶⁻³⁷, no qual os jogadores podem maximizar seus interesses se colaborarem uns com os outros. Ainda, tal cooperação poderá se organizar em grupos com interesses convergentes, sendo, então, denominados de jogos de coalizão. No caso da recuperação judicial, a expectativa é que a escolha dos grupos (coalização)

³⁵ HORST, Juliana Brandão de Melo. *Poder de deliberação dos credores na assembléia de recuperação judicial*. Dissertação de Mestrado. Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2011. p. 34-35.

³⁶ “Há jogos cooperativos e não-cooperativos. A cooperação existe quando os jogadores podem negociar entre si, planejando estratégias em conjunto. O jogo é não-cooperativo quanto tal negociação não é possível. Ronaldo Fiani define jogo não-cooperativo como aquele no qual os jogadores não podem estabelecer compromissos com garantia de cumprimento. A cooperação pode ocorrer antes do jogo, por meio da coordenação de estratégias, ou durante o jogo, por meio de ‘pagamentos colaterais’, acordos entre os jogadores para dividir ganhos e induzir a cooperação. Se houver a formação de coalizão entre os jogadores, há jogo cooperativo entre os membros que a compõem e jogo não cooperativo entre a coalizão e os demais jogadores.” (SILVA, Fernando César Nimer Moreira da Silva. *Incentivos à decisão de recuperação de empresa em crise: análise à luz da teoria dos jogos*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009. p. 41)

³⁷ Nada obsta que a crise da empresa seja um jogo não cooperativo e de informações imprecisas, existindo incerteza sobre a divisão de ganhos e a ineficiência da empresa. Contudo, para o presente estudo adotamos uma empresa em crise é viável e eficiente economicamente, situação em que é possível a aprovação da sua recuperação pelos credores.

conduza pela aprovação do plano apresentado na assembleia de credores³⁸. Nesta última hipótese, a cooperação é parcial, porque os credores do grupo de coalização precisam apenas dos votos necessários para formar a maioria interna da classe a que se vinculam para, assim, vencerem a deliberação. Portanto, no processo de escolha podem ter que optar por unir-se a parte dos credores para a formação da decisão que melhor se amolde à escolha tomada, ou seja, a escolha do agente individualmente considerada depende da escolha coletiva na assembleia.

A título de exemplificação, imaginemos uma hipótese em que o ativo é elevado e suficiente para, em caso de falência, pagar uma parcela considerável do passivo. Essa visão é possível porque, na petição inicial da recuperação judicial, o devedor trará a relação de credores e a avaliação patrimonial. Neste caso, a escolha mais racional não é a recuperação, mas a falência, dependendo da classe. Os credores trabalhistas e os com garantia real terão pouco estímulo para aprovar o plano, porque, em caso de falência, serão classificados em primeiro e segundo lugares, respectivamente, entre os credores concursais, com grande probabilidade de receberem seus créditos. Neste ponto, o maior dilema no processo de escolha é dos credores trabalhistas, porque: (i) no caso da recuperação, como o prazo máximo para pagamento dessa classe é um ano, possuem um incentivo para sua aprovação; (ii) no caso de falência, embora estejam em primeiro lugar na ordem classificatória dos credores concursais, tem como incentivo inverso (ou negativo) o fato de existir uma limitação de 150 salários-mínimos, passando o saldo que sobejar à condição de quirografário. O processo decisório envolverá, por exemplo, o montante a ser pago na recuperação, porque, se ele for inferior ao limite previsto para o caso de falência (150 salários-mínimos), então os trabalhistas poderão preferir a falência à recuperação. Contudo, se na recuperação o valor proposto para os trabalhistas for superior ao limite previsto para o caso de falência (Lei nº 11.101/2005, art. 83, I), terão um incentivo adicional para votar pela aprovação do plano.

Neste diapasão, entre as escolhas possíveis os credores vão eleger aquela que melhor atenda os seus objetivos, vale dizer, optarão pela “estratégia estritamente dominante”³⁹. A melhor escolha invariavelmente será a que se preocupa com a maximização dos ganhos de todos aqueles que estejam

³⁸ HORST, Juliana Brandão de Melo. *Poder de deliberação dos credores na assembleia de recuperação judicial*. Dissertação de Mestrado. Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2011. p. 36.

³⁹ Armando Catelar Pinheiro e Jairo Saddi definem estratégia dominante como sendo o “comportamento de um dos jogadores que lhe permite auferir uma recompensa maior, qualquer que seja a estratégia

diretamente envolvidos com o procedimento recuperatório⁴⁰, mas levará em conta decisões puramente individuais, ou seja, a convergência pode não existir.

Apesar disso, ante a já referida propensão a não homogeneidade dos interesses dos credores, o plano de recuperação deve ser viável, razoável e compreendido por todos⁴¹, onde ganhos e perdas são equitativamente distribuídos entre os interessados. E mesmo assim, há dificuldades na cooperação entre os credores (ou na formatação do jogo), eis que, como visto, o voto majoritário pode prejudicar um grupo de pessoas e beneficiar outro, bem como a divisão de classe proposta pela lei pode trazer malefícios aos anseios da coletividade.

Nada impede, porém, “a constituição de grupos heterogêneos, a partir de subgrupos com preferências ou interesses mais homogêneos do que o geral, [que] abre a possibilidade do exercício de poder por meio de acordos ou convenções em que prevaleçam a vontade de uma maioria minoritária”, como propõe Milton Barossi Filho⁴². Aqui, por exemplo, pode ocorrer que as preferências de um subgrupo pertencente a um grupo sejam transportadas para outros ou outros subgrupos de outros grupos. Assim sendo, continua o autor⁴³: “[...], as decisões de um grupo de credores podem depender das decisões tomadas, previamente, por outro grupo de credores”. E encerra o autor⁴⁴: “Critérios de deliberação distintos para as diferentes classes de credores nas respectivas subassembléias reforçam um comportamento estratégico cooperativo unilateral”.

Como visto anteriormente, os credores trabalhistas e de acidente do trabalho têm regra especial para o plano de recuperação, na qual o seu pagamento

adotada pelo outro jogador. É influenciada pelas possíveis atitudes dos outros jogadores” (PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 197).

⁴⁰ HORST, Juliana Brandão de Melo. *Poder de deliberação dos credores na assembléia de recuperação judicial*. Dissertação de Mestrado. Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2011. p. 36.

⁴¹ Cumpre salientar que devedor e credor têm interesses opostos e a falta de informação ou até mesmo a omissão dela, por exemplo, podem aumentar o poder de barganha e negociação, ampliando os ganhos. Neste sentido, SILVA, Fernando César Nimer Moreira da Silva. *Incentivos à decisão de recuperação de empresa em crise: análise à luz da teoria dos jogos*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009. p. 36.

⁴² BAROSSILHO, Milton. As assembléias de credores e plano de recuperação de empresas: uma visão pela teoria dos jogos. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XLIV, n. 137, p. 234, jan./mar. 2005.

⁴³ Idem, p. 234.

⁴⁴ Idem, p. 235.

não pode ter o prazo máximo de um ano ultrapassado. Esse critério, portanto, determinado pelo legislador não dá margem para o devedor na elaboração do plano e beneficia os credores trabalhistas e acidentários. Sendo assim, sob o ângulo da teoria dos jogos, essa regra favorece essa classe e altera o processo de escolha e decisão.

Neste caso, tem-se a informação prévia (legalmente prevista) que condiciona e interfere no processo de tomada da decisão final (aprovar, rejeitar ou propor a modificação do plano). Logo, pode-se chegar à conclusão de que a decisão racional e ótima dos credores trabalhista tende ser a de aceitar o plano proposto, qualquer um, porque o prazo máximo de pagamento é de um ano.

De igual modo, os credores com garantia real também têm um benefício, ainda que não exatamente claro, que é a possibilidade de votar em duas classes distintas (dos credores com garantia real e quirografários). Quer dizer, dependendo do tamanho do crédito, o credor poderá ter votos por crédito suficientes para aprovar, rejeitar ou propor modificação superior aos demais, e ainda somará o credor *per capita* em ambas as classes.

Enfim, há uma desvantagem (ou vantagem) para os credores quirografários. Note-se que caso seja decretada a falência, eles estão posicionados em sexto no concurso de credores, ou seja, esse é um incentivo para evitarem a falência, de tal sorte que é comum para tais credores pensar que qualquer quadro diferente da falência é melhor do que o pior dos acordos para aceitar o plano, o qual jamais poderá prever simplesmente o não pagamento, mas o pagamento de ao menos uma parte.

6 A ESCOLHA JUDICIAL NO CRAM DOWN

A Lei nº 11.101/2005 fornece uma alternativa ao regime de aprovação por unanimidade, por meio de uma situação intermediária, entre a aprovação pelos credores da recuperação ou a decretação da falência, em que existe o apoio ao plano de recuperação por deliberação que quase atendeu ao quórum qualificado. Neste caso, cabe ao juiz decidir pela aprovação ou não do plano de recuperação⁴⁵.

⁴⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 234.

No entanto, esta escolha judicial, na qual se força uma determinação, a despeito da decisão dos credores em deliberação sobre o plano de recuperação⁴⁶, não é merecedora de tantos elogios.

Por mais que tenha preponderado o interesse social do legislador, na prática o *cram down* não é viabilizado, porque as limitações impostas pela lei praticamente inviabilizam a aplicação do instituto. A decisão que se sobrepõe à reprovação do plano não se funda somente no interesse social, mas, principalmente, na verificação de um quórum alternativo de deliberação, que está muito próximo ao necessário para a aprovação⁴⁷.

Há quem diga que o instituto do *cram down* prescinde de uma análise objetiva e quantitativa acerca do exercício de voto pelos credores, cabendo ao magistrado, nos termos da lei, esgotar os meios cognitivos de aferição do abuso de voto de credor na assembleia-geral e, aí sim, decidir pela aprovação do plano de recuperação do devedor. Parte-se, portanto, da ideia de que a atuação judicial deve estar estritamente ligada à preservação das normas destinadas à viabilidade eficiente da transação entre credores e devedores⁴⁸.

Neste sentido, expõe Fábio Ulhoa Coelho sobre a soberania da decisão assemblear⁴⁹:

O procedimento da recuperação judicial, no direito brasileiro, visa criar um ambiente favorável à negociação entre o devedor em crise e seus credores. O ato do procedimento judicial em que privilegiadamente se percebe o objetivo da ambientação favorável ao acordo é, sem dúvida, a assembléia de credores. Por esta razão, a deliberação assemblear não pode ser alterada ou questionada pelo judiciário, a não ser em casos excepcionais como a hipótese do art. 58, § 1º,

⁴⁶ BAROSSO FILHO, Milton. Lei de recuperação de empresas: uma análise econômica baseada em eficiência econômica, preferências e estratégias falimentares. *EARL*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 33, jan./jun. 2011.

⁴⁷ TOKARS, Fábio. As limitações do *cram down* nas recuperações judiciais brasileiras. Disponível em: <<http://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/2508142/as-limitacoes-de-aplicacao-do-cram-down-nas-recuperacoes-judiciais-brasileiras>>. Acesso em: 23 jun. 2013.

⁴⁸ Sobre o tema ver: PIMENTA, Eduardo Goulart. Os limites jurisdicionais do direito de voto em recuperação de empresas. *Revista NEJ - Eletrônica*, v. 18, n. 1, p. 151-161, jan./abr. 2013.

⁴⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 234-235.

ou a demonstração de abuso de direito de credor em condições formais de rejeitar, sem fundamentos, o plano articulado pelo devedor.

Por outro lado, entende-se que a proposta da lei deveria ser simples e dinâmica: não obtida a aprovação, o juiz poderia forçá-la, desde que haja a necessidade de tutelar o interesse social, que de alguma forma foi prejudicado pela vontade de um ou alguns dos credores oportunistas. Nesta perspectiva, Milton Barossi Filho⁵⁰:

[...], o *cram down* da legislação brasileira, ao limitar os poderes do juiz, adota um critério de superação do veto em classes de credores, contabilizando voto e acrescentando-se apenas exigências de tratamento uniforme nas relações horizontais da classe que rejeitou o plano. Sendo assim, afasta-se dos princípios de legislações outras, em que predominam conceitos e idéias que facilitam a boa intervenção do juiz na superação do veto.

É evidente que a análise prescinde da casuística, porém não se pode negar que, na hipótese da superação da crise, se a empresa for economicamente viável e eficiente, invocando o princípio da razoabilidade na análise do resultado da assembleia-geral de credores⁵¹, a recuperação deverá ser autorizada, tentando ao menos a maximização dos interesses da coletividade; todavia, a lei fornece critérios objetivos que podem engessar a escolha judicial e impedir a recuperação de empresa viável economicamente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 11.101/2005, ao permitir a separação da assembleia de credores entre classes heterogêneas, propiciou a formação de estratégias dominantes ou de preferências da minoria tomadas como regra. A regra de votação confirma o resultado de uma classe sobre a outra, principalmente em uma situação em que as decisões são sequenciais. Assim sendo, uma alternativa seria permitir a

⁵⁰ BAROSSO FILHO, Milton. Lei de recuperação de empresas: uma análise econômica baseada em eficiência econômica, preferências e estratégias falimentares. *EARL*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 33, jan./jun. 2011.

⁵¹ *Idem*, p. 31.

heterogeneidade apenas entre as classes, substituindo a votação simultânea de todas as classes pela maioria quantitativa⁵².

Desta forma, a habilitação dos credores em decidir se preservam ou não a empresa em crise depende das relações internas entre credores e suas classes, mas o primordial nesta questão é inibir o oportunismo e a obtenção de vantagens por alguns credores em detrimento de outros, além da geração de externalidades negativas e de custos de transação provenientes de ineficiências econômicas.

Por conseguinte, aduz Milton Barossi Filho⁵³ que “fornecer incentivos a recuperar uma empresa inviável ou mesmo incentivar uma empresa economicamente viável a falir são dois comportamentos mais evidentes em termos de ineficiência econômica, que podem estar presentes na lei”.

Não obstante isso, a cooperação nem sempre é possível entre os agentes, e tendo ciência que os credores só obterão a maximização se colaborarem entre si, as estratégias ficam estreitadas. Todavia, deve-se partir da premissa de que os credores não podem agir somente no interesse próprio de cada um, a divisão das perdas e dos ganhos tem influência neste aspecto, já que no plano de recuperação pode ser igualitária entre credor e devedor.

Igualmente, a decisão dos credores quanto à aprovação do plano de recuperação e, então, a recuperação da empresa, somente é tomada como mecanismo eficiente se as suas preferências forem homogêneas e mutuamente excludentes. O que, por si só, já não é fácil de se obter, sob o ponto de vista da análise econômica.

De outra banda, é evidente que para, a eficiência econômica do plano de recuperação, este deve fornecer antecipadamente informações exatas para os credores, esclarecendo, inclusive, sobre os riscos envolvidos e as atividades desempenhadas na superação.

Além disso, a figura do magistrado na aprovação do plano de recuperação nem sempre é bem-vinda, ainda mais se levado em consideração o caráter privado da legislação falimentar. A obtenção da recuperação pela decisão do juiz deve vir em casos extremos, em que se observa, por exemplo, a violação do direito de alguns credores por parte de outros.

Pouco se aceita a intervenção do Estado no interesse de crédito entre particulares. Neste sentido, a escolha pela recuperação, tanto pelo devedor

⁵² Idem, p. 38.

⁵³ Idem, p. 32.

como pelos credores, deve vir regada de racionalidade e eficiência econômica e do benefício máximo das partes envolvidas.

Em última análise, ainda é preciso esgotar mais o campo do conhecimento econômico, das suas teorias e estratégias, à recuperação de empresas. A análise econômica desta conjuntura é uma questão em aberto e merecedora de atenção, sobretudo dos economistas⁵⁴.

A iniciativa aqui tomada não finaliza a questão das escolhas para a aprovação do plano de recuperação; pelo contrário, começa sua resposta para um campo fértil de estratégias e preferências entre os agentes econômicos, tudo em busca dos interesses da coletividade.

REFERÊNCIAS

BAROSSO FILHO, Milton. As assembléias de credores e plano de recuperação de empresas: uma visão pela teoria dos jogos. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XLIV, n. 137, p. 234, jan./mar. 2005.

_____. Lei de recuperação de empresas: uma análise econômica baseada em eficiência econômica, preferências e estratégias falimentares. *EARL*, Brasília, v. 2, n. 1, jan./jun. 2011.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência: comentada – Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005: comentário artigo por artigo*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2009.

ESPINDOLA, Amanda Vilarino. *Do abuso de direito de voto em assembléia geral de credores no processo de recuperação judicial*. Dissertação de Mestrado. Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2010.

FIANI, Ronaldo. *Teoria dos jogos*. 2. ed. São Paulo: Campus, 2006.

HORST, Juliana Brandão de Melo. *Poder de deliberação dos credores na assembléia de recuperação judicial*. Dissertação de Mestrado. Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2011.

LISBOA, Marcos de Barros. A racionalidade econômica da nova lei de falências e de recuperação de empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

⁵⁴ Idem, p. 31.

MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Os limites jurisdicionais do direito de voto em recuperação de empresas. *Revista NEJ – Eletrônica*, v. 18, n. 1, p. 151-161, jan./abr. 2013.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SEN, Amartya Kumar. *Sobre ética e economia*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SILVA, Fernando César Nimer Moreira da Silva. *Incentivos à decisão de recuperação de empresa em crise: análise à luz da teoria dos jogos*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

SZTAJN, Rachel. Notas sobre as assembléias de credores na lei de recuperação de empresas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano XLIV, n. 138, p. 53-70, abr./jun. 2005.

TOKARS, Fábio. As limitações do *cram down* nas recuperações judiciais brasileiras. Disponível em: <<http://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/2508142/as-limitacoes-de-aplicacao-do-cram-down-nas-recuperacoes-judiciais-brasileiras>>. Acesso em: 23 de jun. 2013.

ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA INTERRUPÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO POR INADIMPLEMENTO

PUBLIC SANITATION SERVICE INTERRUPTION BY NONPAYMENT'S CONSTITUTIONAL ANALYSIS

Rodrigo Augusto Lazzari Lahoz¹

Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR
(Curitiba/PR)

RESUMO: O presente artigo tem como escopo investigar a questão da interrupção do serviço público de saneamento básico por inadimplemento do usuário. Considerando que o referido serviço público, a partir de suas principais características como o sistema de esgoto e sistema de abastecimento e tratamento de água, é balizador do direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e conseqüentemente da dignidade da pessoa humana, trata-se de um serviço público essencial e deve ser prestado de modo contínuo. À luz da Constituição Federal, a dignidade deverá preponderar sobre todos os outros princípios. Logo, o serviço em epígrafe não pode ser interrompido para o usuário inadimplente, devendo a empresa prestadora buscar outros

meios para cobrança de sua justa remuneração.

PALAVRAS-CHAVE: Saneamento básico; interrupção por inadimplemento do usuário; análise constitucional.

ABSTRACT: *The present article aims to investigate public sanitation service interruption by costumer's nonpayment. Considering public sanitation's main characteristics such as sewage system and water's supply and treatment that bases the rights to health and environment and consequently human dignity, it's an essential ongoing public service. Through a constitutional analysis, the human dignity will prevail among other principles. So, public sanitation couldn't be interrupted considering costumer's nonpayment and the supplier company needs to find alternative ways to receive its payment.*

¹ Especialista em Direito Administrativo Aplicado pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar (Curitiba/PR). Bacharel em Direito pela Universidade Positivo (Curitiba/PR). Advogado.

KEYWORDS: *Public sanitation; costumer's nonpayment interruption; constitutional analysis.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O serviço público de saneamento básico; 2 O serviço público de saneamento básico à luz do artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor; 3 Interrupção do serviço público de saneamento básico por inadimplemento do usuário-consumidor; 4 Análise constitucional da interrupção do serviço público de saneamento básico por falta de pagamento do usuário-consumidor; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Public sanitation service; 2 Public sanitation service through Costumer's Code's article 22; 3 Public sanitation service interruption by costumer's nonpayment; 4 Public sanitation service interruption by nonpayment's constitutional analysis; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como propósito suscitar a discussão acerca da interrupção do serviço público de saneamento básico por inadimplemento do usuário.

A polêmica incide pelo fato de o art. 22 do Código de Defesa do Consumidor determinar que os serviços públicos essenciais devem ser prestados sem interrupções em atendimento ao princípio da continuidade, enquanto que o art. 6º, § 3º, inciso II, da Lei Federal nº 8.987/1995 – Lei de Concessões de Serviços Públicos – afirma que a interrupção do serviço pelo inadimplemento do usuário não caracteriza a sua descontinuidade.

Deste modo, intentou-se com este trabalho apresentar uma interpretação constitucional do tema, que visa a concretizar e resguardar os interesses da sociedade em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

1 O SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO

A partir da leitura de Celso Antônio Bandeira de Mello², Maria Sylvia Zanella di Pietro³ e Marçal Justen Filho⁴, é possível identificar um núcleo, um traço comum do conceito de serviço público: a) atividade desempenhada pelo

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 665.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 114.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 596.

Estado ou por quem lhe substitua; b) satisfação de necessidades coletivas ou atendimento a interesses da sociedade; e c) observância do regime jurídico de direito público.

O art. 175, *caput*, da Constituição Federal determinou que o Estado poderá prestar serviços ou confiá-la a particulares mediante permissão ou concessão, sendo este último a principal forma de delegação de serviço público, um instituto pautado em um contrato firmado entre o Estado e a iniciativa privada com condições estabelecidas pelo próprio Estado, mas cuja remuneração seja extraída da prestação do serviço – a partir do pagamento de tarifas pelo usuário, garantindo o equilíbrio entre os encargos que a concessionária irá suportar e o lucro almejado. Para garantir esse equilíbrio, a Lei nº 8.987/1995, que regula as concessões, afirma, em seu art. 6º, § 3º, inciso II, que não caracteriza descontinuidade do serviço a sua interrupção por inadimplemento do usuário.

No que tange ao regime jurídico de direito público, ele consiste em um conjunto de prerrogativas e sujeições da Administração Pública que norteiam suas atividades a partir da incidência de princípios específicos⁵, normas finalísticas e que norteiam a prestação dos serviços públicos. Alguns destes princípios estão explícitos na Constituição Federal, como, por exemplo, o art. 37, *caput*, que apresenta os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e o art. 1º, II e III, evidenciando o da cidadania e o da dignidade da pessoa humana; além de implícitos, como o da razoabilidade e da proporcionalidade. Outros princípios estão espalhados pelo ordenamento jurídico e são pertinentes aos serviços públicos, como o princípio da modicidade das tarifas, do dever inescusável do Estado de promover a prestação do serviço, da universalidade, da continuidade e da essencialidade, entre outros.

O serviço público de saneamento básico compreende os sistemas de abastecimento de água e o de esgoto, desde a sua captação até a disponibilidade à população⁶, constituindo um sistema complexo de serviços, incluindo também a limpeza urbana e o manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo das águas pluviais⁷. Assim, ele está relacionado a “um universo que diz intimamente com o meio ambiente, com os recursos naturais, com água, com a saúde pública,

⁵ Idem, p. 607.

⁶ FIGUEIREDO, Marcelo. O saneamento básico e o direito – uma visão dos principais problemas jurídicos. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). *Direito público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 512.

⁷ FREITAS, Rafael Vêras de. O marco regulatório do saneamento básico e a defesa do meio ambiente. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 25, n. 8, p. 902-916, ago. 2009. p. 906.

em síntese, com a qualidade de vida da população”⁸. Logo, ele aborda questões relativas à saúde – quando relacionado ao sistema de esgoto – e questões relativas ao meio ambiente – quando entendido como sistema de abastecimento e tratamento de água.

Acerca da saúde, compreende-se que ela “é o estado de completo bem-estar físico, mental e espiritual do homem, e não apenas a ausência de afecções e doenças”⁹; a ausência de saneamento básico, por sua vez, “é importante indicador de violações ao direito fundamental à saúde”¹⁰, pois acarreta doenças, como leptospirose, hepatite infecciosa, diarreia, disenteria, dengue, esquistossomose, entre outras moléstias¹¹. Ademais, estima-se que “para cada R\$ 1,00 (um real) investido no setor de saneamento economiza-se R\$ 4,00 (quatro reais) na área de medicina curativa”¹².

No que diz respeito à relação do saneamento básico com o meio ambiente, entende-se que é dever do Poder Público prezar pelos “valores vinculados à tutela dos bens ambientais adstritas a determinado meio em que referidas pessoas humanas se relacionam”¹³. Assim, a partir do saneamento básico é possível concretizar o meio ambiente equilibrado, “elemento essencial à qualidade de vida e, portanto, relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito fundamental à vida”¹⁴.

Feitas estas considerações, é possível afirmar que a relação entre o saneamento básico, a saúde e o meio ambiente – e a relação que estes possuem com a qualidade de vida e dignidade da pessoa humana – torna o serviço público de saneamento básico um serviço essencial e, conseqüentemente, um direito fundamental, devendo concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana,

⁸ FIGUEIREDO, Marcelo. O saneamento básico e o direito – Uma visão dos principais problemas jurídicos. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). *Direito público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 512.

⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1287.

¹⁰ FREITAS, Rafael Vêras de. O marco regulatório do saneamento básico e a defesa do meio ambiente. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 25, n. 8, p. 902-916, ago. 2009. p. 903.

¹¹ Água e Cidade. Não há saúde sem saneamento. Disponível em: <http://www.esgotoevida.org.br/saude_saneamento.php>. Acesso em: 15 nov. 2013.

¹² Idem.

¹³ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 9. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 307.

¹⁴ FARIAS, Paulo José Leite. *Competência federativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 249.

considerado por Ingo Wolfgang Sarlet calcado “na autonomia pessoal, isto é, na liberdade (no sentido de capacidade para a liberdade) – que o ser humano possui de, ao menos potencialmente, formatar a sua própria existência e ser, portanto, sujeito de direito”¹⁵.

Assim, tendo em vista que a partir do referido serviço público garantem-se os direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente equilibrado e, conseqüentemente, o direito à vida e o princípio da dignidade humana, pode-se afirmar que há um direito fundamental ao saneamento básico e que a sua supressão ou o seu não fornecimento às pessoas ocasiona violação a direitos fundamentais e princípios basilares do Estado brasileiro.

2 O SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO À LUZ DO ARTIGO 22 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A questão da incidência do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos é polêmica. Para que tal interpretação seja positiva, deve haver a oferta do serviço no mercado de consumo, ser prestado por um fornecedor e o usuário deve ser um consumidor.

Entende-se que incide a relação de consumo para o serviço público de saneamento básico¹⁶, “uma vez que o serviço de distribuição de água é ofertado no mercado de consumo, sendo adquirido em razão de uma relação contratual que se estabelece entre usuário e fornecedor”¹⁷. No que tange as concessionárias de serviço público de saneamento básico, entende-se que “o usuário é um consumidor e, em contrapartida, a prestadora do serviço um fornecedor, e tal condição ajuda a qualificar sempre mais a prestação do serviço”¹⁸.

O usuário, por sua vez, pode ser equiparado ao consumidor, uma vez que é destinatário final do serviço, agindo “com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 87.

¹⁶ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos. *Revista de Direito do Consumidor*, [s. l.], v. 17, n. 65, p. 226-252, jan./mar. 2008. p. 233.

¹⁷ Idem, p. 233.

¹⁸ REGINATO, Osvaldo Anselmo. A prestação do serviço público essencial de fornecimento de água trata e os direitos constitucionais e do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, [s.l.], v. 17, n. 65, p. 193-225, jan./mar. 2008. p. 211.

negocial”¹⁹. Assim, tendo em vista estas necessidades pessoais é que se faz necessária uma ampla proteção ao usuário, razão pela qual “no momento atual está-se diante da figura do usuário-consumidor, que possui direitos tradicionais do consumidor reforçados pelas exigências do serviço público”²⁰.

Com a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos, denota-se que o serviço público de saneamento básico está subordinado ao princípio da essencialidade e ao princípio da continuidade, dispostos no art. 22 do Código de Defesa do Consumidor²¹.

Acerca do princípio da essencialidade, Luis Antonio Rizzato Nunes aponta o aspecto de urgência como um ponto relevante para a caracterização da essencialidade de um serviço público. Para o autor, “há no serviço considerado essencial uma perspectiva real e concreta de urgência, isto é, necessidade concreta e efetiva de sua prestação”²². Esta prestação somente torna-se de fato necessária por ser “indispensável ao ser humano, à vida”²³, ou, em outras palavras, um requisito para uma vida digna, relacionando o serviço público essencial e a dignidade da pessoa humana²⁴. A essencialidade do serviço público de saneamento básico reside justamente nesta premissa: a de concretizar a dignidade da pessoa humana. Deste modo, pode-se afirmar categoricamente que ele é indispensável à vida.

Assim, conclui-se que, como “nenhum homem pode ser privado do acesso à água, bem assim ao saneamento básico”²⁵, este serviço pode ser considerado

¹⁹ FILOMENO, José Geraldo Brito. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 28.

²⁰ CUÉLLAR, Leila. Serviço de abastecimento de água e a suspensão do fornecimento. *Revista de Direito Público da Economia*, [s.l.], v. 1, n. 3, p. 131-159, jul./set. 2003. p. 143.

²¹ “Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.” (Brasil. Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 16 nov. 2013)

²² NUNES, Luis Antonio Rizzato. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 108.

²³ CUÉLLAR, Leila. Serviço de abastecimento de água e a suspensão do fornecimento. *Revista de Direito Público da Economia*, [s.l.], v. 1, n. 3, p. 131-159, jul./set. 2003. p. 136.

²⁴ Idem, p. 137.

²⁵ FIGUEIREDO, Marcelo. O saneamento básico e o direito – Uma visão dos principais problemas jurídicos. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). *Direito público: estudos em*

um serviço público essencial, haja vista a sua importância para um meio ambiente equilibrado, sua relação com a saúde e também com a subsistência e a manutenção da vida. Em tese, este serviço deve ser prestado a todos, conforme o princípio da universalidade²⁶, sem ser interrompido ou suspenso, de acordo com o princípio da continuidade.

Por princípio da continuidade entende-se “a prestação de serviço regular que, em padrões de normalidade, não pode ser suspenso ou interrompido”²⁷. Deve ser de modo permanente “em razão da importância do serviço público para a comunidade, sendo a forma pela qual o Estado desempenha funções essenciais ou necessárias à concretização do bem comum”²⁸. Observando-se o caráter de urgência da prestação do serviço público, ele não pode ser descontinuado, haja vista que “o fornecimento de água para uma família é essencial e absolutamente urgente, uma vez que as pessoas precisam de água para sobreviver”²⁹. Este entendimento segue o disposto no art. 22, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, que prega que os serviços públicos essenciais devem ser prestados de modo contínuo.

Para José Cretella Júnior,

a continuidade e a regularidade dos serviços públicos ficam a cargo ou da Administração direta ou do concessionário. Se o serviço público está afeto aos agentes públicos do Estado-Administração direta, é ilegal a interrupção da gestão do serviço, salvo se intervier a força maior.³⁰

Assim, não existe justificativa para o Estado interromper a prestação do serviço público essencial, salvo caso de força maior. O mesmo vale para os

homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 521.

²⁶ FREITAS, Rafael Vêras de. O marco regulatório do saneamento básico e a defesa do meio ambiente. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 25, n. 8, p. 902-916, ago. 2009. p. 906.

²⁷ BAGATIN, Andreia Cristina. O princípio da continuidade dos serviços públicos: um exame do artigo 17 da Lei da Aneel. In: COSTALDELLO, Angela Cassia; FREIRE, André Luiz de Oliveira. *Serviço público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 30.

²⁸ CUÉLLAR, Leila. Serviço de abastecimento de água e a suspensão do fornecimento. *Revista de Direito Público da Economia*, [s.l.], v. 1, n. 3, p. 131-159, jul./set. 2003. p. 140.

²⁹ NUNES, Luis Antonio Rizzato. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 108.

³⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. *Filosofia do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 110.

casos de serviço público concedido à iniciativa privada, que deve assegurar “a todo custo a continuidade e regularidade dos serviços, mesmo com prejuízos da pessoa jurídica privada incumbida de geri-los”³¹. Neste sentido, o serviço público,

sob o ângulo dos prestadores do serviço, envolve uma face negativa, revelada pelas restrições que a eles são impostas (impossibilidade de interrupção, da prestação, limitações ao direito de greve etc.) e, sob o ângulo dos usuários, encerra uma face positivo, explicitada pelo direito à obtenção e à fruição dos serviços públicos conforme as condições previamente estabelecidas.³²

Há, então, um direito dos cidadãos de usufruir do serviço público e um dever do Estado ou da concessionária de serviço público de prestá-lo sem interrupção.

A continuidade do serviço público de saneamento básico é tão relevante que a Lei nº 7.783/1989 entendeu que, por ele ser essencial (art. 10, inciso I), deve ser prestado ainda que os funcionários da empresa prestadora do serviço estejam em greve, haja vista ser uma necessidade da comunidade (“aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população”³³), ou seja, o serviço público de saneamento básico é tão essencial que nem em greve dos trabalhadores da empresa que presta o serviço ele pode deixar de ser prestado.

O serviço público de saneamento básico, por ser um serviço essencial, perfeitamente enquadra-se no conceito alhures mencionado, pois garante a sobrevivência da população de forma digna, uma vez que é corolário do direito fundamental à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que garante também a saúde das pessoas, devendo ser prestado ininterruptamente, portanto.

³¹ *Idem*, p. 111.

³² BAGATIN, Andreia Cristina. O princípio da continuidade dos serviços públicos: um exame do artigo 17 da Lei da Aneel. In: COSTALDELLO, Angela Cassia; FREIRE, André Luiz de Oliveira. *Serviço público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 30.

³³ Brasil. Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7783.htm>>. Acesso em: 6 nov. 2013.

3 INTERRUPTÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO POR INADIMPLEMENTO DO USUÁRIO-CONSUMIDOR

Em que pese as considerações feitas acerca da essencialidade do serviço público de saneamento básico, que deveria garantir a continuidade sem restrições do serviço, deve ser enfrentada a possibilidade de interrupção do referido serviço pela falta de pagamento do usuário-consumidor.

Inicialmente, cumpre fazer a ressalva de que, em regra, quem presta o serviço público de saneamento básico é a iniciativa privada³⁴ por meio de concessão de serviço público, procedimento regulado pela Lei nº 8.987/1995. A possibilidade de interrupção é admitida pela referida lei, que em seu art. 6º, § 3º, assim trata a interrupção do serviço concedido:

[...]

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.³⁵

No que tange ao disposto no § 3º e no inciso I do referido parágrafo acerca da interrupção do serviço público em situação de emergência, por motivo de ordem técnica ou segurança das instalações, a interrupção parece ser perfeitamente razoável e compreensível. Neste sentido, “são as hipóteses de manutenção ou recuperação das instalações materiais, substituição de tecnologia, etc.”, que concretizam os princípios do interesse público - e da supremacia do interesse público sobre o privado -, da eficiência e da adaptabilidade, afinal, é de interesse público que os serviços públicos sejam prestados de modo eficiente e com a melhor tecnologia disponível. Além disso, “também se processará a interrupção quando a continuidade dos serviços produzir risco de dano a bens ou interesses públicos ou privados”, caso em que a interrupção do serviço configura-se um poder-dever da concessionária, haja vista o prestador de serviços não ter escolha

³⁴ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Serviços públicos essenciais (água) fornecidos por empresa concessionária - Direito ao corte por falta de pagamento. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 132, p. 177-201, out./dez. 2003. p. 199.

³⁵ Brasil. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 6 nov. 2013.

entre a manutenção do serviço ou sua interrupção. Contudo, esta interrupção deverá ser antecedida por aviso-prévio, salvo os casos em que a continuidade acarrete em riscos elevados³⁶.

A questão de maior polêmica, na verdade, é acerca do art. 6º, § 3º, inciso II, da Lei nº 8.987/1995, que trata da interrupção do serviço público por inadimplemento do usuário. Existem dois posicionamentos sobre este tema: o primeiro deles defende a possibilidade da interrupção, enquanto que o segundo é contra esta atitude.

No que tange a possibilidade de interrupção do serviço público de saneamento básico por inadimplemento do usuário-consumidor, entende-se que ela é um instrumento coercitivo, de natureza sancionatória³⁷, no sentido de que, “por um lado, tal possibilidade inibe a ampliação do débito decorrente da prestação; por outro, desincentiva que o usuário permaneça inadimplente”³⁸. Seria uma exceção ao princípio da continuidade³⁹.

Além disso, a interrupção seria uma forma de manter o equilíbrio econômico-financeiro que norteia a concessão⁴⁰, haja vista que

os serviços essenciais são prestados por empresas privadas, as quais repõem os elevados investimentos com o valor recebido dos usuários, dentro dos preços permitidos pelo poder concedente. Há um contrato evidentemente oneroso entre a concessionária e o usuário. No sistema vigente, não se trata de gratuidade. De um lado, a concessionária não pode deixar prestar o serviço; do outro, o usuário não pode deixar de pagar, sob pena de enriquecer-se indevidamente às custas da primeira em relação à qual se apropria de uma vantagem

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 309.

³⁷ Idem, p. 310.

³⁸ BAGATIN, Andreia Cristina. O princípio da continuidade dos serviços públicos: um exame do artigo 17 da Lei da Aneel. In: COSTALDELLO, Angela Cassia; FREIRE, André Luiz de Oliveira. *Serviço público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 34.

³⁹ CUÉLLAR, Leila. Serviço de abastecimento de água e a suspensão do fornecimento. *Revista de Direito Público da Economia*, [s.l.], v. 1, n. 3, p. 131-159, jul./set. 2003. p. 140.

⁴⁰ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. A regulação do serviço público de energia elétrica e o direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, [s.l.], v. 13, n. 51, p. 68-100, jul./set. 2004. p. 95-96.

patrimonial. O corte fundado no inadimplemento do usuário é considerado de interesse da coletividade.⁴¹

Se a remuneração da concessionária se dá “pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço”⁴², o não pagamento do usuário-consumidor enseja um prejuízo da concessionária, que estaria prestando um serviço e não recebendo a sua devida e justa contraprestação. Neste sentido, a prestação do serviço aos inadimplentes

prejudicaria a coletividade dos consumidores que continuasse pagando, haja vista que o custo da inadimplência teria de ser repassado para os mesmos, sob pena de inviabilização econômica da manutenção do fornecimento com a qualidade e a quantidade necessárias.⁴³

Assim, entende-se “que a falta de remuneração em massa para um serviço deste porte levaria a um colapso generalizado do sistema, prejudicando a prestação do serviço, comprometendo ainda mais a saúde e hígienes públicas”⁴⁴.

Outros argumentos pertinentes seriam que a lei não proíbe o corte, somente o proíbe sem aviso-prévio; que a cobrança por meios legítimos é válida, desde que não seja de modo vexatório ao consumidor (art. 42, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor); a inadimplência é uma realidade do Brasil, haja vista o número de pobres e excluídos da sociedade; que a continuidade da prestação do serviço público essencial depende de retorno econômico dos investimentos feitos na área; e que os consumidores pobres não tem bens para garantir a execução de forma a viabilizar a cobrança do débito a partir de meios regulares⁴⁵.

⁴¹ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Serviços públicos essenciais (água) fornecidos por empresa concessionária - Direito ao corte por falta de pagamento. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 132, p. 177-201, out./dez. 2003. p. 199.

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 696.

⁴³ REGINATO, Osvaldo Anselmo. A prestação do serviço público essencial de fornecimento de água trata e os direitos constitucionais e do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, [s.l.], v. 17, n. 65, p. 193-225, jan./mar. 2008. p. 217.

⁴⁴ CUÉLLAR, Leila. Serviço de abastecimento de água e a suspensão do fornecimento. *Revista de Direito Público da Economia*, [s.l.], v. 1, n. 3, p. 131-159, jul./set. 2003. p. 149.

⁴⁵ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Serviços públicos essenciais (água) fornecidos por empresa concessionária - Direito ao corte por falta de pagamento. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 132, p. 177-201, out./dez. 2003. p. 199.

O posicionamento acerca da impossibilidade de interrupção do serviço público de saneamento básico, por sua vez, é calcado no entendimento de que o referido serviço é um serviço público essencial e “a interrupção do serviço consistiria em ameaça à saúde pública e à dignidade da pessoa humana”⁴⁶, além de causar o constrangimento aludido no art. 42, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor⁴⁷.

No caso do serviço público de saneamento básico, afirma-se que como “por meio desses serviços, eliminaram-se quase totalmente as epidemias, transmitidas anteriormente por meio da contaminação da água”, eles não poderiam ser suspensos, haja vista que a suspensão acarretaria em risco à saúde pública⁴⁸. Sendo assim, a interrupção de serviço público de saneamento básico faz com que os direitos básicos das pessoas não sejam atendidos e, por tal motivo, não se deve admitir a interrupção dos serviços públicos ditos essenciais.

Além disso, outros argumentos dignos de nota são: como o serviço público é essencial, o Estado deve mantê-lo a todo custo, inclusive de modo gratuito a quem não pode pagar; a interrupção não pode servir como forma de coerção ao usuário, devendo ele ser cobrado pelo modo comum; os serviços públicos essenciais devem ser prestados de modo contínuo, consoante ao disposto no art. 22 do Código de Defesa do Consumidor; na cobrança de débitos, o usuário não pode ser exposto ao ridículo, conforme o art. 42, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, e a interrupção seria uma forma de exposição; a interrupção seria uma forma de uso arbitrário das próprias razões; ainda que o serviço público seja concedido, ele continua sendo regido pelo regime jurídico de direito público, ou seja, os direitos e deveres originados da sua prestação devem ser respeitados; se a concessionária não consegue obter a sua remuneração do usuário, o Estado deve arcar com este custo; a concessionária pode auferir receita de outras fontes, conforme disposto no art. 11 da Lei nº 8.987/1995; e o Estado e a concessionária prestam seu serviço em favor do usuário, eles servem ao usuário, e não ao contrário⁴⁹.

⁴⁶ CUÉLLAR, Leila. Serviço de abastecimento de água e a suspensão do fornecimento. *Revista de Direito Público da Economia*, [s.l.], v. 1, n. 3, p. 131-159, jul./set. 2003. p. 151.

⁴⁷ Idem, p. 151.

⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 310.

⁴⁹ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Serviços públicos essenciais (água) fornecidos por empresa concessionária - Direito ao corte por falta de pagamento. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 132, p. 177-201, out./dez. 2003. p. 197-198.

Em suma, para esta corrente, o art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, que afirma que todo serviço essencial deve ser prestado de forma contínua, deve prevalecer, não havendo o que se falar em exceção ao princípio da continuidade, como prega o art. 6º, § 3º, inciso II, da Lei nº 8.987/1995.

Feitas estas considerações, denota-se que os argumentos de ambas as partes mostram-se coerentes e válidos. Deste modo, está-se diante de um conflito: “De um lado estão o Código de Defesa do Consumidor e a essencialidade do serviço e do outro a possibilidade de corte em virtude do inadimplemento, considerando o interesse coletivo”⁵⁰, ou, ainda, “em risco está a vida ou a dignidade da pessoa humana em conflito com os interesses privados das concessionárias”⁵¹, haja vista que o regime dos serviços públicos é o capitalista, “tratando-se de serviço pago segundo a medida de seu uso”⁵².

Em outras palavras, há um conflito entre os princípios que fundamentam os dispositivos legais em voga: de um lado, a continuidade do serviço público de saneamento básico pautado na dignidade humana – corolário dos direitos fundamentais à saúde, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à vida –; e, de outro, a interrupção do referido serviço por inadimplemento do usuário-consumidor, calcado no interesse público de um serviço eficiente e contínuo para toda a coletividade⁵³.

4 ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA INTERRUPÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO POR FALTA DE PAGAMENTO DO USUÁRIO-CONSUMIDOR

Se, por um lado, o serviço público essencial é consagrador da dignidade da pessoa humana; por outro lado, há um direito da concessionária prestadora do serviço ser remunerada pela prestação, haja vista ser esta a sua fonte de receita, valores que serão percebidos pelos proprietários da empresa, mas que também serão investidos na prestação do próprio serviço. Assim, quando a

⁵⁰ CUÉLLAR, Leila. Serviço de abastecimento de água e a suspensão do fornecimento. *Revista de Direito Público da Economia*, [s.l.], v. 1, n. 3, p. 131-159, jul./set. 2003. p. 149.

⁵¹ MEDEIROS, Aloizio Sinuê da Cunha. A impossibilidade do corte do fornecimento de água ou energia elétrica a hospitais públicos ou escolas. *Revista IOB de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 4, n. 39, p. 86-88, mar. 2009. p. 88.

⁵² VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Serviços públicos essenciais (água) fornecidos por empresa concessionária – Direito ao corte por falta de pagamento. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 132, p. 177-201, out./dez. 2003. p. 199.

⁵³ CUÉLLAR, Leila. Serviço de abastecimento de água e a suspensão do fornecimento. *Revista de Direito Público da Economia*, [s.l.], v. 1, n. 3, p. 131-159, jul./set. 2003. p. 149.

concessionária não recebe a sua justa e devida remuneração, o serviço público queda-se prejudicado e, conseqüentemente, a coletividade – que continua a receber o serviço – também é prejudicada. Por isto, é de interesse público que o serviço não seja prejudicado pelo inadimplemento dos usuários-consumidores⁵⁴.

Há, portanto, um conflito entre os princípios que fundamentam o art. 22 do Código de Defesa do Consumidor e o art. 6º, § 3º, inciso II, da Lei nº 8.987/1995⁵⁵.

Em um primeiro momento, esta questão parece ser indecifrável, afinal, ambas as correntes que tratam da interrupção do serviço público têm suas razões. Contudo, existe uma hipótese a ser considerada que pode apresentar um início de resolução para o problema: uma análise constitucional.

Após o surgimento da Constituição Federal de 1988, ela passou “a ser a lente que através da qual se lêem e se interpretam todas as normas constitucionais”⁵⁶. Deste modo, a Constituição deu um novo sentido e alcance para as diversas áreas do Direito, pois “à vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido”⁵⁷.

Neste sentido, os princípios constitucionais é que determinarão a solução do caso concreto; à luz da Constituição Federal é que saberemos se deverá prevalecer o princípio da continuidade para o serviço público essencial pautado na dignidade da pessoa humana ou a exceção a este princípio que concretiza o interesse público da prestação de um serviço adequado.

Entretanto, como tal forma de interpretação pode causar conflitos entre os princípios,

será preciso um raciocínio de estrutura diversa, mais complexo, que seja capaz de trabalhar multidirecionalmente, produzindo a regra concreta que vai

⁵⁴ Idem, p. 149.

⁵⁵ Registre-se que é possível a ponderação entre dispositivos legais “no caso de regras que abstratamente convivem, mas concretamente podem entrar em conflito [...] e a solução para o conflito depende da atribuição de peso maior a uma delas” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 52-53).

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro Renovar, 2008. p. 329.

⁵⁷ Idem, p. 332.

reger a hipótese a partir de uma síntese dos distintos elementos normativos incidentes sobre aquele conjunto de fatos. De alguma forma, cada um desses elementos deverá ser considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que na solução final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, ainda que uma ou algumas delas venham a se destacar sobre as demais. Esse é, de maneira geral, o objetivo daquilo que se convencionou denominar de *técnica da ponderação*.⁵⁸

Não é sabido exatamente como funciona a ponderação, somente que se baseia em um balanceamento de normas, valores, interesses e bens. Contudo, podem ser definidas três etapas principais, a saber: 1) detectar as normas relevantes identificando o conflito; 2) examinar os fatos e a sua interação com a norma; e 3) a ponderação em si, sem que os princípios percam a sua validade.⁵⁹

Registre-se que esta ponderação só é possível porque “os princípios, por sua estrutura e natureza, e observados determinados limites, podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, à vista de circunstâncias jurídicas ou fáticas, sem que isso afete sua validade”⁶⁰.

Assim, configurados os três passos da teoria da ponderação, passa-se para a análise de cada um deles, concluindo com a ponderação em si, que possibilitará, em tese, a resolução do conflito.

4.1 NORMAS RELEVANTES DO CONFLITO

São duas as principais normas que regem o conflito: de um lado, há o art. 22, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, que prega que os serviços públicos essenciais devem ser prestados de modo contínuo; do outro, há o art. 6º, § 3º, inciso II, da Lei nº 8.987/1995, que afirma que a interrupção do serviço público por inadimplemento do usuário não caracteriza descontinuidade do serviço.

Um serviço público essencial concretiza os direitos fundamentais à saúde, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à vida, fundamentando o princípio da dignidade da pessoa humana. A interrupção, por sua vez, é

⁵⁸ Idem, p. 345 (grifo do original).

⁵⁹ Idem, p. 346-348.

⁶⁰ Idem, p. 347.

fundamentada no direito de a concessionária prestadora do serviço público receber uma remuneração pelo seu serviço prestado, possibilitando oferecer um serviço público que atenda aos princípios da eficiência, da adaptabilidade e do interesse público, ou seja, atenda ao interesse da coletividade e não prejudique a continuidade do serviço para todos.

4.2 O INADIMPLEMENTO DO USUÁRIO-CONSUMIDOR COMO FATO PRINCIPAL QUE ENSEJA O CONFLITO ENTRE AS NORMAS

O fato que efetivamente origina o conflito entre as normas e os direitos e princípios que por elas são concretizados é o inadimplemento do usuário dos valores cobrados pelas concessionárias pela prestação do serviço. Uma vez que o usuário de serviço público pode ser considerado um consumidor deste serviço, há um conflito entre a regulamentação da situação deste usuário-consumidor quando ele deixa de adimplir com os valores cobrados decorrentes da prestação do serviço.

Como o serviço público de saneamento básico é um serviço público essencial, ele está diretamente relacionado ao princípio da continuidade, não podendo ser, portanto, interrompido por qualquer motivo. A sua interrupção acarretaria em uma negação a direitos fundamentais das pessoas e, conseqüentemente, à dignidade da pessoa humana: isto é o disposto pelo art. 22, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor.

Por outro lado, o art. 6º, § 3º, inciso II, da Lei nº 8.987/1995, que regula as concessões de serviços públicos, determina que a interrupção é possível por ser uma exceção ao princípio da continuidade, constituindo-se em uma forma coercitiva, no sentido de que as pessoas se esforçariam ao máximo para pagar pela prestação do serviço, e sancionatória, no sentido de penalizar os inadimplentes, além de beneficiar toda a coletividade, que não teria o serviço prejudicado pela falta de recursos a serem destinados para melhorias na sua prestação.

Deste modo, está posto o conflito: “De um lado estão o Código de Defesa do Consumidor e a essencialidade do serviço e do outro a possibilidade de corte em virtude do inadimplemento, considerando o interesse coletivo”⁶¹, ou, ainda, “em risco está a vida ou a dignidade da pessoa humana em conflito com os interesses privados das concessionárias”⁶².

⁶¹ CUÉLLAR, Leila. Serviço de abastecimento de água e a suspensão do fornecimento. *Revista de Direito Público da Economia*, [s.l.], v. 1, n. 3, p. 131-159, jul./set. 2003. p. 149.

⁶² MEDEIROS, Aloizio Sinuê da Cunha. A impossibilidade do corte do fornecimento de água ou energia elétrica a hospitais públicos ou escolas. *Revista IOB de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 4, n. 39, p. 86-88, mar. 2009. p. 88.

4.3 A APLICAÇÃO DA PONDERAÇÃO: UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO PARA O CONFLITO ENTRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A LEI Nº 8.987/1995

Após a análise dos elementos integrantes do conflito, passa-se para a ponderação, que visa “apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso”⁶³.

A corrente que prega a possibilidade de interrupção na prestação do serviço público de saneamento básico entende que o “corte” do serviço deve observar o interesse da coletividade, uma vez que o inadimplemento

prejudicaria a coletividade dos consumidores que continuasse pagando, haja vista que o custo da inadimplência teria que ser repassado para os mesmos, sob pena de inviabilização econômica da manutenção do fornecimento com a qualidade e quantidade necessárias.⁶⁴

Deste modo, “a não interrupção em casos de mora do usuário poderia eventualmente inviabilizar o funcionamento regular e contínuo do serviço para todos os usuários”⁶⁵. Assim, seria de interesse público que o serviço fosse interrompido para aqueles que não pagam para usufruí-lo, uma vez que este não pagamento prejudicaria a continuidade do serviço a todos que pagam regularmente por ele⁶⁶.

Ademais, há que se observar que a cobrança pela prestação do serviço é a principal forma de remuneração da concessionária que presta o serviço e se ela não auferir este valor, estará prejudicado o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro Renovar, 2008. p. 347.

⁶⁴ REGINATO, Osvaldo Anselmo. A prestação do serviço público essencial de fornecimento de água trata e os direitos constitucionais e do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, [s.l.], v. 17, n. 65, p. 193-225, jan./mar. 2008. p. 217.

⁶⁵ CUÉLLAR, Leila. Serviço de abastecimento de água e a suspensão do fornecimento. *Revista de Direito Público da Economia*, [s.l.], v. 1, n. 3, p. 131-159, jul./set. 2003. p. 153.

⁶⁶ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos. *Revista de Direito do Consumidor*, [s. l.], v. 17, n. 65, p. 226-252, jan./mar. 2008. p. 245.

Por outro lado, a corrente que prega pela impossibilidade de interrupção do serviço público de saneamento básico por inadimplemento afirma que, por este serviço ser um serviço essencial, a sua interrupção atenta contra a dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, “quando a Constituição Federal assegurou a dignidade da pessoa humana e reconheceu o direito de todos à seguridade, introduziu obstáculo invencível à suspensão de serviços públicos essenciais”⁶⁷. Ainda, o serviço público de saneamento básico protege o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e também à saúde, tanto do indivíduo quanto da saúde pública.

Em que pese ambas as pretensões possuam fundamentos pertinentes, entende-se que a dignidade da pessoa humana deve prosperar acima de qualquer outro princípio, pois

não podemos olvidar que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui o valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de todo o ordenamento jurídico, por isso é caracterizado como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa, em que todos os órgãos do Poder Público encontram-se vinculados, impondo um dever de respeito e proteção.⁶⁸

Exatamente pelo fato de o serviço público de saneamento básico concretizar a dignidade da pessoa humana – e isso inclui o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à saúde e à vida – é que ele não pode ser interrompido. A água é de suma importância para a vida⁶⁹ e a sua interrupção seria uma negação da dignidade da pessoa humana⁷⁰.

A dignidade da pessoa humana engloba duas facetas: uma negativa, no sentido de que deve ser respeitado o núcleo essencial da dignidade da pessoa; e uma positiva, que envolve a prestação de atividades e serviços que propiciem o

⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 310.

⁶⁸ FERREIRA, Simone Rodrigues. Direito do consumidor, serviço público e efetivação dos direitos sociais. *Revista IOB de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 2, n. 13, p. 36-42, jan. 2007. p. 40.

⁶⁹ CUÉLLAR, Leila. Serviço de abastecimento de água e a suspensão do fornecimento. *Revista de Direito Público da Economia*, [s.l.], v. 1, n. 3, p. 131-159, jul./set. 2003. p. 136-137.

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 87.

desenvolvimento das pessoas⁷¹. É na faceta positiva que a prestação de serviços públicos se enquadra, notadamente porque “trata-se de conduta estatal ativa, destinada a propiciar condições favoráveis ao desenvolvimento digno das pessoas”⁷².

Sendo assim, “o Estado, no atendimento dos princípios da dignidade da pessoa humana e da justiça social deve proporcionar o acesso aos bens essenciais por parte da população que por eles não pode pagar”⁷³, pois “muitas vezes o fornecimento gratuito do bem poderá ser a condição da superação da situação de marginalidade econômica”⁷⁴. Isso significa que existem pessoas tão à margem da sociedade que não podem pagar por serviços públicos essenciais que garantem a sua própria dignidade.

Neste sentido,

o fator desencadeante do serviço público não é o pagamento que a pessoa por ele alcançada faz ao Estado, mas exclusivamente a lei, que determina a sua prestação. Com ou sem pagamento de taxa, o Estado não pode eximir-se de, em cumprimento à lei, prestá-lo.
[...]

Por este motivo, a nosso ver, o não pagamento, *v.g.*, da taxa de água não autoriza o corte no fornecimento, pela pessoa que presta este serviço público. Ela deverá valer-se de outros meios jurídicos, como, *p. ex.*, da *execução fiscal*, para receber o tributo vencido e não pago. Não poderá, no entanto, deixar de prestar, em favor do contribuinte inadimplente, o serviço público de fornecimento domiciliar de água potável, que,

⁷¹ BAGATIN, Andreia Cristina. O princípio da continuidade dos serviços públicos: um exame do artigo 17 da Lei da Aneel. In: COSTALDELLO, Angela Cassia; FREIRE, André Luiz de Oliveira. *Serviço público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 37.

⁷² *Idem*, p. 38.

⁷³ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Serviços públicos essenciais (água) fornecidos por empresa concessionária - Direito ao corte por falta de pagamento. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 132, p. 177-201, out./dez. 2003. p. 199.

⁷⁴ *Idem* p. 200.

justamente porque serviço público tem por mola propulsora a lei, e não o pagamento da taxa.⁷⁵

Em que pese o comentário de Roque Antônio Carrazza refira-se à prestação do serviço público pelo Estado, a partir da Administração Pública direta ou indireta, entende-se que ele também serve para as concessionárias, uma vez que os serviços públicos são prestados pelo Estado ou por quem lhe “faça as vezes”⁷⁶. Ademais, se o regime jurídico da prestação de serviço público é o regime jurídico de direito público – e as concessionárias estão sujeitas aos mesmos princípios que o Estado –, então fica cristalino que a prestação do serviço decorre da lei e não do pagamento por esta prestação.

No que tange ao argumento do interesse da coletividade para que a interrupção seja admitida, no sentido de não prejudicar a prestação do serviço para todos, entende-se que ele não deve prosperar, pois

o princípio da solidariedade (estabelecido no art. 3º, I, da CF/1988) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988), cuja observância é do interesse da coletividade, permitiria, excepcionalmente, a continuação da prestação do serviço público mesmo em situação de inadimplência, até que se restabelecessem as condições do consumidor em adimplir o débito.⁷⁷

Deste modo, o interesse público da coletividade em não ter o serviço descontinuado devido a eventual prejuízo da concessionária prestadora deve ceder espaço para o princípio da dignidade da pessoa humana, no sentido de que todos devem ter acesso a serviços públicos essenciais, independentemente do pagamento ou não da remuneração pelo serviço prestado. Assim, nos casos “em que a manutenção de uma vida está em jogo, este sem dúvida deve prevalecer sobre qualquer outro fundamento”⁷⁸, razão pela qual a interrupção do serviço público essencial não pode ser admitida.

⁷⁵ CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 363 (grifo do original).

⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 665.

⁷⁷ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos. *Revista de Direito do Consumidor*, [s. l.], v. 17, n. 65, p. 226-252, jan./mar. 2008. p. 245.

⁷⁸ FERREIRA, Simone Rodrigues. Direito do consumidor, serviço público e efetivação dos direitos sociais. *Revista IOB de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 2, n. 13, p. 36-42, jan. 2007. p. 40.

Obviamente, a concessionária não poderá ser totalmente prejudicada: ela tem o direito de receber uma contraprestação pelo serviço prestado e deve receber.

Nesses casos, o Estado dispõe de duas escolhas. A primeira é promover a cobrança compulsória do valor correspondente à tarifa, para haver do usuário o montante correspondente aos serviços que continuam a ser prestados. A segunda é, verificando a carência de recursos, custear a manutenção da prestação dos serviços (inclusive e se for o caso, pro meio da elevação das tarifas cobradas dos demais usuários). Nesta última alternativa, a comunidade arcará com o custo dos serviços.⁷⁹

As soluções apontadas demonstram que a concessionária não deixará de receber a sua devida contraprestação: ou a cobrança será exercida pelos meios legais, mediante processo judicial de execução, ou o Estado arcará com os valores não pagos pela prestação do serviço ou ainda cobrará um valor um pouco maior de outros usuários para que a concessionária e, conseqüentemente, o serviço público essencial não seja prejudicado. Registre-se ainda a possibilidade de a concessionária inscrever o usuário-consumidor inadimplente em cadastro de sistemas de proteção de crédito, uma forma de cobrá-lo, porém sem que seja necessário interromper o fornecimento do serviço.

Outras duas possibilidades são a concessão de “subsídios tarifários e não tarifários para que os usuários e as localidades que não tenham capacidade de pagamento ou escala econômica suficiente para cobrir o custo integral possam beneficiar-se dos serviços”⁸⁰, ou, ainda, a inclusão de quem não pode adimplir com o valor a ser pago pela prestação do serviço público em “programas especiais de combate à pobreza, inclusive com a concessão de um auxílio-água”⁸¹.

Na verdade, não importa qual seja a política de auxílio àqueles que não podem adimplir com os valores da prestação de serviço público essencial: a concessionária tem o seu direito de receber uma contraprestação pelo serviço

⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 310.

⁸⁰ FREITAS, Rafael Vêras de. O marco regulatório do saneamento básico e a defesa do meio ambiente. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 25, n. 8, p. 902-916, ago. 2009. p. 908.

⁸¹ REGINATO, Osvaldo Anselmo. A prestação do serviço público essencial de fornecimento de água trata e os direitos constitucionais e do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, [s.l.], v. 17, n. 65, p. 193-225, jan./mar. 2008. p. 223.

que presta, porém “a carência de recursos não autoriza supressão da existência e da dignidade da pessoa humana”⁸².

Deste modo, por ser o serviço público de saneamento básico um serviço público essencial, que concretiza a dignidade da pessoa humana, este deve ser prestado de forma contínua, conforme o disposto no art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, sem interrupções, ainda que por inadimplemento do usuário, pois a ausência deste serviço caracteriza uma negação da dignidade e prejuízo a direitos fundamentais, como os direitos à saúde, ao meio ambiente e à vida.

CONCLUSÃO

Após a análise do serviço público de saneamento básico, que compreende os sistemas de abastecimento de água e de esgoto, incluindo também a limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo das águas pluviais e da sua importância para o direito à vida, à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – concretizando, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana –, pode-se afirmar que ele é um serviço essencial e indispensável à vida e um direito fundamental do ser humano.

Sendo assim, os usuários devem ser protegidos por todas as normas do ordenamento jurídico, a começar pela Constituição Federal, que apresenta princípios que incidem no serviço público, passando pelas leis ordinárias, como a Lei nº 8.987/1995 – Lei de Concessões – e o Código de Defesa do Consumidor, pois a concessionária pode ser considerada fornecedora na relação de consumo; o usuário pode ser considerado um consumidor por ser destinatário final do serviço; e a relação é de um consumo, uma vez que o serviço público é ofertado no mercado de consumo.

No caso, há um conflito entre a Lei nº 8.987/1995, que apresenta a possibilidade de interrupção do serviço público por inadimplemento do usuário-consumidor, e o Código de Defesa do Consumidor, que prega a continuidade dos serviços públicos essenciais.

À luz da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana deverá preponderar sobre todos os outros princípios, sendo garantida a todo custo. Deste modo, entendeu-se que a interrupção do serviço público de saneamento básico por inadimplemento do usuário caracteriza uma negação à dignidade das pessoas.

⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 310.

A concessionária, entretanto, tem o direito de cobrar do usuário inadimplente os valores correspondentes ao serviço prestado, porém pelos meios ordinários, como processo judicial, visando à penhora de bens e inscrição do usuário em cadastro de sistemas de proteção de crédito, por exemplo.

REFERÊNCIAS

ÁGUA e Cidade. Não há saúde sem saneamento. Disponível em: <http://www.esgotoevida.org.br/saude_saneamento.php>. Acesso em: 15 nov. 2013.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2006.

BAGATIN, Andreia Cristina. O princípio da continuidade dos serviços públicos: um exame do artigo 17 da lei da Aneel. In: COSTALDELLO, Angela Cassia; FREIRE, André Luiz de Oliveira. *Serviço público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania*. Curitiba: Juruá, 2005.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro Renovar, 2008.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 16 nov. 2013.

_____. Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7783.htm>>. Acesso em: 6 nov. 2013.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 6 nov. 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CUÉLLAR, Leila. Serviço de abastecimento de água e a suspensão do fornecimento. *Revista de Direito Público da Economia*, [s.l.], v. 1, n. 3, p. 131-159, jul./set. 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Filosofia do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FARIAS, Paulo José Leite. *Competência federativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

FIGUEIREDO, Marcelo. O saneamento básico e o direito – Uma visão dos principais problemas jurídicos. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). *Direito público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 9. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008.

FREITAS, Rafael Vêras de. O marco regulatório do saneamento básico e a defesa do meio ambiente. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 25, n. 8, p. 902-916, ago. 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

MEDEIROS, Aloizio Sinuê da Cunha. A impossibilidade do corte do fornecimento de água ou energia elétrica a hospitais públicos ou escolas. *Revista IOB de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 4, n. 39, p. 86-88, mar. 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. A regulação do serviço público de energia elétrica e o direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, [s.l.], v. 13, n. 51, p. 68-100, jan./set. 2004.

NUNES, Luis Antonio Rizzato. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos. *Revista de Direito do Consumidor*, [s. l.], v. 17, n. 65, p. 226-252, jan./mar. 2008.

REGINATO, Osvaldo Anselmo. A prestação do serviço público essencial de fornecimento de água trata e os direitos constitucionais e do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, [s.l.], v. 17, n. 65, p. 193-225, jan./mar. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Serviços públicos essenciais (água) fornecidos por empresa concessionária – Direito ao corte por falta de pagamento. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 132, p. 177-201, out./dez. 2003.

LA MINORÍA DE EDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS FAVORABLES A LA SITUACIÓN JURÍDICA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

UNDERAGE FROM A PERSPECTIVE OF PRINCIPLES AND RIGHTS FAVORING THE LEGAL STATUS OF BOY, GIRLS AND ADOLESCENTS

Jetzabel Mireya Montejo Rivero

Profesora Auxiliar de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de Camagüey, Cuba.

RESUMEN: El presente artículo, previo tratamiento jurídico y psicológico de la edad, expone una definición contemporánea sobre minoría de edad a la luz de principios favorables a la situación jurídica del menor, ideas inspiradoras de una concepción diferente, que permite apreciar el alcance de la capacidad natural del menor en el ejercicio de actos jurídicos relativos a su esfera personal y familiar. Se ofrece un estudio de Derecho Comparado conforme a legislaciones actuales en México, Colombia, Argentina, Brasil y España, que sirven de sustento y referencia normativa a los pronunciamientos teóricos en la temática abordada.

PALABRAS CLAVE: edad; minoría de edad; no discriminación; veracidad biológica; interés del menor.

ABSTRACT: *On the basis of a legal and psychological analysis, the paper advances a*

contemporary definition of underage from a perspective that favors the legal status of boy, girls and adolescents. The proposal is backed up by comparing the legislation of México, Colombia, Brazil, Argentina and Spain. The main finding is a new exercise regime of judicial acts relative to personal an familiar affairs for boy, girls and adolescents.

KEYWORDS: *age; underage; non-discrimination; biological veracity; child's interest.*

SUMARIO: 1 La edad. Tratamiento jurídico; 2 Minoría de edad. Definición contemporánea; 3 Principios y derechos favorables a la situación jurídica del menor; Notas conclusivas; Bibliografía.

SUMMARY: *1 Age and justice; 2 Underage, contemporary definitions; 3 Principles and rights favoring the legal status of the underage; Conclusions; Bibliography.*

1 LA EDAD. TRATAMIENTO JURÍDICO

Desde el Derecho romano, el dato de la edad permite determinar la aptitud de la persona para ser titular de derechos y obligaciones, distinguiéndose determinadas etapas¹ a los efectos de autorizar la realización de actos jurídicos eficaces. Entendida como “período de tiempo transcurrido desde el nacimiento de la persona hasta el instante en que se la considere”² resulta elemento decisivo que pauta el desarrollo humano signado por la aparición de cambios importantes en los individuos.

Esa evolución discurre de modo diferente en las personas conforme a las propias aptitudes de cada individuo. De ahí, que en la actualidad se conceda importancia al grado de madurez y a la voluntad para otorgar o negar dimensión jurídica a los actos humanos, inclinándose cada vez más por una dependencia entre capacidad y aptitud concreta de la persona.

No obstante, el modo que generalmente se ha encontrado para presumir ese grado de discernimiento es justamente la edad; criterio unificador que condiciona el ejercicio de la capacidad³. Y si bien es cierto, que la capacidad de obrar se basa en la aptitud de querer y entender, su reglamentación debe estimarse, en función de la edad, pues sin dudas, es la edad el presupuesto esencial de la capacidad de autogobierno de cada individuo. Esta se comporta de manera diferente en cada etapa del desarrollo humano.

En este sentido, valdría la pena apelar a la categoría autónoma y relevante de capacidad natural, pues la realización de actos jurídicos eficaces debería estar vinculado a esta; sin embargo, una valoración casuística del grado de madurez

¹ La infancia, hasta los 7 años, la prepubertad, hasta los 12 años (mujeres) o 14 años (hombres), la pubertad que duraba desde las referidas edades hasta los 25 años de la mayoría de edad.

² Moreno Quezada, Bernardo, Los sujetos de la relación jurídica, en *Derecho Civil Patrimonial, Conceptos y normativa básica*, Moreno Quezada, Bustos Valdivia, C. & Trujillo Calzado, 4ª edición corregida y actualizada, Editorial Comares, Granada, 1999, pp. 82-83.

³ Esta premisa no siempre se ha comportado del mismo modo, porque en otros tiempos la madurez humana no bastaba para ser capaz, o bien tal madurez se averiguaba de modo individual. En Roma y sobre todo, en el ordenamiento más antiguo, la sumisión a la *patria potestad* y la consiguiente incapacidad del *alieni iuris*, para gobernarse en sus cosas podía durar toda la vida del sometido hasta que fallece el *pater* o lo emancipa, y desde luego no dependen de sus cualidades físicas o su edad. Y en cualquiera de los ordenamientos jurídicos pocos desarrollados la pubertad real o la aptitud para llevar las armas tienen más importancia que el cumpleaños. Así, en el Derecho Germánico se valoraba en cada individuo su aptitud para defenderse con lanza y escudo, así como su posibilidad de fundar una familia; en el caso de las féminas, se atendía a su aptitud para abandonar la casa paterna y contraer matrimonio. *Vid.* Delgado Echeverría, *Elementos de Derecho Civil I*, volumen segundo, Barcelona, 1990, p. 117.

podiera afectar la seguridad del tráfico jurídico, que exige para su agilidad el establecimiento de criterios fijos, más o menos flexibles que garanticen la validez de la actuación de las personas en sociedad.

En este pensamiento, no sería ocioso recordar los sistemas adoptados para determinar la actuación *per se* del menor de edad⁴: el primero, de carácter subjetivo, que aprecia el desarrollo individual de forma casuística, y en consecuencia, mide el grado de capacidad o incapacidad de la persona. En cambio, el segundo, de matiz objetivo, fija una determinada edad con carácter general para señalar que las personas han alcanzado suficiente madurez, una vez que se arriba a la mayoría. Ofrece además la posibilidad de incorporar períodos precedentes o rango de edades favorables a la actuación parcial de las personas menores de edad.

En virtud de la referida flexibilidad del segundo sistema, es el régimen generalmente acogido por los Códigos civiles, cuyo proceder viabiliza una medición objetiva de la capacidad de obrar, sin desdeñar en ocasiones, la pertinencia de juicios subjetivos de operadores del Derecho en la solución de casos concretos en los que se encuentren inmersos menores de edad; y sea necesario evaluar la aptitud de entender y querer del menor, valorando en la manifestación de voluntad, su madurez y grado de discernimiento. Estos datos, obviamente, no en todos los supuestos se ajustan a fases perfectamente delimitadas, sino que discurren en un proceso evolutivo de maduración individual. Ello se explica, si tenemos en cuenta lo difícil que resulta delimitar la edad en la que cada individuo alcanza la plena capacidad de querer, la que por demás difiere de un sujeto a otro. Por tanto, la madurez se presume por el hecho de cumplir un determinado número de años, y en consecuencia la ley establece un límite de edad, único para todos, a partir del cual se adquiere la plenitud de posibilidades de gobierno de su persona y patrimonio en virtud del reconocimiento de la capacidad de obrar.

La tendencia en las legislaciones modernas⁵ parece inclinarse hacia una disminución en el límite de edad establecido legalmente para alcanzar

⁴ Valdez Díaz, Caridad del Carmen, "Comentarios al artículo 30", en Comentarios al Código Civil cubano, tomo I - Libro I Disposiciones preliminares. Relación jurídica, Leonardo B. Pérez Gallardo (director) (en edición).

⁵ Vale destacar la conformidad de la legislación comparada a la preceptiva jurídica internacional que dispone la minoría de edad en la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 en orden al establecimiento en 18 años como edad límite en que las personas adquieren la mayor edad, y con ello, el pleno ejercicio de la capacidad. En Argentina, tras la reforma de la Ley n° 26579, la persona alcanza la mayoría a los 18 años. En España, la mayor edad comienza a los

la mayoría de edad, cuestión que bien pudiera obedecer al surgimiento de generaciones de jóvenes con mayores aptitudes para asumir responsabilidades sociales y familiares. El legislador familiar cubano de 1975⁶ se hizo eco de tal postulado, y en este sentido, reglamenta los dieciocho años para fijar el pleno ejercicio de la capacidad, precepto modificativo del entonces Código Civil patrio vigente. Así, la normativa jurídica exhibida en el artículo 29, autoriza legalmente a las personas mayores de dieciocho años a realizar actos jurídicos validos y en consecuencia, al ejercicio de sus derechos. Puntualiza el precepto, la adquisición de tal condición a las personas menores de 14 y 16 años, hembra y varón respectivamente que hayan contraído matrimonio con la autorización excepcional establecida en norma⁷.

Conforme a la normativa civil cubana⁸ toda persona menor de 18 años de edad o que por debajo de esta edad, no pueda acreditar la formalización de matrimonio tiene limitada parcial o totalmente la capacidad para ejercer actos jurídicos eficaces. Preceptiva jurídica de la cual, puede colegirse el sistema de graduación de la capacidad del menor vigente en el Derecho civil patrio en plena

18 años completos. *Vid.* (art. 12 de la Constitución y art. 315 del C.C.) En el Derecho uruguayo, la mayoría de edad se fija en 18 años. *Vid.* Ley Uruguaya n° 16719 sustituye al art. 280 CC. Publicada en el Boletín Oficial de 19.10.1995. E, art. 5 del CC Brasilerio preceptúa que la minoridad cesa a los 18 años, quedando habilitada la persona física para todos los actos de la vida civil (Ley n° 10406 del 2002). El art. 36 del Código Civil paraguayano reputa plenamente capaz a todo ser humano que haya cumplido 18 años de edad y no haya sido judicialmente incapaz (Ley n° 2169/2003) reduce la edad de 20 a 18 años. En Venezuela, es mayor de edad, quien haya cumplido los 18 años (art. 18 CC).

⁶ El Código Civil español de 1889 anteriormente vigente en nuestro país, en el antiguo artículo 320 fijaba la mayoría de edad en los veintitrés años. Con el cese de la dominación española y la instauración de la ocupación norteamericana en Cuba, no sufre alteraciones la vigencia del Código Civil de la antigua metrópoli en nuestra patria. Fue la Ley de 19 de junio de 1916, la normativa jurídica que rebaja la mayoría de edad de las personas naturales a veintiún años. Luego del triunfo revolucionario de 1959, se modifica la mayoría de edad estableciéndola a partir de los dieciocho años cumplidos, conforme a lo regulado en la Disposición Final Primera del Código de Familia de Cuba, vigente desde 1975. *Vid.* Valdez Díaz, Caridad del Carmen, C “Comentarios al artículo 30”, en Comentarios al Código Civil cubano... *cit.*

⁷ *Vid.* Artículo 3 del Código de Familia, Ley n° 1289 de 1975.

⁸ *Cfr.* Artículos 30 y 31 del Código Civil cubano: Art. 30. Tienen restringida su capacidad para realizar actos jurídicos, salvo para satisfacer sus necesidades normales de la vida diaria: los menores de edad que han cumplido 10 años de nacidos, los que pueden disponer del estipendio que les ha sido asignado y, cuando alcancen la edad laboral, de la retribución por su trabajo; los que padecen de enfermedad o retraso mental que no los priva totalmente de discernimiento; y los que por impedimento físico no pueden expresar su voluntad de modo inequívoco.

Art. 31. Carecen de capacidad para realizar actos jurídicos: los menores de 10 años de edad; y los mayores de edad que han sido declarados incapaces para regir su persona y bienes.

armonía con el régimen que a tal efecto, instauran la mayoría de las legislaciones modernas⁹.

De tal suerte, la capacidad de obrar no se manifiesta en la misma medida en el transcurso de la minoridad, sino que se amplía y desarrolla en función de su aptitud natural determinada por la edad. Es por ello, que el legislador establece una escala de edades, las cuales indican diversas situaciones reguladoras de las posibilidades de actuación del menor.

Durante los primeros años de la vida, el menor se encuentra en una situación de total dependencia, que si bien se le reconoce la titularidad de derechos, no cabe pensar en el ejercicio de tales debido al escaso desarrollo físico y psíquico característico de la primera infancia. Etapa de sujeción patrimonial y personal del menor que obviamente comporta la representación legal¹⁰. En este supuesto estamos aludiendo a la ausencia total de capacidad o incapacidad¹¹ del menor que no ha arribado a los 10 años en la norma civil cubana.

Autores¹² en doctrina nacional, deliberan la *ratio legislatoris* de la edad límite que pauta la incapacidad¹³. Y les asiste razón, si tenemos en cuenta el

⁹ El régimen de graduación de la capacidad data del Derecho Romano, en virtud de las referidas y conocidas clasificaciones en razón al desarrollo fisiológico, específicamente en atención a la aptitud para la procreación, distinguiéndose entre púberes e impúberes. Hoy, no son pocas las legislaciones del orbe, que tienden a reconocer el paulatino incremento de las aptitudes de las personas que aún no han arribado a los 18 años de edad. En Argentina, los arts. 54 y 55 del Código Civil distinguen conforme a la edad de 14 años, entre menores impúberes y menores adultos. En Colombia, el artículo 53 de la Ley n° 1306 establece rangos únicos de edad y al unificar el concepto de niño y de impúber, el art. 3 del Código de la Infancia y Adolescencia entiende por niño a la persona de 0 a 12 años, y obviamente por adolescente a la persona comprendida entre 12 y 18 años. Los primeros se califican como incapaces absolutos, los segundos, incapaces relativos, ampliando las posibilidades de actuación de estos últimos.

¹⁰ Como regla, la actividad del representante legal comporta sustitución, no es el menor el que interviene en el acto jurídico, sino su representante. Con excepción de los derechos inherentes a la personalidad, lo que dada su esencia, como regla no admiten sustitución de su titular.

¹¹ La carencia de capacidad siempre estará necesariamente vinculada a un hecho que la determina, a circunstancias que restrinjan o anulen la aptitud de la persona para comprender o querer, o que impidan una clara e inequívoca manifestación de voluntad. En el caso que se aborda, esta circunstancia es justamente la edad. *Vid.* Valdés Díaz, C. "Comentarios al artículo 31", en *Comentarios al Código Civil cubano*, tomo I – Libro I Disposiciones preliminares. Relación jurídica, Leonardo B. Pérez Gallardo (director) (en edición).

¹² Valdés Díaz, Caridad del Carmen, *últ. op. cit.*, Rapa Álvarez, Vicente, "La relación jurídica. Categoría esencial en el nuevo Código Civil", en *Revista Jurídica*, N. 19, Año VI, UNJC, La Habana, abril – junio 1988, pp. 118-119.

¹³ Esta edad puede obedecer a la influencia de Códigos Civiles del antiguo campo socialista que señalaban la posible participación eficaz en ciertos actos jurídicos de poca envergadura. Rapa Álvarez,

escaso desarrollo físico y sensorial que identifica un menor de diez años de edad. En este sentido, algunas legislaciones¹⁴ marcan los doce años, para significar la adquisición de autonomía y capacidad de discernimiento del menor en el ejercicio de sus derechos.

Ya a los doce años, la cuestión se vislumbra desde otro sesgo, dada la madurez psicofísica que supone el suficiente juicio en las personas que han alcanzado esa edad. El Derecho Romano¹⁵ asocia esta edad al advenimiento de la pubertad en la mujer y en el hombre a los 14 años, datos que marcaban la aptitud para contraer matrimonio y para testar. De ahí, que “la pubertad se tenga en cuenta para reconocer el ámbito de capacidad del menor cuando de lo que se trata es de que un menor constituya o reconozca jurídicamente una situación familiar que dependa de él”¹⁶.

El establecimiento de diversas edades (doce, catorce, dieciséis años) con trascendencia propia¹⁷, permite convenir un ámbito de actuación a las personas

V., *op. cit.*, pp. 118-119.

¹⁴ A modo de ejemplo pueden citarse en España, la Ley de 7 de julio de 1981 en el art. 92. 2, y la Ley de 11 de octubre de 1987, reformadora de la Adopción y el artículo 177.3.3 del Código Civil (reformado por la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor procuran la ampliación de la capacidad de obrar del menor en lo que suponga un desarrollo de su personalidad. Con este objetivo, establecen los doce años como edad límite para la audiencia del menor aún y cuando se prescinda de unidad terminológica. Nótese, el art. 156.2 del CC establece oír al mayor de doce años “en todo caso”, el art. 273 señala simplemente “el juez oír” y los artículos 92. 2 y 231 emplean el termino siempre, dato que utiliza el art. 154 sin hacer referencia a una edad, sino al suficiente juicio, requisito establecido por los preceptos antes citados, señalan para oír al menor de doce años, con excepción del artículo 273 que amplía el arbitrio judicial estimando “o lo que considere oportuno”. *Vid.* Fonseca González, Rafael, “El deber de oír a los hijos” en *La tutela de los derechos del menor*, González Porras, José M., Córdoba, 1984, pp. 133-140.

¹⁵ En Roma, la posibilidad de actuar válidamente de modo general y por iniciativa propia la tiene el *sui iuris* a partir de la pubertad, antes se haya sujeto a tutela. *Vid.* Delgado Echeverría, *op. cit.*, p. 119. En este sentido, no sería ocioso recordar la distinción que hace el Derecho Romano entre la esfera familiar y la de la capacidad personal. Cuando se está sometido al poder paterno, es indiferente la edad del *alieni iuris*, pues carece ilimitadamente de independencia jurídica. Mientras que respecto del *sui iuris* se plantea la cuestión de la edad y sus efectos, por ser quien puede actuar por sí en la vida jurídica y es con respecto a este, que se aceptará una clasificación de edades. *Vid.* López San Luis, Rocío, *op. cit.*, p. 43.

¹⁶ *Vid.* Gete Alonso y calera, María del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar*, segunda edición, Civitas, Madrid, 1992, p. 34.

¹⁷ En virtud de normas expresas que fijan edades inferiores a la mayoría, el menor en Derecho español puede -sin que en estos actos quepa representación - otorgar testamento, salvo el ológrafo, a partir de los 14 años (arts. 663 y 688 C.C), contraer matrimonio, y otorgar capitulaciones matrimoniales con el asentimiento de sus padres. Puede ejercer la patria potestad sobre sus hijos con asistencia de sus padres (art. 157, salvo que este emancipado, lo que ocurre automáticamente por matrimonio. Puede

comprendidas en un intervalo o etapa intermedia, en la cual, si bien no han alcanzado la mayoría, tampoco puede considerárseles incapaces de obrar. Como bien indica Pérez Gallardo “están en el medio, y por ese motivo, requieren de un tratamiento jurídico diferenciado que le reconozca la posibilidad de actuar, estableciendo los límites para ello”¹⁸.

El concepto de capacidad restringida encuentra su génesis en el sistema de graduación de la capacidad de obrar del menor, establecido desde el Derecho Romano. Aunque su regulación no haya precedente en la normativa civil de 1888 extensiva a Cuba¹⁹, se ajusta al ámbito de capacidad reconocido a los menores entre 10 y 18 años, a quienes el ordenamiento jurídico patrio, admite cierto grado de actuación²⁰. En tal ámbito, debe garantizarse un régimen especial mediante la utilización de una fórmula general²¹ que permita la inclusión de quienes reúnan los requisitos que ésta contempla.

La existencia de una etapa intermedia en la que quedan comprendidos los menores con capacidad limitada o restringida, permite percibir la minoridad con nuevos matices. Esta fase natural de la vida humana, si bien es cierto, define la capacidad de obrar de la persona y en consecuencia el estado civil de la menor edad, vislumbra la situación jurídica del menor desde otro bisel, que valora la

reconocer hijos extramatrimoniales con autorización judicial (art. 121). *Vid.* Delgado Echeverría, *op. cit.*, p. 124.

¹⁸ Pérez Gallardo, Leonardo B., “La protección legal de los discapacitados en Cuba. Una visión de *lege data* y de *lege ferenda*”, en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, coordinado por José Pérez de Vargas Muñoz, La Ley, Madrid, 2006, p. 321.

¹⁹ El Código Civil español antes vigente en Cuba no mostró un precepto similar al artículo 30 del actual Código Civil Cubano, aunque vale apuntar, admitía la formalización de matrimonio al menor con la debida dispensa, la *testamentifacio* activa a los dieciséis años y la administración de bienes adquiridos por su trabajo o industria.

²⁰ El legislador de 1987 reconoce a menores de edad entre 10 y 18 años posibilidades de actuación. No obstante, el precepto ofrece una fórmula genérica que no define los actos jurídicos que podrá ejercer *per se* el menor que ha cumplido diez años de edad; suscitándose diversas interpretaciones en la práctica jurídica cubana.

²¹ A estos efectos, el ordenamiento jurídico debe garantizar un régimen especial, bien haciendo uso de una enumeración taxativa de los casos, lo que excluye la posibilidad de someter a dicho régimen a quien no esté previamente enumerado o la utilización de una fórmula general que permita la inclusión de quienes reúnan los requisitos que ésta contempla, y por consiguiente, va a precisar de cierta uniformidad en su utilización posterior. *Vid.* Pérez Gallardo, Leonardo B., *ibidem*. En el segundo caso, se deberá establecer una escala de edades, y en este rango ofrecer al operador del Derecho, la posibilidad de valorar la capacidad natural del menor para realizar determinados actos jurídicos, en particular los atinentes a la esfera personal y familiar. Dicha fórmula trasluce un régimen jurídico especial que posibilitará al menor actuar por sí mismo en el mundo jurídico, pero asistido de alguien que complemente su capacidad.

evolución de la aptitud de querer y entender que progresivamente desarrolla en el discurrir de la adolescencia.

1.1 PRINCIPALES TENDENCIAS PSICOLÓGICAS SOBRE LA ADOLESCENCIA

Algunos autores²² desde la perspectiva de la Psicología ubican la adolescencia, como «*edad psicológica*», en tanto, se considera el desarrollo como un proceso que no ocurre de manera automática ni determinado fatalmente por la maduración del organismo, sino que tiene ante todo una determinación socio-histórica. De allí, la importancia de la categoría “situación social de desarrollo”, punto de partida para todos los cambios dinámicos suscitados durante el periodo de cada edad.

La situación social del desarrollo se encuentra matizada en la adolescencia por cambios biológicos, que ocurren como parte de las condiciones internas del desarrollo, y determinan las principales regularidades de los sistemas de actividad y comunicación. Estos cambios se denominan transformaciones puberales²³ (antropométricos, fisiológicos y endocrinos), entre los que se incluyen además, la maduración sexual.

De ese modo, pueden apreciarse las principales tendencias psicológicas que fundamentan la adolescencia como etapa de desarrollo humano. Valoración desde el punto de vista psicológico, que repercute sin dudas en el ámbito jurídico, por cuanto las diferentes etapas por las que atraviesa el niño en su evolución psicofísica determinan una gradación en el nivel de decisión al que puede acceder en el ejercicio de sus derechos²⁴, lo cual permite valorar la minoría de edad desde nuevos paradigmas.

²² En general, los inicios de la adolescencia se conciben entre los 11-12 años, pero su culminación, que delimita el inicio de la juventud, para algunos autores se sitúa en los 14-15 años, y para otros en los 17-18 años. *Vid.* Domínguez García, Laura, *Psicología del desarrollo, Problemas, principios y categorías*, Félix Varela, La Habana, 2007, p. 107.

²³ Estas nuevas potencialidades del desarrollo físico, tienen una importante repercusión psicológica. Los cambios antropométricos son aquellos que generan un crecimiento en todas las dimensiones corporales (estructura corporal y peso). Los cambios fisiológicos, entre ellos tenemos algunas deficiencias que se producen en el sistema circulatorio por el rápido crecimiento del corazón. Los endocrinos crean las condiciones para una producción acelerada de estrógenos y andrógenos, proceso que influye notablemente en la maduración sexual. *Vid.* Domínguez García, Laura, *op. cit.*, p. 109.

²⁴ En palabras de Jordano Fraga “se trata de compatibilizar dos exigencias en cierto modo contrapuestas que responden a la misma inscripción protectora del menor: el potenciamiento de su autónoma personalidad, de su iniciativa personal propia (protección de la personalidad del menor desde él

2 MINORÍA DE EDAD. DEFINICIÓN CONTEMPORÁNEA

En la temática relativa a la minoría de edad, un primer nudo cognitivo que se presenta es el referido a la definición de menor. A menudo, suelen enunciarse las expresiones menor, niño, infante con sentidos equívocos; suscitándose problemas léxicos que reflejan falta de claridad conceptual en el análisis de la categoría en cuestión.

Se ha dicho que la edad da lugar a dos modalidades del estado civil en su aspecto personal: la mayoría y minoría de edad. Así, se concibe al menor como la persona que por razón de la edad no ha arribado a los dieciocho años, ubicándose en el estado de minoridad. Desde lo anterior, se identifica la minoría de edad²⁵ con la situación de la persona (el menor), que transcurre desde su nacimiento hasta el momento que alcanza la mayoría de edad; incidiendo en el estado civil del individuo y en consecuencia, en el alcance de su capacidad de obrar. Esta puede ser la razón por la que algunos autores²⁶ conciben al menor incapaz de obrar, principio que sufre numerosas excepciones cuando este alcanza capacidad natural de querer, en cuyo caso puede hablarse de una capacidad limitada del menor. En tal perspectiva, el asunto de catalogar al menor como incapaz, – con las excepciones previstas en ley – o capaz con determinadas limitaciones, ha despertado numerosos debates²⁷ que parecen esclarecerse en virtud de la

mismo) y la indiscutible necesidad de la existencia de poderes (potestades) de control, vigilancia y defensa que suplan las carencias inherentes a la propia personalidad del menor.” *Vid.* Jordano Fraga, Francisco, “La capacidad general del menor” en *Tutela de los derechos del menor*, *op. cit.*, p. 884.

²⁵ *Vid.* gete alonso y calera, María del Carmen, “La edad” en... *cit.*, p.158.

²⁶ García Valdecasas, Guillermo, *op. cit.*, p. 205. En doctrina mexicana, Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, p. 166. En doctrina Argentina, D’ Antonio, Daniel Hugo, *op. cit.*, p. 19.

²⁷ Por algunos se ha afirmado que el menor no emancipado, o simplemente menor, es en principio incapaz de obrar, siendo excepcional la capacidad que se le confiere para ciertos actos. Justamente su incapacidad le somete a patria potestad o tutela. Según la opinión del profesor De Castro, tal afirmación es inexacta. El menor es capaz de obrar, aunque ciertamente su capacidad sea más restringida que la del menor emancipado o que la del mayor. Y los numerosos actos que puede realizar el menor no son excepciones a una supuesta regla general de falta de capacidad. Varias razones sostienen la referida tesis; una, tal era la doctrina del antiguo Derecho Español, y se presume se mantiene, pues no existe actualmente disposición en el Código Civil Español. Otra; ninguna disposición del mismo, permite inferir una incapacidad absoluta del menor, y además, considera desacertada esta teoría cuando las leyes admiten una serie de casos en los que es capaz el menor, y respecto de actos con tanta trascendencia como hacer testamento, adquirir la posesión, entre otros. *Vid.* De Castro, Federico, *Derecho Civil de España*, T. II, *Parte General*, Civitas, Madrid, 1952, pp.169 a 174. *Cfr.* Albaladejo, Manuel, *op. cit.*, pp. 252-253.

preceptiva jurídica enunciada en tratados internacionales²⁸ favorables a la situación jurídica del menor.

En esos argumentos, no debe obviarse que aunque ciertamente la capacidad de obrar depende del estado civil de la persona, y ésta tiene aquella capacidad que la ley reconoce al estado civil que en cada momento detenta, también es cierto, que cada cual dentro de su estado civil ostenta la capacidad de obrar, conforme a escalas de edades correspondientes a la aptitud concreta de cada persona, clasificación objetiva que permite valorar indistintamente la capacidad de los menores de edad.

La definición de la minoría de edad que confiere el *status* de capacidad o incapacidad no es asunto de simple argumentación. Al decir de Albaladejo²⁹ “el negar o conceder al menor capacidad para realizar determinados actos, es cosa que se ha de realizar no mecánicamente [...] sino viendo si, a tenor de los principios en que se inspiran los casos regulados, el no regulado cae dentro o fuera del sector de capacidad reconocido (bien como normal o excepcional) al menor”³⁰.

Para cumplimentar esta apreciación, resulta necesario apreciar la edad que detenta la persona dentro del estado de minoridad. Obviamente, no resultan comparables las condiciones de entendimiento y voluntad de un niño de cinco años con el adolescente de quince o dieciséis. Nótese, la existencia de dos términos, (niño y adolescente) con distinta significación psicológica ubicados en el mismo estado civil de minoridad. En el primero, dada su vulnerabilidad y necesidades de toda índole, requiere especial protección desde el punto de vista jurídico. De ahí, que su capacidad de obrar sea nula, y la ley la transfiera íntegramente a otra persona que actúa en su representación; ya en el segundo,

²⁸ La Convención Internacional sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 y la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre del 2006, representan un giro copernicano en el tratamiento clásico de la capacidad que permite valorar a los individuos bajo un prisma más justo, sobre la base del principio de igualdad y no discriminación. *Vid.* Valdés Díaz, Caridad del Carmen, “Capacidad, incapacidad y discapacidad en clave carpenteriana” en *Revista Ius* N. 26, Año V, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla (ICJP), septiembre-diciembre, 2010, pp. 39-69.

²⁹ Albaladejo, Manuel, *op. cit.*, p.254.

³⁰ Al parecer, fue esta la posición asumida por el Código Civil cubano de 1987 en cuanto a la capacidad del menor, de cuya preceptiva jurídica se colige la atribución de capacidad para realizar aquellos actos que de un modo u otro contribuyan a satisfacer sus propias necesidades cotidianas. Aunque – como se ha expuesto supra – la legislación es omisa con respecto a la enumeración de tales actos, lo que a *la postre* pudiera generar serios inconvenientes al tráfico jurídico.

se van desarrollando aptitudes físicas, psíquicas, cognitivas y afectivas básicas de su personalidad, por lo que bien podría autorizarse su actuación asistido solamente por quien complementa su capacidad³¹.

Por tanto, el Derecho debe otorgar un tratamiento diferenciado a cada uno de estos menores, a partir de un régimen que establezca en rango de edades³², la ausencia de capacidad de obrar de un lado, y por otro, su ejercicio limitado, previa definición de actos jurídicos que la ley atribuya una eficaz realización.

Visto de este modo, no podría calificarse la minoría de edad en términos absolutos prescindiendo de la noción que la asimila como un proceso de evolución de la autonomía del menor en el que paulatinamente desarrolla sus aptitudes.

La nueva mirada goza de apoyo doctrinal en la actualidad³³. Así, se identifica la minoridad con “el proceso durante el cual, la psicología del niño evoluciona hacia una constante autoderminación de la personalidad”³⁴. De

³¹ En la medida que el menor se desarrolla, su capacidad de obrar, aunque continua estando limitada, no lo está en el mismo grado, se permite que actúe por sí mismo autónomamente, (en cuyo caso, ya no existe representación) o se autoriza su actuación directa solo con la asistencia del titular de la potestad. *Vid.* Gete Alonso y calera, *op. cit.*, p. 160.

³² A modo de ejemplo, puede citarse en Colombia, el artículo 50 de la Ley n° 1306 de 2009 modificativa del artículo 34 del Código Civil, para equiparar el impúber al niño que no ha cumplido los 12 años, el púber al adolescente, categoría que comprende a los menores entre 12 y 18 años. Es dable apuntar, la ley colombiana aunque establece una presunción legal en el sentido de que todo menor de edad es incapaz; dicha presunción admite prueba en contrario, y pueden encontrarse menores habilitados para realizar ciertos actos y negocios jurídicos; así la capacidad para otorgar testamento y la facultad para administrar el peculio profesional, reconocida a los menores de 18 y mayores de 12 años. Montoya Osorio, Martha Elena & Montoya Pérez, Guillermo, *Las personas en el Derecho Civil. De las personas y otros sujetos*, 3ª edición, Leyer, Bogotá, Colombia, 2010, pp. 38 y ss.

³³ Cada vez es mayor el número de autores que en doctrina patria describen la posición jurídica de la persona durante la minoría de edad en función de la aptitud natural, la que por razones obvias, no puede manifestarse de igual modo en todas las personas; por lo que, tanto la capacidad de actuación reconocida al menor como las restricciones que se establecen a su capacidad de obrar deben valorarse de acuerdo a su capacidad natural. *Vid.* Valdés Díaz, Caridad del Carmen, *últ. op. cit.*, p. 6; Rodríguez Corría, Reinerio, “El ejercicio de la capacidad: una visión crítica de la legislación civil” en *Jornada Internacional en conmemoración a los veinte años del Código Civil Cubano*, La Habana, 2007, p. 4; Mesa Castillo, Olga, “Capacidad progresiva de las niñas, niños y adolescentes. Un reto para el Derecho”, en *III Encuentro Internacional sobre Protección Jurídica a los Derechos del Menor*, Fiscalía General de la República de Cuba, La Habana, 2009.

³⁴ Aláes Corral, Benito, *op. cit.*, p.60.

forma análoga, Cillero Bruñol, advierte el concepto como época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía personal, social y jurídica³⁵.

Las voces doctrinarias anteriores se erigen sobre valores éticos sociales de dignidad, autonomía y autorrealización individual que exigen al Derecho un nuevo tratamiento con respecto a la personalidad del menor³⁶. En este sentido, y sin intención de contraponer los términos de niño y menor, más loable hubiera sido, establecer una edad límite de distinción entre la niñez y la adolescencia, etapas que obviamente quedan comprendidas por la minoridad. Desde lo anterior, puede aseverarse el término menor³⁷ o menor de edad constituye una expresión en sentido jurídico que refiere la condición de la persona, que por razón de la edad, no puede ejercer plenamente su capacidad jurídica. En cambio, las expresiones niño o infante se refieren a las personas que se encuentran en la etapa comprendida entre el nacimiento y el comienzo de la adolescencia. De este modo, la minoridad se proyecta con mayor amplitud pues comprende tanto al niño (a) como al adolescente que no ha arribado a la mayoría de edad. Todo ello, en consonancia con el reconocimiento del niño (a) como sujeto de derecho que unido a la observancia del principio de interés superior del menor enuncia el ámbito de la doctrina de protección integral vigente³⁸.

³⁵ Cillero Bruñol, Miguel, "Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios" en *Minoridad y Familia. Revista Interdisciplinaria sobre la Problemática de la Niñez - Adolescencia y el grupo familiar n° 10*, Daniel Hugo D' Antonio (director), Delta Editora, Paraná, 1999, p. 24.

³⁶ De tal suerte, el presente milenio abre sus puertas a un cambio de perspectiva en torno a la situación jurídica del menor que encuentra su máxima expresión en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. En el artículo 1 "se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad".

³⁷ El uso del término "menor" en el texto del trabajo, se realiza conforme al alcance de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. No obstante, se prescinde del vocablo niño, porque el adolescente que no ha arribado a los dieciocho años también es sujeto de las fundamentaciones teóricas expuestas. Por lo que parece más acertado, enunciar la expresión menor o menor de edad para describir la situación jurídica de la persona que aún no ha cumplido la mayoría de edad, y por tanto, no puede en principio por razón de la edad, ejercer plenamente los derechos, cuya titularidad ostenta.

³⁸ Curian Rusiel, Ofelia, "Un nuevo paradigma para la construcción de la ciudadanía". Ponencia presentada en XII Congreso Internacional de Derecho de Familia, La Habana, 2002, p. 9. La autora expone los elementos que caracterizan al nuevo paradigma de la protección integral; en este sentido sobre la base de la consideración del niño como sujeto de derecho; define la no discriminación, el interés superior del niño, la prioridad absoluta, la participación, y la solidaridad Estado-familia-Sociedad, como principios generales de la CDN.

A la luz de lo expuesto se asume el *criterio de definición* de la minoría de edad como aquel proceso de evolución de la autonomía del menor, en el que de acuerdo a la edad, paulatinamente desarrolla su capacidad natural.

2.1 NUEVOS CONCEPTOS A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

En los albores de siglo XXI, nuevos paradigmas marcan pauta en la situación jurídica de la niñez y adolescencia. A juicio de García Méndez, se evidencia “un cambio profundo de mentalidad, conceptos y valores que forman una visión de la realidad de la infancia”³⁹.

Desde la aseveración anterior, el Derecho ha de regular las relaciones del niño en la familia y en la sociedad, en aras de lograr el pleno desarrollo de su personalidad en un nuevo contexto de reformas normativas, eco de postulados y principios expuestos en el primer tratado de derechos humanos específicos de la niñez que haya conocido la humanidad: La Convención internacional sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989.

El panorama doctrinal y legislativo favorable a la situación jurídica del menor encuentra fundamento en el referido cuerpo jurídico internacional; excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia”⁴⁰.

³⁹ García Méndez, Emilio, *Infancia: de los derechos y de la justicia*. Segunda Edición actualizada. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p 67.

⁴⁰ Numerosos autores esbozan el alcance e impacto de la CDN en aspectos tan esenciales como los derechos y deberes de los padres y del Estado frente al desarrollo de los niños, su protección de toda forma de amenaza o vulneración de su derechos fundamentales; y, finalmente, la obligación de los primeros y la sociedad en general de adoptar todas las medidas para dar efectividad a sus derechos. *Cit. pos.* Herrera Marisa, “Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, N. 11, Santiago, Chile, UNICEF, 2009, pp. 107- 143; Cillero Bruñol, M., “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, Nro 9, Santiago de Chile, 2007, p. 126. Baratta, A., “Democracia y Derechos del Niño”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, nro 9, Santiago de Chile, 2007, p. 17. Beloff, M., “Quince años de vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño” en Kemelmajer de Carlucci, A. (directora) y Herrera, M. (coordinadora), *La familia en el nuevo Derecho. Libro homenaje a la Dra. Cecilia P. Grosman*, T. II, Rubinzal Culzoni y Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Santa Fe, 2009, p. 132.

Desde el epicentro del plexo normativo aflora el reconocimiento del niño (a) como sujeto de derecho en sustitución de la mirada “tutelar y asistencialista”⁴¹ que despojaba al menor de sus derechos fundamentales, vigentes en la actualidad⁴².

La promulgación de Convención trae aparejado el reconocimiento de derechos humanos de los niños, que se han incorporado en varios de los ordenamientos jurídicos constitucionales internos. Brasil resulta país vanguardista respecto a la firma y ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989. El movimiento de reformas legislativas en América Latina con el propósito de adecuar las normativas internas a los presupuestos enarbolados en este Tratado internacional comenzó por Brasil en virtud de la promulgación del Estatuto del Niño y del Adolescente *ECA* (Ley 8.069/1990), el 13 de septiembre de 1990. Con adecuada sistemática jurídica se codifica la protección de derechos humanos de la infancia y adolescencia brasileños, y en consecuencia, se ubica al menor de edad en la condición de sujeto de derechos. Y revela el ocaso del siglo XX en el camino hacia la proclamación y la realización de los derechos humanos que manifiesta – en el ámbito de la niñez – su máxima expresión en la doctrina de protección integral⁴³.

La nueva proyección visualiza al menor en su condición de persona, titular de derechos humanos, y en consecuencia define la concepción jurídica

⁴¹ La referida expresión alude a la concepción paternalista propia de la doctrina de la “situación irregular” que consideraba a los niños como “menores” o “incapaces” y así, “objeto” de protección y representación/sustitución por parte de los adultos –familia y Estado –. *Cfr.* Herrera Marisa, *op. cit.* pp. 107-143.

⁴² Esta inclusión de las fuentes externas conlleva a una “nueva gradación jerárquica”; significa la prioridad de la Constitución y de los tratados de derechos humanos por sobre las demás fuentes normativas. Por citar la experiencia Argentina, la última reforma constitucional acaecida en el año 1994, elevó a rango constitucional instrumentos de derechos humanos, entre ellos la CDN, señalándose en la doctrina su “jerarquía constitucional originaria” *Vid.* Lloveras y Faraoni, *op. cit.*, p. 67.

⁴³ El eje de la doctrina de la “protección integral”, es la consideración de todo niño como sujeto titular de los mismos derechos que tienen los adultos. Y agrega la autora, “más un ‘plus’ de derechos específicos justificados por su condición de persona en desarrollo...” *Cfr.* Krasnow Adriana N. “La protección de la debilidad jurídica en el marco de las relaciones paterno filiales: encuentros y desencuentros entre responsabilidad parental y autonomía progresiva” en VI Conferencia Internacional de Derecho de Familia, La Habana, abril de 2011, p. 4. *Cit. pos.* Famá, María Victoria “El derecho de niños y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo”, en *La Familia en el nuevo derecho*, Aída Kemelmajer de Carlucci (directora) y Marisa Herrera (coordinadora), Santa Fe – Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2009, T II, p. 344.

de la niñez y adolescencia contemporánea, amparada por nuevos conceptos y fundamentos.

3 PRINCIPIOS Y DERECHOS FAVORABLES A LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL MENOR

La generalidad de legislaciones de menores del orbe⁴⁴ adapta su preceptiva a un conjunto de principios enarbolados en la Convención sobre los derechos del niño de 1989.

El aludido conjunto normativo confirma su verdadero sentido a la luz de principios favorables a la situación jurídica del menor; en virtud de los cuales, se reformulan los componentes e intereses existentes en las relaciones familiares que afecten a menores, en particular los atinentes a la relación paterno-filial.

Para advertir el impacto innovador de tales principios, vale recordar las diferencias establecidas – en la evolución sobre los derechos según el origen de los hijos –, entre legítimos e ilegítimos⁴⁵. La influencia de la doctrina cristiana mitiga extraordinariamente tal discriminación y sirve de antesala a la filosofía del iluminismo y la escuela del derecho natural, que concede iguales derechos entre hijos legítimos e ilegítimos.

Hoy, afortunadamente queda solo para la historia el estigma social que significaban las clasificaciones discriminatorias de los hijos, atendiendo al *estatus* de sus padres. Conquista que obviamente no es obra de la simple voluntad del legislador, ni de las loables aspiraciones que revela el presente siglo. Se ajustan

⁴⁴ La generalidad de los Estados han gestado un movimiento de reformas en la legislación de menores con el propósito de adecuar su normativa interna a los presupuestos enarbolados en la CDN. Este movimiento comenzó por Brasil, con la promulgación del Estatuto del Niño y el Adolescente, Ley n° 8.069 del 13 de julio de 1990, reformada por la Ley n° 10.764 del 12 de noviembre de 2003. Por su parte, España promulgó la Ley Orgánica n° 1/ 1996 de Protección Jurídica del Menor. En Venezuela, la Ley Orgánica de Protección al Niño y el Adolescente LOPNA vigente desde abril del 2000. México, aprobó la Ley para la Protección de los Derechos de niñas, niños y adolescentes de mayo del 2000. Paraguay aprobó el Código de la Niñez y la Adolescencia: Ley n° 1680 del 30 de noviembre de 2001. Bolivia, la Ley n° 2026 ó Código del Niño, Niña y Adolescente. Uruguay, aprobó la Ley n° 17.823 del 25 de septiembre de 2004, Argentina promulgó la Ley n° 26.061, Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, el 21 de octubre del 2005.

⁴⁵ Describe el autor mexicano Chávez Asencio, la situación jurídica de tales “ como caracteres amplios y rudos de la época antigua, donde se trataba a los hijos naturales con un rigor excesivo, se les sometía a esclavitud, se les privaba de toda clase de derechos, y había pueblo entre los cuales se llegaba a un extremo de crueldad inusitada, pues se les sacrificaba apenas nacidos y muchas veces junto con sus madres. En Grecia se les prohibía heredar y tomar parte en los sacrificios, y en las leyes del pueblo judío les negaban todo derecho de ciudadanía”. *Vid.* Chávez Asencio, Manuel, *La familia en el Derecho, Relaciones jurídicas paterno filiales*, Porrúa, 2004, p. 141.

y atemperan a determinados principios⁴⁶, corolario de la diacronía histórica que en sede de filiación cobra especial significación. Así, pueden mencionarse: el principio de igualdad y no discriminación, el principio de veracidad biológica, el interés del menor o *favor filii*, y el conocimiento del propio origen, los cuales serán valorados a continuación.

3.1 IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

La igualdad de los hijos constituye uno de los principales principios del nuevo marco constitucional que obliga a adecuar las instituciones familiares reguladas en el Derecho interno a la normativa jurídica protectora de la familia en las convenciones internacionales; cuyos postulados condensan una premisa esencial: todos los hijos tienen los mismos derechos e igual dignidad independientemente de su origen.

La generalidad de los sistemas modernos se hace eco de la referida igualdad, y borran aquella injuriosa distinción, por la que pesaba sobre los hijos, las consecuencias de los actos de sus padres.

En Cuba, este principio tiene su antecedente más importante en la Constitución de 1940, que en su artículo 44, tercer párrafo, subraya: “*Queda abolida toda calificación sobre la naturaleza de la filiación. No se consignará declaración alguna diferenciando los nacimientos, ni sobre el estado civil de los padres, en las actas de inscripción de aquéllos, ni en ningún atestado, partida de bautismo o certificación referente a la filiación*”.

El principio de no discriminación de los hijos por razón de la filiación, encuentra amparo constitucional, y desde luego muestra su desarrollo en todo el entramado normativo de Derecho cubano, en el Código de Familia, en la Ley del Registro del Estado Civil y en el Código Civil. El legislador de 1975 dejó claro “*todos lo hijos disfrutarán iguales derechos y deberes.*” De modo encomiable, el matrimonio deja de enfatizarse como la vía fundamental de legitimación de la paternidad y ésta se hace descansar, fundamentalmente, en el reconocimiento e inscripción del hijo, aunque no mediare matrimonio entre los padres⁴⁷.

⁴⁶ Ha de tenerse en cuenta que los principios nos son normas propiamente dichas sino ideas capaces de inspirar todo un conjunto normativo.

⁴⁷ *Cit. pos.* Pérez Gallardo, Leonardo B., “*Luces y sombras en torno a la regulación de la filiación en Cuba*” en *Revista de Ministerio de Justicia* N. 7, La Habana, enero-junio de 2011, pp. 27-73; Mesa Castillo, Olga, “*Regulación normativa de la filiación en el Estado cubano*”, en *Temas de Derecho de Familia*, Colectivo de autores, Félix Varela, La Habana, 2001, pp. 69-70.

En España, una vez establecidas o determinadas la filiación matrimonial, no matrimonial y adoptiva, – en virtud de la generación biológica o reconocimiento del Derecho – las tres producen exactamente los mismos efectos sin distinción o discriminación alguna (art. 39.2 CE y 108.2 CC)⁴⁸.

En México, desde 1917 – fecha en que se promulgara la Ley sobre Relaciones Familiares⁴⁹ – se suprime la distinción entre hijos naturales e hijos espurios, o sea, los adulterinos e incestuosos. Similar panorama normativo exhibe el Código civil de 1928, cuya preceptiva jurídica silencia toda clasificación respecto de los hijos. Todos tienen el mismo derecho y dignidad independientemente de que hubieren nacido de matrimonio o fuera de él; sin embargo, siguen conservándose las referencias a hijos naturales, adulterinos e incestuosos, conforme a los artículos 77, 78, 62 y 64, los que bien merecían ser modificados para referir la situación jurídica de los padres sin calificar a los hijos, por la falta de aquellos. Esa situación queda superada en la redacción del código actual⁵⁰, que prescinde de la anterior clasificación, sobre el principio de igualdad de los hijos, refiriendo solo los nacidos dentro y fuera de matrimonio. No obstante, algunos autores⁵¹ todavía identifican los primeros con los legítimos en franca

⁴⁸ Rebolledo Varela, Angel L., “Visión sinóptica del Derecho de Familia Español” en *Los nuevos retos del Derecho de Familia en el espacio común español iberoamericano (un estudio comparado: Cuba, España y aportaciones de interés notable: México, Colombia y República Dominicana)*, Colectivo de Autores, Dykinson, S.L., Madrid, 2010, pp. 51-63.

⁴⁹ Expedida por Venustiano Carranza, que formal y legislativamente separó el Derecho Civil del Familiar, la Ley sobre Relaciones Familiares de 9 de Abril de 1917, significa una conquista en el Derecho mexicano por su carácter revolucionario y transformador. Al decir de Pallares “Hay más revolución en dos o tres artículos de esta Ley, que en multitud de hechos de armas que parecían de primera importancia”. Esa preceptiva jurídica no solo hizo alusión a la supresión de la distinción entre hijos, sino además, concedió la acción de investigación de la paternidad cuando existiera la posesión de estado de hijo natural. Igualó dentro del matrimonio al hombre y a la mujer, anuló la potestad marital y defirió a ambos cónyuges la patria potestad. Por otra parte, y de especial importancia en el tema abordado, introdujo la adopción en el Derecho Civil mexicano.

⁵⁰ Una visible manifestación del sentimiento contrario a la antigua clasificación de los hijos la encontramos en la Exposición de Motivos del Código Civil mexicano para el Distrito Federal que en tal sentido expresa: “Por lo que toca a los hijos, se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre hijos legítimos y los nacidos fuera del matrimonio; se procuró que unos y otros disfrutaran los mismos derechos, pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de los padres, y que se vean privados de los más sagrados derechos únicamente porque no nacieron de matrimonio, de lo cual ninguna culpa tienen.” Chávez Asencio, *op. cit.*, p. 141.

⁵¹ Nos informa el autor mexicano Rogina Villegas, la clasificación de filiación legítima, filiación natural y filiación legitimada. *Vid. Rogina Villegas, op. cit.*, pp. 457 y ss.

contradicción al espíritu favorable de las nuevas legislaciones⁵² asoladoras de todo adjetivo calificador de la situación de los hijos.

La igualdad de efectos en México adopta determinadas matizaciones, pues no todas las legislaciones civiles y familiares la contemplan en relación a todos los hijos. En las entidades⁵³ que regulan ambas clases de adopción, simple y plena, se manifiestan los efectos limitados de la primera.

Por su parte, en la normativa argentina, el artículo 240 del código Civil en su actual redacción prescribe “la filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena surten los mismos efectos. Equiparación que encuentra su proyección constitucional⁵⁴ en el principio de igualdad reconocido constitucionalmente.

3.2 PRINCIPIO DE VERACIDAD BIOLÓGICA

No pocas veces se ha expuesto la maternidad y la paternidad como conceptos que rebasan el mito de sangre, integrados por elementos afectivos, sociales, y de voluntad, los cuales en algunos casos, impiden la coincidencia entre la relación biológica y la relación jurídica de filiación.

De ahí, la existencia de dos sistemas en la determinación de la filiación: uno realista, presidido por el principio de veracidad, permite en vía judicial la investigación de la paternidad y/o maternidad, tanto para establecerlas como para impugnarlas y el uso de todo tipo de pruebas que arrojan inequívocos resultados. El segundo sistema refleja una concepción formalista de la filiación

⁵² En las entidades federativas de Coahuila, Distrito Federal, Guerrero, Puebla, Tamaulipas, Tlaxcala, y Zacatecas, los legisladores terminan con la clasificación de los hijos, y con el parámetro del matrimonio para distinguirlos. En el presente, simplemente se regulan como hijos, con la única diferencia de los medios de prueba. *Vid.* Guzmán Avalos, Aníbal, *La filiación en los albores del siglo XXI*, Porrúa, México, 2005, p. 17.

⁵³ En Derecho veracruzano y otras entidades federativas donde coexisten la adopción simple y plena, se puede percibir como la adopción simple tiene efectos limitados, que solo se producen entre adoptantes y adoptados. Un efecto limitado también se da para el caso de hijo o hija de un cónyuge, habido antes del matrimonio y lo reconozca posteriormente; cuya limitación solamente se circunscribe a que no podrá llevarlos a vivir al domicilio conyugal, a menos que cuente con el consentimiento de su otro cónyuge (artículo 300 del Código Civil de Veracruz).

⁵⁴ La promulgación de Convención sobre los derechos del niño trae aparejado el reconocimiento de derechos humanos de los niños, que se han incorporado en varios de los ordenamientos jurídicos constitucionales internos. Esta inclusión de las fuentes externas conlleva a una “nueva gradación jerárquica”; significa la prioridad de la Constitución y de los tratados de derechos humanos por sobre las demás fuentes normativas. Por citar la experiencia Argentina, la última reforma constitucional acaecida en el año 1994, elevó a rango constitucional el principio de igualdad de los hijos. *Vid.* Lloveras y Faraoni, *op. cit.*, p. 67.

que al margen de la realidad biológica estima valores (paz familiar, seguridad jurídica), determinando la paternidad en virtud de presunciones legales que dificultan la verdad biológica.

Ambos regímenes han sido objeto de críticas⁵⁵ debido a su carácter parcial y unilateral, en tanto el primero opta por una verdad material y el segundo por una verdad formal. La cuestión radica en encontrar la mejor solución al interés del menor. No creo que bien iniciado el siglo XXI sea conveniente mantener incólume el aspecto social o jurídico. Una solución atinada sería permitir la actuación de ambos métodos sin obligar a la búsqueda de la verdad material, pues no se puede abandonar todo un sistema, ello conduciría a un reduccionismo biológico, en donde otros factores como la voluntad adquieren un peso más específico en el derecho de filiación. Téngase en cuenta, si bien en principio, la plena equivalencia entre la relación biológica y la jurídica conforma el marco ideal de la filiación, en ocasiones existen progenitores, que no son padres en el sentido estricto de la palabra, y por el contrario, ocurren casos en que el Derecho atribuye la paternidad a quienes no han procreado desde el punto de vista biológico. De tal suerte, el principio de veracidad habrá de conjugarse en todo caso con el interés del menor.

En Derecho cubano existe un reconocimiento implícito de este principio, – aun y cuando no quede taxativamente recogido en la normativa familiar –⁵⁶, la Carta Magna establece “*El Estado garantiza mediante los procedimientos legales adecuados la determinación y el reconocimiento de la paternidad*”⁵⁷, cuando hay conflictos de paternidad o de maternidad, ya sea porque se intente el reconocimiento de la prole por más de un progenitor, o porque se pretenda impugnar la filiación reconocida por un tercero por quien se crea el verdadero padre o madre del hijo reconocido, es necesario acudir a las técnicas de investigación genéticas que

⁵⁵ Guzmán ávalos, Aníbal, *op. cit.*, p. 9; Rivero Hernández, Francisco, *op. cit.*, p. 105; Pérez Gallardo, Leonardo B., *op. cit.*, p. 30.

⁵⁶ La omisión del legislador queda superada en el Anteproyecto de Código Familiar cubano, que en su artículo 83 dispone: “*En todo proceso de filiación puede practicarse la investigación de la paternidad y la maternidad mediante toda clase de pruebas*”, incluidas por supuesto, las pruebas biológicas, siempre que las circunstancias económicas del país, permitan su empleo, lo que hoy día resulta un verdadero quebradero de cabeza, en tanto *v.gr.*, la prueba de ADN a la cual recurren una y otra vez las partes contendientes de un proceso filiatorio, resulta denegada, a muy pesar del tribunal juzgador, por no contar el país con los recursos necesarios para hacer frente al pago de reactivos imprescindibles para la realización de la prueba. *Vid.* Pérez Gallardo, Leonardo B., *op. cit.*, p. 31.

⁵⁷ *Vid.* artículo 37 de la Constitución Cubana.

auxiliarían al tribunal en la determinación de la filiación⁵⁸. De forma similar, en Derecho mexicano la investigación de la paternidad se amplía considerablemente “cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre”⁵⁹.

En España, la determinación de la filiación⁶⁰ sea matrimonial o no matrimonial, se fundamenta esencialmente en la verdad biológica, con admisión de la investigación de paternidad y pruebas biológicas (art. 39.2 CE y 767.2 LEC). La verdad biológica, salvo algunas excepciones (art. 125 CC en progenitores hermanos o consanguíneos en línea recta, o donantes en reproducción asistida, art. 8.3 de la Ley 14/2006), siempre prevalece sobre la verdad formal.

Desde lo anterior, puede confirmarse la relevancia que adquiere el principio de veracidad biológica, del que es un presupuesto, el derecho a conocer el propio origen.

3.3 EL DERECHO A CONOCER EL PROPIO ORIGEN

Una coherente valoración de este derecho conduce a un análisis previo del derecho a la identidad⁶¹, derecho subjetivo de la personalidad, en el cual, la identidad de origen constituye manifestación esencial.

⁵⁸ Vid. Pérez Gallardo, Leonardo B., *op. cit.*, p. 31.

⁵⁹ Nos indica Guzmán Ávalos que aun cuando el Código Civil del Estado de Veracruz, el Federal y otros de la República Mexicana limitan aparentemente los casos de investigación de la maternidad y la paternidad, existe libertad para indagarlas. Vid. Guzmán Ávalos, *op. cit.*, p. 143.

⁶⁰ Rebollo Varela, Angel L., *op. cit.*, p. 53.

⁶¹ El derecho a la identidad personal encuentra sus primeras manifestaciones jurídicas en sentencia emitida por un juez romano, en la cual, por vez primera se definía la existencia de una situación jurídica subjetiva de poder no considerada ni protegida por norma alguna en el ordenamiento jurídico positivo, haciendo referencia expresa a la identidad personal como un nuevo interés del ser humano digno de ser tutelado por el Derecho. Si bien en la referida sentencia se esboza la primera definición conocida del derecho de identidad personal, existen algunos antecedentes jurisprudenciales en los que ya se venía delineando, aunque imprecisamente. A saber, una sentencia del 7 de diciembre de 1960 de la Corte Suprema de Italia que se refería a la falsa representación de los caracteres de la personalidad, al derecho a la verdad sobre las propias opiniones pero circunscribiéndolo al limitado ámbito de la intimidad. Otra sentencia, la pronunciada por el Corte de Apelaciones de Milán el 22 de mayo de 1964, hacía referencia al hecho de que la representación de la personalidad del individuo no puede ser falseada. Más adelante en el tiempo, el 13 de julio de 1971 la mencionada Corte Suprema ya distinguía en el individuo un derecho a ser reconocido en su peculiar realidad. Para profundizar en este particular *Cit. post.*, Fonseca Guerra, Maribel, El derecho a la identidad personal de los menores e incapacitados frente a la migración internacional, Trabajo de diploma, bajo la dirección de Valdés Díaz, Caridad del C., Universidad de La Habana, Cuba, 2010. Vid. Fernández Sessarego, Carlos, *op. cit.*, p. 54, 55 y 56.

De los autores⁶² estudiosos de la problemática, sobresale el jurista peruano Fernández Sessarego, quien expone [...] la identidad personal como el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en la Sociedad. Es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro. Esta identidad se despliega en el tiempo. Es fluida y cambiante [...] en la identidad de la persona se encuentra la específica verdad personal, que es la cognición de lo que realmente se es, así como también comprende una multiplicidad de elementos⁶³.

En esa línea, se afirma el derecho a la identidad “presupuesto de la persona que se refiere a sus orígenes como ser humano, y a su pertenencia, abarcando su nombre, filiación, nacionalidad, idioma, costumbres, cultura propia y demás componentes de su propio ser”⁶⁴.

En la variedad de elementos conformadores de la realidad unitaria de la identidad personal⁶⁵, nos interesa a los efectos del presente estudio⁶⁶ valorar

⁶² Vid. Fernández Sessarego, Carlos, *El derecho a la identidad personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992; Lloveras Nora, “El Derecho de Familia y el Derecho de Identidad en el MERCOSUR” en *Hacia una armonización del derecho de familia en el MERCOSUR y países asociados*. Cecilia P. Grosman (directora), Marisa Herrera (coordinadora), Lexis Nexis, Argentina S.A, 2007; pp. 211-250; Lloveras Nora, y Faraoni, *La mayoría de edad argentina. Análisis de la Ley 26.579/2009*, Nuevo enfoque jurídico, Córdoba, Argentina, 2010; Adriana N. Krasnow, “La protección de la debilidad jurídica en el marco de las relaciones paterno filiales: encuentros y desencuentros entre responsabilidad parental y autonomía progresiva”, *op. cit.*, p. 3; Herrera Marisa, *El derecho a la identidad en la adopción*, Buenos Aires, 2008; Parra Benítez, Jorge y Luz Elena Álvarez, *El Estado Civil y su Registro en Colombia*, Comlibros, Medellín, 2008; Valdés Díaz, Caridad del Carmen y Fonseca Maribel, *op. cit.*, p.5.

⁶³ Fernández Sessarego, Carlos, *op. cit.*, p.12.

⁶⁴ Parra Benítez, Jorge y Luz Elena Álvarez G., *op. cit.*, p. 8.

⁶⁵ La realidad unitaria de la identidad personal se encuentra comprendida por una fase estática, contentiva de todos aquellos elementos que permiten la identificación objetiva del hombre en la sociedad, desde los signos identificativos tradicionales como el nombre, la imagen, el estado civil, las huellas digitales, la ciudadanía, filiación hasta la información genética de cada individuo. Y otra dinámica, que alude al conjunto de factores espirituales y sociales que definen la personalidad de cada sujeto.

⁶⁶ Esta dimensión impacta notablemente en la persona del menor. Si tenemos en cuenta la naturaleza personalísima del derecho a la identidad, al cual, le son propias todas las características de los derechos de la personalidad. Recuérdese, confieren poder inmediato y directo, oponible frente a todos sobre el bien tutelado, con las limitaciones que establezca la ley por motivos de índole pública, social o moral, necesarios, esenciales de la persona y fundidos a su propia naturaleza; imprescriptibles, irrenunciables, en tanto, no pueden transmitirse o enajenarse, ya sea por actos *inter vivos* o *mortis causa*; y esencialmente personalísimos, su ejercicio es exclusivo de su titular, admitiéndose solo la representación legal en los casos de los menores e incapacitados. No obstante, en este particular, la tendencia moderna está encaminada hacia la exclusión de la representación de menores en cuanto al ejercicio de derechos y actos jurídicos de corte personalísimos.

la relevancia de la identidad de origen como manifestación de derecho a la identidad.

La identidad de origen encuentra su punto de partida en la realidad biológica del individuo. Comprende lo relativo a la filiación y a la historia familiar. Su preeminencia en el derecho a la identidad puede percibirse en el perjuicio⁶⁷ que para este representa la indefinición de los vínculos familiares y su consecuente susceptibilidad de controversia. Sin dudas, resulta esencial para la persona conocer su origen⁶⁸ y en consecuencia, la clara determinación de los vínculos filiales.

En opinión de García Vicente⁶⁹ el conocimiento del propio origen biológico es un elemento imprescindible para el desarrollo vital, que define la dignidad de la persona. Con razón Rivero Hernández⁷⁰ extiende el fundamento normativo del derecho a conocer el propio origen más allá del mero derecho constitucional a la libre investigación de la paternidad y la maternidad porque el derecho a la identidad incluye el dato genético, el hecho biológico de la procreación, pero no se agota en este hecho natural, no excluye la verdad sociológica y la historia de vida del sujeto⁷¹.

El derecho a conocer los orígenes viene adquiriendo entidad propia como derivación del derecho a la identidad. Así lo dispone el art. 7.1 de la Convención

⁶⁷ A juicio de Méndez Costa significa la autodestrucción del derecho a la identidad. *Vid.* Méndez Costa, María Josefa “Encuadre constitucional del Derecho a la Identidad” *cit. pos.* Ferrari, Miriam en “El Derecho a la Identidad Personal. Naturaleza y Tutela Jurídica” 8 páginas. Consultado en www.clipartconnetion.com el 4 de junio de 2010.

⁶⁸ Se refiere el término “origen” y no al de “realidad biológica” porque el origen de una persona es mucho más rico que lo estrictamente genético, comprende su historia familiar y sus relaciones filiales. Obviamente si estuviéramos valorando una lesión del derecho de identidad del menor en virtud de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida correspondería hablar de “realidad biológica o genética”, puesto que en este caso la concepción del menor no es la consecuencia de una relación con historia ni siquiera ocasional que vinculara a sus progenitores. El donante solo participa desde el punto de vista genético a los fines de solucionar el deseo de procreación de quien no puede concebir naturalmente.

⁶⁹ *Cit. pos.*, Hernández Díaz Ambrona María D., Notas sobre el derecho a la identidad del niño y la verdad biológica, *Revista de Derecho Privado*, N. 7, 2005. García Vicente, *Los principios del derecho en las acciones de filiación*, en *Aranzadi Civil* 2004, pp. 15 a 29, concretamente p. 22.

⁷⁰ Rivero Hernández, Francisco, *Las acciones de filiación en el Código de familia catalán*, Atelier, Barcelona, 2001, pp. 53 y 55.

⁷¹ Pellegrini María Victoria, “De la aplicación del principio interés superior del niño en un caso de adopción” en *Temas actuales de derecho de familia*, *Revista IUS del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, N. 20, Nueva época, 2007, pp. 164-178.

sobre los Derechos del Niño cuando enuncia, entre otras cuestiones, el derecho del menor “[...] en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos”

El uso de la expresión *en la medida de lo posible* ha generado serios debates⁷² que a *la postre* apelan al principio de interés del menor que guía todas las actuaciones reflejadas en dicho Convenio hasta el punto de permitir alternativas al cuidado de los progenitores si las circunstancias aconsejan otro proceder (artículo 9 CDN). Pues si bien, la coincidencia entre el dato biológico y el vínculo existencial es la aspiración, no en todos los casos es lo más conveniente al interés del menor.

De allí, la necesidad de hacer prevalecer este principio ante algunas tensiones⁷³ que plantea el derecho a conocer los orígenes en el campo de la adopción. La primera de estas cuestiones es la colisión entre el derecho a conocer los orígenes del adoptado y el derecho a la intimidad de los progenitores, a través de la reserva o restricción a toda información que facilite su individualización. En este punto, merece significarse la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003, que resuelve el caso Odièvre⁷⁴ en el que

⁷² Discrepo con los autores que suponen la voluntad del legislador internacional de 1989 en sentido negativo, es decir, en aras de negarle al menor el derecho a conocer sus orígenes. En esta postura se enrola la española Garriga Gorina quien ha afirmado que “*Los precedentes del texto definitivo impiden, en cambio, esta interpretación, ya que la aludida expresión fue propuesta precisamente para hacer compatible la adopción secreta con el texto anterior*”. Otros consideran que el uso de la expresión *en la medida de lo posible* obedece sólo a los impedimentos de índole fácticos, o sea, a la imposibilidad de alcanzar el conocimiento por falta o carencia de información y no a los de índole legal. Esta misma interpretación, se sostiene para permitir el acceso a la información al hijo concebido como consecuencia de una inseminación artificial heteróloga. Vid. Garriga Gorina, Margarita, *La adopción y el derecho a conocer la Filiación de Origen. Un estudio legislativo y jurisprudencial*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 217.

⁷³ Herrera Marisa, El impacto del derecho a la identidad en el Derecho de familia.... *Cit.*

⁷⁴ Los hechos son los siguientes: la demandante nació el 23 de marzo de 1965 en París. Tras solicitar el secreto sobre el nacimiento, su madre firmó ante los servicios de asistencia pública un acta de abandono de su hija. Confiada a los servicios de la Dirección de Ayuda Social y Protección a la Infancia la demandante fue inscrita como hospiciaria y, a continuación adoptada, de pleno derecho por el Sr y la Sra Odièvre, cuyo apellido ostenta al día de hoy. Tras conocer la existencia de su expediente de antigua hospiciaria de los servicios de asistencia social a la infancia del departamento del Sena en 1990, la demandante logró los elementos no identificativos sobre su familia biológica y el 27 de enero de 1998, presentó una demanda ante el juzgado de primera instancia de París con el fin de solicitar que se «levantara el secreto de su nacimiento y la autorizaran a que se le comunicaran todos los expedientes, documentos sobre estado civil y extractos literales de la partida de nacimiento completos. Expuso que había llegado a su conocimiento que sus padres biológicos habían tenido tres hijos, y ante la negativa de la DASS de facilitarle información sobre el estado civil de sus colaterales so pretexto de que esta comunicación atentaría contra el secreto de su nacimiento y que, tras haber sabido de la existencia de sus hermanos, tenía motivos suficientes para solicitar que se levantara el secreto sobre su nacimiento. La sentencia fue dictada el 13 de febrero de 2003 y el Tribunal declara primero, por diez votos contra siete que no se ha infringido el artículo 8 (derecho a la vida privada y familiar) del Convenio Europeo

la demandante sin ánimo de cuestionar la existencia de su filiación adoptiva, pretende conocer las circunstancias de su nacimiento y abandono, englobando el conocimiento de la identidad de sus padres y sus hermanos.

Otra cuestión que suscita el derecho a conocer sus orígenes se refiere a los efectos de la adopción plena en relación a la ruptura definitiva de todo vínculo con la familia de origen. Al respecto, vale destacar la efectividad que otorga la Ley 24.779 de 1997, reformadora del régimen de adopción en Argentina que compromete al adoptante a hacer conocer al adoptado su realidad biológica, lo que obviamente significa el respeto a su origen y su historia. De esta forma, el adoptado puede conocer su historia y todos los operadores del sistema adoptivo y su familia adoptiva debe resguardar este derecho de acceder a su identidad⁷⁵.

Por su parte, la ley de adopciones de Paraguay (1136/1997) garantiza el derecho del adoptado a conocer su origen y regula el periodo de mantenimiento del vínculo familiar obligatorio, otorgando con ello, carácter subsidiario a la adopción y siempre en función del interés del menor. Postura adoptada por la normativa chilena, cuya Ley de Adopción (Ley 19.620) autoriza la adopción cuando la familia de origen no pueda satisfacer las necesidades espirituales y materiales del menor. De lo cual resulta perfectamente inteligible, la excepcionalidad de la figura y como contrapartida, la prioridad de vida de los niños en su núcleo de pertenencia originario.

Una novedad relevante la presenta el derecho brasileiro⁷⁶ en tanto prevé la prestación del consentimiento del menor de doce años para ser adoptado. Lo cual confirma la participación del menor en los asuntos que le afecten y su consecuente consideración como sujeto de derechos.

Fuera del contexto de la adopción, pero siguiendo la línea de pensamiento abordada, corresponde valorar el tratamiento del derecho del menor a conocer su propio origen en el Derecho civil y familiar cubano. Ordenamiento jurídico que – sin dudas – es fiel exponente y garante de los derechos del menor⁷⁷. Sin embargo,

de Derechos Humanos. *Vid.* Hernández Díaz Ambrona María D., Notas sobre el derecho a la identidad del niño y la verdad biológica... *cit.*, p.12.

⁷⁵ Lloveras Nora, "El Derecho de familia y el derecho de identidad en el MERCOSUR" en *Hacia una armonización del Derecho de familia en el MERCOSUR y países asociados*, Cecilia P. Grosman (Directora) y Marisa Herrera (Coordinadora), LexisNexis, 2007, pp. 211-250.

⁷⁶ *Vid.* art. 1621 de Código Civil de Brasil del 2002. El sistema de adopción brasileiro es probablemente el más amplio de los que se observan en los Estados mercosureños.

⁷⁷ Cuba es signataria de la Convención sobre los derechos del niño desde el 26 de enero de 1990; a cuyos efectos establece un sistema político y jurídico dirigido a la máxima protección de la niñez y la adolescencia.

con respecto al derecho a la identidad, y en particular, lo atinente a la identidad de origen, no pueden negarse algunas imprecisiones, vacíos legislativos, y hasta una normativa fragmentada que en sede de filiación⁷⁸ requiere ser atemperada a la dinámica de la vida actual, con el desarrollo científico técnico y de las ciencias medicas y biológicas en general.

Aún y cuando se observan avances en aspectos de la práctica judicial a raíz de la implementación de tribunales de familia con jueces especializados en materia de lo familiar, y equipos asesores multidisciplinarios, no en todos los casos se aprecia una efectiva realización del derecho del menor a ser escuchado en procesos encaminados a la determinación de su filiación⁷⁹, y por tanto, a la realización de su identidad personal.

Una expresión palpable⁸⁰ de lo anterior es la inadecuada regulación del reconocimiento de filiación vigente en el Derecho cubano, el cual, exige como requisito el “consentimiento” del progenitor que previamente efectuó el reconocimiento. Solo con su anuencia podrá realizarse el acto jurídico familiar en vía registral, quedando expedita la reclamación de la filiación, en caso de oposición, por la vía judicial⁸¹. ¿Cuál sería el alcance del derecho a la identidad del menor, sobre el que se pretende determinar la filiación?

Conforme a la preceptiva civil cubana, los menores alcanzada cierta edad, no están habilitados para manifestar su anuencia a que el presunto padre lo reconozca. En vía registral solo se requiere la participación del otro progenitor, vulnerando el derecho del menor a expresar su opinión en la determinación de su estado de hijo.

Una vez más nuestro Derecho familiar no está a tono con los tiempos que corren, ni con la Convención sobre los derechos del niño que en su art. 12 establece el respeto a su opinión en función de su edad y madurez. Y en qué

⁷⁸ Con tino expone Pérez Gallardo que “la filiación en el ámbito legal cubano paradójicamente no es de las instituciones que ofrecen un panorama enriquecedor, dinámico y moderno [...], el legislador la ha regulado a medias de forma parca, fragmentada y antinómica, con preceptos que en algunos casos se superponen y en otros, usan una terminología inapropiada que llevan a la confusión de los operadores del Derecho. *Vid.* Pérez Gallardo, “Luces y sombras en torno a la regulación jurídica de la filiación en Cuba”... *cit.*, pp. 27-73.

⁷⁹ El reconocimiento de hijos constituye uno de los modos de determinación de la filiación con respecto a los nacidos fuera de matrimonio.

⁸⁰ Pudieran exponerse varios ejemplos que reflejan el estado inadecuado de regulación de la filiación en el Derecho cubano, mas a los efectos del trabajo, solo se referirá lo atinente al reconocimiento de hijos.

⁸¹ *Vid.* Artículos 51 y 52 de la Ley de Registro del Estado Civil.

otro asunto pudiera tener más interés un niño que en el reconocimiento que su presunto padre quisiera hacer sobre la paternidad que define su estado de hijo.⁸²

En cuanto a la filiación adoptiva, el legislador familiar tiene en cuenta la voluntad del menor de siete años o más. Precepto jurídico⁸³ que en el Anteproyecto de Código de Familia cubano adopta otra perspectiva, al resaltar la opinión del menor de acuerdo a su madurez psíquica y mental, sin indicar una edad determinada.

El derecho a conocer el propio origen queda confirmado en la referida normativa, en virtud de la posibilidad de acceso al expediente de adopción conferida a la persona mayor de edad.

3.4 EL INTERÉS DEL MENOR O FAVOR FILII

Serios debates teóricos suscita entre los estudiosos del tema, el principio rector de la Convención Internacional sobre los derechos del niño. En la expresión “debe dársele una consideración primordial y atención especial” no se define taxativamente lo más conveniente para el menor; y nos ubica frente a un concepto en fase de elaboración, sujeto a disímiles interpretaciones que siguen dos técnicas diferentes: el sistema de cláusulas generales y el sistema de definición de situaciones concretas que redundan en interés del menor. Cada uno con ventajas e inconvenientes a la hora de la aplicación del principio. Es por ello que algunos autores⁸⁴ aconsejan su aplicación de forma dinámica, flexible, de manera que nos permita ir perfilando en cada caso concreto una idea acerca de lo que es el interés superior del niño.

Criterio compartido por Linacero⁸⁵, cuando expone “sólo la casuística puede perfilar el concepto indeterminado del interés del menor”. A tal efecto, vincula el principio con el respeto a los derechos fundamentales del niño consagrados en la Convención de 1989.

En Cuba, la cuestión se facilita, si tenemos en cuenta, la regulación del legislador de 1975 del interés superior del menor, bajo la expresión “en beneficio

⁸² *Vid.* Pérez Gallardo, *ibidem*, pp. 27-73.

⁸³ La norma jurídica elimina la edad de siete años y en su lugar tiene en cuenta la madurez psíquica y emocional del menor, estableciendo la exploración de su voluntad con carácter obligatorio, y con ello, mayor garantía al respeto de su opinión. *Vid.* Artículo 180 del Anteproyecto de Código de Familia.

⁸⁴ Villagrasa Alcaide, Carlos, El interés superior del menor (versión digital).

⁸⁵ Linacero de la Fuente, María, Observaciones de la Dirección de los Registros y del Notariado al III y IV Informe de aplicación de la Convención sobre los derechos del niño en España (en edición).

de los intereses de los menores”, contenido previo a la promulgación de la Convención Internacional sobre los derechos del niño.

Desde la fecha, la normativa reguladora de las relaciones familiares establece entre sus objetivos principales, el fortalecimiento de la familia, y de los vínculos afectivos entre sus miembros en beneficio del interés del menor. Diversos supuestos de concreción del interés superior ofrece la normativa familiar cubana. A saber: el contenido de los derechos y obligaciones de los padres (comprende también los adoptivos) se dirige en primer lugar a la satisfacción del interés del menor sujeto a patria potestad; en los procesos filiatorios de impugnación de la paternidad de quien ha reconocido como su hijo a un menor, aconsejándose no establecer el proceso durante su minoría de edad para evitar un desenlace que pudiese afectarlo psíquicamente; el Fiscal está llamado a ser parte en los procesos en que se ventilen sus derechos; entre otros.

En este orden de ideas, y desde una visión moderna de interés del menor consideramos loable apreciar el principio de interés superior en el ámbito de la filiación conforme a los sucesivos elementos:

- Concreción del principio en el ámbito de relaciones jurídicas civiles y familiares. Significa apreciar el alcance del interés del menor en la solución de cada caso que le afecte.
- Reconocimiento de la capacidad progresiva mediante la adopción de un régimen jurídico que previa definición de escala de edades, conceda al menor posibilidades de actuación *per se* en actos jurídicos relativos al *status filii* o condición de hijo/a.
- Establecimiento de figuras jurídicas de asistencia, que reemplacen la sustitución de la voluntad del menor que comporta la representación legal, a partir del respeto a su autonomía en aquellos asuntos relativos a la esfera personal y familiar.

NOTAS CONCLUSIVAS

La consolidación de principios favorables a la situación jurídica del menor marca pauta en la concepción actual de la minoridad. La Convención sobre los derechos del niño perfila una nueva proyección respecto a la posición jurídica del menor en el ámbito de relaciones civiles y familiares.

En esa perspectiva, se asume el criterio de definición de la minoría de edad como aquel proceso de evolución de la autonomía del menor, en el que de acuerdo a la edad, paulatinamente desarrolla su capacidad natural.

Desde la noción anterior y conforme al estudio comparado realizado, el Derecho patrio ha de establecer mecanismos encaminados a la efectiva implementación de los principios de igualdad y no discriminación, veracidad biológica, derecho a conocer el propio origen y favor filii, cuya esencia y contenidos inspiran una nueva situación jurídica del menor en el siglo XXI.

BIBLIOGRAFÍA

I) FUENTES DOCTRINALES

ALÁES CORRAL, Benito, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003.

ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil I. Introducción y Parte general*, 15ª edición, Barcelona, 2002.

CHÁVEZ ASECIO, Manuel, *La familia en el Derecho, Relaciones jurídicas paterno filiales*, Porrúa, 2004.

CILLERO BRUÑOL, Miguel, “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios” en *Minoridad y Familia. Revista Interdisciplinaria sobre la Problemática de la Niñez - Adolescencia y el grupo familiar n° 10*, Daniel Hugo D’ Antonio (director), Delta Editora, Paraná, 1999.

CURIAN RUSIEL, Ofelia, “Un nuevo paradigma para la construcción de la ciudadanía” en *ponencia presentada en XII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, La Habana, 2002.

DELGADO Echeverría, *Elementos de Derecho Civil I*, volumen segundo, Barcelona.

DÍEZ-PICAZO, Luis y ANTONIO Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, tomo I – *Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 8 edición Tecnos, 1994.

ESPINOSA, Juan, *Derecho de las personas*. Rodhas SAC., 5ª edición, Lima, 2006.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, ¿Qué es persona para el derecho? “Derecho Privado”, Libro en Homenaje a Alberto J. Bueres, Hammurabi, Buenos Aires, 2001.

FONSECA GONZÁLEZ, Rafael, “El deber de oír a los hijos” en *La tutela de los derechos del menor*, González Porras, José Manuel, Córdoba, 1984.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Infancia: de los derechos y de la justicia*, 2ª edición actualizada, editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.

GARCÍA VALDECASAS, Guillermo, *Parte General del Derecho Civil Español*, Civitas, Madrid, 1983.

GARRIGA GORINA, Margarita, *La adopción y el derecho a conocer la Filiación de Origen. Un estudio legislativo y jurisprudencial*, Aranzadi, Navarra, 2000.

GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen, "La edad" en *Manual de Derecho Civil I. Introducción y Derecho de la Persona*, Luis Puig Ferriol, (coordinador), Jurídicas y Sociales, S.A, Madrid, 1997

GETE ALONSO, María del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar*, Civitas, S. A, Madrid, 1992.

GUZMÁN AVALOS, Aníbal, *La filiación en los albores del siglo XXI*, Porrúa, México, 2005.

HUALDE SÁNCHEZ, J.J., "La personalidad jurídica", en *Manual de Derecho Civil*, coordinado por Puig Ferriol, L., et al, Marcial Pons, Madrid, 1997.

LETE DEL RÍO, Juan M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo cuarto, 2ª edición, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985.

LINACERO DE LA FUENTE, María, *Observaciones de la Dirección de los Registros y del Notariado al III y IV Informe de aplicación de la Convención sobre los derechos del niño en España (en edición)*.

LLOVERAS, Nora, y FARAONI, Fabián, *La mayoría de edad argentina. Análisis de la Ley 26.579/2009*, Nuevo enfoque jurídico, Córdoba, Argentina, 2010.

MESA CASTILLO, Olga, "Regulación normativa de la filiación en el Estado cubano", en *Temas de Derecho de Familia*, Colectivo de autores, Félix Varela, La Habana, 2001

MORENOQUEZADA, B., "Los sujetos de la relación jurídica" en *Derecho Civil Patrimonial, Conceptos y normativa básica*, Moreno Quezada, Bustos Valdivia, C. & Trujillo Calzado, 4ª edición corregida y actualizada, Comares, Granada, 1999.

PELLEGRINI María Victoria, "De la aplicación del principio interés superior del niño en un caso de adopción" en *Temas actuales de derecho de familia*, Revista IUS del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, N. 20, Nueva época, 2007.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "La protección legal de los discapacitados en Cuba. Una visión de *lege data* y de *lege ferenda*.", en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, coordinado por José Pérez de Vargas Muñoz, La Ley, Madrid, 2006.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "Luces y sombras en torno a la regulación de la filiación en Cuba" en *Revista de Ministerio de Justicia N. 7*, La Habana, enero-junio de 2011.

PIAGET, Jean, *La psicología de la inteligencia*, Crítica, Barcelona, 1999.

REBOLLEDO VARELA, Angel L., "Visión sinóptica del Derecho de Familia Español" en *Los nuevos retos del Derecho de Familia en el espacio común español iberoamericano (un estudio comparado: Cuba, España y aportaciones de interés notable: México, Colombia y República Dominicana)*. Colectivo de Autores, Dykinson, S.L., Madrid, 2010

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “La filiación en el umbral del siglo XXI, en *Revista de Derecho* N. 4, Granada, 2001.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor, Dificultad para precisar que es “el interés del menor”*. Nuevos planteamientos metodológicos, Dykinson 2000, Madrid.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *Las acciones de filiación en el Código de familia catalán*, Atelier, Barcelona, 2001.

ROGEL VIDE, Carlos, *Estudios de Derecho Civil. Persona y Familia*, Reus, Madrid, 2008.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil. Introducción, personas y familia*, Edit. Porrúa, cuadragésima edición, México, 2009.

VALDÉS DÍAZ, C., & FONSECA, M., La capacidad progresiva del menor frente a la emigración internacional en *VI Conferencia Internacional de Derecho de Familia*, UNJC, La Habana 5 al 8 de abril de 2011.

VALDÉS DÍAZ, Caridad del C., “Capacidad, incapacidad y discapacidad en clave carpenteriana” en *Revista Ius* N. 26, Año V, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla (ICJP), septiembre-diciembre, 2010 Ghersi, Carlos Alberto, *Derecho Civil. Parte General*, 2ª edición actualizada, Astrea, Buenos Aires, 1999.

VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, “Acerca del ejercicio de la capacidad de las personas discapacitadas. Una aproximación desde la realidad cubana” en *Nuevos perfiles del Derecho de Familia*, Pérez Gallardo, Leonardo B. y Kemelmejer de Carlucci, A. (compiladores), Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires.

VALDEZ DÍAZ, Caridad del Carmen, *Derecho Civil. Parte General*, Félix Varela, La Habana, 2002

VALENCIA ZEA, Arturo & Ortiz Monsalve, Álvaro, *Derecho Civil, Tomo I. Parte general y personas*, 16ª edición, Temis, Bogotá, 2006.

II) FUENTES LEGALES

CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE ARGENTINA de 25 de septiembre de 1869, modificado por la Ley 26.579 de 2009, Nuevo Enfoque Jurídico, Argentina S.A.

CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, sancionado el 26 de mayo de 1873 y puesto en vigor por Ley N. 57 de 1887, modificado por la Ley 1306 de 2009 del nuevo régimen de incapaces en el derecho colombiano, Colección monografías, grupo editorial Ibañez, Desalma, 2011.

CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CUBA, Ley N. 59/1987 de 16 de julio, (anotado y concordado) Leonardo B. Pérez Gallardo, Ciencias Sociales, La Habana, 2011.

CÓDIGO DE FAMILIA DE LA REPÚBLICA DE CUBA. Ley N. 1289 de 1975. Ministerio de Justicia, La Habana, 1999.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE CUBA de 24 de febrero de 1976, reformada en 1992 y en el 2002, Impresa en el Combinado del Periódico Granma, La Habana, Editorial Política, 1992.

CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO de 20 de noviembre de 1989.

LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN ARGENTINA, Ley 26.061 de 21 de octubre del 2005 en *Protección Integral de derechos de niños, niñas y adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, Emilio García Méndez, (compilador), Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2006.

LEY DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR EN ESPAÑA, LEY ORGÁNICA 1/1996.

LEY PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN MÉXICO en *Vademécum de Derechos Humanos*, Marco Antonio Díaz de León, Indepac, México, 2004.

OCUPAÇÃO IRREGULAR DE ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

ILLEGAL OCCUPATION OF PERMANENT PRESERVATION AREAS AND THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HOUSING

Eduardo Tonin Citolin¹

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS)

RESUMO: Este artigo tem como objetivo tecer considerações a respeito de decisão judicial proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que denegou pedido formulado pelo Poder Público Municipal, que pleiteava a demolição de residência construída ilegalmente em área de preservação permanente.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à moradia; ocupação irregular; área de preservação permanente.

ABSTRACT: *This paper aims to make considerations about judgment given by the Court of São Paulo, which denied the request made by the municipal government, regarding the demolition of illegally built house in an area of permanent preservation.*

KEYWORDS: *Right to housing; illegal occupation; area of permanent preservation.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Exposição do julgado e a solução apresentada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo; 2 A necessária ponderação no conflito entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; 3 Outros julgados que enfrentaram o tema; 4 A solução apresentada pelo novo Código Florestal quanto a algumas hipóteses de ocupação de áreas de preservação permanente; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Exposure of judicial decision and the solution given by the Court of São Paulo; 2 The required balance in the conflict between the right to housing and the right to an ecologically balanced environment; 3 Others judged that have faced the issue; 4 The solution presented by the new Forest Code related to some hypotheses of occupancy of permanent preservation areas; Conclusion; References.*

¹ Especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e em Direito Processual Civil pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC). Advogado (Área do Direito: Direito Constitucional e Ambiental).

INTRODUÇÃO

Se há algum tempo era incomum o ajuizamento de ação judicial com o propósito de discutir questões ambientais e, mais incomum ainda, se deparar com decisões que realmente obtivessem êxito na tarefa de resolver demandas de tamanha complexidade, hoje essa realidade é bastante diferente. O cidadão, individualmente ou organizado em movimentos sociais, recorre cada vez mais à tutela jurisdicional neste tema, seja agindo diretamente no patrocínio de demandas, através da ação popular, seja se fazendo representar pelo Ministério Público ou pelas organizações não governamentais em ações civis públicas.

Ainda que seja evidente a presença de efeitos colaterais nesta nova postura social, como a judicialização de conflitos que poderiam ser resolvidos pelos instrumentos administrativos de controle, essa grande pressão provocada pela sociedade exigiu que o Judiciário começasse a se posicionar em uma série de questões bastante controvertidas e que precisam, aos poucos, serem pacificadas. Este movimento é tão forte e tão urgente que muitos direitos já estão sofrendo uma releitura a partir deste novo prisma, ou, melhor, deste novo paradigma: o *paradigma ambiental*². Já se percebe que os operadores do Direito em geral, na tentativa de dar sua parcela de contribuição à preservação dos recursos naturais, vêm revendo institutos jurídicos tidos como consagrados: o ônus da prova passou a ser dinâmico³; o direito adquirido, não raras vezes, já é afastado; o direito de propriedade adquiriu novas funções⁴; etc.

Apesar da grande variedade de conflitos ambientais submetidos ao crivo do Poder Judiciário, um assunto específico vem sistematicamente ganhando destaque, especialmente pela quantidade de casos que estão sendo submetidos às cortes judiciais de todo o País: a discussão envolvendo a ocupação de áreas de preservação permanente para fins de moradia.

Este problema, especialmente constatado nas periferias dos grandes centros urbanos, já foi diversas vezes apreciado pelos Tribunais brasileiros, mas ainda parece estar distante de estar pacificado. E é justamente por inexistir

² LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução de Bruno Miragem e notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 340.

³ CITOLIN, Eduardo Tonin. O ônus da prova nas lides ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 69, p. 229/247, jan./mar. 2013.

⁴ DEBONI, Giuliano. *Propriedade privada: do caráter absoluto à função social e ambiental - Sistema jurídico italiano e brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

uma posição majoritária sobre este assunto que este trabalho buscou identificar e comentar uma dessas decisões, apresentando seus argumentos e cotejando-os com argumentos identificados em outros julgados e textos doutrinários, que também enfrentaram esse conflito entre direitos fundamentais: direito à moradia e direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

1 EXPOSIÇÃO DO JULGADO E A SOLUÇÃO APRESENTADA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

DIREITO URBANÍSTICO - REGULARIZAÇÃO DE EDIFICAÇÃO - 1. Não é razoável indeferir pedido de regularização de edificações erigidas em área de preservação ambiental quando a ocupação é antiga, pública, generalizada e tolerada pela Administração. 2. Ação demolitória julgada procedente. Apelação provida para julgá-la improcedente.⁵

A ementa transcrita *supra* bem demonstra a linha decisória seguida pelo acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que será exposto e comentado ao longo deste trabalho.

O processo julgado a partir desta decisão trata-se, em sua origem, de uma ação demolitória promovida pela Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto (SP), em meados de 2005, em face de dois cidadãos que fixaram residência no interior de uma área de preservação permanente existente naquele município. Com o objetivo de removê-los do local e permitir a regeneração das funções ecológicas da área, a prefeitura promoveu uma demanda visando à obtenção de ordem judicial de demolição da edificação lá existente, construída muitos anos antes do ajuizamento da ação.

Em primeiro grau, a sentença considerou o pedido formulado na petição inicial integralmente procedente, impondo aos réus a obrigação de efetuarem a demolição das edificações erigidas na área *non edificandi* no prazo máximo de três meses, fixando uma multa diária no valor de R\$ 500,00, em caso de descumprimento⁶.

⁵ Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 994.09.357182-3, 7ª Câmara de Direito Público, Relator Coimbra Schmidt, Julgado em 1º agosto de 2010.

⁶ Vide informação constante no andamento de primeiro grau do processo. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/pg/show.do?localPesquisa.cdLocal=506&processo.codigo=E2Z201GIQ0000&processo.foro=506>>. Acesso em: 16 jun. 2013.

Desta condenação apelaram os réus ao Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), onde conseguiram o provimento do seu recurso. A decisão proferida, apesar de ser bastante sucinta, acolheu os termos do apelo, reformando a ordem que determinou a demolição da residência, por entender que, apesar de “objetivamente o Município estar coberto de razão”, o Estado deveria tolerar aquela ocupação específica, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto.

Mas antes de seguir na análise dos fundamentos utilizados pela Corte paulista, parece importante resgatar, ainda que de forma superficial, quais são os termos da proteção jurídica oferecida pela legislação brasileira às áreas de preservação permanente, bem como suas verdadeiras funções ambientais.

Apesar da inegável importância do Código Florestal de 1934, que pode ser considerada a primeira grande legislação ambiental brasileira, por ter oferecido os primeiros instrumentos jurídicos de proteção das florestas e demais biomas nacionais (cerrado, bioma pampa, floresta amazônica, mata atlântica, etc.), bem como ter sido o primeiro diploma a apresentar o conceito de área de preservação permanente (APP), garantindo-lhe expressa proteção jurídica, foi o Código Florestal de 1965 quem efetivamente deu notoriedade as Áreas de Preservação Permanente – APPs.

Foi a partir dele que, em meados da década de 60, surgiu a clássica bipartição destas áreas de preservação, que passaram a ser aquelas expressamente previstas no seu art. 2º (margens de cursos d’água, nascentes, topos de morros, etc.)⁷, bem como outras que, por terem função ambiental relevante, viessem a ser declaradas especificamente protegidas por ato do Poder Público, conforme previsão contida no art. 3º⁸.

⁷ “Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas: a) ao longo dos rios ou de outro qualquer curso d’água, em faixa marginal [...]; b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d’água naturais ou artificiais; c) nas nascentes, mesmo nos chamados ‘olhos d’água’, seja qual for a sua situação topográfica; d) no topo de morros, montes, montanhas e serras; e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45º, equivalente a 100% na linha de maior declive; f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues; g) nas bordas dos taboleiros ou chapadas; h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, nos campos naturais ou artificiais, as florestas nativas e as vegetações campestres; i) nas áreas metropolitanas definidas em lei. Parágrafo único. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo.”

⁸ “Art. 3º Consideram-se, ainda, de preservação permanentes, quando assim declaradas por ato do Poder Público, as florestas e demais formas de vegetação natural destinadas: a) a atenuar a erosão das terras; b) a fixar as dunas; c) a formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias; d) a auxiliar

Veja-se que os referidos dispositivos, transcritos na íntegra nas notas de rodapé *retro*, dão, pelo menos em tese, proteção integral e irrestrita às áreas de preservação permanente, que deveriam permanecer incólumes a partir da promulgação do referido Código Florestal. As únicas hipóteses de intervenção eram, e ainda são, bastante restritas, pois ou teriam que ser enquadradas como de baixo impacto ambiental⁹ ou dependeriam da existência, no caso concreto, de utilidade pública ou interesse social, devidamente caracterizado e motivado em procedimento administrativo próprio.

A atual redação do Código Florestal, promulgado pela Lei Federal nº 12.651, de 25 de maio de 2012, de maneira geral ainda dá o mesmo tratamento a estas áreas, trazendo basicamente os mesmos casos e o mesmo conceito jurídico a estes espaços, conforme se visualiza a partir da leitura dos arts. 4º e seguintes da referida legislação.

Isso, conseqüentemente, bem demonstra que, fora algumas poucas exceções, essas áreas deveriam ser mantidas sem qualquer tipo de supressão vegetal ou, até mesmo, sem qualquer outra forma de intervenção humana, garantindo-se fossem mantidas todas as condições naturais necessárias para que estes ambientes continuassem prestando os serviços ambientais que lhe são típicos, tais como: atenuar a erosão das terras; fixar as dunas; criar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias; auxiliar na defesa do território nacional; proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico; asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção; manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas; assegurar condições de bem-estar público; etc.

Além desta proteção jurídica de natureza civil e administrativa, a intervenção antrópica não autorizada nestas áreas é tão combatida pelo ordenamento jurídico brasileiro que constitui ilícito penal desde a promulgação do

a defesa do território nacional a critério das autoridades militares; e) a proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico; f) a asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção; g) a manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas; h) a assegurar condições de bem-estar público. § 1º A supressão total ou parcial de florestas de preservação permanente só será admitida com prévia autorização do Poder Executivo Federal, quando for necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social. § 2º As florestas que integram o patrimônio indígena ficam sujeitas ao regime de preservação permanente (letra g) pelo só efeito desta Lei.”

⁹ Para maiores esclarecimentos sobre qual é o verdadeiro significado da expressão “baixo impacto ambiental”, bem como para maiores informações sobre as formas de intervenção em áreas de preservação, consultar a Resolução nº 369, de 28 de março de 2006, do Conselho Nacional de Meio Ambiente (Conama).

Código Florestal de 1965, conforme previa o art. 26 da referida lei¹⁰. Atualmente, apesar de não possuir um artigo correspondente no Código Florestal vigente, a mesma tipificação consta expressamente prevista no art. 38 da Lei de Crimes Ambientais, nº 9.605, de 12 de fevereiro de 2008:

Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção:

Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade.

Ou seja, ainda que possa ser considerado um exagero classificar os dispositivos legais que tutelam as áreas de preservação permanente como regras de direitos fundamentais, como propõe alguns autores¹¹, o relato *supra* bem demonstra a extensão da proteção jurídica dispensada a estas áreas, afinal, possuem proteção legalmente prevista nas três esferas do direito: cível, administrativa e penal.

Do outro lado deste conflito está o direito fundamental à moradia, que, como não poderia deixar de ser, possui amplo reconhecimento tanto em nível de direito internacional quanto para os direitos nacional e estrangeiro. Internacionalmente, está previsto em diversas declarações e convenções, tais como: a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), a Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos (1976), etc.

Em nível de Direito estrangeiro, há notícias de que ainda na década de 90 o direito à moradia já estava expressamente previsto como direito fundamental

¹⁰ “Art. 26. Constituem contravenções penais, puníveis com três meses a um ano e prisão simples ou multa de uma a cem vezes o salário-mínimo mensal, do lugar e da data da infração ou ambas as penas cumulativamente: a) destruir ou danificar a floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação ou utilizá-la com infringência das normas estabelecidas ou previstas nesta Lei; b) cortar árvores em florestas de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente; c) penetrar em floresta de preservação permanente conduzindo armas, substâncias ou instrumentos próprios para caça proibida ou para exploração de produtos ou subprodutos florestais, sem estar munido de licença da autoridade competente; [...]”

¹¹ Vide SANTIAGO, Alex Fernandes. O direito à moradia e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: ocupação de áreas protegidas: conflito entre direitos fundamentais? *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 60, p. 111, ou./dez. 2010.

em muito mais de cinquenta Constituições¹². No Direito brasileiro, sua previsão constitucional somente acontece com a edição da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, mas nem por isso se deixava de reconhecer sua existência, ainda que indiretamente, em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana¹³.

Isso porque, como afirma Sarlet, o reconhecimento do direito à moradia como um direito fundamental social parece surgir muito mais das peculiaridades intrínsecas que o configuram como um *direito de subsistência*, corolário do próprio direito à vida, do que sua formal inclusão no rol do art. 6º da Constituição Federal brasileira:

Com efeito, sem um lugar adequado para proteger-se a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida.

Não é por outra razão que o direito à moradia tem sido, também entre nós – e de modo incensurável – incluído no elenco dos assim designados direitos de subsistência, como expressão mínima do próprio direito à vida.¹⁴

Feitas essas considerações sobre o direito à moradia e as áreas de preservação permanente, retoma-se o conteúdo do julgado ora comentado.

Conforme se pôde concluir a partir da transcrição da ementa feita *supra*, bem como das passagens a seguir colacionadas, ao decidir um conflito entre esses dois direitos fundamentais em um caso concreto, o Tribunal de Justiça de

¹² Leckie apud SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 20, dez./jan./fev. 2009/2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-dezembro-2009-ingo-sarlet.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2013.

¹³ Sarlet, O direito fundamental à moradia..., p. 12.

¹⁴ Sarlet, O direito fundamental à moradia..., p. 15. Ao tratar do direito à moradia como expressão mínima do direito à vida, o autor traz a obra de Sérgio Sérulo da Cunha (Direito à moradia. *Revista de Informação Legislativa*, 127:49, 1995), bem como a obra de Rui Geraldo Camargo Viana (O direito à moradia. *Revista de Direito Privado*, p. 9, abr./jun. 2000).

São Paulo concluiu que naquela situação deveria prevalecer o direito à moradia. Isso porque as peculiaridades do caso retratavam que, em que pese o Município tivesse em seu favor um direito aparente, aquela ocupação, por não ser única, ser antiga, pública e há muito consolidada, deveria agora continuar sendo tolerada pelo Poder Público.

Assim decidiu o TJSP naquela oportunidade:

Objetivamente está o Município coberto de razões. Acontece que a ocupação da área de preservação permanente, além de não ser única (*v.g.*, f. 16 e 155), é antiga, pública e tolerada pelo apelado (f. 224/5 e 234). [...]

Deve-se prestigiar, em conseqüência, o princípio da segurança jurídica, subjacente à situação pública há muito consolidada, de modo que o motivo invocado pelo Município para indeferir o pedido de regularização (f. 19) não se sustenta. Especialmente quando aplica legislação posterior ao fato (f. 18, 28 e ss.).

Indubitavelmente é o meio ambiente bem jurídico de suma relevância. Sua preservação, entretanto, há de observar os princípios da razoabilidade e da segurança jurídica. Não é o que se vê em citado ato administrativo.

Sem ignorar que o meio ambiente trata-se de um bem jurídico de suma importância, a decisão valeu-se do princípio da razoabilidade e da segurança jurídica para resolver o conflito aparente entre o direito à moradia e a preservação ambiental.

Ainda que não existam grandes detalhes acerca do efetivo entendimento dos julgadores que proferiram essa decisão, muito menos exista no acórdão qualquer ponderação expressa entre os dois direitos envolvidos na discussão, não resta dúvida que uma ponderação entre direitos fundamentais foi realizada pela Corte, tendo o Tribunal optado pela precedência do direito à moradia naquela situação específica.

Certa ou errada, a decisão proferida é pelo menos coerente e segue uma linha decisória bastante contundente, valendo-se, implicitamente, da técnica conhecida como *lei da ponderação*, que ora se passa a comentar.

2 A NECESSÁRIA PONDERAÇÃO NO CONFLITO ENTRE O DIREITO À MORADIA E O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO

Como referido anteriormente, tanto o direito à moradia quando o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado são assegurados constitucionalmente e estão presentes no seletorol de direitos fundamentais. O primeiro vem previsto no art. 225 da Constituição Federal, bem como possui amplo arcabouço infraconstitucional, que se divide em leis federais, estaduais, municipais, passando por resoluções e instruções normativas promulgadas por meio de delegação de competência.

O segundo, apesar de pouco regulamentado no plano infraconstitucional, de maneira alguma pode ser considerado menos importante. Possuindo previsão constitucional expressa desde a promulgação da Emenda a Constituição nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, que o incluiu no rol dos direitos sociais, mas já reconhecido como direito fundamental em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁵, o direito à moradia é, sem sombra de dúvidas, um dos mais fundamentais para se garantir a subsistência digna do ser humano.

Isso bem evidencia que, quando o Judiciário precisa decidir uma questão que envolva um conflito entre esses dois direitos fundamentais, a decisão vai precisar levar em conta, necessariamente, as peculiaridades do caso concreto, a fim de que se reduza ou elimine o risco de um desfecho injusto.

Para tanto, o método mais adequado de solver esse impasse parece ser a utilização do *princípio da proporcionalidade*. Apesar de não estar expressamente referido no ordenamento constitucional, este princípio “é hoje o axioma do direito constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de Direito”¹⁶, sendo muito utilizado na solução de conflitos de normas de direitos fundamentais, principalmente após a publicação da clássica obra de Alexy, que trouxe a *lei de colisão* ou *lei da ponderação*¹⁷.

A aplicação prática dessa lei, como o próprio nome sugere, baseia-se, quase que fundamentalmente, na aplicação do princípio da proporcionalidade, que deve ser compreendido a partir de três elementos: *conveniência* e *necessidade*,

¹⁵ Sarlet, O direito fundamental à moradia..., p. 15.

¹⁶ BARROSO, Luiz Roberto. Direitos fundamentais, colisão e ponderação de valores. Temas de Direito Constitucional no Brasil. *Interesse Público*, n. 33, p. 45, set./out. 2005.

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio A. da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 94 e ss.

que nada mais representam do que a otimização relativa ao que é efetivamente possível, bem como *proporcionalidade em sentido limitado*, que é a otimização relativa às possibilidades legais frente a outros princípios concorrente¹⁸.

Além de submeter ao crivo dos elementos do princípio da proporcionalidade, a lei da colisão exige sejam superadas as seguintes etapas: estabelecimento de um grau de não satisfação de um determinado princípio, estabelecimento do princípio concorrente e estabelecimento da importância de satisfazer um princípio em detrimento do anterior.

Sem sombra de dúvidas, o ponto mais difícil neste processo – e por isso o mais contestado na teoria de Alexy – é justamente tentar estabelecer a importância de satisfazer um princípio em detrimento de outro. Para tentar contornar esse problema, Alexy continua sua fórmula sugerindo que o grau de intensidade de interferência deve ser dividido em leve, moderado e sério, sendo que este grau de interferência seria avaliado a partir das condições específicas do caso concreto discutido (*precedência condicionada*).

A título exemplificativo, o melhor exemplo prático de aplicação da lei de colisão é aquele utilizado pelo próprio Alexy, acerca do famoso julgamento envolvendo produtores de tabaco. Neste julgamento, a Corte Constitucional alemã decidiu que, como os riscos à saúde no ato de fumar são grandes, haveria motivos para uma interferência na venda de tabacos. No entanto, determinou que, ao invés da venda ser proibida, o que resultaria em uma intervenção *séria*, seriam colocadas advertências nos rótulos dos produtos, optando por uma intervenção *leve* no exercício profissional.

Em que pese o inegável brilhantismo do autor e de sua teoria, ela possui uma série de objeções, das quais duas das mais importantes são as levantadas por Habermas: a ponderação é *irracional* e possui uma *subjetividade ilimitada*; ela até é capaz de produzir julgamentos, mas *não é capaz de justificar os resultados*¹⁹.

No entanto, apesar das pertinentes críticas dirigidas a esta teoria, ainda assim não parece haver método melhor para resolver conflitos envolvendo ocupação de áreas de preservação permanente por moradias. Somente fazendo a ponderação entre os dois princípios envolvidos, avaliando detalhadamente as peculiaridades do caso concreto, é que se conseguirá dar a solução mais adequada à lide. Tentar estabelecer uma precedência incondicionada, seja a favor do direito à moradia, seja a favor da integridade das áreas de preservação

¹⁸ Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais...*, p. 85.

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Cambridge: Polity Press, 1996. p. 45.

permanente, resultaria em um equívoco fatal ao sistema, ainda mais quando se leva em conta que nem mesmo a dignidade da pessoa humana, que se encontra no centro axiológico da Constituição Federal, possui precedência em abstrato²⁰.

3 OUTROS JULGADOS QUE ENFRENTARAM O TEMA

Além do julgamento relatado supra, existe uma série de outros julgados proferidos por um número bastante variado de Cortes brasileiras que abordaram esse mesmo conflito entre preservação ambiental e direito à moradia. É tão notório que cada caso deve ser julgado a partir de suas próprias peculiaridades, que, mesmo quando se analisam decisões com resultados diametralmente opostos umas das outras, as decisões não podem ser tidas necessariamente como conflitantes ou contraditórias.

Exemplo claro disso pode ser observado a partir da comparação entre a decisão da Corte paulista antes referida, com a decisão cuja ementa segue colacionada a seguir, proferida pelo mesmo Tribunal de Justiça:

ACÇÃO AMBIENTAL - ILHA BELA - MARGEM DE CURSO D'ÁGUA - CONSTRUÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - DANO AMBIENTAL - DEMOLIÇÃO - RECUPERAÇÃO - 1. Cerceamento de defesa. Audiência. Perícia. Ao juiz compete indeferir as provas inúteis, protelatórias e desnecessárias a teor do art. 130 do CPC. A audiência era desnecessária, uma vez o autor não ter demonstrado interesse na conciliação e tratar-se de questão não provada apenas por testemunha. A menção genérica à perícia de objeto não declarado se perde, por sua vez, em uma apelação voltada à prova testemunhal. Não houve cerceamento de defesa. Preliminar afastada. 2. Construção. Área de preservação permanente. A área de preservação deve ser conservada, não ocupada. Inviabilidade de manutenção de construção na faixa protegida ao longo de curso d'água. Intervenção que exige prévia autorização dos órgãos competentes a teor do art. 4º da LF 4.771/1965. Na falta de apresentação das autorizações, as construções irregularmente

²⁰ Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais...*, p. 97.

erigidas devem ser desfeitas e a área deve ser recuperada. Procedência. Recurso da ré desprovido, com observação.²¹

Conforme se percebe pela leitura da ementa *supra* e pode ser detalhadamente observada a partir de uma análise da íntegra da decisão, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública com o objetivo de impedir que a ré realizasse qualquer atividade degradadora do meio ambiente. Para isso, requereu a paralisação integral e imediata de toda a atividade de desmatamento e impermeabilização do solo da área ocupada pela residência da ré, bem como fosse providenciada, ao final da ação, a restauração integral das condições primitivas da vegetação, do solo e do corpo d'água, implantando um projeto de recuperação de áreas degradada e demolindo-se a edificação ali existente.

Em que pese a ré ter alegado que sua casa estava naquele local desde a década de 80, e estar inserida em um loteamento urbano regularmente aprovado pelo Poder Público local, sujeito ao pagamento de imposto territorial urbano, a Corte paulista, ao contrário do que havia decidido no precedente relatado no tópico *supra*, decidiu que a ocupação de área de preservação, naquele caso, não poderia ser admitida.

Uma aparente contradição, não fossem as peculiaridades que cada um dos casos carrega consigo. Enquanto no primeiro julgado o imóvel servia como única residência, há evidências que neste outro caso a residência, por apresentar fortes indícios de abandono, conforme vistorias feitas durante a instrução do feito, ou não era de fato mais utilizada como moradia ou funcionava como segunda residência²².

Caso ainda mais contundente é o julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça. Em meados de 2006, a Corte determinou a remoção de um número elevado de famílias carentes de um loteamento clandestino implantado em área de preservação permanente próxima a um importante reservatório de abastecimento de água da cidade de São Paulo.

Neste caso, além da supressão não licenciada de vegetação de mata atlântica em área de preservação permanente – o que, por si só, tecnicamente, já configuraria um ilícito tanto civil quanto penal –, a implantação do loteamento

²¹ Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 0000177-87.2009.8.26.0247, Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Relator Torres de Carvalho, Julgado em 1º dezembro de 2011.

²² Entende-se como segunda residência todo imóvel utilizado para atividades de lazer, tais como as casas de campo, casas de praia, etc.

irregular e o impacto ambiental diário por ele provocado estavam tornando iminente o assoreamento do reservatório, o que, conseqüentemente, poderia acabar comprometendo o abastecimento de parte da cidade de São Paulo.

Conforme se evidencia na ementa da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, o dano ambiental provocado pela implantação do loteamento clandestino, somado ao risco de comprometimento do abastecimento de parte dos moradores do centro urbano próximo, exigiam que, naquele caso específico, o resultado do conflito entre o direito ambiental e o direito à moradia, prevalecesse o primeiro em detrimento do segundo:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA - PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE - OBRIGAÇÃO DE FAZER - MATA ATLÂNTICA - RESERVATÓRIO *BILLINGS* - LOTEAMENTO CLANDESTINO - ASSOREAMENTO DA REPRESA - REPARAÇÃO AMBIENTAL

1. A destruição ambiental verificada nos limites do Reservatório *Billings* - que serve de água grande parte da cidade de São Paulo -, provocando assoreamentos, somados à destruição da Mata Atlântica, impõe a condenação dos responsáveis, ainda que, para tanto, haja necessidade de se remover famílias instaladas no local de forma clandestina, em decorrência de loteamento irregular implementado na região.
2. Não se trata tão-somente de restauração de matas em prejuízo de famílias carentes de recursos financeiros, que, provavelmente deixaram-se enganar pelos idealizadores de loteamentos irregulares na ânsia de obterem moradias mais dignas, mas de preservação de reservatório de abastecimento urbano, que beneficia um número muito maior de pessoas do que as residentes na área de preservação. No conflito entre o interesse público e o particular há de prevalecer aquele em detrimento deste quando impossível a conciliação de ambos.
3. Não fere as disposições do art. 515 do Código de Processo Civil acórdão que, reformando a sentença, julga procedente a ação nos exatos termos do pedido formulado na peça vestibular, desprezando pedido alternativo constante das razões da apelação.

4. Recursos especiais de Alberto Srur e do Município de São Bernardo do Campo parcialmente conhecidos e, nessa parte, improvidos.²³

De fato, é impossível estabelecer abstratamente qual direito deve prevalecer sobre o outro. Os julgados aqui trazidos bem evidenciam que cada caso possui suas peculiaridades, sendo que deve ser a partir de uma análise detalhada de cada uma dessas peculiaridades que o julgador deve decidir o conflito no caso concreto.

4 A SOLUÇÃO APRESENTADA PELO NOVO CÓDIGO FLORESTAL QUANTO A ALGUMAS HIPÓTESES DE OCUPAÇÃO DE ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

Importante destacar, ainda, que o Código Florestal, promulgado em 28 de maio de 2012, estabeleceu uma regra própria e bastante peculiar para aquelas ocupações residenciais irregulares em áreas de preservação permanente localizadas em áreas rurais, que sejam enquadradas como consolidadas, bem como quanto às regularizações fundiárias em zona urbana, nas quais exista interesse social.

Conforme se percebe da leitura do art. 61-A do referido Código, o legislador infraconstitucional preestabeleceu, pelo menos para aquelas ocupações irregulares de áreas de preservação na zona rural que sejam associadas, de alguma forma, a atividades agrossilvipastoris, a prevalência do direito à moradia em detrimento ao direito ambiental, independentemente de outras peculiaridades por ventura existentes no caso concreto, bastando que a ocupação tenha se consolidado antes de 22 de julho de 2008:

Art. 61-A. Nas Áreas de Preservação Permanente, é autorizada, exclusivamente, a continuidade das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural em áreas rurais consolidadas até 22 de julho de 2008.

[...]

§ 12. Será admitida a manutenção de residências e da infraestrutura associada às atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural, inclusive o acesso

²³ Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp 403.190/SP, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Julgado em 27 junho de 2006.

a essas atividades, independentemente das determinações contidas no caput e nos §§ 1º a 7º, desde que não estejam em área que ofereça risco à vida ou à integridade física das pessoas.

Neste caso, fica evidente a preferência dada pelo legislador infraconstitucional às moradia e às atividades de subsistência desses agricultores, que consolidaram suas ocupações irregulares antes de julho de 2008, pois a remoção das residências nestas áreas rurais não fica condicionada a nenhum critério ambiental, mais sim a uma avaliação quanto a eventuais riscos de vida ou a integridade física das pessoas que nela residam. O mesmo ocorre nos casos de regularização fundiária urbana, nas quais exista interesse social (*vide* arts. 64 e 65 do Código Florestal vigente).

No entanto, em que pese a existência de uma precedência legalmente definida para estas hipóteses – que, é bem verdade, ainda suscitam muitas controvérsias, pois há quem defenda a inconstitucionalidade desta anistia prevista nos referidos artigos do Código Florestal –, os demais conflitos entre o direito à moradia e a ocupação das áreas de preservação permanente devem continuar sendo decididos caso a caso, à luz das peculiaridades que cada uma das demandas submetidas ao Poder Judiciário carrega consigo. E, para esta tarefa, nada mais oportuno do que a utilização do princípio da proporcionalidade.

CONCLUSÃO

Decidir questões onde existam conflitos entre direitos fundamentais, apesar de ser uma tarefa cada vez mais comum na esfera judicial, ainda é uma atividade bastante delicada e que gera muita controvérsia. Privilegiar um direito em detrimento de outro é algo bastante polêmico e, quando acontece, precisa ser acompanhado de uma boa fundamentação. Como se comentou ao longo deste artigo, as violações ao direito ambiental, pela ocupação residencial irregular de áreas de preservação permanente, são bons exemplos envolvendo conflitos entre direitos fundamentais. De um lado, tem-se o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, sendo comprometido por ocupações irregulares. De outro, uma ou várias famílias ocupando um espaço que, apesar de ambientalmente relevante, acabou se tornando um local onde elas exercem seu direito à moradia.

Para resolver esse conflito é oportuno, uma vez mais, valer-se do princípio da proporcionalidade e da lei da ponderação, avaliando-se uma a uma as

peculiaridades da lide, a fim de estabelecer, em cada caso concreto, a precedência de um desses direitos fundamentais sobre o outro.

REFERÊNCIAS

AINA, Eliana Maria Barreiros. *O direito à moradia nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio A. da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luiz Roberto. Direitos fundamentais, colisão e ponderação de valores. *Temas de Direito Constitucional no Brasil. Interesse Público*, n. 33, set./out. 2005.

BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CITOLIN, Eduardo Tonin. O ônus da prova nas lides ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 69, p. 229/247, jan./mar. 2013.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Direito à moradia. *Revista de Informação Legislativa*, 127:49, 1995.

DEBONI, Giuliano. *Propriedade privada: do caráter absoluto à função social e ambiental – Sistema jurídico italiano e brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Cambridge: Polity Press, 1996.

LECKIE, Scott. The Right to Housing. In: EIDE, Asbjør; KRAUSE, Catarina; ROSAS, Allan (Ed.). *Economic, Social and Cultural Rights*. Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução de Bruno Miragem e notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRESTES, Vanêsa Buzelato. A concessão Especial para fins de Moradia na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade. In: ALFONSIN, Betânea; FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

SANTIAGO, Alex Fernandes. O direito à moradia e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: ocupação de áreas protegidas: conflito entre direitos fundamentais? *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 60, p. 94/119, out./dez. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

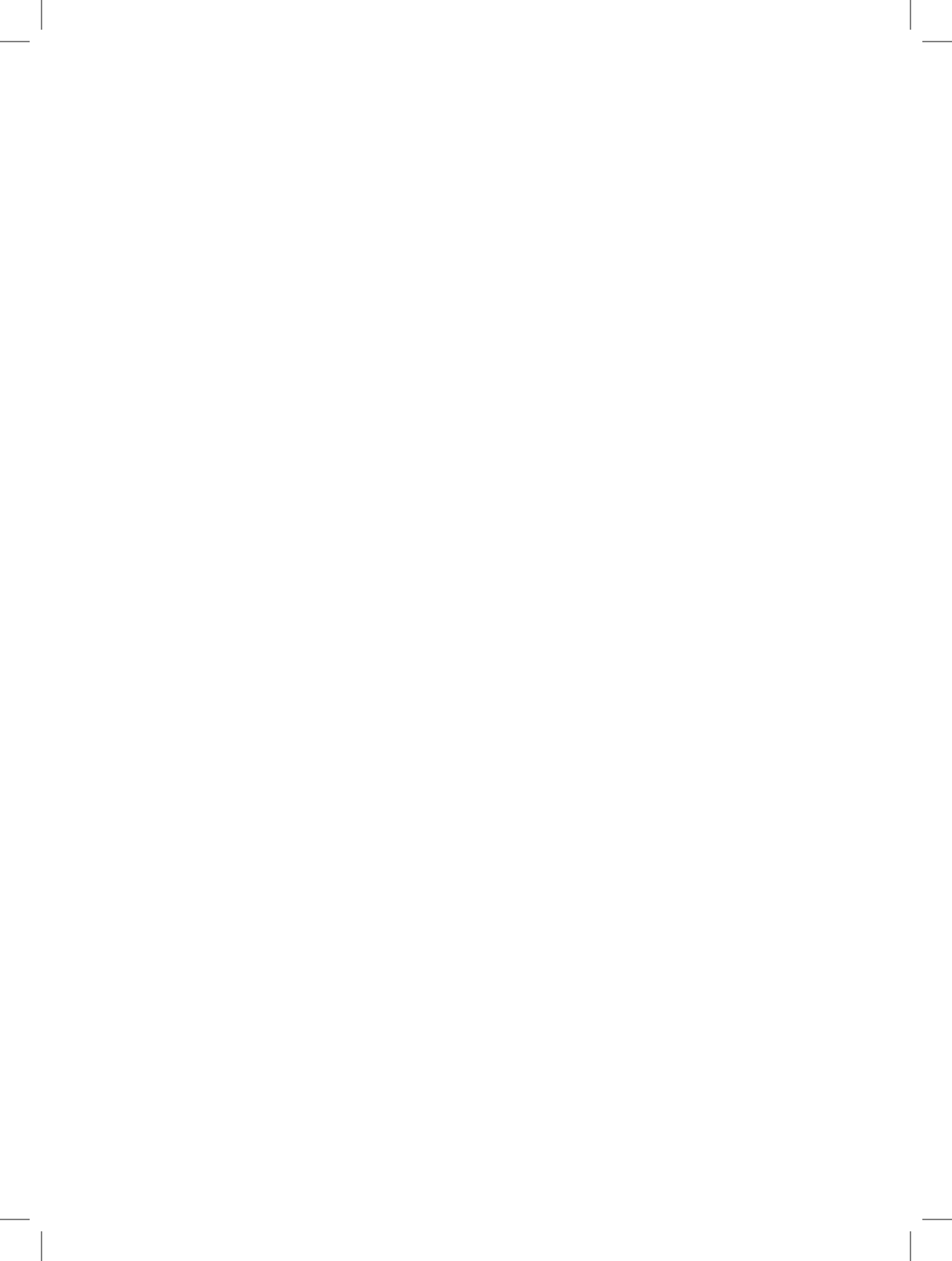
_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 20, dez./jan./fev. 2009/2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-dezembro-2009-Ingo-Sarlet.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2013.

SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

SOUSA, Sérgio Iglesias Nunes. *Direito à moradia e de habitação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. O direito à moradia. *Revista de Direito Privado*, abr./jun. 2000.



RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO: COMENTÁRIO AO RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242/SP

*CIVIL LIABILITY BY AFFECTIVE ABANDONMENT: COMMENTS TO THE
SPECIAL APPEAL Nº 1.159.242/SP*

Luciana Gemelli Eick¹

Mestranda em Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS

RESUMO: Pretende-se, através do presente artigo científico, desenvolver uma reflexão crítico-jurídica acerca da responsabilidade civil ensejada por danos existenciais e sua aplicação no direito de família brasileiro, especialmente no que toca às relações afetivas estabelecidas entre pais e filhos. Relevante será, também, analisar a eficácia social da decisão que pretende regular a manifestação de cuidado afetivo, bem como as consequências que a referida decisão poderá causar nas relações estabelecidas entre pais e filhos. Adotou-se a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial como importantes instrumentos desta investigação.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil; dano existencial; dano extrapatrimonial; dano moral; direito de família; abandono afetivo.

ABSTRACT: *This article aims to develop a critical reflection on the civil liability occasioned by existential damage and its applicability on brazilian family law, especially with regard to the affective relations between parents and children. It will be also important to analyze the social efficacy of the decision that aims to regulate the expression of affective care, and the consequences that this decision may have on relations between parents and children. Bibliographical references and legal precedents were used as research tools in this investigation.*

KEYWORDS: *Tort law; existential damage; immaterial damage; moral damage; family law; affective abandonment.*

SUMÁRIO: 1 Relato dos fatos; 2 Argumentos adotados pelos julgadores; 3 Fundamentos jurídicos aplicados

¹ Especialista em Direito dos Contratos e Responsabilidade Civil pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Advogada em Porto Alegre/RS.

ao caso; 4 Dignidade da pessoa humana e o abandono afetivo; 5 Análise crítica; Referências.

SUMMARY: *1 Report of the facts; 2 Arguments used by the judges; 3 Legal fundamentals applied to the case; 4 Human dignity and the affective abandonment; 5 Critical analysis; References.*

O principal objetivo da disciplina da responsabilidade civil consiste em definir, entre os inúmeros eventos danosos que se verificam quotidianamente, quais deles devam ser transferidos do lesado ao autor do dano, em conformidade com as ideias de justiça e equidade dominantes na sociedade. (Konrad Zweigert e Hein Kötz)

1 RELATO DOS FATOS

Trata-se de Recurso Especial nº 1.159.242/SP, de relatoria da Sra. Ministra Nancy Andrighi, interposto pelo recorrente com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da CF/1988, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

A autora alegou em sua petição inicial que foi vítima de abandono material e afetivo por parte de pai, que jamais teria lhe dedicado afeto durante o período de sua infância e juventude. Por essa razão, postulou a autora indenização por danos materiais e compensação por danos morais em desfavor do genitor.

A sentença julgou improcedente a ação, pois, por meio da prova testemunhal colhida, restou provado que o distanciamento ocorrido entre pai e filha deveu-se ao constante comportamento agressivo apresentando pela genitora da autora. Fator esse que veio a impedir que o pai se fizesse presente nos mais importantes momentos da vida da filha.

O juiz, ao prolatar a sentença, destacou os seguintes fatos relatados pelas testemunhas inquiridas:

A prova produzida demonstra que não existiu e não existe convívio entre autora e réu, filha e pai e tal situação decorre do comportamento agressivo da genitora da autora em relação ao requerido.

Tal fato é relatado pelas testemunhas inquiridas na audiência de instrução, inclusive incidentes ocorridos no casamento do requerido, onde a genitora da autora se fez presente visando tumultuar a cerimônia.

Esteve também na residência do requerido e em seu local de trabalho, promovendo escândalos, inclusive arremessando pedras contra a casa do mesmo.

Na data da audiência, nos corredores do Fórum, agrediu fisicamente o requerido e ameaçou as testemunhas que seriam inquiridas.

Tais fatos demonstram que a aproximação do requerido, à autora, sua filha, principalmente nas datas por ela mencionadas, como natal, formatura, aniversário, etc., era praticamente impossível, dado o comportamento agressivo da genitora da autora.

Inconformada, recorreu a autora pleiteando a total reforma da sentença. O acórdão, por sua vez, deu provimento ao apelo da recorrente, reconhecendo o dano afetivo causado pelo recorrido, seu pai, oportunidade em que foram fixados R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) a título de danos morais. Por oportuno, segue ementa da 7ª Câmara "B" de Direito Privado, em acórdão relatado pela Desembargadora Daise Fajardo Jacot:

Ação de indenização. Danos morais e materiais. Filha havida de relação amorosa anterior. Abandono moral e material. Paternidade reconhecida judicialmente. Pagamento de pensão arbitrada em dois salários mínimos até a maioridade. Alimentante abastado e próspero. Improcedência. Apelação. Recurso parcialmente provido.

Em sede de recurso especial, alegou o genitor, ora recorrente, que não houve abandono afetivo e, ainda que tal fato tivesse ocorrido, esse evento não caracteriza conduta ilícita. Ressaltou que a única sanção possível de ser aplicada seria a perda do poder familiar (art. 1.638 do Código Civil de 2002). Alternativamente, pugnou pela redução do valor da condenação.

Em juízo prévio de admissibilidade, o Tribunal de Justiça de São Paulo admitiu o recurso especial.

A decisão da 3ª Turma do STJ deu parcial provimento ao recurso especial interposto pelo genitor, entendendo, por maioria, que o abandono afetivo por parte dos genitores em relação aos seus filhos ensejaria dano moral passível de ser regulado pelo Direito e de ser objeto de reparação pecuniária por meio de indenização. Desse modo, o recurso especial manteve a decisão prolatada pelo

Tribunal de Justiça de São Paulo, reduzindo, no entanto, a condenação para R\$ 200,000,00 (duzentos mil reais).

Por oportuno, segue ementa da 3ª Turma do STJ, proferida no REsp 1159242, de relatoria da Sra. Ministra Nancy Andrichi:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - FAMÍLIA - ABANDONO AFETIVO - COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL - POSSIBILIDADE

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/1988.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido.

Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Boas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora, restando vencido o voto do Sr. Ministro Massami Uyeda.

2 ARGUMENTOS ADOTADOS PELOS JULGADORES

A Sra. Ministra Relatora, objetivando justificar a existência do dano moral nas relações familiares, apenas atesta que “não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família”. Percebe-se, no entanto, tratar-se de argumento de constatação negativa, objetivando apenas o preenchimento de uma lacuna existente em nossa legislação. Desse modo, o raciocínio desenvolvido pela Sra. Ministra é de que, diante da ausência de disposição legal, favorável deve ser a pretensão da autora.

Entende a Sra. Ministra Andrighi estarem presentes os elementos necessários à caracterização do dano moral, pois configurados os três elementos básicos da responsabilidade civil subjetiva, quais sejam, o dano, a culpa e o nexo causal.

A Sra. Ministra, objetivando quantificar a ilicitude e a culpa do genitor, elabora um conceito de “cuidado”. Em sua percepção, uma vez não cumprido de maneira adequada esse dever de cuidado, justificada estaria a indenização pecuniária em benefício do filho. Nesse sentido, assim estabelece a Sra. Ministra:

[...] constituindo-se o cuidado fator crucial à formação da personalidade do infante, deve ele ser alçado a um patamar de relevância que mostre o impacto que tem na higidez psicológica do futuro adulto. Nessa linha de pensamento, é possível se afirmar que tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*.

Desse modo, ressalta a Sra. Ministra que “não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos”.

Na visão da Sra. Ministra, amor seria um sentimento subjetivo, intangível, condicionado à motivação individual e impossível de ser precisamente materializado juridicamente. O cuidado, por sua vez, teria elementos objetivos, possíveis de verificação e comprovação de seu cumprimento, exigindo ações concretas e voluntárias, tais como a presença, o contato – mesmo que não presencial –, e a exteriorização do afeto de maneira simétrica como o direcionado a outros filhos. Tal raciocínio é chancelado pela seguinte síntese: “Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever”.

O voto-vista do Sr. Ministro Sidnei Beneti é mais esclarecedor no que diz respeito aos elementos fáticos que efetivamente pautaram o caso concreto para fins de qualificação do abandono paterno. Destacou o Sr. Ministro os seis atos que a filha abandonada havia invocado como ilícitos que acarretariam o seu direito à indenização moral:

- 1º – Aquisição de propriedades, por simulação, em nome dos outros filhos;
- 2º – Não dar atenção às reclamações da filha em relação à simulação praticada;
- 3º – Falta de carinho, afeto, amor, atenção, apoio moral, nunca tendo sentado no colo do pai, nunca recebendo conselhos paternos, ajuda na escola, cultural e financeira;
- 4º – Falta de auxílio em despesas médicas, escolares, abrigo, vestiário e outras;
- 5º – Pagamento de pensão somente por via judicial;
- 6º – Somente haver sido reconhecida judicialmente como filha.

Assim sendo, o Sr. Ministro Sidnei Beneti concedeu parcial provimento ao recurso especial apenas para reduzir o valor da condenação para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Em sentido contrário foi o voto do Sr. Ministro Massami Uyeda, que afirmou que

o ideal da convivência das pessoas é que todos tivéssemos uma vida em família harmoniosa, com o pai e a mãe expedindo esse amor, esse carinho, mas

manifestações de amor e carinho é meio complexo [sic]. Não posso exigir que os meus padrões psicológicos se coloquem na normalidade.

Do mesmo modo o Sr. Ministro Massami Uyeda assim questionou:

O que é a negligência no sentido do dever, do pátrio dever? Não sei. Nós mesmos, como pais, avós, temos inúmeras falhas. As crianças, os filhos, hoje, já são adultos e podem até reclamar, e até com muita razão. Então, abrir essa porta aqui, reconhecer isso como um direito não podemos, como todo o respeito. Existe uma lesão à estima. Todos nós... A nossa vida é feita de perdas e ganhos, talvez até mais de perdas do que de ganhos.

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino acompanhou o voto Sr. Ministro Sidnei Beneti, concedendo parcial provimento ao recurso especial apenas para reduzir o valor da condenação para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

3 FUNDAMENTOS JURÍDICOS APLICADOS AO CASO

Primeiramente, cumpre ressaltar que, embora a decisão analisada assim não mencione, o instituto jurídico que autorizaria a concessão de indenização pecuniárias às relações afetivas teve origem na Itália, sob a nomenclatura *danno esistenziale* (dano existencial).

O estudo do dano existencial teve origem na Escola Triestina (da Universidade de Trieste), na década de 90. Os Professores Paolo Cendon e Patrizia Ziviz, ao analisarem os precedentes jurisprudenciais atinentes aos danos biológicos, constataram a existência de casos que, em verdade, não poderiam ser enquadrados como danos biológicos. A partir disso, os referidos professores publicaram artigos doutrinários na *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, nos anos 1993 e 1994, que cunharam a expressão *danno esistenziale*².

A jurisprudência italiana, na metade da década de 90, acolheu essa nova modalidade de dano, abandonando a classificação tripartida (danos patrimoniais, morais e biológicos) de danos indenizáveis, para, a partir desse momento, passar a admitir uma classificação quádrupla de danos, ou seja, “ao

² FACCHINI NETO, Eugênio; WESENDONCK, Tula. Danos existenciais: “precificando” lágrimas? Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/408/156>>. Acesso em: 5 abr. 2013.

lado dos danos patrimoniais, havia um gênero de danos não patrimoniais, que abrangeria as espécies de danos morais subjetivos, danos biológicos e danos existenciais”³.

Trata-se de dano que atinge a existência da pessoa, consistindo na violação de qualquer dos direitos fundamentais da pessoa assegurados pela Constituição Federal. Representa uma modificação danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele anteriormente executadas, “prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer”⁴.

Nesse sentido, vale destacar interessante diferenciação feita pelo Professor Eugênio Facchini Neto no que toca aos danos morais subjetivos, danos existenciais e danos biológicos, senão vejamos:

Dano moral subjetivo (caracterizado pela presença da dor e sofrimentos internos, sem reflexos externos na vida da pessoa); o *dano existencial* (caracterizado sempre pelas consequências externas, na vida da vítima, em razão da alteração – introdução de um *non facere*, ou de um *facere* – de seus hábitos de vida e forma de ser relacionar com os outros, prejudicando sua realização pessoal e comprometendo sua capacidade de gozar plenamente sua própria vida em todas as suas potencialidades), passou-se a restringir os *danos biológicos* à presença de uma lesão física ou psíquica ou de um comprometimento da saúde, pericialmente identificados.⁵

O conceito mais completo de danos existenciais foi elaborado pela Corte de Cassação italiana, na Decisão nº 6.575, proferida em 24 de março de 2006, pelo seu órgão máximo na jurisdição civil (Sezione Unite), em que se afirmou que⁶

[...] por dano existencial entende-se qualquer prejuízo que o ilícito [...] provoca sobre atividades não econômicas

³ Idem.

⁴ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial – A tutela da dignidade da pessoa humana. p. 25. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_consumidor/doutrinas/dano%20existencial.doc>. Acesso em: 5 abr. 2013.

⁵ FACCHINI NETO, Eugênio. A tutela aquiliana da pessoa humana: os interesses protegidos. Análise de direito comparado. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 39, n. 127, p. 157-196, set. 2012.

⁶ FACCHINI NETO, Eugênio. WESENDONCK, Tula. Danos existenciais: “precificando” lágrimas?

do sujeito, alterando os seus hábitos de vida e sua maneira de viver socialmente, perturbando seriamente sua rotina diária e privando-o da possibilidade de exprimir e realizar sua personalidade no mundo externo. Por outro lado, o dano existencial funda-se sobre a natureza não meramente emotiva e interiorizada (própria do dano moral), mas objetivamente constatável do dano, através da prova de escolhas de vida diversas daquelas que seriam feitas, caso não tivesse ocorrido o evento danoso.

Neste ponto, contém ressaltar que a Corte de Cassação italiana já condenou, em 7 de junho de 2000, um pai por não ter provido, de forma intencional, o sustento de seu filho. *In casu*, o pai apenas pagou alimentos ao filho anos após o seu nascimento e somente depois de intervenção judicial. Segundo a Corte de Cassação, a conduta ilícita do genitor ofendeu a condição jurídica de filho, cujo respeito ao pai é elemento fundamental para o seu sadio desenvolvimento. Assim sendo, o genitor foi condenado ao pagamento de indenização pelos danos existenciais causados ao filho⁷.

Estabelecidos estes conceitos iniciais básicos, convém analisar o papel da dignidade da pessoa humana, se é possível estabelecer um valor monetário pela ausência do afeto e se cabe ao direito indenizar tais mágoas a ponto de coagir alguém a demonstrar afeto.

4 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O ABANDONO AFETIVO

Para Immanuel Kant, defensor de ideais anticonsequencialistas, a pessoa não deve ser vislumbrada como objeto, mas, sim, como fim em si mesma, o que é ilustrado por meio da terceira formulação do imperativo categórico kantiano⁸, *in verbis*: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”⁹.

Complementando tal ideia, a dignidade humana foi por ele concebida da seguinte forma:

⁷ SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 81.

⁸ PATON, H. J. *The Categorical Imperative: A Study in Kant's Moral Philosophy*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1971.

⁹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: 70, 1986. p. 69.

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade.¹⁰

Assim sendo, para Immanuel Kant a dignidade (*Würden*) representa valor moral, sendo, portanto, insubstituível, pois não há equivalente. O referido autor destaca que o homem não deve ser transformado em instrumento para a obtenção de quaisquer fins.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira na história do Brasil a elencar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III). Assim, também, a Carta Magna de 1988 foi a primeira a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais. Assim agindo,

o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode – e nesse ponto parece haver consenso – denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material.¹¹

A valorização da pessoa humana funda-se na ideologia cristã. Isso porque tanto no Antigo quando no Novo Testamento encontramos passagens que referem que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus. Foi justamente desta ideia que o cristianismo entende que o ser humano é detentor de um “valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento”¹².

¹⁰ Idem, p. 77.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 75.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 98.

Na esteira da concepção kantiana, o Professor Ingo Wolfgang Sarlet, ao citar a obra de Günter Düring, assim destaca:

A dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixado a objeto, a mero instrumento, tratado como uma coisa, em outras palavras, sempre que a pessoa venha a ser descaracterizada e desconsiderada como sujeito de direitos.¹³

O vocábulo “dignidade” deriva do latim *dignus* – aquele que faz jus à estima e à honra, aquele que é importante. É o referido vocábulo que distingue os seres humanos dos demais seres vivos, sendo a dignidade inerente à espécie humana como um todo¹⁴.

Assim sendo, a dignidade da pessoa humana “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”¹⁵. O Professor Ingo Wolfgang Sarlet preconiza ser a dignidade da pessoa humana, em sua completude,

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos,

¹³ DÜRING, Günter. Der Grundsatz der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes. In: *Archiv des Öffentlichen Rechts* (AöR), n. 81, 1956, p. 9 e ss. Apud SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana. *Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC*, n. 9, p. 380, jan./jun. 2007.

¹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 77.

¹⁵ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 93.

mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.¹⁶

O Professor Ingo Wolfgang Sarlet, com base no art. 1^o¹⁷ da Declaração Universal da ONU (1948), destaca que a “dignidade independe de circunstâncias concretas, sendo algo inerente a toda e qualquer pessoa humana, de tal sorte que todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade”¹⁸.

Ressalte-se que a dignidade da pessoa humana também restou expressamente positivada em outros capítulos da Constituição Federal. Desse modo, a dignidade da pessoa humana se faz presente quando estabelece que a ordem econômica tem a finalidade de assegurar a todos uma existência digna (art. 170, *caput*), quando, na esfera da ordem social, fundou o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 7^o), além de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade (art. 227, *caput*). O art. 230 assegura que “a família, a sociedade e o estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”¹⁹.

O Professor Ingo Wolfgang Sarlet ressalta que

onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.²⁰

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, p. 73.

¹⁷ “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devendo agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.”

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 101.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, p. 76.

²⁰ *Idem*, p. 71.

Assim sendo, quando se afirma o respeito à dignidade da pessoa humana, está sendo afirmado, também, a deferência a uma existência digna do ser humano, o que, segundo Amaro Alves de Almeida Neto, é a mesma coisa²¹.

Desse modo, a proteção da dignidade do ser humano não pode ser afastada. Isso porque a dignidade da pessoa humana é inegociável e demanda proteção máxima. A referida proteção é conferida pelo legislador constitucional, na medida em que prevê direitos fundamentais e da personalidade²².

Do reconhecimento da dignidade humana decorrem os direitos de personalidade. Por essa razão, a Constituição Federal de 1988 reconheceu expressamente no art. 5º, X, os direitos à vida, à honra, à integridade física, à integridade psíquica, à privacidade, entre outros direitos. Paulo Luiz Netto Lôbo entende que os referidos direitos são essenciais, pois, sem eles, “não se concretizaria a dignidade humana. A cada pessoa não é conferido o poder de dispô-los, sob pena de reduzir sua condição humana; todas as demais pessoas devem abster-se de violá-los”²³.

Para Pietro Perlingieri, a personalidade não é um direito,

mais um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma de direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas.²⁴

Na compreensão de Yussef Cahali, a pessoa humana tem o direito de desenvolver a sua personalidade sem “cortes abruptos e estanhos à sua conduta, mantidos todos os predicados que a ornaram com seus atributos, preferências e

²¹ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano existencial – A tutela da dignidade da pessoa humana*, p. 10.

²² *Idem*.

²³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 79-97, abr./jun. 2001. p. 86.

²⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 157-8.

até caprichos”²⁵. O citado autor ainda refere que uma lesão a um indivíduo pode “reprimir seu ego, sepultar esperanças, abreviar o ciclo etário, afetando um convívio normal”²⁶.

Assim sendo, entende-se, com base nos ensinamentos de Immanuel Kant, que a dignidade da pessoa humana não pode ser vista e tratada como objeto, pois, conforme já ressaltado, para ela não há equivalente. No caso do precedente analisado, percebeu-se que houve uma reificação²⁷ da figura paterna. Pois, em verdade, o que se buscou por meio do litígio foi simplesmente a indenização pecuniária. Tratando o pai, deste modo, apenas como objeto, instrumento, e não como sujeito detentor de dignidade, ainda que carente de virtude.

5 ANÁLISE CRÍTICA

Início esta singela análise crítica lembrando a frase utilizada como epígrafe do presente artigo científico:

O principal objetivo da disciplina da responsabilidade civil consiste em definir, entre os inúmeros eventos danosos que se verificam quotidianamente, quais deles devam ser transferidos do lesado ao autor do dano, em conformidade com as ideias de justiça e equidade dominantes na sociedade. (Konrad Zweigert e Hein Kötz)

Entende-se, da leitura de frase *supra*, que não cabe à disciplina da responsabilidade civil regular todos os eventos danosos que cotidianamente se concretizam. É necessário, primeiramente, avaliar as consequências de cada grupo de acontecimentos para, posteriormente, com base nos ideais de justiça e equidade, estabelecer se o direito dever regular tais fatos, transferindo, portanto, os danos sofridos pelo lesado ao autor do dano.

Assim sendo, cabe aqui questionar se a decisão da 3ª Turma do STJ, proferida no REsp 1159242 – que entendeu, por maioria, que o abandono afetivo por parte do genitor em relação ao seu filho enseja dano moral –, constitui fato

²⁵ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 42.

²⁶ Idem.

²⁷ HONNETH, Axel. *Reificación: un estudio en la teoría del reconocimiento*. Trad. Graciela Calderón. Buenos Aires: Katz, 2007.

da vida passível de ser regulado pelo direito e, por consequência, objeto de reparação pecuniária?

Alguns jusfilósofos contemporâneos, tais como Hans Kelsen e Joseph Raz, afirmariam que sim, “que o direito não só estaria apto a apreender e regular todos os fenômenos manifestados na realidade empírica, como também seria peça absolutamente necessária na transformação dos modelos sociais e no incentivo de atitudes dos particulares”²⁸.

O Direito exerce papel fundamental na sociedade, incentivando condutas socialmente relevantes. No entanto, entende-se que existem “parcelas da realidade para as quais o Direito, por óbvio, não se presta como instrumento de intervenção. O amor paterno aparenta ser uma destas situações”²⁹.

Ressalte-se, entretanto, que, ao adotar tal posicionamento, não está se negando, de forma alguma, o respeito e a proteção à dignidade da pessoa humana e os direitos de personalidade dos indivíduos que compõe essas relações. Afirma-se, apenas, que existem determinados fatos da vida que, infelizmente, não cabem ao Direito regular. Entende-se que um desses casos é a troca afetiva.

A figura paterna é, sem sobra de dúvidas, algo extremamente valioso na vida de praticamente todas as pessoas. Assim, a demonstração de afeto de um pai para com seus filhos é algo extremamente positivo, devendo, por certo, ser incentivado e cultivado no meio social e familiar.

O que se objetiva demonstrar aqui é que existem determinadas características morais que não podem ser condenadas, nem reparadas quando violadas, pelo Direito. O pai que não dedica amor para com seu filho possui, certamente, um defeito de caráter, um problema de virtude. No entanto, o referido defeito de caráter, que o impede de demonstrar afeto, não pode ser pelo direito regulado.

Se o Direito assim fizer, com é o caso da presente decisão ora discutida, estamos impondo a certos pais, detentores da referida falha de caráter, dedicar afeto quando, em verdade, não gostariam de fazê-lo. A demonstração coercitiva de afeto não contribuirá ao bom desenvolvimento dos filhos. Nesse sentido foi o posicionamento adotado no REsp 757.411, vejamos: “Como escapa ao arbítrio

²⁸ FERREIRA NETO, Arthur. O amor jurídico. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/forum/viewtopic.php?t=3355>>. Acesso em: 10 maio 2013.

²⁹ Idem.

do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada”.

Assim, também questiona-se se a criança, após a condenação do pai, encontraria na figura do genitor, que antes o preteriu, “ambiente para reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se veria definitivamente afastada daquele pela barreira erguida durante o processo litigioso”³⁰

Entendeu a 4ª Turma do STJ que

por certo um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que tardiamente, pelo amor paterno. O deferimento do pedido, não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo nesse sentido já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil.

Ressalte-se que, no caso dos autos, conforme destacado pelo magistrado ao prolatar a sentença, a genitora da filha também contribui para com o afastamento do pai. Nesse sentido também se manifestou a 4ª Turma do STJ, ao julgar o REsp 757.411/MG, vejamos:

[...] é preciso levar em conta que, muitas vezes, aquele que fica com a guarda isolada da criança transfere a ela os sentimentos de ódio e vingança nutridos contra o ex-companheiro, sem olvidar ainda a questão de que a indenização pode não atender exatamente o sofrimento do menor, mas também a ambição financeira daquele que foi preterido no relacionamento amoroso.

O Professor Miguel Reale Júnior, com muita sabedoria, destaca:

Dar afeto ou cuidar afetivamente – ser conselheiro, amigo, garantir equilíbrio emocional e inserção social
– não constitui um dever jurídico, a não ser que se

³⁰ Questionamento formulado pela 4ª Turma no julgamento do REsp 757.411/MG, de relatoria do ilustre Ministro Fernando Gonçalves: “RESPONSABILIDADE CIVIL – ABANDONO MORAL – REPARAÇÃO – DANOS MORAIS – IMPOSSIBILIDADE – 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido”.

queira instituir a hipocrisia por força de lei. Muitas são as circunstâncias que a vida apresenta quanto aos afetos, a começar pela espontânea afinidade surgida sem se saber por quê. Pretender colocar o Estado a ditar o sentimento do afeto é um autoritarismo paternalista inaceitável.³¹

Cabe referir que o Direito não deve ser visto como um instrumento capaz de reprimir todas as práticas reprováveis moralmente. Dito de outro modo, o direito, por óbvio, não é o mesmo que a moral. Por isso, atos contrários à moral não são todos geradores de danos reparáveis pelo Direito. Nesse sentido, cabe retomar a importante lição de Tomás de Aquino, apresentada no tratado da lei, questão nº 96, art. 2º, onde o autor, enfrentando a pergunta acerca da possibilidade de a lei humana coibir todos os vícios, responde negativamente, dizendo:

[...] a lei é imposta como uma regra ou medida dos atos humanos. A medida deve ser homogênea ao que é medido, como se diz no Livro X da Metafísica: coisas diversas são medidas por medidas diversas. Por tanto, é necessário que também as leis sejam impostas aos homens segundo a sua condição, porque, como diz Isidoro, a lei deve ser “possível, segundo a natureza e segundo o costume da pátria”. O poder ou a faculdade de agir procede de um hábito interior ou disposição: com efeito, a mesma coisa não é possível àquele que não tem o hábito da virtude e ao virtuoso, assim como também não é possível à criança e ao homem adulto. E por causa disso não se impõe às crianças a mesma lei que aos adultos: com efeito, muitas coisas são permitidas às crianças que são punidas pela lei nos adultos, ou também são condenadas. E semelhantemente muitas são permitidas aos homens não perfeitos na virtude, as quais não seriam toleradas nos homens virtuosos. *Ora, a lei humana é imposta à multidão dos homens e nessa a maior parte é de homens não perfeitos na virtude. E assim pela lei humana não são proibidos todos os vícios, dos quais*

³¹ REALE JÚNIOR, Miguel. O afeto ou a bolsa. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,o-afeto-ou-a-bolsa,-881355,0.htm>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

se abstêm os virtuosos, mas tão-só os mais graves, dos quais é possível à maior parte dos homens se abster; e principalmente aqueles que são em prejuízo dos outros, sem cuja proibição a sociedade humana não pode conservar-se; assim são proibições pela lei humana os homicídios, os furtos e coisas semelhantes. [...]

Deve-se dizer que a *lei humana tenciona induzir os homens à virtude*, não de súbito, mas gradualmente. E assim não impõe imediatamente à multidão dos imperfeitos aquelas coisas que são já dos virtuosos, como, por exemplo, que se abstenham de todos os males. De outro modo, os imperfeitos, não podendo suportar tais preceitos, se lançariam a males piores, como se diz no livro dos Provérbios: “Quem é comprimido demasiadamente, sangra”; e no Evangelho de Mateus se diz que “se o vinho novo”, isto é, os preceitos da vida perfeita, “é posto em odres velhos”, isto é, em homens imperfeitos, “quebram-se os odres e entorna-se o vinho”, isto é, os preceitos são desprezados, lançam-se os piores males.

Deve-se dizer que a lei natural é certa participação da lei eterna em nós: e a lei humana é deficiente em relação a lei eterna. Diz, com efeito, Agostinho: “Esta lei que é lavrada para reger as cidades, concede muitas coisas e deixa impunes aquelas que são punidas pela divina providência. Com efeito, não é porque não faz todas as coisas que as que faz devem ser provadas”. *Portanto, a lei humana também não pode proibir todas as coisas que a lei da natureza proíbe.* (grifou-se)³²

Com base nos ensinamentos de Tomás de Aquino, constatou-se que existem certos fatos da vida que não podem ser pelo direito regulado. Isso porque decorrem, em verdade, de defeitos de virtude. Defeitos esses que a maior parte dos seres humanos possuem.

No caso analisado – em que pese o comportamento da mãe da genitora que, conforme relatado pelas testemunhas, dificultou o processo de aproximação

³² AQUINO, Tomás de. *Suma teológica IV*. São Paulo: Edições Loyola, 2005. p. 585-7.

entre pai e filha –, constata-se que o pai, de fato, não se empenhou de forma a superar as dificuldades de relacionamento impostas pela mãe da autora; ensejando, com isso, o total afastamento entre pai e filha. Agindo desse modo, o genitor revelou possuir defeito de virtude. Defeito esse que dever ser punido pela moral, e não pelo Direito.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial – A tutela da dignidade da pessoa humana. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_consumidor/doutrinas/dano%20existencial.doc>. Acesso em: 5 abr. 2013.

AQUINO, Tomás de. *Suma teológica IV*. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FACCHINI NETO, Eugênio. A tutela aquiliana da pessoa humana: os interesses protegidos. Análise de direito comparado. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 39, n. 127, p. 157-196, set. 2012.

_____; WESENDONCK, Tula. Danos existenciais: “precificando” lágrimas? Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/408/156>>. Acesso em: 5 abr. 2013.

FERREIRA NETO, Arthur. O amor jurídico. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/forum/viewtopic.php?t=3355>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

HONNETH, Axel. *Reificación: un estudio en la teoría del reconocimiento*. Trad. Graciela Calderón. Buenos Aires: Katz, 2007.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: 70, 1986.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 79-97, abr./jun. 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PATON, H. J. *The Categorical Imperative: A Study in Kant's Moral Philosophy*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1971.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE JÚNIOR, Miguel. O afeto ou a bolsa. Disponível em: "<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,o-afeto-ou-a-bolsa-,881355,0.htm>". Acesso em: 15 fev. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana. *Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC*, n. 9, p. 361-88, jan./jun. 2007.

SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

**O ESTADO DE DIREITO FACE À CRISE E AO SISTEMA
- PARA UMA INDEPENDÊNCIA E UMA AUTONOMIA
RESPONSABILIZANTES DOS JUÍZES E DOS TRIBUNAIS¹**

THE RULE OF LAW IN THE FACE OF CRISIS AND THE SYSTEM - FOR AN ACCOUNTABLE INDEPENDENCY AND AUTONOMY OF JUDGES AND COURTS

Nuno Miguel Pereira Ribeiro Coelho²

Juiz Desembargador

As minhas primeiras palavras são de agradecimento pelo amável convite para intervir neste congresso. Convite que muito nos honra e que desde logo aceitámos pela oportunidade não tanto de dizer coisas novas mas muito mais de aprender com o vosso debate. Ainda assim, penso que a partilha de experiências e de reflexões que eu vou procurar fazer não vos deixará desiludidos pelo que muito pode transmitir sobre a actual realidade judiciária portuguesa no contexto europeu.

Uma menção especial é devida ao escol de magistrados da AJURIS (e demais servidores) responsáveis pela organização deste Congresso e que aqui cumprimento na pessoa do seu presidente, o Dr. Pio Giovanni Dresch. Uma associação de magistrados que em Agosto do próximo ano celebrará 70 anos de existência, e que vem marcando a vida do judiciário brasileiro numa afirmação das garantias constitucionais da magistratura.

Quero recordar também os meus amigos Desembargadores Ghinther Sphode e Cláudio Maciel,

¹ Palestra proferida no X Congresso Estadual de Magistrados, Santana do Livramento, Hotel Jandaia, 26 e 27 de setembro de 2013, Tema: “Magistratura: Para onde vamos? A instituição e a ética”.

² Vice-Presidente da ASJP (Associação Sindical dos Juizes Portugueses), Presidente da UIJLP (União Internacional dos Juizes de Língua Portuguesa), Mestre em Direito, Tribunal da Relação de Lisboa, Portugal.

que agora assumem a Vice-presidência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Não esqueço do mesmo modo a prestigiada Escola Superior de Magistratura da Ajuris e do seu pioneiro Núcleo de Inovação e Administração Judiciária (NIAJ) do “Centro de Pesquisa Judiciário Justiça e Sociedade”. Uma palavra de amizade também para os Drs. Ricardo Schmidt e Ronaldo Barão, companheiros e amigos das lides judiciárias internacionais e da pesquisa acadêmica, os quais me endereçaram o convite para estar aqui, a quem eu também saúdo de uma forma especial.

Queria também parabenizar a Comissão Organizadora deste congresso nas pessoas da Dr^a Maria Lúcia Rodrigues e do Dr. Gildo Júnior.

Trago também cumprimentos da minha associação de juízes - a Associação Sindical dos Juízes Portugueses -, a qual se revê totalmente no tema neste congresso dos juízes estaduais do Rio Grande do Sul. Recordo aqui o “Compromisso Ético dos Juízes Portugueses - Princípios para a Qualidade e Responsabilidade”, aprovado num congresso dos juízes portugueses de há cerca de cinco anos atrás.

As palavras não fazem sentido sem sentimentos. E aqui os sentimentos vão para o Rio Grande do Sul, para os seus magistrados, para as suas gentes, para a sua cultura e para as suas terras que aqui também se celebram, designadamente Porto Alegre e Santana do Livramento. Um “ao Sul” do Brasil (Rio Grande) e um “ao Sul da Europa” (Portugal) que aqui se encontram num cruzamento de sentidos, de reflexões mas também de sentimentos. Um sentimento de carinho muito especial pelo Brasil e que eu aqui invoco na letra da canção do “Carinhoso” que pode dar o mote a este nosso encontro, pois não há destino nem futuro sem o encontro da felicidade.

O arrepio que se sente cada vez que se ouve o violão de sete cordas do mago Yamandú Costa (deste Rio Grande do Sul), sempre acompanhado, neste tema, de um coro de vozes da assistência, tão afinado e tão quente como só o Brasil poderia dar. Um hino ao sentimento que une um povo em torno de uma melodia, de um ritmo e de um violão.

*“Meu coração, não sei porquê
Bate feliz quando te vê
E os meus olhos ficam sorrindo
E pelas ruas vão te seguindo
Mas mesmo assim foges de mim. [...]*

*Ah se tu soubesses
Como sou tão carinhoso
E o muito, muito que te quero
E como é sincero o meu amor,
Eu sei que tu não fugirias mais de mim” (ano de 1917, letra
João de Barro / música de Pixinguinha)*

Este sempre foi o sentimento do português com o Brasil, um enamoramento que só podia dar certo. Dizem os mais arrojados que o Brasil é o Portugal que deu certo, certamente dando conta de um Portugal que poderá não ter dado tão certo assim. Mas estamos todos aqui para que pelo menos no judiciário possa dar tudo certo, enquanto presente que prepara o futuro.

Para onde vamos como instituição e enquanto atitude ética (?) pergunta o painel do vosso Congresso. Parabéns pela escolha. Questão mais actual e mais acutilante não poderia haver. Não há felicidade sem o esforço responsável de preparação do futuro. Não há declarações de amor sem entrega. Como procuraremos defender, não poderá haver independência e autonomia judicial sem uma assunção ética de responsabilidade. Num aligeiramento de discurso e de ideias, “o carinhoso nunca poderia dar em safado”.

Vou procurar auxiliar o vosso debate e a vossa reflexão trazendo para o seio da discussão o tema da crise que é também do direito e da justiça e de quais as melhores respostas para a sua superação numa lógica de preservação do Estado de direito. “O Estado de direito face à crise e ao sistema”.

O cenário de crise sempre esteve imanente à vida humana e ele é uma realidade também para a vida do governo e da regulação de qualquer sociedade ou de qualquer comunidade humana.

A turbulência, a crise, as tempestades, as colisões e o caos aparecem associados, de facto, aos tempos e aos momentos difíceis, transtornantes e até destrutivos, mas que são sempre seguidos, mais tarde ou mais cedo, pela bonança dos momentos criativos. Segundo essa arraigada noção os factores críticos trarão ao devir do presente a indispensável energia transformadora e de liberdade, com a emancipação de poderes e processos criativos e em que os elementos se conjugam em novos equilíbrios, em novas arrumações, organizações e ordenações. É nas crises e diante o caos que ainda faz mais sentido recompor ou reinventar a ordem das coisas.

Também a perspectiva sistémica ensina que qualquer perturbação mais radical, irradiada pelo ambiente, trará ao sistema uma alteração transformativa na arrumação dos seus elementos auto-compositivos.

A esses olhos o dinamismo da vida ilustra um movimento cosmológico que por vezes é sistema e outras vezes é caos. Claro que a simpatia e as preferências sociais e humanas vão sempre para as conjunturas de calma, de rotina e de regularidade. Mas estas perduram nas suas rotinas até ao ponto em que ocorre saturação, ruptura ou algum evento de grande perturbação. Aí o caos pode entrar em cena. Até que um novo equilíbrio aconteça entre as colisões que se afirmaram. Longos tempos de estabilidade fomentaram culturas e o apogeu de realidades históricas caracterizadas como verdadeiras civilizações.

O 11 de Setembro simboliza bem um acontecimento entendido como catástrofe e que marcou o ambiente político, social e económico que lhe seguiu de uma forma indelével. A perturbação causada por esse evento introduziu irracionalidade e descompensação nos factores de governação e de regulação social e económica que se prolongaram até ao presente e que em muito tem influenciado negativamente a capacidade de gerir e superar as crises instaladas aos vários níveis (mundial, regional e nacional) e nas várias áreas (políticas, sociais e económicas).

Na Europa e também em Portugal é reconhecido que a justiça e o direito estão confrontados com um ambiente de forte crise e de alarme de caos, em que se avolumam perplexidades face a determinados fenómenos sociais e económicos e se multiplicam questões sobre a regulação e a estabilidade da vida social, política e económica. Preocupações que acompanham o quotidiano institucional da União Europeia, do Conselho da Europa e de muitas outras instituições europeias, tanto do ponto vista económico como social e cultural.

São notórias as dificuldades que a ordem assente na liberdade e na democracia, que pretende preservar os princípios do Estado social de direito, tem vindo a sentir em várias frentes.

Mas a ideia de *Estado de direito* confronta-se, também, com a realidade política, social e económica em constante mudança, perturbação e controvérsia.

Estamos na era da aceleração e da pulverização do tempo histórico, da globalização, do advento e do predomínio dos poderes fácticos, das redes da informação e dos contactos, dos novos meios de comunicação e de relacionamento sociais, da estratificação social diversificada e das mutações rápidas nos comportamentos e nos hábitos, bem como das inesperadas combinações

económicas, culturais e políticas ao nível da geografia humana e política, o que vem a condicionar as estruturas de regulação e organização da sociedade e do Estado. Mas estamos, do mesmo modo, na época em que se assumiu o fim das grandes ideologias e se torna inevitável o aparecimento de inúmeras opções políticas e participativas não institucionalizadas. Esta democracia descontente que não abdica de si mesma manifesta-se tanto nas redes virtuais como nas ruas e questiona a sua própria representação e funcionamento com a eficácia determinante dos novos e dos antigos meios de informação e de comunicação.

A conjuntura portuguesa - europeia e de uma certa forma até global -, nestes últimos anos, encontra-se completamente tomada pelas questões financeiras e pela crise económica. A turbulência dos mercados tem vindo a equivaler a uma grande instabilidade institucional aos vários níveis de governação (supranacional, internacional e nacional), gerando grande desconforto e conflitos de ordem e social.

Neste cenário o que para alguns será crise de estagnação, de endividamento e cansaço, será para outros crise de crescimento, de activismo e de cidadania.

O problema da crise política, económica e social que se encontra instalada aos vários níveis, estende-se ao domínio do direito e da justiça. Os tribunais encontram-se vinculados à prossecução do Estado do direito mas este encontra-se confrontado com condicionamentos de grande intensidade e extensão, desmobilizando os seus princípios e regras e convocando respostas que até agora seriam praticamente impensáveis na sua articulação com o Estado social e com a ordem constitucional.

Numa alegoria da banda desenhada do *Astérix*, estamos diante um “combate dos chefes” em equilíbrio instável: de um lado a Constituição (Estado social de direito) e do outro o assim designado Memorando de Entendimento da Troyka (tríade de entidades - Banco Central Europeu, Comissão Europeia e Fundo Monetário Internacional) implicado por exemplo na operação de estabilização financeira da dívida soberana portuguesa com o impacto restritivo que é de todos conhecido. O Brasil conhece bem o catálogo dessas restrições e limitações felizmente como uma provação superada historicamente.

As medidas de austeridade que contemplam medidas de redução da despesa pública e de restrição de salários, rendimentos, benefícios e pensões, não deixam de ser escrutinadas pelo judiciário português através do seu Tribunal Constitucional cujas decisões de inconstitucionalidade são criticadas

pelos sectores mais liberais por poderem desequilibrar os planos de recuperação financeira e o retorno de Portugal aos mercados financeiros internacionais.

Esta crise do Estado social e do seu papel regulador não deixa de ser paradoxal.

Os tribunais têm vindo, na verdade, a assumir uma crescente importância nas actuais sociedades democráticas que se afirmam do pluralismo e da efectividade dos direitos. A essa importância, reveladora da centralidade e visibilidade dos tribunais, tanto política como mediática, corresponde um papel cada vez mais convocado pela cidadania e pelo próprio jogo interdependente dos órgãos políticos de poder.

Sinal inequívoco e por demais valorizado desta importância é esta mesma intervenção dos tribunais nas temáticas constitucionais, aferindo da validade procedimental e material da própria lei, assimilando aí a defesa dos direitos fundamentais, mas também nos domínios do direito transnacional (*v.g.* da União Europeia ou do Mercosul), em que o domínio fiscalizador e regulador das políticas públicas regionais e nacionais se enquadra como evidente.

São também disso claro exemplo, a sucessão estonteante dos casos criminais, o despontar dos procedimentos jurisdicionais de anulação de medidas do poder executivo, as pretensões de reposição dos direitos comprimidos pelo legislativo, a exigência de actuação da administração para a efectivação de direitos de cidadania e a exigência de efectiva responsabilidade do Estado e dos seus servidores.

O que desemboca, nas palavras do sociólogo político francês Jacques Commaille, “numa extensão da justiça para a gestão das relações sociais, no tratamento dos «problemas da sociedade» e das transgressões (da delinquência ordinária à delinquência política, da corrupção, até aos «crimes contra a humanidade») e na regulação das alterações económicas”.

A justiça e o direito firmado pelos tribunais passaram a assumir um indelével papel de governação e regulação nas democracias actuais, num cenário de várias tensões e do qual se realça uma fragilização e menorização do Estado na sua concepção clássica. Confirmando, assim, um pluralismo das fontes do direito e a emergência do judiciário na afirmação do direito na vida social e com a atenuação da importância do legislativo e das leis.

Os tribunais passaram a ser protagonistas do reforço do estatuto político da justiça: ao nível nacional, internacional e supranacional, com a coexistência de fenómenos de reforço das influências entre modelos judiciários, a par de uma

tendência crescente de recurso à justiça – para além da racionalidade jurídica, económica e política. Os tribunais surgem aqui como um espaço institucional que acresce aos demais, designadamente ao atender aos novos modos de expressão do espaço público e de utilização dos instrumentos jurídicos (minorias, grupos sociais, crítica social, causas fracturantes, usos alternativos do direito ou utilizações emancipatórias do direito).

Um poder judicial que se afirma na sua dupla e ambivalente função de terceiro árbitro dos outros actores (moderador e contra-poder), mas também, crescentemente, de actor do jogo de governação e regulação políticas, participante com os outros poderes no debate e na discussão sobre o direito e a sua realização.

Reflectindo-se, esse novo papel, no actual modelo de julgador que subjaz ao padrão constitucional, ideológico e cultural que é exigível ao juiz, num padrão de realização jurisdicional do direito mais integrado nas suas componentes institucionais e mais desperto para as implicações sistemáticas e estruturais da administração da justiça.

O desencanto pela racionalidade ao nível do pensamento conduziu inevitavelmente à defesa de novas concepções e caracterizações do direito, numa identidade mais próxima e adequada a esta liquidez da realidade, à sucessão das transformações sociais, económicas e culturais e ao pragmatismo indispensável à aplicação e à decisão jurídicas.

Aqui a integração dos modelos jurisdicionais de aplicação e realização do direito deverão sempre assentar numa visão integrada e consistente dos diversos elementos que conjugam a administração da justiça. Dizer o direito conjuga a justiça com a sua efectividade e poder, mas também com a sua organização e os seus procedimentos, com a acessibilidade e a justeza das regras mas também com a qualificação técnica, com o rigor normativo mas também com a ponderação material das soluções para uma decisão o mais justa possível.

Como apurar ou distinguir uma melhor ou pior justiça mesmo no acto decisional do juiz?

Questão que é de substância mas também de cariz institucional e procedimental.

A administração da justiça não deixa de ter um impressionante momento organizativo. A justiça – os juízes e os tribunais – estão desde logo perante o grande desafio de gerir, não só o cada vez maior número de casos (quantidade) mas também a sua crescente complexidade.

E aqui o pensamento especializado em que assenta a ordenação da actividade social e económica mas que amplifica uma determinada abordagem em detrimento de outra, passou, por isso mesmo, a não fazer sentido, face à necessidade de pensar e de resolver o caudal de questões que a realidade actual levanta em cada uma das suas facetas e dinâmicas. Pensar que com pequenas alterações ou intervenções cirúrgicas se poderão vir a solucionar os problemas que se avolumam redundará sempre numa atitude raquítica, inconsequente e até perversa.

Ao contrário, há que apostar num pensamento crítico e criativo, que seja capaz de cruzar saberes e de entender a complexidade em que cada momento ou particularidade se insere. Fortalecendo a ideia de Estado de direito e assumindo-a como uma atitude séria perante a necessidade de governar e organizar o sistema judicial.

A economia traz exigências ao funcionamento do sistema judicial já que este representa, em grande parte, a eficácia do próprio sistema jurídico, isto é, a realização da função sócio-económica do direito. Por outro lado, a economia e a sua visão organizativa da sociedade determina cada vez mais a estruturação e o modo de funcionamento das organizações que coexistem na justiça, reclamando um maior grau de eficácia, eficiência, produtividade e racionalidade (empírica e utilitária) na sua actividade, na sua gestão e no planeamento das suas estratégias.

O momento presente vem acentuar cada vez mais a urgência nas reformas e a premência da atitude de mudança neste domínio da justiça.

A sociedade no seu todo reclama mais e melhor justiça. É indispensável um melhor sistema judicial que possa responder, enquanto tal, a essas enormes exigências sociais, económicas e políticas. E como adaptar a organização e os procedimentos dos tribunais a esse novo quadro social, económico e político?

No nosso entendimento, o direito e os tribunais encontram-se perante uma situação política, económica e social que se desenha como caos e em que se sente a urgência de retorno ao sistema nos seus elementos fundamentais. O *pathos* que se instalou dificilmente é superado pelo *ethos* enquanto não forem alcançados os equilíbrios que se entendem fundamentais entre as vontades de quem deve actuar e os cambiantes insuperáveis de um sistema em alteração e sobressalto.

Pensamos que as soluções para este estado de coisas só poderão advir de uma leitura mais rica, densificada e multidimensional sobre essa mesma realidade, na articulação com a ideia de sistema.

Primeiro com uma caracterização da realidade judiciária e a sua distinção por vários planos. E, depois, com a escolha da metodologia e dos instrumentos que devem ser seguidos para essa reforma ao nível de cada uma dessas dimensões da realidade judiciária (*macro, meso e micro*).

O posicionamento metodológico que se deve assumir não se evidencia só por suscitar a colaboração de vários saberes e disciplinas. Terá também de cumprir a dificuldade inerente à consideração simultânea e integrada das várias dimensões, facetas e dinâmicas da realidade judiciária.

Uma geografia variável a que deverá corresponder uma arquitectura que consiga projectar tanto o grandioso como o meticuloso, tanto a regra legal como o apetrechamento informativo e tecnológico e tanto os aspectos estáticos como os aspectos dinâmicos do sistema, numa síntese cuidadosa e responsável da construção da reforma e da mudança na justiça.

Com um acréscimo suplementar de dificuldade: qualquer decisor político dessa reforma, entendido como *principal*, terá de se confrontar com graus acrescidos e essenciais de autonomia e independência dos agentes que terão de edificar e executar os projectos inerentes às reformas.

Mas verdade seja dita que o “mau funcionamento da justiça” também tem causas que estão para além dela. A reforma da justiça também tem um momento dos políticos, necessariamente bom ou mau.

O problema que aqui se discute, todavia, não é apenas uma questão de eficácia e de eficiência do sistema. Estamos a funcionar desde o primeiro passo numa lógica material e de substância.

O direito e os tribunais servem os mais compreensíveis objectivos de realização humana e social. São e devem sempre ser instrumentos de realização humana, enquanto compromisso ético e de felicidade. E nesta abordagem os direitos fundamentais constituem, no seu conjunto, uma pedra de toque de todas as ordens jurídicas em democracia e um referencial (um barómetro) para apurar do grau de consistência e de integridade dos regimes políticos nacionais e das instituições – entre as quais o judiciário – que os suportam.

A definição do poder judicial e sua qualidade e eficácia devem sempre ser vistas enquanto instrumentos de realização humana e numa lógica de concretização de direitos fundamentais, de garante da cidadania e do bom funcionamento das instituições democráticas.

O Estado de direito convoca um acervo de princípio e valores materiais razoáveis para uma ordem humana de justiça, de paz e de desenvolvimento, onde se consagram, entre outros, a liberdade do indivíduo, a segurança individual e colectiva, a responsabilidade e a responsabilização dos titulares do poder, a igualdade de todos os cidadãos, a proibição de discriminação de indivíduos e grupos e a defesa da natureza e da herança ambiental.

Seria impensável tornar efectivos esses princípios e valores sem o reconhecimento da instituição Justiça, sem a definição material das garantias procedimentais e processuais consagradas no normativo constitucional e que ninguém ousaria querer perder: um juiz fundado na lei, imparcial e independente; o direito de audiência; a igualdade processual das partes; a fundamentação dos actos judiciais; a proibição dos tribunais de excepção; o *non bis in idem*; a autoridade da decisão judicial e a segurança do caso julgado; o contraditório; a garantia de escolha de defensor; o patrocínio judiciário; o arquivo aberto; a imparcialidade e a igualdade na actuação administrativa (*v.g.*).

E aqui a ponderação de alguns casos da realidade brasileira não deixam de colocar à prova o nosso sentido mais apurado de jurisdição enquanto afirmação de cidadania.

Como tratar, ao nível do judiciário, os efeitos reflexos das manifestações de protesto nas ruas das maiores cidades do Brasil? Quando isso implica um balanceamento muito difícil de fazer entre a segurança, a integridade física e até o património de terceiros, com o exercício do direito fundamental de reunião e manifestação. Quando isso implica um questionamento das vias de legitimação e de concretização da democracia constitucional.

Como enquadrar o exercício do protesto de algumas minorias étnicas na defesa das suas terras ou dos seus santuários ambientais – e que por vezes se manifesta violento e contrário à lei – com o seu imanente e fundamental direito à identidade própria e ao desenvolvimento?

Como reflectir sobre o designado “caso mensalão”, onde se debatem aguerridamente questões de garantia do processo penal (duplo grau de jurisdição), de prescrição de crimes e de legitimação do próprio sistema judicial, desde logo por via das dúvidas que se levantam sobre o sistema de nomeação de juízes para o Supremo Tribunal Federal?

Não queremos entrar na controvérsia. Queremos apenas dizer que as tensões e as ambivalências são grandes e a análise prática terá sempre de ser bem contextualizada. E trata-se necessariamente de um cenário crítico que tem

de ser analisado à luz do Estado de direito enquadrado enquanto sistema e enquanto atitude ética.

Para reflectir este tema lançamos para reflexão um conjunto de propostas com que termino esta intervenção.

Algumas dessas propostas assumem-se não só como pressupostos metodológicos ou instrumentais relativamente às matérias envolvidas, mas também como ditames de uma atitude séria e responsável na assunção desta realidade crítica e no confronto com as exigências descritas:

- numa visão enriquecida (plural e transversal) e integrada do sistema;
- nas escolhas dos mais qualificados, nas boas escolhas (elites judiciárias);
- numa preocupação estrutural e estruturante; e
- numa ética de responsabilidade e de competência.

Outras desenvolvem-se como matérias que integram as diferentes magnitudes materiais envolvidas (*macro, meso e micro*), como medidas de impacto sistémico.

Mas passemos em resenha essas propostas e os seus pressupostos:

- é necessário um programa de reforma e da organização da justiça que assuma com seriedade o Estado de direito, afirmando os tribunais na plenitude das suas funções e adequando-as às actuais exigências sociais, políticas e económicas;
- torna-se indispensável gerar um pensamento ético, sistemático e organizativo sobre os tribunais e as profissões da justiça: a sua governação, o seu relacionamento com a democracia e os demais poderes, a sua capacitação e formação, o seu desempenho, a sua função comunitária, política e económica, e, por fim, a razoabilidade, a prontidão e a justeza nos seus procedimentos;
- esta concepção institucional mais complexa e enriquecida da justiça e do julgador que tem influenciado os modelos de aplicação ou realização do direito tem de implicar um novo perfil de juiz mais atento à complexidade da actual vida em sociedade e, por aí, à organização do sistema judicial e às implicações sistémicas da sua actividade;
- os tribunais assumem uma determinada posição na arrumação política e constitucional do Estado e têm assumido cada vez maior importância

- e centralidade na vida social, política e económica, o que deve ter consequências ao nível da prática política e governativa;
- o acompanhamento dos dados estatísticos, a recolha de outros tipos de dados e o seu tratamento conjunto, a construção de metodologias e indicadores, em matérias referentes aos processos entrados, pendentes e apreciados pelos tribunais, às partes envolvidas, ao fluxo de processos e aos actos praticados, ao tempo que é envolvido em cada um dos actos e na integralidade dos processos, aos tipos de litigância e de litigantes encontrados, às tarefas e à produtividade dos magistrados e dos funcionários judiciais, à qualidade das tarefas e das decisões produzidas, são elementos vitais para apurar das opções de reorganização, sistematização e avaliação da programação e execução das políticas de reforma da justiça mas também e sobretudo para a planificação e a organização da própria actividade dos tribunais, nos seus vários planos de operacionalidade;
 - a tarefa governativa da justiça tem actualmente ao seu dispor um acervo de metodologias e de instrumentos que têm vindo a ser produzidos por várias instituições de investigação, análise e administração judiciária, à escala global, que beneficiam, facilitam e estruturam a ponderação das respostas mais apropriadas à regulação da procura e da oferta judiciais e também à boa organização, administração e gestão da actividade dos tribunais segundo os parâmetros de eficiência, qualidade e até de excelência comumente aceites;
 - a governação da justiça deve ser pensada em prol da sua eficiência, qualidade e até excelência, mas também na defesa dos princípios, garantias e regras essenciais do Estado de direito;
 - as vontades políticas e partidárias devem estar firmemente empenhadas em credibilizar a justiça criando o ambiente institucional mais propício à restauração da confiança dos cidadãos no sistema judicial; e
 - deve-se seguir aqui na área da justiça (como aliás em todas as áreas públicas da governação) uma política rigorosa de exigência e de competência na escolha dos cargos dirigentes e na nomeação dos responsáveis pelas várias áreas e instituições de relevo para a justiça, promovendo-se o prestígio, credibilização e capacidade de actuação e afirmação da justiça e dos tribunais no seu todo.

Em todas essas propostas persiste a necessidade de gerar preocupações de índole organizativa e sistemática sobre a realidade dos tribunais e do direito. Pensar o direito hoje é reflectir sobre a sua capacidade de regular o imprevisível, a surpresa e a imponderabilidade. Mas pensar o direito na actualidade é também reflectir sobre a possibilidade de adequar o pensamento jurídico, sem perder a sua essencialidade de ordenação e de sistema, à liquidez dos tempos, dos sentimentos e até das vontades políticas e sociais. Servindo uma lógica de construção qualitativa de um judiciário comprometido com a cidadania e com os direitos fundamentais.

O Estado de direito encontra-se efectivamente entre a crise e o sistema. A escolha tem de passar por medidas que encarem o sistema em toda a sua plenitude, considerando, nessa opção, tanto os tribunais como o seu sistema, os seus actores e a sua organização. Pretendendo, com isso, fortalecer a ideia de Estado de direito e assumindo-a como uma atitude séria perante a necessidade de governar e organizar o sistema judicial.

Tal constatação deve ser entendida como uma oportunidade e um forte estímulo para mobilizar os recursos e as capacidades do universo jurídico e judicial numa conjugação social, institucional e profissional mais vasta e consequente. Promovendo, definindo e dando corpo a um exercício eficiente, eficaz, qualificado, isento, imparcial e justo da actividade dos tribunais.

A questão do papel dos tribunais na actual conjuntura de crise (da economia, mas também da política e da sociedade) vem dar ainda maior acutilância às questões relacionadas da crise do direito e do Estado, aliás como vem sendo salientado nestes últimos anos por diversas opiniões, mesmo no seio dos meios forenses e judiciais.

O nível premente de urgência e de dificuldade com que se confrontam os tribunais no seu papel e função, vem a tornar inadiáveis não só o debate sobre o papel dos tribunais na realidade actual como também a apresentação de ideias, de propostas e de estratégias sobre a forma como todos aqueles que actuam nos tribunais se deverão situar e actuar face a esse ambiente crítico. E, mais ainda, tornou bem expressa a indispensabilidade de gerar um pensamento ético, sistémico e organizativo sobre as profissões da justiça e os tribunais: a sua governação, o seu relacionamento com democracia e os demais poderes, a sua capacitação e formação, o seu desempenho, a sua função comunitária, política e económica, e, por fim, a razoabilidade, a prontidão e a justeza nos seus procedimentos.

Trata-se de assumir seriamente os pressupostos do Estado de direito democrático que releva a cada passo os fundamentos básicos do funcionamento da nossa sociedade e que permite, da mesma forma, a realização dos mais ponderosos objectivos sociais, políticos, culturais e económicos. Entre os quais na certa se encontrará também a própria felicidade enquanto objectivo de realização de todos e cada um de nós.

A afirmação de tribunais que realizem as funções que lhe são atribuídas na sua plenitude, não fazendo escapar e esquecer qualquer uma delas, permite reforçar as ideias primeiramente avançadas da necessidade de um programa de reforma e de organização da justiça que tome a sério o Estado de direito. O que só se conseguirá alcançar com medidas que atendam à natureza e às finalidades prosseguidas pelos tribunais e que promovam e dignifiquem o estatuto daqueles que actuam no domínio judiciário. Assegurando o que se entende como uma independência e uma autonomia responsabilizantes para os tribunais e para os juízes.

Referia Abraham Lincoln nos meados do século XIX que “não se pode escapar da responsabilidade de amanhã, fugindo-lhe hoje”. Adequando-nos à realidade judiciária que vivemos, julgamos que escapar da responsabilidade de hoje seria de todo drástico, pois o futuro de que aqui se trata começa no preciso instante que se segue, antes que seja tarde...