

JurisVOX

Revista Jurídica da Faculdade de Direito de Patos de Minas

UNIPAM - Centro Universitário de Patos de Minas

Reitor da UNIPAM
Raul Scher

Pró-reitora de Ensino, Pesquisa e Extensão
Elisa Aparecida Ferreira Guedes Duarte

Pró-reitor de Planejamento, Administração e Finanças
Milton Roberto de Castro Teixeira

Coordenadora de Extensão
Helena Maria Ferreira

FADIPA | Faculdade de Direito de Patos de Minas

Diretor da FADIPA
Leonardo Caixeta dos Santos

*A **Jurisvox** é uma publicação anual do curso de Direito, da Faculdade de Direito do UNIPAM.*

Coordenador do curso de Direito
Erli dos Santos

Impressão e acabamento
Grafipres: (34) 3811-1166

Jurisvox. ano 9, n. 9, out.
2008. Patos de Minas: Centro
Universitário de Patos de Minas,
2008.

Anual

ISSN 1516-778X

1. Direito, Periódicos. I. Centro Uni-
versitário de Patos de Minas.

CDD: 340.05

Catálogo
Bibliotecária: Dione Candido Aquino - CRB 1720

Faculdade de Direito | FADIPA
Centro Universitário de Patos de Minas | UNIPAM
Rua Major Gote, 808 - Caiçaras
38702-054 Patos de Minas-MG Brasil
Telefax: (34) 3823-0300 web: www.unipam.edu.br

Jurisvox

Revista Jurídica da Faculdade de Direito de Patos de Minas

ISSN 1516-778X

ano 9 – n.º 9 – outubro de 2008

Patos de Minas: Jurisvox, UNIPAM, (9):1-208, 2008

FADIPA | Faculdade de Direito de Patos de Minas



Jurisvox

Revista Jurídica da Faculdade de Direito de Patos de Minas
e-mail: jurisvox@unipam.edu.br

Editor geral

Luiz Henrique Borges Varella

Conselho Editorial

Alexandre Máximo Oliveira
Erlí dos Santos
Helen Solis
Joamar Gomes Vieira Nunes
Leonardo Caixeta dos Santos
Luciana de Brito Freitas Leite
Morisa Martins Jajah
Renata Lelis Cardoso
Wânia Alves Ferreira Fontes

Conselho consultivo

Humberto Theodoro Júnior (UFMG)
Elpídio Donizetti (Desembargador do TJMG)
Francisco Satiro de Souza Júnior (USP)
Luiz Carlos Figueira de Melo (UFU)
Alexandre Walmott Borges (UFU)
Maria Alexandra de Sousa Aragão (Universidade de Coimbra, Portugal)
Plínio Antônio Britto Gentil (PUC-SP)
José Herval Sampaio Júnior (UERN)
Rogério Greco (PUC Minas)
Edílton Meireles (UFBA)

Revisão

Lívio Soares de Medeiros

Bibliotecária responsável

Dione Cândido Aquino (UNIPAM)



NEP | Núcleo de Editoria e Publicações

Coordenador do Núcleo de Editoria e Publicações

Luís André Nepomuceno

Sumário

Artigos

- 09 | Ferdinand Lassalle e o estado de bem-estar social
Ferdinand Lassalle and the state of social Welfare
Arnaldo Bastos Santos Neto
Leila Borges Dias Santos
- 24 | Breves aspectos acerca da ação coletiva passiva originária
Short considerations on original passive collective action
Bianca da Rocha Dalla Vedova
- 37 | Processo coletivo e o requisito de admissibilidade recursal “da repercussão geral”: instrumentos (in)eficazes para a tutela de direitos coletivos e a tutela coletiva de direitos
Collective process and the requisite of appealing admissibility “of the general repercussion”: (in)effective instruments for the collective rights custody and the collective custody of rights
Cássio Schneider Bemvenuti
- 47 | O direito n’A Crítica da Filosofia do Direito de Hegel
The right in *Critique of Hegel's Philosophy of Right*
Cláudia Aparecida Pereira e Éder Ferreira
- 58 | Processo, hermenêutica e integridade do direito: a tese dworkiniana no combate a decisionismos e discricionariedades
Process, hermeneutics and integrity of right: dworkian’s theses in the combat of decisionism and discretionarity
Cristiano Becker Isaia
- 73 | A previsão do *amicus curiae* na lei 9.868/99 e a democratização do controle concentrado de constitucionalidade via ação direta de inconstitucionalidade
The prevision of *amicus curiae* in the law 9.868/99 and the democratization of the concentrated control of constitutionality via direct action of unconstitutionality
Dymaima Kyzzy Nunes
- 92 | O mandado de criminalização do tráfico de drogas expresso no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal e a constitucionalidade da redução de pena aos condenados por tráfico
The order of criminalization for drug traffic expressed in art. 5, incise XLIII, of the Brazilian Constitution and the constitutionality of the abbreviation of the penalty to those condemned for traffic
Francisco Alexandre de Paiva Forte
José Donato de Araújo Neto
Michel Pinheiro
- 117 | A Constituição Federal de 1988 e o princípio da dignidade da pessoa humana
The 1988 Brazilian Constitution and the principle of human dignity
Janaína Rigo Santin

- 125 | Biodireito e o pensamento tópico de Theodor Viehweg
 Biolaw and Theodor Viehweg's topic thought
Janice Silveira Borges
Michael César Silva
Sergio de Abreu Ferreira
- 138 | O artigo 587 do CPC – A execução provisória de título executivo extrajudicial
 The article 587 of CPC – the provisory execution of extrajudicial executive term
Marcelo de Oliveira Riella
- 151 | A arbitragem como meio de solução dos conflitos trabalhistas
 The arbitration as a mean to solve labor conflicts
Raphael Sznajder
- 159 | Novos modelos tecnológicos para o acontecimento do contrato eletrônico: assinatura e
 certificação digitais
 New technological models for the electronic contract: signature and digital certification
Roberto H. Pôrto Nogueira
Rodrigo Almeida Magalhães
- 172 | Propriedade intelectual e direito de acesso aos bens culturais na sociedade
 da informação
 Intellectual property and the right of access to cultural wealth in information society
Sávio de Aguiar Soares
- 183 | A redução da duração do trabalho e a classe trabalhadora
 The abbreviation of day's work and the labor's class
Wilson Ramos Filho

Resenhas

- 199 | ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. “Fundamentos da desconsideração da personalidade jurídica no sistema jurídico da *Common Law* e sua aplicação nos direitos inglês e norte-americano – influência no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor”, in: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção & GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (org.). *Temas de Direito Civil-Empresarial*. Rio de Janeiro/ São Paulo/ Recife: Renovar, 2008, p. 1-56.
Conceição de Maria Freire Leite
- 203 | SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *Processo constitucional: nova concepção de jurisdição*. Rio de Janeiro: Método, 2008.
Luiz Henrique Borges Varela



Artigos

Ferdinand Lassalle e o Estado de Bem-Estar Social

Ferdinand Lassalle and the state of social Welfare

Arnaldo Bastos Santos Neto

Doutorando em Direito pela Unisinos e professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás. e-mail: arnaldobsneto@yahoo.com.br

Leila Borges Dias Santos

Doutora em Sociologia pela UnB e professora da Universidade Estadual de Goiás.

Resumo: O presente artigo discute as formulações teóricas de Ferdinand Lassalle, procurando demonstrar a atualidade de seu pensamento para a discussão do Estado de Bem-Estar Social. Lassalle foi o primeiro pensador de uma democracia de massas e formulador da estratégia política que levará ao poder os partidos sociais-democratas responsáveis pela construção do *Welfare State*. Seu pensamento seria marcado por uma combinação de idealismo e realismo, indo da particular mística da “nação metafísica alemã” à consideração dos fatores reais de poder. No momento em que o Estado de Bem-Estar Social passa por uma crise de pressupostos, torna-se imperioso relembrar a trajetória de seu principal arquiteto.

Palavras-chave: 1. Ferdinand Lassalle. 2. Karl Marx. 3. Estado de Bem-Estar Social. 4. social-democracia. 5. revisionismo marxista.

Abstract: The present paper discusses Ferdinand Lassalle’s theoretical formulations, by demonstrating the updating condition of his thoughts for the discussion of the State of Social Welfare. Lassalle was the first philosopher of a mass democracy and the formulator of the political strategy that will lead to the power the social-democrat parties which were responsible for the building of the Welfare State. His ideas were determined by a combination of idealism and realism, from the mystic “German metaphysic nation” to the consideration of the real factors of power. When the State of Social Welfare is under a crisis of presuppositions, it is important to remember the paths of its leading architect.

Keywords: 1. Ferdinand Lassalle. 2. Karl Marx. 3. State of Social Welfare. 4. social democracy. 5. Marxist revisionism

Introdução

Ao lidar com o surgimento do Estado de Bem-Estar Social, a referência a Bismarck como o patrono iniciador das modernas políticas sociais e criador da previdência pública e do seguro social, é inevitável. Este, envolvido com a necessidade de unificar a Alemanha, patrocinou o que ficou conhecido como a *via prussiana ou revolução passiva*. Em outras palavras, a modernização pelo alto, em que o Estado assume o papel

mais dinâmico, atualizando num curto espaço de tempo uma sociedade marcada pelo atraso.

Porém, pouco se fala, quando o tema é a criação do moderno Estado de Bem-Estar Social, daquele que foi o criador da social-democracia alemã. Estamos nos referindo a Ferdinand Lassalle, líder dos socialistas, nascido em Breslau em 11 de abril de 1825, tendo participado da Revolução Prussiana de 1848¹. Lassalle foi muito criticado por Marx, pois ao contrário deste, preconizava uma evolução pacífica – por meio de reformas –, do capitalismo ao socialismo. Ele representou, mais que qualquer outro, a emergência, na arena política, de um movimento pela igualdade que viu na criação e expansão do sufrágio eleitoral uma oportunidade de enorme potencial emancipatório para a classe trabalhadora.

Abordaremos Lassalle como personagem fundamental na formação do Estado de Bem-Estar Social na Alemanha, comparando-o a Karl Marx, devido à forma como cada um se debruçou sobre a estratégia da classe operária e sobre quais meios seriam necessários para sua ascensão ao poder. Inicialmente combatido pelos seguidores de Marx, como ironia da história, Lassalle terá suas teses abrigadas pelo chamado revisionismo marxista². Veremos ainda que a ideia de história de Lassalle, influenciada por Hegel, punha a consciência da classe trabalhadora como representante de toda sociedade, uma vez que seria desprovida de privilégios e teria, portanto, a capacidade de começar um período inédito de bem-estar sem precedentes. Constataremos ainda uma antinomia no pensamento de Lassalle: se por um lado, há um forte componente herda-

¹ Ferdinand Lassalle era judeu, seu pai era um comerciante e vereador. Estudou filosofia e história na universidade local e tinha pretensões de reformar o judaísmo de modo a torná-lo mais universal e menos particularista. Porém, sua vida foi dedicada mesmo ao empenho pela emancipação política e social dos operários via reforma do Estado. Em 1845 conheceu o movimento socialista francês, tendo se filiado à “Liga dos Justos”. Lassalle foi contemporâneo de Marx, com quem esteve durante a Revolução Prussiana de 1848. Devido a sua participação na revolução, foi encarcerado. A partir de 1860 colaborou ativamente com o movimento operário e sindical, tendo sido um dos fundadores da Associação Geral de Trabalhadores Alemães, criada em 1863. Apoiou a ideia prussiana da unificação alemã pelo alto, defendendo Bismarck como artífice desta união. Escreveu, entre outras, as obras *A filosofia de Heráclito, o obscuro de Éfeso*, *A guerra italiana e a missão da Prússia*, *O sistema dos direitos adquiridos*, *Programa dos Trabalhadores*, *O que é uma Constituição?* (publicado por vezes com o título *A essência da Constituição*), *A ciência e os trabalhadores*, *Sobre a questão operária* e a *Cartilha do Trabalhador*. Faleceu na Suíça em 1864, em decorrência dos ferimentos provocados num duelo.

² Por revisionismo, ou reformismo, ou ainda social-democracia, temos uma corrente que surge no interior do marxismo propondo uma revisão de algumas de suas teses fundamentais, principalmente a rejeição da ideia de que uma revolução seria indispensável para a realização do socialismo. Seus principais teóricos foram Eduard Bernstein e Karl Kautsky. Ambos previram uma evolução do capitalismo que se transformaria gradualmente em socialismo por meio de reformas sociais.

do do idealismo hegeliano e do romantismo alemão, por outro lado, suas ideias o colocam como sucessor do realismo de Maquiavel (aproximando-o ainda do realismo jurídico anglo-saxão), quando defende que os fatores reais de poder são as verdadeiras fontes das Constituições.

Lassalle e Marx

Norberto Bobbio irá observar que “o pensamento de Marx se insere nas grandes correntes do realismo político que desnudam o Estado de seus atributos divinos e o consideram como uma organização de força, do máximo de força disponível e exercível em determinado grupo social” (p. 51). Mas, se em Marx convivem elementos de uma teoria política realista, temos ao mesmo tempo um forte conteúdo utópico e até mesmo reminiscências do pensamento anarquista, como a controvertida tese do fim do Estado. Lassalle, do mesmo modo, combinava aspectos ao mesmo tempo realistas e românticos nas suas formulações. Basta vermos o que escreveu, no livro *A essência da Constituição*³, acerca dos chamados fatores reais de poder como os elementos que de fato regem a sociedade e os alicerces da Constituição, ou seja, os problemas constitucionais não seriam, os de direito, mas os de poder. Ao mesmo tempo, Lassalle compartilhava com o romantismo filosófico alemão a mística do espírito do povo (assim como o predomínio do espírito coletivo sobre o individual) e do destino nacional alemão. Lassalle foi fortemente influenciado pela leitura daquele que é considerado como o texto fundador do nacionalismo alemão, a obra *Discursos à nação alemã*, escrito por Johann Gottlieb Fichte. Rodolfo Mondolfo comenta que Lassalle herdou de Fichte o entusiasmo nacionalista,

³ Neste pequeno e iluminado texto, cuja força expressiva é várias vezes superior ao número de suas páginas (o que o põe ao lado de obras clássicas do pensamento político como o “Manifesto do Partido Comunista” ou o “O Príncipe”), Lassalle nos põe diante da seguinte circunstância hipotética: imagina a ocorrência de um incêndio onde pereceriam todos os arquivos do Estado, além de bibliotecas públicas e depósitos que abrigassem todas as coleções legislativas impressas, além da tipografia responsável pela impressão da Coleção Legislativa, e assim teria ocorrido em todas as cidades do país a ponto de não mais restar nenhum texto legal impresso. O país inteiro não poderia contar com nenhuma lei escrita, empurrando a sociedade para um vazio normativo. O que aconteceria? “Neste caso, o legislador, completamente livre, poderia fazer leis de capricho ou de acordo com o seu próprio modo de pensar?” (p. 27) Obviamente que não, pois continuaria a existir a realidade do poder: o rei, o exército, os industriais, banqueiros, pequena burguesia e classe operária, além da consciência coletiva e da cultura geral da nação: todos esses fatores constitutivos da Constituição. De modo que de nada adiantaria o incêndio, porque a realidade dos fatores de poder ainda permaneceria, e as leis seriam reescritas da mesma forma, de maneira a acomodar novamente o arcabouço legislativo.

que atribuía a missão universal de encarnar o conceito do império do direito e do reino vindouro da liberdade perfeita (p. 355).

A grande diferença entre o pensamento de Lassalle e o de Karl Marx ficou por conta da atitude para com o Estado. Enquanto Marx via no Estado burguês algo a ser destruído, Lassalle acreditava na possibilidade de transformá-lo para que pudesse atuar em favor da classe trabalhadora. A hipótese formulada por Marx e Engels de que o Estado deveria se extinguir após um curto período de transição, após a tomada do poder pelos revolucionários, não fazia sentido a Lassalle, que acreditava na possibilidade de um “Estado da classe operária”: o Estado como uma grande organização, uma grande cooperativa das classes trabalhadoras (LASSALLE, 1999, p. 77). A ideia de extinção do Estado (na sociedade sem classes) soava como um resquício da mentalidade anarquista e até mesmo liberal, uma vez que, para os liberais mais extremados, se não houvesse velhacos e ladrões não haveria o porquê da existência do Estado. Ao propor como luta principal da social-democracia a conquista do sufrágio universal, Lassalle estava formulando a tese da centralidade da questão democrática para a reforma da sociedade: “Como já foi demonstrado, o sufrágio direto e universal é, portanto, não só o seu princípio social básico, a condição básica de qualquer assistência social. É o único instrumento capaz de melhorar a situação material da classe operária” (LASSALLE, 1999, p. 78). Foi o primeiro teórico da moderna democracia de massas.

Lassalle e a social-democracia

Quando Lassalle surgiu na cena histórica alemã, o movimento operário estava ainda em seus primórdios. Suas primeiras intervenções públicas foram de apoio à unificação da Alemanha. Fortemente influenciado pelo romantismo alemão, criticou os camponeses que se alinharam aos seus senhores, e afirmou que a Alemanha só poderia realizar o seu destino histórico, caso se transformasse numa nação única. Posteriormente argumentou que a missão histórica da classe operária alemã seria a de eliminar os privilégios e a de realizar um Estado nacional centralizado e forte. A via para obtenção de tal fim seria o sufrágio universal.

Demarcando-se do liberalismo representado pelo Partido Progressista, Lassalle propôs a organização de um partido político operário (o primeiro da história)⁴, o que

⁴ “A classe operária precisa integrar-se a um partido político independente e fazer do sufrágio universal, igual e direto, bandeira e lema desse partido. Só a representação da classe traba-

resultaria na fundação do *Allgemeiner Deutscher Arbeitverein*, em 1862, o embrião da moderna social-democracia alemã.

Além de preconizar a luta pelo sufrágio universal e propor que a classe trabalhadora organizasse a sua participação política de forma independente, Lassalle defendeu que o Estado alemão interviesse diretamente na vida econômica, por meio do apoio material às cooperativas de produção, como forma de os trabalhadores se tornarem donos das unidades produtivas. Lassalle identificava a questão social de sua época como a “questão operária”, mas a palavra “operário” abarcava todos os que viviam do trabalho: “operários somos todos”, escreveu Lassalle⁵.

Uma vez que a classe trabalhadora não estava presa a nenhum particularismo ou privilégio, estava apta a defender o interesse geral. Lassalle percebe assim o operário como a mola propulsora de um movimento popular e democrático, capaz de fundar uma autêntica democracia social. Tal movimento popular não seria simplesmente um movimento de classe, preocupado em afirmar os interesses mesquinhos de um grupo social e em muito se diferenciava do movimento revolucionário organizado em torno da figura do “proletário” como na tradição marxista. Como instrumento do movimento operário nascente, Lassalle defendeu a criação de um órgão de imprensa, o *Vorwaerts*, que exerceu influência decisiva na história alemã, servindo de modelo para outros órgãos de uma nascente imprensa social-democrata (DROZ, p. 61).

Bismarck concordou com Lassalle quanto ao estabelecimento do sufrágio universal, pois este último havia apoiado sua intenção de unificação da Alemanha sob hegemonia prussiana, e em seguida organizou mecanismos de aposentadoria e seguro social para doenças, desemprego e acidentes de trabalho, um serviço de saúde público (o primeiro não-confessional) e regras de proteção ao trabalho (incluindo férias anuais de um mês, limitação de jornada, salário mínimo), além de formação profissional a cargo do Estado, criando o embrião do futuro Estado de Bem-Estar Social.

A política de Bismarck não foi desprovida de sutilezas: buscava dar concessões aos trabalhadores como modo de conter o avanço de seu movimento. Após a morte de

lhadora nas câmaras legislativas alemãs pode satisfazer seus interesses legítimos em matéria política. Na dimensão política, o programa do Partido Operário é, e tem que ser, o início de uma mobilização pacífica e ordenada rumo a este objetivo, com todos os meios legais ao seu alcance.” (LASSALLE, 1999, p. 52).

⁵ O termo antecipa assim a fórmula proposta por Ricardo Antunes, que visa preservar a idéia de centralidade do mundo do trabalho, da “classe-que-vive-do-trabalho”, ou seja, a totalidade dos assalariados, homens e mulheres, que vivem da venda da sua força de trabalho e que são despossuídos dos meios de produção (Cf. ANTUNES, p. 101).

Lassalle, Bismarck tentou sufocar o movimento social-democrata alemão, pondo-o na clandestinidade em 1878. E ao mesmo tempo em que proibia organizações socialistas, permitiu que os mesmos fossem representados no parlamento através de candidatos independentes. As medidas de proteção social tinham como objetivo destruir a crescente influência da social-democracia. Na parte final de seu governo, nos anos de 1883 a 1890, Bismarck irá criar Caixas de Assistência e de Aposentadoria, dotando a Alemanha de uma notável legislação social. Porém, como observou Jacques Droz, “do ponto de vista político, o resultado não foi feliz, os trabalhadores continuaram a votar nos social-democratas” (DROZ, 1999, p. 65). Bismarck, que era um *junker*, ou seja, pertencia à nobreza latifundiária (que o via como um trãnsfuga), atuou como um modernizador do Estado alemão, combatendo até mesmo os privilégios da sua própria classe social.⁶

A ação de Bismarck se encaixa perfeitamente no conceito gramsciano de “revolução passiva”. Tal estratégia implica dois momentos distintos: o de “restauração” como reação contra qualquer possibilidade de transformação radical; e o de “renovação”, com a incorporação de uma parte das reivindicações das classes dominadas (SEGATTO, p. 168). No Brasil, Getúlio Vargas irá utilizar estratégia idêntica para construir um Estado social corporativo em torno da Consolidação das Leis do Trabalho.

Após a morte de Lassalle, os debates no interior da social-democracia alemã irão polarizar dois grupos, os partidários de suas ideias e os partidários de August Babel e Wilhelm Liebknecht (conhecidos como *eisenachianos*), influenciados ideologicamente pelo marxismo. A unificação dos dois grupos ocorrerá no famoso Congresso de Gotha (1875). A primeira reivindicação do programa aprovado (e que foi duramente criticado por Karl Marx) foi a garantia do “sufrágio universal, igual e direto, e por meio de escrutínio secreto para todos os homens desde os 21 anos, em todas as eleições nacionais e municipais”. Após o fim da proibição ao funcionamento legal dos partidos ope-

⁶ Ernest Johann e Jorg Junker apresentam outra explicação – além da intenção de neutralizar o avanço dos socialistas alemães – para a adoção de medidas de proteção social por parte de Bismarck: “(...) se anunció la promulgación de leyes del seguro de enfermedad y accidentes, hablándose también de la necesidad de la asistencia a la vejez de los mismos. Ni que decir que Bismarck no había concebido medidas tan audaces que iban a modificar la estructura social por amor a los trabajadores. Lo que proponía era otra cosa: restar influencia a los socialdemócratas, a los que consideraba como un peligro para el Estado. Además de este motivo, le animaba otro: el poder de Prusia, esto es, el de Alemania, se basaba en el ejército; el servicio militar obligatorio era general, pero el estado de salud de los reclutas dejaba que desear: la larga jornada de trabajo y las insalubres condiciones de las viviendas hacían que muchos “proletarios” no resultasen aptos para el servicio militar. Bismarck temía que disminuyesen los efectivos reales o posibles del ejército, no obstante el rápido crecimiento de la población del territorio del Reich. Esta fue, pues, una de la razones de que se limitase el horario de trabajo y de que se adoptasen toda una serie de medidas oficiales de protección al trabajador.” (JOHANN e JUNKER, 1970, p. 60).

rários, com o afastamento de Bismarck do poder em 1890, o partido operário alemão irá se reorganizar com o nome de Partido Social Democrata Alemão (JOHANN e JUNKER, p. 41).

Para os social-democratas, o desenvolvimento de serviços sociais coletivos e a maior igualdade de renda, via impostos progressivos, levariam a sociedade ao socialismo sem a abolição da propriedade privada. A crença de que os objetivos socialistas se realizariam por meio da ação do Estado de Bem-Estar Social criou uma base de legitimidade junto aos movimentos sociais mais moderados. Enquanto para os liberais, a ação racional do Estado consistiria em construir uma sociedade de livre mercado, para os social-democratas, a ação do Estado seria o meio de transformação social rumo ao socialismo. Para tanto seria necessário concentrar esforços na distribuição de renda, na reorganização da estratificação social e confiar na neutralidade da racionalidade burocrática e administrativa do Estado moderno via parlamento, o que resultaria na influência do Estado sobre o processo produtivo.

Os social-democratas, em diálogo crítico com o marxismo, consideravam que a luta de classes não esgota as possibilidades de participação da sociedade civil. Tal participação pode ser aprofundada pela democracia política, que a longo prazo levaria a uma democratização econômica e social plena. Entre os autores social-democratas ocorrerá uma assimilação de elementos da análise weberiana sobre o Estado, que rejeita a luta de classes como explicação exclusiva (monocausal) para a dinâmica social. Isto devido à força do voto presente na sociedade civil, que confere participação institucional, colocando o Estado a serviço da maioria e não de poucos.

Para a tradição social-democrata, o bem-estar é fruto da reivindicação, da luta da classe trabalhadora e da luta pela cidadania e pela representação política, não sendo necessariamente oposto à lógica do capital e da acumulação. Segundo Bobbio, a democracia burguesa representaria a vitória real da classe trabalhadora sobre o Estado capitalista, ressaltando a importância da emancipação política, pré-condição da emancipação econômica. Para o jurista italiano, a democracia, mesmo que burguesa, é o ponto de partida para o aprofundamento daquilo que chama de democracia total. A emancipação política seria também emancipação humana, e demanda a extensão dos direitos e o fortalecimento das instituições. Bobbio e Marshall avaliam que a via reformista tem condições de equacionar os mais difíceis desafios que as desigualdades econômicas e sociais, bastando observar a trajetória do Estado de Bem-Estar Social e os benefícios

trazidos por ele, como o aprofundamento dos direitos civis, políticos e sociais em meio às camadas populares.

Lassalle e o revisionismo marxista

A própria evolução do Estado até sua formação atual seria resultado das crises enfrentadas pela sociedade burguesa e pela luta de classes e de cidadania. Os social-democratas acreditam que, nessa dialética, as mudanças pelas quais o Estado moderno passa, gerarão condições para o mesmo se tornar agente distribuidor do capital, além de principal defensor das potencialidades democráticas da sociedade civil.

Interessante observar que, quando Paulo Bonavides escreveu sobre o advento do Estado Social, fez repousar no pensamento de Rousseau e Marx as bases ideológicas desta nova formação estatal – Rousseau, por representar o arquiteto de uma via reformista e pacífica, e Marx, como partidário da via revolucionária (BONAVIDES, 2001). Creio que seria mais acertado ver na obra de Lassalle os elementos ideológicos essenciais do Estado de Bem-Estar Social: democracia política (sufrágio universal) combinada com a intervenção do Estado em prol da promoção social da classe trabalhadora.

Hans Kelsen, ao se alinhar na década de 20 com a social-democracia austríaca, defenderá um “regresso a Lassalle”, pensador com cujas ideias políticas irá se identificar. Para o jurista de Viena, o fato de que Marx tenha se tornado o pensador central da social-democracia alemã, resultava num paradoxo, uma vez que as concepções políticas de tal movimento haviam sido originariamente dadas por Lassalle (KELSEN, p. 366). Kelsen observa ainda que no programa do comunismo soviético havia uma contradição insolúvel entre as propostas econômicas (de direção centralizada da economia pelo Estado) e a própria tese da extinção gradual do Estado. Obviamente um Estado assim fortalecido – detendo em suas mãos o controle de toda riqueza econômica – não deveria se “extinguir”, mas sim, como de fato ocorreu, transformar-se num Estado total.

Mesmo com a ulterior vitória ideológica do marxismo, que irá se tornar a corrente hegemônica dentro do movimento socialista alemão, o legado de Lassalle permanecerá. O movimento revisionista⁷, iniciado por Eduard Bernstein, irá colocar vários dos dogmas do marxismo em cheque, criticando a opção pela revolução violenta e de-

⁷ O “revisionismo”, movimento que tentava atualizar o marxismo dentro da social-democracia alemã, somente seria abandonado no Congresso de Bad-Godsberg, em 1959. Neste conclave, a social-democracia alemã renunciou expressamente ao marxismo. Porém, como salientam os mesmos, o revisionismo não é antimarxismo, mas sim uma crítica e uma superação do marxismo.

fundendo o caminho do sufrágio universal e das reformas para a construção de uma sociedade emancipada. Bernstein irá tentar reconciliar o socialismo com o liberalismo político, proclamando que o primeiro é o herdeiro legítimo do segundo. Sem desprezar a contribuição de Marx ao socialismo, por trazê-lo ao “duro solo da realidade”, Bernstein irá atacar a formulação de Marx sobre a forma do Estado de transição, conhecida como “ditadura do proletariado”, como algo “pertencente a um nível de civilização mais atrasado”⁸. Defenderá o caminho da democracia social, obtida pela pressão dos votos e da atividade parlamentar, e o caminho das reformas, expresso na máxima que o tornou famoso: “o movimento é tudo, o objetivo final não é nada”.⁹

Algumas frases lapidares de Bernstein dão a exata medida do quanto suas ideias o afastaram do marxismo revolucionário: “O socialismo pode estar mais visível em uma boa legislação fabril do que na socialização de um grupo inteiro de fábricas.” “A democracia é fim e meio ao mesmo tempo. Ela é o meio de luta para o socialismo e é a forma de realização do socialismo.” “A violência elementar que se manifesta nas revoluções políticas pode mudar cada vez menos a essência do corpo social. Ela pode romper com grilhões que se tornaram insuportáveis e eliminar sistemas obsoletos, mas além disso não pode criar nada duradouro” (MEYER, p. 47). Não por acaso, Bernstein irá escrever uma volumosa introdução à publicação das obras completas de Lassalle, com o título, em inglês, de *Ferdinand Lassalle and his significance in the History of Social-Democracy*.

Lassalle deu munição à crítica revisionista da revolução como ato violento, argumentando que as revoluções não dependem do voluntarismo de nenhuma vanguar-

⁸ Especialmente na formulação de Lênin, a ditadura do proletariado se transformará no programa político de um particular retorno ao Estado Absoluto. Segundo o revolucionário russo, a ditadura do proletariado seria um modelo de Estado que não se encontra subordinado a nenhuma lei, que não está preso a nenhuma regra legal. Um trotskista ortodoxo como Nahuel Moreno irá resumir o que foi a ditadura do proletariado: “A ditadura de Lênin e Trotsky deu à Tcheka o poder de castigar de acordo com as “circunstâncias do caso e os ditames da consciência revolucionária” e não sobre a base da lei escrita. E não esqueçamos que muitos anos depois Trotsky considerou a Tcheka o “verdadeiro centro do poder, durante o período mais heróico da ditadura proletária” (MORENO, p. 75). Que depois o próprio Trotsky e quase toda a sua família tenha sido “liquidada” por este mesmo “poder heróico”, e somente preso à “consciência” dos policiais da Tcheka (polícia política dos primeiros anos da URSS, antecessora da KGB), deveria dizer algo aos defensores do modelo que fracassou com a queda do socialismo real – mas tal, obviamente, não ocorre.

⁹ A fórmula representava um ataque ao conteúdo utópico do marxismo, com a perspectiva de construção futura de uma sociedade idílica. Ao mesmo tempo Bernstein se coloca contra as pretensões cientificistas do marxismo ortodoxo, preferindo substituir a expressão consagrada por Engels de “socialismo científico” pela expressão “socialismo crítico” (Cf. BERNSTEIN, 1997).

da: “jamás se puede crear una revolución; solo se puede reconocer jurídicamente una revolución que ya ha penetrado en las relaciones reales. Querer crear una revolución es locura de hombres ignorantes de las leyes de la historia. Precisamente por eso es de igual modo pueril querer poner dique a una revolución” (LASSALLE, apud MONDOLFO, p. 357).

O revisionismo irá defender uma construção gradual do socialismo, utilizando a democracia como meio e fim da atividade política. Em vez de uma estratégia revolucionária, os revisionistas pregavam a criação de uma república democrática, por meio de passos conscientes e construtivos. Enquanto Marx havia previsto que a sociedade se dividiria em duas grandes classes antagônicas, numa simplificação crescente, os revisionistas constataram que ao contrário das previsões iniciais, ocorrera um incremento da complexidade na economia e na estrutura social dos países do capitalismo avançado. Como resultado das próprias lutas sociais, ocorreria também uma melhora das condições de vida da classe trabalhadora. O capitalismo aprenderá – a duras penas – a controlar as suas crises, reduzindo a credibilidade de teorias que apostavam no colapso do capitalismo como hipótese provável.

Os revisionistas proclamarão ainda que o “socialismo não é um modelo de sociedade institucionalmente definido, mas sim um princípio de formação da sociedade (liberdades iguais para todos e em todas as esferas da vida através da solidariedade e da organização)” (MEYER, p. 44). Estavam lançadas as bases teóricas e ideológicas do Estado de Bem-Estar Social. Com o advento da Revolução Russa em 1917, o movimento socialista se dividirá de forma definitiva em dois grupos antagônicos: os comunistas, que darão vida ao chamado “socialismo real”¹⁰; e os social-democratas, trabalhistas ou

¹⁰ Os marxistas terão sempre uma visão negativa do *Welfare State*, como mecanismo sofisticado de continuidade da dominação burguesa. Os marxistas enxergam um fio de continuidade entre o Estado Liberal e o Estado de Bem-Estar Social, este não passando de um prolongamento daquele. Após a crise dos anos de 1930, o Estado de Bem-Estar Social se apresenta como uma solução reformista, fortalecendo a legitimidade do Estado burguês, sem alterar sua economia ou estrutura social de classe. Para os marxistas é preciso analisar as relações entre as diversas forças sociais envolvidas no funcionamento do poder estatal, concentrando-se na análise da constituição das superestruturas política e ideológica, pois estas se relacionam com forças políticas e habilidade do capital para reproduzir sua dominação de classe. E se o Estado, então, é uma instituição de classe, estará sempre defendendo a dominação burguesa, ocasionando concessões às camadas menos favorecidas para obter o consenso necessário para governar por meio da democracia representativa. Há simultaneamente a legitimação dos interesses da classe governante e o consentimento dos governados; ou seja, aquilo que Gramsci denomina como hegemonia da classe dominante sobre as dominadas. A sociedade civil seria o centro da análise por ser ela o palco onde o capitalismo se desenvolve, onde se refletem as relações ideológicas e culturais, a vida moral e intelectual. No estudo das articulações com a sociedade civil e a força das lutas pela hegemonia na própria sociedade civil ou no aparato de Estado,

socialistas democráticos, que serão os defensores mais decididos do Estado de Bem-Estar Social.

Lassalle entre o idealismo e o realismo

Não é difícil perceber a ligação de Lassalle com o realismo político – e com Maquiavel –, que recusava os critérios da política normativa para embasar os governos e entendia a política como o cenário onde se realizam as disputas de forças na defesa de interesses díspares. Devemos lembrar que Maquiavel tinha uma postura anti-utópica e realista. Para ele a utopia não passava de imaginação, sendo o real, ao contrário, uma contingência inafastável. O real não seria estático e exterior, mas inserido nas possibilidades abertas à ação ou à intervenção do homem. Maquiavel é utilitarista, pois a política, para ele, deve ser conhecida para se interferir nela, a fim de transformar a realidade. O ponto que mais aproxima o pensamento de ambos se situa na afirmação de Maquiavel de que a política seria fruto de jogo de forças resultante dos inconciliáveis desejos humanos.

A esfera da política seria a do jogo de forças resultantes dos desacordos. Lassalle, por sua vez, propunha que sua teoria servisse a uma causa, e ele viu que a classe trabalhadora constituía-se, também, na sociedade capitalista, num fator real de poder, ou seja, tinha possibilidade de lutar pela defesa de seus interesses por meio do uso de suas organizações, sindicatos e partidos, para conquistar o poder por meio da luta eleitoral. A expansão do sufrágio tinha a capacidade de alterar a correlação de forças, trazendo reformas sociais capazes de mudar a própria natureza do Estado.

Outro dado interessante a observar é que o mote lassalliano dos fatores reais de poder e da “Constituição como folha de papel”¹¹ nos remete diretamente às teses do realismo jurídico anglo-saxão contemporâneo, que estabelece uma distinção entre “*law*

residiria o passo inicial da mudança rumo a uma sociedade socialista. Uma síntese das posições marxistas pode ser encontrado em PICÓ (1999). Especialmente o capítulo intitulado “La crítica marxista del Estado”.

¹¹ Numa polêmica já bastante conhecida, Konrad Hesse irá limitar o alcance das posições de Lassalle, lembrando que a Constituição não é uma mera folha de papel, uma vez que possui uma força normativa que resulta da autoridade simbólica do próprio texto. Hesse percebia que a Constituição, apesar de não estar desligada da realidade histórica que a envolve, não é apenas condicionada a ela. A referida força normativa insere-se no que Hesse chama de vontade de Constituição, pois no anseio por cumpri-la, espera-se que a realidade siga suas normas e preceitos. A Constituição seria, além de ser também um dever ser. A Constituição, portanto, não seria apenas fruto dos fatores reais de poder, mas também, para não ser refém de estrutura unilateral, ser condicionada a um cumprimento de disposições constitucionais (Cf. HESSE, 1991).

in books” e *“law in action”*, esta última a expressão verdadeira, que representaria a lei que realmente vale e obriga. Também podemos encontrar ecos da visão de Lassalle no pensamento dos *Critical Legal Studies*, ao afirmar que *“todo direito é político”*. Lassalle ataca os mitos em torno da Constituição, devolvendo a esta a sua dimensão estritamente política.¹² Também Max Weber, a propósito do constitucionalismo russo de 1905, falava de um *pseudoconstitucionalismo*, isto é, de inadequação entre texto legal e realidade circunstancial (WEBER, 2005).

Todavia, tais teses lassallianas estão inseridas num contexto maior, o de suas ideias acerca da história. Já comentamos sua filiação ao romantismo alemão. Convém lembrar aqui tal tema, poucas vezes abordado em nossa literatura jurídica. Fichte argumentava que para o povo alemão o espírito não era a formação histórica, era independente da história e contrastava com ela. O alemão seria um povo metafísico, que *“tocou o destino metafísico”*, criando um substrato nacional e um território pelo simples conceito. O nacionalismo de matriz romântica será a base das concepções políticas de Lassalle.

Em sua filosofia da história, Lassalle herda de Hegel a crença de que o princípio da história seria o desenvolvimento da liberdade e que tal processo não poderia ser impedido, pois seria um processo histórico inevitável, que poderia, no entanto, ser acelerado. Lassalle era um otimista radical, mas não um determinista, pois acreditava que o homem poderia dar forma à liberdade na realidade histórica. A classe operária – alemã –, naquele momento histórico, seria, em suas aspirações, a indicada para desenvolver e realizar a liberdade, tida como princípio vivo da história. Sem privilégios particulares, a classe operária seria a adequada para iniciar uma nova etapa na história, pois nela não haveria contradição entre o interesse particular e o geral. O princípio dessa classe, pelo desenvolvimento de sua liberdade, seria o princípio de toda uma época, a ideia que norteia a sociedade. Prova disso seria a Revolução Francesa de 1848, quando no Governo Provisório foi proclamado o sufrágio direto e universal e se defendeu que a finalidade do Estado é a defesa da classe trabalhadora. Nessa revolução, Lassalle percebe a solidariedade na liberdade. O Estado seria a concretização da unidade dos

¹² O realismo jurídico tem natureza antimetafísica, rejeita a jurisprudência mecanicista da escola da exegese e é cética com relação às normas e conceitos jurídicos, pois é contrário ao formalismo jurídico, que percebe que as normas e sistemas jurídicos possuiriam qualidades formais devido ao dogma da racionalidade do legislador. No formalismo jurídico, os códigos seriam a concretização da razão (Cf. BARRETO, p. 700).

indivíduos coadunados em um todo moral e sua função maior seria a de educar o gênero humano para a liberdade. Tal tarefa seria assumida pela classe operária.

Lassalle sentia necessidade de adaptar os métodos de luta e os fins à realidade concreta das condições históricas. Para ele o movimento da história é definido pela consciência, não dos indivíduos, mas das classes, pois o processo histórico se realizaria pelos conflitos de classes que, para vencer, deveriam ter consciência de seus fins e dos fins do adversário. A consciência seria requisito e produto do processo histórico. As classes é que produziriam tal consciência. A série dos feitos históricos seria a exterioridade do desenvolvimento da ideia. A classe refletiria, por meio da consciência o desenvolvimento do espírito absoluto. E o espírito do povo é que seria portador de determinado grau de desenvolvimento, sendo predestinada a sua missão. Esse espírito do povo se corporificaria no Estado, que seria dominado pela ideia da classe trabalhadora, realizadora da atuação da liberdade humana, por meio de uma consciência plena.

Conclusão

Rodolfo Mondolfo sublinha que Lassalle conseguiu alavancar o movimento trabalhista na Alemanha aliando idealismo, nacionalismo e sindicalismo. Ocorre que as conquistas sociais obtidas democraticamente dentro da esfera do Estado-Nação encontram-se em xeque nesses tempos atuais de globalização econômica, em que a mobilidade do Capital desloca as operações industriais para países de fraca organização sindical e, conseqüentemente, de níveis salariais e benefícios sociais menores. Aquilo que foi uma das forças motrizes da estratégia de Lassalle na Alemanha, ou seja, a combinação da questão nacional com a busca de uma democracia de massas, é hoje uma estratégia esgotada. Por outro lado, Marx, precursor da ideia de globalização, processo que descreve de modo brilhante já no Manifesto Comunista de 1848, volta à tona com sua proposta de internacionalismo proletário, a visão de que os problemas da emancipação social não podem ser resolvidos no bojo de estratégias puramente nacionais.

O nacionalismo de Lassalle, sua crença de que a Alemanha possuía um destino nacional ímpar guarda certa ambigüidade com um pensamento de forte conteúdo realista, como vimos anteriormente. A nosso ver, o idealismo de Fichte e Hegel não combina com o realismo de inspiração em Maquiavel. Por outro lado, seu adversário teórico, Karl Marx, também combinou, em doses substantivas, elementos realistas e utópicos em seu pensamento. Quem se familiariza com a história do movimento operário alemão e com as ideias de Lassalle não se espanta com o fato de que em 1914 a social-

democracia alemã, cuja criação ele inspirou, votou favoravelmente à concessão dos créditos de guerra, no episódio mais vergonhoso de sua trajetória. Mas qual o espanto? O nacionalismo estava na raiz de suas propostas. E são justamente os seus limites nacionais que põem em xeque as conquistas do Estado de Bem-Estar Social.

A incoerência de Lassalle reside no fato de ele se posicionar em seu idealismo hegeliano, percebendo o Estado como ente moral maior (expressão máxima da eticidade) – que deve ser liderado pela classe operária –, e ao mesmo tempo se colocar como realista, ao afirmar que os problemas constitucionais não são de direito, mas de poder, e que a verdadeira Constituição se baseia nos fatores reais de poder. Ou seja, as questões constitucionais não são jurídicas, mas sim políticas. Por outro lado, Lassalle idealizava a classe trabalhadora e seu papel, assim como seu país e sua nação, como a única capaz de desenvolver e realizar o espírito absoluto do Estado. Haveria, portanto, um abismo entre o seu ideal de Estado e o modo como encarava a Constituição.

Referências

- ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 1999.
- ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. *Maquiavel: a lógica da força*. São Paulo: Moderna, 1993.
- BARRETO, Vicente de Paulo (coord.) *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos/ Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.
- BERNSTEIN, Eduard. *Socialismo evolucionário*. Tradução de Manuel Teles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar: Instituto Teotônio Vilela, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *Qual Socialismo? Discussão de uma alternativa*. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- DROZ, Jacques. *História da Alemanha*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1999.
- ELEY, Geoff. *Forjando a democracia: A história da esquerda na Europa, 1850-2000*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2005.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFe, 1991.

JOHANN, Ernest e JUNKER Jorg. *Historia de la cultura alemana de los últimos 100 años*. Munique: Nymphenburger Verlagshandlung, 1970.

KELSEN, Hans. *Socialismo y Estado. Una investigación sobre la teoría política del marxismo*. Tradução de Alfonso García Ruiz. México: Siglo Veintiuno Editores, 1982.

LASSALLE, Ferdinand. *Manifesto Operário e outros textos políticos*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1999.

MEYER, Thomas. *Socialismo democrático: uma introdução*. Tradução de Reynaldo Guarany. Rio de Janeiro: Paz e Terra: Friedrich Ebert Stiftung, 1983.

MONDOLFO, Rondolfo. La filosofía de la historia de Fernando Lassalle. *Revista Mexicana de Sociología*. Vol. 05, número 03, Universidad Nacional de México, 1943, pp. 343-381.

PICÓ, Josep. *Teorías sobre el Estado del Bienestar*. Madrid: Siglo XXI de España, 1999.

SEGATTO, José Antônio. A. Gramsci: os “Cadernos do Cárcere” e a revolução passiva, in: *Revista Estudos de Sociologia*. UNESP-Araraquara, 13/14: 165-170, 2002/2003.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A essência da Constituição no pensamento de Lassalle e de Konrad Hesse. *Revista de informação legislativa*. Brasília, a.35, n. 139, jul/set. 1998.

WEBER, Max. *Estudos políticos: Rússia 1905 e 1917*. Rio de Janeiro: Azougue editorial, 2005.

Breves aspectos acerca da ação coletiva passiva originária

Short considerations on original passive collective action

Bianca da Rocha Dalla Vedova

Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela ABDPC - Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Servidora Pública do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. e-mail: biavedova@yahoo.com

Resumo: O presente artigo propõe-se a destacar breves aspectos da introdução, no ordenamento jurídico brasileiro, da ação coletiva passiva originária, prevista no Anteprojeto de Código de Processos Coletivos. De origem norte-americana, o referido instrumento processual possibilita a demanda coletiva contra o grupo, categoria ou classe, desde que adequadamente representado, e que a ação verse sobre direitos difusos e coletivos, presente o interesse social. Este microsistema busca adequar as normas processuais vigentes à natureza do direito subjetivo posto em causa, ante a particularidade dos chamados novos direitos. Pontos como a representatividade adequada, esta condição da referida ação, e os efeitos subjetivos da coisa julgada são sumariamente abordados.

Palavras-chave: 1. ação coletiva passiva originária. 2. direitos difusos e coletivos. 3. Anteprojeto de Código de Processos Coletivos

Abstract: The present work aims at detaching some aspects of the introduction of the original passive collective action, in Brazilian juridical ordination, previewed in the Ante-project of the Collective Processes Code. Of American origin, this processual instrument enables the collective demand against the group, category or class, if it is adequately represented, and if the action deals with diffuse and collective rights, when social interest is present. This micro-system intends to adequate the present processual norms to the nature of subjective right put in cause, before the particularity of the so-called new rights. Such matters as the adequate representativeness, the condition of the referred action, and the subjective effects of the judged thing are summarily treated.

Keywords: 1. original passive collective action. 2. diffuse and collective rights. 3. Ante-project of Collective Processes Code

Introdução

Nos dias atuais, é de conhecimento da comunidade jurídica a necessidade de um microsistema que permita a adequação e o aperfeiçoamento das normas processuais vigentes, a fim de que sejam razoavelmente aplicadas aos litígios em que seja parte, ativa ou passiva, a coletividade. Tal mister vem ao encontro dos consagrados ditames constitucionais da efetividade e devido processo legal.

A ação coletiva originária passiva tem origem no sistema norte-americano e, de *lege ferenda*, no ordenamento jurídico brasileiro, no Anteprojeto de Código de Processos

Coletivos. O presente estudo busca apresentar breves aspectos acerca da condição específica da ação, qual seja, a representatividade adequada do membro do grupo, classe ou categoria e pontos relativos à legitimidade passiva. São sumariamente analisados, outrossim, os efeitos subjetivos da coisa julgada da sentença proferida em sede de ação coletiva passiva.

Com a entrada em vigor deste mecanismo processual, por certo uma gama de conflitos difusos e coletivos terá resposta razoável e adequada, condizente com a natureza do bem jurídico tutelado em causa, visto que prestigia hipótese presente no mundo dos fatos, mas carente de proteção jurídica.

1. Origem: o direito norte-americano

Os Estados Unidos da América são pioneiros no estudo e na criação legislativa das chamadas *class actions*, modelo no qual se inspirou o ordenamento jurídico brasileiro para o tratamento das ações coletivas, de um modo geral. Não foi diferente com a instituição da *ação coletiva originária passiva*, espécie do gênero, de previsão encampada no Anteprojeto de Código de Processos Coletivos, originado, fundamentalmente, dos estudos perpetrados pela Prof.^a Ada Pellegrini Grinover, por Kazuo Watanabe, dentre outros membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual.¹

Inegável que o surgimento e o manejo das ações coletivas – em especial a passiva – pelo sistema da *common law*, teve como fator, além de outros, o que Maia denomina de *consciência de classe* (MAIA, in: GRINOVER et al. 2007, p. 321-344). Nada mais é do que o surgimento de um terceiro gênero, entre o indivíduo e o Estado, que tem nascedouro na Revolução Industrial, na Europa Ocidental, do início do século 19. Explica o referido doutrinador que, ante a inexistência de instrumentos processuais idôneos, a coletividade de trabalhadores restava desenfreada, e a força e a repressão eram os únicos mecanismos inibidores contra a classe. A premência por medidas processuais efetivas, ante a inovação de conflitos outrora desconhecidos, foi fundamental para o surgimento da ação coletiva passiva.

Originariamente, em meados do século 20, as *defendant class actions* surgiram com a promulgação da *Equity Rule 48*, ao prever expressamente que as partes, em qualquer pólo da relação processual, podiam fazer-se substituir por representante adequado, garantida a vinculação da coletividade, mesmo os ausentes.

¹ Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil. *Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br>. Acesso em 10/dez/2007.

Em 1938, as *class actions* norte-americanas passaram a ter a previsão na *Rule 23*, das *Federal Rules Of Civil Procedure*, principal instrumento legislativo para a defesa dos direitos transindividuais na América do Norte, a qual prevê os requisitos, cumulativos, necessários para o exercício da ação coletiva². A ação coletiva passiva, a *defendant class action*, é uma das espécies de *class action*, que se extrai da *Rule 23 (a)*, quando prevê que *um ou mais membros de uma classe podem demandar ou ser demandados*.

Do texto legislativo americano vislumbram-se três espécies de ações coletivas, considerando o caráter do direito a ser perseguido ou defendido pela classe. Nominando-as de *verdadeira*, *híbrida* e *espúria*, o Professor James Moore lecionava que a diferença entre elas dependia da relação jurídica entre os membros da classe e o direito objeto da ação. Contudo, tinha como pressuposto fundamental, para todas, o fato de a ação envolver uma classe de pessoas tão numerosas que fazia ser impraticável trazer todos os seus membros em juízo, de modo que uma ação contra ou por ela pudesse ser proposta, garantida a representação adequada da classe (MORE, apud NERY JR, 2007, p. 79-103).

Tal regramento foi reescrito em 1966, por intermédio das *Advisory Committee Notes*, texto este que prevalece até os dias atuais, o qual traz quatro pré-requisitos para o exercício de qualquer ação coletiva, quais sejam, a numerosidade, as questões comuns, a tipicidade e a representação adequada, a serem brevemente explicitadas ao longo do presente estudo.

2. Do cabimento da ação coletiva passiva originária no ordenamento jurídico brasileiro

Questão que a doutrina polemiza diz com a legitimidade *passiva* dos chamados *enti esponenziali* para a demanda coletiva, na pessoa de seu representante, com efeitos jurídicos da decisão a todos os membros do grupo, classe ou categoria. Segundo perfilha uma gama negativista de processualistas,³ – o poder de agir dos titulares de direitos

² Regra 23 (a): Pressupostos para uma *Class Action*. Um ou mais membros de uma classe podem demandar ou ser demandados, como partes representantes, em nome de todos, apenas se (1) a classe for tão numerosa que a reunião de todos os membros seja impraticável, (2) houver questões de direito ou de fato comuns à classe, (3) os pedidos ou defesas das partes representantes forem típicos pedidos ou defesas da classe, e (4) as partes representantes protegerem eficaz e adequadamente os interesses da classe.

³ Ronaldo Lima dos Santos. “Defendant Class Actions”. O Grupo como legitimado passivo no Direito Norte-Americano e no Brasil. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*. jan/mar 2004, p. 139-154.

metaindividuais estaria restrita ao pólo ativo da ação coletiva (LEONEL, 2002)⁴. Na mesma esteira, sustentam a ausência de previsão legal à legitimação passiva do representante da categoria.

Contudo, inspirado no regramento norte-americano das *class actions*, o Anteprojeto de lei que inaugura o Código de Processos Coletivos, *de lege ferenda*, introduzirá no ordenamento processual pátrio a possibilidade da legitimação passiva dos interessados difusos e coletivos, através de seu representante adequado, quando prevê a ação coletiva passiva originária, ou seja, a *defendant class action* do sistema da *common law*.

Entretanto, não obstante a pretendida legislação traga a previsão legal de que reclama parte da doutrina, antes mesmo já se poderia concluir na possibilidade da legitimação passiva do grupo representado para as ações coletivas. Consoante outrora defendia a festejada Professora Ada Pellegrini Grinover (GRINOVER, 2002, p. 3-12), o §2.º do art. 5.º da Lei da Ação Civil Pública possibilita a habilitação dos co-legitimados como litisconsorte de *qualquer das partes, autor ou réu*, de modo que a demanda também possa ser proposta contra o representante da classe. Lembra a brilhante professora que o art. 107, do CDC contempla a chamada *convenção coletiva de consumo*, acordo escrito estabelecido entre representantes de consumidores e fornecedores para regular relação de consumo, bem como composição de conflito de consumo, dentre outros pontos.

Sobre tal instrumento jurídico, Grinover eleva tais caracteres à viabilidade legal da legitimação passiva na tutela coletiva:

Ora, se a convenção coletiva firmada entre a classe de consumidores e de fornecedores não for observada, de seu descumprimento se originará uma lide coletiva, que só poderá ser solucionada em juízo pela colocação dos representantes das categorias face a face, no pólo ativo e no pólo passivo da demanda, respectivamente (Idem, *ibidem*. p. 7-8.)

Na mesma linha de raciocínio, Santos traz a hipótese trabalhista do dissídio coletivo para ilustrar a possibilidade da presença do grupo no pólo passivo da demanda coletiva. A exemplo da convenção coletiva de consumo, no dissídio coletivo, diante de determinada controvérsia a respeito de seus termos, em eventual demanda para solucioná-la, deverá constar em seus pólos os membros representantes das categorias trabalhadora e profissional, “*sendo que os efeitos da decisão atingirão a todos os membros da classe representada.*” (SANTOS, 2004, p. 139-154)

⁴ Na mesma linha, segue a orientação de Leonel, que remete ao critério *ope legis* de aferição da legitimidade do grupo, reconhecendo que as únicas hipóteses consagradas na legislação brasileira atual seriam o dissídio coletivo trabalhista e a convenção coletiva de consumo.

Com a entrada em vigor do referido microssistema processual coletivo, o qual dispõe, no art. 38⁵, como condição da ação coletiva passiva originária, a *adequacy of representation* do titular do interesse demandado, deixa-se de operar mediante um critério subjetivo de análise da legitimação da parte, como ocorre quando se está em sede de legitimidade ativa. Consoante expõe Mancuso, está-se sob o manto de uma *legitimação por categoria*:

A legitimação é buscada alhures, por *critério objetivo*, qual seja o de saber se existe a *adequacy of representation*, isto é, se a *parte ideológica* presente em juízo reúne as condições que a qualificam para representar a *class*. A verificação da idoneidade dessa representação compete ao juiz, no exercício da *defining function*, isto é, a função de definir se se trata ou não de uma *class action*, e se a representação é, no caso concreto, adequada (MANCUSO, 2000, p. 177).

Nesse passo, de acordo com a nova sistemática processual adequada à tutela dos direitos e interesses transindividuais, as premissas existentes até então não podem ser adotadas com a mesma exatidão, já que a interpretação sistemática do ordenamento jurídico como um todo deve imperar, permitindo uma amplitude na aplicabilidade das normas processuais correlatas.

Forçoso trazer a lume que o referido anteprojeto de lei elenca princípios fundamentais da tutela jurisdicional coletiva, dentre os quais se destaca a *flexibilização da técnica processual* (MARINONI, 2004, p. 289)⁶ e a *representatividade adequada*. Tais princípios têm aplicabilidade imediata e salutar no trato da novel ação coletiva passiva originária. Na Exposição de Motivos do Anteprojeto, a mentora Grinover esclarece:

Em síntese, pode-se afirmar que a tônica do Anteprojeto é a de manter, em sua essência, as normas da legislação em vigor, aperfeiçoando-as por intermédio de regras não só mais claras, mas sobretudo mais flexíveis e abertas, adequadas às demandas coletivas. Corresponde a essa necessidade de flexibilização da técnica processual um aumento dos poderes do juiz – o que, aliás, é uma tendência até do processo civil individual.⁷

⁵ Art. 38. Ações contra o grupo, categoria ou classe – Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada, mesmo sem personalidade jurídica, desde que apresente representatividade adequada (artigo 20, I, “a”, “b” e “c”), se trate de tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos (artigo 4º, incisos I e II) e a tutela se revista de interesse social.

⁶ Por essa razão, o legislador, ao editar as regras processuais, resolveu deixar de lado a rigidez das formas ou a idéia de traças técnicas processuais abstratas. A solução foi estabelecer regras que conferissem *maior poder ao juiz, dando-lhe a oportunidade de conformar o processo segundo as peculiaridades dos casos concretos*. (grifos no original).

⁷ Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil. *Op. cit.*

Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br>. Acesso em 10/dez/2007.

Assim, na constante busca da efetividade processual, em sintonia com o desencadeamento paulatino da constitucionalização das leis processuais, pode-se dizer, com segurança, que a ação coletiva passiva originária terá campo fértil no microsistema que será inaugurado no ordenamento pátrio, superando a resistência doutrinária existente e adequando-se o instrumento ao direito material posto em causa.

Portanto, a realidade contemporânea reclama uma necessária adequação das normas processuais vigentes aos novos direitos que se fazem presentes no cotidiano da sociedade. Não cabe mais a aplicação pura e seca do Código de Processo Civil, visto que elaborado sob uma ótica de cunho individualista.

3. Condições específicas para o exercício da ação coletiva passiva originária no código de processos coletivos - a representação adequada

O outrora citado art. 38 do Anteprojeto do Código de Processos Coletivos, sumariamente, elenca três condições específicas para a propositura da ação coletiva passiva originária, quais sejam: a representatividade adequada do advogado da coletividade; a tutela de interesses e direitos difusos e coletivos; e que tal proteção seja revestida de interesse social.

Não desmerecendo a importância das demais condições da ação, no presente estudo o foco dirigir-se-á à análise da *adequacy of representation*. De origem norte-americana, prevista na *Rule 23 (a) (4)*, o requisito peculiar das *class actions* indica que, para que a ação coletiva seja aceita, o representante da coletividade tem que assim proceder de forma adequada em juízo.

No sistema anglo-saxônico, tal pressuposto deve ser averiguado pelo juiz, que assume a posição ativa de garantidor de um processo coletivo adequado, de forma *ex officio* e a qualquer tempo no processo.

A representação adequada dos membros da coletividade nos pólos da demanda, além de ser galgada à condição de princípio fundamental da jurisdição coletiva, não é apenas condição específica da ação coletiva passiva originária, mas de qualquer ação coletiva intentada. E o mencionado anteprojeto de Código de Processos Coletivos faz menção expressa destes atributos.⁸

⁸ Arts. 2º, alínea l e 20.

O fim e ao cabo, a novel legislação trará para o sistema processual brasileiro o critério *ope judici* de aferição da representatividade adequada do membro que falará em nome do grupo, seja no pólo ativo ou passivo da ação.

Contudo, há que se ter em mente que, muito embora o atual regramento processual brasileiro indique não permitir tal controle pelo juiz, as premissas não são as mesmas adotadas no plano individual do processo.

Conforme já se afirmou, um novo modelo se introduz, a fim de se adequar às normas processuais vigentes à natureza do litígio posto em causa (GIDI, 2002, p. 69)⁹.

Ademais, o texto proposto cataloga um rol exemplificativo de critérios para que o juiz, de ofício e em qualquer grau de jurisdição, possa auferir a presença da adequada representação, inclusive – e neste ponto inova consideravelmente – quando o membro da coletividade demandante ou demandada seja uma pessoa física.¹⁰

Nos ensinamento de Gidi, a adequação da representação contém dois elementos: a ausência de antagonismo ou conflito de interesses entre o representante e o grupo; e a possibilidade de assegurar efetivamente a tutela dos interesses do grupo. Explícita o mestre:

Ambos os elementos devem ser avaliados, tanto com relação ao representante, quanto com relação ao advogado do grupo. Todavia, como o advogado é o verdadeiro *dominus litis* no processo americano, na verdade, o juiz controla com muito mais rigor a adequação do advogado do que a representante (GIDI, *Op. cit.*, p. 61-70)

Com semelhante explanação, Mendes cataloga alguns critérios identificadores do debatido requisito:

Mais do que a quantidade de litigantes presentes, para a certificação, importa a qualidade da defesa dos interesses da classe. Em relação às partes representativas, são considerados o comprometimento com a causa, a motivação e o vigor na condução do feito, o interesse em jogo, as disponibilidades de tempo e a capacidade financeira, o conheci-

⁹ Gidi relembra brilhante lição do mestre Mauro Cappelletti, ao dizer que, no lugar do processo legal tradicional, de natureza individual, deve-se estabelecer um devido processo *social*, ou, como apelida o autor, um *devido processo legal coletivo*.

¹⁰ Art. 20. *Legitimação*. São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa: I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como: a – a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos; c – sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado;
II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos coletivos, e individuais homogêneos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, nos termos do inciso I deste artigo;

mento do litígio, honestidade, qualidade de caráter, credibilidade e, com especial relevo, a ausência do conflito de interesses (MENDES, in: MARINONI, 2002, p. 15).

Insta mencionar, por oportuno, a necessidade atual que a doutrina tem alertado para um maior e rigoroso controle da coletividade. Não somente deve-se oportunizar o poder de agir ao ente coletivo, mas, principalmente, mister faz-se a adoção de formas de supervisionar a atuação dos grupos organizados, detentores ou não de personalidade jurídica.

E é por meio da *defendant class action* e do respectivo controle da legitimação extraordinária passiva, através da verificação da representação adequada pelo magistrado, que irá se permitir a responsabilização de integrantes do grupo organizado, caso o dano seja proveniente de membros não identificados daquela coletividade (MAIA, Op. cit., p. 321-344).¹¹

Outrossim, cumpre ressaltar que, consoante previsão expressa do aludido anteprojeto de lei, o Ministério Público e os órgãos públicos legitimados à ação coletiva ativa não poderão ser representantes adequados da coletividade. Quanto ao *Parquet*, isso se dá em razão da função institucional por ele exercida, que tem o papel de fazer valer direitos e interesses que, não raras vezes, refletem para toda a sociedade.

Assim, o Ministério Público tem a vocação para atuar somente como *autor* da ação coletiva. Seria incompatível com as normas constitucionais que outorgam tais poderes ao órgão ministerial concluir na possibilidade da postura defensiva da coletividade na ação coletiva passiva. Fundamentalmente, o Ministério Público tem um caráter *pró-ativo* de atuação na tutela dos interesses da sociedade (VIGLIAR, in GRINOVER et al. 2007, p. 309-320).¹²

Ainda, a exemplo do que ocorre na seara laborista, nos acordos e convenções coletivas de trabalho, o anteprojeto exclui da ressalva feita ao Ministério Público e órgãos públicos legitimados as entidades sindicais. Por uma razão elementar, os sindicatos são os representantes natos das categorias econômica e profissional nos dissídios coletivos e, por consequência, parte ativa ou passiva na ação coletiva. Aqui incluem-se os federações e confederações, subsidiariamente (art. 857, Parágrafo Único, CLT).

¹¹ O autor menciona que para explicar o fenômeno do controle da coletividade, usa a tese civilista da *causalidade pressuposta*, e cita exemplos ilustrativos da situação jurídica debatida, como se deu com ações coletivas ajuizadas pelo Ministério Público de São Paulo, com o fito de extinguir torcidas organizadas que, a pretexto de incentivarem a prática esportiva, disseminavam a violência e a barbárie nos estádios de futebol.

¹² “A incompatibilidade decorre da própria ‘razão de ser’ de sua presença no âmbito não-penal do exercício da atividade jurisdicional do Estado.”

No contexto da inadequação da representação do grupo, Gidi propõe a aplicação analógica do §3º do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, no sentido de oportunizar que outro ente legitimado assumira a ação, substituindo aquele declarado inadequado. Caso contrário, o processo deve ser extinto sem resolução de mérito (GIDI. *Op. cit.* p. 68). Parece que na mesma linha seguiu o Código de Processos Coletivo, no §3º do art. 20.¹³

4. Efeitos da coisa julgada na ação coletiva originária passiva

Assim como diversos institutos jurídicos processuais, como a legitimidade, a conexão, dentre outros, ante a metaindividualidade de direitos e interesses postos em causa, a coisa julgada não foge à regra e necessita de readaptação e revisão de seus termos.

Com a entrada em vigor da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, os efeitos subjetivos da coisa julgada sofreram substancial alteração com a adoção dos efeitos *erga omnes* e *ultra partes*, de acordo com a espécie de direito versado na demanda, difuso, coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo.¹⁴

Com maestria, Porto sintetiza o contexto em que se encontra – e que deve se encontrar – o instituto da coisa julgada, perante os chamados *novos direitos*:

Como se vê, procurou o legislador amoldar o instituto da coisa julgada à nova realidade que se lhe apresentava. E aquilo que fez, na verdade, foi vincular a proteção do instituto à causa. Com isso, admitiu, claramente, que não há mais, no aspecto dos limites subjetivos, uma única concepção do instituto da coisa julgada, mas tantas quantas reclamar a natureza do direito posto em causa, o que leva a se poder afirmar que neste momento histórico – a coisa julgada está diretamente relacionada ao direito afirmado (...). (PORTO, 2006, p. 72. (a)).

Acerca destas transformações, impõe-se, outrossim, saber se persiste a máxima processual de que apenas suporta os efeitos do julgado quem dele, efetivamente, participa. Por evidente, este corolário do princípio do contraditório mantém-se intacto à tutela jurisdicional dos interesses intersubjetivos.

Ao se pretender estudar alguns aspectos da ação coletiva originária passiva, inafastável resta a análise dos efeitos do *decisum* aos membros do grupo demandado,

¹³ § 3º Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada (incisos I e II deste artigo), o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados, a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação.

¹⁴ Art. 103, inc. I, II e III, do Código de Defesa do Consumidor.

cujos membros e interessados dele não tem participação direta, mas por intermédio de seu representante adequado (NETTO, *Op. cit.*, p. 79-103).¹⁵

Quando a coletividade está no pólo *ativo* da ação, sabe-se que, em se tratando de direitos difusos e coletivos, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, salvo quando a rejeição do pedido ocorrer por insuficiência de provas, podendo qualquer legitimado, ante prova nova, intentar novamente a ação. Porém, quando o litígio envolve direitos individuais homogêneos, a coisa julgada atuará *erga omnes*, mas *secundum eventum litis*, ou seja, a sentença favorável ao autor coletivo beneficiará a todos os membros da categoria. Se for desfavorável, a sentença não os atingirá, ficando aberta a via individual de ação.

Em sede de ação coletiva passiva, a proposta legislativa que ora se analisa homogeneizou o tratamento da coisa julgada *erga omnes* para o caso de procedência ou improcedência da ação, exceto por insuficiência probatória. Parece ter sido adotada a técnica vigente da coisa julgada para ambas as ações, de forma igualitária, ativa e passiva. Restou consagrada, outrossim, a coisa julgada *secundum eventum litis*, pelo menos no que diz respeito à inexistência da *res iudicata* em casos de improcedência por insuficiência de provas.

Mas a pedra de toque dessa ação é o fato de os efeitos da sentença colherem individualmente os membros do grupo. Há, portanto, uma simetria entre o regramento da coisa julgada nas ações ativas e passivas, notadamente quando se trata de bens de natureza indivisível (difusos). Quando se litigar bens de natureza divisível (individuais homogêneos), a coisa julgada não vinculará os membros do grupo, podendo mover ações próprias para afastar a eficácia coletiva em sua esfera individual (VIGLIAR, *Op. cit.*, in: GRINOVER et al. *Op. cit.*, p. 309-320).

Contudo, não se pode perder de vista que os efeitos do julgado, na ação coletiva passiva, apenas poderão ser levados a efeito, se o representante da coletividade demandado for considerado pelo juiz da causa como *adequado*.

Nesse diapasão, forçoso trazer à baila a hipótese suscitada pela professora Grinover (*Op. cit.*, p. 9 [a]) acerca do enfrentamento, na mesma ação coletiva, de classes em posições contrapostas, ou, na expressão de Maia, *ação duplamente coletiva* (MAIA, *Op.*

¹⁵ Cabe lembrar que um dos requisitos para o ajuizamento de uma *defendant class action* norte-americana é a impraticabilidade do litisconsórcio de todos os membros da classe em razão de seu grande número. É a chamada *numerosidade*. *Rule 23 (a)*.

cit., GRINOVER et al., *Op. cit.*, p. 342). Ambos, ao fim e ao cabo, sustentam que o tratamento dispensado às partes deve ser igualitário. Nas palavras da doutora paulista:

E quando na ação figurassem classes litigando em posições contrapostas, tanto no pólo ativo como no passivo? Aqui parece que o tratamento dispensado às classes deveria ser totalmente igualitário, não havendo justificativas para privilegiar a posição de uma em relação à outra. E talvez a solução pudesse ser a da coisa julgada *erga omnes*, seja em caso de acolhimento como de rejeição do pedido, sem qualquer temperamento, firme restando o controle do juiz sobre a representatividade adequada para garantia da correção do procedimento processual das partes (GRINOVER, *Op. cit.*, p. 9 [a]).¹⁶

Confirmando o entendimento outrora esposado, a Exposição de Motivos do Código de Processos Coletivos, subscrita pela professora Grinover, sintetiza o posicionamento alhures sustentado:

A ação coletiva passiva será admitida para a tutela de interesses ou direitos difusos ou coletivos, pois esse é o caso que desponta na “*defendant class action*”, conquanto os efeitos da sentença possam colher individualmente os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas. Por isso, o regime da coisa julgada é perfeitamente simétrico ao fixado para as ações coletivas ativas.¹⁷

Percebe-se que a definição jurídica da interpretação e aplicação das normas relativas à coisa julgada, no bojo da ação coletiva passiva originária, dependerá da utilização prática do instrumento processual.

Conclusão

Muito já se disse acerca da necessidade de adequação das normas processuais vigentes à natureza do direito subjetivo versante na causa. Acredita-se que, com o advento do Código de Processos Coletivos, tais vicissitudes tendam a ser amenizadas, notadamente com a previsão de uma ação coletiva passiva, muito embora se entenda possível a sua instrumentalização por meio dos mecanismos que o atual ordenamento jurídico oferece.

O tão aclamado controle dos grupos, principalmente aqueles não personificados, poderá ser manejado por aquela novel via processual, a fim de fazer valer os co-

¹⁶ José Marcelo Menezes Vigliar conclui no mesmo sentido: “(c) tratando-se de ação coletiva em que houvesse representantes adequados nos dois pólos, a coisa julgada ocorreria sem qualquer temperamento.”

¹⁷ Ada Pellegrini Grinover. Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil *Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br>. Acesso em 10/dez/2007. (c).

mandos constitucionais de efetividade e sintonia entre direito e ação. A representatividade adequada como condição específica da ação tem o condão de fazer valer a cláusula *due process of law*, no sentido de que o grupo deve ser representado segundo os critérios legais e aqueles que o juiz – que terá tais poderes – considerar de presença imprescindível.

Enfim, pode-se aferir que a ação coletiva originária passiva constitui um relevante e crucial instrumento para o equilíbrio das relações jurídicas de massa, restabelecendo o toque de igualdade ausente nas demandas contra a coletividade.

Bibliografia

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*. n. 61. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-mar/1991.

GIDI, Antônio. A Representação Adequada nas Ações Coletivas Brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*. n. 108. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações Coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense*. nº. 361. São Paulo: Forense, 2002. (a)

_____. Ações Coletivas para a Tutela do Meio Ambiente e dos Consumidores – a Lei 7.347, de 24.7.85. *Revista de Processo*. n. 44, ano 11. São Paulo: Revista dos Tribunais. out-dez/1986. (b)

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MAIA, Diogo Campos Medina. A Ação Coletiva Passiva: o Retrospecto Histórico de uma Necessidade Presente, in: Ada Pellegrini Grinover et al. (coord.) *Direito Processual Civil e o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos. Conceito e Legitimação de Agir*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela de Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional. *Coletânea Temas Atuais de Direito Processual Civil*. In: Luiz Guilherme Marinoni. (coord.) *Técnica Processual e Tutela de Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RODRIGUES NETTO, Nelson. Subsídios para a Ação Coletiva Passiva Brasileira. *Revista de Processo*. n. 149. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
(a)

_____. Da Tutela Coletiva e do CPC. Indagações e Adaptações. *Revista da AJURIS*. n. 57. Porto Alegre: AJURIS, mar/1993.

_____. A crise de eficiência do processo. A necessária adequação processual à natureza do direito posto em causa, como pressuposto de efetividade, in: Luiz Fux et al. (coord.) *Processo e Constituição*. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. “Defendant Class Actions”. O Grupo como Legitimado Passivo no Direito Norte-Americano e no Brasil. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília, jan-mar/2004.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant Class Action Brasileira: limites impostos para o “Código de Processos Coletivos”*, in: Ada Pellegrini Grinover et al. (coord.) *Direito Processual Civil e o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Fontes

Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil. *Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br>. Acesso em 10/dez/2007.

Processo coletivo e o requisito de admissibilidade recursal “*da repercussão geral*”: instrumentos (in)eficazes para a tutela de direitos coletivos e a tutela coletiva de direitos

Collective process and the requisite of appealing admissibility “*of the general repercussion*”: (in)effective instruments for the collective rights custody and the collective custody of rights

Cássio Schneider Bemvenuti

Advogado. Pós-graduado pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil e Pós-graduado pela FESDEP (Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul).
e-mail: cassiobemvenuti@gmail.com

Resumo: A Constituição Federal de 1988 promoveu profundas modificações na estrutura do Direito brasileiro, como não poderia deixar de ser. Os instrumentos assentados na estrutura clássica da tutela de direitos individuais se abrem para a tutela de direitos coletivos e para a tutela coletiva de direitos. A presente obra tem como principais objetos o “*Processo Coletivo*” no Brasil e o novo paradigma que atravessa o Processo Civil brasileiro, diante da Constituição de 1988, e sua instrumentalização para atender os interesses coletivos. É visualizando este paradigma processual, que o presente artigo tenta informar o resultado de uma pesquisa fundamentada na distinção entre “*Tutela Coletiva de Direitos*” de “*Tutela de Direitos Coletivos*”, feita pelo doutrinador Teori Albino Zavascki, e nas ideias dos doutrinadores Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.

Palavras-chave: 1. Constituição Federal 1998. 2. Processo Civil 3. Processo Coletivo 4. Repercussão Geral. 5. Constitucionalização do Processo

Abstract: The 1988 Brazilian Constitution led to deep changes in the structure of Brazilian rights, as is was expected. The instruments established in the classic structure of the individual rights custody opened new paths to the collective rights custody and to the collective custody of rights. The main objects of the present work are the “*Collective Process*” in Brazil, and the new paradigm that crosses the Brazilian Civil Process, taking into consideration the 1988 Constitution and its instruments to attend the collective interests. By visualizing this processual paradigm, this paper aims at informing the results of a research founded in the differences between “*Collective Rights Custody*” and “*Collective Custody of Rights*”, established by Teori Albino Zavascki, and in the ideas of Fredie Didier Jr. and Hermes Zaneti Jr.

Keywords: 1. 1988 Brazilian Constitution. 2. Civil Process. 3. Collective Process. 4. General Repercussion. 5. Process Constitution.

I. Introdução

O Código de Processo Civil Brasileiro, instituído em 11 de janeiro de 1973, vem sofrendo sucessivas alterações em sua estrutura. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 refletiu diretamente nos conceitos basilares da doutrina processual civilista que deu origem à nossa codificação. Por óbvio que tal fato não ocorre so-

mente pela questão hierárquica de tais legislações, mas também pela elevada carga de princípios que nossa Constituição possui.

A estrutura clássica de nossa tutela jurisdicional civilista, que registra, em suma, o processo de conhecimento, o processo de execução e o processo cautelar, previa um sistema processual a tutelar interesses individuais.

Nesse sentido o entendimento do Min. Teori Albino Zavascki (2006, p. 17): “Tal sistema, por outro lado, foi moldado para atender à prestação da tutela jurisdicional em casos de lesões a direitos subjetivos individuais mediante demandas promovidas pelo próprio lesado. Assim, como regre, “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei” (CPC, art. 6.º)”.
Contudo, conforme o entendimento do mesmo autor supracitado, esta estruturação clássica começou a ser mitigada a partir das primeiras leis regulamentadoras das “ações civis públicas”, a começar pela Lei 7.347, de 24.07.1985 (que disciplinou “a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”, e aos direitos e interesses difusos e coletivos em geral (ZAVASCKI, 2006, p. 19).

Sucedendo tal legislação, vieram diversas outras, a tutelar interesses difusos e coletivos, servindo às causas coletivas, como o *Estatuto da Criança e do Adolescente* (Lei 8.069/90), o *Código de Defesa do Consumidor* (Lei 8.078/90), o *Mandado de Segurança Coletivo* (art. 5º, inc. LXX, da CF/1988) e *Ação de improbidade administrativa* (Lei Federal 8.429/92), por exemplo.

Portanto, com tais modificações na legislação infraconstitucional, e com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, notou-se uma profunda alteração no plano processual civil brasileiro.

Portanto, com tais modificações na legislação infraconstitucional, e com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, notou-se uma profunda alteração no plano processual civil brasileiro.

A Previsão da “*Repercussão Geral de questão constitucional pré-questionada*” para a admissibilidade do Recurso Extraordinário, instituída pela Emenda Constitucional 45/2004, que acrescenta um terceiro parágrafo ao art. 102 da CF/88, é mais um sinal do Legislador e do entendimento de que o Estado Democrático de Direito Brasileiro se deve, acima de tudo, a tutela de interesses coletivos em geral.

Assim, o direito processual coletivo tornou-se uma realidade no Brasil. Diversas são as ações fundadas nas legislações supracitadas a tutelar direitos coletivos ou tutelar coletivamente direitos transindividuais homogêneos. A Constituição Federal assume importante papel, atuando como base para a interpretação e aplicação da norma processual. Nesse sentido, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr (2008, p. 55) afirmam:

Revela-se, desta forma, que o Código de Processo Civil perdeu sua função de garantir uma disciplina única para o direito processual, seus princípios e regras não mais contêm caráter subsidiário que anteriormente lhes era natural. As lacunas, as antinomias, os conflitos entre leis especiais não são mais resolvidos por prevalência direta dos códigos. O caminho percorrido sempre converge para a Constituição, que em si mesma não porta antinomias, dada a sua unidade narrativa.

Contudo, desde a Carta Imperial de 1824 até a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o que se mostrou foi sempre a dificuldade de transformar suas normas e princípios em realidade.

A aquisição de eficácia dos princípios jurídicos independe de consagração legislativa (positivação). Sua obrigatoriedade reside na integração com a consciência coletiva e na qualidade de fonte do direito, da qual decorre a condição jurídica da própria existência, independentemente de regulamentação.

Um Processo ineficaz inviabiliza o adequado resguardo dos direitos fundamentais, núcleo essencial das Constituições e do Estado Democrático, o que traz a lume a necessidade de se buscar evitar uma insuficiente proteção destes direitos, como diz Lenio Streck:

(...) A busca pela materialização do plano normativo constitucional é tarefa da qual não se podem desincumbir os juristas, sendo certo que é um dever de todos (e não só dos operadores do Direito) cuidar para que a Constituição não reste esvaziada de sentido em razão de sua pouca ou nenhuma aplicação. Ao se realizar o processo hermenêutico, atribuindo sentidos aos textos legais, é preciso ter em mira o horizonte por aquela fornecido, especialmente no que lhe compõe o núcleo essencial: os direitos fundamentais, que se identificam com os Princípios Gerais de Direito.

O “*Processo Coletivo*” apresenta-se exatamente neste paradigma de tutela de interesses coletivos, muitos deles assentados em nossa Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Os princípios constitucionais, hoje interpretados com “*força de lei*” por nossa Suprema Corte, vêm sendo fortalecidos em uma esteira de evolução do interesse individual para as audiências públicas (discutindo assuntos de interesse coletivo).

II. O Processo Coletivo no Brasil e a Constituição Federal de 1988:

A “*defesa de direitos coletivos e a defesa coletiva de direitos (individuais)*”

O “*Processo Coletivo*”, portanto, surge para tutelar direitos difusos e/ou coletivos e interesses transindividuais homogêneos, ou seja, direitos cuja titularidade é indeterminada, já que pertencente a grupos ou classes de pessoas. As decisões que derivam

da tutela coletiva têm como característica especial a coisa julgada das sentenças. Tais sentenças têm eficácia *erga omnes*, salvo quando proferido juízo de improcedência por falta de provas.

O Dicionário de *Vocabulário Jurídico* de Plácido e Silva, atualizado pelos doutrinadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho (SILVA, 2003) dá a seguinte definição para a palavra “coletivo”:

Expressão derivada do latim *collectivus*, de *colligere* (reunir), serve para indicar toda reunião ou grupo de pessoas, ou coisas, que se mostrem agregadas para formar um todo. Coletivo, assim, dá sempre a ideia de corpos ou corporações, isto é, pela reunião de todos os elementos singulares, que se uniram ou se agregaram para a sua formação. O coletivo é o universal. E indica a coletividade, representada por pessoas ou coisas.

O presente artigo, contudo, baseia-se na seguinte distinção feita pelo emérito doutrinador Teori Albino Zavascki (2006, p. 41-42):

É preciso, pois, que não se confunda defesa de direitos coletivos com defesa coletiva de direitos (individuais). Direitos coletivos são direitos subjetivamente transindividuais (= sem titular determinado e materialmente indivisível). Os direitos coletivos comportam sua aceção no singular, inclusive para fins de tutela jurisdicional. Ou seja: embora indivisível, é possível conceber-se uma única unidade da espécie de direito coletivo. O que é múltipla é a sua titularidade, e daí a sua transindividualidade. “Direito Coletivo” é a designação genérica para as duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e o coletivo *stricto sensu*.

O próprio Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90) conceitua em seu artigo 81, o seguinte:

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

Ainda com relação à tutela de direitos transindividuais, cumpre ressaltar que a nossa Constituição de 1988 decretou que “qualquer cidadão” pode promover ação popular para “anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e

cultural, ficando ao autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência” (Art. 5.º, LXXIII).

Não há dúvidas que o legislador buscou uma ampla tutela acerca dos direitos difusos/coletivos e transindividuais, outorgando a qualquer cidadão o direito de buscar tutela jurisdicional por meio de ação popular, visando defender bem jurídico de cunho público.

A Tutela coletiva significa um conjunto de mecanismos preparados para a prestação de uma tutela de amplo alcance, com efeitos distintos da sentença prolatada em ação civil individual, limitada às partes do processo.

Assim, tanto a tutela de interesses coletivos (difusos) quanto a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, assumem um importante papel no processo civil brasileiro, demonstrando clara necessidade de regulamentação quanto ao seu procedimento.

No entendimento dos doutrinadores Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2008, p. 38):

Os processos coletivos servem à “litigação de interesse público”; ou seja, servem às demandas judiciais que envolvam, para além dos interesses meramente individuais, aqueles referentes à preservação da harmonia e à realização dos objetivos constitucionais da sociedade e da comunidade. Interesses de uma parcela da comunidade constitucionalmente reconhecida, a exemplo dos consumidores, do meio ambiente, do patrimônio artístico, histórico e cultural, bem como, na defesa dos interesses dos necessitados e dos interesses minoritários nas demandas individuais clássicas.

A Constituição brasileira de 1988 potencializou, portanto, ao máximo o papel do Judiciário e do Direito, fundado em um novo paradigma: o do Estado Democrático de Direito. Desvinculou, por exemplo, o Ministério Público Federal das tarefas dos interesses da União (art. 129, IX, da CF/88), atribuindo à Advocacia Geral da União as atividades de representação dos entes estatais; subdividiu as competências dos tribunais de forma a garantir ao Supremo Tribunal Federal a defesa “*precípua*” do texto constitucional (DIDIER & ZANETI, 2008, p. 43).

Portanto, inequívoco o interesse do legislador em tutelar interesses difuso-coletivos, transindividuais e individuais homogêneos. Dessa forma, mitigada àquela estrutura clássica do processo civil brasileiro, adotada na década de 1970. O Estado Democrático de Direito Brasileiro, instaurado após a Constituição Federal de 1988, abre-se para tutelar interesses coletivos, e o processo coletivo mostra-se um instrumento eficaz para tal tutela.

III. Requisito de Admissibilidade Recursal da “*Repercussão Geral*” e o Processo Coletivo Brasileiro: Um novo paradigma na tutela de direitos coletivos e na tutela coletiva de direitos

A Constituição Federal de 1988 veio, portanto, fortalecer o direito processual coletivo no Brasil. Tal instrumento demonstra grande potencial para efetivar a tutela de interesses da coletividade.

O Direito subjetivo de cada cidadão de ter o livre acesso à justiça, por meio da inafastabilidade do poder judiciário (art. 5.º, XXXV, CF/88) no Brasil, estende-se aos interesses da coletividade, ou interesses individuais homogêneos.

Outra forte modificação no plano processual reside nas hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, descritas na Constituição da República. A Emenda n. 45/2004 acrescenta um terceiro parágrafo ao art. 102 da Carta, cujo teor é: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

Trata-se de novo requisito de admissibilidade do apelo extremo, normalmente chamado de transcendência; para ser admitido, o extraordinário deve encartar questão transcendente, de repercussão geral.

O *quorum* qualificado, de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal para a inadmissão do recurso, deixa transparecer que a nova disposição da Lei Fundamental presume a relevância dos temas levados à Corte por meio do apelo extremo, pois, em princípio, cuida de questões constitucionais transcendentais, cujo conhecimento só pode ser rejeitado por aquela maioria especial.

A distinção feita anteriormente acerca da tutela coletiva de direito e da tutela de direitos coletivos mostra-se vital para o entendimento do presente trabalho. Em tempos de expansão dos direitos coletivos, difusos, individuais homogêneos, etc., mostra-se imperiosa a necessidade de um instrumento para a tutela de tais direitos.

Por óbvio que existem divergências quanto às definições de tais direitos e interesses. Contudo, parece muito importante adotarmos tal distinção para entendermos a ideia de processo coletivo no Brasil e a sua vinculação com assuntos constitucionais de “repercussão geral”. Não há dúvida de que o interesse do legislador em buscar mecanismos que tutelem direitos de maior abrangência social ou coletiva, visa também, desafogar nossos Tribunais, sempre abarrotados de processos.

É nesse contexto que todo o Direito brasileiro sofreu forte mutação, a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que trouxe em seu artigo 5º, uma série de Direitos Fundamentais.

O Processo Coletivo, portanto, assume um importante papel para retirar do “*mundo fático*” os assuntos de verdadeira repercussão geral, para levar até o Poder Judiciário e sua Suprema Corte (quando o litígio tratar de casos constitucionais de repercussão geral).

A tutela do Meio Ambiente, dos Direitos do Consumidor, dos Direitos Fundamentais do Cidadão fundados principalmente no artigo 5.º da CF/88, bem como os princípios da Administração Pública elencados no artigo 37 da mesma Constituição, e todos os demais interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos, são exemplos concretos de direitos a serem tutelados por meio de um sistema processual coletivo próprio.

A sistematização de um “*Código de Processo Coletivo*” no Brasil acompanharia, portanto, o paradigma atual do processo civil brasileiro. A estrutura clássica de nosso processo abre-se para a tutela de direitos coletivos. Como já citado, os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos estão tutelados em nosso direito material infraconstitucional e constitucional. Deve-se atentar para um instrumento que possibilite ao Judiciário tutelar tais interesses coletivos.

As audiências públicas propostas por nossa Suprema Corte (nos casos de Anencefalia, demarcação de terras indígenas, etc.) são exemplos claros de nosso paradigma processualista atual. Os interesses coletivos, as questões constitucionais de repercussão geral, têm recebido uma atenção diferenciada, tanto por parte do judiciário quanto por parte do legislativo.

Não há como negar, portanto que o paradigma clássico da tutela de interesses individuais, abre-se para uma nova fase de tutela de direitos coletivos ou tutela coletiva de direitos. Portanto, tanto a tutela coletiva de direitos quanto a tutela de direitos coletivos, tão em voga em nossa atualidade, necessitam de um instrumento eficaz para a sua efetivação/concretização.

A estrutura clássica do processo civil brasileiro não comporta a defesa de interesses de maior apreço social. As modificações postas desde 1985 vêm moldando nosso sistema, a fim de tutelar e dar ênfase aos interesses da coletividade.

Conforme assentado na doutrina constitucional, essa alteração é coerente com o papel de uma Suprema Corte que exercita jurisdição constitucional, pois, se compete

ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição (CF, art. 102, caput), é correto permitir-lhe decidir as causas que vai ou não julgar.

Cumpra apenas ressaltar que este mesmo mecanismo de delimitação das causas a serem julgadas pelo Supremo Tribunal Federal ocorre na Suprema Corte dos Estados Unidos e em boa parte dos Tribunais Constitucionais europeus. É nesse sentido a afirmação do professor Cândido Rangel Dinamarco (2003):

Essa exigência, muito semelhante a uma que já houve no passado (a arguição de relevância), tem o nítido objetivo de reduzir a quantidade dos recursos extraordinários a serem julgados pelo Supremo Tribunal Federal e busca apoio em uma razão de ordem política: mirando o exemplo da Corte Suprema norte-americana, quer agora a Constituição que também a nossa Corte só se ocupe de casos de interesse geral, cuja decisão não se confine à esfera de direitos exclusivamente dos litigantes e possa ser útil a grupos inteiros ou a uma grande quantidade de pessoas. Daí falar em repercussão geral – e não porque toda decisão que vier a ser tomada em recurso extraordinário vincule todos, com eficácia ou autoridade *erga omnes*, mas porque certamente exercerá influência em julgamentos futuros e poderá até abrir caminho para a edição de uma súmula vinculante.

O “*Processo Coletivo*” mostra-se, portanto, instrumento eficaz na concretização tanto da tutela de interesses/direitos coletivos quanto na tutela coletiva de direitos/interesses. O Requisito de Admissibilidade do Recurso Extraordinário, que prevê “Repercussão geral dos assuntos constitucionais”, demonstra um paradigma de preocupação com a tutela de interesses sociais.

Por óbvio, a preocupação com a celeridade do processo e com a facilitação do trabalho do Poder Judiciário também são elementos positivos, quando se trata de Processo Coletivo. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni (2004, p. 336) afirma que “(...) além de eliminar o custo das inúmeras ações individuais e de tornar mais racional o trabalho do Poder Judiciário, supera os problemas de ordem cultural e psicológica que impedem o acesso à justiça e neutraliza as vantagens dos litigantes habituais e dos litigantes mais fortes”.

Deve-se atentar para a intenção do legislador de diminuir o número de processos que litigam interesses individuais em nossa Suprema Corte. Tal Tribunal passa a discutir questões constitucionais que representem “*importante repercussão*”. Diante de tal paradigma, mostra-se imperiosa a sistematização de um “*Código de Processo Coletivo*” levar ao Poder Judiciário interesses de ordem coletiva.

Por óbvio que a “*filtragem*” feita através do exame de admissibilidade recursal dá uma grande margem de discricionariedade aos Ministros. Contudo, deve-se atentar

para a intenção de colocar em pauta assuntos realmente relevantes e de interesse coletivo.

IV. Conclusão

Portanto, o "*Processo Coletivo*" no Brasil insere-se em um paradigma de tutela de interesses coletivos e tutela coletiva de direitos. A ideia de sistematizar um Código de Processo Coletivo no Brasil, passa pela compreensão de tal paradigma.

Por outro lado, o requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário, insculpido em nossa Constituição através da Emenda Constitucional n. 45, que exige que a questão constitucional pré-questionada seja de "*repercussão geral*" é outro exemplo de como o legislador tem se preocupado com a tutela de interesses coletivos de real importância.

Diante de tal paradigma constitucional, resta questionar se a sistematização de um código e a exigibilidade de questão constitucional de "*repercussão geral*" para admissibilidade de recurso extraordinário serão suficientes e eficazes para a tutela de interesses coletivos, ou se irão servir como "barreira" de processos que visem à tutela de interesses individuais.

Afinal, a discricionariedade dada ao jurista que considera, ou não, uma questão constitucional de "*repercussão geral*", resta inegável. Nesse sentido, cumpre lembrar a lição de Oscar Vilhena Vieira:

Quando em 1993 estudei o papel do Supremo Tribunal Federal no processo de consolidação da democracia brasileira, um dos pontos que mais me chamou a atenção foram as distintas perspectivas pelas quais as normas constitucionais eram interpretadas, não apenas pelo órgão de cúpula do judiciário, mas pelos diversos tribunais e juízes brasileiros. O que se pode constatar da prática judiciária é que quanto maior a abstração e abertura das normas constitucionais à moralidade e a política, maior o espaço de discricionariedade dos magistrados na aplicação das mesmas.
www.dhnet.org.br/direitos/militantes/oscarvilhena/vilhena_discricionalidade.html.
Acesso em: 07 julho. 2009.

Contudo, o que se considerou no presente trabalho fora o paradigma no qual a ideia de sistematização de um "*Código de Processo Coletivo*" no Brasil se insere, bem como, a real importância que tal fato teria na tutela de direitos coletivos ou individuais homogêneos.

Sendo assim, cumpre delimitar a real eficácia que a sistematização de um Código de Processo Coletivo teria na tutela de interesses e direitos das categorias elencadas

até então, bem como se o requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, previsto no artigo 102, parágrafo 3º, de nossa Constituição, tem real aplicabilidade para levar à Corte Suprema interesses coletivos, difusos ou individuais homogêneos, ou se funciona como “barreira” para diminuir a carga de processos e o volume de trabalho de tal Corte.

É que o Supremo Tribunal Federal, na aplicação do novo instituto, perceberá sua idoneidade para selecionar aquilo que será, ou não, por ele apreciado, podendo, assim, romper com sua tradicional jurisprudência.

O Processo Coletivo, por sua vez, sistematiza-se para atender à tutela de interesses realmente coletivos, quebrando o paradigma no qual se assenta nosso processo civil.

V. Bibliografia

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. Atualizado até 20.02.2006. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

DIDIER JR., Fredie. e ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Volume IV. Processo Coletivo*. 3 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2008.

DINAMARCO, Candido Rangel. *O processo civil na reforma constitucional do Poder Judiciário*. São Paulo: Revista Jurídica, 2003.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. 2 ed. São Paulo: Ed. SRS, 2008.

SILVA, Placio e. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 22 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. Da Proibição de Excesso (*Übermassverbot*) à Proibição de Proteção Deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *(Neo) Constitucionalismo: ontem, os códigos hoje, as constituições*. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 2, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme & ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Discricionariedade Judicial e Direitos Fundamentais*. Disponível em: www.dhnet.org.br/direitos/militantes/oscarvilhena/vilhena_discricionalidade.html. Acesso em: 07 julho. 2008.

O direito n'A crítica da Filosofia do Direito de Hegel

The right in *Critique of Hegel's Philosophy of Right*

Cláudia Aparecida Pereira

Graduanda em Direito na Faculdade de Direito de Patos de Minas. Pesquisadora em iniciação científica do PIBIC. Membro do Grupo de Estudos Jurídicos Marxistas - GEJUM/CNPq

Éder Ferreira

UNIPAM e Universidade de Uberaba. Pós-Graduado em Direito Público e Filosofia do Direito pela UFU, e em Direito Processual Civil pela PUC Minas. Conciliador no Juizado Especial de Uberaba - TJMG. Membro da Comissão de Monitoramento da Violência em Eventos Esportivos e Culturais - COMOVEEC/SSP-MG. Coordenador do Grupo de Estudos Jurídicos Marxistas - GEJUM/CNPq. e-mail: ederferreira@netsite.com.br

Resumo: O presente artigo, elaborado no interior do GEJUM (Grupo de Estudos Jurídicos Marxistas), trabalha no campo dos fundamentos do direito, pois localiza nas obras de juventude de Karl Marx uma teorização sobre o direito. Destaca-se, então, como tema central da pesquisa a concepção marxiana do fenômeno jurídico desenvolvida pelo jovem Marx.

Palavras-chave: 1. direito. 2. Estado. 3. marxismo.

Abstract: The present paper, elaborated within the GEJUM (Grupo de Estudos Jurídicos Marxistas), aims at working in the field of the law basis, because it localizes in Karl Marx's youth works a theorization on the law. The main point of the research then is the Marxist conception on juridical phenomenon developed by the young Marx.

Keywords: 1. right. 2. State. 3. Marxism

1. Introdução

Na fala de Maria Helena Diniz,

A tarefa de definir ontologicamente o Direito resulta quase sempre frustrada ante a complexidade do fenômeno jurídico, e devido à impossibilidade de se conseguir um conceito universalmente aceito, que abranja de modo satisfatório toda a gama de elementos heterogêneos que compõem o Direito. (DINIZ, 2003, p. 5).

De fato, aqueles que buscam tal definição encontram pelo caminho uma vasta diversidade de perspectivas a serem adotadas e deparam com concepções por vezes antagônicas, de modo que elaborar um conceito e nomeá-lo de absoluto ou plenamente verdadeiro seria condená-lo ao descrédito. No entanto, a organização da justiça exerce um papel tão significativo dentro de uma sociedade que nem mesmo se poderia falar

em conhecimento das relações humanas sem abranger de alguma forma o direito. Deveras, diante da constante metamorfose a que o próprio ser humano submete-se, torna-se mister que sua forma de organizar-se o acompanhe. Ele nunca atingirá completamente este conceito, mas sua superação faz parte da evolução social.

Dentre os diversos pensadores que são notáveis por suas contribuições figura com destaque Karl Marx. Ainda muito jovem, esse alemão iniciou sua descoberta das questões fundamentais, por meio da filosofia hegeliana:

Desde o início, manifestou-se com força o impulso de Marx no sentido de apropriação e da reelaboração dos mais importantes resultados científicos da época, bem como a inigualável atitude crítica com a qual, em cada oportunidade, ele se empenhou na reconstrução de ideias preexistentes (LUKÁCS, 2007, p. 121).

Ele não elaborou uma obra que se voltasse especificamente para o aspecto jurídico. Seu trabalho tem uma visão abrangente e, em linhas gerais, procura demonstrar que “a exigência de abandonar as ilusões sobre sua situação é a exigência de abandonar uma situação que precisa de ilusões” (MARX *apud* FERREIRA et al., 2008a, p.15). Tendo em consideração a extensão e a complexidade do pensamento marxista, não seria possível conhecê-lo adequadamente na íntegra em uma única oportunidade; então, elege-se, aqui, a *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel* como foco central.

Nesta obra, em coerência com o supracitado, Marx não se dedicou a apreender uma concepção do Direito. Ele tece seu raciocínio de forma a romper com os limites do pensamento hegeliano e criticar o Estado Moderno. Não obstante, dentro da riqueza de sua argumentação e em observância à íntima relação que se interpõe entre o Estado e o Direito, infere-se da *Crítica* uma admirável observação do fenômeno jurídico, que ainda hoje pode ser de grande contribuição.

A reflexão aqui apresentada acerca do pensamento marxiano é baseada em pesquisa exploratória, quanto aos objetivos, e em pesquisa bibliográfica, quanto às fontes e aos procedimentos de coleta de dados.

2. O Jovem Marx

“Karl Marx nasceu em 15 de maio de 1818, em Tréveris. Recebeu de seu pai influência decisiva pelo gosto polêmico da política” (TROTTA, 2004, p. 17). De fato, o alemão iniciou sua participação no universo da filosofia precocemente, aos dezenove anos. Talvez por influência do pai, que era advogado, Marx graduou-se em jurisprudência

dência. Logo em seguida, obteve o doutorado com a tese *Diferenças das Filosofias da Natureza em Demócrito e Epicuro*, e prosseguiu seu trabalho na *Gazeta Renana*. Todas essas etapas e outras que não nos seria oportuno citar permitiram que ele chegasse a 1843 “com a necessidade de penetrar teoricamente os problemas sociais que havia enfrentado como jornalista político” (LUKÁCS, *Op. cit.*, p. 141). Nesse sentido, ele sente a necessidade de estruturar sua base filosófica: aqui nasce a *Crítica da filosofia do direito de Hegel*.

Manifestou-se com força o impulso de Marx no sentido de apropriação e da reelaboração dos mais importantes resultados científicos da época (...). Ele se empenhou na reconstrução de ideias preexistentes (*ibid.*, 121).

O jovem foi influenciado por pensadores conhecidos em sua época, porém o que caracteriza seu trabalho é a capacidade que tem de compilar conhecimentos e aperfeiçoá-los. Sobretudo na fase inicial, Hegel exerce influência significativa sobre Marx e também sobre os demais jovens hegelianos, embora com algumas divergências entre estes. No entanto, o rapaz de Tréveris não encontra nessa corrente de pensamento todas as respostas de que precisa, e passa a ver em Feuerbach outras possibilidades. Estes são os dois autores que mais se destacam na fundamentação marxista. Esta observação não permite que excluamos outros, como por exemplo, Demócrito e Epicuro, que aparecem em sua tese de doutorado, mas aqueles são os dois pilares principais, uma vez que fornecem os elementos do materialismo histórico-dialético e toda a obra que o circunda.

Este é apenas o ponto de partida, mas Marx ainda forneceu para a história a análise de muitos outros fatos e, para a humanidade, muitas outras conquistas.

3. Crítica da Filosofia do Direito de Hegel

Marx, ao analisar a colocação de Hegel do Estado como um fim imanente e simultaneamente uma necessidade externa às relações concernentes ao direito privado, ressalta, sobretudo, a força das expressões subordinação e dependência e a contradição estabelecida entre a exteriorização presente em tal proposição e a interiorização, que é característica da finalidade, do fim imanente. Nas palavras de Wellington Trotta:

Marx (...) afirma que a família e a sociedade civil constituem os pressupostos do Estado, no entanto, no pensamento especulativo hegeliano, estas esferas são atividades interiores, imaginárias, momentos subjetivos da ideia, que guardam entre si *relações essenciais*. (TROTTA, *Op. cit.*, p. 69)

O filósofo não nos permite olvidar que o fato de se tratar de uma relação de subordinação é decorrente da própria transição da sociedade civil para o Estado, mas que falar em dependência do ponto de vista adotado é referir-se a uma relação de determinação essencial da parte com o todo. Portanto, trata-se de duas concepções antagônicas da mesma situação figurando em um único conceito. Ele afirma ainda que essa relação de “*necessidade vai contra a essência interna da coisa*”, porque vai de encontro à “*essência autônoma*” de cada ente impondo-lhe orientações artificiais. O jovem constata ainda que Hegel estabelece uma identidade entre o “*sistema de interesses particulares (...) e o sistema de interesse geral*”, para atingir a “*liberdade concreta*”. A esta expressão Marx atribui tom irônico. É sabido que sua obra vem a se desenvolver no sentido de que o “*interesse geral*” da forma como é colocado tem por finalidade assegurar o domínio da burguesia sobre os meios de produção.

Cita-se em Marx: “Neste parágrafo (o §262) encontra-se resumido todo o mistério da filosofia do direito e da filosofia hegeliana em geral.” Aqui Hegel deixa transparecer fortemente o seu idealismo: o Estado, por se tratar de Espírito real e absoluto e da Ideia, é algo que transcende a realidade, porque o conceito é o ponto de partida para que se possam engendrar as relações humanas de fato. Tudo deve ocorrer primeiramente no plano do pensamento. Hegel afirma que a Ideia real é a base para a divisão da população como um todo em sociedade civil e família, que tal divisão tem a potencialidade de levar a finitude de cada uma delas a contribuir para o Espírito “*real infinito para si*”. Marx adota uma concepção diferente: na *Crítica à Filosofia do Direito*, ele afirma que a visão de Hegel é prejudicada pela inversão que é feita entre sujeito e predicado. O idealismo faz com que a argumentação deste tenha como essência aquilo que é resultado de uma premissa, e não ela por si mesma, uma vez que aceita o conceito que se desenvolve e determina a realidade. Ressalta-se também que:

No entendimento de Marx, dentro da *Crítica de 1843*, o Estado é uma realidade que não pode ser desconsiderada, que não pode ser ignorada em razão de condições objetivas, de materialização de interesses dos homens organizados para fins como a racionalidade necessária à própria organização do espaço público, contudo, esse mesmo espaço público não pode desconstituir o espaço privado. Marx discute em síntese, a impossibilidade da subjetividade do Estado, isto é, a impossibilidade do Estado enquanto sujeito, como

algo que imprime uma qualidade à realidade das bases concretas como família e sociedade civil. (TROTТА, *Op. cit.*, p. 70).

Marx é, em parte, também influenciado pelo filósofo Feuerbach e, a partir da *Crítica*, rompe com a visão idealista e passa a desenvolver o materialismo dialético. Assim, na visão do jovem alemão, o Estado deixa aquele caráter de fonte da família e da sociedade civil, porque elas não são vistas como fruto dele através da mediação das “*circunstâncias do arbítrio e da escolha própria da determinação*”, mas assumem o lugar de sujeito com existência própria e deslocam o Estado para a condição de predicado. Talvez ele nem chegue a isto porque, como se nota na evolução do pensamento marxista, ele é colocado como desnecessário e até mesmo como prejudicial à população. É imprescindível observar que Marx cita: “essa mediação do real é tão somente a manifestação de uma mediação que a Ideia real executa nela mesma e que se passa detrás das cortinas”.

Hegel prossegue argumentando que o “Espírito é como (...) universalidade objetiva da singularidade e da particularidade”, porque estas possuem sua realidade imediata e refletida naquele. Assim, os indivíduos veem-se diante de um “*dúplice momento*” entre essas esferas, e surge o direito como forma da conciliá-las, fazendo com que os interesses próprios de cada um voltem-se para um “*fim geral*” por meio de “*um ofício e uma atividade na corporação*”. Marx, ao analisar este raciocínio, identifica a semelhança com a “*passagem que se realiza na lógica da esfera da Essência à esfera do Conceito*”. Aqui ele não alonga a sua fala, é bem conciso ao dizer: “*Trata-se apenas de encontrar, para determinações singulares concretas as determinações abstratas correspondentes.*” Mais uma vez reforça a teoria de que o equívoco presente na Filosofia de Hegel deve ser atribuído ao método de que este se utilizava, pois, como nos ensina Lukács (*Op. cit.*, p. 125), “em seu idealismo e no caráter metafisicamente fechado de sua sistematização estavam previamente contidas as premissas que haviam tornado possível a acomodação de Hegel”.

A referida acomodação é algo que não aparece explícito neste texto marxista, no entanto é um importante elemento do contexto em que se insere a *Crítica*. Marca a sua inovação frente ao tratamento que é dado pelos jovens hegelianos à forma como Hegel trata a monarquia: este é acusado por aqueles que estudam seu pensamento até mesmo de defender tal forma de poder por interesses pessoais, o que explicaria a distinção entre o Hegel exotérico e o esotérico. Marx, ao contrário, demonstra a profundidade de seu desenvolvimento crítico e constata na inversão que Hegel faz entre sujeito e predi-

cado, na atuação da lógica, as bases para a acomodação. Assim, Marx deixa implícito que a chamada relação universal é um fruto do idealismo colocado artificialmente como sujeito, e que a passagem do egoísmo individual à colaboração com a totalidade como predicado é desenvolvida também equivocadamente. É o que se pode constatar no seguinte trecho: “A passagem (da singularidade à universalidade) não é, portanto, derivada da essência particular da família etc. e da essência particular do Estado, mas da relação universal entre necessidade e liberdade” (MARX, 2005, p. 32).

Hegel dispõe que a Ideia necessariamente desenvolve-se dentro de si mesma, subjetivamente, como a disposição política e, objetivamente, como organismo do Estado. Este organismo possui diferentes lados que são os diferentes poderes determinados pela natureza do conceito e que engendram a própria manutenção. O nome dado a ele é constituição política. E quando se fala em diferentes lados, é necessário observar o que diz Trotta: “Observa-se de imediato a diferença de como Hegel separa as funções de Estado em franca oposição à clássica separação dos poderes dentro da tradição exposta por Montesquieu” (TROTTA, *Op. cit.*, p. 36). Marx considera um “progresso tratar o Estado político como um organismo” por julgar que assim a distinção entre os poderes torna-se mais “viva e racional (...). O sujeito são as distinções reais ou os diferentes lados da constituição política (...). Em vez disso a Ideia é feita sujeito (por Hegel)”. (MARX, 2005, p. 35) Ele salienta ainda que o resultado a que Hegel pretende é a determinação do organismo como constituição política, mas que tal objetivo não encontra e não encontrará fundamentos.

4. O conceito de Direito na *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*

Considerando que a discussão inicial da *Crítica* gira em torno do Direito Público Interno, a forma como a sociedade civil e a família relacionam-se com o Estado dentro de sua abrangência constitui o cerne da polêmica.

Num primeiro momento, faz-se notar a distinção que Hegel estabelece entre o Direito Privado e o Direito Público. Concebe que “o direito privado e do bem privado” têm como delimitação a “família e a sociedade civil”, o que permite a inferência de que o direito estaria circunstanciado pelas lides restritas a indivíduos isolados e ao regulamento das relações que se mantivessem enquanto defesa de interesses essencialmente particulares. Já ao Estado, que se apresenta como o esteio do Direito Público Interno, Hegel atribui o status de defensor do “*fin último geral*”, dotado de coercibilidade para

impor deveres, mas simultaneamente titular da obrigação de garantir direitos e sobretudo subordinante da natureza das leis da esfera privada: “A clássica divisão é oriunda do direito romano (...). O direito público era aquele concernente ao estado dos negócios romanos; e o direito privado era o que disciplinava os interesses particulares” (DINIZ, *Op. cit.*, p. 13).

A comparação das duas formas de classificação dá margem para notar a influência clássica sobre Hegel, mas vale ressaltar que o caráter que este empresta ao Estado determina diferenças profundas, especialmente porque “os gregos claramente subordinam a esfera privada à vida pública” (COUTINHO, 2005, p. 8).

Marx discorda da forma como Hegel coloca o caráter subordinante do Direito Público, citando ironicamente “a identidade (...) do sistema de interesses particulares (...) com o sistema de interesses geral” como uma espécie de “liberdade concreta”.

Dentro da análise da contradição em que Hegel incorre ao unir a “determinação essencial” à “necessidade externa”, Marx percebe que aquele coloca uma “relação essencial” em que o direito privado não teria existência “autônoma”, porque seria, em discrepância com a “essência interna da coisa”, subordinado e dependente. A posição adotada na *Crítica* ainda admite certa modalidade de “necessidade externa” da esfera privada com relação ao Estado, porque aceita que, em caso de “colisão empírica”, aquela deve ceder a este.

Contudo, no que tange a questões conceituais, “subordinação e dependência são expressões para uma identidade forçada e aparente”.

Aqui o pensamento marxista pode ser transportado para a atualidade, a fim de se estabelecer um paralelo com os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público, ambos integrantes do rol de princípios da administração pública. Segundo Di Pietro:

O Direito Administrativo nasceu e desenvolveu-se baseado em duas ideias opostas: de um lado a proteção dos direitos individuais frente ao Estado, que serve de fundamento ao princípio da legalidade, um dos esteios do Estado de Direito; de outro lado, a necessidade de satisfação dos interesses coletivos, que conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública [...] (DI PIETRO, 2007, p. 56).

A autora, assim como Marx, prevê que pode haver discordância entre os interesses particulares e o “sistema de interesses gerais”, determinando, inclusive, o princípio da legalidade como forma de proteção ao indivíduo (que tem a prerrogativa de agir de acordo com a autonomia da vontade, respeitadas as restrições legais). O Estado

é uma pessoa jurídica e, embora vise à consecução dos interesses coletivos e goze de prerrogativas especiais, para isso não pode forçosamente interferir em relações que fogem a sua competência e muito menos impor-se como fonte determinante do direito privado. O momento em que Di Pietro fala em satisfação dos interesses públicos identifica seu pensamento com o de Marx, quando ele admite que em situações empíricas o direito privado deve ceder ao público, em caso de colisão. É imprescindível abrir um parêntese para dizer que, não obstante as semelhanças que permitiram trazer o pensamento de Di Pietro para esta comparação, a forma como os dois autores vêm a tratar o que é interesse público determina um distanciamento em suas linhas de raciocínio. Ela adota o ponto de vista de uma doutrinadora no contexto contemporâneo do capitalismo, enquanto ele, embora no momento da *Crítica* ainda não tenha iniciado sua incursão pela teoria social, já começa a construção das premissas para concluir que o Estado é um instrumento burguês de dominação. Hegel concebe que “o fim do Estado seja o interesse universal”. Marx, no entanto, refuta que este fim é fruto do idealismo e que “o Estado não é real sem este fim”. E argumenta ainda que “a lógica não serve de demonstração do Estado mas o Estado serve de demonstração da lógica”.

Além disso, Marx, muito perspicaz, expõe que se existisse uma igualdade entre a “necessidade externa” e o “fim imanente” (o que, na verdade, pode ser visto como uma fusão do que deveria ser privado com o interesse público), existiria uma inadmissível igualdade entre direitos e deveres, e exemplifica que o direito à propriedade seria paralelo ao dever de respeitá-la.

Dando sequência a sua argumentação, Hegel apresenta a Ideia Real que seria dividida por ela mesma em família e sociedade civil, com mediação das circunstâncias, do arbítrio e da escolha própria da determinação. Aqui a *Crítica* trabalha no sentido de demonstrar a inconsistência da maneira como o Estado, ou seja, a Ideia, é tratado. Existe uma inversão entre sujeito e predicado. De fato, observa-se no art. 1.º da Constituição Brasileira de 88 que, dentre outros, são considerados *fundamentos* da República Federativa Brasileira: “a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (BRASIL, 1988, art.1.º). Este é um exemplo bem claro da posição defendida por Marx. Para ele, de encontro ao que dispõe Hegel, eram a família e a sociedade civil, isto é, as pessoas consideradas dentro de suas particularidades que, unidas, “se fazem, a si mesmas, Estado.” É necessário observar que, no momento da *Crítica*, Marx ainda não havia desenvolvido o conceito de Estado que se tornou famoso em sua obra, e isso permitiu a comparação com o trecho da Constituição, pois neste

momento, seu pensamento se aproximou da disposição feita por ela tanto que diz: “O fato é que o Estado se produz a partir da multidão tal como ela existe (...)”.

Este, que é considerado por Marx o ponto alto da *Crítica*, contém o substrato para a discussão de um conceito que é bastante representativo não só no âmbito do direito, mas em todas as ciências que visem à organização social: a democracia. Isto ocorre porque, sendo o Estado que se divide e dá base para a sociedade, esta não passa de um fruto dele, que deve obedecer a suas características sem contestar ou participar, enquanto que, se é ela que o constitui, é ela a sua célula e deve participar das decisões e ser o alvo de suas preocupações.. O parágrafo único do referido artigo ainda dispõe que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio dos representantes eleitos ou diretamente (...)” (BRASIL, *Op. cit.*).

Para o Marx da *Crítica de 1843*, a democracia não é apenas uma formalidade político-administrativa, mais do que isso, seu objeto é a inclusão de todos os homens numa sociedade onde o social se torne objeto do Estado e este instrumento daquela (TROTTA, *Op. cit.*, p. 115).

“Sobretudo em sua acepção propriamente moderna, ocorre uma profunda articulação entre cidadania e democracia” (COUTINHO, *Op. cit.*, p. 1). Isso demonstra que, mais uma vez, o pensamento marxista pode estabelecer paralelo com o art. 1.º, que faz referência à cidadania, e com tantos outros que dentro da legislação constitucional, eleitoral, administrativa etc. visem proteger o instituto democrático. E, novamente em Coutinho, cita-se:

(...) podemos defini-la (a democracia) como a presença efetiva das condições sociais e institucionais que possibilitam ao conjunto dos cidadãos a participação ativa na formação do governo e, em consequência, no controle da vida social. (ibidem, p. 1)

Avançando no desenvolvimento de seu trabalho, Hegel contrapõe a singularidade e a universalidade, e aponta ao direito como solucionador para este “*dúplice momento*” enfatizando que a “*autoconsciência universal*” determina a realização de “*interesses pessoais*” através de “*um ofício e uma atividade na corporação voltados para um fim geral.*” Acerca desta alegação, Marx apenas comenta que é baseada no equívoco de inversão do sujeito e predicado. Sua maneira de pensar exclui a possibilidade do “*dúplice momento*”, uma vez que, admitindo a existência do Estado, ele não seria uma finalidade

em si e, portanto, não poderia se chocar com os interesses individuais. Eliminada sua função, automaticamente o direito, se visto sob este panorama, deixa de existir.

Pode-se notar então uma contradição em que Marx incorre, pois, em outro momento, diz que:

Por necessidade externa pode-se somente entender que “leis” e “interesses” da família e da sociedade civil devem ceder, em caso de colisão, às “leis” e “interesses” do Estado; que elas são subordinadas a este; que sua existência é dependente da existência do Estado; ou também que a vontade e as leis do Estado aparecem à sua “vontade” e às suas leis como uma necessidade (MARX, 2005, p. 28).

Ele não aceita a “*necessidade externa*” da forma como é posta em Hegel, porque trata de uma “*relação essencial*” e não de “*colisões empíricas*”, como acredita que deveria ser. Assim aceita a existência do direito privado e do público também. Este fato torna bastante evidente que a *Crítica* é uma evolução do pensamento marxista. Ainda muito jovem, ela não encerra pensamentos prontos mas uma visão em rápida e constante superação.

5. Considerações Finais

Falar do fenômeno jurídico, dentro da *Crítica*, é tratar de maneira especial um dos aspectos que compõem o conjunto de fatores que Marx considera ao elaborar uma obra que, antes de apontar falhas, procura romper com os limites de sua inspiradora. Trata-se de um texto que ainda não contém a visão social que se tornou a marca de Marx, mas revela que seu pensamento está estruturado sobre uma visão de mundo inovadora e que procura ater-se ao máximo à realidade, à verdade, utilizando-se para isso de profunda reflexão e da contraposição de ideias.

O conceito de Direito aqui ainda não atingiu seu ponto máximo na obra marxiana, ele apenas revela que uma norma não é capaz de determinar a matéria por ela regulada, ou seja, não há que se falar em relações sociais determinadas pelo direito. De acordo com Chauí:

As contradições se dão entre os “interesses de um indivíduo ou uma classe particular e os interesses coletivos. (...) Na realidade há antagonismos entre classe sociais e particulares, pois onde houver propriedade privada não pode haver interesse comum” (CHAUÍ, 1980, p. 18).

Nesse sentido, o direito é resultado da correlação de forças sociais contraditórias e inerentes à luta de classes. Justamente por isso, é possível compreender a dominação social por meio das leis, que correspondem à base econômica da sociedade, garantindo sua permanência.

6. Referências

BOTTOMORE, Tom. *Dicionário do pensamento marxista*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia?* São Paulo: Brasiliense, 1980.

COUTINHO, Carlos Nelson. Notas sobre cidadania e modernidade, in: *Revista Ágora: Políticas Públicas e Serviço Social*, Ano 2, n.º 3, dezembro de 2005, s/p. Disponível em: <www.assistentesocial.com.br/agora3/coutinho.doc>. Consulta em: 28 jul. 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERREIRA, Éder; ARANTES, Mariana Furtado; QUERINO, Rosimar Alves. Materialismo histórico-dialético I: Produção e reprodução social – uma leitura do trabalho como categoria ontológica, in: ABRÃO, Maria Bárbara Soares e. *Serviço Social: Etapa 01*. Uberaba: UNIUBE, 2008a, vol. 3, p. 11-29.

FERREIRA, Éder; ARANTES, Mariana Furtado; QUERINO, Rosimar Alves. Materialismo histórico-dialético II: Luta de classes e revolução social - contribuições marxianas para a crítica e a superação da sociedade capitalista, in: ABRÃO, Maria Bárbara Soares e. *Serviço Social: Etapa 02*. Uberaba: UNIUBE, 2008b, vol. 2, p. 18-33.

LUKÁCS, György. O jovem Marx, sua evolução filosófica de 1840 a 1844, in: *O jovem Marx e outros escritos de filosofia*. Rio de Janeiro: EDUF RJ, 2007, pp. 89-120.

MARX, Karl. *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*. São Paulo: Boitempo, 2005.

TROTTA, Wellington. *A Crítica da Filosofia do Direito de Hegel como matéria prima da teoria política de Marx em 1843*. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Instituto de Filosofia e Ciências Sociais, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004.

Processo, hermenêutica e integridade do direito: a tese dworkiniana no combate a decisionismos e discricionariedades

Process, hermeneutics and integrity of right:
dworkian's theses in the combat of decisionism and discretionarity

Cristiano Becker Isaia

UNIFRA/RS e UNISINOS/RS. Doutorando em Direito Público pela UNISINOS/RS. Conferencista da Escola Superior da Advocacia - ESA/RS. Diplomado pela Escola Superior da Magistratura - AJURIS/RS. Advogado. e-mail: cbisaia@terra.com.br

Resumo: Se o novo texto constitucional efetivamente procura romper com o modelo de Estado e de Direito liberal-individualista-normativista (que ainda sobrevive), conferindo à Constituição a base de toda a juridicidade e a função garantidora dos direitos humanos na promoção dos direitos sociais, torna-se relevante, em tempos de resistência positivista (tendo-se ainda em vista que no Brasil as promessas do Estado social não se realizaram, tendo sido aproveitadas somente pelas elites), perquirir acerca do papel do judiciário diante do paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito, notadamente no que tange à blindagem a decisionismos e discricionariedades.

Palavras-Chave: 1. Estado Democrático de Direito 2. atuação jurisdicional. 3. resistência positivista. 4. integridade

Abstract: If the new constitutional text effectively seeks to break through with the liberal-individualist-normativist model of State and Law (that still survives), conferring to the Constitution the basis of all legal system and the function to guarantee the human rights in the promotion of social rights, it became relevant, in positivist resistance era, taking into account that in Brazil the promises of the Welfare State are not reality (realized only for the elites), to seek about the role of the judiciary in face of the paradigm set up by the Democratic State of Law, especially in relation to decisionisms and discretionarities.

Key-words: 1. Democratic State of Law. 2. jurisdictional acting. 3. positivist resistance. 4. integrity.

Introdução

Os pesquisadores da seara da filosofia jurídica, em geral, já vêm alertando há bastante tempo sobre o fato de que a resistência positivista mantém os operadores do direito como reféns de um paradigma interpretativo que idolatra a supremacia das regras em detrimento de princípios constitucionais, o que torna ainda mais dificultosa a missão do Estado de espectro democrático de direito. Efetivamente, se a Constituição

necessita ser compreendida para ser interpretada, sua aplicação depende da realização, por parte dos juízes, do *processo hermenêutico*.

É chegada a hora, assim, de se (re)discutir as condições de possibilidade para a realização dos direitos fundamentais e da democracia. Nesse sentido, a gênese conteudística da formação estatal estampada pela forma democrática de direito é fruto de uma série de conquistas que, ao longo dos anos, se destinaram a traçar uma plataforma que superasse – sem absolutamente esquecer-los – os direitos individuais e coletivos, concentrando-se nos movimentos sociais. A preocupação dessa modalidade estatal é para com os interesses difusos referentes a coletividades indefinidas e sujeitos indeterminados (CAMPILONGO, 2005, p. 34.), os quais exigem uma nova postura da atividade jurisdicional, até mesmo porque a referida modalidade estatal assenta-se na democracia e nos direitos fundamentais. Disso depende-se que:

[...] a multiplicação de “novos atores sociais”, envolve também o alargamento dos objetos de tutela jurídica e, mais do que isso, a explosão de uma conflituosidade social que, sem perder de vista o confronto trabalho/capital, assume muitas vezes facetas multipolares e dificilmente enquadráveis na rígida moldura normativista (Idem, *ibidem*, p. 37).

Isso se deve ao fato de que ao prognóstico da legalidade o Estado Democrático de Direito agrega o qualitativo da *busca pela igualdade da comunidade*, fazendo-o por meio de sua vinculação a uma ordem constitucional que organize democraticamente a sociedade, aliada a um sistema de direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos que vê na justiça social a condição de possibilidade na correção de desigualdades. O adjetivo “democrático” se justifica em razão da superação de um Estado de Direito meramente formal a um Estado que estampa concretizar a justiça social, pretendendo fazê-lo a partir da consolidação dos valores fundantes da comunidade (REALE, 1998). É justamente por isso que a proposta da referida modalidade estatal ultrapassa a formulação liberal e social de direito, consistindo-se, para Bolzan de Moraes e Lenio Streck, num *plus* normativo em relação às formulações anteriores (BOLZAN DE MORAIS & STRECK, 2008, p. 99).

Se o modelo liberal, após sua formalização à plataforma legal, se constituiu Estado de Direito, tendo a lei como ordem geral, e no espectro social de direito agregou-se ao Estado um ideário prestacional-interventivo, em que a lei passou a ser instrumento de implementação das promessas, no perfil democrático de direito dá-se o surgimento de uma nova roupagem, colorida pela questão da *igualdade*, que pretende ser

instrumento de transformação da realidade para inserir à gênese liberal e à questão social o “asseguramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade” (idem, *ibidem*, p. 104.), por meio de um projeto solidário.

Dessa forma, no intuito de um *constituir da sociedade*, a jurisdição passa (deveria passar) a ser a verdadeira condição de possibilidade para a implementação da chamada *questão social*, no interior da qual o Direito adjudica um papel de transformação social, superando o próprio modelo de Estado social (STRECK, 2004, p. 03). Isso será realizado a partir da participação do judiciário na concretização dos anseios da sociedade, momento em que cabe ao mesmo “garantir que as políticas públicas adotem uma processualidade capaz de salvaguardar a legitimidade democrática” (Cf. OHLWEILER, apud: SARLET, TIMM et al., 2008, p. 339).

Tal se justifica ante ao fato de que, diante da nova roupagem social da qual faz parte a referida modalidade estatal, demonstrou-se a necessidade de um “redimensionar” das funções classicamente atribuídas aos poderes públicos da forma como isso se estruturou no Estado liberal, o que leva ao problema do cometimento de decisionismos e discricionariedades, posturas incompatíveis com a plataforma estampada pelo Estado Democrático de Direito.

1. O decisionismo jurisdicional na roupagem da subsunção e da ponderação

Seja diante da perda de exclusividade no exercício das funções estatais, seja em razão das modificações sofridas pela sociedade (em função da complexidade da sociedade contemporânea), a plataforma político-jurídica do Estado Democrático de Direito exige que se pense em uma espécie de aproximação funcional dos poderes na realização de um projeto efetivamente solidário, retomando, por que não, a *unidade* perdida. Justamente por isso é que o exercício jurisdicional recebeu, diante da referida modalidade estatal, tanto a função de zelar quanto a de implementar, a partir dos textos constitucionais, os direitos sociais.

Tal atuação significa uma necessária invasão, pelo judiciário, nas competências dos poderes legislativo e executivo (tema que retrata nitidamente o embate entre procedimentalistas e substancialistas), profanando o princípio democrático da separação dos poderes, que encontra raízes na perspectiva liberal. Esta, ao hipostasiar o indivíduo, se pensada à luz dos ditames instituídos pelo constitucionalismo presente no Estado Democrático de Direito, caminha de encontro ao alcance da democracia contem-

porânea que, a partir de uma atuação judicial transformadora da realidade, é calcada no prisma substancial, por meio de uma postura promocional-prestacional.

É com base nisso que, diante da constatação de que no Estado de feição liberal há uma dupla dimensão estabelecida entre princípio democrático de um lado e função de garantia de outro, pode-se afirmar que a jurisdição do referido modelo possui caráter eminentemente reprodutivo da atividade legislativa, não invadindo, portanto, a atuação dos demais poderes (MORAIS, 2002, p. 314-315), características que não se fizeram presentes (ao menos com tamanha intensidade), na segunda (social) e terceira (social-democrática) modalidades estatais de Direito. O fato é que no Estado de feição liberal há, a partir da separação dos poderes e funções estatais, como ensina Lenio Streck, um verdadeiro “bloqueio” dos poderes do Estado, os quais deveriam ser controlados pela Constituição (que estrutura o próprio princípio separatista e das garantias dos indivíduos)¹.

Todavia, diante das discrepâncias geradas pelo capitalismo (modelo econômico do liberalismo), surge a necessidade na regulação/promoção das leis de comércio e de economia de mercado, momento em que aparece a chamada *questão social*, tornando-se o ponto central do Estado de espectro social. No entanto, particularmente a partir do segundo pós-guerra, aflora a hermenêutica da transformação do *status quo*, haja vista que alguns países passaram a colocar em seus textos constitucionais mecanismos e valores que levam o Direito a uma condição jamais antevista, ou seja, como instrumento de luta e de transformação da realidade (Cf. STRECK, *Op. cit.*, p. 104-106.). Tal também se justifica porque,

[...] es posible en muchas ocasiones traducir una política - v. gr. la protección del interés público - en términos de derechos - v. gr. los derechos de los individuos que conforman la mayoría de la comunidad -, y viceversa. De otro lado, los derechos de segunda generación consagrados en las constituciones del Estado social - como lo han señalado Habermas e Teubner - son el resultado de una mezcla entre principios y políticas. De hecho, es posible concebir estos derechos - v. gr. el derecho a la vivienda o a la salud - como una juridización de estándares que en el Estado liberal funcionaban como políticas dependientes del buen funcionamiento de la economía. La juridización implica la posibilidad de que los individuos puedan exigir por vía judicial las prestaciones estatales previstas en las normas que consagran estos derechos; el juez, en estas circunstancias, debe tener en cuenta necesariamente argumentos de políticas - *policies* -, como los

¹ É justamente por isso, particularizadamente em relação ao Brasil, que Bolzan de Moraes afirma: “essa impotência histórica do Poder Judiciário em impor-se dentro do quadro institucional do País como um efetivo guardião e realizador dos projetos constitucionais deve-se, em grande parte, a sua dependência política em relação ao Poder Executivo, órgão que em toda história constitucional teve a atribuição da indicação dos membros de nossa Corte máxima”. *Idem*, *ibidem*, p. 330.

efectos de la protección de un derecho en la marcha de la economía (RODRIGUEZ, 1997, p. 79).

Mesmo diante de todas essas transformações e do ideário presente no Estado de feição democrática de direito, a resistência positivista mantém-se fortemente atuante no mundo jurídico (para tanto, basta perceber a contínua utilização, pelos professores da área jurídica, de manuais, códigos comentados, Constituição “esquemática”, etc.), o qual ainda continua a crer num modelo subsuntivo-dedutivista em dizer o direito, que ao plenipotencializar a regra incorre na mesma ficcionalização provocada pelo positivismo jurídico no decorrer da história.

Tal mundo jurídico permite, assim, através de seus operadores, que o juiz faça a “melhor” escolha, por meio de uma “melhor” interpretação, ignorando os espectros formal e material da Constituição. Dessa forma o Judiciário, em pleno paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito, de economia globalizada e de interesses supra-individuais, corre o risco de continuar a reconhecer preponderantemente a resolução de conflitos entre *sujeitos iguais*, indo de encontro ao movimento constitucional contemporâneo, notadamente a partir da inserção dos princípios e do resgate do mundo prático pela filosofia, permanecendo, como refere Cezar Lucas, a administrar “os conflitos sociais da mesma forma que protegia a propriedade e a liberdade no séc. XVIII, isto é, racionalizando e institucionalizando os conflitos em vez de enfrentá-los com suas complexidades” (Cf.. LUCAS, 2005, p. 188).

Tal problema se agrava ainda mais diante da resistência positivista no exercício da jurisdição – que o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito procura superar (!) –, tendo como uma de suas bases de sustentação justamente a admissão da discricionariedade e de decisionismos, ignorando o fato de que os textos não são plenipotenciários. Se as posturas positivistas propõem como “método” interpretativo a figura da subsunção, em que o juiz num processo lógico-dedutivo “lavaria as mãos” na aplicação do Direito ao caso concreto, subsumindo diretamente as regras existentes no ordenamento jurídico ao referido caso, em pleno paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito ainda se apostam em subsunções, ponderações² e interpreta-

² Um exemplo nítido da utilização da ponderação como técnica argumentativa ocorreu no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do caso *Ellwanger*, do qual inteligentemente fez crítica Marcelo Cattoni. Segundo Cattoni, em tal julgamento procurou-se argumentar que uma série de publicações, de natureza anti-semita, levadas a cabo por aquele editor, embora fossem reconhecidamente discriminatórias aos judeus, não poderiam ser consideradas racistas. E, em sendo assim, por não se tratar de crime de racismo, art. 20, da Lei 7.716/89, na redação dada pela Lei 8.081/90, e Constituição da República, art. 5.º, XLII, o crime já estaria prescrito, ense-

ções calcadas em procedimentos.

A prova maior disso está, por exemplo, em Alexy (especialmente na obra *Teoria da Argumentação Jurídica*, 2005), que, como forma de evitar a possibilidade da prática de qualquer atitude discricionária pelo intérprete, socorre-se aos princípios, seguindo a onda interpretativa do segundo pós-guerra, em que se evidenciaram as insuficiências do monopólio da lei como norte para a aplicação do Direito, até mesmo porque os textos constitucionais deste período passam a se assentar em princípios e não mais em regras. Nesse diapasão, os princípios, segundo Lenio Streck, “passariam a compor o novo perfil da sociedade contemporânea, enquanto resposta às insuficiências jurídico-políticas decorrentes das fases anteriores do Estado e do Direito” (Cf. STRECK,, 2007, p. 176).

Todavia, a teoria de Alexy acaba por retornar ao problema da discricionariedade (e ao positivismo por consequência) quando elege a ponderação como o método aplicável na ocorrência dos casos denominados *diffceis*. O retorno à discricionariedade está no problema que circunda qual princípio deve o intérprete aplicar na solução do referido caso (difícil), lembrando que para Alexy os princípios devem ser hierarquizados axiologicamente. É justamente por isso que o método da ponderação trabalha com uma atitude de sopesamento (escolha) do princípio a ser aplicado ao caso concreto,

jando a concessão do HC. Para o autor, no referido julgado, alguns Ministros do STF procuraram compreender o caso a partir de uma suposta colisão entre valores, liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana, solucionável a partir da técnica da ponderação, apresentando uma solução objetiva, justificável, para o caso, de acordo com os fins ou valores a serem realizados, na maior medida possível, pela decisão a ser tomada. Dessa forma, relata Cattoni que, refletindo o posicionamento majoritário, o Min. Gilmar Mendes procurou dar seguimento aos princípios da dignidade humana e da liberdade de expressão como se fossem valores, hierarquizando-os, em face do caso, segundo o entendimento de que se tratava de uma violação, proporcionalmente injustificável, da dignidade humana, pelo exercício da liberdade de expressão. Continua o autor a referir que, no entendimento do supracitado Ministro, a dignidade humana seria, não somente *prima facie*, também mas em definitivo, um valor superior à liberdade de expressão e, ao contrário, pois, de se reconhecer, em toda a sua extensão a liberdade de expressão, a não-concessão do HC levaria à manutenção da condenação por crime de racismo e à conseqüente censura às publicações discriminatórias, decisão que na maior medida alcançaria a promoção da democracia, do bem-estar e de uma cultura pluralista, já que, assim, melhor se estaria coibindo a intolerância social. A crítica à referida postura se sustenta no dilema questionado por Cattoni: como uma conduta pode ser considerada, ao mesmo tempo, como lícita (o exercício de um direito à liberdade de expressão) e como ilícita (crime de racismo, que viola a dignidade humana), sem quebrar o caráter deontológico, normativo, do Direito? Para o autor, tratar a Constituição como uma ordem concreta de valores é pretender justificar a tese segundo a qual compete ao Poder Judiciário definir o que pode ser discutido e expresso como digno desses valores, pois só haveria democracia, nesse ponto de vista, sob o pressuposto de que todos os membros de uma sociedade política compartilham, ou tenham de compartilhar, de um modo comunitarista, os mesmos supostos axiológicos, uma mesma concepção de vida e de mundo. Cf. CATTONI, 2007, p. 113-126.

deixando (continuando a deixar, como o fez o positivismo) essa escolha ao intérprete (do caso concreto): o juiz. Por consequência, se são os princípios hierarquizados axiologicamente, é justamente a atividade subjetiva do intérprete que irá definir qual princípio deve e qual não deve ser aplicado, atitude esta incontável a partir de uma racionalidade e incompatível com o próprio Estado Democrático de Direito.

Nesse particular, a teoria da argumentação jurídica de Alexy articula os princípios como mandados de otimização, ou seja, como “regras” destinadas à estruturação de outras regras que, além de atuarem em verdadeira abertura interpretativa, utilizam-se do princípio da proporcionalidade como o método fulcral de solução aos famigerados *casos difíceis*. Veja-se que para Humberto Ávila, seguidor de Alexy, a proporcionalidade, que deixaria de ser um princípio e passaria a ser uma metanorma, tem aplicabilidade “nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível” (ÁVILA, 2004, p. 112-123), em que a “exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito” (idem, *ibidem*).

Todavia, no que consiste um meio ou fim concretamente perceptível? Fica claro que é o intérprete quem irá escolher o melhor dentre os possíveis, o que retoma, da mesma forma, o problema da discricionariedade, que encontra na tese dworkiniana uma nova concepção, o que se passa a enfrentar.

2. Hermenêutica e integridade do direito: a tese dworkiniana no combate a decisionismos e discricionariedades

A tentativa de superação da discricionariedade somente será proposta por Dworkin, ainda que este mantenha a cisão entre casos fáceis e difíceis³, mas para quem as partes em um processo têm direito a obter uma solução (que Dworkin denominará de *resposta correta*) em acordo com o ordenamento jurídico pré-existente por meio da utilização dos princípios vigentes em tal ordenamento (idem, *ibidem*, p. 35-37).

Dessa forma, a distinção (não-cisão) entre princípios e regras será fundamental para que Dworkin negue a possibilidade da prática de decisionismos ou discricionariedades na órbita jurisdicional no Estado Democrático de Direito, sustentando que enquanto as regras operam no sistema *tudo ou nada* – cuja incidência (da regra) está con-

³ Para Dworkin, haverá um caso difícil quando os fatos e as normas relevantes permitem mais de uma solução pelo sistema jurídico composto por regras e princípios (RODRÍGUEZ, 1997, *Op. cit.*, p. 68).

dicionada à possibilidade de que os fatos previstos por uma regra se façam presentes –, os princípios, que estariam por detrás de todas as regras, não seguiriam essa lógica, podendo se manter vigentes, mesmo que não haja um nexo direto entre os fatos e a suposta conclusão jurídica àquele caso concreto (idem, ibidem, p. 49-50.)

O referido raciocínio é perfeitamente aliável à concepção jurisdicional presente no Estado Democrático de Direito, diante da profunda intervenção do Poder Judiciário na realização das promessas sociais constitucionais (consecução das políticas públicas), tornando-se a verdadeira condição de possibilidade para a reescrita da democracia a partir do deslocamento (no contexto Constitucional) da concepção formal para substancial, o que, para Ferrajoli, implica equipará-la ao Estado de Direito, refletindo os interesses de todos (Cf. FERRAJOLI, 2001). Assim, se no Estado de feição democrática o Direito passa a ser transformador da realidade, impõe que se (re)pense a atividade jurisdicional nesta modalidade estatal, especialmente no que se refere às decisões judiciais, para além da hipostasiação no apego a questões formais e técnicas, percorrendo um caminho à definição de direitos dos cidadãos (MORAIS, *Op. cit.*, p. 322), a partir de uma atitude ativa não-discrecional na concretização de uma justiça substantiva e da própria cidadania, atuando o juiz como um construtor do equilíbrio entre interesses supra-individuais (idem, ibidem), angariando forças a viabilizar o cumprimento dos direitos sociais numa plataforma que almeje superar a crise epistemológica pelo qual atravessa o direito e, conseqüentemente, a jurisdição. Com efeito, leciona Cezar Lucas:

A crise da Jurisdição revela-se como uma crise dos fundamentos dogmáticos da modernidade jurídica que, orientada para a preservação do passado por meio de práticas jurídicas de repetição, é incapaz de trabalhar com a diferença, com a complexidade da sociedade global, bem como não é apta a tomar decisões que garantam o futuro (LUCAS, *Op. cit.*, p. 193).

A atividade interpretativa no Estado Democrático de Direito exige que se supere a figura do juiz solipsista, o qual decide em acordo com *sua* “vontade”, “experiência”, etc., interpretando para “descobrir” o conteúdo da norma, extraindo o “significado ideal” do texto. Em seu lugar, impõe-se a atuação de um juiz que tenha ciência da responsabilidade social e política de suas decisões, buscando dar coerência ao Poder Judiciário e integridade ao Direito (STRECK, *Op. cit.*, p. 272), ciente de sua responsabilidade ante uma Constituição diretiva fundamental, que é condição de possibilidade para o funcionamento do Estado de feição democrática de direito, incompatível com qualquer espécie de discricionariedade (positivista) ou decisionismo.

É por isso que o Direito assume um novo papel diante da referida modalidade estatal, representado pela relação entre jurisdição e legislação (política), o que leva à constatação de que realmente “a dimensão política da Constituição não é uma dimensão separada, mas, sim, o ponto de estofa em que convergem as dimensões democrática (formação da unidade política), liberal (coordenação e limitação do poder estatal) e social (configuração social das condições de vida)” (STRECK, *Op. cit.*, p. 107).

Em vez de uma prática subsuntivo-dedutiva e de um agir que fomenta a ponderação do valor do direito ao obnubilizar a singularidade do caso concreto – realizando a prática da arbitrariedade e da discricionariedade –, impõe-se ao Poder Judiciário uma atuação que rume à coerência e integridade necessárias para assegurar uma condição de igualdade aos casos submetidos a seu crivo, seja os que se referem à solução de conflitos individuais, seja os de ordem social. Isso somente será possível quando os “operadores” do Direito (que não acompanhou o giro linguístico ontológico na filosofia) se derem conta – a hermenêutica jurídica terá um papel fundamental neste desvelamento – de que os sentidos não estão nos textos legais, mas são inseridos pelo intérprete, o qual, numa linguagem gadameriana, “norma” o texto a partir de sua pré-compreensão (aqui, da Constituição) e de sua condição de ser-no-mundo, não olvidando, em momento algum, para se chegar à coerência do Poder Judiciário e à integridade do Direito, em respeitar o próprio texto, “ao qual deve ser atribuído um sentido a partir do caso concreto sob sua análise” (STRECK, *Op. cit.*, p. 324).

É justamente nesse ponto que a hermenêutica filosófica assume um papel de extrema importância no discurso jurídico, até mesmo porque seu mote central relaciona-se com a busca da compreensão de algo, com o processo de tornar compreensível um texto, um gesto, etc., aproximando através da linguagem – que é condição de possibilidade – o sujeito cognoscente – que não instaura, mas é instaurado (MOREIRA FILHO, 2006, p. 84) do objeto investigado. As influências da hermenêutica filosófica no direito revelam-se, nesse norte, pela tentativa de libertação do pensamento jurídico apegado ao paradigma da filosofia da consciência de cariz cartesiano, rompendo, por assim, com os parâmetros da hermenêutica clássica ao instigar a igual alforria (o que não é nada fácil) do Direito do paradigma metafísico-positivista.

Pretende fazê-lo através das noções de tradição, história efetual, linguagem, faticidade (razão prática) e modo-de-ser-no-mundo, vetores filosóficos da ontologia fundamental de Martin Heidegger (1889-1976), que abordou a atividade humana em sua relação com o mundo; e da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer (1900-

2002), a partir da hermenêutica da faticidade, legando o sustentáculo filosófico sobre a utilização da linguagem como condição de possibilidade interpretativa.

É importante que se diga que a hermenêutica filosófica, quando recepcionada no Direito (o que ainda é um lento processo), tem a missão, por meio dos referidos vetores, de romper com a plenipotenciariade da regra e do modo de aplicação reprodutivo do direito, conferindo ao texto constitucional um *status* diferenciado no sistema. A partir de uma interpretação jurídica que *se aproxima de uma realidade social*, a mesma fomenta a necessidade de encontrar a resposta (constitucionalmente) adequada para cada caso concreto a partir do des-velamento (*alétheia*)⁵ do *ser* (sentido) da Constituição e da atuação jurisdicional na apreciação (compreensão) das microscópicas parcelas de história (*lide*) submetidas a seu crivo.

Trata-se, como afirma Castanheira Neves, de decidir com vistas à pragmática função de resolver o conflito ou problema presente na situação concreta que se deve solucionar juridicamente (apud: MOREIRA FILHO, *Op. cit.*, p. 86). Urge, assim, que se busque uma jurisdição *apta* a contribuir com os anseios populares de um Estado verdadeiramente democrático, que possibilite a efetividade da Constituição como uma forma *apta* a constituir o resgate dos direitos fundamentais e da democracia.

Nesse particular, no paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito, todas as possibilidades de decisionismos (positivista) e de discricionariedades devem, obrigatoriamente, dar lugar à percepção integrativa do Direito, o que exige sua aplicação de forma coerente com as regras, princípios e decisões judiciais pré-existentes no contexto donde se está a dizê-lo⁶, blindando a possibilidade da emissão de decisões em conformidade com a “íntima convicção” do julgador, tese que, por outras palavras e significados, encontrará guarida em Dworkin, na obra *O império do Direito* (DWORKIN, 1999). Para Dworkin, o Direito como integridade irá rejeitar o problema dos juízes em descobrirem-no ou inventarem-no, porquanto devem atuar a partir do pressuposto de que direitos e deveres legais foram criados pela comunidade, o que expressa uma concepção coerente de justiça e equidade, em que “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal” (*idem, ibidem*, p. 271-272.).

⁵ Para Heidegger deve-se traduzir a palavra *alétheia* por “desvelamento”, em lugar de “verdade”, pois essa tradução não é somente literal, mas compreende a indicação de repensar originalmente a noção corrente de verdade como conformidade de enunciação, no sentido, ainda incompreendido, do caráter do *ser* desvelado e do desvelamento do *ente* (HEIDEGGER, 2002, Parte I, p. 187).

⁶ Cf. STRECK, *Op. cit.*, p. 334.

Respeitando a história, preocupando-se em oferecer um futuro honrado, o direito nesta perspectiva se mostra a antítese da postura decisionista ou discricionária jurisdicional, deplorando “o antigo ponto de vista de que ‘lei é lei’” (idem, *ibidem*, p. 274), ou seja, de que os sentidos se dão no distanciamento sujeito-objeto e não na intersubjetividade, por meio da linguagem. Diante disso, sustenta um verdadeiro rompante ao método interpretativo-aplicativo verificável nas posturas positivistas jurídicas, caracterizadoras do modelo jurisdicional do Estado de feição liberal, onde a atividade de dizer o direito revela-se eminentemente reprodutiva dos textos legislativos, o que subtrai do Poder Judiciário qualquer possibilidade que refuja à proteção dos direitos individuais, relegando as questões sociais a um segundo plano.

Rechaçando o método subsuntivo-dedutivo na interpretação-aplicação do direito e a possibilidade da “melhor escolha” entre uma “gama de possibilidades”⁷ (agir discricionário), o Direito enquanto integridade, diante do Estado Democrático de Direito, a partir dos princípios constitucionais, pretende superar a plenipotenciariade da regra que se apresenta no modelo de direito (positivista jurídico) e o Estado liberal-individualista, para o qual o texto contém todas as hipóteses aplicativas. Assim, acaba

[...] ficando à ‘disposição’ da solipsidade do intérprete, permitindo que este adjudique sentidos em total descompasso com os elementos trazidos pela tradição e pela cultura, que estabelecem, por exemplo, no nosso modo prático de ser no mundo, os limites semânticos de cada texto (STRECK, 2008, p. 284).

O agir jurisdicional na referida modalidade estatal exige uma hermenêutica crítica no instante da interpretação-aplicação do Direito, o que implica a construção da atividade jurisdicional a partir da utilização dos princípios constitucionais, aos quais as decisões devem sempre fazer referência, do mesmo modo em relação às decisões precedentes de dada matéria. É assim que o Direito, como leciona Vera Karam de Chueiri, recuperará a sua dignidade científica, política e ética no âmbito das humanidades, enquanto via para a fundamentação de um projeto de justiça social (CHUEIRI, 1995, p. 164). A referida perspectiva fomenta um rompante com o positivismo jurídico.

Para Dworkin (conceito que se busca emprestado para definir a gênese da atuação estatal-jurisdicional no paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito) o Direito enquanto integridade carece da compreensão de uma verdadeira coerência

⁷ Sobre a tese da “melhor” interpretação, em antítese ao pensamento dworkiniano, consultar FREITAS, 2005, p. 324 e segs.).

principiológica que refuja ao ideário das concepções⁸ convencionalistas ou pragmatis-
tas do direito, não desprezando os ideais de equidade (*fairness*), da justiça (*justice*) e do
devido processo legal (*procedure due process*), exigindo uma atuação estatal coerente de
princípios. Dessa forma a referida perspectiva negará que as manifestações do Direito
sejam meros relatos pretéritos (tese convencionalista) ou simplesmente programas de
futuro (tese pragmatista), até mesmo porque as posições interpretativas oriundas da
tese dworkiniana funcionam numa espécie de simbiose entre as posições que se voltam
ao passado e as que se voltam ao futuro (Cf. FERNANDES & PEDRON, 2008, p. 209-210).

A tese dworkiniana do direito enquanto integridade tem em sua plataforma
estrutural o respeito à história, mas não a uma história que leve o agir jurídico a algo
em desuso. O historicismo da tese se sustenta quando o ato interpretativo é pensado no
presente, retornando ao passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim
exija (DWORKIN, *Op. cit.*, p. 274). É por isso que a prática jurídica pode ser organizada e
justificada por princípios suficientemente atraentes que almejem um futuro digno ao
Direito (*idem, ibidem.*). O fato é que Dworkin, numa perspectiva hermenêutica, respei-
ta o valor da tradição – em verdadeira crítica ao historicismo e à ficcional imunidade
do homem aos fatos da história –, fazendo referência (quando da trata da interpretação
jurídica) metaforicamente a uma espécie de “romance em cadeia”, como o escrito por
uma série de romancistas, em que cada um interpreta os capítulos que recebeu para
escrever um novo capítulo. Assim é o Direito. Assim é a atividade jurisdicional sob a
tese da integridade do Direito.

Por ela os juízes sabem (ou deveriam saber) que outros juízes decidiram casos
afins àquele submetido agora em juízo, devendo “considerar as decisões deles como
parte de uma longa história que têm de interpretar e continuar” (*idem, ibidem*, p. 286).
Daí que o assistencialismo presente no agir jurisdicional diante da inserção da *questão
social*, notadamente a partir do constitucionalismo do segundo pós-guerra, implica, no
Estado Democrático de Direito, uma atuação a partir dos pilares da coerência e da inte-

⁸ Para o convencionalismo o direito só irá se legitimar quando sustentado por uma decisão polí-
tica do passado, que promova o consenso entre os juristas, podendo ser reduzida à obediência e
ao respeito às convenções pretéritas. Em caso de anomia, o juiz estaria habilitado a criar o Direi-
to ou a valer-se de seu poder discricionário. Logo, para o convencionalismo não existe direito a
não ser o extraído de decisões por meio de técnicas referentes a questões de convenção. Para o
pragmatismo, o direito seria fruto da criação do judiciário. Dessa forma, para o pragmatismo, as
pessoas nunca têm direito a nada, a não ser à decisão judicial, que, ao final, deve se revelar a
melhor para a comunidade como um todo, o que habilita o juiz a se desvincular de toda e qual-
quer decisão política do passado, aplicando um direito novo que ele mesmo criou. Para maiores
aprofundamentos sobre ambas as percepções sobre o Direito consultar: DWORKIN, 1999, p. 185
e segs.; FERNANDES & PEDRON, 2008, p. 207 e segs.).

gridade, os quais acabam por blindar práticas decisionistas ou discricionárias, funcionando como um elemento de promoção da vida moral e política dos cidadãos, em que a política ganhará um significado mais amplo, transformando-se “numa arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, bem como sobre que concepções de equanimidade, justiça e devido processo legal adjetivo devem pressupor” (Idem, *ibidem*, p. 211).

Assim, ante a resistência da postura liberal-interpretativa – o que se verifica por meio da contínua prática do método subsuntivo no momento da aplicação do Direito pela utilização (sem interpretação) mecânica da lei –, pensar o Direito diante do paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito leva a profanar o sentido comum teórico que se sacralizou no imaginário dos juristas, fomentando um diálogo com a história a partir da tradição, em que o Direito funcione como produto coletivo de uma determinada sociedade em sua complexidade (DWORKIAN, 1999, p. 217), o que significa, noutras palavras, que o Judiciário, não numa forma solipsista, deve atuar como guardião das orientações da vida em sociedade. Disso se depreende que o Estado contemporâneo depende diretamente de uma atuação jurisdicional que proporcione o fortalecimento (coerente) da Constituição, a partir da aplicação dos princípios constitucionais, da filtragem hermenêutico-constitucional e de uma interpretação conforme a Constituição, ferramentas que se demonstram aptas a prestar guarda aos direitos fundamentais e à democracia, pilas do Estado de feição democrática de Direito.

Conclusão

O presente artigo propôs pensar a prática jurisdicional verificável a partir da evolução do Estado contemporâneo, afinal de contas é chegada a hora de se (re)discutir quais as condições de possibilidade para a realização dos direitos fundamentais e da democracia, nem que para tanto se tenha que profanar a imagem de um Estado que se sacralizou perante a cultura jurídica, tanto da cátedra quanto da práxis. Nesse contexto é que se pensou a atividade jurisdicional diante da evolução do próprio Estado, pelo que se pôde perceber que, em pleno paradigma instituído pelo Estado de feição democrática de direito, ainda se mostram presentes, como herança das práticas jurisdicionais das modalidades estatais liberal e social, práticas de ordem decisionista e discricionária na solução de conflitos eminentemente individuais.

Dessa forma o Judiciário, em tempos de economia globalizada e interesses su-

pra-individuais, continua a reconhecer preponderantemente a resolução de conflitos entre sujeitos iguais, indo de encontro ao movimento constitucional contemporâneo, notadamente a partir da inserção dos princípios diante do movimento constitucionalista do século 20. Pensar a atividade jurisdicional nesse século é pensar a Jurisdição como guardião dos direitos difusos e coletivos próprios da plataforma social, o que impõe que as decisões busquem, tanto quanto possível, atingir um máximo grau de coerência (jurisdicional) e integridade (do direito).

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 1997.

_____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis & STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do estado*. 6 ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2008.

_____. A jurisprudencialização da Constituição. A construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito, in: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

_____. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Iuris, 2007.

_____. A constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas, in: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1, n.º 6. Porto Alegre: IHJ, 2008.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico, in: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

CATTONI, Marcelo Andrade. *Direito, Política e Filosofia: Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007.

CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: J. M., 1995.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Ed. Trotta, 2001.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional *versus* a única resposta correta, in: Silva, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2002, Parte I.

LUCAS, Douglas Cesar. A Crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada, in: MORAIS, José Luiz Bolzan (org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MOREIRA FILHO, José Carlos. *Hermenêutica filosófica e direito. O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. 2 ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006.

OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas Públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito, in: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti [et al]. *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

REALE, Miguel. *O Estado Democrático de direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova visão crítica do Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRÍGUEZ, Cezar. *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo Del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível, in: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti [et al]. *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

A previsão do *amicus curiae* na lei 9.868/99 e a democratização do controle concentrado de constitucionalidade via ação direta de inconstitucionalidade

The prevision of *amicus curiae* in the law 9.868/99
and the democratization of the concentrated control of constitutionality
via direct action of unconstitutionality

Dymaima Kyzzy Nunes

Bacharel em Direito e pós-graduanda em Direito Público pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina - CESUSC. Assistente da Procuradoria de Justiça, Ministério Público do Estado de Santa Catarina, desde setembro 2007. e-mail: dymaima@hotmail.com

Resumo: O *amicus curiae* é instituto inserido no ordenamento jurídico pátrio que possibilita que sujeitos intervenham, informando o magistrado sobre questões importantes que influenciarão na sua decisão. Foi com vistas à democratização do controle concentrado de constitucionalidade que o legislador infraconstitucional conferiu legitimidade a órgãos e entidades para que se manifestassem como *amicus curiae* em ações dessa natureza. A inovação não só configurou uma abertura do processo de controle concentrado de constitucionalidade, como também confirmou a legitimidade democrática das decisões proferidas pelo STF.

Palavras-Chave: *Amicus curiae* - Interesse público - Representatividade dos postulantes - Relevância da matéria - Democratização.

Abstract: The *amicus curiae* is a new institute inserted in the Brazilian legal system that enables other ones to intervene, informing the magistrate on important issues that will influence in his decision. In order to democratize the concentrated control of constitutionality, the legislator granted infraconstitutional legitimacy to the organs and entities to manifest as *amicus curiae* in actions of this nature. The innovation not only represented an opening of the process of the concentrated control of constitutionality, but also confirmed the democratic legitimacy of decisions pronounced by the STF.

Keywords: 1. *Amicus Curiae*. 2. Public Concern. 3. Plaintive representativeness. 4. Importance of the matter. 5. Democratization.

1. *Amicus Curiae*: apontamentos iniciais.

A Constituição é a síntese dialética entre a norma e a realidade social concreta por ela regulada. Todos os cidadãos são também intérpretes da Constituição. (CABRAL, 2006, p. 13).

A natureza dinâmica dos fatos sociais exige das normas jurídicas uma constante alteração, sob pena de tornarem-se obsoletas diante da realidade que pretendem ordenar. Assim é que o mundo jurídico responde às demandas da sociedade, quando, por

exemplo, direitos de natureza individual cedem lugar aos de caráter coletivo e o individualismo jurídico tem a sua dimensão restrita, evidenciando a envergadura atual e a hodierna prevalência dos direitos sociais sobre aqueles.

Nesse ponto, no qual se compromete o Poder Judiciário a perseguir a concretização de direitos, tanto os individuais quando aqueles coletivamente considerados, a ortodoxia não deve se sobrepor em processos judiciais, sob pena do fim da jurisdição, por mera acomodação de Poder tão essencial à concretização da Justiça, razão pela qual é necessária a conciliação dos interesses particulares com valores como o da justiça e o da equidade, visando, sempre, o alcance da paz social.

E é nesse diapasão que o instituto do *amicus curiae* ganha importância como instrumento a um procedimento justo, seja porque enriquece o debate com a admissão de terceiro em processo até então restrito às partes, seja porque permite manifestações em ações nas quais a decisão a ser proferida invariavelmente repercutirá não só nos litigantes propriamente (efeitos *inter partes*), mas também nas ulteriores relações sociais entabuladas. Com tal intuito, aliás, é que foi o *amicus* adotado pela legislação brasileira no âmbito da jurisdição constitucional consentânea às modernas teorias constitucionalistas, que trataram de interpretar a Constituição ampla e abertamente, tarefa que também cabe não só aos juristas e magistrados, mas a toda a sociedade, verdadeira criadora e legítima destinatária das normas.

Trata-se de instituto de pessoa física ou jurídica que se manifesta em ação na qual não figura como parte, resumindo pedido (*brief*) ao juiz e colacionando, em poucas linhas (memoriais), suas razões de convencimento.

Dessa forma, em que pese, via de regra, restringir-se o sistema processual brasileiro às partes que o compõem, concedendo-se, por conseguinte, somente a elas a faculdade e o ônus da manifestação, permitiu-se, mediante a adoção do instituto no ordenamento jurídico pátrio, o ingresso do *amicus curiae* em processos que não possuem legitimidade para figurar como parte – como corolário e consagração do princípio da economia processual¹. Tal ingresso se justifica, sobretudo, quando restar comprovado que o direito pleiteado tem suas fronteiras alargadas, máxime do interesse público, possibilitando a composição judicial complexa e o conhecimento das suas imbricações

¹ Mediante tal princípio assegura-se a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. O dispositivo, incluído no art. 5º, inciso LXXVIII, CRFB/88, pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, por si só já conceitua o princípio.

e repercussões (PEREIRA, 2003, p. 40)². Em tais casos, deve-se ater ao interesse público do processo submetido à análise judicial, sobre o qual se legitima a participação processual do terceiro, desde que demonstre o interventor o fundamento jurídico que enseje sua pretensão (PEREIRA, 2003, p. 41).

Conforme prudente doutrinador,

À evidência, não é todo arrazoado de qualquer pessoa que é admitido (*sic*). As partes, como *domini litis*, podem recusar o ingresso do *tertius* em “seu” processo. Muitas vezes, as partes se põem de acordo, mas, ainda assim, a corte nega o pedido de ingresso do terceiro: a matéria não é relevante, as partes já tocaram no assunto. Órgãos governamentais, associações particulares de interesse coletivo, “grupos de pressão” muito se utilizam do “judicial iter” para deduzirem seus entendimentos, influenciando na vida de toda comunidade (PEREIRA, 2003, p. 40),

Com o fito de se entender como pode o *amicus* figurar em processo sem que integre a relação jurídica processual, alguns apontamentos devem ser tecidos, mormente quanto à sua natureza jurídica, às espécies de *amicus* e às formas de intervenção admitidas, de acordo com cada espécie.

1.1. Interesse, natureza jurídica, espécies de *amicus* e formas de intervenção

Salienta-se inicialmente o caráter do interesse atribuído ao *amicus* por força de sua intervenção, porquanto embora se trate de interesse jurídico – e a doutrina assim o tem designado reiteradas vezes –, o interesse do *amicus curiae* no processo não se restringe àquele de índole meramente privada. Até porque a definição de interesse jurídico atualmente adotada não raras vezes refere-se apenas e tão-somente a uma espécie (padrão) de conflito intersubjetivo que não cobre, na atualidade, o fenômeno jurídico como um todo, pelo que não se hesita em asseverar que institutos precedentes nem sempre conseguem resguardar novos direitos ou novas necessidades apresentadas pela sociedade.

Essas doutrinas, justamente porque cunhadas em outros tempos, para atender a outros problemas, não têm condições de apresentar soluções, por elas mesmas, para problemas novos, distintos, típicos de um outro desenvolvimento social nem sequer imaginado anteriormente (BUENO, 2006, p. 447).

² Para os intervenientes que se manifestam no processo espontaneamente, a utilidade da intervenção seria a de alterar o resultado do processo (a decisão final) pela sua manifestação. (Sobre o tema, ver CABRAL, 2004, p. 16).

Assim, a concepção atribuída ao interesse jurídico do *amicus* deve corresponder à realidade social na qual ele se insere, vale dizer, à realidade social para a qual sobreviu o instituto. A proposta é, portanto, transformar a ideia de interesse jurídico em um conceito de interesse que legitime o ingresso de alguém em juízo para proporcionar verdadeiro e efetivo diálogo entre o juiz e (todos) os destinatários da decisão a ser proferida, sem que, para tanto, figure como parte o interventor.

Por isso diz-se que, embora seja o interesse jurídico que legitima sua manifestação, trata-se de um interesse distinto dos demais, na medida em que, ao contrário daquele que conduz o assistente e o terceiro interventor a se manifestar³, o interesse do colaborador não é “interesse jurídico subjetivado” (BUENO, 2006, p. 501), mas ao contrário: é, sim, interesse jurídico (porque agasalhado pela ordem jurídica), público (de ordem pública, ou ainda, cujo direito não se pode dispor e que transcende às partes) e mais, é interesse institucional. E assim o é porque, além de jurídico, diz respeito a uma coletividade que estará o *amicus* a representar, extrapolando o interesse meramente individual daqueles que compõem a relação jurídica processual.

Por interesse público, entende-se, por conseguinte, aquele constante não só nos interesses transindividuais – os difusos e coletivos, que, muito embora por ele compreendidos, não encerram seu conceito⁴ – mas também nos interesses individuais homogêneos, que, apesar de terem como titulares sujeitos individualmente considerados, atingem consideráveis parcelas da população, autorizando a admissão do colaborador no processo (CABRAL, 2004, p. 31).

O interesse público é institucional, portanto, porque sua atuação é voltada para a defesa da sociedade. E somente será admitido em juízo quando caracterizado tal interesse público primário a legitimar sua intervenção. Generaliza-se, assim, a legitimidade

³ Ainda o mesmo autor assinala que “[...] o *amicus*, a exemplo do que deve se dar com relação ao *custos legis* e com o perito, deve ser imparcial, deve ser digno de confiança do magistrado, já que sua função, em última análise, é a de fornecer elementos para o proferimento de melhor decisão judicial. O *amicus*, diferentemente do que se dá com o assistente, não tem e não pode ter um específico interesse ‘seu’ na causa, que possa desviá-lo do atingimento de suas próprias finalidades.” (BUENO, 2006, p. 534). Por tal razão, exceções de impedimento e suspeição aventadas devem ser aferidas, levando-se em conta eventual interesse jurídico subjetivado do colaborador no processo, não interesses de natureza institucional ou pública. O *amicus* não é estranho ao litígio, mas sim deve ser apenas imparcial, por não pertencer efetivamente à situação substancial litigiosa e por não se encontrar sujeito aos efeitos dessa decisão. (Sobre o tema, em especial, ver BUENO, 2006, p. 539).

⁴ Alguns organismos de defesa dos Direitos Humanos já adotaram o *amicus curiae* como forma de auxiliar a administração da justiça. É o caso, por exemplo, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e do Tribunal Penal da Iugoslávia (veja-se sobre o tema em PEDROLLO & MARTEL, 2005, p. 166).

do Ministério Público para atuar como *custos legis*, aprimorando e fiscalizando o andamento do processo, para abarcar também outras entidades e órgãos interessados em que a decisão proferida corresponda aos anseios sociais, embora não atuando com fiscais obrigatoriamente chamados a se manifestar, mas, ao revés, como auxiliares, intérpretes e informantes imparciais do processo, cujo interesse consubstancia-se tão só na prolação de um decisório mais justo à sociedade (BUENO, 2006, p. 509).

E como consequência desse interesse institucional que difere o *amicus* da forma conhecida e ordinária de intervenção assistencial, também sua natureza jurídica é diferenciada, sendo classificada como uma espécie de intervenção atípica em que ingressa o colaborador em processo alheio para defesa da tese jurídica examinada no processo, e não para defesa de uma das partes.

Para Didier Junior, trata-se de “um verdadeiro auxiliar do juízo. [...], cujo objetivo é o de aprimorar ainda mais as decisões proferidas pelo Poder Judiciário. A sua participação consubstancia-se em apoio técnico ao magistrado.” (DIDIER JUNIOR, 2003, p. 34).

Logo, cuida-se a intervenção do *amicus* de forma qualificada de assistência, na medida em que, para intervir, basta que demonstre interesse jurídico público que o legitime. Em ações diretas de inconstitucionalidade, como se verá, tal legitimação se funda na demonstração de representatividade do órgão ou entidade, bem como na comprovação de que do julgamento da lide restarão implicações jurídicas consideráveis à sociedade como um todo – a relevância da matéria. Em outras palavras, dir-se-á que

Para intervir no processo judicial comum basta ao terceiro demonstrar o interesse jurídico legítimo. Nas ações diretas de constitucionalidade e de inconstitucionalidade, [...], a intervenção só se admite quando o terceiro seja uma entidade ou órgão representativo. Portanto, além da demonstração de interesse no julgamento da lide [...], a assistência do *amicus curiae* só será admitida pelo Tribunal depois de verificada a representatividade do interveniente. Daí a conclusão de se tratar de assistência qualificada. (BUENO FILHO, 2002, p. 8, grifo do autor).

2. *Amicus curiae* e o controle concentrado de constitucionalidade via ação direta de inconstitucionalidade: apontamentos iniciais

A Lei n.º 9.868/99, além de reproduzir a legitimidade ativa à propositura da ação direta de inconstitucionalidade prevista no artigo 103 da Carta Federal, passou a permitir também que o relator, diante da relevância da matéria e da representatividade

dos postulantes, possa, mediante despacho irrecorrível⁵, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades (§ 2.º do artigo 7.º) que não os já previstos como legitimados ativos, desde que demonstrado o interesse jurídico na causa, sendo insuficiente a demonstração de interesse puramente econômico (SANTOS, 2005, p. 4).

Assim, aos órgãos e entidades cuja legitimação não decorre do Texto Maior, mas sim da demonstração de que a matéria em análise acarretará considerável repercussão à sociedade, bem como da comprovação de que representam algum setor social, sua admissão como *amici* encontra-se positivada no § 2.º do artigo 7.º da mencionada Lei.

Seguindo a Lei da ADI, também a Emenda Regimental n.º15/04 incluiu ao artigo 131 o § 3º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o instituto do *amicus curiae* em sede de controle concentrado de constitucionalidade⁶.

Observe-se que, muito embora tenha a Lei da ADI concedido manifestarem-se órgãos ou entidades que não os constitucionalmente previstos, encontra-se, no *caput* do artigo 7.º, vedação à intervenção de terceiros⁷ em controle concentrado de constitucionalidade, o que, por si só, já assinala a distinção entre este instituto e o do *amicus curiae*.

Assim, em correspondência ao já elucidado neste trabalho, incontroversa resta a assertiva de que o *amicus* que intervém em controle concentrado é aquele interessado que presta informações sobre questão de natureza fática e jurídica concernente ao obje-

⁵ Observe-se, aliás, que a irrecorribilidade do despacho se refere tão somente àquele que admite a intervenção do *amicus*. Isso porque: a) a exceção da irrecorribilidade das decisões deve ser interpretada restritivamente; b) as decisões denegatórias de direitos prejudicam o postulante, e c) a partir da interpretação conforme a Constituição, devem ser assegurados ao postulante os direitos ao contraditório e ao devido processo legal (BINENBOJM, 2004, pp. 17-18). Ana Letícia Queiroga de Mattos defende ser recorrível tal decisão sob o fundamento de que “é necessário que, não havendo admissão do terceiro, ou seja, do indeferimento de seu pedido, que se proporcione a oportunidade de recorrer de tal decisão, visto que [...] não é cabível aqui a tese do processo objetivo” (MATTOS, 2005, p. 67). De outra parte, para Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, a decisão, positiva ou negativa, sobre a admissão do *amicus* ao processo, é irrecorrível (NERY JUNIOR; NERY, 2006, p. 550). Não há entendimento pacífico, nem na doutrina, nem na jurisprudência. Entende-se, neste trabalho, que a irrecorribilidade da decisão seja referente somente à admissão do colaborador no processo, sob os fundamentos *supra* expostos. Observe-se, ainda, que o incidente de admissão do *amicus* não acarreta a suspensão do processo (BUENO, 2006, p. 530-531). Outra observação pertinente é quanto à natureza da decisão. Para Nelson Nery Júnior, trata-se de decisão interlocutória, não de mero despacho (NERY JUNIOR; NERY, 2006, p. 550).

⁶ Curiosamente dispõe o referido parágrafo a admissão de intervenção de terceiros, e não a do *amicus curiae*, supostamente instituto distinto deste. De qualquer forma, uma interpretação sistemática do próprio Regimento em consonância com a citada Lei atesta tratar-se deste, e não daquele instituto que se está a referir.

⁷ Segundo decisão proferida no Supremo, tal vedação legal “repousa na circunstância de o processo de fiscalização normativa abstrata qualificar-se como processo de caráter objetivo” (AGRADI 2.130-3, Santa Catarina. Rel. Min. Celso de Mello). (BRASIL, 2001).

to da controvérsia, cuja função precípua é a de “chamar a atenção dos julgadores para alguma matéria que poderia, de outra forma, escapar-lhe ao conhecimento” (BINENBOJM, 2004, p. 3).

Em outras palavras, dir-se-á que ante a necessidade de se garantir a efetividade e legitimidade das decisões do Supremo Tribunal, foi que inovou o legislador ao consagrar a figura do *amicus curiae* à aferição concentrada de constitucionalidade em sede de ação direta (MORAES, 2004, p. 2420).

Há, contudo, requisitos a serem preenchidos pelo colaborador a fim de que defira o relator sua participação no processo. Não obstante, uma vez deferida, ao membro do Tribunal é vedado restringi-la, devendo, ao contrário, permitir sua plena participação, inclusive mediante sustentação oral perante os ministros⁸ (MORAES, 2004, p. 2420).

Tais requisitos, quais sejam, a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, por sua importância e complexidade, merecem ser estudados em tópico distinto.

2.1. A relevância da matéria, a representatividade dos postulantes, a capacidade postulatória, o momento de intervir, a sustentação oral e a possibilidade de recorrer.

São dois os quesitos que devem ser preenchidos a fim de que seja deferida pelo Relator a intervenção dos *amici* em sede de controle abstrato de constitucionalidade via ação direta: o primeiro diz respeito à relevância da matéria em discussão, e o segundo, à representatividade do postulante que pretende, dessa forma, manifestar-se.

Matéria relevante é a demonstração, por parte do “colaborador informal da corte” (BINENBOJM, 2004, p. 3), de que a questão em análise importa a toda uma coletividade. Ademais, a questão de direito por ele suscitada deve, por evidente, também ser subjacente à controvérsia constitucional suscitada (BUENO FILHO, 2002, p. 5). Conforme ensina Edgard Silveira Bueno Filho (2002, p. 6),

[...], se o processo está em andamento é porque é relevante à matéria. Com efeito, não se pode imaginar um processo de controle de constitucionalidade de matéria irrelevante.

⁸ Sobre a sustentação oral, interessante ler comentários ao § 2.º incluído ao artigo 7.º da Lei 9.868/99 (BRASIL, 2007e). Mesmo que não haja a intervenção do *amicus*, poderá o relator pedir o seu auxílio em fase de diligências complementares, consoante permissivo expresso disposto no LADIn 9º, § 1^o (Sobre a matéria, ver NERY JUNIOR; NERY, 2006, p. 550).

[...] não teria sentido admitir-se a presença de terceiros na lide⁹ sem o mínimo de interesse jurídico no desfecho da causa [...].

Ademais, sua participação sempre será oportuna quando se reverter em enriquecimento do debate quanto à questão constitucional em análise, legitimando a intervenção “nas razões que a tornem útil e desejável, de forma a proporcionar meios que viabilizem a adequada solução” da controvérsia (MEDINA, 2005, p. 6).

O permissivo à oitiva do *amicus curiae* é a presença de interesse público no processo, o que impõe a ampliação do contraditório em virtude: a) do mandamento da participação como objetivo político do processo e b) do postulado de depuração da prestação jurisdicional, pelo aspecto colaborativo do contraditório. O próprio art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/1999 afirma que a intervenção do *amicus curiae* poderá ser autorizada tomando-se em consideração a “relevância da matéria” discutida. Ora, quando há interesse público, pensamos tratar-se de matéria relevante (CABRAL, 2004, p. 29).

A representatividade, por seu turno, restará configurada por órgãos e entidades que demonstrarem interesse institucional a justificar sua participação no debate, porque representam camada significativa dos destinatários da decisão a ser proferida, como, a exemplo, as associações de magistrados, advogados, ou outros profissionais liberais, e mesmo as entidades de defesa de direitos coletivos (BINENBOJM, 2004, p. 10) que ingressem no debate cujo tema discutido restar comprovadamente refletido na vida daqueles que estão a representar¹⁰. Binenbojm pontua (2004, p. 5):

Na análise do binômio *relevância-representatividade*, deverá o relator levar em conta a magnitude dos efeitos da decisão a ser proferida nos setores diretamente afetados ou para a sociedade como um todo, bem como se o órgão ou entidade postulante congrega dentre seus filiados porção significativa (quantitativa ou qualitativamente) dos membros do(s) grupo(s) social(is) afetado(s).

Então, distingue-se um quesito do outro da seguinte forma: enquanto o primeiro diz respeito à necessidade de que a entidade ou o órgão comprovem que, da decisão

⁹ Erroneamente empregou o autor a expressão “lide” para espécie de processo em que não há partes propriamente ditas. Correto seria o emprego da palavra “processo”, por exemplo.

¹⁰ Observe-se, outrossim, a desnecessidade de que tenha a entidade ou o órgão atuação de âmbito nacional. Conforme assinala Edgard Silveira Bueno Filho, “A uma porque a lei isso não exige. E se a lei não distinguiu ao intérprete não é dado fazê-lo. A duas porque não é só o caráter nacional que confere representatividade a alguém. Com efeito, ninguém em sã consciência negará representatividade da Associação dos Advogados de São Paulo, à Associação Comercial do Rio de Janeiro, (...), assim como não se negou para a (...) Associação Paulista dos Magistrados (ADI 2238/DF rel. Ilmar Galvão).” (BUENO FILHO, 2002, p. 6). Nesse ponto é que se distinguem as entidades que participam do processo como *amicus curiae* das Entidades de Classe no Âmbito Nacional do artigo 103, inciso IX da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88). Estas, nos termos já assinalados, precisariam demonstrar atuação nacional.

proferida, restarão notáveis implicações jurídicas – bem como as subsequentes repercussões políticas, sociais, econômicas e culturais decorrentes de tais implicações –, no segundo, deverá a entidade demonstrar que expressa e representa os valores essenciais e relevantes de determinado grupo social sobre o qual repercutirá a decisão pelo STF propalada¹¹.

Como se pode perceber, não há “regras precisas sobre os critérios a serem observados para a admissão do terceiro interessado no processo” (BUENO FILHO, 2002, p. 7), cuja análise far-se-á caso a caso pelo Tribunal competente.

Com efeito, o procedimento demandado para que possa ser admitido o *amicus curiae* é relativamente simples. Primeiro, deve o interessado preparar memorial sucinto e objetivo, no qual se explique a repercussão do tema na sociedade (SANTOS, 2005, p. 4). Tal memorial deverá ser submetido ao Relator, que irá admitir ou não o seu ingresso no processo, apresentando depois suas razões de intervir (SANTOS, 2005, p. 5).

A capacidade postulatória do órgão ou entidade que pretende intervir como colaborador somente será constituída mediante representação de advogado. Muito embora a lei não preveja a necessidade de representação por procurador, “tal exigência é mais do que lógica, pois a matéria *sub judice* exigirá sempre a utilização de argumentos técnicos para poder ser de alguma ajuda no deslinde da questão.” (BUENO FILHO, 2002, p. 7).

No que tange a sua admissão, já houve entendimento no sentido de que tal procedimento pode ocorrer a qualquer tempo, inclusive quando já iniciado o julgamento, em hipóteses em que tal excepcionalidade acompanhar a relevância do caso¹².

Mas, embora inexista prazo processual à admissão do colaborador, deverá ela preceder o fim da instrução do processo, não havendo possibilidade de sua realização quando o julgamento já tiver sido iniciado ou estiver em curso (SANTOS, 2005, p. 6).

Assim, “[...], a *oportunidade processual* para a admissão do *amici curiae* nos termos do art. 7.º, §2.º, não se exaure com o término do prazo para as autoridades prestarem informações (art. 6.º, parágrafo único). Decorre da sistemática da lei que o *amicus curiae*

¹¹ Aqui se encontra o interesse institucional, também mencionado neste trabalho.

¹² Em decisão monocrática da lavra do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, já se entendeu que “especialmente diante da relevância do caso ou, ainda, em face da notória contribuição que a manifestação possa trazer para o julgamento da causa, é possível cogitar de hipóteses de admissão de *amicus curiae*, ainda que fora do prazo. Necessário é ressaltar, contudo, que essa possibilidade não é unânime na jurisprudência do STF.” Salienta-se, entretanto, que tal julgamento é isolado diante de entendimento majoritário no sentido de que sua manifestação deve se dar antes do julgamento da ação. (STF, ADIn 2548-PR, rel. Gilmar Mendes, j. 18.10.2005, decisão monocrática, DJU 24.10.2005. (NERY JUNIOR; NERY, 2006, p. 551).

poderá ser admitido a qualquer tempo, antes de iniciado o julgamento final da ação. O prazo a que se refere o § 2.º do art. 7.º não é para a definição do *momento processual* da admissão do *amicus curiae*, mas para a apresentação da sua manifestação escrita a partir da data da decisão positiva do relator” (BINENBOJM, 2004, p. 12).

Logo, via de regra, consoante majoritariamente têm entendido tanto o STF quanto a doutrina, ante o silêncio da Lei sobre a existência ou não de prazo, é possível sua admissão a qualquer tempo, desde que preceda a leitura do relatório quando do julgamento da ação, momento em que, mesmo assim, admite-se sejam por ele entregues memoriais aos julgadores.

Quanto ao primeiro instante que pode o colaborador intervir, há quem diga que não poderá anteceder as manifestações do legitimado ativo e a oitiva do órgão ou autoridade da qual emanou o ato normativo impugnado, sem o que fica restrita a manifestação do interventor tão só às alegações daquele (BUENO, 2006, p. 544).

E diferente não poderia ser, não só pela localização do dispositivo que trata da admissão do *amicus* em ações diretas de inconstitucionalidade, mas também porque somente assim há a possibilidade de atuar o colaborador “em busca da melhor decisão jurisdicional.” (BUENO, 2006, p. 544).

Quanto ao prazo à sua participação, o § 2º do artigo 7.º se referia ao § 1.º do mesmo dispositivo para determinar o prazo à manifestação das entidades e órgãos que não os constitucionalmente previstos. Tal dispositivo foi vetado com a mensagem de n.º 1.674, de 10 de novembro de 1999. Explica-se: o referido parágrafo instituíra prerrogativa aos legitimados ativos dispostos no artigo 2º da mesma lei, figurando como *amicus curiae*, para intervir no processo em até 30 dias contados do recebimento do pedido, prazo este correspondente às informações prestadas pelos órgãos ou autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado (parágrafo único do art. 6º da Lei n.º 9.868/99) (MIROSKI, 2005, p. 29)¹³.

Não obstante o veto do referido dispositivo, já entendeu o Supremo Tribunal Federal pela observância do prazo constante do parágrafo único do artigo 6.º da Lei n.º 9868/99, com o fundamento de que não se pode levar ao absurdo “da admissibilidade ilimitada de intervenções com graves transtornos ao procedimento” (BRASIL, 1999).

¹³ O referido dispositivo foi vetado porque sua aplicação poderia prejudicar a celeridade do processo. Nas razões do veto, lê-se que “o veto repercute na compreensão do § 2º do mesmo artigo, na parte em que este enuncia ‘observado o prazo fixado no parágrafo anterior’. Entretanto, eventual dúvida poderá ser superada com a utilização do prazo das informações previsto no parágrafo único do art. 6º”.

Assim, teria o *amicus* 30 dias, contados do recebimento do pedido de sua admissibilidade, para intervir no processo de controle abstrato de normas, assim como para apresentar sustentação oral¹⁴.

Dessa forma, admitida a participação do interessado na ação, terá ele 30 dias para se manifestar, consoante o que reza o parágrafo único do artigo 6.º da Lei da ADI. Também, o mesmo tempo é concedido às partes a fim de que produzam sua sustentação oral, prazo este cuja contagem se inicia a partir do recebimento pelo Relator do pedido formulado na peça preambular (MIROSKI, 2005, p. 30).

Impende destacar, ainda, a possibilidade de que, em uma mesma demanda, figure como colaboradores mais de um interessado, porque também não está prevista na Lei sua vedação (BUENO FILHO, 2002, p. 8). Lecionam processualistas da área que:

Além de não existir proibição, deve ser lembrado que a participação desse terceiro qualificado tem por objetivo ampliar o debate do tema constitucional, democratizando-o. É que só pessoas representativas são habilitadas para participar do processo de controle, daí porque a presença de vários *amici* nos parece admissível (BUENO FILHO, 2002, p. 8).

Há de se atentar que, além da inexistência de vedação legal, a admissão de mais de um colaborador corresponde ao fim colimado quando da inserção do instituto, que é o de democratizar o sistema de controle concentrado de constitucionalidade. Para tal intuito, nada mais correto do que se permitir também a presença de tantos colaboradores quantos forem necessários à elucidação da questão controvertida.

Além do procedimento à admissão dos *amici*, há ainda duas etapas distintas por meio das quais tem o interventor atípico a faculdade de se manifestar.

A primeira, já anteriormente abordada, diz respeito à prerrogativa que tem de apresentar manifestação escrita sobre o tema de seu interesse atinente à ação em curso. Seu memorial será submetido à apreciação da Corte e constará formalmente nos autos, não podendo simplesmente ser ignorado pelo Tribunal (BINENBOJM, 2004, p. 15).

A segunda se refere à possibilidade de sustentação oral por parte do terceiro interessado em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

A possibilidade de sustentação oral foi objeto de análise por parte do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI 2.321-DF, no ano de 2000, relatado pelo Ministro Celso de Mello. Em decisão monocrática, entendeu o então Presidente do Supremo, Ministro Carlos Veloso, pela impossibilidade de sustentação oral de terceiros

¹⁴ ANPM: Associação Nacional dos Procuradores Municipais (ANPM, 2007).

admitidos sob a figura do *amicus curiae* em ações diretas de inconstitucionalidade, indo de encontro, portanto, ao voto do Relator (MIROSKI, 2005, p. 32).

Das razões do voto do Ministro Celso de Mello colaciona-se o seguinte excerto, que corrobora esse entendimento:

Não se pode perder de perspectiva que a regra inscrita no art. 7.º, § 2.º da Lei 9.868/99 – que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do “amicus curiae” – tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões desta Corte [...]. Daí, segundo entendo, a necessidade de assegurar, ao “amicus curiae”, mais do que o simples ingresso formal no processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, a possibilidade de exercer a prerrogativa da sustentação oral, perante esta Suprema Corte (ADI 2.321-7/DF, 2000, p. 37-39) (BRASIL, 2000, p. 37-39, grifos do autor).

Novamente submetida a matéria à análise do Tribunal em 2001, o referendo do Plenário, por voto da maioria de seus membros, resolvendo questão de ordem, reiterou entendimento já firmado em 2000, não permitindo sustentação oral por parte do colaborador, nos autos da ADI 2.223/DF (MIROSKI, 2005, p. 33).

Foi em 2003, com o julgamento da ADI 2777/SP, relatado pelo Ministro Cezar Peluso, que revisou o Supremo Tribunal Federal seu entendimento anterior e, por maioria de votos, admitiu excepcionalmente realização de sustentação oral do *amicus curiae* através de seu patrono, em sede de controle concentrado de constitucionalidade (MIROSKI, 2005, p. 33). Do voto do Ministro Celso de Mello, extrai-se (ADI 2777/SP):

[...] entendo que a atuação processual do amicus curiae não deve limitar-se à mera apresentação de memoriais ou à prestação eventual de informações que lhe venham a ser solicitadas. Essa visão do problema – que restringisse a extensão dos poderes processuais do “colaborador do Tribunal” – culminaria por fazer prevalecer, na matéria, uma incompreensível perspectiva reducionista, que não pode (nem deve) ser aceita por essa Corte, sob pena de total frustração dos altos objetivos políticos, sociais e jurídicos visados pelo legislador na positivação da cláusula que, agora, admite o formal ingresso do amicus curiae no processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. Cumpre permitir, desse modo, ao amicus curiae, em extensão maior, o exercício de determinados poderes processuais, como aquele consistente no direito de proceder à sustentação oral das razões que justificaram a sua admissão formal (MIROSKI, 2005, p. 33, grifo do autor).

Assim, a admissão da sustentação oral por parte do terceiro também corresponde ao intuito do legislador que incluiu à ação direta de constitucionalidade o instituto, ou seja, a possibilidade de que realize o colaborador sustentação oral nada mais é

do que corolário da inserção do instituto em sede de fiscalização concentrada de constitucionalidade¹⁵.

Quanto à admissão de recurso interposto pelo *amici* em ação direta de inconstitucionalidade, já entendeu o STF pela sua impossibilidade, mormente porque não figura o interventor como parte, não possuindo, portanto, legitimidade recursal¹⁶.

Ao reverso, Gustavo Binbenbajm assevera ser possível ao colaborador recorrer de decisões proferidas em ações desta natureza, tendo em vista não existir argumento lógico suficiente para impedir intervenção de *amicus curiae* com apresentação de seus argumentos, “e, como desdobramento natural, não possa se insurgir contra as decisões que contrariem tais argumentos, por meio dos recursos cabíveis.” (BINENBOJM, 2004, p. 18).

Escorreito posicionamento, porquanto os efeitos da sentença proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade legitimam, por si sós, o colaborador a interpor recurso de decisões, consoante o disposto no artigo 499 do Diploma Processual Civil, até porque tais entidades e órgãos que figuram como *amicus curiae*, “podem sofrer impactos diretos em razão da decisão em controle abstrato, podendo, até mesmo, perder direitos antes reconhecidos pela lei atacada¹⁷” (BINENBOJM, 2004, p. 18).

2.2. A democratização do Controle Concentrado de Constitucionalidade com o advento da inserção do instituto do *amicus curiae* na lei 9.868/99.

A regra insculpida no §2.º do artigo 7.º da Lei nº 9.868/99, que serve de base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae*, tem por desiderato

¹⁵ Adotou-se este mesmo entendimento neste trabalho, porquanto tendo a Emenda Regimental n. 15, de 30 de março de 2004, acrescentado um novo § 2º ao art. 131 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que passou a admitir expressamente a sustentação oral de quaisquer ‘terceiros’, não há como excluir desse rol o *amicus curiae*. (Nesses termos, veja-se BUENO, 2006, p.170). Ademais, a democratização do controle concentrado de constitucionalidade também depende dessa garantia a quem pretende desta forma intervir.

¹⁶ Nesse sentido, AGRADI 2.130-3, SC. Relator Min. Celso de Mello. (BRASIL, 2001).

¹⁷ Ao revés, entende-se neste trabalho não seja possível a interposição de recurso pelo *amicus*, salvo de decisões que julguem seu ingresso. É que, muito embora decorra de sua manifestação a democratização do sistema de fiscalização abstrata das normas, não se pode olvidar que não passa o *amicus* de mero interventor no processo, no sentido de que não se insere na relação processual e, por conseguinte, não tem legitimidade recursal. Por analogia, não se pode permitir a um perito, a exemplo, que recorra da decisão judicial contrária à perícia por si realizada. O laudo pericial serve, da mesma forma que a manifestação do colaborador, para elucidar o magistrado a tomar a decisão que repute mais justa ou mais acertada. É das partes, e tão só delas, o ônus de recorrer da decisão caso a considerem equivocada ou contrária ao ordenamento – salvo quando se tratar de Ministério Público, órgão cuja uma das funções se encerra exatamente neste fim.

pluralizar o debate constitucional, ao possibilitar ao Supremo Tribunal Federal que disponha de todas as informações possíveis e necessárias à solução da controvérsia constitucional.

Ademais, a admissão de colaborador em sede de controle concentrado de constitucionalidade qualifica-se como um elemento de legitimação social das decisões do Tribunal Constitucional, viabilizando, em respeito ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade (AGRADI 2.130-3), porque concede às entidades que de fato representam os interesses gerais, a possibilidade de participar em ações de tamanha importância e repercussão social.

Em outras palavras, afirma-se que a inserção do instituto democratiza a fiscalização de constitucionalidade via ação direta, porque enriquece o debate constitucional, reconhece a representatividade da entidade ou órgão e informa os julgadores sobre a repercussão política, social, econômica, jurídica e cultural da decisão advinda da análise da ação (BUENO FILHO, 2002, p. 5). Percebe-se, igualmente, que a inserção do instituto está ligada a uma compreensão de que o juízo sobre a constitucionalidade das leis não se abstém ao silogismo, por meio do qual se compara, simplesmente, o texto legal com o da Constituição, para análise de sua constitucionalidade. Muito mais do que isso, o exame da constitucionalidade ou não de um ato normativo envolve também a compreensão de que da decisão proferida poderá haver situações concretas de inconstitucionalidade ocasionadas pela aplicação da lei: “Daí a necessidade de apresentação de estudos e pareceres que instruem a Corte acerca de aspectos que transcendem [...] a esfera do estritamente jurídico” (PEDROLLO & MARTEL, 2005, p. 171).

Também em decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade, já entendeu o Excelso Tribunal a importância da inserção do instituto em aferição concentrada, para fins de pluralizar debate constitucional, com vistas a, mediante tal abertura procedimental, superar questão referente à legitimidade democrática de decisões emanadas da Corte Constitucional (ADI 2.777-8/SP) (BINENBOJM, 2004, p. 5). Nos Estados Unidos, país onde o instituto adquiriu importância, já asseverou o então presidente da Suprema Corte (BUENO FILHO, 2002, p. 3):

Um tribunal que é final e irrecorrível precisa de escrutínio mais cuidadoso que qualquer outro. Poder irrecorrível é o mais apto para auto-satisfazer-se e o menos apto a engajar-se em imparciais auto-análises. Em um país como o nosso, nenhuma instituição pública ou pessoal que o opera pode estar acima do debate público (Warren E. Burger, U. S. Chief Justice).

A democratização do sistema de fiscalização abstrata de constitucionalidade consagrada mediante a introdução do instituto do *amicus curiae*, coaduna-se, outrossim, com o princípio democrático, na medida em que “reforça a legitimidade do sistema, permitindo a renovação do processo político com o reconhecimento dos direitos de novos ou pequenos grupos” (MEDINA, 2005, p. 3).

A presença de colaborador ou de colaboradores em sede de controle de constitucionalidade, além de reforçar a impessoalidade de questões de cunho constitucional, também evidencia que a solução de controvérsias de tal natureza interessa objetivamente a todos os indivíduos e grupos sociais, porque, ao elucidar o sentido da Carta, o Tribunal Constitucional, de certa forma, também está a prescrever, definir e traduzir o Texto Maior.

Consoante tal finalidade, deve-se permitir a manifestação do *amicus*, não com a mera apresentação de memoriais ou de informações que lhe possam ser solicitadas. Deve-se, ao contrário, permitir ao colaborador que atue com liberdade de exercer poderes processuais desde que detenha representatividade e, assim, imponha a relevância da situação fática, assegurando, dessa forma, maior legitimação das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional, inclusive trazendo ao processo informações que esclareçam o entendimento do Corte, antes que profira decisão, cujas imbricações de natureza política, social, econômica, jurídica e até mesmo cultura são de irretorquível gravame, de indiscutível dimensão e de inquestionável valor para a vida do país e de seus cidadãos (MEDINA, 2005, p. 4).

Por derradeiro, salienta-se que, ante a restrita legitimidade ativa ao ingresso de ações diretas de inconstitucionalidade, por meio das quais se faz a fiscalização abstrata de constitucionalidade, nada mais acertado do que admitir-se manifestação de órgãos e entidades cuja representatividade adequada demonstre que representam considerável grupo social sobre o qual recairão os efeitos da decisão proferida.

O Estado de Direito se confirma como democrático a partir do momento em que os anseios sociais são reproduzidos no ordenamento, quando efetivamente os destinatários das normas se tornam intérpretes da Constituição. Sem tal prerrogativa, corre o risco de ser a Carta nada além de mera *folha de papel*.

3. Conclusão

Não se poderia chegar à conclusão outra, senão a de que o instituto do *amicus curiae* representou, ao sistema de fiscalização abstrata de constitucionalidade, notável

progresso no que tange à possibilidade de que segmentos da sociedade se manifestem, apresentando suas razões, informando o Supremo Tribunal Federal acerca das repercussões que sua decisão pode acarretar.

Com a inserção do instituto à Lei 9.868/99, duas consequências decorrem:

A primeira é a de que órgãos e entidades que demonstrarem interesse institucional a justificar sua participação no debate não são mais meros observadores das decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade. Agora, com o advento do instituto, permitiu-se que atuassem como informantes e intérpretes, porque, além de trazerem à baila informações pertinentes à controvérsia constitucional, auxiliam o Tribunal na interpretação das normas.

A segunda diz respeito à legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal, porque, com o ingresso do *amicus curiae* a processos cujo objetivo é a aferição da constitucionalidade das leis, superou-se questão referente à legitimidade democrática de decisões por ele prolatadas.

4. Referências

ANPM: Associação Nacional dos Procuradores Municipais. Procurados Municipais são aceitos como *Amicus Curiae*. Disponível em:

<<http://www.anpm.com.br/principal.asp?page=areas.asp&estado=0&page3=noticias&page2=noticias1.asp&id=11>>. Acesso em: 23 mai. 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *Revista Eletrônica de direito do Estado*. Salvador: Instituto de Direito Público da Revista eletrônica de Direito da Bahia, n. 1, Janeiro, 2004.

Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 7 de abr. 2007.

BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. 12 ed. Brasília: Universidade de Brasília/São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BRASIL. *Lei n.º 9.868*, de 10 de Novembro de 1999: Art. 7.º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. Disponível em:

<<http://www.stf.gov.br/legislacao/legislacaoAnotada/leiAnotadaPesquisa.asp?item=290&termo=2.777>>. Acesso em: 11 abr. 2007.

BRASIL. *Lei n. 9.868*, de 10 de Novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L9868.htm>>. Acesso em: 17 maio 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 108*. Ação Direta de Inconstitucionalidade - Controle Normativo Abstrato - Legitimidade Ativa *Ad Causam* - Entidade de Classe - Não Configuração - Carência da Ação. Relator: Ministro Celso de Mello. 13 de Abril de 1992. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>>. Acesso em: 10 mar. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2.202/AgR*. Ação indireta de Inconstitucionalidade - Partido Político que, no curso do processo, vem a perder representação parlamentar no Congresso Nacional - Fato superveniente que descaracteriza a legitimidade ativa da agremiação partidária (CF art. 103, VIII). Relator: Ministro Celso de Mello. 27 de Fevereiro de 2002. Disponível em:

<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=&processo=2202&recurso=0&tip_julgamento=M>. Acesso em: 23 maio 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2.321-7/MC*. Ação direta de Inconstitucionalidade - Resolução emanada do Tribunal Superior Eleitoral - Mera declaração de “*acertamento*”, que não importou em aumento de remuneração nem implicou concessão de vantagem pecuniária nova. Relator: Ministro Celso de Mello. 25 de Outubro de 2000.

Disponível em:

<<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/publicacaodiversa/default.asp>>. Acesso em: 17 maio 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3*. Ação direta de inconstitucionalidade. Decretos n.ºs 94042 e 94233, de, respectivamente, 18.2.87 e 15.4.87, atacados em face da Emenda Constitucional n.º 1/69. Relator: Ministro Moreira Alves. 02 de Fevereiro de 1992. Disponível em:

<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=&processo=3&recurso=0&tip_julgamento=M>. Acesso em: 18 maio 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AGRADI 2.130-3/SC*. Ação Direta de Inconstitucionalidade Ajuizada por Governador de Estado - Decisão que não à admite, por incabível - recurso de agravo interposto pelo próprio Estado-Membro - Ilegitimidade recursal dessa pessoa política. Relator: Ministro Celso de Mello. 14 de Dezembro de 2001.

Disponível em:

<<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/publicacaodiversa/default.asp>>. Acesso em: 17 maio 2007.

BRASIL. Presidência da República. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Mensagem n.º 1.674*, de 10 de Novembro de 1999. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1674-99.htm>. Acesso em: 04 abr. 2007.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus curiae*: a democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 14, jun./ago., 2002.

Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 01 de mar. 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares: O *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 29, n. 117, 2004.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na constituição de 1988*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rei, 1999.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Possibilidade de sustentação oral do *amicus curiae*. *Revista dialética de direito processual*, v. 8, nov. 2003.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário jurídico*. 2. ed. São Paulo: Rideel, 1999.

MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. *Amicus curiae* e a democratização do controle de constitucionalidade. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica jurídica*, ano 53, n. 332, jun. 2005.

MEDINA, Damares. A finalidade do *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 9, n. 717, 22 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6917>>. Acesso em: 28 mar. 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança. Ação popular. Ação civil pública. Mandado de Injunção. "Habeas data". Ação direta de inconstitucionalidade. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. O controle incidental de normas no direito brasileiro. A representação interventiva*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MIROSKI, Gustavo. *A possibilidade de aplicação do instituto amicus curiae no direito brasileiro: o controle constitucional concentrado brasileiro após o advento da lei 9.868/99*. Monografia de especialização. Florianópolis, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 4. ed. São Paulo: 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PEDROLLO, Gustavo Fontana; MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Amicus curiae: elemento de participação política nas decisões judiciais-constitucionais*. *Revista AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Rio Grande do Sul. v. 32, n. 99, 2005.

PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus curiae*: intervenção de terceiros. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 28, n. 109, 2003.

ROCHA, Daniel Machado da. *O direito à previdência social*: na perspectiva dos princípios fundamentais constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SANTOS, Esther Maria Brighenti dos. *Amicus curiae*: um instrumento de aperfeiçoamento nos processos de controle de constitucionalidade. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 10, n. 906, 26 dez 2005. Disponível em :
<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7739>>. Acesso em: 28 mar. 2007.

O mandado de criminalização do tráfico de drogas expresso no art. 5.º, inciso XLIII, da Constituição Federal e a constitucionalidade da redução de pena aos condenados por tráfico

The order of criminalization for drug traffic expressed in art. 5, incise XLIII, of the Brazilian Constitution and the constitutionality of the abbreviation of the penalty to those condemned for traffic

Francisco Alexandre de Paiva Forte

Graduado em Agronomia pela UFPB; e em Direito pela UFC. Advogado. Mestrando em Direito Constitucional (UFC) e Professor substituto da Faculdade de Economia, Administração, Atuária e Contabilidade (UFC). e-mail: alexandreporte@gmail.com

José Donato de Araújo Neto

Mestrando em Direito Constitucional (UFC). Juiz Federal. e-mail: donato@jfce.jus.br

Michel Pinheiro

Mestrando em Direito Constitucional (UFC). Juiz de Direito. e-mail: michelpivip@gmail.com

Resumo: O presente artigo discute o mandado de criminalização do tráfico de drogas expresso no art. 5.º, inc. XLIII, da Constituição Federal, bem como a constitucionalidade da redução de pena dos traficantes primários, com base no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Faz-se também uma análise acerca da política de drogas, a coerência dessa política no sistema penal garantístico adotado no Brasil, levando-se em conta a realidade fática a impor uma nova postura ao intérprete, com base na teoria tridimensional do Direito, de Miguel Reale; e com base em estudos recentes sobre o tema. Rebate-se a tese defendida por Lênio Streck para quem a redução de até 2/3 da pena dos condenados por tráfico seria inconstitucional, mesmo em se tratando de pessoas sem antecedentes criminais. Parte-se do pressuposto de que a liberdade e dignidade da pessoa, inclusive a pessoa traficante, não podem sofrer restrição desnecessária, ao passo que o incremento da dignidade e da liberdade está sempre em sintonia com a unidade da Constituição. O mito das cláusulas pétreas é abordado, bem como a tensão entre democracia e constitucionalismo. O mandado de criminalização do crime de tráfico de drogas ilícitas, longe de constituir cláusula pétrea, poderia até mesmo ser entendido como norma infraconstitucional, a ser submetida ao crivo da temporalidade, da transitoriedade, o que significa dizer que o Poder Constituinte Originário incorreu numa ilusão constitucional autoritária, extrapolando até mesmo o mandato popular, à medida que, muito além da mera criminalização, transformou o tráfico em crime hediondo. Conclui-se defendendo a constitucionalidade das normas que autorizam o juiz à redução de pena aos traficantes primários, levando-se em conta o fato de que muitos dos condenados mais se aproximam da condição de vítimas do grande capital narcotraficante do que propriamente de um comportamento criminoso de elevada periculosidade a justificar uma maior restrição da liberdade.

Palavras-chave: 1. tráfico de drogas. 2. dignidade. 3. liberdade. 4. mandado de criminalização. 5. redução de penas.

Abstract: The present paper discusses the order of criminalization for drug traffic expressed in art. 5, incise XLIII, of the Brazilian Constitution, as well as the constitutionality of the ab-

breviation of the penalty for primary traffickers, supported in art. 33, § 4th, of the Law 11.343/2006. It also analyses the policies of drugs, the coherence of these policies in the penal system adopted in Brazil, taking into consideration the factual reality that imposes a new attitude to the interpreter, by considering Reale's three-dimensional theory of law and recent studies on the theme. The paper refuses the thesis defended by Lênio Streck, to whom the abbreviation in at least 2/3 of the penalty of those condemned of drug traffic would be unconstitutional, even if it refers to persons without criminal antecedents. We adopt the principle that liberty and dignity (including the trafficker's) cannot suffer unnecessary restriction, while the increment of liberty and dignity is always in harmony with the unity of the Constitution. The myth of the petrous clauses is also considered, as well as the tension between democracy and constitutionalism. The order of criminalization for illicit drug traffic, far from being a petrous clause, could also be understood as an infra-constitutional norm, to be submitted to the test of temporality and transitoriness, which means that the Original Constitutional Power incurred in an authoritarian constitutional illusion, by extrapolating even the popular mandate, since it transformed the traffic in a hideous crime. We conclude the paper, by defending the constitutionality of the norms that authorize the judge to reduce the penalty of primary traffickers, taking into consideration the fact that most of the condemned can be viewed more as victims of the great drug traffic capital than as criminals who represent an extreme danger that justifies the restriction of liberty.

Keywords: 1. drug traffic. 2. dignity. 3. liberty. 4. criminalization mandate. 5. penalty abbreviation.

Introdução

A criminalização do comércio de drogas alcançou seu apogeu com a Carta Política de 1988.

Lênio Streck (2008) recentemente publicou artigo defendendo a inconstitucionalidade do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006¹, na parte em que reduz a pena em até 2/3 para o traficante de bons antecedentes, primário, e desde que não integre organização criminosa. O jurista, partindo do princípio da proibição deficiente do Estado na defesa dos direitos fundamentais, uma das facetas da proporcionalidade, defende que a sobredita redução é inconstitucional, pois viola em demasia o mandado de criminalização de um tratamento mais rigoroso que a Constituição Federal dispensa ao crime de tráfico de drogas. Em verdade, Lênio Streck propõe uma declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, no sentido de dar uma interpretação que salve a norma, aplicando-a, desde que a redução não seja inferior a três anos, pena mínima da norma anterior (Lei 6.368/76), evitando-se o retrocesso penal. Alegando que o referido dispositivo, ao tratar o traficante primário de forma benevolente, violaria o princípio

¹ “§ 4.º - Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.”

da proibição de proteção insuficiente, trazendo à baila o RE 418.376 do STF², cuja decisão apontou a inconstitucionalidade do art. 107, inc. VII do Código Penal, Streck destaca logo de início que o comando constitucional originário não pode ser considerado inconstitucional. Além de Streck, outros autores têm se dedicado ao tema, também defendendo a inconstitucionalidade de qualquer favor legal que abrande ou mesmo venha a abolir o crime de tráfico de drogas (*Vide* GONÇALVES, 2007; CALLEGARI e WEDY, 2008). Embora divergentes na orientação ideológica, quase todos estão de acordo que a nova lei de drogas tem, no mínimo, incoerências.

O presente artigo segue linha doutrinária divergente da trilhada por Streck, mas pretende debater e rebater alguns dos argumentos esposados pelo referido autor, cujo artigo sobre o tema está disponibilizado, inclusive, em seu sítio pessoal na rede mundial de computadores³.

Partimos do pressuposto de que a liberdade é o bem maior a ser protegido, e o incremento da dignidade da pessoa humana não pode ser tolhido em nome de uma pretensa proteção da dignidade das outras pessoas, isto é, da sociedade, sob o manto da segurança pública.

A dignidade é a razão de ser do próprio Estado. E o traficante não pode ser alçado à categoria de inimigo do Estado, como uma espécie de “não-pessoa”, emblematicamente. O traficante é um ser humano de carne e osso, como bem relata o jornalista Caco Barcelos (2003). E se dúvida havia a esse respeito, o filme *Meu nome não é Johnny*⁴ mostra bem o que pode ser feito de uma pessoa que é presa vendendo drogas. Pode o Estado condená-la ao degredo do cárcere imundo e criminógeno ou oferecer-lhe a oportunidade de uma ressocialização, enquanto os ricos e a rapaziada da classe média consomem toda sorte de entorpecentes proibidos, não raro, impunemente, sob as vistas e a cumplicidade das autoridades?

Por outro lado, é preciso dissociar a conduta do tráfico de outras condutas criminosas. Quem assiste ao noticiário dos últimos meses, depara com informações de que traficantes assaltaram ou tentaram assaltar pessoas ou entraram em confronto com a polícia. Ora, uma coisa é o crime de tráfico em si, outra é o tráfico associado a diversas outras condutas criminosas. Não obstante, não é pela razão de outras condutas bem

² O precedente citado refere-se à antiga disposição que extinguiu a punibilidade do autor de crime estupro que viesse a casar-se com a vítima.

³ <http://www.leniostreck.com.br>

⁴ Informações disponíveis em: <http://www.meunomenaoejohnnyfilme.com.br>. Acesso em: 10 set. 2008. O filme é dirigido por Mauro Lima e a produção é de Mariza Leão. Produtora: Atitude Promoções.

mais graves serem também praticadas por parcela significativa dos traficantes que haveremos de nos furtar de discutir um tema tão instigante e polêmico como esse.

1. A exigência de que o legislador obedeça ao princípio da coerência

Embora não se exija uma coerência absoluta do legislador, por razões práticas, a lei deve buscar o mínimo de coerência lógica e sistêmica, visando o fim maior que é a Justiça. Canotilho (1993, p. 192) afirma, em parte valendo-se de Dworkin, que o princípio da unidade da constituição decorre da exigência de coerência narrativa do sistema jurídico e é dirigido a todas as autoridades encarregadas da aplicação de regras e princípios jurídicos, “no sentido de as ‘lerem’ e ‘compreenderem’ como se fossem obras de um só autor”, segundo uma concepção correta do direito e da justiça.

Segundo Antonio César Bochenek (2008), “a coerência pode ser compreendida como uma situação na qual todas as partes e ações do sistema estão bem juntas, conectadas, organizadas, de forma lógica e de fácil compreensão e clareza”.

A nova Lei de Drogas tem coerências e incoerências. Num ponto é coerente: abranda a pena dos usuários – além de ser mais humana -, adotando a política de redução de danos, ao mesmo tempo em que abranda as penas para os traficantes primários e de bons antecedentes, embora a lei seja incoerente ao estabelecer penas mais severas para os demais traficantes. Como advertiu a jurista Karam, em entrevista à *Época* (2008), a Lei 6.368/76 era bem mais coerente, embora mais desumana, à medida que criminalizava o uso e o tráfico de drogas de forma proporcional. E uma lei mais severa contra os usuários seria mais coerente ainda, em que pese não recomendável do ponto de vista humanista e de política criminal.

Lênio Streck (*op. cit.*, p. 13-14), por sua vez, sustenta que o favor legal concedido pela Lei 11.343/2006 ao traficante primário e sem maus antecedentes, além de violar o princípio da proteção insuficiente, violaria também o princípio da coerência, da integridade e da igualdade. Lênio Streck aponta que “não há explicação coerente ou razoável que justifique, ao mesmo tempo, o aumento da pena mínima de 03 para 05 anos e, na mesma lei, a diminuição do patamar de 2/3 para os réus primários”, a ponto de configurar clara violação ao princípio da igualdade. Enfatiza ainda que a característica conciliatória atenta contra o princípio da igualdade, seja pela instituição de diferenciações indevidas, seja pela consequência analógica que isso poderá acarretar aos demais crimes hediondos.

Ao que nos parece, se inconstitucionalidade há decorrente da incoerência, não está ela na possibilidade de redução de pena ao traficante primário e, sim, no aumento de pena ao crime de tráfico. Com efeito, a descarceirização do crime de uso de drogas, como eufemisticamente epitetou o STF⁵, não parece coerente com um aumento de pena para as condutas de tráfico, a menos que se adote a política da vitimização, na qual o usuário é visto como uma pobre vítima indefesa e o traficante é colocado como bode expiatório do sistema. A propósito, Carnelutti (2006, p. 68) já definia o preso como um daqueles que pode ser culpado, denunciando o etiquetamento, embora não tenha usado dessa expressão, como uma das misérias do processo penal.

A descarceirização do crime de uso de drogas guarda elevada coerência e proporcionalidade com a situação dos traficantes primários, muitos dos quais não passam de meros operários (mulas, microtraficantes, etc.) a serviço do grande capital narcotraficante. De modo que, diferentemente do que apontado por Streck (*op. cit.*, p. 14) não é o § 4.º do art. 33 da Lei 11.343 que fere o princípio da igualdade, mas, sim, a pena estabelecida no *caput* do art. 33 é que não guarda coerência com os princípios adotados pela Lei 11.343, especialmente o inciso I do art. 4.º (“o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade”); e, mais ainda, com as penas previstas no art. 28 que levaram o STF a adotar a tese da descarceirização.

Franco (2008), em artigo publicado na Revista *Jus Navigandi*, defende a constitucionalidade dos benefícios concedidos aos traficantes primários e observa com percepção histórica que o princípio da proporcionalidade, apontado por Fernando Capez como princípio violado no art. 33, § 4.º da Lei de Drogas, em realidade jamais foi manejado para elevar penas, desde Beccaria, em 1764. Além disso, a distinção que o legislador fez entre o traficante organizado e a “mula” ou “aviãozinho”, diz Franco (*op. cit.*) decorre do princípio da igualdade material que manda tratar desigualmente os desiguais.

Aguiar (2008), também em artigo publicado na Revista *Jus Navigandi*, num enfoque crítico, aponta uma possível inconstitucionalidade do art. 33 da Lei de Drogas, mas não pela severidade e, sim, pela brandura, pois a pena mínima de 5 anos, diz ele, cria uma esquizofrenia apenas aparente para evitar que condenados por tráfico tenham direito a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Em meio a diversos outros dispositivos benevolentes, a elevação da pena é apenas cosmética e

⁵ RE 430105 QO/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.2.2007 (Informativo 456, fev/2007).

nos coloca diante de uma questão constitucional. Seria muito melhor, diz ele, que fosse emendada a Constituição no art. 5.º, inc. XLIII, do que adotar a ideologia do laxismo penal, da benevolência. Ou seja, enquanto Streck defende a inconstitucionalidade do art. 33, § 4.º da Lei de Drogas, Aguiar defende a inconstitucionalidade do próprio *caput* do art. 33, por ser este também benevolente e contrário ao mandado de criminalização expresso na Constituição.

Quanto ao mandado de criminalização, como veremos adiante, não pode este ser usado como argumento para justificar uma radicalização e uma emblemização de apenas um segmento da população envolvido com a problemática das drogas.

Ferrajoli (1995, p. 23) afirma que a razão no âmbito da ciência penal refere-se ao tema da validade ou coerência lógica interna de cada sistema penal positivo “entre seus princípios normativos superiores e suas normas e práticas inferiores”. A coerência e a plenitude do ordenamento, explica Ferrajoli (*op. cit.*, p. 878-879) configuram-se como ideais-limites do direito válido, mas não definem as características estruturantes do direito vigente; ao contrário, a incoerência e falta de plenitude é que estruturam o direito vigente, devido às inevitáveis violações de fato das proibições e às violações às obrigações normativamente impostas ao legislador, sendo tarefa do jurista, numa perspectiva positivista crítica, explicitar a incoerência e a falta de plenitude.

2. O mandado de criminalização inserto no art. 5.º, inc. XLIII

Assim manda o Constituinte Originário:

XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; (...)

O professor Lênio Streck (*op. cit.*) defende que, com a atribuição do sentido hediondo ao tráfico de drogas, somente o tráfico com repercussão, com uma certa gravidade, é que poderia ser taxado de crime hediondo. Para ele, o tráfico bagatelar seria atípico. Mas o professor, porém, não esclarece o que seria tráfico hediondo e o que seria tráfico bagatelar. Será que a redução até 2/3 permitindo certa modulação ao juiz para enquadrar, dentro de limites aceitáveis, qual a penalidade razoável para aqueles envolvidos no comércio de drogas, não é mais coerente e harmônica com a totalidade da Constituição, que tem na dignidade da pessoa humana o seu vetor determinante? A

redução de até 2/3 tem grande aplicação para as “mulas”, pois ao mesmo tempo em que não se enquadram como grandes traficantes, não merecem também ter a sua conduta tratada como indiferente penal.

Por outro lado, o que não pode passar em branco é a discussão acerca do efetivo poder do Constituinte Originário. Teria o Constituinte Originário o poder de engessar a sociedade, por exemplo, mandando criminalizar *ad eternum* o já revogado crime de rapto previsto no art. 219 do Código Penal?

Alguém pode objetar que a analogia do tráfico com o crime de rapto é despropositada. Não é o que nos parece, quando o próprio Streck (*op. cit.*) fundamenta a tese da inconstitucionalidade do § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas, com base no princípio da proibição da proteção insuficiente, e toma como paradigma o arrazoado no RE 418.376 do STF.

Em verdade, a decisão do STF no RE 418.376, com a devida vênia, levanta uma série de questionamentos. Por uma questão de corte metodológico, para não adentrar a seara dos crimes sexuais, fixar-nos-emos por ora apenas no princípio da proibição de proteção insuficiente em contraste com a realidade.

Para citar apenas um filósofo do Direito, Reale (1999, p. 253) ensina que o fato é condição da norma jurídica como expressão de valores (*op. cit.*, p. 510), ainda que não seja “razão suficiente de sua gênese”, até porque o fato por si só, diz Reale (p. 453), não obriga. Não obstante, explica o mesmo Reale, recorrendo à lição de Maurice Hauriou (*op. cit.*, p. 527): “muitas vezes o Direito consagra os valores mais urgentes (acima de tudo, a segurança, a ordem, a paz) e não os valores em si mesmos mais altos”. Valor, dever ser e fim são momentos da experiência total do homem, constituindo um processo “denso de coerências e contradições, de avanços e recuos [...], obedecendo sempre a um ideal de adequação entre realidade e valor” (*op. cit.*, p. 550).

É ainda Miguel Reale quem diz (*op. cit.*, p. 554) que cada modelo jurídico não passa de “uma solução temporária (momentânea ou duradoura) de uma tensão dialética entre fatos e valores, solução essa estatuída e objetivada pela interferência decisória do Poder em dado momento da experiência social”.

Pois bem. Como pode o Poder Constituinte Originário ignorar a temporalidade da criminalização e do grau de reprovabilidade de determinadas condutas, achacando-lhe *ad eternum* no capítulo das cláusulas pétreas não só um mandado de criminalização, mas de hediondez da conduta de tráfico de entorpecentes?

Os valores, retomando Reale (*op. cit.*, p. 574) são as fontes dinamizadoras do ordenamento jurídico, donde o Direito não pode se “exaurir em soluções normativas de caráter definitivo”. Os fatores reais de poder não podem ser ignorados nem mesmo pelo Poder Constituinte que age em nome do povo.

E como bem anota Daniel Sarmento (2008, p. 3), há uma tensão recorrente entre democracia e constitucionalismo, tensão esta que se verifica na realidade constitucional brasileira. Há poucos dias ouvíamos o Professor Paulo Bonavides (2008, comunicação pessoal)⁶, defendendo um projeto de emenda constitucional que pretende assegurar ao povo o direito de iniciativa nos projetos de emenda à Constituição. O curioso é que o povo, verdadeiro titular do Poder Constituinte, não tem sequer o poder de emendar a Constituição. Retomando o texto de Sarmento (*op. cit.*, p. 4), este coloca com propriedade que a questão mais importante consiste exatamente em estabelecer até que ponto o Constituinte Originário pode legitimamente delimitar “os caminhos e decisões do povo futuro”. O art. 28 da Declaração de Direitos de 1793, da Constituição Francesa, afasta o governo dos mortos sobre os vivos, assegurando ao povo o direito de rever sempre a Constituição, como bem ensina Sarmento no artigo já referido.

Konrad Hesse (1991, p. 27) adverte que nada seria tão perigoso quanto permitir “o surgimento de ilusões” sobre questões fundamentais para a vida do Estado. A ideia de erradicação das drogas é inegavelmente uma ilusão em que incorreu o Poder Constituinte Originário. O mandado de criminalização e de etiquetamento do crime de tráfico como hediondo nada mais representa do que o reflexo dessa temerária ilusão constitucional. Aliás, Carvalho (2006, p. 39-40) afirma que a eleição da Assembleia Nacional Constituinte possibilitou imaginar de início que haveria uma mudança radical na política de drogas. Em vez da mudança antiautoritária, legitimou-se a política de guerra às drogas, de sorte que se projetou um sistema criminalizador que se pode denominar de “Constituição Penal dirigente”, cujo efeito será a edificação de um Estado Penal em vez do inexistente Estado Social. E essa política, diz bem Salo de Carvalho (2006, p. 41), estava e está em consonância com a Convenção de 1988 contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas. Sobre a legitimidade dos tratados muito há a ser discutido acerca da forma como são aprovados (*Vide FORTE, 2007, p. 195; e RODRIGUES, 2002, p. 102-111*). O déficit democrático é apenas a ponta do *iceberg*. Infelizmente

⁶ Durante conferência do Professor Gomes Canotilho, na Faculdade de Direito/UFC (Fortaleza, 04 set. 2008), o Professor Bonavides, em saudação ao constitucionalista português, retomou o tema da iniciativa popular nos projetos de emenda à Constituição.

o Constituinte de 1988 viu-se ofuscado pela eloquência de um tratado aparentemente consensual. A barreira do Direito internacional, na figura da ONU, em especial a Convenção de 1988, inibe qualquer iniciativa política mais ousada. Inegavelmente a soberania perdeu sua força absolutista. Vivemos num mundo cada vez mais interligado normativamente. E no que é pertinente ao comércio – e definição da ilicitude – das drogas, isso é mais notório e relevante, mas ao mesmo tempo confuso, pois é a corrente universalista a defender a universalização dos direitos humanos, acusada pelos relativistas de “invocarem o tráfico de drogas como pretexto para intervir na soberania dos países subdesenvolvidos” (AMARAL JÚNIOR, 2002, p. 57).

O mandado de criminalização expresso no inciso XLIII do art. 5.º da Constituição deve ser primeiramente submetido à temporalidade – que, de longe deve equivaler ao mesmo tempo de duração do atual ordenamento constitucional –, isto é, deve ser entendido como não imutável e, quiçá, até mesmo como norma ordinária sem força constitucional. Não é razoável que o Poder Constituinte adentre a seara da tipificação penal, numa tentativa de congelar o comportamento social, ainda que tenha como meta transformar a sociedade numa asséptica civilização de anjos, em que ninguém usa entorpecente. Em segundo lugar, deve ser interpretado à luz de um Estado Democrático de Direito eminentemente laico, cuja laicidade diz respeito não apenas às crenças religiosas, mas também ao próprio conhecimento científico de uma época, conhecimento este que muda inequivocamente e é influenciado – e influenciador simultaneamente – por crenças religiosas e filosóficas.

Para trazer a questão ao ponto que interessa, vejamos a propósito os critérios científicos adotados para a escolha das drogas ilícitas e a consequente liberação das outras tidas por lícitas, quando da redação da Lei 6.368/76. A esse respeito, Liliane Maria Prado Amuy (2005, p. 68-69 e 77), em dissertação na PUC-SP, afirma que não obstante a comprovação por diversos estudos de que o álcool representa mais perigo do que as drogas ilícitas, a embriaguez só é condenada quanto coloca em risco a sociedade. Quanto aos critérios científicos para considerar o álcool legal e as outras drogas ilegais, a CPI instalada em 1973, de cujo trabalho resultou a Lei 6.368/76, ignorou os estudos em relação ao álcool, sequer mencionando-o como causador de dependência física ou psíquica. Ora, os dois critérios mais importantes para a inclusão de uma substância no rol de drogas proibidas são justamente o efeito modificador do comportamento e a geração de dependência física ou psíquica. E tais efeitos nocivos em relação ao álcool encontram unanimidade na comunidade científica, diz Amuy (*op. cit.*, p. 76-

77). Os fatores principais apontados pelos estudiosos, segundo Amuy (*op. cit.*, p. 77), para a omissão do álcool naquela ocasião como substância análoga às drogas causadoras de dependência foram justamente a aceitação social do álcool e a importância econômica da indústria do álcool. O fato é que, segundo a autora (*op. cit.*, p. 77), as pesquisas acerca da etiologia do álcool têm demonstrado uma analogia entre o alcoolismo e as demais dependências farmacológicas, o que aponta para a necessidade de uma aproximação entre “as legislações relativas às substâncias que lhes dão origem”. Nesse ponto, há concordância com Kleiman (1992). Atente-se ainda, diz Amuy (*op. cit.*, p. 78), para o fato de que as medidas repressivas têm eficácia relativa – ou desastrosa, dizemos nós, como foi o caso da Lei seca nos Estados Unidos, da década de 1920.

Do acima exposto, devemos trazer a lume a aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, que em bom português significa que onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Ou seja, existindo critério para considerar o álcool como droga ilícita – e não tendo sido até aqui incluído como tal pelo legislador no rol das drogas proibidas –, as demais drogas, as quais quantitativamente em consumo e número de dependentes são bem mais inexpressivas do que o álcool, também não deveriam ser tratadas como ilícitas. De todo modo, para não resvalarmos no debate da legalização, que comportaria um tratado e muitas teses para além deste artigo, cabe dizer que a legislação repressora efetivamente deverá ser interpretada da forma mais benevolente possível, não apenas em relação aos usuários, mas também em relação aos traficantes, ainda que não seja dado ao magistrado o poder de considerar a traficância como um indiferente penal.

Retomando a questão da adequação, Reale (*op. cit.*, p. 592), tratando do fundamento do Direito, relembra que não raro o “legislador pensa atingir um fim, mas a lei fica a meio do caminho, insuficiente e incapaz de atingir o alvo colimado”. E no caso, legislador é também o Constituinte Originário. Ou admitimos isso ou estaremos inarredavelmente presos ao Constituinte de 1988.

No plano da Dogmática Jurídica, está assente a ideia de que uma norma escrita só pode ser revogada por outra obedecendo ao processo legislativo, mas a verdade é que a vida social “é muito mais exigente e sorri dessas pretensões técnico-formais” (REALE, *op. cit.*, p. 609-610). E adverte Reale (*op. cit.*, p. 611) que é missão também dos intérpretes efetuar um reajuste permanente das leis aos fatos e às exigências da justiça, para se evitar o divórcio entre a realidade social e a normatividade.

Francis Rafael Beck (2008, p. 161), comentando o art. 44 da Lei 11.343/2006, chega a dizer que a nova lei foi além do que manda a Constituição no pertinente à criminalização do tráfico de drogas, criando crimes “super-hediondos”.

Comentando a nova Lei de Drogas, o Professor e Procurador Regional da República Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (2007) aponta com precisão que a descarceirização do usuário no crime de porte e uso de drogas ilícitas em contraposição ao endurecimento dos crimes de tráfico, além de diminuir o efeito dissuasório da lei penal, reforça a desconfiança de que “o Direito Penal trata desigualmente ricos, remediados e pobres”. O mesmo autor, em obra mais recente (GONÇALVES, 2008, p. 254-255), afirma, um tanto contraditoriamente em relação àquelas primeiras impressões manifestadas sobre a nova lei, ser adequado o tratamento dual dado a traficantes e usuários. Somente haveria desproporção na lei e inconstitucionalidade se o uso de substâncias entorpecentes em geral fosse descriminalizado. Entretanto, reconhece GONÇAVES (2008, p. 254) que a pena de advertência “é claramente insuficiente e revela uma indevida intromissão estatal em assuntos individuais ou da família”, faltando a esta pena o mínimo de gravidade que justifique a instauração do processo-crime. No mesmo sentido, Paulo Rangel (2007, p. 110) aponta a inutilidade do processo nos casos de porte de drogas, tipificado no art. 28 da Lei 11.343/2006. E mesmo sendo contrário à legalização, ante a ausência de proposta alternativa e educativa, Rangel teve a grandeza de reconhecer que seria melhor “fazer uma *abolitio criminis* do porte de drogas, embora com sérias repercussões no âmbito da saúde pública” (*op.cit.*, p.112), legalizando o porte de drogas para o consumo pessoal. A constitucionalidade do tratamento dicotômico dado a traficantes e usuários, segundo GONÇALVES (2008, p. 249-250) decorre do zelo conferido ao tema tráfico de drogas pela Constituição, em que se prevê inclusive a expropriação de terras e bens nos termos do art. 243 da Constituição Federal, de maneira que a conduta de tráfico deve ser tratada com severidade em face do mandado de criminalização expresso na Constituição (GONÇALVES, 2008, p. 250), a ponto de poder afirmar-se que “padeceriam de inconstitucionalidade” tanto as leis descriminalizadoras quanto “as medidas liberalizantes” (GONÇAVES, 2008, p. 250).

3. O divórcio entre a realidade do comércio de drogas e a normatividade proibicionista

Magnoli (2006, p. 265), reportando-se ao drama do Rio de Janeiro, sustenta que as gangues do tráfico não passam do “elo fraco do narcotráfico internacional”, não obs-

tante o mito do poder assustador que serve de álibi ao governo estadual – e dizemos nós, também o federal –, para a ausência do Estado nas favelas que acabam consideradas como território inimigo. Acerca do episódio nacionalmente divulgado do roubo e posterior devolução de 10 fuzis do Exército, em março de 2006, Magnoli (*op. cit.*, p. 270) afirma que às negociações sigilosas entre o Estado oficial e o Estado paralelo, só faltaram as trocas de embaixadores.

Dessa forma, a “guerra ao tráfico” deflagrada no governo Reagan em 1984, além de configurar um fracasso, denota uma ingerência “em assuntos de segurança interna de nações soberanas”. Enquanto isso, a territorialização do narcotráfico no Rio de Janeiro parece embrião de uma “colombianização” (MAGNOLI, *op. cit.*, p. 271).

Francis Rafael Beck (2008, p. 157) cita dados do Ministério da Justiça, apontando que em 2005 cerca de 13% da população carcerária do país estava presa em razão do crime de tráfico de drogas. A estatística citada não menciona os homicídios associados ao tráfico e outros delitos. Reghelin (2008, p. 93-94) aponta diversas violações ao texto constitucional pela atual legislação de drogas que segue a linha do Direito Penal do terror. Segundo a autora, são violados os princípios: 1) da taxatividade, em face do excessivo emprego de elementos sem precisão semântica e tipificações genéricas; 2) humanidade, especialmente no que refere ao tráfico; 3) ofensividade, pela incriminação de atitudes internas e que não afetam bens jurídicos; 4) presunção de inocência, valendo-se da consideração de crimes de perigo abstrato.

Alessandro Baratta (*apud* REGHELIN, 2008, p. 87) defendia que a descriminalização geral do uso, produção e venda de drogas, sob controle estatal, representaria uma utopia mais concreta do que as legislações proibicionistas.

O Professor Raimundo Bezerra Falcão (1997, p. 247) ensina que o custo social da interpretação deve ser levado em conta em face da ilegitimação da norma conducente à injustiça ou de interpretações acarretadoras de um custo social muito elevado, custo esse que acarreta uma provável perda de eficácia da norma.

Paul Roubier (1951, *apud* DANTAS, 2004) afirma que o direito repousa em última análise sobre uma filosofia dos valores. No caso específico da proibição ao comércio de drogas, daí tidas por ilícitas, a axiologia se faz presente de forma contundente. A liberdade de escolha de drogadição do indivíduo, em que pese o princípio⁷ disposto no art. 4.º, inc. I da Lei 11.343/2006, é afastada em prol de um pretense interesse público da

⁷ “o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade;” (...)

coletividade que, não obstante, vê-se ameaçada dia e noite por balas perdidas e por um sistema penitenciário superlotado de traficantes e criminosos associados ao tráfico de drogas, sem que se chegue ao menos a uma redução justificável no consumo de drogas. Pelo contrário, Misse (2007, p. 139-158) analisa dados da Secretaria de Segurança Pública do Rio de Janeiro, onde constata que após o endurecimento da legislação de drogas em 1966 – na esteira do que preconiza a Convenção Única de 1961 da ONU, ampliando o alcance das medidas proibicionistas (*Vide* FORTE, 2007; RODRIGUES, 2002) – há uma redução nos processos judiciais de incriminação por tráfico de drogas, e a explicação mais plausível, segundo o renomado pesquisador, não decorre dos efeitos dissuasórios da nova e severa legislação repressora, mas, sim, do “alargamento das transações ilícitas entre policiais e usuários” e “entre policiais e traficantes”. O propinoduto, a concussão, corrupção ativa e passiva de policiais e de outros agentes do Estado é o que Misse (2007) chama de troca de mercadorias políticas, configurando um mercado ilegal parasitário que tem como hospedeiro o mercado ilegal que oferece bens econômicos ilícitos. E não raro ocorre a sobreposição do parasita sobre o outro, como, por exemplo, na ocupação de pontos de venda de drogas (antes ocupados por traficantes) por policiais-traficantes ou na venda clandestina de outros bens.

Habermas (1997, p. 50-54) diz bem que a validade social e a obediência fática de uma dada norma variam “de acordo com a fé dos membros da comunidade de direito na legitimidade”, e essa fé apoia-se na fundamentabilidade das respectivas normas. Quanto menor a legitimidade, mais imperioso se torna à estabilização de uma ordem jurídica fatores como intimidação, poder das circunstâncias, usos e costumes. No Rio de Janeiro, pelo menos, verifica-se que nada disso é capaz de estabilizar a ordem jurídica que combate a (des)ordem do comércio de drogas. Pelo contrário, a intimidação, o poder das circunstâncias, os usos e costumes têm feito as populações afetadas e ligadas ao tráfico de drogas, incluindo os bacanas ricos que consomem cocaína, conviver com dois ordenamentos distintos, sendo que o ordenamento racional, do Estado, sofre já um acentuado processo cancerígeno, donde parece acertada a metáfora da então deputada Denise Frossard de que em vez de estados paralelos teríamos um processo de transversalidade do Estado.

Modugno (1995, p. 6) pondera que é preciso superar a ideia da exclusiva estatalidade do direito, com a qual se confunde o positivismo jurídico. Nos sistemas democráticos deve ser reconhecida a positividade de tudo que é pré-estatal, uma vez que a soberania reside no povo e não no Estado, o que leva a colocar em posição eminente,

superior e acima do direito estatal, um direito positivo estabelecido pela decisão constituinte representativa da vontade popular. E, no tocante à liberdade, diz o mesmo doutrinador italiano que só é lícito ao legislador ordinário sancionar a liberdade na extrema impossibilidade ou insuficiência dos remédios previstos em outros ramos do direito (*op. cit.*, p. 33), de modo que o valor da liberdade deve incidir sobre o modo de conceber as próprias obrigações constitucionais. A responsabilidade penal surge apenas no momento em que a ação livre se identifica com a refutação consciente do dever de solidariedade coletiva decorrente da lei, sendo que o princípio da solidariedade está integrado ao da liberdade consciente, restaurando-se a razão moral da obediência à lei. Daí que o legislador deve atuar com sobriedade, clareza e congruência, e corresponder à tutela dos valores constitucionais da legislação penal.

Os meios repressivos e penalizantes, à medida que incidem mais diretamente sobre a esfera de liberdade psicofísica, são submetidos a um controle mais incisivo e penetrante de constitucionalidade fundado sobre o valor supremo da liberdade da pessoa (MODUGNO, 1995, p. 36).

Silva (2003, p. 126) cita precedente⁸ do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, fundamentado em parecer do então procurador de Justiça Lênio Luiz Streck, no sentido da incompatibilidade de punição de condutas que abstratamente coloquem em risco a sociedade com o Estado Democrático de Direito. O autor referido, embora concordando com a decisão do TJRS para aquele caso concreto (de embriaguez ao volante) entende que, em se tratando de tráfico de drogas, o fundamento constitucional, expresso no art. 5.º, inciso XLIII, da CF, implica crime de “perigo presumido para a saúde pública, de forma absoluta” (*op. cit.*, p. 127). Justifica-se esse mesmo autor trazendo à baila o art. 273 do Código Penal⁹, o qual não observaria o princípio da proporcionalidade nem a proibição de excesso (p. 114), pois a conduta do art. 273 não traz em si perigo ínsito, ao passo que o tráfico de drogas tem consequências até mesmo estatais, como é o caso da Colômbia, diz Silva (2003, p. 112-113). Não obstante reconhece o autor que a repressão penal por meio de crimes de perigo abstrato além de apresentar um déficit no enfrentamento ao tráfico de drogas, pode se mostrar injusta, desproporcional e mesmo insuficiente “em face do furor criminógeno” (p. 116). Mas, a única via capaz

⁸ Apelação Criminal n.º 70001098631, j. 28/06/2000, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho.

⁹ “Art. 273 – Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)” “Pena – reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)”.

de ensejar alguma eficácia, segundo Silva (2003, p. 116), seria a incriminação do tráfico, ou seja, a repressão, ainda que com as falhas lucidamente apontadas por ele.

Ocorre que as consequências estatais do tráfico apontadas por Silva (2003, p. 112-113) decorrem muito mais da repressão e proibição ao tráfico de drogas do que do tráfico em si, conforme defende Valencia (2005). Nesse sentido também Karam (2006, p. 109-110), reportando-se ao ensinamento de Nils Christie, afirma que o maior perigo da criminalidade é a repressão ao crime, à medida que o Estado mínimo neoliberal coexiste com um Estado máximo, vigilante e onipresente, em cujo cenário se constata a expansão da pena privativa de liberdade (p. 101) e no qual a figura do inimigo se identifica com a do criminoso, terrorista ou dissidente (*op. cit.*, p. 98). Os crimes de perigo abstrato, no bojo de legislações autoritárias de exceção, cujo exemplo maior é a lei do abate (Lei 9.614/98)¹⁰ destinada essencialmente aos traficantes, ofendem ao princípio da lesividade.

Corroborando a ineficácia da repressão ao tráfico de drogas ou, ao menos, o elevado custo social da política proibicionista a tornar injusta e ilegítima a norma, Adorno e Salla (2007, p. 7-30) relatam dados do Ministério da Justiça e do IBGE acerca da taxa de encarceramento por 100.000 habitantes, cujos números saltaram de 30 em 1969 para 214,8 em 2006, resultando em números absolutos em mais de quatrocentos mil pessoas presas. A partir de 1988 a taxa de encarceramento mais que dobra, justamente no período em que a repressão ao tráfico de drogas passou a ser mais severa com a entrada em vigor da Constituição Cidadã de 1988, Constituição essa, em vigor, que equipara o tráfico a crime hediondo. E aqui bem que calharia parafrasear o bandido Lúcio Flávio: cidadão é cidadão e traficante é traficante. E que estes apodreçam se forem garfados pelo sistema penitenciário.

Nos Estados Unidos, Boaz e Lynch (2004) relatam que as despesas federais com a proibição passaram em dez anos de 88 para 982 milhões de dólares no ano de 2004, sendo que o custo total da proibição às drogas é de aproximadamente 19 bilhões de dólares, no ano de 2004, com mais de 1,5 milhão de prisões e mais de 400 mil prisioneiros por crimes de porte ou de tráfico de drogas, o que representa mais de 60% da população carcerária federal. Por essas e outras evidências do fracasso proibicionista, inúmeras pessoas de renome nos Estados Unidos têm entendido que a única saída é a mesma dada ao fracasso da proibição ao álcool nos anos 20 e 30 do século passado.

¹⁰ De acordo com Karam (2006, p. 101), com esta lei instituiu-se a pena de morte sem processo, bastando uma mera autorização do comandante da Aeronáutica.

A maximização incontrolável e a generalização desmesurada da repressão resultam da crença moderna na tecnologia penal em solucionar problemas como o das drogas e do terrorismo. E, na América Latina, em particular, o direito penal do inimigo, ou o direito penal de emergência, com pretensão de legitimar um permanente estado de exceção, consolida-se com a radical ruptura dos sistemas de garantias no combate à criminalidade organizada do narcotráfico (CARVALHO, 2007, p. 176).

Recentemente foi noticiado na Revista *Época*¹¹, juntamente com a entrevista de Maria Lúcia Karam, que o Tribunal de Justiça de São Paulo absolveu um acusado de tráfico em face do flagrante de porte de 7,7 gramas de cocaína. O Relator da Apelação (Acórdão 01697713, julgado em 31 de março de 2008)¹², Desembargador José Henrique Rodrigues Torres, em face da prova colhida de pronto, afastou a tese de tráfico. Seria o caso de condenar o acusado com base no art. 28 da Lei 11.343/2006. Entretanto, diz o Relator às fls. 147 que:

a criminalização primária do porte de entorpecentes para uso próprio é de indisfarçável insustentabilidade jurídico-penal, porque não há tipificação de conduta hábil a produzir lesão que invada os limites da alteridade, e viola frontalmente os princípios da igualdade e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, albergados pelo art. 5.º da Constituição Federal como dogmas de garantia individual.

E chamando à colação a doutrina crítica de Salo de Carvalho, aduz o Relator que a lógica bélica e sanitária das políticas de drogas mostra-se injustificável desde “a estrutura do direito penal constitucional”, fruto da opção moralizadora que sobrepõe a razão de Estado à razão do direito. Além disso, a pretensa tutela da saúde pública não encontra compatibilidade com o tipo descrito no art. 28 da Lei de Drogas, vislumbrando-se violação ao princípio da ofensividade previsto no art. 5.º da Constituição Federal. Sem falar, diz o Relator, que há também uma violação ao princípio da igualdade, à medida que os usuários de drogas lícitas podem portá-las livremente, “tendo ambas potencialidade de determinar dependência física e psíquica”. No mesmo acórdão, aponta-se ainda que a criminalização do porte de drogas acarreta violação ao princípio da diferença, “corolário do princípio da dignidade” assentado na Constituição e em tratados internacionais. E com tais fundamentos, conclui pela atipicidade da conduta porte de drogas. Outro precedente, na mesma linha de fundamentação, é citado por

¹¹ Disponível em: www.epoca.com.br. Acesso em 30/06/08.

¹² Acórdão publicado na íntegra na Revista Consultor Jurídico. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 03 jul. 2008.

Martins (2008, p. 69). Trata-se de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Ap. 70000006247, Rel. Des. Sylvio Batista Neto, julgado em 06/10/1999). Não obstante, os Tribunais Superiores até o momento não parecem muito condescendentes com os usuários de drogas (Martins, 2008, p. 70).

A consequência desse entendimento, ao lado da realidade fática que aponta soberamente para a falência do modelo proibitivo-repressor, no entanto, diz respeito à justiça do sistema criminal. Como dizia Rawls (2002, p. 3) “a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento”. Ora, como admitir que o consumo não acarreta lesividade capaz de uma reprimenda penal e, ao mesmo tempo, continuar a criminalizar severamente o tráfico sem ponderar a efetiva e concreta conduta do agente na cadeia do mercado ilícito?

Ferrajoli (*op. cit.*, p. 210) ensina que a justificação do direito penal está entrelaçada à questão da legitimidade do Estado, e se os custos da justiça e da ineficiência podem ser justificados positivamente ou tolerados com base em teorias ou ideologias da justiça, o mesmo já não pode ocorrer com os custos da injustiça.

Carnelutti (2006, p. 85) advertia que nos tornamos adoradores do direito, esse o mal de nossa era, pois o direito “é o único instrumento” do qual o Estado pode se servir para impor aos cidadãos o respeito, jamais o amor: este o Estado não pode dar (*op. cit.*, p. 73-74)

Por outro lado, ainda que prepondere o entendimento até agora firmado pelo STF de que a nova lei de drogas apenas descarceirizou sem descriminalizar o porte e uso de drogas, deparamos com um sistema (ou melhor, um subsistema, já que a Lei 11.343/2006 tem pretensão de ser lei especial), em que, de um lado, do lado do usuário, faltou ao legislador indicar “de maneira explícita” – como aponta Gomes (2003, p. 163), em relação aos arts. 295, 297 e 298 da Lei 4.737/65, Código Eleitoral – “o valor da reprovabilidade mínima da conduta descrita”; e de outro, do lado do traficante, impera o Estado de exceção permanente, como adverte Salo de Carvalho (2006, p. 63-76).

Callegari e Wedy (2008, p. 13-17), após rechaçarem a aplicação da teoria da análise econômica do Direito, numa linha estritamente economicista sob um contexto político contaminado pelo populismo e pelos pacotes legislativos exorcistas (que tanto poderia justificar a legalização quanto a excessiva criminalização populista do comércio de drogas e consumo), entendem que a eficiência do Direito Penal deve ser perseguida e ela se caracteriza em decisões justas e na proteção dos valores mais relevantes. Comentando o art. 28, acima transcrito – e com base na abalizada opinião de Maria Lúcia

Karam, para quem não se vislumbra agressão à saúde pública senão à saúde do próprio usuário capaz de justificar a reprimenda penal (ainda que de fachada, como martelamos, de forma hipócrita), de sorte que contrariando o entendimento da doutrina, segundo a qual o direito penal deve ser usado para as situações mais graves, de forma subsidiária, necessária e excepcional, vemos, na realidade, o “direito penal de emergência, um direito penal mitológico, capaz de realçar a falsa relevância de condutas não ofensivas aos bens jurídicos mais importantes” (CALLEGARI e WEDY, 2008, p. 19). Os autores por último referidos, embora não endossem a corrente pró-legalização das drogas, observam que outras esferas do Direito podem dar um bom e eficiente tratamento a tema tão controverso, sendo certo que “no atual estágio do Estado Democrático de Direito a missão do Direito Penal consiste exclusivamente na proteção subsidiária dos bens jurídicos”, na lição de Claus Roxin (*op. cit.*, p. 20).

Maria Lúcia Kaplan, citada por Machado Martins (2008, p. 69), aponta uma incompatibilidade entre o Estado Democrático de Direito e o recurso da política penal-repressora a expressões vagas, como ordem pública ou paz pública, a fundamentar a tipificação de determinadas condutas. Kaplan, comentando o art. 28 da lei de drogas, critica a tentativa de mudar o comportamento do indivíduo por meio de uma sanção penal (*apud* MARTINS, 2008, P. 69). Veja-se que Gonçalves (2008, p. 254) entende que a advertência não é atribuição do Estado. Isso, devemos entender, na seara penal, pois no âmbito educacional, psicológico, de saúde e de assistência social, a advertência é não apenas plausível, mas desejável, não como penalidade obviamente. Assim, a criação da pena *sui generis* de advertência fez com que o STF escapasse pela tangente no julgamento da Questão de Ordem suscitada no RE 430.105/RJ (Inf. 456/2007), pois o reconhecimento da *abolitio criminis* do delito de posse de drogas para consumo pessoal “acarretaria sérias consequências, tais como a impossibilidade de a conduta ser enquadrada como ato infracional, já que não seria crime nem contravenção penal” (Inf. 456/2007, STF). Desse modo, diz Machado Martins (2008, p. 75) que a figura delitiva do art. 28 da Lei 11.343/2006, na prática, resulta na banalização do Direito Penal, num direito penal “simbólico latente” de consequências pífias, em que o juiz “nada pode fazer em termos coativos contra o usuário” (p. 75). Claus Roxin (*apud* PORTO, 2006) considera ilegítimas as leis de efeitos simbólicos, quando o dispositivo revelador dos objetivos demagógicos “mostra-se desnecessário ou inócuo para a convivência pacífica no meio social”. Sintetiza Machado Martins (2008, p. 79) que a legislação brasileira é anti-terapêutica e anti-pedagógica, à medida que cria penas com força repressiva inexpress-

siva, a ponto de, no caso específico do art. 28 da Lei de Drogas, termos ingressado num modelo desmoralizador do sistema penal.

Em relação ao direito, à autodeterminação e à garantia constitucional da privacidade, Machado Martins (2008, p. 81) aponta, do lado proibicionista, o argumento, com respaldo do STF, de que a Constituição não prevê direitos fundamentais – direitos humanos positivados – com caráter absoluto (MS 23452/RJ, STF). Não obstante, em que pesem as inúmeras críticas daqueles que suportam a política proibicionista, diz Machado Martins (p. 82), parafraseando Nelson Rodrigues, que o fracasso dessa política “somente pode ser negada pela má-fé cínica ou pela obtusidade córnea”. Machado Martins (p. 85) entende correto o modelo português, instituído pela Lei 30/2000, com a chamada contra-ordenação, na medida em que “não legaliza completamente o porte para consumo pessoal, privilegiando o enfoque do tratamento em relação ao sancionatório” (p. 85). O autor não quis comprometer-se com a legalização senão de forma gradual a ser implementada a longo prazo, para não ser tachado de arauto do “frívolo direito à intoxicação” (nota 63, p. 85).

4. As mulas: de Johnny à Maria Cheia de Graça

Tomemos o cinema como pano de fundo para a discussão: o já referido filme *Meu nome não é Johnny* trata da história de um rapaz da classe média carioca que enveredou pelo consumo e, na sequência, tornou-se um glamouroso traficante, do tipo que supostamente não se vê mais hoje em dia, um traficante desarmado e *bon vivant* que acaba conhecendo o submundo do cárcere até escapar pela janela do manicômio, graças à sensibilidade da magistrada que viu – impressão dos autores deste artigo – naquele traficante jovem a imagem e semelhança de seu próprio filho. Destino bem diverso e não menos trágico teve Maria, Maria Cheia de Graça¹³, uma colombiana representada nas telas pela também colombiana Catalina Sandino Moreno. Como tantas Marias da América Latina e d’além África, esta era pobre. E seu juiz não teve a inteligência que se espera de um juiz: a capacidade de ler a mente do acusado e perceber que por trás de um dado a alimentar a estatística policial está um ser humano de carne e osso. Maria, que jamais drogou-se – e se vier a drogar-se não é de surpreender –, mutilou sua dignidade de mulher, introduzindo na vagina algumas gramas entubadas de um pó

¹³ O filme *Maria Full of Grace* (2004), da HBO films, tem roteiro e direção de Joshua Marston e produção de Paul Mezey.

branco para ser consumido pelos ricos brancos dos Estados Unidos. Além de comprometer a qualidade da droga, a repressão afronta a dignidade das mulas, das Marias, de inúmeros africanos que se submetem ao trabalho vil, acarretando riscos à própria vida.

Na Justiça Federal do Ceará, é grande o número de processos envolvendo as mulas. Em geral, são pessoas pobres, sem instrução, frágeis, desempregadas que, vindas da África, continente esquecido, são alvos fáceis para o traficante. Aliciadas, elas, as mulas, resolvem carregar droga em troca de um “suposto” dinheiro fácil, até mesmo engolindo a droga, numa autêntica renúncia da própria dignidade, a auto-traição de que fala Dworkin. Como se vê, não são os verdadeiros traficantes, com poder de mando; não ostentam qualquer estatura de grandes criminosos. Não aplicar, portanto, a redução, seria equipará-los aos grandes, gerando, aí sim, inconstitucionalidade por ofensa à proporcionalidade. Não há, assim, qualquer deficiência ou ofensa constitucional na aplicação do art. 33, § 4.º da Lei 11.343/2006 para essas pessoas.

A vedação de proibição insuficiente, como defende Streck em seu artigo (*op. cit.*) não pode resultar, no entendimento dos autores deste artigo, numa hediondização penal ineficiente, desumana, injusta.

O mínimo que pode fazer o aplicador do Direito é decidir da maneira que mais enalteça a dignidade humana. A dignidade, diz Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 81), confere unidade de sentido e legitimidade à ordem constitucional, pois é ela “a razão de ser do próprio poder estatal” (*op. cit.*, p. 83).

Conclusões

A norma do art. 33, § 4.º da Lei de Drogas nada tem de inconstitucional. A sua incidência não visa alcançar o grande traficante, o responsável pelo financiamento ou pela direção executiva da organização, visto que a causa de diminuição exige do agente a condição de primariedade, bons antecedentes e que não integre organização criminosa.

Com efeito, a norma pretende dar um tratamento mais benéfico, diferenciado, àquelas pessoas, caso, por exemplo, das “mulas”, que, sem apresentar qualquer posição de destaque na organização criminosa, ou melhor, sem integrarem a organização, se veem envolvidas no tráfico, depois de seduzidas e aliciadas por traficantes inescrupulosos que, valendo-se das condições das pessoas recrutadas, geralmente formadas por negros pobres vindos da África, acabam por colocá-las no mundo do tráfico.

A norma não se aplica, conforme falado, ao grande traficante, este, sim, merecedor de uma reprimenda penal mais rigorosa. Basta ver que a pena mínima foi aumentada de três para cinco anos. Há hipóteses de causa de aumento em até 2/3 (art. 40), v.g., tráfico para o exterior, geralmente levado a cabo por organizações criminosas; e para o financiamento, com penas que podem chegar até os vinte anos, incidindo o concurso material no primeiro caso, o que eleva bem à pena. Além disso, há um percentual diferente para a progressão.

Mas para aqueles que, na verdade, são usados pelo grande capital narcotraficante, a causa de diminuição da pena visa dar um tratamento mais consentâneo com a posição assumida pelo agente de forma proporcional, igualando os desiguais, na medida do possível, tarefa hercúlea de um juiz em meio às incoerências do sistema penal.

O mito das cláusulas pétreas esconde uma pretensão autoritária do Constituinte Originário, o qual, em que pese a elevada carga de legitimidade conferida quando da convocação da Assembleia Constituinte, não estava de todo isento do puritanismo religioso e moralista que inspirou a redação do inciso XLIII do art. 5.º da Constituição. Não podemos alimentar uma ilusão constitucional, cujo efeito mais direto na vida das pessoas é o desperdício de recursos públicos e o cruzar de balas achadas e perdidas nas metrópoles, onde gangues de traficantes se enfrentam e inocentes são chacinados por policiais e traficantes. A realidade impõe uma reinterpretação da norma, pouco importando se decorrente do Poder Constituinte Originário ou do legislador ordinário.

Feitas tais considerações, impende considerar os fatos que escancaradamente apontam para o seguinte: a criminalização do comércio de drogas – e mais que isso, a hediondização do crime de tráfico de drogas – longe de realizar o fim colimado pelo Legislador-Constituinte, apenas agravou os problemas. A primeira evidência: a superpopulação carcerária com todas as mazelas que acarreta, seguida da corrupção policial e de outros agentes do Estado em torno do tráfico e do aumento cada vez maior do consumo de drogas tidas como “ilícitas”.

E, por fim, tomando de empréstimo uma metáfora da física, podemos dizer que a Lei 11.343/2006 contém forças vetoriais de inconstitucionalidade e forças vetoriais de constitucionalidade. A rigidez do regime prisional e a elevação das penas de tráfico encaminham-se para a inconstitucionalidade, se tomarmos como premissa a de que o mandado de criminalização expresso no art. 5.º, inc. XLIII, da Constituição Federal, extrapolou o próprio Poder Constituinte, à medida que tentou eternizar a repulsa ao comércio de drogas consideradas ilícitas, sem deixar qualquer margem ao legislador e

ao povo do presente e do futuro. O que há de constitucional é tudo que enalteça a dignidade humana e liberdade dos acusados, dos condenados, dos encarcerados por tráfico, mormente se forem primários e sem antecedentes. Entre o argumento da segurança pública envolto na vedação de proteção insuficiente arguida por Lênio Streck deve prevalecer a liberdade, sobretudo quando a própria sociedade e o Estado acabam tolerando os hábitos de drogadição.

Referências

ADORNO, Sérgio; SALLA, Fernando. Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC. *Estudos Avançados*, 21 (61), 2007. p. 7-30.

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. Os riscos da lei antidrogas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1647, 4 jan. 2008.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10820>>. Acesso em: 10 set. 2008.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A proteção internacional dos direitos humanos. *Revista de Informação Legislativa*, a. 39, n. 155, jul./set. 2002, p. 51-60.

AMUY, Liliane Maria Prado. *A lei antitóxicos (N.º 6.368/76): os critérios científicos utilizados em sua elaboração e a exclusão do álcool*. 2005. 104f. Dissertação (Mestrado em História da Ciência) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Disponível em:

<http://www.sapientia.pucsp.br/tdebusca/arquivo.php?codArquivo=1071>. Acesso em: 10 set. 2008.

BARCELOS, Caco. *Abusado: o dono do Morro Dona Marta*. Rio de Janeiro: Record, 2003. 557 p.

BECK, Francis Rafael. A lei de drogas e o surgimento de crimes “supra-hediondos”: uma necessária análise acerca da aplicabilidade do artigo 44 da Lei 11.343/2006. In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (orgs.). *Lei de drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 153-169.

BOAZ, David; LYNCH, Timothy. *Cato Handbook on Policy: the war on drugs*. Ago. 2004. Disponível em www.cato.org. Acesso em jan. 2008.

BOCHENEK, Antônio César. A governância e o Princípio da Coerência: considerações preambulares. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 23, abr. 2008.

Disponível em:

http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/dicao023/Antonio_Bochenek.html
Acesso em: 16 set. 2008.

CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco. Uso de drogas, eficiência e bem jurídico, in: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (orgs.). *Lei de drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal*. Porto Alegre: Livraria do

Advogado, 2008, p. 9-20.

CANOTILHO, José Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993. 1228p.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Sorocaba: Minelli, 2006. 88p.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 253p.

CARVALHO, Salo de. A política de guerra às drogas na América Latina entre o Direito Penal do inimigo e o Estado de exceção permanente. *Panoptica*, nov. 2007-fev. 2008, a. 2, v. 11, p. 164-177. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 25 jan. 2008.

DANTAS, Ivo. Interpretação constitucional: das normas constitucionais inconstitucionais: uma visão pessoa. In: *XXIV Congresso Brasileiro de Direito Constitucional*, São Paulo, 13/05/2004.

Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 02 dez. 2007.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997. 281p.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995. 991p.

FORTE, Francisco Alexandre de Paiva (a). Racionalidade e legitimidade da política de repressão ao tráfico de drogas: uma provocação necessária. *Estudos Avançados*, 21 (61), 2007, p. 193-208.

FRANCO, José Henrique Kaster. A constitucionalidade do § 4.º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1888, 1 set. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11670>>. Acesso em: 18 set. 2008.

GOMES, Mariângela Gama de. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 246p.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Os Crimes da Nova Lei de Tóxicos: Primeiras Observações* (2007). Disponível em: http://www.marcato.adv.br/cpc_academico/apoio/comentarios/LeiToxicosComenta.da.doc. Acesso em: 02 fev. 2008.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. 1.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. 34p.

KARAM, Maria Lúcia. Para conter e superar a expansão do poder punitivo. *Veredas do Direito*. Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 95-113, jan./jun. 2006.

KLEIMAN, Mark A.R. *Against excess: Drug Policy for Results*. New York: Basic Books, 1992. Disponível em: <http://www.sppsr.ucla.edu/faculty/kleiman/book/>. Acesso em 30 abr. 2005.

MAGNOLI, Demétrio. *O grande jogo: política, cultura e idéias em tempo de barbárie*. São Paulo: Ediouro, 2006. 271p.

MARTINS, Charles Emil Machado. Uso de drogas: Crime? Castigo?, in: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (orgs.). *Lei de drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 248p. p. 63-86.

MISSE, Michel. Mercados ilegais, redes de proteção e organização local do crime no Rio de Janeiro. *Estudos Avançados*, 21 (61), 2007, p. 139-158.

MODUGNO, Franco. *I nuovi diritti nella Giurisprudenza Costituzionale*. Torino: G. Giappichelli, 1995, 111p.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. Anotações preliminares à Lei n.º 11.340/06 e suas repercussões em face dos Juizados Especiais Criminais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1169, 13 set. 2006.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8917>>. Acesso em: 26 jun. 2008.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almino Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 708p.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 750p.

REGHELIN, Elisangela Melo. Considerações político-criminais sobre o uso de drogas na nova legislação penal brasileira, in: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (orgs.). *Lei de drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 248p. p. 87-102.

REVISTA *Consultor Jurídico*. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 03 jul. 2008.

Revista *Época*. *Entrevista com Maria Lúcia Karam: "Proibir as drogas é inconstitucional"*, 06 jun. 2008. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca>. Acesso em 30 jun. 2008.

RODRIGUES, Thiago M. S. *São Paulo em perspectiva*, 16(2):102-111, 2002, A infundável guerra americana: Brasil, EUA e o narcotráfico no continente. Acessada a partir do portal <http://www.scielo.br>, em 30 de julho de 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 157p.

SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e Justiça Social. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 12, dez.-fev./2008.

Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 07 set. 2008.

STRECK, Lenio Luiz. O dever de proteção do Estado (*Schutzpflicht*). O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?, in: *Jus Navigandi*. Teresina, ano 12, n. 1840, 15 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11493>>. Acesso em: 06 set. 2008.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 160p.

VALENCIA, León. Drogas, conflito e os EUA. A Colômbia no início do século. *Estudos Avançados*, 19(55), 2005, p. 129-151.

A Constituição Federal de 1988 e o princípio da dignidade da pessoa humana

The 1988 Brazilian Constitution and the principle of human dignity

Janaína Rigo Santin

Doutora em Direito pela UFPR, Mestre em Direito pela UFSC. Advogada. Professora do Mestrado em Envelhecimento Humano, do Mestrado em História e da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Coordenadora de Pesquisa da Faculdade de Direito da UPF.
e-mail: janainars@upf.br

Resumo: O presente artigo destaca a novidade teórica introduzida pela Constituição Federal de 1988: a inserção do princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da própria existência da Constituição e do Estado Democrático de Direito, exposto no artigo 1, inciso III da Constituição Federal de 1988. Tenciona-se abordar a relação do princípio da dignidade da pessoa humana com a efetivação dos direitos fundamentais, ressaltando o dever do Estado em editar leis e realizar políticas públicas visando à satisfação dos direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, assim como o dever da sociedade em implementá-los.

Palavras-chave: 1. Direitos Fundamentais. 2. Princípio da dignidade da pessoa humana. 3. Políticas Públicas.

Abstract: The present paper detaches the theoretical news introduced by the 1988 Brazilian Constitution: the insertion of the principle of the human dignity as one of the fundamentals of the very existence of the Constitution and of the Law Democratic State, exposed in art. 1, incise III of the 1988 Constitution. The paper aims at approaching the relationship between the human dignity principle and the effectiveness of the fundamental rights, by standing out the State's duty to edit laws and accomplish public policies, aiming the satisfaction of the fundamental rights, especially the social rights, as well as the duty of society to implement them.

Keywords: 1. Fundamental rights. 2. Human dignity principle. 3. Public policies.

1. Considerações Iniciais

A Constituição Federal de 1988 é qualificada como a mais democrática da história constitucional brasileira, intitulada de “a Constituição Cidadã” pelo então presidente da Assembleia Nacional Constituinte, deputado Ulisses Guimarães. Em seu ato de promulgação, ressaltou ser ela o documento da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da democracia, da cidadania e da justiça social. A luta pela redemocratização do país e pela reafirmação dos anseios populares consolida-se formalmente pela sua promulgação.

Esse pacto que consolida a “Nova República” – uma república verdadeiramente pública, baseada no respeito à pessoa, nos direitos fundamentais e nos princípios do Estado constitucional moderno – confere primazia ao homem e subordina o poder público à ordem democrática constitucional, fato que o povo não presenciava desde o início da formação do Estado brasileiro. Representa um grande marco nas lutas pelos direitos fundamentais no Brasil, já que a sociedade civil estava amordaçada por mais de vinte anos de forte autoritarismo (característico da ditadura militar). Acaba-se com o regime autoritário, declarando-se o regime democrático como normalidade legítima da convivência nacional.

O resultado desses anos de arbítrio extravasa-se na Constituição, de cuja elaboração a sociedade civil participa ativamente pela primeira vez. O canal efetiva-se por meio da imprensa, agora livre, de partidos políticos e de movimentos sociais organizados, num amplo processo de discussão oportunizado com a redemocratização do país, numa plena realização da cidadania. Para Ingo Wolfgang Sarlet, não se conhece, no mundo, outro país que tenha mobilizado tanto entusiasmo e participação direta do povo num processo constituinte. (1988, p. 65-66)

Embora não haja condições de reproduzir com minúcias o desenvolvimento dos trabalhos da Assembleia presidida pelo Deputado Ulysses Guimarães, importa registrar aqui a dimensão gigantesca deste processo. O anteprojeto elaborado pela Comissão de Sistematização, presidida pelo Deputado Bernardo Cabral, continha 501 artigos e atraiu cerca de 20.700 emendas. Menos expressiva, mas ainda assim significativa por tratar-se do exercício de modalidade de democracia participativa, é a constatação de que o projeto foi objeto de 122 emendas populares, estas subscritas por no mínimo 30.000 eleitores. (SARLET, 1988, p. 66)

Dentre as conquistas acima elencadas, o presente artigo destaca a novidade teórica introduzida por essa Carta: a inserção do princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da própria existência da Constituição e do Estado Democrático de Direito, exposto no artigo 1, inciso III da Constituição Federal de 1988.

Este dado normativo revela o caráter de centralidade da dignidade da pessoa humana diante de outros conceitos, formulações ou ideias jurídicas; trata-se da valorização superlativa do princípio, eleito como fator fundante e motivador, em larga escala, de toda a normatização atinente à esfera da vida juridicizada. Deste modo, a valorização da dignidade da pessoa humana como elemento fundamental do Estado Democrático de Direito revela-se, simultaneamente, postulada da consciência geral no atual estágio do desenvolvimento histórico da humanidade e, particularmente, do ordenamento jurídico brasileiro, bem como dado normativo central para a compreensão e equacionamento dos problemas jurídicos. Sendo assim, a afirmação da dignidade da pessoa humana no Direito brasileiro tem o condão de repelir quaisquer providências, diretas ou indiretas,

que esvaziem a força normativa desta noção fundamental, tanto pelo seu enfraquecimento na motivação das atividades estatais (executivas, legislativas ou judiciárias), quanto pela sua pura e simples desconsideração (RIOS, 2002, p. 487).

Entende-se que a dignidade é uma qualidade inerente ao ser humano, sendo que a autonomia, para Immanuel Kant, é “o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda natureza racional” (1960, p. 79). E continuando, do autor afirma que, no meio social existem duas categorias de valores: o preço e a dignidade. Coisas, bens, têm um preço, enquanto o homem tem dignidade, um valor intrínseco e moral. No momento em que se atribui um preço ao homem, ele passa a ser visto como objeto, vindo a perder sua dignidade, sua essência enquanto humano, bem como sua moralidade (KANT, 1960, p. 77-78).

A partir dessa noção, importa concluir que a dignidade da pessoa humana não está na dependência de suas características externas, da classe social a que ela pertence, de seu gênero, idade ou cor, do cargo que ocupa, dos bens materiais que ostenta, de sua popularidade ou utilidade para os demais. Logo, não é possível classificar que uma pessoa terá mais dignidade que a outra. Afinal, conforme afirma Immanuel Kant, a dignidade não tem preço, não pode ser mensurada, e é atributo de todos os seres humanos.

A dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. (DURIG *apud* SARLET, 2001, p. 40-41)

Para Immanuel Kant, o ser humano jamais deverá ser visto ou usado como um meio para atingir outras finalidades, mas sempre será considerado como um fim em si mesmo. (1960, p. 68-70) É isso o que lhe conferirá a dignidade. No mesmo sentido são as conclusões de Roger Raupp Rios:

o princípio jurídico da proteção da dignidade da pessoa humana tem como núcleo essencial a ideia de que a pessoa é um fim em si mesmo, não podendo ser instrumentalizada ou descartada em função das características que lhe conferem individualidade e imprimem sua dinâmica pessoal. O ser humano, em virtude de sua dignidade, não pode ser visto como meio para a realização de outros fins (2002, p. 484-485).

A dignidade tem duplo sentido: individual e geral. Enquanto sentimento individual, a dignidade é singular, particular a cada ser humano, aproximando-se do con-

ceito de necessidade. Nesse sentido, discutem-se quais as condições suficientes e necessárias para averiguar se uma pessoa é passível da atribuição de dignidade, tendo em vista que o próprio conceito de necessidade é variável. Tendo em vista o sentido geral, a noção de dignidade assume outra dimensão, a qual vai além do sentido de necessidade. Pode-se visualizar um indivíduo cujas necessidades materiais encontram-se plenamente supridas, mas que vê seus direitos de personalidade ou sua autonomia atacados e, portanto, a sua dignidade afrontada. Da mesma maneira, um indivíduo que de tenha poucas condições materiais pode estar satisfeito com sua vida e com a satisfação de suas necessidades, considerando ser detentor de uma existência digna.

2. O princípio da dignidade humana e os direitos fundamentais

Como se pôde observar, a Constituição Federal de 1988 alçou a dignidade humana ao centro do ordenamento jurídico, dando ensejo à efetivação de uma ampla esfera de direitos fundamentais como condição *sine qua non* para a concretização do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk (2003, p. 87-104), o direito é um instrumento para uma racionalidade que lhe é precedente, a dimensão ética, a qual lhe dá fundamento. Porém, há limites factuais que vão além do campo jurídico. Tais limites devem ser reconhecidos, para que “não se tenha a ilusão de que o direito é capaz, por si só, de solucionar os problemas que emergem da negação concreta da dignidade da pessoa humana”, muitas vezes decorrente de um ordenamento servil ao sistema capitalista, o qual apenas valoriza o ser humano na medida em que ele é produtivo e útil para a reprodução do capital e da riqueza. Nessa situação de exclusão e preconceito,

há que se ter em conta que, no campo de atuação do jurídico, há espaço para ações que, dialeticamente, possam alterar, pontual e continuamente, essas mesmas condições concretas de factibilidade. A capitulação a um modelo de direito excludente, meramente reprodutivo de uma racionalidade sistêmica excludente, é, por certo, a pior das alternativas (FACHIN & RUZYK, 2003, p. 103).

Logo, para que haja força normativa ao ordenamento jurídico, é preciso vontade dos poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário), sendo muito mais uma questão política do que jurídica. Nesse sentido, “quanto mais intensa for a vontade de Constituição, menos significativas hão de ser as restrições e limites impostos à força normativa da Constituição” (HESSE, 1991, p. 24-25).

Salienta-se que a definição da dignidade humana deve ser vista a partir da observância dos direitos fundamentais, da obtenção de mínimas condições para uma vida autônoma e saudável. Nesse sentido, traz-se à baila o conceito de dignidade apresentado por Ingo Wolfgang Sarlet, que assim o definiu:

qualidade intrínseca e distintiva de 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 (SARLET, 2001, p. 60).

O uso jurídico da expressão “dignidade da pessoa humana” é um acontecimento recente. Analisada sob um ângulo semântico, a expressão é tomada como um conceito jurídico indeterminado, carente de determinação e valoração. A partir de sua normatização constitucional, passa a ser enquadrada como princípio jurídico fundamental, norma que orienta a interpretação e aplicação das demais normas pertencentes ao ordenamento jurídico. No entendimento de Antonio Junqueira de Azevedo, “o princípio jurídico da dignidade fundamenta-se na pessoa humana e a pessoa humana pressupõe, antes de mais nada, uma condição objetiva, a vida” (2002, p. 13). Assim, para atingir seu tônus jurídico e ser elevada a princípio, a dignidade da pessoa humana pressupõe o imperativo categórico da intangibilidade da vida humana, dando origem, hierarquicamente, aos seguintes preceitos: a) respeito à integridade física e psíquica do sujeito (condições naturais); b) gozo dos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida (condições materiais); c) fruição das condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária (condições culturais) (AZEVEDO, 2002, p. 3-23).

Observa-se que o princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo reconhecido internacionalmente. Está expresso na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que assim dispõe:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; (...) Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla; (...) A Assembleia Geral proclama (...) Art. 1. Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade (Declaração Universal dos Direitos do Homem, 2005).

E ainda, além da Constituição brasileira, o princípio da dignidade humana pode ser encontrado na Constituição da República Italiana, na Lei Fundamental da Alemanha, na Constituição Portuguesa e na Constituição Espanhola. Neste novo ambiente de renovado humanismo, tutela-se a vulnerabilidade humana conferindo-lhe um rol de direitos e garantias fundamentais a serem reconhecidas tanto por parte do Estado como pela sociedade. Nas palavras de Alexandre de Moraes:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como consequência imediata da consagração *da dignidade da pessoa humana* como fundamento da República Federativa do Brasil (MORAES, 2000, p. 60).

O valor da dignidade humana atinge todos os setores da ordem jurídico-política brasileira, sendo dever do Estado editar leis e realizar políticas públicas visando à satisfação das necessidades vitais básicas de seus cidadãos, velando por sua existência digna. Da mesma maneira, é dever da sociedade agir em conjunto para a efetivação concreta de tais leis e políticas públicas. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana é um limite e também uma tarefa estatal. Pertence a cada indivíduo isoladamente, não podendo ser alienada, violada ou perdida. Como prestação ativa imposta ao Estado, o respeito à dignidade humana reclama que as ações estatais estejam guiadas no sentido da preservação das condições de dignidade já existentes, bem como na promoção da dignidade ainda por conquistar, criando condições possibilitadoras de seu pleno exercício e fruição pelos indivíduos. Afinal, em muitas situações não se torna possível ao indivíduo, isoladamente, obter as condições para a realização de suas necessidades existenciais básicas, necessitando-se aí do concurso de ações do Estado e da sociedade como um todo (SARLET, 2001, p. 46-47).

Norberto Bobbio afirma que no atual estado da humanidade o reconhecimento da dignidade da pessoa humana tende a reconhecer ao indivíduo não apenas o direito à vida, o qual se configura um direito elementar, primordial do homem, mas também

o direito de ter o mínimo indispensável para viver. O direito à vida é um direito que implica por parte do Estado pura e simplesmente um comportamento negativo: não matar. O direito de viver implica por parte do Estado um comportamento positivo, vale dizer, intervenções de política econômica inspiradas em algum princípio de justiça distributiva. (BOBBIO, 2000, p. 500)

Logo, o princípio da dignidade humana pretende reconhecer ao indivíduo não apenas o direito de não ser morto (pena de morte) como deverá ser assegurado o direito de não morrer de fome, dando-se relevo à questão social nos Estados e na ordem internacional.

3. Considerações Finais

Em verdade, a efetividade das normas protectivas dos direitos fundamentais e do próprio princípio da dignidade da pessoa humana é um processo, pois a simples elaboração de textos legais, mesmo que contemplem todos os direitos, não é suficiente para que o ideário que os inspirou introduza-se efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político, jurídico, econômico, cultural e social de seus integrantes. Trata-se de uma luta diária de conquista efetiva desses direitos, a qual passa não apenas pelos poderes constituídos, mas por cada cidadão.

Dessa forma, o princípio da dignidade humana configura-se como um grande passo dado pelo legislador brasileiro no caminho da concretização dos direitos fundamentais, em especial os direitos sociais. Tem como maior escopo melhorar as condições de vida e bem-estar de todos os indivíduos, independentemente de gênero, idade, etnia ou classe social, tanto destas gerações quanto das gerações vindouras.

4. Referências Bibliográficas

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 9, jan./mar. 2002.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Org. de Michelangelo Bovero. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da Pessoa Humana: conceito fundamental do direito civil, in: MARTINS-COSTA, Judith (org.) *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 230-264.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem.

Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/dpdh/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 02/02/2005.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Código Civil: uma análise crítica, in: SARLET, Ingo

Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 87-104.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1960.

MORAIS, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1 a 5 da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

RIOS, Roger Raupp. Dignidade da pessoa humana, homossexualidade e família: reflexões sobre as uniões de pessoas do mesmo sexo, in: MARTINS-COSTA, Judith. *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Biodireito e o pensamento tópico de Theodor Viehweg

Biolaw and Theodor Viehweg's topic thought

Janice Silveira Borges

Advogada. Especialista em Direito Processual Civil, CAD / Gama Filho. Especialista em Direito Civil, UCAM. Mestre em Direito Privado, PUC Minas. e-mail: janiceborges@hotmail.com

Michael César Silva

Advogado. Especialista em Direito de Empresa, PUC Minas. Mestre em Direito Privado, PUC Minas. e-mail: michael@adv.oabmg.org.br

Sergio de Abreu Ferreira

Advogado. Especialista em Direito de Empresa, UFJF. Mestre em Direito Privado, PUC Minas. e-mail: sabre@oi.com.br

Resumo: Os avanços da biotecnologia trouxeram repercussões para a Ciência do Direito. Esta, ainda apegada ao pensamento positivista, tem procurado rever sua forma construtiva e interpretativa do Direito, para solucionar os problemas jurídicos originados pelas descobertas biomédicas. O pensamento tópico, enquanto técnica de pensar o problema para construir a solução, construindo, também o Direito, apresenta-se como alternativa para o início dos trabalhos hermenêuticos e argumentativos, que irão embasar o estudo das diversas questões polêmicas que envolvem o Biodireito. A vertente metodológica desta pesquisa foi a jurídico-teórica, e foi possível concluir que a solução de problemas relacionados ao Biodireito, a partir do pensamento tópico, assegura diversas possibilidades de manifestação da comunidade política numa sociedade plural, que vive atualmente uma Era de incertezas.

Palavras-chave: Bioética. Biodireito. Pensamento Tópico.

Abstract: The advances of biotechnology brought consequences to the Science of Law. This one, still attached to positivism, has been trying to review its constructive and interpretative form of right, so as to solve the juridical problems originated by the biomedical discoveries. The topic thought, as a technique of thinking the problem to bring the solution, by also building the Law, is presented as an alternative to the beginning of the hermeneutic and argumentative works that will support the study of the many polemical matters which involve Biolaw. The methodological focus of this research was juridical-theoretical, and it was possible to conclude that the solution of problems related to Biolaw, from the topic thought, ensure many possibilities of manifestation of the political community, in a diversified society that lives an era of uncertainties.

Keywords: Bioethics. Biolaw. Topic thought.

1. Introdução

Os avanços da Biotecnologia e da Biomedicina favoreceram o desenvolvimento da Bioética e do Biodireito. Diante da nova realidade, o pensamento formal-positivista do Direito teve que ser revisto, pois os casos concretos apresentados não se encaixa-

vam na “moldura” positivista de premissas em que a premissa maior (lei) se amolda à premissa menor (fato). Necessário foi, e ainda é, reestruturar as normas jurídicas para atender a nova realidade. Diante disso, o pensamento tópico pode ser apresentado como uma opção para se iniciar a construção de soluções para casos concretos diante da ausência legislativa normatizadora. Segundo Bruno Torquato, “a crise do positivismo permitiu questionamentos acerca de verdades preconcebidas e alterou a lente observadora, focando-se primeiro no caso concreto e utilizando princípios construídos na situação fática.” (NAVES, 2003, p. 139).

2. A Bioética e o Biodireito

O neologismo Bioética possui origem etimológica nas palavras gregas *bios* (vida) e *ethike* (ética) e foi utilizado pela primeira vez em 09 de novembro de 1962, no artigo publicado na revista *Life*, intitulado “Eles decidem quem vive e quem morre”. Esse artigo abordava o programa de hemodiálise da cidade de Seattle, EUA. O número de pacientes que sofria de insuficiência renal crônica era maior que a capacidade de atendimento do centro especializado. Tentando resolver o problema, foi criada uma comissão de pessoas não médicas para selecionar quem iria ser submetido ao tratamento, contrariando a ética da vida.

Perante a comunidade internacional, o termo Bioética foi reconhecido quando o médico oncologista Van Rensselaer Potter, da Universidade de Wisconsin, em Madison, publicou em janeiro de 1971, a obra *Bioethics: bridge to the future* (DINIZ, 2001, p. 12). Nessa obra, usou-se o termo Bioética para expressar uma nova disciplina, que empenha a Biologia em prol de uma melhoria da qualidade de vida do ser humano em relação ao ecossistema, preservando assim a harmonia universal (idem). André Hellegers, fundador do “*Joseph and Rose Kennedy Institute for the Study*”, em julho de 1971, fez uma releitura dos textos de Van Potter e conceituou Bioética como a ética das ciências relacionadas à vida (idem), sendo o primeiro uso institucional do termo, utilizado para abordar a relação médico/paciente.

Em 1991, foi criado o Comitê Internacional de Bioética, pela Unesco, que se destinava a elaborar a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos do Homem, apresentada em 25 de julho de 1997. O documento vinculou a Bioética, a genética e os direitos humanos no seu mais amplo aspecto, tendo sempre como parâmetro a dignidade da vida humana, que se desdobra na não-discriminação fundamentada nas características genéticas do indivíduo, no consentimento prévio, livre e informado dos

objetivos da pesquisa e do tratamento ou diagnóstico relacionados com o genoma humano, na confidencialidade da informação genética, no acesso irrestrito dos progressos da biomedicina, dentre outros.

Em julho de 2000, na cidade de Gijón, Astúrias, foi apresentada a Declaração Bioética de Gijón, que defendeu o uso da Biotecnologia, somente em prol do bem-estar da humanidade, do desenvolvimento sustentável, da conservação do meio ambiente e da paz mundial. Diante da Declaração Bioética de Gijón, várias instituições sentiram a necessidade de ter uma Comissão de Ética, que pudesse orientar os profissionais filiados a tomar decisões frente a casos concretos de natureza conflitiva de aspectos éticos.

Atualmente, o conceito de Bioética passou a abranger a luta pela qualidade de vida, desde o nascimento até a morte, de forma a sistematizar o tratamento de temas relacionados ao aborto, ao genoma humano, à clonagem, à fome, à reprodução assistida, entre outros, impondo limites à Biotecnologia e à experimentação que se relacionam, direta e indiretamente, com a vida humana digna, que é a motivação maior do Estado Democrático de Direito, e com uma garantia jurídico-constitucional dos direitos fundamentais. Dentre os vários conceitos atribuídos à Bioética, pode-se destacar o “conjunto de pesquisas e práticas pluridisciplinares tendentes a solucionar questões éticas que o avanço das tecnologias biomédicas tem provocado” (MEIRELLES, in: BARBOZA & BARRETTO, 2001, p. 87).

Os questionamentos da Bioética não se limitaram ao âmbito da Biologia e da Medicina, mas também ao da Filosofia, da Sociologia e do Direito. Este último sentiu a necessidade de construir e elaborar uma nova disciplina, o Biodireito, que se refere ao “ramo do Direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana face aos avanços da biotecnologia e da medicina.” (BARBOZA, in: BARBOZA & BARRETTO, 2001, p. 02).

A Bioética apresenta ao Biodireito casos práticos sem soluções jurídicas legalmente positivadas, o que faz com que os estudiosos do Direito realizem um trabalho hermenêutico na construção de uma resposta. Em uma tentativa de nortear a solução para os casos concretos ligados aos avanços biotecnológicos, em 1974, a *National Commission for the Research* (DINIZ, 2001) apontou os princípios da autonomia, da beneficência (não-maleficência) e da equidade como sendo princípios fundantes da Bioética.

Apesar das diferentes interpretações que a análise dos princípios proporciona, há um consenso em torno destes, enquanto norteadores da Bioética, e consequente-

mente do Biodireito, podendo ser vistos como “pontos de partidas” para a solução das questões polêmicas sobre o tema.

Na realidade, a organização social vem refletindo sobre seus próprios valores, conceitos, questões, chegando a alguns pontos comuns, que não possuem o caráter de verdade absoluta, pois o avanço da biotecnologia é mais rápido do que a formação da opinião social, e diante da descoberta de uma nova questão, poderá esta rever, novamente, seus ideais, para assumir posicionamento diverso do anteriormente adotado. Diante disso, apresenta-se o pensamento tópico como uma alternativa para iniciar os trabalhos de busca de soluções.

3. O pensamento tópico de Theodor Viehweg

Theodor Viehweg em sua obra *Tópica e jurisprudência* (1979) analisa, inicialmente, os estudos de Giambattista Vico (1668-1744). Esse filósofo e jurista italiano propõe uma conciliação do tipo de estudo antigo com o moderno; tal conciliação pressupõe conhecimento das contraposições desses tipos de estudos. Dentre essas contraposições, a mais relevante refere-se aos métodos científicos: o antigo caracterizado como tópico (herança da Antiguidade) e o moderno como crítico ou cartesiano. Segundo Vico, ao método cartesiano deveria ser intercalado o método tópico.

A *Tópica* é o quarto livro das seis obras do *Organon* de Aristóteles. Para este, a tópica objetiva encontrar um método que garanta argumentar sobre todo e qualquer problema colocado e evitar, na sustentação de um argumento, que se diga algo que lhe seja contrário (ARISTÓTELES *apud* CHAUÍ, 2002. p. 480).

Aristóteles defende que a tópica é uma alternativa de pensamento para a construção do método argumentativo. A tópica seria, assim, um raciocínio dialético (e não apodíctico), no qual parte-se de um problema qualquer para se chegar a uma solução, mas essa será dada por uma tarefa de análise de proposições (premissas) que parecem verdadeiras, com base em uma opinião reconhecida, de forma a evitar contradições, que possam ser sustentadas no discurso. Propõe Aristóteles que, “quando se quer fazer uma pergunta, o que se deve descobrir primeiro são os *topos* que se deve empregar para se obter o raciocínio dialético; em segundo lugar, deve-se colocar as perguntas concretas, em si mesmas [...]” (ARISTÓTELES *apud* VIEHWEG, 1979. p. 27), em uma determinada ordem, dirigindo-as adequadamente ao interlocutor.

Nessa linha de raciocínio, os “*topoi*” são pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e

que podem conduzir à verdade. Quando enumerados podem ajudar, em relação a cada problema, a obter raciocínios dialéticos. De acordo com uma fundamentação filosófica profunda, pode-se obter um catálogo de “*topoi*” que se orientam por áreas de problemas e que possuem uma considerável quantidade de pontos de vistas que, em si mesmos, não têm mais consequência conceitualmente determinada (VIEHWEG, 1979. p. 27).

Em uma análise da teoria de Aristóteles, observa-se que a dimensão dada à tópica é política, uma vez que o autor preocupa-se com a decisão do problema e com a adesão a essa por parte do auditório; daí o uso de opiniões comuns (aceitáveis) para solucionar um problema.

Apesar da grande abrangência do pensamento tópico aristotélico, Aristóteles não admitia a aplicação desse pensamento ao Direito, porque para ele a tópica é uma alternativa de pensamento, quando não se trabalha com a verdade, com a busca da verdade. O Direito dever buscar é a verdade (“*epistēnie*”).

Aristóteles entendia que a tópica estava voltada para a *ágora* (plenário de discussão política), e sua preocupação era com a decisão e a adesão a essa decisão, que não se poderia alcançar pelo Direito. Em Aristóteles, a “*doxa*” (dúvida) não pode ser admitida, mas pode ser considerada com o fim de se produzir a adesão desejada, porquanto serve com um referencial possível, como afirmações que parecem verdades, portanto, verossímeis.

O pensamento tópico desenvolvido por Cícero vê os “*topoi*” como “*loci*”, isto é, sedes, lugares-comuns. A tópica seria um procedimento de busca de premissas. Em Cícero,

a tópica surge precisamente no campo da invenção, da obtenção de argumentos; e um argumento é, para Cícero, uma razão que serve para convencer de uma coisa duvidosa (*rationem quae rei dubiae faciat fidem*); os argumentos estão contidos nos lugares ou *loci* – os *topoi* gregos –, que são, portanto, sedes ou depósitos de argumentos; a tópica seria a arte de achar os argumentos [...] (ATIENZA, 2002. p. 64-65).

Cícero vê o Direito como algo inventado a partir de problemas. Portanto, admite o uso da tópica no Direito, dando, inclusive, um caráter mais prático à tópica; para tanto, ordena os “*topoi*” ou “*loci*” em forma de catálogos ou repertórios, agrupando-os “em função de termos técnicos que se ligam a determinado assunto, promovendo-lhes a qualidade de “*topoi*” científicos; e outros, mais gerais ou ‘atécnicos’ que sevem a qualquer tipo de problema [...] (CAMARGO, 2003. p. 149)”. No entanto, todas as modali-

dades de “*topoi*” possuem a função de servir à discussão de problema, enquanto os catálogos visam fixar e construir um entendimento comum.

Após o estudo sobre o pensamento tópico de Aristóteles e de Cícero, Viehweg começa a desenvolver seu próprio pensamento tópico, defendendo que a tópica é uma técnica (“*techne*”) do pensamento problemático, que permite nos casos de “falta de um caminho” (lacuna, contradição, ausência, etc.) indicar comportamentos para tais situações, para não se ficar preso, sem saída. Para tanto, propõe interpretar o Direito sob a perspectiva de um sistema aberto, não exaustivo em si mesmo, que busque a solução dos conflitos de forma casuística com base na argumentação retórica.

O intérprete parte da percepção do problema, analisando as várias possibilidades dentro do sistema (aberto), em busca da solução para o caso concreto. Nesse contexto, Lorenzetti assevera que “(...) o Direito não é um sistema meramente dedutivo, e sim um sistema dialético, orientado ao problema, uma recompilação de pontos de vista sobre o problema em permanente movimento; é aberto e pragmático.” (LORENZETTI, 1998. p. 80).

Assim, o problema atua sempre como guia, podendo ser considerado como toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer, necessariamente, um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há de levar a sério e para aquela há de buscar uma resposta como solução (VIEHWEG, 1979, p. 34).

Viehweg, em uma crítica ao formalismo positivista, constata que “a constante vinculação ao problema impede o tranquilo raciocínio lógico para trás e para diante, quer dizer, a redução e a dedução” (idem, p. 39).

Segundo Viehweg, os “*topoi*” têm sentido quando vistos a partir do problema, na medida em que cada um deles pode ser considerado como “mais adequado” ou “menos adequado”, em um entendimento que nunca é absolutamente imutável. Pode-se afirmar que diante de um problema, há vários “*topoi*” (isto é, pontos comuns verossímeis) que podem ser utilizados para a solução do problema, mas qual o topo deverá ser utilizado será um trabalho retórico. Assim,

a tópica assume uma estrutura dialógica que desponta sobre uma base retórico-argumentativa de feição intersubjetiva. Suas premissas legitimam-se na aceitação do interlocutor, da mesma forma que o comportamento dos autores é orientado pela previsibilidade de oposição do adversário. Para a tomada de decisão, é necessário o consenso; e o que em disputa fica provado, em virtude de aceitação, passa a ser admissível como premissa para outros raciocínios de ordem dialética (...). A abertura para o diálogo su-

jeito à crítica traz transparência e legitimidade às decisões não apenas porque suas premissas gozam de respeitabilidade, mas também pelo poder de persuasão de suas teses, à medida que elas conseguem sobreviver ao ataque das críticas e erradicar progressivamente equivocidades. Não existe, pois, respostas corretas ou verdadeiras, mas argumentos que se impõem pela força do convencimento (CAMARGO, 2003, p. 154).

Desenvolver um pensamento que possa ser considerado tópico significa fixar o problema, analisar pontos de vista próximos e pontos de vista contrários, mantendo “princípios, conceitos, postulados com caráter problemático, no sentido de que jamais perdem a sua qualidade de tentativa” (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 328) e, ao final, por meio da argumentação (retórica), obter a solução do problema.

Os princípios, conceitos e postulados, afinal, podem ser considerados pontos de partida (topo), pois são ligados ao consenso comum e podem ser revistos ao longo da argumentação, no intuito de eliminar contradições dentro da pluralidade do sistema jurídico.

Um outro ponto importante do pensamento tópico de Viehweg é a sua rejeição pelos valores. Buscam-se soluções que se pautem em sistemas axiomáticos, não permeados de valoração. Isso é uma tentativa de evitar parcialidade do julgador na decisão. Por esse raciocínio, também seria evitada a construção de sistemas fechados, eivados de valoração, e previamente elaborados pelo legislador para conceber todas as situações do cotidiano.

Para que sejam possíveis construções desse tipo, que é condição, segundo Viehweg, para que o direito realize a justiça, é preciso que o problema, e não um sistema axiomático prévio, absoluto e perfeito, tome a primazia no processo de argumentação, permitindo a construção de sistemas móveis em torno de casos concretos a partir do problema da justiça (GALUPPO, in: FIUZA & NAVES, 2003, p. 178).

Com base em tudo que fora dito, Viehweg construiu seu próprio modelo tópico de jurisprudência, que deverá obedecer aos seguintes pressupostos:

1) a estrutura total da jurisprudência só pode ser determinada a partir do problema; a aporia fundamental é o problema de determinar o que é o justo aqui e agora. 2) As partes integrantes da jurisprudência, seus conceitos e proposições, precisam e só podem ser compreendidas a partir dele. 3) Os conceitos e as proposições da jurisprudência só podem ser utilizados numa implicação que conserve a sua vinculação com o problema. É preciso evitar qualquer outra (VIEHWEG, apud ATIENZA, 2002, p. 70).

Apesar da enorme importância do pensamento tópico, não se encontra este isento de críticas. Os críticos apontam suas análises, afirmando que o pensamento tópi-

co é impreciso e equívoco em noções conceituais. Segundo Atienza, “o conceito de *topos* foi historicamente equívoco (...) e é usado em vários sentidos: como equivalente a argumentos, como enunciados de conteúdo e como formas argumentativas [...]” (ATIENZA, 2002, p. 71). Além disso, os críticos afirmam que

o modelo de funcionamento da jurisprudência proposto por Viehweg é ingênuo. Ele praticamente se limita a dizer que a jurisprudência deve buscar soluções justas. Mas “o problema, naturalmente, não consiste em fazer proclamações vazias sobre a justiça, e sim em criar algum tipo de método – ou pelo menos algum elemento de controle – que permita discutir racionalmente as questões de justiça” (ROBERTO, in: FIUZA & NAVES, 2003, p. 90).

Contudo, a principal crítica que é feita ao pensamento tópico, segundo Atienza, é o fato de este não ver o papel importante que a lei, a dogmática e o precedente desempenham no raciocínio jurídico, pois a tópica fica na estrutura superficial dos argumentos padrões e não analisa a sua estrutura profunda, permanecendo num nível de grande generalidade (ATIENZA, 2002, p. 75).

Essas críticas, no entanto, acabaram por contribuir para a elaboração de um novo pensamento denominado de novíssima retórica que, nos dizeres de Boaventura Santos, “deve privilegiar o convencimento em detrimento da persuasão, deve acentuar as boas razões em detrimento da produção de resultados” (SANTOS, 2002, p. 104).

O referido autor defende que a novíssima retórica deverá intensificar a dimensão dialógica intersticial da nova retórica e convertê-la no princípio regulador da prática argumentativa, pois assim, as premissas da argumentação (“*topoi*”) podem ser analisadas e debatidas mais profundamente (SANTOS, 2002). Nesse contexto, pode-se dizer que o pensamento tópico é democrático, pois obedece ao diálogo entre a pluralidade de comunidades, uma vez que há diversos tipos de auditórios que estão em constante rotação.

Nessa perspectiva, “o mérito fundamental de Viehweg é não ter construído uma teoria, e sim, ter descoberto um campo para investigação” (ATIENZA, 2002, p. 78-79). Assim, o que, inicialmente, expunha apenas o ponto de partida do processo argumentativo que finalizava a construção de uma decisão passa a ser utilizado e desenvolvido por outros juristas, como Perelman (1998), embora com fundamentos e conclusões diferentes dos de Viehweg.

No pensamento desenvolvido por Perelman, a tópica é reverenciada como um elo entre a argumentação e a retórica. Em Perelman, a argumentação ganha em impor-

tância, na medida em que o orador tem diante de si um auditório que o convida a se expressar a partir de lugares-comuns, aceitos por todos e identificados pelo seu sentido amplo.

Viehweg, por seu turno, teve a oportunidade de descrever as diferenças entre a tópica de primeiro grau e a tópica de segundo grau, as quais se referem aos lugares ditos comuns e específicos. Desse modo, a retórica revela-se como a capacidade de dizer argumentativo que pressupõe a adesão do auditório, ou seja, qual será o “*topoi*” que irá prevalecer no contexto do discurso, para que o mencionado orador procure convencer seus ouvintes (PERELMAN, 1998).

Destaca-se no pensamento de Perelman que os lugares-comuns desempenham função análoga ao dos axiomas no sistema formal, mas com esses não guardam o mesmo sentido, pois necessitam de um tipo de adesão que não se confunde com a evidência, pois na dialética prevalece a dúvida, sugerindo a necessidade da argumentação. Viehweg, a seu turno, expõe que,

en general, habrá que conceder que, cuando se busca una fundamentación que incluya la determinación de los axiomas, uno se encuentra, por así decirlo, automáticamente, con la retórica. Posiblemente, en su desarrollo ulterior, ella es adecuada para retrotraer toda nuestra actividad intelectual a un contexto práctico, en el cual se vinculan las condiciones lógicas y éticas de esta actividad. Si esto es así, entonces toda argumentación tiene su última ratio en el método del argumentar (VIEHWEG, 1991, p. 172).

Perante o que brevemente foi exposto, verifica-se nos trabalhos de Viehweg a tentativa de unir a Moral e o Direito. A Moral consiste em uma conduta interna que fornece substratos para a formulação e aplicação do Direito. O Direito, a seu turno, pode ser visto como uma ordem nas soluções de conflitos.

Assim sendo, pode-se dizer que a Bioética é subárea de conhecimento da filosofia, e, portanto, seus questionamentos são abertos, suas premissas são provisórias, analisa e questiona valores morais. Quanto ao Biodireito, há uma imposição ao que se considera certo sobre algo que é duvidoso, existe “(...) procedimento dogmático. Há normas de direito positivo que fornecem uma estrutura de soluções intra-sistêmicas (NAVES, in: SÁ, 2002, p. 135)”. Nesses termos, “a zetética relaciona-se com a dogmática, na medida em que fornece fundamentos, bases valorativas a serem incorporadas pelo sistema dogmático.” (NAVES, in: SÁ, 2002. p. 135).

4. A Tópica e o Biodireito

O pensamento positivista que via o Direito como mero corpo sistemático de normas, com apego excessivo às palavras da Lei, já sofria críticas desde a formação da Escola Histórica do Direito, no início do séc. 19.

Esse movimento defendia que o Direito deveria ser o resultado dos estudos da doutrina científica sobre as organizações sociais, que são também organizações históricas formadas pelo costume, que seria capaz de demonstrar o verdadeiro “espírito do povo”, reproduzido através de conceitos.

Essas ideias acabaram por formar um pensamento conceitual, culminando numa Jurisprudência dos Conceitos, na qual o Direito era oriundo de um pensamento lógico-indutivo-dedutivo, no qual, por indução, tem-se um princípio que, por dedução, era capaz de servir como juízo concreto em uma decisão.

Mesmo com toda a força das ideias positivistas, essas se mostraram insuficientes. Não consideravam os valores humanitários que, atualmente, em sua grande maioria, estão contidos em princípios positivados, respeitando o Devido Processo Legislativo, exigido no paradigma do Estado Democrático de Direito.

O pensamento tópico de Viehweg, construído e publicado na década de 1950, insere-se no contexto das Teorias da Argumentação Jurídica, que se opuseram à lógica formalista positivista, tentando conciliar a justiça e a segurança. Aproximadamente na mesma época em que Viehweg retomou a retórica e construiu seu pensamento argumentativo tópico, a comunidade científica levantou questões éticas e morais diante do uso de novas tecnologias em experimentos com seres humanos, durante o regime nazista, em especial na II Guerra Mundial.

O Tribunal de Nuremberg, em 1945-46, editou o Código de Nuremberg, que condenava as experiências realizadas com seres humanos pelos médicos nazistas e estabelecia regras para experimentos que envolviam seres humanos. Iniciavam-se, nesse momento, as preocupações com a repercussão da biotecnologia na sociedade. Em 1964, o Código de Nuremberg foi revisto pela Organização Mundial de Saúde e essa revisão deu origem à Declaração de Helsinque, que atrelou a pesquisa biomédica a valores éticos. Nessa época, pesquisadores e cientistas viram a necessidade de impor limites à aplicação da tecnologia existente, que era invasiva, em muitos casos, à saúde do homem e desconhecida, até então, pela maioria da sociedade leiga.

Em uma tentativa de preservar o ser humano, tais profissionais estabeleceram moratória de um ano, por volta de 1969, nas pesquisas de engenharia genética. A moratória foi, sobretudo, um ato da comunidade científica que sentia a necessidade de estabelecer normas de comportamento capazes de disciplinar as pesquisas. Entretanto, foi suspensa pela própria comunidade científica, pela indústria farmacêutica e pelo sistema de saúde, os quais desejavam fazer dos novos campos do conhecimento, possibilidades de comercialização e atendimento médico amplo.

Os resultados foram altos investimentos, descobertas de novas doenças, novas curas para doenças que atormentavam a sociedade, e também uma série de invenções e pesquisas nunca antes imaginadas, como a possibilidade de fertilização extracorpórea de gametas, a possibilidade de criopreservar esses embriões, as células-tronco, a clonagem – situações fáticas que não podem ser vistas sob a ótica positivista “regra-fato”, justamente por não ser possível encaixar a “moldura” da Lei a essas situações. A busca de controle absoluto das relações jurídicas demonstrou-se inconsistente, principalmente em relação aos avanços das sociedades modernas, notadamente do Biodireito.

Os casos apresentados ao Biodireito necessitam de solução. Não há normas previamente estabelecidas para regulá-los, e a sociedade não possui mais um consenso universal sobre os vários aspectos morais, éticos e valorativos de situações que envolvem os avanços da Biotecnologia. Então, nada mais favorável do que a utilização de um pensamento problemático, fundado na análise das possibilidades do sistema.

5. Conclusão

Os avanços da ciência, notadamente a partir do desenvolvimento tecnológico, permitiram a manipulação bioquímica de diversos elementos, como por exemplo, as células-tronco, que até a metade do século passado, estavam fora do alcance humano. Esses avanços acabaram por colocar em xeque o pensamento moderno frente aos valores éticos e morais e à “moldura” jurídica do positivismo.

O momento presente deve observar não mais os contornos firmes e inflexíveis da norma escrita ou do precedente fixados, mas as circunstâncias do fato, descrito por Viehweg, como a situação a ser problematizada, que carece de uma solução a ser dada em torno dos “*topoi*”, que ao fato se ligam, sem utilizar mecanismos predeterminados.

A razão para a utilização do pensamento problemático e a rejeição do formalismo positivista são justificáveis, uma vez que aquele oferece um campo de possibili-

dades abertas, que respeitam a pluralidade de opiniões da sociedade. A sociedade chamada plural foi conduzida por inúmeras transformações em todos os seus seguimentos, em especial no Direito Privado: houve transformações na família, na propriedade e no contrato, nos 50 últimos anos do século passado.

Diante da teorização de Viehweg, inúmeras críticas foram construídas, talvez pelo fato de o ser humano ainda não ter se adaptado à situação de insegurança que o momento informa e que a teoria argumentativa tópica de Viehweg se dispõe a enfrentar. Os casos descritos no texto sobre Biodireito não estão distantes da realidade de incerteza, uma vez que estão inseridos num contexto que não informa uma única norma orientadora de solução, mas sim um conjunto de princípios que representam, na lição de Viehweg, lugares-comuns, que devem ser identificados no caminho da decisão.

Diante disso, o caminho apontado por Viehweg voltado para as questões de Biodireito, considerando-o uma ciência dogmática, mas que trabalha com elementos da zetética, passa pelo incessante atuar do intérprete em sua busca pela identificação dos “*topoi*” mais próximos de uma decisão que, antes de tudo, seja justa. Para Atienza, “o mérito fundamental de Viehweg não é ter construído uma teoria, e sim, ter descoberto um campo de investigação. Algo, ao fim e ao cabo, que parece se encaixar perfeitamente no ‘*espírito*’ da tópica” (ATIENZA, 2002). Nessa mesma ordem de raciocínio, segue a lição de Tércio Ferraz Jr.:

como técnica de pensamento, a tópica (material e formal) leva a argumentação judicial a um jogo eminentemente assistemático, em que se tem observado ausência de rigor lógico, impossibilidade de redução das decisões a silogismos etc. Ressalta-se, ao contrário, o uso abundante das distinções, das redefinições de velhos conceitos, das analogias, das interpretações extensivas, do retorquir, das ironias, da exploração técnica das ambiguidades, das vaguezas, das presunções, tudo conforme a boa retórica (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 326).

As perspectivas da tópica são úteis no caso do Biodireito, na medida em que esse campo de atuar do Direito está sempre sujeito a forças endógenas presentes na sociedade e submissas a influências da Biomedicina e da Biotecnologia, a clamarem por uma Biossegurança a partir do Direito, que não mais passa pelos velhos e arcaicos métodos jurídicos, mas suscita uma metodologia dinâmica e dialética, capaz de permitir a interseção dos diversos novos fatores éticos mundializados, a fim de proporcionar a salvaguarda da pessoa humana enquanto partícipe de uma sociedade aberta e plural.

Referências

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*: Perelmam, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros. 2 ed. São Paulo: Landy, 2002.

BARBOZA, Heloísa Helena. A insuficiência de conceitos da Bioética e do Biodireito, in: BARBOZA, Heloísa Helena & BARRETTO, Vicente de Paulo (coords.). *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CHAUÍ, Marilena. *Introdução à história da filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, vol. I.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994.

GALUPPO, Marcelo Campos. O direito civil no contexto da superação do positivismo jurídico: a questão do sistema, in: FIUZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coords.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: RT, 1998.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Bioética e Biodireito, in: BARBOZA, Heloísa Helena; BARRETTO, Vicente de Paulo (coords.). *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Introdução ao Biodireito: da zetética à dogmática, in: SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey/PUC Minas, 2002.

PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. São Paulo; Martins Fonte, 1998.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Teoria do Método Jurídico: a contribuição de Theodor Viehweg, in: FIUZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coords.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na tradição paradigmática*. 4 ed. São Paulo: Cortez, 2002.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Imprensa Nacional, 1979.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1991.

O artigo 587 do CPC: a execução provisória de título executivo extrajudicial

The article 587 of CPC -
the provisory execution of extrajudicial executive term

Marcelo de Oliveira Riella

Pós-graduado em Direito Processual Civil pela ABDPC -
Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Advogado. e-mail: riellamarcelo@gmail.com

Resumo: O presente artigo propõe a análise da nova redação do artigo 587 do Código de Processo Civil Brasileiro, trazida pela Lei no. 11.382/2006, avaliando a possibilidade legal da execução *provisória* de título executivo extrajudicial. Procura-se, nesse sentido, interpretar o artigo 587 do CPC e analisar brevemente as hipóteses de incidência da segunda parte do referido artigo. Por fim, identifica-se que tal dispositivo, por um lado, contraria os escopos das reformas processuais, bem como a posição majoritária da doutrina e da jurisprudência, assegurando, por outro lado, um direito constitucional do executado.

Palavras-chaves: 1. Direito Processual Civil. 2. execução provisória. 3. título executivo extrajudicial. 4. efeito suspensivo. 5. reforma processual.

Abstract: The present paper proposes an analysis of the new editing of the article 587 of the Brazilian Civil Process Code (CPC), brought by Law 11.382/2006, by evaluating the legal possibility of the provisory execution of extrajudicial executive term. This way, we aim at interpreting the article 587 of CPC, and at analyzing the hypotheses of incidence of the second part of the article. Finally, we can identify that such mechanism, on the one side, contradicts the objectives of processual reforms, as well as the major position of the doctrine and the jurisprudence, by assuring, on the other side, a constitutional right of the executed.

Keywords: 1. Civil Process Right. 2. provisory execution. 3. extrajudicial executive term. 4. suspensive effect. 5. processual reform.

1. Introdução

As recentes alterações do CPC modificaram o processo de execução, inserindo-se o chamado *cumprimento da sentença*, bem como inovando na execução de título executivo extrajudicial.

Da mesma forma, as vias de defesa do executado se alteraram, surgindo a impugnação ao cumprimento da sentença, bem como havendo a supressão do requisito da segurança do juízo para a interposição de embargos à execução. Em contrapartida, tais embargos não mais suspendem o feito executivo, exceto nos casos de grave dano de incerta ou difícil reparação e requerimento do executado, desde que já seguro o juízo e relevantes os argumentos trazidos nos embargos.

As modificações, como insistentemente repisado, visam a imprimir um rito mais célere ao processo de embargos à execução, convergindo para a simplificação e obtenção efetiva da prestação no exercício da jurisdição.

A Lei no. 11.382/2006, que trata de alterações na execução de título executivo extrajudicial, modificou a redação do artigo 587 do CPC.

Assim, o presente trabalho visa a analisar tal artigo, avaliando a possibilidade de uma execução de título executivo extrajudicial se transformar em provisória.

Procura-se, primeiramente, identificar os principais argumentos das duas correntes a respeito da definitividade ou provisoriedade da execução de título executivo extrajudicial, quando pendente apelação que ataca sentença de improcedência dos embargos à execução.

Interpreta-se a nova redação do artigo, com o condão de verificar a incidência do dispositivo em quatro casos específicos: recebimento dos embargos ou da apelação com efeito suspensivo; concessão do efeito suspensivo após o recebimento dos embargos; revogação do efeito suspensivo antes da sentença de improcedência dos embargos; e aplicação analógica do artigo para os casos de pendência de recurso especial e/ou extraordinário.

Por fim, procura-se avaliar a reforma processual no que tange à redação dada ao artigo 587 do CPC, identificando a intenção do legislador ante a finalidade principal das reformas, e ainda, diante do já consagrado posicionamento jurisprudencial.

2. O artigo 587 do CPC

A antiga redação do artigo 587 do CPC dizia que *“a execução é definitiva, quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título executivo extrajudicial; é provisória, quando a sentença for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo”*, o que deixa dúvidas a respeito da execução quando pendente recurso, sem efeito suspensivo¹, que ataca sentença de improcedência dos embargos à execução.

Assim, instalou-se, na doutrina e na jurisprudência, uma celeuma a respeito da definitividade ou provisoriedade da execução de título executivo extrajudicial, quando incidente a hipótese acima descrita.

¹ Neste caso, a regra é que o recurso de apelação é recebido somente no efeito devolutivo, nos termos do artigo 520, V do CPC: *“Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que: V- rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes [...]”*

Daí surgiram duas correntes. A predominante dispunha que tal execução era definitiva. Sustentava que uma execução que começou definitiva não podia se transformar em provisória, sob pena de desvirtuamento do sistema e inutilidade da amputação do efeito suspensivo.

Afirmava que não havia amparo legal para transformação da execução em provisória, uma vez que tal modalidade só poderia ser aceita em sede de execução de títulos executivos judiciais.

Ocorre que, além do exequente possuir um título executivo, o mesmo restava confirmado pela sentença de improcedência dos embargos, não havendo razão para se temer o prosseguimento da execução, seja pela escassa probabilidade de reforma, seja pelo direito constitucional de efetividade e tempestividade do processo.

E mais, a execução era do título executivo e não da sentença que julgou improcedentes os embargos, devendo, portanto, continuar definitiva, pois o título executivo extrajudicial nunca é provisório. Ou o título é executivo e definitivo, ou não é título executivo.

Entendia-se que, havendo risco de grave dano de incerta ou difícil reparação, o executado deveria agravar da decisão que recebeu o recurso somente no efeito devolutivo, com base no artigo 558 do CPC (buscar a antecipação da tutela recursal, requerendo a suspensão da execução), ou ingressar com demanda cautelar (artigo 800 do CPC).

Ressaltava-se, ainda, segundo tal posicionamento, que em caso de reforma da decisão o executado seria restituído ao estado anterior por meio de ação de perdas e danos (artigo 574 do CPC)².

A segunda corrente, por sua vez, entendia que, no caso em questão, a execução, embora de caráter definitivo, deveria correr sob o rito da execução provisória. Arguia que, enquanto pendente um recurso, ou seja, sendo possível a reversibilidade da decisão, não seria cabível a alienação de bens sem a devida caução, sob pena de violação à Constituição Federal, que dispõe que ninguém será privado de seus bens sem o devido

² Adotando o posicionamento majoritário da primeira corrente, decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento n.º 70017975806*. No mesmo sentido, julgados do Superior Tribunal de Justiça: a) anterior à lei 11.382/2006: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 706512/RS*; b) posterior a lei 11.382/2006: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento n.º 2006/0055617-5*.

processo legal, a ampla defesa e o contraditório. E mais, aplicava o princípio da menor onerosidade da execução (art. 620 do CPC)³.

A fim de superar tal polêmica em sede jurisprudencial, foi elaborada pelo Superior Tribunal de Justiça a Súmula 317, que adota os argumentos da primeira corrente, *in verbis*: “É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos”.

Partiu a jurisprudência, sabiamente, de um juízo de probabilidade: o credor já dispunha do título executivo e de sua presunção de certeza; a ele se acresce, ainda, uma sentença que, apesar de provisória, só reforça a credibilidade de sua vantagem.

Entretanto, com o advento da Lei 11.382/2006, interessante trazer à baila a nova redação do artigo 587 do CPC. Senão vejamos: “É definitiva a execução fundada em título extrajudicial; é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo (art. 739).”

Salienta-se, primeiramente, que a nova redação não trata mais da execução de título judicial, vez que, agora, passou a ser regulada no livro do processo de conhecimento, sendo denominada de *cumprimento da sentença*.

É de se ressaltar, ainda, que a referência ao artigo 739 do CPC⁴ é descabida, pois trata da rejeição liminar dos embargos. Poderia, ao referir algum artigo, indicar aquele que diz respeito ao caso excepcional de concessão do efeito suspensivo aos embargos, qual seja, o artigo 739-A, § 1º do CPC.⁵

Temos, todavia, com relação à execução de títulos executivos extrajudiciais, a adoção de um novo sistema, de característica mista, como bem explicam os professores Marinoni e Arenhart (2007, p. 455):

“(...) como o efeito suspensivo dos embargos também se funda em receio de dano grave, e esse pode se manter presente ainda que a sentença seja de improcedência, o legislador

³ PIRES, 2007, p. 54: “(...) impor ao executado o regime da execução definitiva quando deve ser aplicado o da execução provisória, além de ser uma atitude irracional [!] e extremamente penosa para este, também transgredir o princípio da proporcionalidade (...)”. Adotando o posicionamento da segunda corrente, julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n.º 70020841433.

⁴ Art. 739 do CPC: “O juiz rejeitará liminarmente os embargos: I - quando intempestivos; II - quando inepta a petição (art. 295); ou III - quando manifestamente protelatórios.”

⁵ Artigo 739-A, § 1º do CPC: “O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.”

encontrou um meio termo entre a manutenção do efeito suspensivo e a liberação da execução sem qualquer restrição.”

Tecnicamente, a execução de título extrajudicial nunca é provisória, haja vista a definitividade do título. Não obstante, o novo artigo prevê hipóteses de que tal execução fica sujeita às restrições da execução provisória, como complementam os juristas paranaenses (idem, Ibid, p. 458): “a execução de título extrajudicial, na pendência de apelação, jamais será provisória, mas poderá ser, em casos excepcionais, sujeita às restrições da execução da decisão provisória (art. 475-O do CPC)”.

Dinamarco explica tal caráter definitivo do título extrajudicial, afirmando que “os títulos extrajudiciais ou têm executividade plena, capaz de sustentar uma execução definitiva, ou não têm executividade alguma e não são, portanto, títulos executivos” (DINAMARCO, 2004, p. 762), de modo que seria incompreensível a execução provisória de um título executivo extrajudicial.

Nos termos do Código, tal execução é sempre ajuizada como definitiva. Quando apresentados embargos do executado e recebidos sem efeito suspensivo ou rejeitados liminarmente, a execução continuará, sempre, como definitiva, adotando-se os termos da Súmula 317 do Superior Tribunal de Justiça.

Entretanto, nos casos em que pendente recurso de apelação contra sentença que julgou improcedentes os embargos do executado, quando os embargos foram recebidos com efeito suspensivo, haverá o prosseguimento da execução como provisória.

Percebe-se, pois, que a então corrente majoritária que sustentava que uma execução que começou definitiva não poderia se tornar provisória restou superada pela Lei, pois em que pese a natureza jurídica da execução seja definitiva, a mesma prosseguirá sob o rito da execução provisória em um caso excepcional. Da mesma forma, a Súmula 317 do STJ sofre uma restrição, qual seja na hipótese de recebimento dos embargos à execução com efeito suspensivo.

Na prática, adotam-se, para o caso de execução provisória de título extrajudicial, vez que não há regra específica para ela, as normas previstas para a execução provisória da sentença (art. 475-O do CPC).

Tem-se que, para o levantamento de depósito em dinheiro e para a prática de atos que importem alienação de propriedade ou que possam resultar grave dano, é indispensável, na execução provisória, a caução idônea e suficiente.

2.1. A hipótese de recebimento dos embargos com efeito suspensivo e não da apelação

Como visto, a nova redação do artigo 587 do CPC trata como provisória a execução de título executivo extrajudicial, quando pendente apelação contra sentença de improcedência dos embargos, desde que recebidos, os embargos, com efeito suspensivo.

O Superior Tribunal de Justiça já aplicou tal artigo, senão veja-se:

“Processual civil. Agravo regimental. Executivo fiscal. Embargos. Execução provisória. Sentença de improcedência. Efeito devolutivo. Prosseguimento do feito enquanto pendente de apreciação recurso de apelação. Admissibilidade. Novo entendimento. precedentes. Não-aplicação, ao caso, do art. 587, in fine, com a redação dada pela lei nº. 11.382/2006. (...) o art. 587, com a nova redação dada pela Lei nº. 11.382/2006, é clara ao afirmar que a execução fundada em título extrajudicial é definitiva. No entanto, é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo. In casu, a apelação da sentença de improcedência dos embargos não foi recebida com efeito suspensivo, mas apenas devolutivo[!]. (...)”⁶ [destaque não original].

Data vênia tal entendimento, parece-nos que a redação do novo artigo não é tão clara como afirmado no aresto, haja vista a interpretação que, ao nosso entender, restou equivocada.

Ocorre que, no julgado acima, o artigo 587 do CPC foi aplicado com base nos efeitos dados à apelação. Entretanto, devem ser analisados os efeitos dados aos embargos e não à apelação.

Se o contrário fosse, a redação do artigo seria outra: é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebida com efeito suspensivo.

E mais, sendo a apelação recebida no efeito suspensivo, a execução não prossegue, nem como definitiva, nem como provisória, vez que resta, por óbvio, suspensa. Desta feita, fica impedida ou adiada a executoriedade do título extrajudicial embargado, não se possibilitando o prosseguimento, sob forma alguma, da execução.

Sendo assim, a fim de analisar a incidência da segunda parte do art. 587 do CPC, deve-se verificar se os embargos foram recebidos com efeito suspensivo, não sendo de relevância a não-concessão do efeito no recebimento da apelação, que, de regra, será recebida somente no efeito devolutivo.

⁶ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 2006/0266611-9*.

2.2. A hipótese de concessão do efeito suspensivo após o recebimento dos embargos do executado

Numa leitura literal da redação atual do artigo 587 do CPC, somente quando os embargos são recebidos com efeito suspensivo, frise-se, na origem, no momento da distribuição, do despacho inicial do juiz, é que, posteriormente, em caso de recurso de apelação que ataque a sentença de improcedência, a execução deverá prosseguir sob os moldes da execução provisória.

Entretanto, numa análise semântica, percebe-se que deve se dar uma interpretação extensiva ao dispositivo, vez que o sistema permite a concessão do efeito suspensivo em qualquer fase do processo, desde que: haja requerimento da parte; já esteja garantido o juízo, por penhora, depósito ou caução; reste demonstrado o risco de grave dano de difícil ou incerta reparação; e haja relevância nos fundamentos trazidos nos embargos.

Ressalta-se, assim, que não é necessário que o efeito suspensivo seja dado aos embargos desde seu recebimento, como prevê a letra da lei, bastando que seja atribuído tal efeito ao longo da instrução do processo.

Tanto é que, ainda que inerente o risco de grave dano e relevantes os argumentos trazidos nos embargos, se não efetuada a penhora, depósito ou caução, não é possível, desde logo, suspender a execução.

Então, parece claro que, no caso vertente, o importante é a concessão do efeito suspensivo, seja ele deferido no recebimento ou durante a instrução dos embargos à execução, para que incida, posteriormente, em caso de apelação contra sentença que julgou improcedente os embargos, a transformação da execução definitiva em provisória.

2.3. A hipótese de revogação do efeito suspensivo antes da sentença de improcedência dos embargos do executado

O efeito suspensivo dos embargos só será concedido quando o magistrado perceber que os argumentos do executado possuem relevância, ou seja, possuem possibilidade de serem acolhidos. Entretanto, em caso de improcedência dos embargos à execução, tal verossimilhança das alegações restará afastada. Em outras palavras, restará afastado um requisito para a concessão ou manutenção do efeito suspensivo dado aos embargos, de modo que, deve ser revogado. Não obstante, o legislador expressa que é

possível a modificação ou revogação do efeito suspensivo atribuído no recebimento dos embargos (art. 739, §2 do CPC).⁷

Sendo assim, deve ser analisada a incidência ou não do artigo 587, segunda parte, do CPC, na hipótese de recebimento dos embargos com efeito suspensivo, mas que restou revogado antes da sentença de improcedência.

É claro que, pela letra da lei, basta que o efeito suspensivo seja concedido uma única vez para que obtivéssemos a ocorrência da restrição da execução provisória. Porém, se no decorrer da instrução do processo, após ou durante a cognição sumária e exauriente, o juiz revogar tal efeito, resta claro que tal decisão está mais perto da justiça do que aquela promulgada inicialmente.

Por outro lado, admitir a incidência da segunda parte do art. 587 do CPC só quando fora concedido o efeito suspensivo, desde que não revogado pelo magistrado antes da sentença, restringirá em muito a aplicação da norma.

O juiz, convencido de que os embargos devem ser desacolhidos, para prestigiar seu trabalho e dar efetividade as suas decisões, deve expressamente revogar o efeito suspensivo concedido, antes de prolatar a sentença.

Se com base na convicção imediata acerca da relevância dos fundamentos do embargante fora concedido o efeito suspensivo, com muito mais propriedade o mesmo pode ser revogado após convicção plena e exauriente do magistrado de que os fundamentos trazidos nos embargos não merecem amparo. Assim, a execução prosseguiria livremente, sem se ater aos moldes da execução provisória, vez que, nessa interpretação, não incidiria o referido artigo do *codex* de processo civil.

Somente nos casos em que o Tribunal já deferiu o efeito suspensivo aos embargos, ou quando o juiz admitir divergência a respeito da matéria, é que restará aplicado o dispositivo.

Destarte, o julgador da execução deve observar se além de atribuído o efeito suspensivo nos embargos, o mesmo não foi revogado ao longo da instrução do processo, sob pena de não-incidência do caso excepcional disposto no artigo 587 do CPC.

⁷ Art. 739-A, § 2º do CPC: “A decisão relativa aos efeitos dos embargos poderá, a requerimento da parte, ser modificada ou revogada a qualquer tempo, em decisão fundamentada, cessando as circunstâncias que a motivaram.”

2.4. A hipótese de aplicação analógica do art. 587 do CPC em caso de pendência de recurso especial e/ou extraordinário

A argumentação para que a execução de título extrajudicial corra sob as normas da execução provisória, em caso de recurso de apelação que ataca a sentença dos embargos, é de que, sendo possível a reversibilidade da decisão, o executado deve ter uma garantia, por intermédio da caução, de que será restituído em caso de reforma da decisão. Assim, também em caso de pendência de recurso especial ou extraordinário, tal situação vem à tona, pois a reversibilidade e risco de dano continuam presentes.

A possibilidade de aplicação analógica se torna evidente, ainda que contrarie todo o entendimento jurisprudencial criado frente a tais situações, antes da introdução da Lei no. 11.382/2006.

Poderia se dizer, assim, que também nos casos de pendência de julgamento de recurso especial e/ou extraordinário contra acórdão que confirmou a improcedência dos embargos do executado, a execução continuará limitada, não sendo dispensável, também nesses casos, a prestação de caução.

Preponderando-se a garantia constitucional de que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, é de se pensar que somente com o trânsito em julgado dos embargos à execução é que o exequente poderá satisfazer seu direito sem ônus algum.

O douto Assis, entretanto, entende que “desprovida a apelação, a interposição de eventuais recursos contra o acórdão mostra-se insuficiente para preservar o caráter provisório, transformando a execução em definitiva” (ASSIS, 2007, p. 307), mesmo que ainda possível a reversibilidade da decisão, o risco de dano ao executado, e a expropriação dos bens antes do trânsito em julgado dos embargos. O executado poderia, neste caso, ajuizar ação cautelar a fim de buscar o efeito suspensivo ao recurso interposto.

Parece com razão o nobre processualista, pois dar maior abrangência à excepcionalidade da lei não parece o mais razoável, mormente porque a novidade legislativa ora estudada vai de encontro com os escopos das reformas processuais, como se verifica a seguir:

3. A reforma legislativa do artigo 587 do CPC

O espírito das reformas do CPC é, inegavelmente, de proporcionar maior efetividade ao processo, implicando a satisfação do credor da maneira menos onerosa e

mais célere possível. Entretanto, o legislador buscou, também, não desrespeitar os direitos constitucionais assegurados ao executado. Optou, assim, no caso do artigo 587 do CPC, por retroagir, deixando de lado a promessa constitucional de tutela jurisdicional efetiva e tempestiva⁸, bem como a fortíssima linha jurisprudencial formada no sentido de ser definitiva a execução enquanto pendente recurso contra sentença de improcedência dos embargos. Buscou, mais uma vez, proteger o executado.

Segundo Negrão e Gouvêa, uma reforma legislativa que se propõe a agilizar a execução não pode trazer um retrocesso, de modo que “deveria permanecer definitiva a execução na pendência de apelação interposta pelo executado, independentemente dos efeitos atribuídos anteriormente aos embargos” (NEGRÃO & GOUVÊA, 2007, p. 788).

Trata-se, inclusive, de mais um obstáculo que vai atravancar a execução, pois, como bem analisa Assis (*op. cit.*, p. 307), “é de se presumir que o exequente não se atreva, salvo prognóstico muito favorável de insucesso do recurso, a dar andamento à execução até o final julgamento da apelação”.

In casu, a fim de garantir a possibilidade de restituição em caso de reforma da decisão, há um desfavorecimento com a parcela social menos favorecida economicamente, ou seja, que é incapaz, por força de sua hipossuficiência econômica, de prestar caução para buscar sua pretensão antes do trânsito em julgado dos embargos à execução, ou, ao menos, até o julgamento da apelação.

4. Conclusão

A nova redação do artigo 587 do CPC, inserida pela Lei no. 11.382/2006, trouxe à baila a problemática a respeito da provisoriedade ou definitividade da execução de título executivo extrajudicial. Preferiu o legislador identificá-la como definitiva. Entretanto, quando pendente apelação contra sentença que julgou improcedentes os embargos à execução, desde que recebidos com efeito suspensivo, prosseguirá, nos termos da lei, como execução provisória.

A nova redação não trata mais da execução de título judicial, vez que, agora, essa passou a ser regulada no livro do processo de conhecimento, sendo denominada de *cumprimento da sentença*.

⁸ Artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004).

A referência ao artigo 739 do CPC é descabida, vez que trata da rejeição liminar dos embargos. Poderia, entretanto, ter indicado aquele que diz respeito ao caso excepcional de concessão do efeito suspensivo aos embargos, qual seja o artigo 739-A, § 1.º do CPC.

A fim de analisar a incidência da segunda parte do art. 587 do CPC, deve-se verificar se os embargos foram recebidos com efeito suspensivo, não sendo caso de análise dos efeitos dados à apelação. E mais: o importante é a concessão do efeito suspensivo nos embargos, seja ele deferido no recebimento ou posteriormente, para que incida, em caso de apelação contra sentença que julgou improcedente os embargos, a transformação da execução definitiva em provisória.

Por outro lado, o julgador da execução deve observar se além de atribuído o efeito suspensivo nos embargos, o mesmo não foi revogado, sob pena de não incidência do caso excepcional disposto no artigo 587 do CPC.

Aplicar por analogia a segunda parte do artigo ora rebuscado, em casos de pendência de outros recursos, senão a apelação, dando maior abrangência a excepcionalidade da lei, não é cabível.

O artigo 587 do CPC deixa de lado a promessa constitucional de tutela jurisdicional efetiva e tempestiva, bem como a fortíssima linha jurisprudencial formada no sentido de ser definitiva a execução enquanto pendente recurso contra sentença de improcedência dos embargos. Homenageia, entretanto, o direito constitucional de que ninguém será privado de seus bens sem o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

Por fim, salienta-se que, seja pela diversidade de interpretação legal pertinente à matéria, seja pelas idas e vindas da jurisprudência, admitindo ou rejeitando a possibilidade de transformação da execução de título executivo extrajudicial de definitiva para provisória, fato é que ainda não há (e nem parece que haverá em breve) um consenso sobre o tema.

Referências

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed., rev., ampl. e atual. com a reforma processual – 2006/2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CARNEIRO, Athos Gusmão. A “nova” execução dos títulos extrajudiciais. Mudou muito?, in: *Revista de Processo*. ano 32, n. 143, p. 115-129. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./ 2007.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Execução dos títulos extrajudiciais; Lei n. 11.382/2006; Nova sistemática quanto à citação, penhora, embargos e meios executivos, in: *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. ano III, n. 16, p. 5-17. Porto Alegre: Magister, jan-fev /2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Volume IV. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme & ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil, volume 3: execução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NEGRÃO, Theotônio & GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil em vigor*. 39 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante: atualizado até 1.º de março de 2006*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PIRES, Jorge Antônio Cheim. A execução provisória de título executivo extrajudicial: em defesa do novo art. 587 do CPC, in: *Revista Dialética de Direito Processual-RDDP*. n. 48, p. 41-59. São Paulo: Dialética, mar de 2007.

TESHEINER, José Maria Rosa. Execução fundada em título extrajudicial (de acordo com a Lei n.º 11.382/2006), in: *Revista Jurídica*. ano 55, n. 355, p. 29-45. Porto Alegre: Nota Dez/Fonte de Direito, maio/2007.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. 2.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Curso Avançado de Processo Civil*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, vol. 2.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Fontes on-line

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 07/jan/2008.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil (De 5 de outubro de 1988)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 07/jan/2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento n.º 2006/0055617-5*. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgado em: 14/maio/2007. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 07/jan/2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 706512/RS*. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgado em: 04/abr/2005. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 07/jan/2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº. 2006/0266611-9*. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgado em: 10 maio 2007. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 07/jan/2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº. 2007/0119437-3*. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgado em: 25 out 2007. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 07/jan/2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento nº. 70020841433*. Primeira Câmara Cível. Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal. Julgado em 12/09/2007. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 07/jan/ 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento nº. 70017975806*. Décima Sétima Câmara Cível. Relator: Elaine Harzheim Macedo, Julgado em 08/03/2007. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 07/jan/ 2008.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Meios processuais para concessão de efeito suspensivo a recurso que não o tem*. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br>. Acesso em: 07/jan/08.

A arbitragem como meio de solução dos conflitos trabalhistas

The arbitration as a mean to solve labor conflicts

Raphael Sznajder

Advogado formado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela PUC-São Paulo; Membro da Academia Brasileira de Direito Processo Civil; Especialista em International Arbitration Law pela University of Califórnia; Associado ao escritório Lucon Advogados. e-mail: raphaelsz@hotmail.com

Resumo: O escopo do presente trabalho é demonstrar que a arbitragem é uma solução aplicável aos conflitos trabalhistas, sejam eles individuais ou coletivos.

Palavras-chave: 1. arbitragem. 2. direito individual e coletivo do trabalho. 3. meio heterocompositivo alternativo de solução de conflitos.

Abstract: The aim of the present work is to demonstrate that arbitration is an applicable solution to the labor conflicts, be them individual or collective.

Keywords: 1. arbitration. 2. Labour collective and individual right. 2. hetero-compositive and alternative means of conflict solutions.

1. Introdução

Sabe-se que o conflito é inerente à condição humana no convívio social, especialmente diante das inúmeras necessidades do homem e da escassez de bens existentes na sociedade. Neste diapasão, o Direito surge como um instrumento fundamental para a regulamentação dos conflitos, visando à preservação da harmonia social.

Antes do surgimento do Estado, os conflitos interpessoais eram resolvidos por intermédio da autotutela (justiça privada). Com o advento da organização social corporificada no Estado, este, já suficientemente fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes coercitivamente a sua solução para os conflitos de interesse (justiça pública).

Hodiernamente, têm se intensificado as críticas à justiça estatal, apontando para um crescente movimento de fortalecimento dos meios alternativos de solução das controvérsias, entre eles a arbitragem, em razão do afogamento do Poder Judiciário, que culmina em morosidade e inefetividade.

2. Conceito de arbitragem

São várias as definições encontradas na doutrina, senão vejamos:

Amauri Mascaro Nascimento conceitua a arbitragem como uma forma de composição extrajudicial dos conflitos, por alguns doutrinadores considerada um *equivalente jurisdicional*. A questão é decidida não por um juiz, mas por uma pessoa ou órgão não investido dos poderes jurisdicionais. (NASCIMENTO, 1999, p. 16).

Para Irineu Strenger, trata-se de instância jurisdicional praticada em função de regime contratualmente estabelecido, para dirimir controvérsias entre pessoas de direito privado e/ou público, com procedimentos próprios e força executória perante tribunais estatais (STRENGER, 1998, p. 17).

Segundo Sérgio Pinto Martins, arbitragem é uma forma de solução de um conflito, feita por um terceiro, estranho à relação das partes, que é escolhido por estas, impondo a solução do litígio. É uma forma voluntária de terminar o conflito, o que importa dizer que não é obrigatória (MARTINS, 2003).

Carlos Alberto Carmona enfatiza que a arbitragem é um mecanismo sofisticado para a resolução de controvérsias que apresentem maior grau de dificuldade – jurídica ou fática – a exigir a presença de técnico especializado, o árbitro (CARMONA, 1999, p. 55).

Em síntese, trata-se de meio heterocompositivo extrajudicial de solução de conflitos presentes ou futuros, baseado na vontade das partes envolvidas, as quais elegem, por meio de mecanismos por elas determinados, uma terceira pessoa para dirimir as controvérsias (árbitros), cuja decisão terá o mesmo efeito da solução jurisdicional, já que impositiva para as partes.

Vale notar, porém, que a arbitragem tem da heterocomposição o elemento característico da intervenção de terceiro, investido de autoridade decisória para a solução do conflito. Conserva, porém, certo teor autocompositivo, consubstanciado no elemento consensual da escolha do árbitro na busca dessa solução (PINTO, 1998, p. 269).

3. Natureza jurídica

A doutrina não é pacífica, havendo diversas posições quanto à natureza jurídica do instituto, que a classificam como contratual, jurisdicional ou mista.

Segundo a teoria contratualista, a natureza jurisdicional da arbitragem está afastada porque: (a) está vinculada à autonomia da vontade das partes contratantes, en-

quanto a jurisdição repousa na soberania do Estado; (b) o árbitro não tem poder de império; (c) a sentença arbitral não se aperfeiçoa sem a atuação da jurisdição na fase de execução; (d) a celebração da convenção de arbitragem é pressuposto essencial do instituto.

A jurisdicionalidade da arbitragem, segundo a teoria jurisdicional, repousa nas atribuições de julgar litígios, que ao árbitro são conferidas, proferindo sentenças revestidas da qualidade de título executivo judicial. Ressalte-se que as sentenças arbitrais não se submetem à homologação judicial, o que reforça a sua força coativa independentemente da chancela estatal. Sem contar que ao árbitro aplicam-se os mesmos casos de impedimento e suspeição de juízes, conforme preconiza o artigo 14 da Lei n. 9.307/96.

Para a teoria mista, a primeira fase da arbitragem é contratual, tendo como base a convenção arbitral que decorre do acordo de vontade. A segunda fase é jurisdicional, em que o árbitro irá dizer o direito aplicável à espécie, sendo certo que sua decisão é dotada de força coercitiva, gera trânsito em julgado, é um título executivo judicial e põe fim ao litígio como uma sentença judicial.

Quer nos parecer que a teoria mista é a que melhor compreende o instituto da arbitragem, uma vez que as premissas para o seu enquadramento no âmbito da dicotomia do direito público ou privado se revelam precárias e insuficientes diante da complexidade dos fenômenos sociológicos e jurídicos atuais.

4. Objeto da arbitragem

Impende ressaltar que, nos termos do artigo 1.º, da Lei n. 9.307/96, a utilização da arbitragem está adstrita às pessoas capazes e aos direitos patrimoniais disponíveis. Assim, todo aquele que for capaz de contrair direitos e obrigações, na forma do artigo 9.º, do Código Civil, poderá valer-se da arbitragem para solucionar controvérsia relativa a direito patrimonial disponível.

De acordo com Márcio Yoshida, entende-se o direito patrimonial disponível como aquele que assegura o gozo ou fruição, ao arbítrio de seu titular, de uma riqueza ou qualquer bem, apreciável monetariamente. (YOSHIDA, in: GARCEZ, 1997, p. 95).

5. Características gerais da arbitragem

Dentre as inúmeras características da arbitragem, seis apresentam-se como didaticamente hábeis a proporcionar uma leitura do instituto em comento. São elas: a

celeridade, a informalidade do procedimento; a confiabilidade; a especialidade; a confidencialidade ou sigilo; e a flexibilidade.

Quanto à celeridade, cumpre salientar a irrecorribilidade da sentença arbitral, peculiaridade que abrevia significativamente o curso do procedimento, sobretudo na esfera trabalhista, cujas demandas, na maioria das vezes, versam sobre verbas de caráter alimentar.

Atinente à informalidade, é suficiente consignar que a solução dos conflitos é fundada precipuamente na ausência de formas solenes, como as exigidas no processo comum. A simplificação dos atos processuais, no entanto, não quer significar o afastamento das garantias fundamentais e do devido processo legal.

A confiabilidade, por evidente, refere-se à possibilidade de as próprias partes escolherem o árbitro, o que faz com que este traga consigo maior legitimidade, por não ser imposto pelo Estado, mas decorrente da autonomia da vontade dos litigantes.

Relativamente à especialidade, é certo que as partes podem optar livremente pela indicação de um julgador de seus conflitos dentre especialistas das diversas áreas específicas do conhecimento jurídico e científico, elegendo o da sua maior confiança. Essa prerrogativa representa um elemento de maior conforto para as partes, que, em tese, podem buscar os melhores especialistas ou um árbitro que goze de boa reputação, da credibilidade e preferência dos litigantes. Ao juiz, naturalmente, faltam esses conhecimentos, supridos por peritos que, no entanto, não têm responsabilidade da decisão, que é inteiramente do magistrado, de acordo com o princípio do livre convencimento motivado.

Se por um lado exige-se da justiça pública a publicidade dos seus atos (artigo 5.º, inc. LX, da Constituição Federal), na justiça privada faz-se presente o caráter sigiloso e confidencial do deslinde do conflito de interesses. O exame dos autos do procedimento arbitral não é franqueado aos interessados, senão com o expresse consentimento das partes.

No que tange à flexibilidade, importa dizer que a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes, que podem escolher livremente as regras de direito que serão aplicadas, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública, assim como poderão convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

6. Previsão legal

Em 23 de setembro de 1996, foi sancionada a Lei n. 9.307, que disciplinou por completo a arbitragem no Brasil, dando novo alento à sua utilização.

No âmbito do Direito do Trabalho, afora a previsão constitucional do artigo 114, há previsão da arbitragem na Lei de Greve (artigos 3.º e 7.º da Lei n. 7.383/89) e no artigo 4.º, da Lei n. 10.101/2000, que dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa¹.

7. A constitucionalidade da lei n. 9.307/96

A edição da Lei n. 9.307/96 ensejou diversos questionamentos no que diz respeito à constitucionalidade de alguns de seus dispositivos. A seguir examinaremos as questões mais contundentes.

Em primeiro lugar, cumpre examinar a arbitragem à luz do artigo 5.º, XXXV, da Constituição Federal, que consubstancia o princípio do acesso à justiça, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. O segundo ponto reside na suposta ofensa ao implícito princípio do duplo grau de jurisdição, na medida em que as sentenças arbitrais seriam, em tese, irrecorríveis. Por fim, questiona-se acerca da ofensa ao princípio do juiz natural, no sentido de que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (artigo 5.º, LIII, CF).

Contrapõem-se às assertivas acima enumeradas os seguintes argumentos: a lei não impõe o juízo arbitral, apenas faculta tal opção às partes, como uma alternativa dentre outras para a solução de litígios. No que concerne à ofensa ao duplo grau de jurisdição, deve-se recordar que não está prevista expressamente na Constituição Federal tal garantia, de modo que à legislação infraconstitucional é dado limitar a recorribi-

¹ O Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, inclusive, já se pronunciou favorável à possibilidade de sua utilização no âmbito das relações trabalhistas, senão vejamos: “a atual redação dos parágrafos 1.º e 2.º do art. 114 da CF com alteração promovida pela Emenda Constitucional n.º 45/2004 prevê expressamente a possibilidade de submissão dos conflitos coletivos entre sindicatos dos empregadores e de empregados, ou entre sindicatos dos empregados e empresas à arbitragem, nada dispondo acerca dos conflitos individuais. No entanto, o silêncio do legislador leva a crer que é possível submeter os dissídios individuais trabalhistas à arbitragem em relação aos direitos patrimoniais disponíveis. Mesmo porque a mediação que se faz através das Comissões de Conciliação Prévia, muito embora não tenha previsão constitucional, é aceita. Idêntico raciocínio deve ser empregado em relação à arbitragem. Ademais, o escopo da Lei n.º 9.307/1996 de pacificação social harmoniza-se à finalidade do Direito do Trabalho” (TRT 2, RO. n.º 00417200604802005, 12.º T, rel. Marcelo Freire Gonçalves, DJ 28.03.02).

lidade das decisões. Contesta-se a alegada ofensa ao princípio do juiz natural esclarecendo que, também na arbitragem, o árbitro a quem as partes atribuíram competência para decidir eventual litígio é conhecido com antecipação.

Importante assentar que o Supremo Tribunal Federal afastou a alegada inconstitucionalidade das objeções acima articuladas, o que confere maior estabilidade à utilização da arbitragem como meio heterocompositivo alternativo de solução de conflitos, *in verbis*:

EMENTA: 3. *Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte, incluído o do relator, que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória – dada a indeterminação de seu objeto – e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parágrafo único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade – aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31). (STF, Ag. Reg. na sentença estrangeira n. 5.206-7/EP, Tribunal Pleno, Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30.04.04, p. 29).*

8. A arbitragem nos conflitos trabalhistas

Não há óbice à utilização da arbitragem no âmbito dos conflitos coletivos de trabalho, em razão de expressa previsão constitucional (artigo 114, § 1º, CF)².

A celeuma se instala quando se propugna utilizar a arbitragem em dissídios individuais de trabalho, sob os argumentos a seguir explicitados:

- (a) as normas trabalhistas são irrenunciáveis;
- (b) o artigo 114 da Constituição Federal faz alusão apenas à arbitragem nos conflitos coletivos;

² Nesse sentido: TRT 10ª R - 3ª T - RO n.º 1247/2005.005.10.00-3 - Relª. Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro - DJ 10.11.06 - p. 31; TRT - 15ª R. - Proc. 1048- 2004-032-15-00-0-RO - Ac. 9503/06 - 11ª C - Rel. Flávio Nunes Campos - DOESP 3/03/06 e TRT 2, RO. n.º 00417200604802005, 12.º T, rel. Marcelo Freire Gonçalves, DJ 28.03.02.

- (c) existência de inafastável desequilíbrio de forças entre o empregador e o trabalhador, tanto na celebração da convenção de arbitragem como na concretização do procedimento arbitral.

De outro lado, parte da doutrina contesta as restrições supra descritas, apresentando os fundamentos adiante:

- (a) os direitos trabalhistas, como regra geral, são patrimoniais disponíveis. O fato de existirem normas de ordem pública no Direito do Trabalho não implica dizer que todos os direitos trabalhistas são irrenunciáveis. Alguns direitos na esfera trabalhistas são indisponíveis, como os direitos da personalidade do trabalhador, difusos, coletivos e também os relacionados com as normas que se referem à medicina, segurança e ao meio ambiente do trabalho.

“No campo do Direito do Trabalho existem normas imperativas que não excluem a vontade privada, mas a cercam de garantias para assegurar sua livre formação e manifestação” (PLÁ ROGRIGUEZ, 2000, p. 151);

- (b) a simples omissão da Constituição Federal no artigo 114 não induz, de forma alguma, à conclusão de que há vedação implícita de sua adoção no âmbito dos conflitos individuais de trabalho. Sustentam que o princípio da legalidade assegura a licitude do procedimento arbitral nesse tipo de relação jurídica, haja vista que a Constituição tampouco contém dispositivo autorizando a arbitragem de litígios cíveis e comerciais, nem precisa, porquanto o princípio da legalidade prevê que as proibições não se presumem da omissão da lei, nos termos do artigo 5, II, CF. (YOSHIDA, *op. cit.*, p. 91);
- (c) no que se refere ao desequilíbrio de forças na celebração da convenção arbitral, cumpre dizer que a viabilidade do instituto varia de acordo com o momento da celebração da convenção de arbitragem.

A partir dessas considerações, parece-nos incabível a aplicação do instituto *no ato da assinatura do contrato de trabalho*, não sendo, portanto, válida a inclusão de cláusula compromissória de arbitragem no contrato individual de trabalho, por restar evidente que o trabalhador renunciaria aos seus direitos para viabilizar a contratação.

No curso do pacto laboral, também entendemos incabível, pois nesse momento é quase certo que o trabalhador, hipossuficiente, ver-se-ia pressionado pelo empregador,

detentor do poder econômico, a renunciar aos seus direitos em prol da manutenção do emprego.

Na fase pós-contratual, a arbitragem revela-se apropriada, uma vez que o trabalhador não se encontra mais sujeito às pressões do empregador, podendo, de comum acordo com este, optar entre a jurisdição estatal e a arbitragem, para ver solucionado o litígio trabalhista.

Considerando a posição desvantajosa da grande maioria dos trabalhadores em relação aos empregadores, a arbitragem, nos dissídios individuais, deverá se revestir de algumas cautelas, para que não se transforme em um meio de burlar as normas trabalhistas de proteção ao empregado. Sendo assim, a viabilidade desse instituto implica a observância de certas regras, como a reflexão sobre a condição pessoal e profissional do trabalhador.

A par disso, recomenda-se seja a convenção arbitral inserida em acordos ou convenções coletivas de trabalho, a fim de compensar a desvantagem do trabalhador em relação ao empregador pela interveniência do sindicato, cuja função maior é proteger os interesses da classe trabalhadora que representa.

Bibliografia

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998.

GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). *A arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

YOSHIDA, Márcio. *Arbitragem trabalhista: um novo horizonte para a solução dos conflitos laborais*. São Paulo: LTr, 2006.

Novos modelos tecnológicos para o acontecimento do contrato eletrônico: assinatura e certificação digitais

New technological models for the electronic contract:
signature and digital certification

Roberto H. Pôrto Nogueira

Advogado. Professor da Faculdade Pitágoras e da PUC Minas. Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito Milton Campos. e-mail: portonogueira@gmail.com

Rodrigo Almeida Magalhães

Advogado. Professor da PUC Minas. Doutor e Mestre em Direito pela PUC Minas. Coordenador do curso de Direito da PUC Minas em São Gabriel.

Resumo: Este trabalho visa a apresentar o modo como a certificação e assinatura digitais no Brasil influenciam os contratos e, especialmente, o contrato eletrônico, de modo a buscar soluções no Direito dos Contratos na atualidade. Desse modo, o trabalho propõe a identificação de novos modelos tecnológicos, postos ao Direito dos Contratos, bem como sua compreensão, para promover um ambiente favorável e uma estrutura jurídica direcionada ao acontecimento do contrato eletrônico.

Palavras-chave: 1. certificação digital. 2. assinatura digital. 3. contrato eletrônico. 4. princípios e interpretação. 5. novos requisitos de validade. 6. Direito dos Contratos.

Abstract: This work aims at presenting the way digital certificate services and digital signature in Brazil influenced the contracts and specially the electronic contract, in order to search for solutions in the Law Contract Subject at this present time. This way, this paper considers the identification of new technology tools available to Law Contract Subject, as well as their comprehension, to provide a favorable environment and appropriated legal structure target to electronic contract.

Keywords: 1. digital certificate services. 2. digital signature. 3. electronic contract. 4. principles and interpretation. 5. new requirements of enforceability. 6. law contract subject.

1. Considerações iniciais

O avanço tecnológico não mais admite as tradicionais definições que entendem que o contrato, enquanto produto final, “exterioriza-se por intermédio de uma ou mais folhas de papel, impressas ou escritas, assinadas pelas partes, que descrevem regras que irão disciplinar os interesses patrimoniais das partes a respeito de um determinado bem.” (ROCHA, 2002, p. 49).

Atualmente, a socialização do meio eletrônico de contratação e das ferramentas disponibilizadas à garantia da conclusão eficiente do contrato eletrônico é discutida pela comunidade jurídica, e até mesmo implementada, sem que os atores desse novo cenário compreendam os novos modelos.

Ademais, tais novos modelos impõem, ao profissional do Direito, a tarefa de enfrentar os desafios evolutivos do Direito dos Contratos, em especial do contrato eletrônico¹. Adota-se a definição de Ricardo L. Lorenzetti (2004, p. 285), para quem o contrato eletrônico “caracteriza-se pelo meio empregado para a sua celebração, para seu cumprimento ou para sua execução, seja em uma ou nas três etapas, de forma total ou parcial”. Carlos Alberto Rohrmann (2005, p. 58) afirma que o contrato eletrônico é “o negócio jurídico bilateral que tem no meio virtual o suporte básico para sua celebração”.

A abordagem, pelo Direito, desses novos paradoxos evolutivos da tecnologia informática é de grande relevância, para a compreensão do cenário da contratualidade e de sua documentação, nos dias atuais.

2. Novos modelos: criptografia, assinatura e certificação digitais

2.1. Criptografia

A criptografia possibilita que uma mensagem seja transmitida de forma codificada entre emissor e receptor, de modo ininteligível a estranhos ou interceptores. Para tanto, a chave para decodificação deve ser convencionada entre as partes e, usualmente, demanda a manutenção de determinado segredo. A chave pode ser criada pelas partes ou elaborada por um programa de computador, sendo uma espécie de código.

É comum a identificação da utilização da criptografia com propósitos militares, para envio de mensagens secretas. Há indícios de que era conhecida no Egito, na Mesopotâmia (MENKE, 2005, p. 43), na Índia e na China. De acordo com a doutrina que se dedica ao resgate histórico da utilização da técnica, Júlio César utilizava um método para cifrar suas correspondências na Roma antiga, sendo que cada letra do texto era substituída pela terceira letra subsequente no alfabeto. Registre-se que o primeiro livro

¹ Parte da doutrina procede à diferenciação entre contrato informático e contrato eletrônico. Para Mariliana Rico Carrillo (2003, p. 101-104), os contratos informáticos têm como objeto um bem ou serviço informático, ao passo que os contratos eletrônicos são os que se realizam por meio de um sistema eletrônico de transmissão de dados, podendo, contudo, seu objeto, versar sobre qualquer prestação. Assim, para definição do contrato eletrônico, importa que algum elemento eletrônico tenha sido utilizado no processo de manifestação e processamento da vontade. O contrato eletrônico assim se identifica em razão do meio de contratação.

publicado sobre a habilidade de escrever mensagens secretas foi desenvolvido no início da Idade Moderna *Poligrafia*, publicado em 1510, pelo alemão Johannes Trithemius. Até a Primeira Guerra Mundial, as mensagens eram criptografadas de modo manual. Na Segunda Guerra Mundial, os alemães produziram a primeira máquina (eletromecânica) capaz de criptografar, conhecida como *ENIGMA* (MARCACINI, 2002, p. 10-13). Desse modo, por meio da tecnologia da criptografia, é possível codificar uma mensagem e, em momento posterior, decodificar.

Hoje, duas são as principais técnicas empregadas para criptografar: a criptografia simétrica ou convencional (de chave privada) e a criptografia assimétrica (de chave pública), sendo que a segurança da criptografia, em qualquer de suas modalidades, relaciona-se diretamente com a consistência do algoritmo utilizado no processo e do tamanho da chave (MARCACINI, 2002, p. 40).

2.2. Criptografia simétrica

Como qualquer criptografia, a chave representa um código que, em conjunto com um algoritmo, permite revelar o conteúdo da mensagem. O algoritmo é espécie de fórmula utilizada para cifrar. À mensagem aplica-se a fórmula, e somente o conhecimento de uma das incógnitas da fórmula (algoritmo) possibilita o alcance do resultado válido.

A criptografia simétrica baseia-se na simetria das chaves, ou seja, a chave utilizada para criptografar é a mesma utilizada para decifrar. Daí o porquê de ser chamada de criptografia de chave privada: a chave jamais poderá ser pública, sob pena de qualquer um poder decifrar a mensagem, ter acesso a seu conteúdo e, eventualmente, comprometer sua integridade e autenticidade. Significa que os interlocutores compartilham as chaves para cifrar e decifrar a mensagem (MENKE, 2005, p. 46).

O problema da criptografia simétrica é, portanto, que a chave privada deve ser compartilhada, de modo que se coloca em xeque a confiabilidade dos demais portadores e a transferência do algoritmo de segurança, que pode, eventualmente, ser interceptado. A técnica da criptografia simétrica é mais sujeita à quebra de sigilo.

2.3. Criptografia assimétrica

Foi proposta em 1976, por Whitfield Diffie, Martin Hellman e Ralph Merkle, em artigo intitulado “New directions of cryptography” (MARCACINI, 2002, p. 24; MENKE, 2005, p. 46).

A criptografia assimétrica tem esse nome em razão da assimetria entre seu par de chaves. Esse par de chaves é gerado por um programa de computador, a partir do emprego de complexos cálculos matemáticos, de modo que “possam ser encontrados dois números que sejam de tal forma relacionados entre si, que sirvam um como chave pública e o outro como chave privada.” (MARCACINI, 2002, p. 27).

As chaves são criadas em forma de uma combinação de letras e números bastante extensa. As chaves serão tão mais seguras quanto maiores forem. Ademais, elas complementam-se e atuam em conjunto (MENKE, 2005, p. 46-47).

Logo, as chaves são diferentes, mas necessariamente correspondentes entre si. Uma delas é publicada (a chave pública), enquanto a outra é mantida sob guarda e exclusivo controle do signatário. Ambas as chaves podem ser utilizadas para criptografar ou decriptar. Porém, a mesma chave não decripta o arquivo criptografado por ela mesma.

Não há necessidade de envio de chave privada, o que reduz sobremaneira o risco de interceptação e posse por terceiros. Quer dizer que o portador do par de chaves assimétricas deve manter uma delas sob o mais absoluto sigilo e publicar a outra, sendo que uma determinada pessoa interessada em enviar mensagem criptografada pode buscar a chave pública em um banco de dados disponibilizado por determinada instituição ou até mesmo pode recebê-la de seu proprietário, por correio eletrônico ou envio automático, quando do acesso de seu sítio² pessoal na internet.

Utilizada a chave pública para criptografar, a mensagem pode ser enviada com segurança. A mesma chave, a que é pública, não é capaz de decriptar a mensagem cifrada por ela mesma. Somente o proprietário, com a sua chave privada, aquela mantida sob sua custódia exclusiva, será capaz de proceder à decodificação. Assim, é importante salientar que a chave privada é de único e exclusivo domínio do titular da assinatura.

A criptografia assimétrica é desenvolvida a partir de funções matemáticas irreversíveis, ou seja, embora teoricamente reversíveis, na prática são irreversíveis em consideração ao tempo necessário para tanto (a reversão, por meio da técnica do erro e acerto, demoraria mais de dez anos para fatorar o número gerado pela utilização de uma chave).

² Sítio, também comumente chamado de *site* ou *home page*, significa, literalmente, lugar. “Na internet, a palavra *site* é utilizada para designar um lugar virtual, situado em algum endereço eletrônico da *World Wide Web*.” (MARCACINI, 2002, p. 192).

Desse modo, quando ocorre a criptografia do arquivo, é utilizada tal função irreversível, denominada *hash*. O resultado da aplicação da função *hash* (digestora) à mensagem é o resumo da mensagem, ou seja, a transformação do arquivo em uma sequência de dígitos ininteligíveis e de tamanho fixo. Qualquer mensagem, independentemente do tamanho, é condensada em tamanho fixo (MENKE, 2005, p. 47). O resumo da mensagem é utilizado no algoritmo³, juntamente com a chave pública ou privada, gerando a assinatura digital.

É exatamente em razão de a função matemática ser irreversível, que a mesma chave não consegue reverter a operação, de maneira a decriptar a mensagem. Por outro lado, conhecendo o segredo para reverter a função (a outra chave do par), a decodificação da mensagem faz-se possível. A confidencialidade pode, assim, ser obtida.

Augusto Tavares Rosa Marcacini (2002, p. 35) observa, acerca da função digestora: “Como a *hash function* é uma função matemática sem retorno (*one-way function*), não é possível realizar uma operação inversa para, a partir do ‘resumo da mensagem’, chegar-se à mensagem que o produziu”.

O professor Carlos Alberto Rohrmann, sobre a função *hash*, explica:

Retornando à assinatura digital, pode-se dizer que ela é um identificador acrescido a determinado pacote de dados digitais que é gerado por um programa de computador que se vale de uma função *hash*, cujas entradas são uma chave privada de assinatura do assinante mais o próprio arquivo eletrônico a ser digitalmente assinado, e que só será decodificado por uma chave pública associada àquele assinante e garantida por uma autoridade certificadora (AC), que faz a identificação das partes e a posterior certificação, emitindo certificados de autenticidade do par de chaves utilizado. (ROHRMANN, 2005, p. 77).

O par de chaves é gerado pelo próprio usuário, mediante a utilização de um software apropriado, preparado para realizar as operações matemáticas necessárias à geração das chaves e aplicação das fórmulas ou funções matemáticas. Augusto Tavares Rosa Marcacini esclarece:

[...] Tanto as operações matemáticas da *fórmula* como a escolha do par de chaves são feitos a partir de complexos cálculos. [...] É sempre oportuno destacar que o fato de a crip-

³ “Sequência finita de regras, raciocínios ou operações que, aplicada a um número finito de dados, permite solucionar classes semelhantes de problemas (p.ex.: algoritmo para a extração de uma raiz cúbica); processo de cálculo; encadeamento das ações necessárias ao cumprimento de uma tarefa; processo efetivo, que produz uma solução para um problema num número finito de etapas; mecanismo que utiliza representações análogas para resolver problemas ou atingir um fim, noutros campos do raciocínio e da lógica; conjunto das regras e procedimentos lógicos perfeitamente definidos que levam à solução de um problema em um número finito de etapas” (“Algoritmo”, *Dicionário Houaiss*, 2001).

tografia moderna exigir o emprego de fórmulas matemáticas complexas não é, contudo, um óbice ao seu uso pela população em geral. Há diversos programas de computador que realizam automaticamente todas estas operações mirabolantes e de forma transparente para o usuário. Não lhe é necessário, portanto, fazer qualquer operação, sequer de aritmética elementar... O par de chaves, por sua vez, é também gerado pelo programa a partir de sofisticados cálculos, para que possam ser encontrados dois números que sejam de tal forma relacionados entre si, que sirvam um como chave pública e outro como chave privada. (MARCACINI, 2002, p. 27).

Esse par de chaves assimétricas é o empregado para assinar digitalmente um documento eletrônico, conforme sistemática explicada a seguir.

2.4. Assinatura eletrônica

A assinatura é tradicionalmente compreendida e explicada como sendo um nome ou marca firmada na parte inferior de um escrito, designando autoria ou aprovação de seu conteúdo. A etimologia remete à ideia de deixar sinal, chancelar, ratificar ou reconhecer (“Assinatura”, *Dicionário Houaiss*, 2001).

Antes da explosão e do desenvolvimento massivo da tecnologia informática, assinatura era tida quase que somente em sua acepção de forma gráfica aposta manualmente em documento físico.

O problema da assinatura aparece quando o escrito não mais se disponibiliza materializado para a aposição do nome ou marca em sua parte inferior. Na verdade, a assinatura presta-se a proceder à identificação da autoria, procedência ou autenticidade de determinado conteúdo declarativo. Logo, a assinatura é qualquer marca que possa identificar o autor ou, ainda, representar a ratificação do conteúdo de um documento específico.

Uma definição mais ampla e em consonância com o paradigma tecnológico é a de Ricardo L. Lorenzetti (2004, p. 101), para quem a assinatura é tão somente “um meio de vincular um documento ao seu autor”. Esse conceito incorpora não somente a assinatura manuscrita, mas também, a assinatura eletrônica e a sua espécie assinatura digital. Estas duas últimas demandam maior atenção.

É comum a indistinção entre assinatura eletrônica e assinatura digital. A diferença é importante para a compreensão e possibilita o alcance de alguma precisão conceitual.

A assinatura eletrônica é gênero. Pertencem a este grupo: as senhas, os códigos de acesso em geral, as técnicas biométricas, as assinaturas escritas digitalizadas ou fotografadas para reprodução em larga escala, as pranchetas eletrônicas de sensibilidade

e reconhecimento da assinatura manuscrita, os meios fonográficos de reconhecimento de voz, a assinatura digital, dentre outros.

2.5. Assinatura digital

Talvez em razão do desenvolvimento tecnológico desordenado, a sociedade passou a considerar como assinatura digital toda aquela que não ocorresse em documento havido em suporte tangível. E por esse motivo, grande parte dos estudos teve que dessecar as definições de documento e documentação, para reconstruir seus contornos, ascendendo a aspecto nuclear o conteúdo documental, eventualmente havido em suporte tangível ou não. Ricardo L. Lorenzetti (2004, p. 129) conclui que o documento digital comporta-se no gênero documento, por se constituir de declaração de vontade e suporte, ainda que digital (*bits*).

Os sinais contidos em documento eletrônico ou digital podem representar assinaturas eletrônicas, sem, contudo, integrarem a espécie da assinatura digital.

A assinatura digital, como espécie do gênero da assinatura eletrônica, surge como resposta do próprio sistema da Tecnologia à sociedade, em decorrência de novos paradoxos inseridos por seu próprio desenvolvimento. Isso levou ao resgate e preenchimento do conteúdo semântico de assinatura, *supra*.

Ao presente trabalho compete a análise especial da assinatura digital, que abrange a assinatura que transcende a simples codificação de acesso ou identificação, mas que também emprega alguma tecnologia avançada para atingir, em seus mais diversos aspectos, a equivalência funcional com a assinatura tal qual tradicionalmente concebida. Normalmente, assim como ocorre no Brasil, a assinatura digital é relacionada à utilização da tecnologia da criptografia assimétrica, já explanada. Fabiano Menke bem explica a distinção em exame. Afirma que:

[...] sob a denominação de assinatura eletrônica inclui-se um sem-número de métodos de comprovação de autoria empregados no meio virtual. A assinatura digital, desta feita, consiste em espécie do gênero assinatura eletrônica, e representa um dos meios de associação de um indivíduo a uma declaração de vontade veiculada eletronicamente dentre outros diversos existentes. [...] Enquanto o termo assinatura eletrônica abrange o leque de métodos de comprovação de autoria mencionados, e até mesmo outros que possam vir a ser criados, a palavra “assinatura digital” refere-se, exclusivamente, ao procedimento de autenticação baseado na criptografia assimétrica. (MENKE, 2005, p. 42).

Algumas distinções são, portanto, essenciais à compreensão da assinatura digital em sentido estrito, tal qual importa à problemática de enfrentamento proposto no presente trabalho.

Primus, não há de se confundir assinatura digital com o sinal gráfico manualmente produzido, copiado eletronicamente e apostado ou impresso em novo documento (assinatura digitalizada); tampouco, com a senha de acesso, hoje amplamente utilizada em transações eletrônicas. Tais senhas, a despeito de possibilitar algum controle, não podem ser, sequer minimamente, consideradas seguras em comparação à utilização da técnica da criptografia assimétrica. Essa última técnica é da essência da assinatura digital (ROHRMANN, 2005, p. 68).

A assinatura digital é, pois, o resultado de uma operação matemática, que, necessariamente, emprega a técnica da criptografia assimétrica (MARCACINI, 2002, p. 32). É nessa direção o entendimento de Augusto Tavares Rosa Marcacini:

A assinatura digital, enfim, é o resultado de uma complexa operação matemática, que utiliza uma função digestora e um algoritmo de criptografia assimétrica, e em, como variáveis, a mensagem a ser assinada e a chave privada do usuário (ambas vistas pelo computador como números) (MARCACINI, 2002, p. 37).

Cumprido dizer que a assinatura digital não se confunde com a chave privada ou pública pertinentes à criptografia assimétrica.

Vale esclarecer: a mensagem, por meio do emprego de uma função irreversível, é transformada em sequência de dígitos de tamanho invariável. A essa sequência de dígitos é dado o nome de resumo da mensagem. Esta série digital é novamente submetida a uma fórmula, da qual tomará parte uma das chaves. O arquivo resultante desse processo é que constitui a assinatura digital. O documento digital constituído pelo resumo da mensagem somente será obtido após a operação inversa de decodificação, quando algum conteúdo inteligível puder ser abstraído.

2.6. Certificação digital

É exatamente na seara da autenticidade, ou seja, da garantia de procedência subjetiva, que se insere o papel das autoridades certificadoras⁴ e dos certificados digi-

⁴ Quando empregadas letras iniciais maiúsculas para ‘autoridades certificadoras’ e ‘autoridades de registro’, refere-se a autoridades credenciadas à infra-estrutura nacional oficial de chaves públicas.

tais. As autoridades certificadoras, por meio de certificados digitais, pretendem possibilitar a atribuição de ato jurídico específico a pessoa determinada.

A autoridade certificadora é responsável pela divulgação da chave pública, pela certificação da titularidade da referida chave por meio de um certificado, que tem um prazo de validade, podendo certificar outras informações que o signatário julgar necessárias. Ana Carolina Horta Barreto (2002, p. 39) pontua: “De modo a assegurar o seu uso confiável e a sua validade legal, bem como combater a fraude, a assinatura eletrônica depende de técnicas confiáveis de geração, armazenamento e certificação, que garantam sua autenticidade”.

Desse modo, a certificação digital relaciona-se com o certificado digital que, precipuamente, registra a chave pública em nome de um titular e atesta que tal chave pública é, efetivamente, de quem a exhibe. Assim, a autoridade certificadora garante a relação entre a identidade da pessoa e a chave pública por ela exibida ou ostentada em seu nome (BARRETO, 2002, p. 39).

O certificado é uma espécie de confirmação, lançada por uma terceira parte, em relação à chave pública de uma outra pessoa que assinou digitalmente um documento eletrônico (ROHRMANN, 2005, p. 76). O certificado é explícito quanto a seu objeto e validade.

Fabiano Menke (2005) salienta que os certificados digitais são emitidos com base em padrões estabelecidos em normas internacionais, sendo quem destaca os padrões ITUX.509 ou ISO 9594-8⁵. O objetivo desses padrões é garantir a interoperabilidade, que será explanada adiante. Vale trazer a definição de Fabiano Menke, acerca de certificado digital:

O certificado digital é uma estrutura de dados sob a forma eletrônica, assinada digitalmente por uma terceira parte confiável que associa o nome e atributos de uma pessoa a uma chave pública. O fornecimento de um certificado digital é um serviço semelhante ao de identificação para a expedição de carteiras de identidade, só que um certificado é emitido com prazo de validade determinado (MENKE, 2005, p. 49).

Ricardo L. Lorenzetti (2004, p. 139) destaca a função primordial do certificado digital, como sendo a de possibilitar a identificação do signatário de um documento eletrônico. Por outro lado, salienta que o certificado digital deve permitir a constatação

⁵ Em nota de rodapé, Fabiano Menke (2005, p. 49) aponta que a sigla ITU diz respeito ao *Institute of Telecommunication Union*, organização internacional que possui como um de seus objetivos centrais a padronização no campo das telecomunicações, assim como a ISO, *International Organization for Standardization*.

de seu período de vigência, além de eventual revogação, nome do emitente, dentre outras informações.

De fato, há prazo de validade para os certificados digitais. Trata-se de uma medida de segurança, de modo que, quanto melhor e mais seguro o meio de armazenamento da chave privada do usuário, maior será o prazo de validade de seu certificado digital.

A autoridade certificadora (AC), por sua vez, é um terceiro garantidor de determinados dados ou identidade. A autoridade de registro (AR), ligada à autoridade certificadora, é encarregada das atividades de cadastro das titularidades e chaves públicas correspondentes.

A autoridade certificadora, que mantém atualizada e disponível uma “Lista de Revogação de Certificados” ou LRC, deve se abster de ter acesso à chave privada (BRASIL, MPV n. 2.200-2, 2001).

A assinatura digital comporta não somente o processo de aplicação da tecnologia criptográfica assimétrica no resumo do documento, como também o emprego de um certificado digital de autenticidade da chave pública, devidamente gerado, emitido e submetido aos regramentos normativos contidos na medida provisória em referência.

A chave privada pode ser armazenada no disco rígido do computador, em *smart cards*, *tokens* ou qualquer outro dispositivo apropriado. A manutenção da chave em dispositivo exclusivo para esta finalidade, certamente, afasta muitas das possibilidades de fraudes e manuseio indesejado por terceiros não autorizados. Assim, os *smart cards* e *tokens* são mais seguros que o armazenamento no disco rígido do computador.

Atualmente, há softwares que aplicam técnicas mais complexas para acesso à chave privada, qualquer que seja o dispositivo usado para seu armazenamento.

Uma das técnicas mais promissoras é a biometria, que é a ciência que se encarrega do estudo das características individuais do ser humano. Os sistemas de segurança baseados na biometria supõem a identificação de uma pessoa, através de suas características biológicas ou físicas, tais como impressões digitais, reconhecimento de face, mão e dedos, verificação de características oculares, da grafia e da voz (CARRILLO, 2003, p. 187-189). Assim, por empregar medidas e estruturas individuais, que são ímpares, prometem evitar o acesso indesejado a uma determinada chave privada.

Cabe listar algumas das Autoridades Certificadoras credenciadas junto à Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira, que será tratada adiante. O Serpro, primeira Autoridade Certificadora credenciada pela ICP-Brasil, é responsável pela criação de

seu Centro de Certificação Digital – CCD, desde 1999, além de divulgar o uso dessa tecnologia para os vários segmentos com que trabalha. A Caixa Econômica Federal emprega a tecnologia de certificação digital para realizar a comunicação segura na transferência de dados pertinentes ao FGTS e à Previdência Social, dentro do projeto Conectividade Social. A Serasa possui um contato mais direto com o usuário final, podendo emitir certificados para a comunidade em geral, o que contribui para a integração digital da sociedade. A Secretaria da Receita Federal (SRF) emprega seus certificados e a tecnologia em comento para identificar os contribuintes nas operações de comunicação, prestação de informações, recebimento de declarações e recolhimentos tributários. A Certsign, pessoa jurídica de direito privado, foi fundada em 1996. Seu objetivo social é o desenvolvimento de soluções de certificação digital para o mercado brasileiro. A Autoridade Certificadora da Presidência da República (ACPR) foi criada em abril de 2002, com o objetivo emitir e gerir certificados digitais das autoridades da Presidência da República, ministros de estado, secretários-executivos e assessores jurídicos que se relacionem com a Presidência. A Autoridade Certificadora da Justiça (AC-JUS) comporta o Conselho da Justiça Federal (CJF), o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e os cinco Tribunais Regionais Federais. Por fim, a Imprensa Oficial, que é a Autoridade Certificadora Oficial do Estado de São Paulo, realiza oferecimento de produtos e serviços de certificação digital para os poderes executivo, legislativo e judiciário, do estado⁶.

Conforme dados do Instituto Nacional de Tecnologia da Informação, até abril do ano de 2007, foram registradas mais de cinquenta mil emissões de certificados digitais pela Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira, o que representa, ainda, um número bastante irrisório para um país populoso, como o Brasil. Eram, nessa mesma data, oito Autoridades Certificadoras de primeiro nível, vinte e duas de segundo nível, além de setenta e nove Autoridades de Registro, estas detentoras de seiscentos e setenta e nove instalações técnicas para verificação e registros de chaves públicas de usuários, possibilitando, assim, a emissão de certificados digitais⁷.

3. Considerações finais

O artigo partiu de alguns problemas, quais sejam, o do emprego e da compreensão dos novos modelos tecnológicos para a realização de contratos, especialmente,

⁶ Disponível em: <<http://www.iti.br/twiki/bin/view/Main/AutCerti>>. Acesso em: 30 out. 2006 e em 05 jan. 2008.

⁷ Disponível em: <<http://www.iti.br/twiki/bin/view/Certificacao/Indicadores>>. Acesso em: 05 jan. 2008.

em meio eletrônico. Assim, propôs-se a tratar esses novos mecanismos ou modelos que viabilizam o contrato eletrônico, especialmente, a assinatura e certificação digitais no Brasil.

A assinatura e certificação digitais, que se baseiam, no Brasil, na técnica da criptografia assimétrica, conjugadas a um modelo hierárquico, oferece soluções aos problemas da determinabilidade do sujeito, da integridade da declaração de vontade e da garantia do não-repúdio das próprias declarações.

A guisa de conclusão, insta ressaltar que, ainda no que respeita à assinatura e certificação digitais, firmou-se o modelo hierárquico de certificação digital no Brasil, buscando-se o mínimo de interoperabilidade entre sistemas e equipamentos, tudo no sentido de propiciar um meio seguro à satisfação das legítimas expectativas dos contratantes e, sobretudo, a própria conclusão eficiente do contrato eletrônico.

Não houve, tampouco foi pretendido, o esgotamento da temática. Mesmo porque, ao final do trabalho, muitas outras questões, alheias ao intuito inicial, surgiram e permanecem sem resposta. A exemplo, chama a atenção a dificuldade de, no meio eletrônico de contratação, assegurar a idoneidade do consentimento, ou melhor, que se consiga evitar a fabricação do consentimento. Contudo, o final do estudo alcança-se com muita satisfação, em razão da sistematização das polêmicas centrais do contrato eletrônico (identificáveis, a partir da assinatura e certificação digitais no Brasil), que conduziu à constatação da existência de base principiológica suficiente para a procedência do regime jurídico do contrato eletrônico, bem como ao estabelecimento de novas perguntas.

Referências

BARRETO, Ana Carolina Horta. Assinaturas eletrônicas e certificação, in: ROCHA FILHO, Valdir de Oliveira; BARRETO, Ana Carolina Horta *et al.* *O Direito e a internet*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 1-65.

BRASIL. Instituto Nacional de Tecnologia da Informação. Disponível em: <<http://www.iti.br/twiki/bin/view/Main/WebHome>>. Acesso em: 20 jan. 2008.

BRASIL. MPV n.º 2.200-2/2001 (MEDIDA PROVISÓRIA), de 24 ago. 2001. Diário Oficial da União. Brasília, 27 ago. 2001, p. 65. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 18 jan. de 2007.

CARRILLO, Mariliana Rico. *Comercio electrónico, internet y derecho*. Caracas: Legis, 2003.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, CD-rom versão 1.0, para Windows.

LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio eletrônico*. Trad. Fabiano Menke. Anot. Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Direito e informática: uma abordagem jurídica sobre criptografia*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MENKE, Fabiano. *Assinatura eletrônica: aspectos jurídicos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROCHA, Silvio Luiz Ferreira da. *Curso avançado de direito civil: contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v.3.

ROHRMANN, Carlos Alberto. *Curso de direito virtual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

Propriedade intelectual e direito de acesso aos bens culturais na sociedade da informação

Intellectual property and the right of access
to cultural wealth in information society

Sávio de Aguiar Soares

Mestre e Doutorando em Direito Privado pela PUC Minas. Graduando em Filosofia pela UFMG.
Procurador do Estado de Minas Gerais. e-mail: savio.aguiar@hotmail.com

Resumo: O trabalho visa definir a propriedade intelectual e seus conceitos fundamentais principalmente com o exame das questões relacionadas com o espaço das novas mídias. O patrimônio cultural comum está situado numa nova perspectiva a partir das mídias digitais. Os bens culturais enquanto exemplos de obras protegidas juridicamente recebem um tratamento específico no campo da sociedade da informação em que a digitalização exerce papel de facilitador do acesso à informação e ao conhecimento, inclusive no que diz respeito ao patrimônio cultural em sua totalidade.

Palavras-chave: Propriedade intelectual - Patrimônio cultural - Direito de acesso.

Abstract: This paper aims at defining intellectual property and its essential concept especially by examining the questions related to the new media. The cultural patrimony is situated in a different since the beginning of digital media. The cultural properties as an example of work protected by the law have a specific treatment in the field of information society where digital effects exert a role of offering opportunity to access information and knowledge including cultural patrimony in totality.

Key-words: Intellectual Property - Cultural patrimony - Right of access.

1. Propriedade intelectual

A Propriedade intelectual compreende na sua gênese os Direitos autorais e os Direitos industriais, ambos envolvidos no arcabouço da denominada propriedade imaterial (bens intangíveis). Essa categorização lógico-jurídica é definida por intermédio dos conceitos derivados da evolução do racionalismo jurídico, o que ensejou a tutela legal aos direitos emanados do intelecto humano.

Estes Direitos do homem como criador intelectual afiguram-se nas criações do espírito, de cunho estético e/ou utilitário, conforme o caso, tendo em vista a possibilidade de exploração econômica pela elevada diversidade de usos das obras intelectuais

na sociedade moderna, em decorrência da valoração promovida pela ideologia liberal burguesa, com relevo para os movimentos políticos do liberalismo e do capitalismo, de que são também manifestações jurídicas as declarações políticas dos direitos do homem e do cidadão.

A definição mais usual reputa o direito de propriedade, sendo dotado de exclusividade como incentivo, que recai sobre as mais variadas e intangíveis formas de criação da mente humana resultante do esforço intelectual. (LEITE, 2004).

Consoante José de Oliveira Ascensão (2004, p. 6) a estratégica e controvertida expressão “propriedade intelectual” surgiu com o fito de preparar um entendimento favorável ao reconhecimento e expansão do direito de autor ante o advento da Revolução Francesa no século 18 que emergiu para abolir privilégios. Nesse diapasão, a nomenclatura teve um aspecto pragmático, a fim de situar os bens protegidos no rol das propriedades, numa leitura de sacralização da propriedade individual à luz do liberalismo jurídico.

A gênese dos direitos intelectuais em espécie constitui-se na criação do espírito humano que se rege pelos interesses materiais do indivíduo como modo de exteriorização da personalidade do autor (mediante pensamentos e a transmissão de sensações, sentimentos, conhecimentos etc), estabelecendo-se por instrumentos mecânicos tangíveis ou simplesmente perdurando na dimensão incorpórea do que se expressa (desprovido do emprego de suporte fático), de acordo com a necessidade do criador intelectual.

Bittar (2004, p. 3) sustenta que os direitos intelectuais em espécie cumprem finalidades estéticas (de deleite, de sensibilização, de aperfeiçoamento intelectual, como nas obras de literatura, de arte e de ciência), bem como atende a objetivos práticos (de uso econômico ou doméstico, de bens finais resultantes da criação como móveis, máquinas etc), incorporando-se ao mundo do Direito em razão da diferenciação em dois sistemas jurídicos especiais quanto ao Direito de Autor e ao Direito de Propriedade Industrial.

Assim, a justificativa teleológica para a bipartição do Direito intelectual fulcra-se na valoração dos bens de natureza utilitária cujo interesse mais imediato para a vida humana submete-lhes a um prazo menor de exclusividade do criador.

Em contrapartida, os direitos decorrentes das criações do espírito que atendem os requisitos necessários voltados para o aprimoramento cultural são munidos de maior alcance social, o que exige lapso de proteção patrimonial estendido.

É inteligível que o Direito intelectual conceitua-se como propriedade imaterial ou incorpórea na qualidade de gênero, tendo como espécies ou ramos: os direitos autorais (direito de autor e direitos conexos), os direitos de propriedade industrial, além dos direitos de propriedade tecnodigital.

Cuida-se de uma nova compreensão da propriedade intelectual. O impacto da tecnologia digital no processo de massificação e acesso às obras intelectuais traduz uma nova realidade que demanda um exame renovado, no sentido de debelar a prolapada crise existente nas instituições clássicas em prol da harmonização entre a sociedade da informação e os direitos de propriedade intelectual.

Esse ramo do Direito intelectual em comento seria responsável pela tutela das novas formas de utilização das obras, ante o desenvolvimento tecnológico, com base na possibilidade de fixação das obras em suporte digital, da codificação de qualquer modalidade de obra em representação digital (armazenamento digital), da rapidez no fluxo das informações (compartilhamento pela rede mundial de computadores) e da divulgação das obras, assim como do aparecimento de novas categorias de obras intelectuais etc.

O acordo TRIPS (*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*) ou Acordo sobre Aspectos dos Direitos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (ADPIC) emergiu no cenário internacional no sentido de reconhecer a extrema importância da propriedade intelectual para o desenvolvimento socioeconômico-cultural da humanidade.

Izabel Vaz, citada por Leite (2004, p. 24), assevera que um dos motivos da inclusão da tutela à propriedade intelectual entre os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 tem respaldo na proteção dos direitos econômicos ou patrimoniais e morais do criador sobre as suas criações e do público quanto ao acesso aos bens criados, a fim de fomentar o desenvolvimento econômico e social.

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) criada em 1967 é um dos organismos especializados da Organização das Nações Unidas (ONU), sendo responsável pela administração da Convenção de Berna para proteção das obras literárias e artísticas. Essa entidade apregoa que a propriedade intelectual compreende os direitos de autor e os que lhe são conexos, como programas de computador, bancos de dados, marcas, patentes e a concorrência desleal.

O denominado sistema de proteção da propriedade intelectual mundial é composto pelas entidades supracitadas, de modo que a OMPI atua na harmonização legis-

lativa do Direito de propriedade intelectual e a OMC cuida dos aspectos relacionados ao comércio internacional com fulcro no TRIPS/ADPIC, gerando obrigações de conduta na ordem internacional exigíveis dos Estados-partes do referido tratado-contrato.

A OMC, ao regular os direitos intelectuais em espécie, teria transformado tais direitos em mercadoria como mero componente do mercado internacional, ignorando o elemento personalístico ou cultural. José de Oliveira Ascensão (2004, p. 9) designa esse fenômeno como a representação da hegemonia da vertente empresarial sobre a criação intelectual no campo do que o jurista português qualifica como das empresas de *copyright*, cujos efeitos se expandem na economia da informação, que estaria sendo alvo de apropriação privada em contraposição ao direito da cultura (liberdade da informação).

Em suma, o conteúdo do Direito de propriedade intelectual reveste-se de uma relevância na sociedade contemporânea em razão da diversidade de questões na formulação de políticas e diretivas que implicam consequências no comportamento dos indivíduos, das instituições privadas e públicas, de alcance nacional e internacional.

2. Obras intelectuais e mídias digitais

A propriedade intelectual insere-se no paradigma do ambiente tecnológico digital (dos avanços das telecomunicações e da informática), sendo que da Teoria Geral do Direito autoral obtêm-se os elementos para a formação dos conceitos da propriedade tecnodigital enquanto decorrência da digitalização, das autoestradas da informação e da multimídia, configurando “a sociedade de comunicação em que tudo estaria ao alcance do utente no meio digital e em regime de interatividade.” (ASCENSÃO, 1997).

A abertura de um novo espaço de comunicação, em que a informação assume papel de relevo para o desenvolvimento econômico, social, cultural, contribuiu para a Revolução tecnológica digital (tecnodigital), que sufragou a propriedade intelectual (leia-se com destaque ao direito de autor) à condição de bem principal na regência da economia de mercado do século 21.

A digitalização é reputada como fundamento técnico da nova face do mundo virtual, tendo o ciberespaço como meio de comunicação que emana da interconexão mundial dos computadores, cujo significado representa não somente a infraestrutura material da comunicação digital, mas inclusive o universo de informações por ele compiladas e a multiplicidade das sociedades humanas com ele relacionadas. (LÉVY, 1999).

O ambiente digital afigura-se na definição da cibercultura que se perfaz mediante um conjunto de técnicas (materiais e intelectuais), de práticas, atitudes, modos de pensamento e de valores que suscitam o crescimento desse ciberespaço, seja em razão da dinâmica libertária e comunitária da internet na configuração da interatividade, seja nas implicações culturais do desenvolvimento das tecnologias digitais de informação e de comunicação.

O estudo ora delineado funda-se na evolução do instituto da propriedade intelectual, em que o processo de digitalização apresenta-se como expressão do domínio tecnológico sobre a informação digital na busca de soluções para a manifesta crise existente nas instituições autorais clássicas. Isso pressupõe a releitura conceitual (que seguramente já se encontra em processamento) das instituições de propriedade intelectual, a fim de se coadunar a realidade tecnológica em constante metamorfose.

A virtualização do saber e da comunicação, a convergência tecnológica, a complexidade das mídias (multimídia), as mutações no modo de ser da interatividade e da interconexão mundial por via digital, assim como as relações desencadeadas nessa dimensão de transformações socioeconômicas, políticas e culturais compõem o quadro das questões versadas no debate sobre o direito de propriedade intelectual e a informação diante das novas tecnologias da internet.

Isto é, a digitalização das obras tuteladas demanda um tratamento específico que seja suficiente ao equacionamento dos interesses dos criadores intelectuais e dos usuários das obras disponibilizadas no meio virtual.

Nesse passo, entende-se a tecnologia da informática (em que a internet desempenha papel de destaque) como meio de comunicação revolucionário responsável pela superveniência da cibercultura e do fenômeno da digitalização.

O ponto central consubstancia-se na adaptação do direito de propriedade intelectual à realidade tecnológica, por meio do exame de pontos nevrálgicos, como a plausibilidade ou não da aplicação de tecnologias que obstaculizem o acesso público ao conteúdo das informações e conhecimentos, mediante o emprego de ferramentas que controlem e restrinjam a reprodução, execução e distribuição de obras no formato digital. Cuida-se do questionamento acerca das medidas tecnológicas adotadas no ambiente virtual para o alcance do balanceamento de interesses dos sujeitos envolvidos.

Por força da virtualização do conhecimento e das informações, ocorre a discussão sobre os aspectos jurídicos da internet e sobre a aplicação do direito de proprieda-

de intelectual no seu campo de abrangência. Inclusive sobre o controle de utilização das obras e a disponibilização das mesmas em rede.

Os efeitos jurídicos da virtualização são identificados por meio das obras digitais que têm relação com a liberdade intelectual (enquanto prerrogativa individual do criador limitada constitucionalmente), em que se visualiza o confronto com os demais direitos fundamentais em tela.

Assim, impõe-se averiguar o movimento de privatização da informação (ou apropriação privada da informação) em face do controle da mesma por agentes econômicos (indústria cultural e midiática) no mercado cultural, que a transformam em mercadoria e reduzem o cumprimento das experiências culturais (com a escassez dos recursos culturais), porquanto a informação é convertida em produto de consumo.

Logo, na Era Digital (também chamada de Era das Redes), a obra multimídia (que reúne vários tipos de expressão de obras – texto, som e imagem – num único suporte informático) passa por uma releitura, pois com a digitalização dos dados e com a desnecessidade de um suporte material tangível para se considerar a obra existente ou para a sua divulgação no ciberespaço, cria-se a possibilidade de reprodução de obras intelectuais em questão de segundos, permitindo com mais facilidade a violação dos direitos autorais.

A digitalização das obras reflete a decodificação e fixação das criações do espírito em suporte digital com a finalidade precípua de utilização ou exteriorização, conforme o caso. A obra digitalizada incorpora-se ao mundo virtual e comporta usos que transcendem aos conceitos tradicionais. (POLI, 2006, p. 135).

A modificação da tecnologia analógica para a digital repercutiu estruturalmente no âmbito cultural. Com o advento da internet, a forma de exteriorização das obras culturais passa a ser digitalizada (informações codificadas em bits), permitindo que a compilação de diversas obras, ou mesmo sua reprodução e a divulgação, sejam feitas de uma forma bem mais rápida do que possível ou alcançada pela tecnologia analógica.

Desta feita, o movimento geral de digitalização ocorre mediante a integração de todas as mídias, isto é, qualificando a “unimídia” em que as mídias separadas são unidas numa mesma rede digital integrada e interconectada.

Em suma, o essencial é elucidar a definição de ciberespaço como “espaço de comunicação aberto pela interconexão de computadores e das memórias de computadores” (LÉVY, 1999, p. 92), considerando sua marca distintiva na codificação digital da

informação (digitalização geral da informação), com destaque para seu papel de canal de comunicação do século 21.

3. Direito de acesso aos bens culturais na sociedade da informação

A sociedade da informação consiste no modo de desenvolvimento econômico em que a informação é essencial na formulação do conhecimento e na satisfação das necessidades dos indivíduos com ênfase na atividade econômica, na circulação de riquezas e mesmo na definição da qualidade de vida das pessoas e de suas práticas culturais como síntese das alterações tecnológicas introduzidas na organização social (em suas leis e costumes), pelas quais a informação vincula o local e o global.

Manuel Castells, citado por Marcos Wachowicz (2007, p. 89) leciona que o termo sociedade da informação enfatiza o papel da informação na sociedade enquanto “atributo de uma forma específica de organização social em que a geração, o processamento e a transmissão da informação tornam-se as fontes vitais de produtividade e poder, devido às novas condições tecnológicas surgidas nesse período histórico.”

É uma sociedade intitulada informacional, na qual a circulação das informações ocorre de forma cada vez mais acentuada (maior celeridade de processamento) e sofisticada em todos os setores da produção e do conhecimento, de sorte que as tecnologias da informação e da comunicação oportunizam um acesso generalizado a redes de informática, telecomunicação pessoal e coletiva, pela transferência interativa de informações em escala mundial com lastro nessa verdadeira revolução tecnológica.

Desta feita, é pertinente refletir acerca desse novo perfil da sociedade pós-moderna na economia capitalista (neoliberal) e globalizada, em que o conhecimento é a principal força de produção da sociedade e da necessária harmonia com o direito à liberdade da informação, papel decisivo do Estado Democrático de Direito na tutela do acesso à informação e do exercício da liberdade de pensamento e de expressão.

Vale dizer, impõe-se averiguar o movimento de privatização da informação em face do controle da mesma por agentes econômicos (indústria cultural e midiática) no mercado cultural, que a transformam em mercadoria, porquanto a informação é convertida em produto de consumo, identificando-se no que Lorenzetti (1998, p. 86) apontou como “o problema da ruptura da existência de dois mundos distintos, o da exclusão e o do acesso”.

Sem dúvida, a informação é também fundamental no aspecto econômico, tornando-se um autêntico bem de produção universal, que Ascensão (2004) denomina

instrumento-motor ou fator decisivo do fenômeno da globalização, proclamando que se trata de uma realidade dos nossos dias segundo a qual “quem domina a informação domina o mundo”.

Destarte, a informação deve ser considerada como um bem livre, porquanto quando se ouve uma música ou se lê um livro, a informação extraída é inteiramente disponível, já que a acessibilidade aos elementos de informação é pressuposto do acesso à cultura.

A reutilização da informação por quaisquer interessados não pode ser vedada em vista do valioso diálogo cultural e científico que se faz com fulcro nesses elementos informacionais, sendo que a monopolização ou apropriação indiscriminada seria absolutamente desarrazoada.

As normas constitucionais garantidoras do desenvolvimento nacional (socioeconômico) e do acesso à cultura, à informação, à educação e ao conhecimento em geral são consideradas como causas de atribuição do direito patrimonial de autor. Isto é, a razão de ser (a função) que o ordenamento jurídico reconhece aos direitos intelectuais é no sentido de conferir eficácia aos preceitos constitucionais supracitados.

Na perspectiva do direito de acesso aos bens intelectuais, insta questionar acerca da efetividade dos direitos culturais, consideradas as seguintes espécies: direito de criação intelectual, direito de acesso às fontes da cultura nacional, direito de difusão da cultura, liberdade de formas de expressão cultural, liberdade de manifestações culturais e direito-dever estatal de formação do patrimônio cultural brasileiro e de tutela dos bens da cultura (SILVA, 2002, p. 312).

Carboni (2006a, p. 200), fundado em Habermas, põe em relevo a possibilidade do acesso ilimitado (sem fronteiras) decorrente em grande parte da internet, ante a questão do desafio na sociedade da informação de equacionar o direito de propriedade intelectual com o direito social de acesso à informação e à cultura, em que a esfera pública seja verdadeiramente um espaço voltado à livre formação da opinião pública (de exercício da liberdade de expressão).

Evidentemente, não condiz com o paradigma democrático em vigor a aplicação de tecnologias que obstaculizem o acesso público ao conteúdo das informações e conhecimentos mediante o emprego de ferramentas que controlem e restrinjam a reprodução, execução e distribuição de obras no formato digital, o que superestima a titularidade dos detentores de direitos de propriedade intelectual em detrimento dos usuários em geral.

Assim como, não é plausível cercear os benefícios do processo de digitalização das criações intelectuais, por exemplo, como a formação de bibliotecas e acervos digitais que promovam a difusão do conhecimento via internet, pela profícua e vital capacidade de garantir o acesso livre (aberto), universal e equitativo na esfera comunitária.

No entanto, em virtude dos interesses econômicos dos empresários do *copyright* (na expressão adotada por Ascensão) que se arvoram arbitrariamente desses dispositivos tecnológicos, a título de prevenção contra as cópias ilegais, ocorrem restrições espúrias ao necessário fomento cultural e ao desenvolvimento socioeconômico e tecnológico da sociedade contemporânea (em especial dos países em desenvolvimento como o Brasil), que exige meios mais dinâmicos de expressão cultural e de divulgação (acesso) das infindáveis formas de exteriorização das obras intelectuais.

A interpretação dos conflitos entre o direito de propriedade intelectual e o direito de acesso à informação e à cultura tem sido desencadeada no sentido da relativização dos direitos de autor e conexos, estabelecendo o equilíbrio (balanceamento) entre os direitos do criador, que deve lograr uma justa compensação pela sua atividade intelectual, e o conjunto da sociedade que deve ter assegurado o direito de acesso à informação, à educação, à ciência, à tecnologia e ao domínio público (inclusive no que diz respeito à utilização do patrimônio cultural comum) como um todo na qualidade de categórico direito ínsito ao exercício da cidadania.

Por sua vez, surgiram iniciativas que permitem o acesso às obras ao público, sob condições mais flexíveis, com base em projetos colaborativos ou de criação integrada de desenvolvimento e disponibilização de licenças públicas, em que a coletividade de usuários tem acesso às obras dentro dos limites das licenças.

Além disso, torna-se essencial propiciar meios de facilitação de acesso à informação de domínio público e ao desenvolvimento deste, e também com relação à tutela da informação contra toda espécie de apropriação indevida, enfim garantindo a diversidade e a identidade culturais das populações, atendendo inclusive aos parâmetros internacionais que propõem a prevalência do direito de acesso à informação e à cultura em determinadas hipóteses.

Por exemplo, nesse prisma é inteiramente admissível pugnar pela colocação de limitações mais expressivas aos direitos de propriedade intelectual para a utilização com fins educacionais, de pesquisa e em bibliotecas, especialmente em países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, uma vez que é notável o papel de impacto da pro-

priedade intelectual no desenvolvimento como um instrumento fundamental para o progresso material e bem-estar das nações mais pobres.

4. Conclusão

Por fim, nessa dimensão do acesso aos bens culturais, com arrimo no primado da dignidade da pessoa humana (consagrado na ordem jurídica constitucional em vigor como fundamento da República Federativa do Brasil), é lícito erigir o reconhecimento do direito do gigantesco contingente da população brasileira, que sobrevive na penúria, a ter a possibilidade de reproduzir livremente, ainda que integralmente, obras intelectuais protegidas (numa espécie de cópia privada funcional).

Assim, é incontestado que essa utilização não é lesiva aos meios convencionais de obtenção dos *royalties*, tendo em vista que a condição de pobreza extrema dessa parcela da população que está excluída do mercado relativo aos bens culturais não terá qualquer influxo no resultado da exploração econômica das obras intelectuais comercializadas.

O desafio monumental que se apresenta à propriedade intelectual consiste precisamente na formulação de normas regulamentadoras capazes de assegurar tutela mais eficaz à propriedade intelectual como um todo, diante do ambiente virtual fragmentado e com a multiplicação incomensurável dos usuários nos meios digitais.

Torna-se necessário o sopesamento com o direito de acesso à informação e à cultura da coletividade de usuários aos quais são assegurados os supracitados direitos fundamentais amparados constitucionalmente.

Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 754p.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de autor e desenvolvimento tecnológico: controvérsias e estratégias. *Revista de Direito Autoral*. São Paulo, ano 1, número 1, p. 3-33, ago. 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004.

CARBONI, Guilherme Capinzaiki. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2006.

LEITE, Eduardo Lycurgo. *Direito de autor*. Brasília: Brasília jurídica, 2004.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 2000.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

POLI, Leonardo Macedo. *A tripartição da propriedade intelectual e o princípio da funcionalidade como pressuposto de sua legitimidade*. Tese (Doutorado) – Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

WACHOWICZ, Marcos. Desenvolvimento econômico e tecnologia da informação, in: PIMENTEL, Luiz Otávio & BARRAL, Welber. *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

A redução da duração do trabalho e a classe trabalhadora

The abbreviation of day's work and the labor's class

Wilson Ramos Filho

Doutor em Direito. Professor no Mestrado em Direito da UNIBRASIL, no *Master Oficial* e no *Doctorado en Derechos Humanos, interculturalidad y desarrollo*, na *Universidad Pablo de Olavide*, Espanha, e na graduação, mestrado e doutorado na Faculdade de Direito da UFPR. Atualmente realiza pesquisa em pós-doutorado na *École de Hautes Études en Sciences Sociales*.
e-mails: adv.wilson@onda.com.br; wilson@unibrasil.com.br

Resumo

A atual crise econômica, que teve como consequências imediatas a desaceleração no crescimento econômico e o desemprego, demanda do Estado brasileiro providências não apenas no atendimento das reivindicações empresariais, mas também no sentido do atendimento de reivindicações que lhe são endereçadas pelo movimento sindical de trabalhadores, acelerando a tramitação da proposta de emenda constitucional (PEC 231/95) que trata da redução da carga-horária semanal para quarenta horas. O debate atual sobre a matéria encontra-se altamente politizado, dada a diversidade nos interesses envolvidos, demandando soluções também políticas, mas não necessariamente ideologizadas. O presente artigo propõe premissas para o debate racional sobre o tema, em contexto de crise econômica e do debate parlamentar sobre a oportunidade da redução da carga-horária semanal em quarenta horas, como medida de combate ao desemprego.

Palavras-chave: 1. duração do trabalho. 2. quarenta horas. 3. PEC 231/95. 4. crise econômica. 5. desemprego

Abstract: The present economical crisis, which had the unemployment and the slowing down of the economic increase as consequences, demands from the Brazilian State providences not only in the answering of business claims, but also in the answering of claims that are addressed by the labors' syndical movement, by accelerating the procedure of the constitutional amendment proposal (PEC 231/95), which deals with the abbreviation of the week labor's journey to 40 hours. The actual debate on the matter has been highly politicized, because of the diversity of involved interests, which demands also political but not ideological solutions. The present paper proposes premises for a rational debate on the theme, in a time of economical crises and parliamentary debate about the abbreviation of the week's labor journey to 40 hours as a measure to combat unemployment.

Keywords: labor's journey. 2. 40 hours. 3. PEC 231/95. 4. economical crisis. 5. unemployment.

1. Introdução

A questão da quantidade de horas semanais devidas por trabalhadores vinculados a empregadores por vínculos de emprego, tema permanente nas reivindicações dos trabalhadores, retorna ao debate público com muita veemência neste contexto de

aumento de desemprego¹, decorrente da crise econômica de 2008, acelerando inclusive a tramitação da proposta de emenda constitucional que trata da redução da jornada de trabalho (PEC 231/95), processo no qual serão ouvidos os setores sociais interessados, dentre os quais os sindicatos de trabalhadores e as organizações empresariais.

O movimento unitário das Centrais Sindicais de trabalhadores insiste que, para enfrentar os reflexos da crise econômica no Brasil, faz-se necessária a redução constitucional da carga máxima de trabalho para quarenta horas semanais sem redução dos salários e com limitação das horas extras².

A Confederação Nacional da Indústria (CNI), que reúne os principais empregadores do país, considera que a crise impede o atendimento à proposta das centrais sindicais de diminuição da jornada com preservação dos níveis de salário, pois isso provocaria aumento linear de 10% no custo do trabalho, afetando todas as empresas, independentemente de porte, setor ou região. Segundo seu presidente, deputado Armando Monteiro (PTB/PE), a alternativa para permitir a retomada da geração de postos de trabalho seria a desoneração dos encargos trabalhistas, além do próprio crescimento econômico, não a redução da duração semanal do trabalho.

Por outro lado, o presidente nacional da maior central sindical brasileira (CUT), Artur Henrique, contesta a tese de que a diminuição da jornada diminuiria a competitividade da indústria brasileira, prejudicando as exportações do país, argumentando que nem o Fórum Econômico Mundial de Davos considera os baixos salários como fator positivo na hora de medir a competitividade de uma economia nacional³.

Não é, como se vê, muito fácil encontrar pontos de convergência nessa temática, inclusive porque sua discussão se reveste de forte conteúdo ideológico. Racionalmente sabe-se que o impacto final da redução da duração do trabalho aos níveis praticados pela maioria dos países nos custos do trabalho é infinitamente menor do que o impacto, simbólico, que tal regulação estatal provoca no conjunto de representações

¹ Segundo a OIT, "a atual crise econômica irá gerar 20 milhões de novos desempregados no mundo até o final de 2009, revertendo anos de avanços na área social e agravando a pobreza e desigualdade. O alerta é da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que prevê demissões em massa diante da desaceleração das principais economias do mundo, como Estados Unidos, Europa e Japão", conforme veiculado em: http://www.estadao.com.br/economia/not_eco262943,0.htm.

² A campanha unitária foi lançada ainda antes do auge da crise, em primeiro de maio de 2008, pelas seis centrais sindicais brasileiras: Central Autônoma dos Trabalhadores (CAT), Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT), Central Geral dos Trabalhadores do Brasil (CGTB), Central Única dos Trabalhadores (CUT), Força Sindical (FS) e Social Democracia Sindical (SDS).

³ Conforme noticiado: <http://www2.camara.gov.br/internet/homeagencia/materias.html?pk=130925>. Acesso em 10.02.2009.

ideológicas do empresariado. Por outro lado, também se sabe – racionalmente – que tal medida teria impacto nos níveis de emprego, embora talvez não tão grande como apregoado por parte de seus defensores.

Passados três quartos de século desde a aprovação da Convenção da OIT n. 47, de 1935, que aconselha a adoção da semana laboral de quarenta horas, no Brasil ainda resiste às suas diretivas, embora mais de 40% dos países no mundo já adotem a semana de quarenta horas, ou menos⁴. Como demonstram estudos da OIT, reproduzidos mais adiante neste artigo, dentre os industrializados, quase 60% dos países adotam a semana de quarenta horas, mas o que pode surpreender é que efetivamente a distribuição dos países por regiões geográficas é mais significativa para o estabelecimento de limites mínimos do que o grau de industrialização ou de desenvolvimento. Como se verá, na África, há mais países que consagram em suas legislações a semana de quarenta horas do que nas Américas.

O presente artigo propõe a utilização de premissas no debate sobre o tema e, ao final, sugere ser oportuno o abandono da abordagem ideológica a respeito.

2. As premissas para uma nova regulação na duração do trabalho

Para que o capitalismo pudesse se converter em modo de produção hegemônico, foi necessário um controle do tempo e, mais ainda, das parcelas de tempo durante as quais os trabalhadores vendiam suas forças de trabalho mediante remuneração, ensejando o surgimento da disciplina científica dos tempos de trabalho. Visando a maximização da produtividade, em meados do século 19 a carga horária anual de trabalho chegava a 4.500 horas, gerando resistência por parte dos trabalhadores. Tais resistências, maiores ou menores, conduziram a distintas formas de regulação do trabalho, dependendo dos países a serem considerados: na maioria dos países desenvolvidos e em desenvolvimento, a carga-horária anual não passa de 1.900 horas; no Brasil encontra-se em torno de 2.300 horas; e ainda há países que praticam cargas-horárias superiores.

No Brasil, a questão da duração do trabalho sempre esteve muito ideologizada. Logo depois da abolição da escravatura (como relação de trabalho preferencial legali-

⁴ Em números redondos pouco mais de 40% dos países adota cargas horárias semanais inferiores a 40 horas, 20% dos países adota semanas laborais entre 41 e 45 horas (dentre os quais o Brasil, com a semana de 44 horas) e outros 20% entre 45 e 48 horas semanais. Os restantes quase 10% dos países ou não adotam limite legal algum, preferindo a sua fixação em contratos coletivos, ou adotam limites superiores.

zada pelo Direito e pelo Estado Brasileiro), era frequente a prestação de jornadas superiores a doze horas de trabalho, como se sabe. Como havia ocorrido em outros países alguns anos antes, logo após a proclamação da República, já em 1891, foram instituídos mecanismos, por decreto, que previam Inspeção por parte do Estado para garantir o cumprimento da norma que limitava 9 horas a jornada de trabalho dos meninos de 14 e 15 anos (as crianças de 12 a 14 tinham o teto de 7 horas diárias o labor). Todos os demais, a partir dos 16 anos, cumpriam jornadas superiores, geralmente de doze horas diárias, fixadas livremente, sem qualquer limitação por parte do direito, guardando coerência com o Estado Liberal, fundado no *contrato* e na *autonomia da vontade*

No caso brasileiro, a resistência operária adquire relevância histórica somente no início do século 20, quando ainda em 1907, deflagrou-se aquela que ficou conhecida como “a greve pelas oito horas de trabalho”, em diversas cidades do sudeste brasileiro. Dessa época, data o livro precursor do direito do trabalho no Brasil, intitulado *Apontamentos de Direito Operário*, que já percebia que “por toda parte, o industrialismo moderno paga, pelo menor preço possível, a maior quantidade de trabalho que pode obter de uma criatura humana. Esforço máximo - mínima remuneração!” (MORAES, 1998, p. 11).

A primeira tentativa de regulação estatal da duração do trabalho, em 1911, de autoria dos deputados Figueiredo Rocha e Rogério Miranda, foi considerada tão avançada aos olhos do empresariado que o projeto que fixava o conceito de jornada normal de trabalho foi considerado anárquico, subversivo e imoral, não chegando nem a ser apreciado formalmente. Dois outros projetos, um de 1915, do deputado Mário Hermes, e outro, de 1917, do Deputado Maurício Lacerda, que pretendiam fixar em doze horas o tempo máximo e em oito o horário de trabalho normal, também não chegaram a ser transformados em lei, em decorrência da forte resistência empresarial (DAL-ROSSO, 1996, p. 235).

As primeiras regulamentações heterônomas do trabalho subordinado entre nós vêm somente em consequência das greves de 1917 (e ainda assim em âmbito restrito, provincial) e, pouco depois, da adesão brasileira à primeira Convenção da OIT.

Para os efeitos aqui pretendidos, no curto espaço de um artigo, importa registrar que, em todo esse período que poderia ser considerado como a pré-história do direito do trabalho brasileiro, o debate central⁵, por força da radical oposição do empre-

⁵ Em sua extensa e detalhada pesquisa sobre os debates legislativos no período de 1906 a 1932, sobre a duração do trabalho, Josué Pereira da Silva nos traz importantes trechos de debates

sariado brasileiro, não se dava sobre o número de horas a serem consideradas normais em uma jornada de trabalho, mas sobre a própria possibilidade e oportunidade de a matéria ser tratada pelo Estado, por via legislativa⁶. O caráter ideológico da postura empresarial fica claro também no episódio da aprovação da primeira legislação de âmbito nacional com características intervencionistas, qual seja o Código de Menores, de 1927, que limitava em seis horas diárias a jornada de trabalho das crianças e adolescentes, que por sua importância histórica merece relato, ainda que sucinto.

O estabelecimento de limites para a duração do trabalho para as crianças e adolescentes deixou o empresariado brasileiro indignado, ferido em seus princípios liberais, ameaçado em seus interesses econômicos. Mesmo tendo sido aprovado ao cabo de intenso debate social, o novo Código de Menores continuou a suscitar resistência por parte do patronato⁷ quanto à sua eficácia. Eis que o empresariado resistia à efetividade da regra nele contida que estabelecia o direito aos adolescentes com menos de 18 anos à jornada máxima de seis horas, com uma hora de intervalo.

parlamentares para demonstrar que os deputados que compunham a maioria resistiam à limitação da jornada na lei por considerá-la um atentado à liberdade, não dos empregadores, mas dos próprios trabalhadores que se veriam impedidos de dispor de suas forças de trabalho como melhor lhes aprouvesse. Ou seja, mesmo considerando que existiam, minoritários defensores do intervencionismo estatal, majoritariamente os parlamentares liberais opunham-se à regulamentação pela via legislativa, por razões ideológicas. De toda sorte, conforme aponta o autor, apesar de toda a discussão em torno da fixação da jornada (em dez ou em oito horas diárias) tenha restado infrutífera, eis que nenhum dos projetos em discussão terminou sendo aprovado pelo Congresso, antes do final da Primeira Guerra e do Tratado de Versailles (PEREIRA DA SILVA, 1996, p. 167).

⁶ A oposição dos industriais à legislação de proteção ao trabalhador é um tema clássico da historiografia brasileira. Esse segmento empresarial estava imerso no liberalismo ortodoxo da Primeira República, que não previa a intervenção do Estado na economia, sobretudo em questões relacionadas ao mundo do trabalho. A Constituição de 1891, no seu artigo 72, § 24, determina que “é garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial”. Isso implica dizer que a livre-negociação entre as partes envolvidas presidiria a relação capital-trabalho. Portanto, a primeira carta magna do Brasil republicano enquadrava o problema no âmbito do liberalismo ortodoxo. O Código Civil confirmou a postura adotada pela Constituição, ao enquadrar os contratos de trabalho na concepção do contratualismo individualista (SANTANA, 2008).

⁷ Inconformados com a intervenção do Estado, os empresários argumentavam que a nova lei criava disparidade entre os empregados e que isso conturbaria a racionalidade do processo produtivo. Haveria, segundo eles, uma impossibilidade de se adotar nas fábricas uma jornada de trabalho de seis horas para os adolescentes de até 18 anos, e de oito para os adultos. Para superá-la, ameaçavam, a saída seria contratar apenas adultos, em prejuízo dos próprios menores que a lei pretendia proteger. Todavia, na verdade, tratava-se meramente de custos de produção, pois o operário adulto não aceitaria ser contratado pelo salário então pago aos menores para desempenhar aquelas funções: “para os patrões os trabalhadores menores representavam antes de tudo uma força de trabalho barata e de manipulação mais fácil que os adultos” (PEREIRA DA SILVA, 1996, p. 183).

Seguindo a tradição liberal, os empresários passaram a pressionar o Judiciário “recomendando” aos juizes de menores que deixassem de aplicar aquela parte do Código e que apenas “acompanhassem o trabalho dos pequenos colaboradores da indústria”. Tal “recomendação” chegou a ser acatada por alguns magistrados, provisoriamente, “enquanto o Congresso estivesse estudando a remodelação do Código de Menores”. Todavia, em 1929, assumiu como Juiz de Menores do Distrito Federal José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, que havia sido um dos redatores do projeto que deu origem ao Código que tanto incomodava o patronato. Resolvendo colocar em prática a lei que havia ajudado a elaborar, provocou imediata reação dos industriais. Do mesmo modo como haviam feito em relação aos magistrados anteriores, as entidades patronais peticionaram, solicitando a suspensão da eficácia daquele dispositivo enquanto o Congresso rediscutisse a matéria. O pleito foi indeferido pelo Juiz Mello Mattos que, em seu despacho, classificou a demanda dos empresários de “*ilegal, injurídica, injusta, desumana e impatriótica*”, adendando que “cabia, pois, ao Estado intervir para que a vida desses menores fosse ‘poupada a todo transe’”: o Estado “deve intervir com sua proteção aos menores nas ruas e nas oficinas, na exploração pelos pais e pelos patrões, na fiscalização dos divertimentos comercializados, no uso de narcóticos, na disseminação dos vícios etc” (PEREIRA DA SILVA, 1996, pp. 190 e 192).

O Estado já não era mais o mesmo, o direito já não era o mesmo. O intervencionismo estatal começava a se tornar hegemônico, como ficará evidente no ano seguinte, com a chegada de Getúlio Vargas ao poder (em 1930), e com ele, da ideologia intervencionista, que entre nós revestiu-se de características muito peculiares.

No que tange à legislação ordinária, nos anos de 1932 até 1934, materializando tal ideologia, diversos Decretos foram publicados com o objetivo de regular as jornadas das mais variadas categorias profissionais, limitando-as em no máximo oito horas⁸.

Apesar de o Brasil ter aderido às convenções internacionais da OIT sobre limites à jornada de trabalho, e mesmo diante de decretos que fixavam tal direito, o patronato não se dava por vencido, usando de todos os argumentos possíveis para sustentar a tese da impossibilidade prática de sua adoção. Apesar da resistência, contudo, a Cons-

⁸ No início da Era Vargas, período de várias alterações na legislação trabalhista, disciplinou-se a duração da jornada de trabalho de diversas categorias, dentre as quais se destaca: no comércio (decreto 21.186 de 1932), na indústria (decreto n. 21.364 de 1932), nas farmácias (decreto n. 23.084, de 1933), nas casas de diversão (decreto 23.152, de 1933), nas casas de penhores (decreto 23.316, de 1933), nos transportes terrestres (decreto n. 23.766, de 1934) e nos hotéis (decreto n. 24.696, de 1934), sempre, portanto, por legislações específicas por categorias profissionais (NASCIMENTO, 2008, p. 72).

tituição de 1934 consagrou a duração da jornada em oito horas por dia e 48 horas semanais, condição mantida na Constituição de 1937.

A legislação esparsa só foi sistematizada pelo Decreto-lei nº. 2.308, de 13 de junho de 1940, sucedido pela CLT, de 1.º de maio de 1943, consolidando entre nós a carga-horária semanal de quarenta e oito horas, como na maioria dos países de então, situação que se manteve até 1988, quando, não sem nova forte e renhida resistência dos empregadores (com argumentos muito parecidos com aqueles utilizados por seus homólogos no início do século), foi inscrita na Constituição brasileira a semana de quarenta e quatro horas de trabalho.

O relato sobre o natural antagonismo de interesses relacionado à questão permite formular a *primeira premissa* para a discussão racional sobre o tema: *a resistência ideológica dos empresários à redução da carga horária semanal não deve impedir ou dificultar a discussão da matéria em termos racionais.*

A apertada síntese histórica do processo de fixação de uma carga-horária semanal de trabalho ordinária, realizada acima, serviu para demonstrar que o empresariado sempre resiste, tanto quanto pode, ao estabelecimento de limites para a duração diária e semanal no trabalho subordinado. Isso nos remete à discussão do papel do direito do trabalho na sociedade, em sua ambivalência.

A resistência empresarial à fixação de limites para a carga-horária ou à quantidade de horas que deve ser tida como normal em uma relação de emprego, o que não significa que o empresariado brasileiro estivesse à margem da percepção do caráter ambivalente do direito do trabalho. Desde sempre ficou clara a importância do Direito do Trabalho no processo de legitimação do capitalismo, tendo-se consciência de que as garantias sociais se constituem em contrapartidas à consolidação do poder patronal, pela via da subordinação.

O sistema capitalista, fundado em peculiar relação entre capital e trabalho, sempre necessitou de elementos justificadores que induzissem à percepção de que este sistema era melhor do que a alternativa então existente. O capitalismo apresentou-se como portador de perspectivas sedutoras e excitantes (potencializando valores como desempenho individual, empreendedorismo, audácia, liberdade, pluralismo, entre outros) e ofereceu, ao mesmo tempo, garantias de segurança e argumentos morais para que seguisse existindo, justificando-se. Essa é a razão pela qual nem o mais radical dos empresários nem o mais dogmático dos liberais, defendem o fim do direito do trabalho: quando aludem a “desregulação” ou a “desregulamentação”, na verdade, estão a

se referir a uma “*nova regulação*”, menos protetiva dos empregados, mais precária; nunca, uma revogação pura e simples das leis trabalhistas, pois é o direito do trabalho o único ramo do direito que permite a subordinação de um contratante a outro. Ou seja: sem o direito do trabalho, não haveria sustentação jurídica para a subordinação na relação de emprego, ou para o poder diretivo do empregador em todos os seus aspectos, inclusive para seu poder disciplinar. O nível de precariedade ou de proteção vai depender das relações sociais, obviamente.

A segunda premissa para a discussão da duração do trabalho, portanto, é no sentido de que o Direito do Trabalho, organizando as relações entre as classes sociais, tendo experimentado seu desenvolvimento propriamente dito, após o final da Segunda Grande Guerra, e ocupando lugar de destaque no sistema de legitimação do modo de produção atual, materializa em cada momento histórico uma correlação de forças que se estabelece na sociedade.

O direito do trabalho, para cumprir sua função legitimadora, vem se metamorfoseando ao longo dos anos⁹, seja organizando e justificando novas técnicas de administração, seja promovendo reduções na carga-horária semanal ou anual, para melhor resistir às críticas anticapitalistas do final dos anos sessenta, na Europa, e dos anos oitenta, no Brasil.

De fato, nos últimos 30 anos do século passado, todos os países da atual União Europeia promovem reduções legais das cargas-horárias normais para quarenta horas semanais, consolidando o Estado de bem-estar social naquele continente. No continente africano, o mais pobre, menos desenvolvido e menos industrializado, com as alterações legislativas havidas nos últimos anos do século anterior, quase metade dos países adota carga-horária semanal de quarenta horas ou menos. No Oriente Médio e na Ásia, considerados em conjunto, é significativo o número de países que adota limites menores que os praticados no Brasil: cerca de um terço dos países do Oriente Médio pratica carga-horária de quarenta horas semanais, e na Ásia, quase 40% estabelecem esta carga-horária semanal em suas legislações (EVAIN, 2008: gráfico 4).

Curiosamente, no entanto, muito embora com maior grau de industrialização

⁹ Segundo Luc Boltansky e Eve Chiapello, o primeiro espírito do capitalismo, descrito por Weber, cederá, no final do século 20, espaço para o surgimento de um “segundo espírito do capitalismo”, que se concentrará no período que, na Europa, vai do final dos anos 60 até quase o final do século XX. Será ele caracterizado pela extensa regulação estatal das relações de produção, por um lado, e pela introdução de novas técnicas de gestão de pessoal, no interior das empresas, por outro, legitimando o sistema capitalista em outras bases. Segundo os mesmos autores, haverá ainda um “terceiro espírito do capitalismo”, na virada do século: aquele do capitalismo “mundializado”, que se serve de novas tecnologias, inclusive de gestão, e se manifesta pelo encurtamento das horas de trabalho necessárias para a produção, concomitante aos ganhos de produtividade, via mudanças tecnológicas (BOLTANSKI & CHIAPELLO, 2002).

vários países que já adotem a semana de quarenta horas, nas Américas apenas 10% dos países adotam tal limite em suas legislações. Entre os demais países, 40% adotam semanas de até quarenta e cinco horas, nesta franja estatística incluída o Brasil, e os restantes 50% ainda fixam o limite normal em até quarenta e oito horas semanais.

Esses elementos estatísticos permitem estabelecer a *terceira premissa* para a discussão da duração do trabalho: *a regulamentação da duração do trabalho que se inscreve dentro do sistema de justificação e de legitimação do capitalismo, não guarda relação empírica com o nível de industrialização ou desenvolvimento econômico e social dos países.*

Efetivamente, inclusive tendo em vista a globalização com seus diferenciados níveis de desenvolvimento econômico e de industrialização, a distribuição regional de países que adotam a semana de quarenta horas como visto nos parágrafos anteriores não pode ser explicada com base em fatores econômicos ou de produtividade. A explicação, obviamente, é política. Não no sentido da “vontade política” de seus dirigentes, mas no sentido de que decorrem das relações entre as classes sociais.

Em informe recente (OIT, 2007, p. 41), podem ser colhidos dados que demonstram quais países praticavam, em 2005, cargas-horárias legais iguais ou inferiores a quarenta horas e quais suplantavam este limite:

2005 (ano base)	35-39 horas	40 horas	41-46 horas	48 horas
África	Chad	Argélia, Benin, Burkina, Faso, Camarões, Congo, Costa do Marfim, Djibouti, Gabão, Madagascar, Mali, Mauritânia, Níger, Ruanda, Senegal, Togo	Angola, Burundi, Cabo Verde, República do Congo, Guiné-Bissau, Marrocos, Namíbia, África do Sul, Tanzânia	Moçambique, Tunísia
Ásia e Oceania		China, Japão, Indonésia, Coreia, Mongólia, Nova Zelândia	Singapura	Camboja, Laos, Malásia, Vietnam, Filipinas, Tailândia
Europa	Bélgica, França	Áustria, Finlândia Itália, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Portugal, Espanha, Suécia, Bulgária, Rep. Tcheca, Estônia, Letônia, Lituânia, Romênia, Rússia, Eslováquia, Eslovênia		
Américas		Estados Unidos, Canadá, Bahamas, Equador	Brasil, Cuba, República Dominicana, Belize, Chile, Salvador, Honduras, Venezuela	Argentina, Bolívia, Colômbia, Costa Rica, Guatemala, Haiti, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Uruguai

O quadro acima demonstra que países americanos dirigidos no início do século 21 por governos menos influenciados pela ideologia neoliberal, em comparação aos

seus antecessores, não lograram reduzir as jornadas laborais depois de sua chegada ao poder¹⁰.

Do mesmo modo, verifica-se que em países dirigidos por governos mais a esquerda, as recentes cartas constitucionais que promoveram mantiveram as cargas-horárias semanais nos níveis anteriores. A constituição da Venezuela, muito embora proclame que buscará sua progressiva redução, estabelece a duração do trabalho diário em oito horas e a carga-horária em quarenta e quatro horas semanais¹¹. Também a constituição da Bolívia referendada no início de 2009, com forte resistência de setores conservadores da sociedade boliviana, no campo laboral, restringe-se a dizer que o trabalho será tutelado pela lei ordinária, sem fixar, na constituição a duração do trabalho¹².

Tais elementos de análise permitem enunciar a *quarta premissa* para a discussão a respeito da duração da carga-horária semanal: *a regulação estatal em geral e o direito do trabalho em particular não refletem mecanicamente os interesses de classe dos ocupantes do poder, apenas materializam o estágio em que se encontram as relações entre as classes sociais.*

3. A crise, a duração do trabalho e a classe trabalhadora

Em sua primeira entrevista coletiva depois da posse, o presidente dos EUA, Barack Obama, afirmou que o “governo federal é a única entidade capaz de oferecer recursos para reativar a economia do país, que enfrenta sua maior crise desde a Grande

¹⁰ A exemplo de Kirchner, na Argentina; Tabaré Vázquez, no Uruguai; Lugo, no Paraguai; Bachelet no Chile; Lula da Silva no Brasil; Morales na Bolívia; Chaves, na Venezuela; dentre outros.

¹¹ CONSTITUIÇÃO BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Art. 90: “La jornada de trabajo diurna no excederá de ocho horas diarias ni de cuarenta y cuatro horas semanales. En los casos en que la ley lo permita, la jornada de trabajo nocturna no excederá de siete horas diarias ni de treinta y cinco semanales. Ningún patrono o patrona podrá obligar a los trabajadores o trabajadoras a laborar horas extraordinarias. Se propenderá a la progresiva disminución de la jornada de trabajo dentro del interés social y del ámbito que se determine y se dispondrá lo conveniente para la mejor utilización del tiempo libre en beneficio del desarrollo físico, espiritual y cultural de los trabajadores y trabajadoras”.

¹² CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DA BOLÍVIA. Art. 157: “I. El trabajo y el capital gozan de la protección del Estado. La ley regulará sus relaciones estableciendo normas sobre contratos individuales y colectivos, salario mínimo, jornada máxima, trabajo de mujeres y menores, descansos semanales y anuales remunerados, feriados, aguinaldos, primas u otros sistemas de participación en las utilidades de la empresa, indemnización por tiempo de servicios, desahucios, formación profesional y otros beneficios sociales y de protección a los trabajadores. II. Corresponde al Estado crear condiciones que garanticen para todos posibilidades de ocupación laboral, estabilidad en el trabajo y remuneración justa”. Já a Ley General del Trabajo, em seu artigo 46, estabelece que “La jornada efectiva de trabajo no excederá de 8 horas por día y de 48 por semana. La jornada de trabajo nocturno no excederá de 7 horas entendiéndose por trabajo nocturno el que se practica entre horas veinte y seis de la mañana. Se exceptúa de esta disposición el trabajo de las empresas periodísticas, que están sometidas a reglamentación especial. La jornada de mujeres no excederá de 40 horas semanales diurnas”.

Depressão”¹³. A gravidade de tal afirmação, todavia, ainda não foi suficientemente assimilada pelo empresariado e pelos intelectuais brasileiros mais adstritos aos dogmas da ideologia neoliberal.

A forte intervenção estatal, promovida pelos governos dos países mais desenvolvidos, para salvar as empresas da bancarrota na grave crise econômica de 2008, por um lado, comprometeu todos os esforços desenvolvidos no âmbito da OMC para constituição do livre comércio, pois entre seus postulados, encontram-se a reprovação peremptória de todas as formas de privilégio às empresas nacionais, inclusive esta da concessão de vultosos empréstimos com juros subsidiados, e as campanhas governamentais sugerindo a opção preferencial por produtos nacionais. Por outro lado, tais intervenções estatais novamente demonstraram que a hipótese da *mão invisível* do mercado se mostrou inconsistente. Assim, não seria exagerado afirmar que a intervenção estatal em 2008 teve para a ideologia neoliberal efeito similar ao produzido nos defensores do socialismo estatal pela queda do muro de Berlin, em 1989.

Neste momento de saída da crise econômica, cujo primeiro efeito social é o aumento do desemprego¹⁴, o tema da redução da duração do trabalho – que racionalmente possibilita uma oferta maior de empregos – não pode ser enfrentado pelo viés neoliberal, seja porque tal ideologia mostrou-se inconsistente, seja porque se é válida a intervenção estatal para subsidiar e sustentar empresas em dificuldades econômicas, não é menos válida a intervenção estatal para possibilitar uma melhor partição dos empregos na sociedade.

Sendo assim, o debate que se estabelece na sociedade e no parlamento com a discussão da PEC 231/95, deve ser feito do modo menos ideológico e mais racional possível, embora se reconheça a dificuldade do empresariado brasileiro neste sentido¹⁵ (primeira premissa), já que o direito do trabalho continuará exercendo importante papel no sistema de legitimação do modo de produção, organizando as relações entre as

¹³ <http://portal.rpc.com.br/gazetadopovo/mundo/conteudo.phtml?tl=1&id=856162&tit=Apenas-o-governo-pode-salvar-a-economia-diz-Obama>. Acesso em 10.02.2009.

¹⁴ Segundo a OIT, “a atual crise econômica irá gerar 20 milhões de novos desempregados no mundo até o final de 2009, revertendo anos de avanços na área social e agravando a pobreza e desigualdade. O alerta é da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que prevê demissões em massa diante da desaceleração das principais economias do mundo, como Estados Unidos, Europa e Japão”, conforme veiculado em:
http://www.estadao.com.br/economia/not_eco262943,0.htm

¹⁵ Tal resistência, já viu, não é de agora. Já na década de 30 “...a FIESP (Federação das Indústrias do Estado de São Paulo) se manifestava a respeito do assunto: ‘achamos um erro a imposição do horário de oito horas para todos os ramos industriais, pois alguns exigem horário menor e outros maior, uma vez que as indústrias divergem profundamente umas das outras’ ...” (PE-REIRA DA SILVA, 1996, p. 175)

classes sociais (segunda premissa). Considerando que a regulação estatal, pelo menos no que respeita à carga-horária legal semanal, não guarda relação nem com o nível de industrialização de cada país (terceira premissa), nem com a posição ideológica dos governantes, simplesmente materializando o estágio em que se encontram as relações entre as classes sociais (quarta premissa), faz-se necessário reconhecer racionalmente a necessidade de o Brasil assegurar aos seus cidadãos as mesmas condições de trabalho já asseguradas até por países que se encontram em menores níveis de industrialização, até como medida de combate ao desemprego.

De fato, constata-se que entre os que limitam em quarenta horas a carga-horária normal semanal, encontram-se países industrializados como Áustria, Bélgica, Canadá, China, Coreia, Estados Unidos, Espanha, Finlândia, Holanda, Indonésia, Itália, Japão, Luxemburgo, Noruega, Nova Zelândia, Rússia e Suécia; outros em desenvolvimento de sua industrialização como Argélia, Bulgária, Equador, Estônia, Eslováquia, Eslovênia, Letônia, Lituânia Romênia; e países ainda bastante subdesenvolvidos, como Benin, Burkina Faso, Camarões, Congo, Costa do Marfim, Djibouti, Gabão, Madagascar, Mali, Mauritânia, Níger, Ruanda, Senegal e Togo (LEE; McCANN, MESSENGER, 2008, p. 30-46).

Segundo tal linha de argumentação, não se justificaria a insistência em manter-se nosso país no mesmo patamar de proteção social de países muito menos desenvolvidos, como Angola, Belize, Burundi, Cabo Verde, Cuba, El Salvador, Guiné-Bissau, Honduras, Marrocos, Namíbia, Republica do Congo, República Dominicana e Tanzânia, e da maioria dos países sul-americanos.

Com base nas premissas acima deduzidas, percebe-se que o debate racional, não ideológico, embora necessário, não será suficiente para a alteração da atual regulação estatal da duração do trabalho: a alteração do marco normativo, como sempre, dependerá da correlação de forças que se estabelecerá na sociedade. Para tanto, constituiu-se em desafio para a classe trabalhadora escapar da disjuntiva simplificadora, entre o *conformismo pragmático*, e o *altermundismo abstrato*.

Por um lado, de fato, existem fortes influências a sustentar que, em nome do *pragmatismo conformista* à classe trabalhadora, só restaria apoiar consenso obtido como resultado do G20, em abril de 2009 (preconizando reformas periféricas no sistema financeiro mundial, novo papel ao Fundo Monetário Internacional, introdução de dúbia regulamentação do capitalismo e aportes vultosos para salvamento de empresas em dificuldades financeiras).

Por outro lado, fazendo a crítica a essa alternativa conformista, existem influentes defesas do que aqui denominamos como *altermundismo abstrato*. Neste pólo de interesses, estariam incluídos todos os que, propondo a universalização da revolta, buscam potencializar movimentos insurgentes em torno do sedutor bordão concebido e difundido nos sucessivos Fóruns Sociais Mundiais (FSM). Em torno da ideia-força de que “outro mundo é possível”, reuniram-se centenas de movimentos e grupos de pressão, algumas vezes defendendo posições incompatíveis e contraditórias entre si.

Entre as inúmeras alternativas a esta disjuntiva reducionista, a *estratégia altersocialista*¹⁶ consiste em privilegiar as práticas sociais instituintes que reinstaurando o temor pela “perda dos dedos” possibilitaria o reconhecimento de novos direitos à classe trabalhadora. Como o direito capitalista do trabalho materializa uma correlação de forças que se estabelece na sociedade, o estabelecimento de políticas de fomento ao emprego pelo compartilhamento dos postos de trabalho existentes por maior número de pessoas, sem redução salarial dependerá, sempre, da mobilização da classe que vive do trabalho. Diretamente: o direito do trabalho será menos protetivo dos empregadores na exata razão da capacidade mobilizatória e instituinte da classe trabalhadora. Para ser considerada como ator social relevante, esta classe haverá de reinventar suas estratégias mobilizando outros setores sociais, no plano interno e internacional, de modo a potencializar a crítica anticapitalista, caso realmente objetive a redução da carga horária semanal, sem redução salarial.

Bibliografia

BOLTANSKI, Luc. & CHIAPELLO, Ève. *El Nuevo Espiritu del capitalismo*. Madri: Ed. Akal, 2002.

DAL-ROSSO, Sadi. *A Jornada de trabalho na sociedade: O castigo de Prometeu*. São Paulo: LTr, 1996.

EVAIN, Eléonore. *Working conditions laws 2006-2007: A global review*; International Labour Office - Genebra: ILO, 2008.

¹⁶ Como *altersocialista*, entenda-se o conjunto de movimentos sociais que, criticando o capitalismo, considera insuficiente simplesmente enunciar que *outro mundo é possível*, sem dizer que outro mundo seria este. Bem ao contrário, o altermundismo de esquerda reivindicaria a centralidade do trabalho como fator de unificação das lutas sociais, dotando-as de sentido classista e afirmando-se socialista.

LEE, Sangheon; McCANN, Deirdre; MESSENGER, John C. *El tiempo de trabajo en el mundo. Tendencias en horas de trabajo, leyes y políticas en una perspectiva global comparativa*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008.

MORAES, Evaristo de. *Apontamentos de direito operário*. São Paulo: LTr, 1998.

NASCIMENTO, Amauri M. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2008.

OIT - ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Hours of work. A World survey of national Law and practice*. ILO - Genebra, 1967.

_____. *Working time around the world. Trends in working hours, laws and policies in a global comparative perspective*. ILO - Genebra: 2007.

PEREIRA DA SILVA, Josué. *Três discursos, uma sentença: Tempo e trabalho em São Paulo - 1906/1932*. São Paulo: FAPESP, 1996.

SANTANA, Márcio Santos. A virada da Questão Social: a Indústria, o trabalho do menor e a intermediação estatal, in: *Simpósio de Pós-Graduação em História Econômica*. São Paulo: ANAIS, 2008, pp. 1-16.



Resenhas

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. “Fundamentos da desconsideração da personalidade jurídica no sistema jurídico da *Common Law* e sua aplicação nos direitos inglês e norte-americano - influência no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor”, in: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção & GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (org.). *Temas de Direito Civil-Empresarial*. Rio de Janeiro/ São Paulo/ Recife: Renovar, 2008, pp. 1-56.

Conceição de Maria Freire Leite.

Advogada da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (RJ). Especialista em Direito Civil Constitucional pela UERJ. Mestranda em Direito pela Universidade Gama Filho.

O artigo trata da desconsideração da personalidade jurídica no sistema jurídico da *Common Law* e sua influência no direito brasileiro. Nesse desiderato, o autor apresenta um estudo prévio da desconsideração e sua aplicação nas Cortes de Justiça inglesa e norte-americana, demonstrando as incompatibilidades, discrepâncias e incongruências da transposição aleatória da teoria da desconsideração para o Código de Defesa do Consumidor - art. 28 da Lei 8.078/90, sem se atentar para os institutos jurídicos já existentes no Código Civil e na legislação societária brasileira.

Na parte inicial, o autor apresenta uma visão geral dos fundamentos da desconsideração no sistema jurídico da *Common Law*, ressaltando o fato de que não se pode confundir a sociedade com a pessoa de seus membros, a fim de se evitarem abusos na aplicação do instituto, mormente se existir controle total da sociedade por apenas um sócio.

O sistema jurídico da *Common Law* surgiu na Inglaterra no século XI.

No direito dos países da *Common Law*, a desconsideração está assentada em três pilares: equidade, fraude e doutrina da *agency*.

A equidade tem regras próprias, independentes. Tem função acessória, subsidiária, complementar à *Common Law*, sendo aplicável quando houver lacunas ou imprecisões e também quando as regras da *Common Law* não forem justas.

A fraude abrange o erro, o dolo e a simulação, além da fraude propriamente dita, tendo, portanto, conceito mais amplo do que o sistema da *Civil Law*.

A *agency* é uma relação jurídica fiduciária, resultante da manifestação de uma pessoa tida como principal em face de outra denominada *agency*, para que a segunda atue no interesse da primeira aceitando, esta condição e sobre o controle daquela.

A desconsideração no Direito inglês

A desconsideração da personalidade jurídica surgiu na Inglaterra na segunda metade do século 19.

O primeiro caso em que se cogitou da desconsideração da personalidade jurídica, ocorreu, como dito, na Inglaterra no ano de 1897, no processo denominado *Salomon v. Salomon & Co.*, que envolvia o comerciante Aaron Salomon. Este empresário possuía uma pequena fábrica de botas denominada A. Salomon & Co.

Ocorre que em determinado momento, Aaron Salomon resolveu, juntamente com seis pessoas de sua família, constituir uma companhia, sendo que os seus familiares-sócios ficaram com uma ação cada um, e ele, o Sr. Aaron, com o restante, transformando-se, portanto, como sócio majoritário.

Posteriormente, ele resolveu ceder seu fundo de comércio à sociedade que fundara, vendendo seu negócio à nova companhia por 38.782 libras esterlinas, sendo que a

sociedade emitiu títulos com garantia sobre os bens do ativo no valor de 10.000 libras esterlinas. Um ano depois da liquidação da fábrica de sapatos, o liquidante sustentou a ficção da pessoa jurídica criada por Aaron, com o fito de limitar sua responsabilidade em relação às dívidas contraídas pela sociedade, e que, portanto, agira com abuso de direito aos credores.

Salomon foi condenado em primeira instância (a decisão foi confirmada pelo Tribunal de Apelação, posteriormente, com entendimento contrário ao do magistrado prolator da sentença de condenação), mas foi absolvido pela Câmara dos Lordes. A referida decisão absolutória teve como fundamento a constituição válida da Salomon & Co., uma vez que Aaron observou a exigência legal de sete acionistas, bem assim a subscrição de pelo menos uma ação, além do que as atividades comerciais da pessoa física eram distintas da pessoa jurídica, sociedade.

Tal acontecimento desestimulou os juristas britânicos a aprofundarem-se no tema, razão porque singelas são as contribuições doutrinárias e jurisprudenciais inglesas. Também gerou críticas da doutrina e repercutiu por toda a Europa e Estados Unidos.

A Desconsideração no Direito norte-americano

O primeiro caso de aplicação da desconsideração na doutrina norte-americana foi a decisão proferida pelo Excelentíssimo Juiz John Marshall, no caso *Bank of United States v. Devaux*, no ano de 1809, isto é, 88 anos mais nova que a decisão do caso *Salomon*. O Juiz Marshall, com a intenção de preservar a jurisdição das cortes federais sobre as *corporations*, já que a Constituição Federal americana, no seu artigo 3.º, seção 2ª, limita tal jurisdição às controvérsias entre cidadãos de diferentes estados, conheceu da causa. Já em 1809 as cortes americanas levantavam a hipótese de ultrapassar a personificação das entidades e considerar as características dos sócios individuais.

A partir de então, a desconsideração passou a ter aplicação frequente pelos juízes nos Estados Unidos, sendo utilizada para coibir a utilização da forma societária pelos seus integrantes bem assim nos casos de fraude ou de ofensa à lei.

Posteriormente, a jurisprudência norte-americana ampliou a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica entre sociedades de um mesmo grupo e entre este e o controlador.

Em 1904, em outro processo *United States v. Milwaukee Refrigerator transit Co.*, admitiu-se a aplicação da desconsideração, quando a personalidade jurídica for utilizada para frustrar o interesse público, justificar a injustiça, proteger a fraude ou defender o crime.

Enfim, os Tribunais norte-americanos vinham aplicando a *disregard of legal entity* apenas em casos excepcionais. Onde se comprovasse fraude à lei, ao contrato ou a credores.

Houve, entretanto, uma ampliação desse entendimento, justificando-se a aplicação da teoria em pauta, sempre que, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, a aplicação das normas vigentes levasse a resultados injustos.

Influência da *disregard doctrine* no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor

No Brasil, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica surgiu com o Código de Defesa do Consumidor, que sofreu influência da jurisprudência norte-

americana, tendo sido aplicado analogicamente nos ramos do direito em que o instituto não recebeu regulação própria.

Existem críticas severas na doutrina sobre a aplicação da desconsideração no direito brasileiro, sem se atentar para a realidade concreta da nossa legislação, fazendo-se uma verdadeira confusão do instituto com situações já previstas no nosso ordenamento jurídico, tais como a responsabilidade civil dos administradores, ações de nulidade, teorias *ultra vires* e da aparência.

O instituto da desconsideração foi positivado no Código de Defesa do Consumidor – art. 28, segundo os críticos de forma muito abrangente, ignorando-se a sua aplicação de forma excepcional. Há redundância na responsabilização oriunda de “abuso de direito”, “excesso de poder”, “infração de lei”, “violação dos estatutos ou contrato social”, bem assim na definição de “má administração”.

No que se refere aos parágrafos 2.º, 3.º e 4.º do citado dispositivo, também eles sofreram influência da jurisprudência norte-americana. Também aqui não houve a preocupação do legislador brasileiro em observar o direito societário nacional, de modo a não criar incompatibilidades entre este e o Código de Defesa do Consumidor.

Assim, o autor chama a atenção para se afastar a aplicação da desconsideração nas hipóteses dos parágrafos supracitados, na medida em que o legislador estabelece vínculos de solidariedade entre sociedades perante o consumidor, bem assim a responsabilidade só em caso de culpa nas coligadas.

Pugna, ainda, pela inserção indevida dos mencionados dispositivos no Código de Defesa do Consumidor, por estabelecerem responsabilidade solidária de terceiros com o fornecedor.

Destaca, ainda, o autor que o §2.º do artigo 28 do Codecon aumenta o âmbito de responsabilização dos grupos societários, uma vez que as obrigações por eles contratadas podem atingir o patrimônio particular dos sócios. No que se refere ao § 3.º do estatuto consumerista, não se poderia cogitar de desconsideração, já que o consórcio não tem personalidade jurídica.

A polêmica sobre a desconsideração tem maior relevo no §5.º do art. 28 do diploma legal em questão, *verbis*: “Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

Segundo o autor, o dispositivo mencionado autoriza o juiz a aplicar a medida independentemente de culpa, sempre que a personalidade jurídica for, de alguma forma, um obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados aos consumidores. Trata-se, portanto, de norma aberta onde não há taxatividade na sua aplicação, seguindo a orientação norte-americana da Suprema Corte, onde não há uma relação *numerus clausus* de incidência da *disregard*.

A extensão de tal dispositivo deu margem a diversas controvérsias de interpretação e críticas. Para alguns doutrinadores, o parágrafo quinto é complementação do caput do artigo 28; para outros, o parágrafo em questão é tão abrangente que sua interpretação literal implicaria a derrogação do caput; há até quem entenda que o referido artigo só pode ser aplicado na hipótese de sanções de caráter não pecuniário.

De acordo com o autor do texto, se se considerar que o § 5.º está subordinado ao caput do artigo, deve-se, nesse caso, prestigiar o elemento subjetivo de modo a se verificar quais sócios efetivamente abusaram da personalidade da pessoa jurídica, preservando, por conseguinte, os sócios que não tiveram participação na condução irregular da sociedade. No entanto, se o dispositivo em comento for aplicado autonomamente, passa-se a admitir responsável objetivamente pelo insucesso da pessoa jurídica todo e qualquer sócio independentemente da sua participação ou não no fracasso da socieda-

de. Em assim sendo, conclui o autor, a desconconsideração viola frontalmente princípios de direito societário.

Assim, o parágrafo 5.º só deverá ser aplicado de forma subsidiária, ou seja, quando houver incapacidade da pessoa jurídica de arcar com o prejuízo causado ao consumidor é que o sócio responderá com o seu patrimônio particular.

Conclusão

Pelo exposto, o autor considera frustrada a tentativa da legalização da doutrina da *disregard doctrine* no Código de Defesa do Consumidor, já que o único caso que aponta como de efetiva desconconsideração é o que vem de forma expressa no artigo 28 caput relativo ao “abuso de direito”, razão pela qual propõe a alteração do artigo 28 com a eliminação dos seus parágrafos, com a seguinte redação:

“Art. 28. O juiz poderá, na aplicação desta lei e em benefício do consumidor, desconconsiderar a personalidade jurídica para imputar diretamente ao sócio a responsabilidade pelas obrigações do fornecedor, em situações que configurem, comprovadamente, o abuso da personalidade jurídica”.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *Processo constitucional: nova concepção de jurisdição.* Rio de Janeiro: Método, 2008.

Luiz Henrique Borges Varella

Professor de Direito Civil e Direito Processual Civil. Especialista em Direito Processual Civil. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. e-mail: luizhvbv@unipam.edu.br

José Herval Sampaio Júnior, eminente magistrado do Estado do Rio Grande do Norte, professor da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza e doutorando pela Universidad Del Pais Basco (Espanha), traz a público, pela Editora Método, obra fruto de sua dissertação de mestrado, defendida em 2007 sob a orientação do professor José Albuquerque Rocha.

O autor, que tivemos oportunidade de conhecer no Congresso de Direito Processual de Uberaba/MG, realizado em setembro de 2008, despertou nossa atenção por ser um exímio conferencista. Com linguagem simples, sem descuidar da técnica, e extraordinário carisma, Herval Júnior mostrou que o sistema jurídico deve ser compreendido como forma de garantir a efetividade dos direitos materiais, em especial aqueles com raiz constitucional. Percebemos, então, já naquele evento, a preocupação que direcionou o autor na confecção de sua obra: promover uma releitura do processo, instrumento de realização do direito material, sob a ótica dos valores constitucionais.

Assim, como destaca o próprio autor, a obra tem por objetivo “analisar todos os ramos do direito processual e, ao mesmo tempo, tentar demonstrar a revolução que esse método ocasionou na jurisdição, na ação e no próprio processo a partir da conjuntura atual da sociedade e seus anseios diversificados, que necessariamente devem ser contaminados pelos valores constitucionais”.

Partindo dessas premissas, Herval Júnior mergulha no estudo do tema com uma postura crítica e corajosa, certamente fruto de sua experiência como juiz e escritor¹, pois busca chamar a atenção do leitor para a importância de se abandonarem alguns dogmas e conceitos, por vezes já sedimentados, colocando o Direito Processual em sintonia com as transformações que a sociedade e o próprio Estado (Constitucional) Democrático de Direito sofreram nos últimos tempos.

No primeiro capítulo, preocupou-se o autor com a delimitação do tema, com a abordagem das teorias sobre jurisdição e com o papel do Estado, em especial sob o foco da atividade jurisdicional (Poder Judiciário), desde já esclarecendo a importância de se impregnar as teorias com as notas dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Por esse ponto de partida, o autor passa a investigar no segundo capítulo as novas bases em que devem se fundar a moderna concepção de jurisdição. Para tanto revisita-se o próprio conceito de Direito e da ciência do Direito, alertando para a necessidade de se abandonar o rigor metodológico do positivismo que deixava de lado a preocupação com os valores inerentes a todo ser humano. Para o autor, a celeuma entre o positivismo jurídico e o direito natural deveria dar lugar a um movimento que presti-

¹ Da obra *Medidas liminares no processo civil*, publicada pela Editora Atlas, do *Manual de prisão e soltura sob a ótica constitucional*, publicada pela Editora Método em co-autoria com Pedro Rodrigues Caldas Neto, e outras participações com artigos publicados em periódicos e capítulos de livros de autoria coletiva.

giasse a efetivação dos valores consagrados na Constituição Federal, afastando-se o formalismo. Navega o autor, portanto, pelas searas do constitucionalismo, neoconstitucionalismo, movimento pela constitucionalização do Direito e o neoprocessualismo, para concluir que o “operário do Direito”² não deve ficar alheio ao mundo ao seu redor e reduzir sua atividade “a uma fria e indiferente aplicação da lei”. Deve, sim, ter os olhos voltados à chamada hermenêutica constitucional, em especial o juiz, que ao prolatar suas decisões deve se fundar, necessariamente, nos mandamentos constitucionais como forma de sedimentar o processo constitucional.

Amparado nesses alicerces, Herval Júnior trata – já agora no terceiro capítulo – da concepção contemporânea de jurisdição, compatibilizando-a com o princípio democrático. Destaca, em especial, o movimento da judicialização da política, esclarecendo que não se trata de indevida invasão, pelo Judiciário, do campo de atuação dos outros poderes. É sim, na visão do autor, um meio de obrigar todos os poderes a se mover numa mesma direção, a da concretização dos dispositivos constitucionais, sob pena de se ter inconstitucionalidades que devem ser afastadas pelo Judiciário. Todavia, adverte-se para a imprescindibilidade do uso do bom senso, pois o uso inadequado – pelo Judiciário (inclusive pelo Supremo Tribunal Federal) – do poder de decisão pode causar malefícios, principalmente quando se tratam de decisões liminares (que algumas vezes acabam sendo mais importantes do que a própria decisão definitiva).

No quarto e último capítulo, passa-se ao estudo da aplicação, em concreto, do modelo constitucional de processo, que tem como norte a efetividade de direitos e o respeito às garantias fundamentais. Destaca-se que a preocupação do juiz contemporâneo é com o uso de instrumentos técnicos capazes de dar concretude à tutela dos direitos. Promove-se, de forma bastante interessante e profícua, uma releitura de vários princípios constitucionais fundamentais que permeiam o Direito Processual, como, por exemplo, o do devido processo legal, o do juiz natural e o do acesso à justiça, com destaque para a abordagem feita ao (imperativo) controle da constitucionalidade das leis e ao duplo grau de jurisdição (que não tem, no entendimento do autor, *status* de garantia constitucional).

São focalizados, ainda, o direito de ação e de defesa com uma nova e moderna roupagem, bem como importantes temas, como a relação dos vários ramos do direito com as garantias constitucionais, a súmula vinculante e a liberdade da atividade jurisdicional, meios alternativos de solução de conflitos, e até mesmo a crise do ensino jurídico como um problema de fixação de equivocados alicerces, amparados em um modelo de prestígio, normalmente, o positivismo científico.

Percebe-se, por tudo isto, que o livro de José Herval Sampaio Júnior é leitura indispensável aos processualistas em geral, senão à comunidade jurídica por inteiro, pois se apregoa, com propriedade, a importância de se repensarem os institutos do direito brasileiro e relê-los através de uns óculos chamados Constituição Federal. Esta deve ser a missão de todos os “operários do Direito”. A obra, de fácil e agradável leitura, é riquíssima, e faz coro com a doutrina que, segundo o professor Luiz Guilherme Marinoni, autor do prefácio do livro, é “preocupada com um processo realmente capaz de servir à sociedade”. Parabéns ao autor, por sua obra, e à editora Método, por trazê-la a público.

² Expressão utilizada pelo autor de maneira proposital, para quem a tradicional expressão “operador do Direito” não é a que melhor se encaixa no perfil daqueles que militam no meio jurídico.

Revista *Jurisvox* | Regimento

I - DA IDENTIFICAÇÃO, APRESENTAÇÃO E LINHA EDITORIAL DA REVISTA

Art. 1º. A Revista *Jurisvox*, criada no ano de 1999, pelo curso de Direito da Faculdade de Direito, do Centro Universitário de Patos de Minas, e registrada sob o número ISSN 1516-778X, passa a ser, a partir de 06 de julho de 2001, com a reformulação da estrutura das unidades acadêmicas e com o credenciamento do Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM), uma publicação vinculada ao Colegiado do curso de Direito deste mesmo Centro Universitário.

Art. 2º. A Revista *Jurisvox* é um periódico acadêmico e científico, editado anualmente, com apenas um número a sair no primeiro ou no segundo semestre, conforme decisão de seu conselho editorial.

Art. 3º. Além dos números anuais, a Revista poderá extraordinariamente publicar edições temáticas, que serão editadas como números especiais.

Art. 4º. Os números da Revista poderão ser compostos por artigos científicos, resenhas, ensaios, traduções, jurisprudência comentada, editoriais e apresentações necessariamente vinculados à área jurídica.

§ 1º A responsabilidade científica dos trabalhos acadêmicos publicados é de responsabilidade de seus autores.

§ 2º Os trabalhos submetidos à Revista deverão ser de autoria preferencialmente inédita, bem como de bacharéis em Direito ou outras áreas afins ao tema do trabalho, permitindo-se a participação de discentes apenas quando em co-autoria com aqueles.

§ 3º O eixo temático da publicação é principalmente o Direito Brasileiro, público e privado, bem como estudos de Teoria do Direito, Filosofia do Direito, Sociologia Jurídica, Direito Comparado e Direito Internacional, admitidos também estudos interdisciplinares que estabelecem diálogo entre o eixo temático e outros ramos do conhecimento científico.

§ 4º Não serão aceitos trabalhos puramente descritivos, devendo os autores se pautarem no espírito científico e buscarem discutir temas que contribuam para o desenvolvimento do Direito e da sociedade.

Art. 5º. Cada número da Revista deverá conter um mínimo de 100 (cem) e um máximo de 400 (quatrocentas) páginas, sendo no mínimo 14 (quatorze) trabalhos por número.

Art. 6º. Serão aceitos trabalhos publicados em língua portuguesa e outras línguas modernas (inglês, espanhol, francês, alemão e italiano).

II - DOS OBJETIVOS DA REVISTA

Art. 7º. A Revista, como periódico acadêmico-científico, tem por princípio e missão os seguintes objetivos:

I - publicar textos acadêmicos de docentes que queiram apresentar resultados parciais ou finais de seus trabalhos, fomentando assim a pesquisa no âmbito do UNIPAM;

II - incentivar o intercâmbio acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas com outras instituições nacionais e estrangeiras;

III - incentivar o sistema de permutas da Revista com outros periódicos nacionais e estrangeiros, com vistas a atualizar o acervo bibliográfico da Biblioteca Central do UNIPAM e publicizar o conhecimento produzido;

IV - permitir a participação, no âmbito das atividades do Centro Universitário, de estudantes de pós-graduação e docentes de outras instituições do país e exterior, por meio da publicação de suas produções, proporcionando assim a aproximação dos pesquisadores no âmbito do Direito.

III - DA DIREÇÃO E ORGANIZAÇÃO DA REVISTA

Art. 8º. A Revista *Jurisvox* será constituída por um corpo editorial composto por editor geral, conselho editorial e um conselho consultivo, bem como um bibliotecário e um corpo de revisores.

§ 1º A editoria geral da Revista está restrita a professores que tenham pelo menos 1 (um) ano de docência junto ao UNIPAM.

§ 2º O bibliotecário deve pertencer à Biblioteca Geral do UNIPAM;

§ 3º A participação no conselho editorial está restrita a professores que pertençam ao quadro docente do UNIPAM.

§ 4º A participação no conselho consultivo está restrita a professores que não pertençam ao quadro docente do UNIPAM, permitida ainda a participação de juristas de renome que não exerçam atividade docente.

§ 5º O corpo de revisores deverá ser composto por professores do UNIPAM, podendo estes também fazer parte do conselho editorial, aceitando-se revisores *ad hoc* por decisão do editor.

§ 6º O editor geral da Revista tem gestão de 4 (quatro) anos, renováveis.

§ 7º Os cargos de bibliotecário, membro de conselho editorial, conselho consultivo e de revisor técnico têm caráter permanente, ressalvando-se o direito de renúncia à função, e o disposto no parágrafo único dos artigos 11 e 12.

Art. 9º. São atribuições do editor geral da Revista:

- I - convocar e presidir reuniões do conselho editorial, quando necessário;
- II - coordenar os trabalhos de edição dos números da Revista, em especial definindo e dando publicidade às chamadas de trabalhos;
- III - encaminhar os trabalhos recebidos aos conselhos editorial e/ou consultivo, respeitando as especialidades de cada membro e a pertinência com sua área de atuação acadêmico-científica;
- IV - encaminhar os pareceres recebidos pelos conselhos editorial e/ou consultivo aos autores dos trabalhos encaminhados à Revista;
- V - arquivar os pareceres emitidos pelos conselhos editorial e/ou consultivo;
- VI - arquivar os trabalhos recebidos e aprovados para a edição seguinte;
- VII - propor a criação de dossiês para cada número da Revista, ouvidas as sugestões do conselho editorial;
- VII - providenciar a editoração, a divulgação e a comercialização dos números da Revista, trabalho que ficará a cargo do Núcleo Editorial do UNIPAM.

Art. 10. São atribuições do bibliotecário:

- I - indexar a Revista, com número de ISSN, junto ao órgão nacional responsável;
- II - responsabilizar-se pela permuta da Revista com outros periódicos nacionais e internacionais;
- III - responsabilizar-se pela comercialização da Revista nas dependências do *campus* do UNIPAM.

Art. 11. São atribuições dos membros do Conselho Editorial:

- I - emitir parecer técnico sobre os trabalhos acadêmicos encaminhados à Revista, em caráter subsidiário ao Conselho Consultivo, justificando as razões de seu parecer, em prazo definido pelo Editor e seguindo os interesses da Revista expostos no art. 4º deste regimento;
- II - zelar pela integridade científica e ética e pela qualidade técnica dos trabalhos a serem publicados;
- III - sugerir a criação de dossiês para os números regulares, ou temáticas para números especiais da Revista;
- IV - auxiliar a divulgação da Revista no âmbito acadêmico e jurídico, em especial quando da abertura de chamada de trabalhos;
- V - auxiliar o Editor nas decisões de caráter administrativo.

Parágrafo único. O membro do Conselho Editorial que não atender, por 3 (três) vezes consecutivas, a solicitação de parecer, será desligado do Conselho Editorial automaticamente, salvo caso fortuito ou de forma maior.

Art. 12. São atribuições dos membros do Conselho Consultivo:

I - emitir parecer técnico sobre os trabalhos acadêmicos encaminhados à Revista, em caráter preferencial ao Conselho Editorial, justificando as razões de seu parecer, em prazo definido pelo Editor e seguindo os interesses da Revista expostos no art. 4º deste regimento;

II - zelar pela integridade científica e ética e pela qualidade técnica dos trabalhos a serem publicados;

III - sugerir a criação de dossiês para os números regulares, ou temáticas para números especiais da Revista;

IV - auxiliar a divulgação da Revista no âmbito acadêmico e jurídico, em especial quando da abertura de chamada de trabalhos;

V - auxiliar o Editor nas decisões de caráter científico.

Parágrafo único. O membro do Conselho Consultivo que não atender, por 3 (três) vezes consecutivas, a solicitação de parecer, será desligado do Conselho Editorial automaticamente, salvo caso fortuito ou de forma maior.

Art. 13. É atribuição do corpo de revisores fazer revisão técnica e de linguagem de todos os números da Revista, em prazo a ser estabelecido pelo editor geral.

IV - DAS NORMAS PARA APRESENTAÇÃO E SELEÇÃO DOS TRABALHOS

Art. 14. Os artigos deverão ser encaminhados à Revista pelo *email* jurisvox@unipam.edu.br e serão submetidos preferencialmente ao Conselho Consultivo, e subsidiariamente ao Conselho Editorial, em sistema de “*blind peer review*”, que irão selecionar os textos a serem publicados, conforme os seguintes critérios:

I - Os originais devem ter até 25 laudas (excluídas as destinadas a referências), digitadas em fonte Times New Roman tamanho 12, espaço entre linhas 1.5, margens superior e esquerda 3 cm, inferior e direita 2 cm, papel tamanho A4. O limite poderá ser extrapolado quando imprescindível à qualidade do trabalho e mediante aprovação pelos pareceristas;

II - O título deverá ser centralizado, em caixa alta e negrito, sendo indicado o(s) autor(es) logo após, inserindo-se em nota de rodapé com asterisco (*) a sua titulação, instituição a que esteja vinculado, seu endereço eletrônico (*email*) e demais qualificações;

III - Após o nome do(s) autor(es) deverá ser apresentado resumo em português, com até 250 palavras, bem como sua versão em língua estrangeira, preferencialmente inglês. Após, deverão ser indicadas de 3 a 5 palavras-chave, nas mesmas línguas, dando-se preferência a palavras-chave que não estejam no título do trabalho;

IV - Se aplicam, quanto ao conteúdo, as normas da ABNT, observando-se em especial as seguintes diretrizes:

a) Citações curtas (até 3 linhas) deverão estar inseridas no texto, entre aspas. Citações longas (mais de 3 linhas) deverão constituir parágrafo independente, digitadas em espaço simples (um), fonte tamanho 11, com recuo da margem esquerda em 4 cm;

b) As citações deverão ser feitas no estilo autor-data, com indicação do sobrenome do autor em maiúsculas, ano da publicação e página (se for o caso) entre parênteses: Ex: (NOVAIS, 1998, p. 175).

c) As notas de rodapé estarão restritas a observações pessoais, no sentido de prestar esclarecimentos sobre informações que não estejam no corpo do texto, e deverão ser numeradas sequencialmente;

d) As referências deverão aparecer no final do texto, em ordem alfabética de sobrenome do autor, da seguinte forma:

1) para livro: SOBRENOME DO AUTOR, Nome. Título (em itálico). Edição. Local: editora, ano. Ex.: SILVA, José. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora Jurídica, 2000.

2) para artigos: SOBRENOME DO AUTOR, Nome. Título do artigo. Título do periódico (em itálico). Local, volume, número, página inicial e página final do artigo, mês e ano. Ex.: SILVA, José. Aspectos de Direito Constitucional. *Revista de Direito*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 10-30, jan/2001.

§ 1º Aplicar-se-ão subsidiariamente a estas instruções e normas da ABNT e as diretrizes fixadas no Manual de Normalização de Trabalhos Acadêmicos do UNIPAM (disponível em <http://alunos2.unipam.edu.br/PortalCorporeRM/normas_UNIPAM.pdf>).

§ 2º A partir de 2009 o sistema de avaliação será obrigatoriamente o “*duplo blind peer review*”.

Art. 15. A Revista *Jurisvox* reserva-se o direito de alterar os originais, no sentido de adequá-los às normas de seu padrão editorial.

Art. 16. Ao encaminhar seu artigo para publicação, o autor estará automaticamente abrindo mão de seus direitos autorais, concordando com as diretrizes editoriais da Revista, recebendo em troca pela colaboração 2 (dois) exemplares da edição em que o trabalho for publicado.

Parágrafo único. A responsabilidade pelos artigos, trabalhos e opiniões são exclusivamente de seus respectivos autores.

Art. 17. Os autores que tiverem seus artigos recusados ou com parecer técnico “favorável com restrições” poderão reelaborar seus textos, admitindo-se, no caso, outra avaliação, que pode ser encaminhada ao(s) mesmo(s) parecerista(s) ou outro, a critério do Editor.

Art. 18. Os trabalhos recusados não serão devolvidos.

V - DA EDIÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DA REVISTA

Art. 19. A composição gráfica e a impressão dos números da Revista ficarão a cargo de uma gráfica a ser escolhida por processo de licitação, a cargo da mantenedora financeira do UNIPAM.

Art. 20. Será de responsabilidade da mantenedora do UNIPAM, ouvido o conselho editorial da Revista, fixar o valor de comercialização de cada número da Revista, bem como os reajustes necessários.

Parágrafo único. O valor de comercialização será fixado com base no valor do custo de cada exemplar, sempre considerando um preço acessível aos alunos do UNIPAM e de outras instituições.

Art. 21. Todas as decisões relativas à Revista *Jurisvox* ficam sob responsabilidade do editor geral, auxiliado pelo Conselho Editorial para decisões de cunho administrativo e pelo Conselho Consultivo para decisões de cunho técnico-científico.

Revista Jurisvox

Revista Jurídica da Faculdade de Direito de Patos de Minas

UNIPAM - Centro Universitário de Patos de Minas
Rua Major Gote, 808 - Caiçaras 38702-054 Patos de Minas, MG | Brasil
e-mail da revista: jurisvox@unipam.edu.br

Mais informações:

Prof. Luiz Henrique Borges Varela, editor: luizhbv@unipam.edu.br