

Jurisvox

Revista Jurídica da Faculdade de Direito de Patos de Minas

UNIPAM - Centro Universitário de Patos de Minas

Reitor do UNIPAM
Raul Scher

Pró-reitor de Ensino, Pesquisa e Extensão
Fagner Oliveira de Deus

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

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
Luís André Ferreira da Cunha

Impressão e acabamento
Grafipres: (34) 3811-1166

Jurisvox. ano 10, n. 10 , nov.
2009. Patos de Minas: Centro
Universitário de Patos de Minas,
2009.

Anual

ISSN 1516-778X

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

CDD: 340.05

Catálogo

Bibliotecária: Dione Cândido 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 10 – n.º 10 – outubro de 2009

Patos de Minas: Jurisvox, UNIPAM, (10):1-324, 2009

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 responsável

Luiz Henrique Borges Varella (UNIPAM)

Conselho administrativo

Alexandre Máximo Oliveira (UNIPAM)
Éder Ferreira (UNIPAM)
Helen Solis (UNIPAM)
Leonardo Caixeta dos Santos (UNIPAM)
Luciana de Brito Freitas Leite (UNIPAM)
Morisa Martins Jajah (UNIPAM)
Renata Lelis Cardoso (UNIPAM)
Wânia Alves Ferreira Fontes (UNIPAM)

Conselho consultivo

Alexandre Walmott Borges (UFU/MG)
Carlos Alberto Molinaro (PUC/RS)
Edilton Meireles (UFBA)
Elpídio Donizetti (TJMG)
Francisco Satiro de Souza Júnior (USP)
Fredie Didier Júnior (UFBA)
Guilherme Calmon Nogueira da Gama (UERJ)
Humberto Theodoro Júnior (UFMG)
Ivo Teixeira Gico Júnior (UCB/DF)
Jorge Luiz Fontoura Nogueira (UNICEUB/DF)
Jorge Miranda (Universidade de Lisboa/Portugal)
José Herval Sampaio Júnior (UERN)
Lígia Mori Madeira (PUC/RS)
Luiz Carlos Figueira de Melo (UFU/MG)
Maria Alexandra de Sousa Aragão (Universidade de Coimbra/Portugal)
Mônica Neves Aguiar da Silva (UFBA)
Paulo Roberto Colombo Arnoldi (UNESP)
Pedro Caldas Neto (FCTMC/RN)
Plínio Antônio Britto Gentil (PUC-SP/UNITOLEDO)
Rogério Greco (MP/MG)
Roland Hasson (PUC/PR)
Yara Maria Pereira Gurgel (UFRN)

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

Consulte o site do NEP: <http://nep.unipam.edu.br>

Sumário

- 7 | Apresentação
- 8 | A função do preâmbulo constitucional: comparativo nos métodos tradicionais de interpretação constitucional
The role of the constitutional preamble: comparing the traditional methods of constitutional interpretation
Alexandre Walmott Borges; Bernardo Morais Cavalcanti
- 22 | O discurso da cidadania em Marshall: a influência do modelo clássico na teoria jurídica moderna
The discourse of citizenship in Marshall: the influence of the classical model in modern legal theory
Aline Beltrame de Moura
- 35 | Por uma dessubjetivação do dano moral
For a desubjectification of moral damage
Álisson da Silva Costa; Fernando Horta Tavares; Francis Vanine de Andrade Reis; Maria Cecília de Moura Lima Jeha
- 54 | Entrega de arma de fogo pelo possuidor: descriminalização ou extinção da punibilidade?
Delivering the weapon: decriminalization or extinction of punishment?
Ana Paula Jorge; Plínio Antônio Britto Gentil
- 66 | A proteção dos direitos humanos fundamentais e a investigação criminal realizada pelo Ministério Público Brasileiro
The protection of human rights and the criminal investigation conducted by the Brazilian Prosecuting Counsel
Anarda Pinheiro Araújo; Natália Luiza Alves Martins
- 76 | O ônus da prova no processo administrativo
The burden of proof in the administrative process
Bruno Nunes dos Reis; Luiz Carlos Figueira de Melo
- 90 | Mobilizadores Políticos no Nordeste: tipologia dos articuladores eleitorais na política potiguar (estudo de caso)
Political Mobilization Agents in Brazilian Northeast: A typology of Electoral Articulators in the Politics of Rio Grande do Norte (a Case Study)
Cícero José Alves Soares Neto
- 110 | Antiformalismo jurídico versus jusnaturalismo: uma releitura crítica
Juridical antiformalism vs. natural law: a critical review
Clarissa Franzoi Dri

- 125 | Judiciário e democracia: a resolução n.º 75 do Conselho Nacional de Justiça
Judiciary and democracy resolution n. 75 of the Justice National Council
Cristina Termes
- 141 | Contribuição à crítica da Constituição de 1988: Ensaio sobre a reificação das normas jurídicas
Critical contribution to the Constitution of 1988: Essay on the reification of the juridical norms
Éder Ferreira
- 163 | A interferência indireta do Conselho de Segurança das Nações Unidas na soberania brasileira: o processo do Certificado de Kimberley
The indirect interference of the Security Council of the United Nations in Brazilian sovereignty: the Kimberley process certificate
Francisco José da Silva Porto Filho
- 190 | Os tipos penais abertos e o princípio da legalidade penal: uma visão introdutória
Open criminal types and principle of legality criminal: an introductory view
Helvécio Damis de Oliveira Cunha
- 202 | Plurinacionalidade e cosmopolitismo: a diversidade cultural das cidades e diversidade comportamental nas metrópoles
Plurinationality and cosmopolitanism: the cultural diversity in the cities and behavioral diversity in metropolis
José Luiz Quadros de Magalhães
- 212 | Estatuto da criança e do adolescente: 19 anos de subjetivações
Statute of the child and adolescent: 19 years of subjectivations
Mário Luiz Ramidoff
- 226 | A principiologia contratual contemporânea e o direito do consumidor
The new contractual law principles and the consumer's rights
Michael César Silva
- 246 | La ley como fundamento de la ejecución penal y el artículo 2 de la Ley Penitenciaria Española
The Law as the grounds for penal enforcement and article 2 of the Spanish Penitentiary Law
Ricardo M. Mata y Martín
- 262 | Repercussão geral – dos critérios de aferição aos efeitos
General repercussion – from admeasurements criteria to effects
Roberta Gonçalves de Souto e Silva
- 283 | Princípios e funções do contrato no Direito Privado contemporâneo
Principles and functions of the contract in contemporaneous Private Law
Sávio de Aguiar Soares
- 303 | Trabalho em condições análogas à de escravo: violação de direitos humanos
Labor in conditions similar to a slave: violation of the human rights
Tânia Mara Guimarães Pena

Apresentação

LUIZ HENRIQUE BORGES VARELLA, editor

É tempo de festa. A *Jurisvox* completa, nesta edição, seu décimo aniversário. E muito há que comemorar. Nascida com o objetivo inicial de divulgar a produção científica do corpo docente da Faculdade de Direito de Patos de Minas, com o passar dos anos, a Revista passou um nítido amadurecimento, graças a todos aqueles que, desde o primeiro número, acreditaram nesta publicação.

Devemos muito, por exemplo, aos professores Arley César Felipe, Helvécio Damis de Oliveira Cunha, Simone Letícia de Souza Severo, dentre outros que assumiram a coordenação da Revista antes de nós. Sabemos hoje que não é fácil manter um periódico com os objetivos e a magnitude da *Jurisvox*. Mas aqueles colegas se mantiveram firmes no propósito de, sempre, a cada edição, subir um degrau na escada da qualidade e da excelência.

Devemos muito, também, aos diretores anteriores da Faculdade de Direito de Patos de Minas, Dr. Dácio Pereira da Fonseca, Dra. Wânia Alves Ferreira Fontes e ao atual diretor Dr. Leonardo Caixeta dos Santos. Sem o apoio dessas figuras visionárias não conseguiríamos dar continuidade à missão de divulgar pesquisas científicas de alta qualidade no Direito.

Devemos muito, ainda, aos colegas do Centro Universitário de Patos de Minas, que nos confiaram a honrosa tarefa de assumir a direção da Revista, nos dando total apoio no desincumbimento de tal mister. Nosso muito obrigado, em especial, ao Núcleo de Editoria e Publicações do UNIPAM, na pessoa do ilustre colega Luís André Nepomuceno, sem o qual essa publicação certamente não teria a feição que hoje tem.

Enfim, repita-se, hoje é dia de festa. Com a expressiva ampliação dos horizontes da *Jurisvox*, que nas últimas edições contou com colaborações de pesquisadores de vários Estados do Brasil, iniciou-se a abertura internacional da Revista, não só pela participação de renomados juristas internacionais no Conselho Consultivo, como o Prof. Jorge Miranda e a Prof. Alexandra Aragão, mas também com ativa participação de pesquisadores estrangeiros como o douto professor Ricardo Martín, que nos brinda com um trabalho acerca da execução penal à luz da legislação espanhola que, certamente, desperta reflexões sobre o modelo da execução penal no Brasil. Permite-se, a partir desse intercâmbio internacional, o aperfeiçoamento da própria ciência do Direito.

Desta feita, é com imenso orgulho que agradecemos a todos que, desde o primeiro número até o presente, colaboraram para manter viva a chama da pesquisa jurídica. Bons ventos, é certo, já passaram. Mas outros, melhores, ainda passarão. Ao leitor, também, o nosso sincero obrigado, pela fidelidade e por dar o indispensável suporte à Revista.

A todos, uma ótima leitura.

A função do preâmbulo constitucional: comparativo nos métodos tradicionais de interpretação constitucional

*The role of the constitutional preamble:
comparing the traditional methods of constitutional interpretation*

ALEXANDRE WALMOTT BORGES
BERNARDO MORAIS CAVALCANTI

Resumo: O artigo analisa a função do preâmbulo na interpretação da Constituição. Toma-se a funcionalidade do preâmbulo a partir dos postulados dos métodos de interpretação tradicionais – método literal-gramatical e método exegético. A abordagem utilizada é própria da teoria da interpretação constitucional na perspectiva da dogmática hermenêutica.

Palavras-chave: Preâmbulo. Funções. Interpretação. Métodos tradicionais.

Abstract: The paper analyses the role of the preamble in the interpretation of the Constitution. We have taken the functionality of the preamble from the postulates of the methods of traditional interpretations – literal-grammatical method and exegetic method. The approach used is proper to the theory of constitutional interpretation in the hermeneutics dogma.

Keywords: Preamble. Functions. Interpretation. Traditional methods.

O objetivo do artigo é a apresentação de argumentos sobre a natureza do texto de introdução das Constituições, o preâmbulo. De imediato, o problema central é obter a amarração do texto preambular, tomando-se que a sua função é a de indicador textual de todos os valores matriciais do trabalho constituinte, com os métodos tradicionais de interpretação constitucional. Os métodos tradicionais, identificados como o método literal e gramatical e o método exegético, apresentam contornos metódicos que encartam a funcionalidade do preâmbulo em dimensões distintas da tomada do preâmbulo apresentada pelas variantes axiológicas e teleológicas de interpretação constitucional.

A abordagem centra-se nas possibilidades de a hermenêutica jurídica determinar diferentes sentidos aos elementos normativos do sistema constitucional. No caso, especificamente um elemento não normativo – o preâmbulo – e a determinação de sua funcionalidade e sentido no trabalho de interpretação do sistema constitucional.

1. Os preâmbulos nas Constituições modernas: elemento do texto e objeto de interpretação

A prática da redação de Constituições modernas, nos dois séculos e anos do constitucionalismo, consagra a divisão do texto em partes articuladas que obedecem, normalmente, à seguinte divisão (não necessariamente nesta ordem): (i) preâmbulo; (ii) a parte introdutória com as definições fundamentais do regime político, forma de governo e organização do Estado; (iii) a parte dogmática com as declarações de Direitos; (iv) a parte orgânica com a definição de órgãos e competências estatais; (v) a parte de disposições gerais ou finais (BONAVIDES, 1998, pp. 70-71).

Variações sobre as disposições e os elementos constantes dos textos constitucionais são várias (KELSEN, 2000, pp. 372-383; SILVA, 2000, pp. 46-47). Em todos os casos de classificação, é constante a abertura dos textos com as disposições preambulares. O preâmbulo tornou-se, na história do constitucionalismo, parte integrante da técnica redacional das Constituições e elemento textual constitucional.

Há grande divergência sobre o papel ou função do texto introdutório preambular. O estado de arte da discussão sobre a natureza do preâmbulo da Constituição pode ser dividido, segundo Jorge Miranda, em três grandes linhas (1999, p. 236): (i) a irrelevância jurídica; (ii) a eficácia idêntica aos demais dispositivos; (iii) a relevância jurídica específica. As linhas (i) e (iii) determinam que o preâmbulo não é norma jurídica. A linha (ii) determina ser o preâmbulo disposição normativa tal qual as demais disposições do texto constitucional.

O sentido básico de interpretação constitucional é a atribuição de sentido ao símbolo linguístico constante do texto constitucional. Bem se vê que, a despeito da querela sobre a natureza normativa ou não normativa dos preâmbulos, sendo os preâmbulos textos constitucionais, serão objeto do trabalho de interpretação (CANOTILHO, 2004, p. 1200).

Esta interpretação da Constituição, do texto constitucional, é realizada por um conjunto de métodos identificados como métodos de interpretação constitucional. São métodos desenvolvidos pela jurisprudência e ciência jurídica com o objetivo de fornecer ferramentas à captação dos sentidos dos textos normativos (CANOTILHO, 2004, p. 1210).

A pluralidade de métodos de interpretação constitucional exige a classificação em (i) métodos clássicos e (ii) métodos novos de interpretação constitucional. Os métodos clássicos (i) são os métodos (i.a) literal; (i.b) gramatical; (i.c) exegético; (i.d) lógico; (i.e) sistemático; (i.f) histórico; (i.g) sociológico. Novos métodos de interpretação (ii) são os métodos (ii.a) tópico; (ii.b) científico-espiritual; (ii.c) hermenêutico-concretizador; (ii.d) normativo-estruturante e (ii.e) sistemático – ou novo sistemático (CANOTILHO, 2004, pp. 1211-1214; WARAT, 1994, pp. 65-92; FREITAS, 1995, pp. 50-56). Os métodos literal e gramatical (i.b e i.b) são considerados como unidade e serão tomados no trabalho como método literal-gramatical.

O texto apresenta as funções do preâmbulo constitucional nos dois métodos clássicos de interpretação constitucional – o literal-gramatical e o exegético. O preâmbulo é

captado como variável de interpretação dos textos nos vários métodos e do possível sentido do preâmbulo para a aplicação e decisão do Direito nos vários métodos de interpretação constitucional.

Há entendimento de que o preâmbulo constitua o indicador dos valores de todo o sistema constitucional. Tal perspectiva é própria de métodos de interpretação que assumem os seguintes postulados: (i) o sistema constitucional é formado por valores e normas; (ii) o sistema é finalístico por apresentar valores que conformam a ordem normativa; (iii) elementos valorativos são integrantes do sistema jurídico-constitucional (WALMOTT BORGES, 2003, pp. 255-258; CANARIS, 1996, pp. 66-76). Bem se percebe que os métodos tradicionais não apresentam a mesma linha de postulados da interpretação axio-teleológica. Nesta linha, verifica-se no texto do presente artigo as limitações e a apresentação possível da funcionalidade do preâmbulo, de acordo com os métodos tradicionais.

2. O direito legislado como o objeto de interpretação jurídica

A expressão norma teve o seu uso prodigalizado especialmente pelo impacto dos trabalhos de fundamentos epistemológicos do Direito do normativismo vintecentista. Verdade é que a prodigalização do vocábulo resultou na plurissignificativade do emprego, quase fazendo corresponder norma com o Direito legislado, o que certamente é um equívoco se analisada a evolução dos sistemas jurídicos na história, ou se cotejado com o direito de tradição oral, ou mesmo na possibilidade de visualização de normatividade não-escrita nos sistemas escritos – normas implícitas ao ordenamento (ALEXY, 2002, pp. 66-72).

O positivismo novecentista é que pode ser apontado como o grande realizador da associação entre direito legislado e a normatividade, transformando em sinônimas as expressões direito posto e direito legislado. Ainda antes do pensamento positivista, as bases de tal associação entre norma e direito legislado é consequência do impacto do racionalismo – que associou o Direito legislado aos axiomas jusnaturalistas – tornando a legalidade como sinonímia de normatividade. Logo se percebe que os métodos tradicionais hermenêuticos - incluem-se aí os métodos literal-gramatical e exegético – mantiveram-se aprumados na correspondência total entre o Direito legislado e a norma (MÜLLER, 2000, pp. 25-28).

A organização burocratizada e documental da sociedade hodierna implicou a quase total transferência das fontes normativas ao caráter documental escrito, apoiando-se no dogma de que a confiança e o conhecimento vêm do material escrito: os textos do Direito *devem ser* todos escritos para que todos os conheçam. A teoria das fontes do Direito é a forma de ordenação sistematizadora elaborada pelo racionalismo e jusnaturalismo, reforçada na estruturação do Estado Liberal (e positivismo subsequente), como elemento de pré-compreensão do direito do Estado (FERRAZ JR., 2001, pp. 219-225; ZAGREBELSKY, 2003).

A teoria das fontes do direito do Estado Liberal toma o *texto normativo* com subtrato da norma. A norma é algo trabalhado, por quem interpreta o texto, extraindo des-

se texto o comando. O texto é enunciado linguístico carente de interpretação que, após o trabalho de interpretação, surge a norma como comunicador, sob a forma de proposição, prescrevendo condutas ou comportamentos. O traço que marca os métodos tradicionais encontra-se na margem ou operações às quais este *intérprete realizará o trabalho de interpretação* (COELHO & BORGES, 2001, pp. 56-57).

3. Os métodos tradicionais de interpretação – o método literal-gramatical

Os métodos tradicionais de interpretação são aqueles que mais se aproximam de preocupações com o teor das disposições do texto normativo (o método literal-gramatical ao paroxismo). Historicamente, os métodos tradicionais são situados na vizinhança do legalismo positivista do século XIX, bastante afeitos à indissociabilidade entre lei e norma, tomando o sentido do texto normativo como expressão unívoca. Na pré-compreensão da função do intérprete, tomam a divisão de funções institucionais definindo que o papel do decisor-julgador é de vinculação estrita ao legislador.

Os métodos tradicionais aplicados ao moderno direito legislado desenvolveram-se logo após a edição do Código Napoleão, tributários da ideia de infalibilidade do texto produzido pelo legislador. Os métodos de interpretação tradicionais que mais se apegam ao sentido do texto afastando-se de condicionamentos ou variáveis além texto são os métodos literal e gramatical. Na verdade, pela semelhança da proposta interpretativa, constituem um binômio gramatical-literal.

O método gramatical-literal dá ao intérprete a responsabilidade de encontrar o sentido unívoco da lei consagrado no texto. Obviamente o método gramatical-literal esforça-se na concentração de recursos interpretativos nos padrões de língua culta e no dogma de sistema jurídico completo, coerente e regulador pleno das condutas humanas (COELHO, 1979, pp. 74-75). A preferência do método literal-gramatical recai em análises morfológicas do sistema normativo e, já na fronteira, nas análises sintáticas do texto, no que já se confunde com o método exegético (CAENEGEN, 1995, pp. 151-156; WARAT, 1994, pp. 68-69; GILISSEN, 1986, p. 343).

Para a dimensão exata da proposta do método gramatical-literal, é necessário dividir a dimensão morfológica, distinguindo-a da dimensão dos problemas sintáticos. A morfologia é entendida como classificação de partes de um esquema sistemático. A sintaxe envolve as partes em seus aspectos funcionais e não exclusivamente classificatórios e esquemáticos. Esta divisão é significativa para a exploração do seguinte tópico: o que é a literalidade do texto?

A preferência do método gramatical-literal é pela interpretação das palavras do texto tomando-as isoladamente, e não dentro da sua participação no período. Com isto, o método gramatical-literal pretende evitar a invasão do intérprete na substância do texto. Quer manter o intérprete no limite daquilo que é denominado *literalidade* do texto normativo.

O método gramatical-literal trabalha com a ideia de limite do sentido literal possível, ou seja, o texto encerra a possibilidade de interpretação na literalidade das palavras lá dispostas. Esta proposta encerra limitações na compreensão do próprio postu-

lado, ou seja, o que é o *limite literal possível*? De pouca aceitação a possibilidade de se traçarem os exatos contornos do sentido literal possível. Como argumenta Karl Larenz, já de primeiro se depara com a dubiedade de sentidos literais envolverem tanto o sentido técnico como o sentido geral. A literalidade extrai-se tanto de sentidos técnicos como gerais, e aí já há a participação do intérprete no exercício classificatório (1997, pp. 453-454).

A aparente dificuldade de limitação da literalidade e o pretense isolamento do intérprete de atos criadores é superada se tomar-se em conta o paradigma do método literal-gramatical de univocidade e precisão da linguagem do direito, associado com a ideia do ato de julgar exclusivamente como ato de conhecimento (WARAT, 1994, p. 61).¹

A preocupação com a morfologia do texto normativo é a limitação inerente à proposta do método gramatical. Análises morfológicas do texto constitucional bem combinam com a proposta de cognição como ato do julgador, desprendendo-o de análises substanciais que implicam assunção de responsabilidades além da mera cognição do texto. Análises substanciais implicam hierarquização e definições valorativas, impróprias na proposta do método gramatical-literal. A cognição é a apreciação de partes constitutivas do texto sem que o intérprete se defronte com o relacionamento entre partes em articulações complexas. Ao contrário, as articulações do texto são lineares, precisas e de relacionamento estável. O sistema é, portanto, linear, conexo com as partes em simetria e as partes são autolimitadas nas funções.

Trata-se de simplificação do ato de interpretação indispensável ao paradigma de aproximação ao texto sem contemplar dificuldades intrassistêmicas. Isto quer dizer que o conjunto de normas será tomado com cada parte em disposição estanque e isolada. A ideia de sistema é considerada apenas para a disposição dos elementos em posições diversas e não como um articulado com conexões.

O avanço do método gramatical-literal está no momento em que se descortinam problemas sintáticos no texto normativo. A palavra *avanço*, aqui empregada, toma como postulado do método gramatical-literal a perfeição da composição das partes dos textos. Assim, a simples análise morfológica é bastante, na maioria dos atos de interpretação, segundo este método, ao esclarecimento de sentidos no sistema de normas. A análise sintática já subsume alguns problemas de linguagem o que, guardada a pretensão de unidade sistêmica e perfeição do sistema, impõe aos problemas sintáticos do texto normativo o caráter de avanço nas fronteiras das linhas de contenção da *literalidade*. O intérprete pode se deparar, nos problemas sintáticos, com demandas funcionais do texto no sistema (a morfologia é descritiva e não problematizadora). Com isto, no evoluir do século XIX, o método desprendeu-se do rigor da literalidade alcançando os problemas de historicidade do texto e da lógica do sistema do texto (COELHO, 1979, pp. 90-91).

¹ Como questiona Carlos Maximiliano: Que lei é clara? É aquela cujo sentido é expresso pela letra do texto. Para saber se isto acontece, é força procurar conhecer o sentido, isto é, interpretar. A verificação da clareza, portanto, em vez de dispensar a exegese, implica-a, pressupõe o uso preliminar da mesma (1947, p. 56).

É certo que os problemas sintáticos são controlados pelos paradigmas do método que entendem as disfunções (as disfunções que são os problemas sintáticos) como aparentes. São de solução intrassistêmica.

O método literal-gramatical toma o texto como produto de autoridade externa – do legislador – e ao julgador compete a decisão jurídica com a manutenção de absoluta posição de distanciamento do produtor original. Este produtor original é o legislador. Assim, o julgador não participa com qualquer dúvida sobre a vagueza ou ambiguidade do texto – já que este é infenso a dubiedades ou problemas semânticos –, e menos ainda com valores ou com signos portadores de valores – já que a esfera dos valores é da alçada do legislador, o produtor original do texto.

4. Os métodos tradicionais de interpretação – o método exegético

Ao lado do método gramatical-literal, encontra-se o método exegético, preocupado em descobrir, no texto legal, a vontade do legislador. A vontade do legislador é certamente compreendida quando se observa com atenção os contornos do legislador racional (figura *mítica* do labor jurídico). A bem da verdade, o método exegético nasceu como elemento pós-revolucionário, na transição do ordenamento jurídico do antigo regime (monárquico e absolutista) ao regime burguês, e supervalorizando a figura do legislador. A valorização do legislador deveu-se ao momento em que se creditavam aos legisladores – e ao legislativo – o papel primordial na definição de condutas a serem seguidas, justamente por serem os lídimos representantes do povo. Para evitar abusos interpretativos por julgadores servos do antigo passado absolutista, a escola exegética alçou ao primeiro plano a vontade do legislador (WARAT, 1994, p. 69).

O modelo de legislador adotado pelo método exegético explica-se por razões revolucionárias. A desconfiança com interpretações porventura adotadas por juízes em conflito com as decisões soberanas oriundas do legislador. A vontade do legislador é a vontade do povo, do representante do povo e, portanto, deve ser o parâmetro de interpretação para textos normativos (HUNTER, 2005, pp. 78-80).

O método exegético guarda a conexão, ao início, com o método literal-gramatical. O julgador é o decisor mecânico, adstrito à literalidade do texto ou, no segundo momento, adstrito à vontade do legislador descoberta em cada texto. Pode ser dito que o método exegético entende que a literalidade, nos casos em que não é suficiente à captação do espírito da lei, deve ser sucedida pela análise da vontade do legislador. A descoberta, no texto, da vontade do legislador traduz o padrão de interpretação de conservação absoluta do momento de produção da lei e de um certo padrão modulado ou *standard*, entendido ou presumido, como sendo a vontade do legislador. Há, portanto, o alongar do processo de interpretação: da literalidade à vontade do legislador.

A diferença do método exegético na comparação com o método literal-gramatical está na inserção da variável *vontade do legislador*. Sob este aspecto, o método exegético é passo adiante à interpretação do teor literal, estrito, utilizado pelo método gramatical, pois está implícito, ao buscar a vontade do legislador, que tal tarefa só tem razão de ser porque o texto não apresenta a clareza e univocidade instantânea, como pretendia o

literalismo do método literal-gramatical. O esclarecimento também permite verificar que o método exegético supera o literal-gramatical sem rejeitá-lo, apenas rompe com uma posição, entendida como ingênua, de acreditar na disposição textual estritamente (FRANÇA, 1997, pp. 14-15).

Pode-se resumir que o método literal-gramatical trata de abordagem *morfológica* do texto normativo no sistema. O método exegético trata de abordagem *sintática* do texto normativo no sistema. O método literal-gramatical vai ordenando o texto em partes, em escalas classificatórias sem a abordagem funcional ou sistêmico-complexa. O método exegético procura a relação entre o objeto produzido – o texto – e o produtor – o legislador para que os aspectos funcionais tornem-se claros e também ordenados, sem aceitar quebras sistêmicas ou disfuncionalidades (tais como vaguezas e ambiguidades).

O método exegético é conservador ao tolher a liberdade do intérprete adentrar em determinadas contextualizações do texto. O caráter conservador pode ser compreendido ao se verificar que é circunscrito o papel de mudanças atribuídas ao intérprete, acreditando-se que mudanças sociais são contempladas em novas leis, novas produções do legislador. O método exegético é cioso dos limites de separação entre os poderes e circunscreve o juiz – intérprete da Constituição – a limites de aplicação que consistem na silogística do texto à realidade conflitual (BELLO FILHO, 2003, p. 119).

O apelo aos brocardos *in claris cessat interpretatio, in claris non fit interpretatio, lex clara non indiget interpretatione* e *in claris non admittitur voluntatis quaestio*, invocados tanto pelo método literal-gramatical como pelo método exegético, são decorrência do apego *ao espírito da lei*, tendo como premissa a clareza e a univocidade de textos normativos, cumprindo realizar a interpretação na captação da *mens legis* e, no simultâneo, a *mens legislatoris*. O método exegético pode ser definido como o método da detecção da *vontade do legislador*.

Como o texto aceita pluralidade de sentidos, o sentido adequado – ou pretensamente adequado – é aquele que traduz a vontade do legislador. Isto coloca a proposta metodológica ante o problema de definição do objeto: o que é a vontade do legislador e como captá-la? Como aponta Cossio, a escola exegética faz da interpretação uma lógica psicologista, em que o seu empirismo gnosiológico coloca o texto normativo, que é a vontade do legislador, como um dado assemelhado à norma enquanto dever ser, ou seja, uma indissociabilidade entre um plano de lógica pura (plano do dever ser) com o plano de uma lógica de coerência relativa de um sujeito pensante (o legislador). Busca o método exegético a significação da norma na vontade do legislador (COSSIO, 1954, p. 68).

O método literal-gramatical creditava ao julgador um papel de absoluta neutralidade ideológica sendo indiferente ou alheio aos condicionamentos ideológicos do texto – o texto como objeto de exploração classificatória. O método exegético faz a constrição do julgador sem considerar o texto despido de ideologia. Todavia, não cabe ao julgador intervir interpretando a original vontade do legislador, o real e ordenado tradutor da ideologia (ou das ideologias).

O método exegético destina ao julgador o papel de aplicador instrumental de

disposições textuais. A instrumentalidade do julgador (e do judiciário) é consequência da formalização da separação de funções, com concentração no legislativo, e que afasta o judiciário de dimensão política na tarefa jurisdicional.

Bom situar que o método exegético desenvolveu-se em momento de incipiente força normativa das Constituições. O período, século XIX, do surgimento constitucional faz com que o método exegético, ao menos na fase inicial, caracterize-se pela preocupação com dispositivos legais e não constitucionais. A ideia de Constituição do século XIX torna ainda mais distante a interpretação constitucional como centro valorativo e de hierarquia do sistema. Na sintaxe do sistema, juízes não são qualificados como intérpretes constitucionais e sim como intérpretes dos legisladores constituintes, da vontade dos legisladores constituintes (MORA-DONATTO, 2002, pp. 11-15). O método exegético vai se delinear, ao início, como um problema da lei e não da Constituição.

A força do método exegético no constitucionalismo reside na associação de seus pressupostos aos movimentos do originalismo, textualismo ou subjetivismo do constitucionalismo estadunidense. A interpretação da Constituição, segundo o originalismo, vai à busca da motivação e da intenção do constituinte, à estrutura do sistema e da literalidade do texto (HUNTER, 2005, p. 79; BRITO, 1998).²

Com isto, há a notória diferença entre a ascensão do método exegético, no mundo europeu, como método de interpretação das leis, e o subjetivismo como método de interpretação no *judicial review* estadunidense (MIRANDA, 2002, pp. 521-525). Nos EUA, notadamente, toma-se a Constituição como centro de dispersão de poderes e limitação da autoridade estatal. Muito mais que o centro irradiador de normas jusfundamentais, a Constituição é a barreira às ambições governamentais e pessoais de poder. Tomando-se este sentido de Constituição, fácil se percebe a razão da rígida limitação da autoridade judicial na função judicante (TRIBE & TYLER, 1988, pp. 1-5).

A crítica ao método exegético, ao alhear o julgador, ao vincular o julgador à vontade original do legislador e ao acreditar na univocidade de sentido da expressão textual da lei da Constituição, referenda a direção programática, econômica e política do Estado burguês. Os parlamentos são de representação classista burguesa e dos interesses de classe (PERELMAN, 1998, pp. 32-33).

5. O legislador nos métodos gramatical-literal e exegético

Com assinala Warat, a atividade da dogmática hermenêutica opera com mitos, ou, tomando a palavra no singular – o mito, figura capaz de convencimento, em substituição do tempo histórico por sucessão fabular e de ritos. Com os mitos realiza-se a compreensão do mundo com dupla funcionalidade: o mito impõe e o mito faz compreender (WARAT, 1994, pp. 103-107). No discurso da dogmática o mito é a figura do legislador. A primeira qualidade que e o acompanha, e aí reside o senso comum do método literal-gramatical e do método exegético, é que este é uma figura racional. Assim, o

² São várias as expressões para o mesmo movimento: originalismo, subjetivismo, interpretativismo.

legislador não se confunde com a efetiva produção da norma, nem com os fatos que condicionam ou impulsionam a produção normativa. Como o mito pode ser construído com a justaposição de discursos, interessa notar que o legislador racional é (FERRAZ Jr., 2001, pp. 276-277):

- a) Uma figura única. Há um só legislador produtor de todas as normas do sistema. Normas penais, constitucionais, tributárias são da feitura de única figura. Embute-se na unidade do legislador a ideia de unidade do sistema. A unidade sistêmica é pilar do método gramatical-literário no esquema morfológico do sistema.
- b) Atemporalidade do legislador. O legislador não é afetado por dimensões temporais, cronológicas e biológicas. Ainda que possa parecer não-humano, o objetivo do mito é transmitir a *super-humanidade*. Isto explica a razão do método exegético apegar-se ao momento histórico da produção original do legislador.
- c) A existência singular do legislador. Afastam-se as múltiplas divisões ou a história do legislador. Independente de qual autoridade produziu a norma, ou em qual momento histórico produziu a norma, toma-se sem crítica o legislador como entidade singular, sem frações ou contextos. Com isto, bem se compreende a pretensão de isolamento do julgador que o método exegético pretende. O julgador não fará discriminação sobre a origem da norma ou os fundamentos políticos e históricos da produção.
- d) Absoluta consciência da produção normativa. A figura do mito projeta-se no homem legislador racional que é plenamente consciente de todas as normas do sistema (as já produzidas e as que produzirá). Entende-se o relativo descaso dos métodos literal-gramatical e exegético para com o problema de lacunas e antinomias. Há uma postura de negação das contradições e omissões do sistema (por ser o sistema produção do legislador, que é absolutamente consciente).
- e) A teleologia do legislador. O legislador é finalista e toda a produção normativa vem vinculada pela intenção. Com isto percebe-se o paradigma central do método exegético que é a captação da vontade do legislador, ainda que a captação da vontade do legislador importe na supressão da adequação da lei às necessidades contemporâneas (há a supremacia da teleologia original, ainda que remota, da vontade do legislador).
- f) A onisciência e a omnicompreensão do legislador. O sistema jurídico produzido pelo legislador é completo e regulador de todas as situações (o dogma da completude sistêmica). As possíveis omissões ou lacunas são problemas de interpretação – ou do intérprete – e não do legislador.
- g) A onipotência do legislador. A construção do mito associa-se à legitimação de centros de poder, por isso só o legislador ab-roga as normas que ele produziu.
- h) O legislador é coerente, pois o material por ele produzido não apresenta incoerências insolúveis. Neste ponto, o centro de significação do sistema para o método literal-gramatical e exegético, de não-contradição entre as normas. As antinomias são tomadas como problemas momentâneos e aparentes, solucionáveis por uso das operações de cronologia, especialidade e hierarquia.

- i) O legislador é justo, pois sempre busca a justiça. A aproximação da figura do mito aos problemas materiais de justiça deve ser ponderada com a distância que este postulado impõe ao julgador. A medida da justiça é problema do legislador e não do julgador.
- j) O legislador é operativo, pois não usa expressões ou palavras inúteis e a sua produção é para aplicação imediata. Pode-se alinhar com esta natureza operativa a economia do legislador pois toda a norma tem uma função e nunca há duplicidade para a mesma hipótese.
- k) O legislador é preciso, pois suas palavras, por mais coloquiais ou genéricas, sempre têm um sentido técnico. Isto associa o legislador à ideia de infalibilidade.

6. As conclusões: consequências dos métodos e a função do preâmbulo

Abordadas as críticas aos métodos literal-gramatical e exegético, há um ponto de inegável valia, especialmente para o método literal-gramatical, que é o fato de a interpretação literal dos dispositivos constituir o ponto de partida de todos os processos de interpretação, inclusive tomado como ponto de partida pela jurisprudência de alguns Tribunais Constitucionais, em que o elemento literal é a medida de partida para todo o processo de interpretação da norma (MÜLLER, 2000, pp. 27-31).

O preâmbulo é o texto de entrada das Constituições e logo se dividem as possibilidades de determinação funcional: ou é não normativo, restando função paralela no processo de interpretação; ou é igualado à norma, e como norma deve ser interpretado.

Na tradição constitucional brasileira sempre se afastou o preâmbulo do corpo normativo, propriamente dito, da Constituição. O sistema está ordenado de forma que as disposições textuais ocupem espaços definidos dentro de sistema mais amplo que o envolve. É a percepção do lugar do texto no conjunto, sobressaindo a preocupação de determinação formal-textual (BARROSO, 1999, pp. 134-136)³.

³ A Constituição Francesa de 1946 dá função diferenciada ao preâmbulo (função normativa): “*Préambule de 1946*. 1. Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d’asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l’homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. 2. Il proclame, en outre, comme particulièrement nécessaires à notre temps, les principes politiques économiques et sociaux ci-après”. No preâmbulo de 1958, novamente a função normativa: “Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l’homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu’ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946. En vertu de ces principes et de celui de la libre détermination des peuples, la République offre aux territoires d’Outre-Mer qui manifestent la volonté d’y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l’idéal commun de liberté, d’égalité et de fraternité et conçues en vue de leur évolution démocratique”.

Para o método literal-gramatical a interpretação do preâmbulo perde consistência na determinação dos sentidos das disposições normativas da Constituição já que o lugar do preâmbulo *é fora da parte normativa*: as disposições com caráter normativo iniciam no artigo 1.º, na parte normativa da Constituição; o preâmbulo está fora da parte normativa da Constituição, *é parte preliminar ao texto de normas*. Do preâmbulo não se extraem direitos.⁴

Como o método literal-gramatical adota a ideia do sistema do texto normativo com divisões rigorosas, sem conexões materiais ou orgânicas, e simplesmente pela ordenação formal, a busca de sentidos do preâmbulo é limitada já que não influenciará a literalidade das disposições normativas.

Já para o método exegético o preâmbulo é o importante documento do elucidar a *vontade do legislador*. O preâmbulo é a peça que permite captar o que o legislador expressou, no momento de produção da Constituição. O espírito da Constituição capta-se na parte introdutória que é o preâmbulo. Na verdade, a função do preâmbulo, para o método exegético, é de indicação da vontade do legislador. Com o preâmbulo visualizam-se as intenções originais do legislador.

Esta indicação da vontade do legislador está cercada de alguns pressupostos: rechaça-se a indicação de elementos metajurídicos; a apreciação é da estática vontade original, de forma estritamente documental; o legislador que redigiu a intenção no preâmbulo deve ser considerado como produtor isolado; não se admite delegação ao intérprete (*o legislador quis o que quis*); o preâmbulo pode servir como controlador, capaz de atribuir o quadro de preenchimento da decisão, ao indicar a intenção do legislador.

As duas concepções, literal-gramatical e exegética, não incluem o preâmbulo em abordagens sistêmicas complexas. No método literal-gramatical, o preâmbulo resta fora da cápsula de normas da Constituição. Isto significa que a retirada do preâmbulo do sistema de normas propriamente dita é realizada dentro do próprio sistema normativo. Afinal, o sistema vem distribuído de maneira absolutamente racional e lógica pelo legislador constituinte. O legislador é o autor da posição *fora do âmbito* normativo do sistema do preâmbulo. Como se vê, a distribuição da função-posição do preâmbulo é, para o método literal-gramatical, um problema *formal* e não *material*.

O método exegético também entende que a função do preâmbulo é resolvida intrassistema. O próprio sistema delimitou o papel do preâmbulo. O sistema deu o *especí-*

⁴ Como em parte do julgado da Suprema Corte dos EUA: “The United States *does not derive any of its substantive powers from the Preamble of the Constitution*. It cannot exert any power to secure the declared objects of the Constitution unless, *apart from the Preamble*, such power be found in, or can properly be implied from, some express delegation in the instrument. While the spirit of the Constitution is to be respected not less than its letter, the spirit is to be collected chiefly from its words. While the exclusion of evidence in the state court in a case involving the constitutionality of a state statute may not strictly present a Federal question, this court may consider the rejection of such evidence upon the ground of incompetency or immateriality under the statute as showing its scope and meaning in the opinion of the state court” (Jacobson v. Massachusetts, 1905). Nas palavras de Corwin: “The preamble, strictly speaking, is not a part of the Constitution, but ‘walks before’ it” (CORWIN, 1958, p. 1).

funcional do preâmbulo: servir de documentação da vontade original do legislador ou da definição de quem é o legislador (em apertada e limitada abordagem histórica). Com isto, resta que o preâmbulo fica também limitado aos problemas formais e não materiais (funcionalismo não complexo ou funcionalismo definido na origem). A função do preâmbulo deve ficar restrita àquelas indicações da vontade do legislador que são os pressupostos do método: contenção à vontade original, psicologismo na tradução da vontade original do legislador, vinculação do julgador à vontade original.

Os dois métodos não conseguem captar a valia material do preâmbulo e a teleologia sistêmica complexa, incluindo o preâmbulo na interpretação constitucional como elemento valorativo. Como dito, os dois métodos restringem o preâmbulo à funções intrassistêmicas ou subalternas ao conjunto normativo constitucional.

Alexandre Walmott Borges é Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Advogado. Professor dos cursos de Direito (graduação e mestrado) da Universidade Federal de Uberlândia (UFU), campus de Uberlândia/MG, e Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP), campus de Franca/SP. e-mail: awb@netsite.com.br. Pesquisador do grupo *O marco normativo dos biocombustíveis*.

Bernardo Moraes Cavalcanti é Mestrando em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP), campus de Franca/SP. Advogado. Professor do curso de Direito da União Educacional de Minas Gerais (UNIMINAS). Pesquisador do grupo *O marco normativo dos biocombustíveis*.

Referências

- ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.
- BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição* (3 ed.). São Paulo: Saraiva, 1999.
- BELLO FILHO, N. d. *Sistema constitucional aberto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BONAVIDES, P. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BRITO, M. N. Originalismo e interpretação constitucional. *Sub-judice - justiça e sociedade*, jan./jun., 1998, pp. 33-58.
- CAENEGEN, R. C. *Uma introdução histórica ao direito privado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

- CANARIS, C. W. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.
- CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- COELHO, E., & Borges, A. W. *Ensaio sobre sistema jurídico*. Uberlândia: Ijcon, 2001.
- COELHO, L. F. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- CORWIN, E. S. *The Constitution and what it means today*. Princeton: Princeton University Press, 1958.
- COSSIO, C. *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Arayú, 1954.
- FERRAZ JR., T. S. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FRANÇA, R. *Hermenêutica jurídica*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- FREITAS, J. *A interpretação sistemática do direito*. Porto Alegre: Malheiros, 1995.
- GILISSEN, J. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.
- HUNTER, T. *Interpretive theories – Dworkin, Sustain and Ely*. Robina, Queensland, Austrália, 2005.
- JACOBSON v. Massachusetts, 197 U. S. 11 (U.S. Supreme Court 20 de fevereiro de 1905).
- KELSEN, H. *Teoria Geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*. 3 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.
- MIRANDA, J. *Manual de direito constitucional*. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1999.
- MIRANDA, J. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MORA-DONATTO, C. El valor de la constitución normativa. *Biblioteca jurídica virtual*. México, DF, México: Instituto de investigaciones jurídicas. Fonte: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/237/pl237.htm>, 2002.
- MÜLLER, F. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PERELMAN, C. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TRIBE, L. H., & Tyler, R. S. *American constitutional law*. 2 ed. Mineola: The Foundation Press, 1988.

WALMOTT BORGES, A. *O preâmbulo da Constituição e a ordem econômica*. Curitiba: Juruá, 2003.

WARAT, L. A. *Introdução geral ao direito - interpretação da lei - temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, vol. 1, 1994.

ZAGREBELSKY, G. (28 de novembro de 2003).

<http://www.direitodoestado.com.br/bibliotecavirtual/619/>. Acesso em 25 de janeiro de 2009, disponível em direito do Estado.

O discurso da cidadania em Marshall: a influência do modelo clássico na teoria jurídica moderna

*The discourse of citizenship in Marshall:
the influence of the classical model in modern legal theory*

ALINE BELTRAME DE MOURA

Resumo: O tradicional discurso marshalliano sobre a cidadania justificou e preencheu as lacunas lançadas pelo liberalismo por muito tempo. Tal pensamento influenciou e continua influenciando a mentalidade da população e as estratégias políticas adotadas pelos governantes que não querem abrir mão da sua soberania e do poder decorrente do domínio estatal. Apesar das peculiaridades advindas com o fenômeno da globalização, da internacionalização e da transnacionalidade, o ranço do discurso liberal proposto por Marshall ainda subsiste nas teorias jurídicas modernas e dificulta a configuração de uma cidadania que transcenda as fronteiras do Estado soberano e que se liberte das amarras lançadas pelo liberalismo.

Palavras-chave: Cidadania. Direitos. Democracia.

Abstract: The traditional Marshall's discourse about citizenship justified and filled the gaps released by liberalism for a very long time. Such thought has influenced and still influences the population mind and the political strategies adopted by governments that are reluctant to relinquish its sovereignty and power arising from the state's domain. Despite the peculiarities that come with the phenomenon of globalization, internationalization and transnationality, the obsolescence of the liberal discourse proposed by Marshall still persists in modern legal theories and interferes in the configuration of a citizenship that transcends the borders of the sovereign state and releases itself from the shackles established by liberalism.

Keywords: Citizenship. Rights. Democracy.

1. Introdução

O presente artigo objetiva analisar o fenômeno da cidadania partindo do discurso marshalliano, passando pelo liberalismo, positivismo e neoliberalismo. Perceberemos que para o sociólogo inglês a cidadania seria formada inicialmente pelos direitos civis, depois pelos políticos e, por fim, pelos sociais, compondo, assim, as denominadas três gerações de direitos.

Contudo, essa notável teoria tem sido objeto de severas críticas, tanto pelo fato da ausência de expressa menção aos chamados direitos de quarta geração, isto é, aos de solidariedade, que visem não apenas ao indivíduo, mas aos grupos humanos, quanto em razão de os direitos sociais terem sido desligados do *status* da cidadania por meio

da política do *Poor Law* e das necessidades do capitalismo.

Verificaremos ainda que, mesmo em face do fenômeno da globalização, o pensamento clássico de cidadania persiste, ainda hoje, forte na doutrina jurídica, porém, paulatinamente, a cidadania vem deixando de ser vista somente como um epifenômeno da democracia representativa, passando a ser moldada de acordo com as exigências a ela inerentes, atuando em uma dimensão fundante da democracia, abandonando seu viés eminentemente liberal e a serviço do capitalismo.

2. A cidadania na visão de Marshall

A obra “Cidadania, classe social e *status*” escrita pelo sociólogo inglês de matriz liberal, Thomas Humphrey Marshall, em 1949, tornou-se um marco no estudo da cidadania. Essa época é marcada por um momento de transição entre o liberalismo e o Estado social, no qual o autor realiza o resgate do conceito de cidadania e o redireciona sobre novas bases, tendo como referencial analítico a Inglaterra de meados do século XX.

Imprescindível, pois, salientar que o contexto histórico, econômico, político e social pelo qual passava a sociedade britânica, no período em que a citada obra foi escrita, era totalmente diverso daquele vivido por outros países, nomeadamente, pelo Brasil. Assim, alertamos para que as ideias de Marshall sejam compreendidas e interpretadas observando-se essas peculiaridades, caso contrário, incorreremos no erro de universalizar um discurso que se aplica a uma especificidade.

Sob tal perspectiva, existiam duas importantes diferenças entre a trajetória inglesa e a brasileira: “a primeira refere-se à maior ênfase em um dos direitos, o social, em relação aos outros. A segunda refere-se à alteração na seqüência em que os direitos foram adquiridos: entre nós o social precedeu os outros” (CARVALHO, 2001, p. 11). Contudo, podemos afirmar que uma das maiores discrepâncias desses sistemas reside no fato de que o tripé que compõe a cidadania – direitos políticos, civis e sociais – foi por aquele povo conquistado e, para nós, *doado*, segundo os interesses particulares dos governantes de plantão.

Procedida a essa observação, cumpre-nos salientar que o sociólogo inglês acredita na existência de uma desigualdade estrutural e, em razão disso, visualiza a cidadania como um regulador, capaz de atuar como um redistribuidor de direitos, equilibrando a estrutura da sociedade, por meio do sistema de classes. Nota-se que é uma discussão focada na infra-estrutura, em uma análise mitigada, nunca ao nível da superestrutura.

Existiria, portanto, uma espécie de tensão irreduzível, também chamada de guerra, entre o princípio da igualdade – implícito na ideia de cidadania – e as desigualdades inerentes ao capitalismo e à sociedade de classes. E, na evolução das gerações de direitos, a seguir analisadas, manifestar-se-ia uma contradição entre teoria e prática, na medida em que direitos passam a ser entendidos como concessões (BENEVIDES, 1994, p. 7).

De fato, para Marshall “há uma espécie de igualdade humana básica associada

com o conceito de participação integral na comunidade [...] o qual não é inconsistente com as desigualdades que diferenciam os vários níveis econômicos na sociedade” (MARSHALL, 1977, p. 62). Assim, ressalta que é possível existir uma compatibilidade entre a igualdade de participação na sociedade, ou seja, *igualdade de cidadania*, e as desigualdades proporcionadas pela estratificação social.

Com efeito, o discurso marshalliano parte da análise de três elementos particulares do conceito de cidadania: civil, político e social. Nota-se que o autor pressupõe uma relação de dependência no construir da cidadania para com o Estado, na medida em que aquela somente emerge por meio da evolução dos direitos por este concedido. O Estado, nessa visão, torna-se o eixo central do processo de aquisição da cidadania. Contudo, para Lígia Coelho, esse eixo central não existe, porquanto a cidadania, na realidade, cresce na mediação existente entre o Estado e a sociedade (COELHO, 1990, p. 15-16).

Nesse contexto, os direitos civis teriam surgido no século XVIII e estariam relacionados aos direitos necessários à liberdade individual, tais como o direito de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, propriedade e acesso à justiça. Salienta o autor que os direitos civis eram indispensáveis à economia de mercado e à liberdade de concorrência, co-existindo, portanto, com o capitalismo (MARSHALL, 1977, p. 85).

Por sua vez, os direitos políticos teriam sido aqueles concebidos no século XIX, considerados como produtos secundários dos direitos civis. Apesar de expressarem o direito de participação no exercício do poder político, por meio da possibilidade de ser membro de organismo com autoridade política ou pelo direito de voto, não existiria uma igualdade política de fato. E isto ocorreu porque havia o preconceito de classe, expresso por meio da intimidação das classes inferiores pelas superiores, impedindo o livre exercício do direito de voto. Por conseguinte, o voto secreto mostrava-se insuficiente para coibir tal prática, tornado-se imprescindível a educação social, bem como uma mudança no modo de pensar da sociedade.

Além disso, ressalta Marshall que

os direitos políticos da cidadania, ao contrário dos direitos civis, estavam repletos de ameaça potencial ao sistema capitalista, embora aqueles que estavam estendendo, de modo cauteloso, tais direitos às classes menos favorecidas provavelmente não tivessem plena consciência da magnitude de tal ameaça (MARSHALL, 1977, p. 85).

Por fim, os direitos sociais, surgidos no século XX, seriam aqueles capazes de conferir um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar na herança social, bem como de acesso aos serviços educacionais e sociais. Importante, neste ponto, ressaltar que os direitos sociais mínimos foram desligados do *status* da cidadania e, por conseguinte, aquele que se beneficiasse, por exemplo, da chamada *Poor Law*, espécie de auxílio financeiro garantido as famílias menos favorecidas, teria a condição de cidadão usurpada (MARSHALL, 1977, p. 72).

Considerando a importância e relevância do trabalho realizado por Marshall, o jurista italiano Luigi Bonanate avalia as três gerações de direitos como fundamentais,

levantando, outrossim, o problema acerca da respectiva efetividade, senão vejamos:

[...] A cidadania consiste, em primeiro lugar, e mesmo antes de considerar o elemento territorial, no reconhecimento daqueles direitos marshallianos (civis, políticos e sociais) que traduzem, *na prática*, os conteúdos dos nossos direitos fundamentais. O problema está, evidentemente, aonde esses não possam ser exercitados, pois é como se não existissem (e isso permanece, obviamente, como o maior problema ético do mundo contemporâneo) (BONANATE, 2001, p. 93)*.

Enquanto isso, no lado de cá do Atlântico, o “Brasil não passara por nenhuma revolução, como a Inglaterra, os Estados Unidos, a França. O processo de aprendizado democrático tinha de ser, por força, lento e gradual” (CARVALHO, 2001, p. 43). De fato, não houve experiência política anterior que fosse capaz de preparar o cidadão brasileiro para o exercício de suas obrigações cívicas, o que retardou a consciência sobre a democracia e a cidadania no Brasil.

Por essas e outras, Lígia Coelho faz severas críticas ao discurso de Marshall. Inicialmente contesta sua visão evolutiva, segundo a qual esses direitos seriam fruto de uma “evolução natural” e determinada através de séculos, entendendo, ao contrário, que os direitos civis, políticos e sociais seriam conquistados pela sociedade, que acredita serem imprescindíveis para a construção da cidadania.

No mesmo norte, não haveria como admitir que esse seja um conceito construído paulatinamente, sem conflitos aparentes, pois a sociedade não é harmoniosa como insiste o liberalismo nem pode ser vista como dádiva. Dessa forma, a “cidadania é algo que se conquista através da luta” (COELHO, 1990, p. 20), sendo a história da cidadania o resultado de muito suor e lágrimas, existindo uma tensão permanente entre a voz e o reconhecimento do Estado e a voz e o reconhecimento dos sujeitos sociais.

Obtempera, ainda, a visão restritiva utilizada pelo autor, no sentido de que este “considerou a evolução desses direitos específicos, não ampliando o raio de ação, por exemplo, a direitos culturais” (COELHO, 1990, p. 13). Ademais, salienta que Marshall jamais apontou à existência de *deveres* em contrapartida aos *direitos* que, segundo ele, eram imprescindíveis ao alcance da cidadania.

Com efeito, observa-se que no Brasil, a *doação dos direitos sociais*, em vez da conquista dos mesmos, fez com que estes fossem compreendidos pela população como um favor, colocando os cidadãos em posição de dependência perante seus líderes. Sobre o tema, aduz José Murilo de Carvalho que

o governo inverteu a ordem do surgimento dos direitos descrita por Marshall, introduzindo o direito social antes da exaustão dos direitos políticos. Os trabalhadores foram in-

* “[...] la cittadinanza consista innanzi tutto, e comunque prima di riguardare il radicamento territoriale, nel riconoscimento di quei diritti marshalliani (civili, politici, sociali) che traducono in pratica i contenuti dei nostri diritti fondamentali. Il problema è, naturalmente, che ove questi non possano essere esercitati, è come se non esistessero (e questo rimane ovviamente il massimo problema etico del mondo contemporaneo)” [tradução livre].

corporados à sociedade por virtude das leis sociais e não de sua atuação sindical e política independentes (CARVALHO, 2001, p. 124).

O grande dilema exposto pelo professor mineiro é justamente o tipo de cidadão e de sociedade que se formam quando a base da pirâmide descrita por Marshall é invertida. A cidadania torna-se passiva e receptora antes que ativa e reivindicadora, é aquela que enaltece o Executivo, em detrimento dos outros dois Poderes. Além disso, o Estado passa a ganhar uma certa supremacia sobre a sociedade civil, o que é terrível, porquanto nessa relação é extraída a possibilidade de organização livre e independente das massas para a conquista de direitos.

Dessa forma, direitos que são concedidos, “deixam de ser direitos para serem alternativas aos direitos. Concessões, como alternativas a direitos, configuram a cidadania passiva, excludente, predominante nas sociedades autoritárias” (Benevides, 1994, p. 07). Nessa esteira, Lígia Coelho corrobora tal pensamento afirmando que

[...] direito concedido não é direito, é servidão. Nesse sentido, o alcance da cidadania encontrar-se-ia diametralmente oposto a qualquer concessão. Direito é o que se conquista, portanto, presume-se a existência de deveres, na medida em que estes não emergem somente de um Estado ou de um exercício legal constituído/instituído. Numa sociedade onde a cidadania seja o objetivo maior, não é possível falar-se em direitos sem sua contrapartida – os deveres (COELHO, 1990, p. 14).

Em que pese a ausência de uma abordagem acerca de expressos *deveres*, Marshall realiza uma importante distinção entre cidadania e classe social. A primeira seria “um *status* concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade. Todos aqueles que possuem o *status* são iguais com respeito aos direitos e obrigações pertinentes ao *status*” (MARSHALL, 1977, p. 76). Assim, a cidadania seria a relação do indivíduo com o Estado, sendo vista como uma concessão estatal, baseada na igualdade jurídica, com o reconhecimento dos direitos e o que de fato o indivíduo usufrui.

A classe social, por sua vez, seria “um sistema de desigualdade” (Marshall, 1977, p. 76). Relaciona-se com a inserção do indivíduo no mercado de trabalho, sendo possível afirmar que a classe social é fundada nas desigualdades intrínsecas dos indivíduos, ao mesmo tempo em que funciona como um produtor de desigualdades. Ademais, Marshall aduz que “um direito de propriedade não é um direito de possuir propriedade, mas um direito de adquiri-la, caso possível, e de protegê-la, se se puder obtê-la” (MARSHALL, 1977, p. 80). De mais a mais, o autor observa que não são as condições que favorecem o individual, mas sua capacidade de entrar na luta, de competir individualmente.

Em sentido diametralmente oposto, Lígia Coelho considera como princípios básicos da cidadania a participação, a autonomia e a crítica/criação. Segundo a autora,

Cidadania é conquista individual apenas se se fundamentar no coletivo social; que esse fundamentar implica num engajar-se na classe social ou categoria profissional a que se pertence e que participação, autonomia, crítica e criação são princípios inseparáveis nessa conquista que pressupõe ainda não só direitos, mas deveres para esse grupo no qual se insere (COELHO, 1990, p. 26).

Como já dito, José Murilo de Carvalho aduz que a inversão da sequência dos direitos no Brasil favoreceu a supremacia do Estado. Contudo, para a consolidação democrática, é necessário “reforçar a organização da sociedade para dar embasamento social ao político, isto é, para democratizar o poder. A organização da sociedade não precisa ser feita contra o Estado em si. Ela deve ser feita contra o Estado clientelista, corporativo, colonizado” (CARVALHO, 2001, p. 227).

Nota-se, diante da análise da evolução do conceito de cidadania em Marshall, que o sociólogo inglês não chegou a tratar dos chamados direitos de quarta geração, ou seja, dos direitos de solidariedade. Isso porque, tais direitos vieram a surgir apenas no final da primeira metade do século XX, tendo como grande marco o ano de 1948 – Declaração Universal dos Direitos do Homem –, momento em que o citado autor lançava sua célebre obra.

Contudo, outros intelectuais vindouros, tais como Gilmar Antonio Bedin, deram continuidade à construção de tal conceito, vislumbrando os chamados direitos de solidariedade não mais como exclusividade da proteção dos interesses individuais, mas, sim, de direitos cujo destinatário seja o gênero humano compreendido no âmbito internacional. “Por isso, não são *direitos contra o Estado*, *direitos de participar do Estado* ou *direitos por meio do Estado*, mas sim *direitos sobre o Estado*” (BEDIN, 2002, p. 442). Como exemplos de direito da quarta geração, temos o direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente sadio, à paz e direito à autodeterminação dos povos, isto é, são

Todos direitos, como se pode ver, de interesse coletivo e que sinalizam para a necessidade de superação – não no sentido de negação, mas sim no sentido de ir além, numa síntese superior – da estrutura tradicional do Estado moderno, em especial de seu conceito de soberania e de sua prerrogativa de monopólio de produção jurídica (BEDIN, 2002, p. 442-443).

Por fim, apesar de todas as ressalvas elaboradas, especialmente ao fato de sua análise estar circunscrita ao contexto da Europa, em particular a Inglaterra, a relação estabelecida por Marshall entre a igualdade – fruto da universalização da cidadania – e a manutenção de um sistema de desigualdades – resultado da própria estrutura de classes e da economia de mercado – são instrumentos fundamentais para a compreensão de fenômenos sociais ao longo da história, como por exemplo, a estruturação da cidadania em seu modelo clássico.

3. A cidadania sob uma concepção clássica

No tocante ao desenvolvimento do presente estudo, torna-se imprescindível compreender a diferença entre os institutos da *cidadania* e da *nacionalidade*, conceitos estes comumente confundidos. Conforme expressa Giovanni Cordini, “a nacionalidade consiste no vínculo político do indivíduo a um determinado Estado, enquanto a cidadania compreende o gozo e o exercício dos direitos políticos, civis e sociais reconhecidos ao nacional” (CORDINI, 2002, p. 212)

Em termos análogos, Ennio Triggiani considera que a nacionalidade identifica uma posição passiva a respeito da ordem estatal, cuja atividade consiste em distinguir um membro do Estado de um estrangeiro. Por sua vez, a cidadania é, ao contrário, “fator de coesão social”* (TRIGGIANI, 2007, p. 438), que implica uma participação consciente na vida política e na adesão a uma comunidade.

Contudo, há autores mais voltados ao direito constitucional estatal que não apresentam diferenças substanciais com relação às peculiaridades dos institutos ora em comento, apresentando uma visão *strito sensu* sobre o assunto, não considerando o caráter supranacional do qual possa ser revestida a cidadania. Nesse sentido, para Celso Ribeiro de Bastos

entende-se por nacional aquela pessoa vinculada a um Estado ou em virtude do *jus sanguinis*, ou em virtude do *jus solis*. [...] A cidadania implica a nacionalidade, na medida em que todo cidadão é também nacional (BASTOS, 2002, p. 82).

Para Naiara Posenato, as normas brasileiras sempre deram à cidadania uma interpretação vertical, distinguindo materialmente a nacionalidade da cidadania, pois a primeira é vista como uma relação baseada na neutralidade política, e a segunda, como a garantia de tais direitos, concedida com maior ou menor amplitude segundo o período histórico (POSENATO, 2002, p. 242).

Por sua vez, na lição de Vera Regina Pereira de Andrade, a diferenciação entre nacionalidade e cidadania é sutil, mas importante:

[A diferença] se acha, fundamentalmente, no caráter liberal da segunda, que dá ênfase ao respeito à individualidade de cada sujeito, e no caráter estritamente social da construção da nacionalidade. Na segunda, é o indivíduo dentro da sociedade o que está em jogo. Na nacionalidade, é a sociedade como um todo que se coloca em pauta. [...] A cidadania “exprime uma dimensão jurídica de nacionalidade”, pois no centro de sua definição encontram-se os direitos e obrigações do indivíduo perante o Estado-nação. (ANDRADE, 1993, p. 69).

Dessa forma, poderíamos dizer que a nacionalidade consiste no vínculo político do indivíduo a um determinado Estado, sendo, por vezes, *apolítica*, enquanto a cida-

* “*fattore di coesione sociale*” (tradução livre).

nia compreende o gozo e o exercício dos direitos políticos, civis e sociais reconhecidos ao nacional. Ademais, o caráter estratificado da cidadania é estabelecido pelo próprio direito, utilizando-se da retórica da igualdade perante a lei, para fazer com que vigorem direitos formalmente desiguais para indivíduos desiguais.

Com efeito, reiteradamente, a cidadania é vista como um mero atributo concedido pelo Estado, por meio da lei, ao indivíduo nacional. Procedendo a uma severa crítica ao discurso positivista, epistemologicamente dominante no Brasil, Vera Regina Pereira de Andrade aduz que

ao aprisionar conceitualmente a cidadania como categoria estática e cristalizada – tal qual sua inscrição nas Cartas constitucionais – dogmatiza o seu significado, reduzindo-o a um sentido unívoco. Nessa perspectiva, esvazia-se sua historicidade, neutraliza-se sua dimensão política em sentido amplo e sua natureza de processo social dinâmico e instituinte (ANDRADE, 1998, p. 29).

Cumprido frisar que para o liberalismo a cidadania está intimamente relacionada ao exercício dos direitos políticos, em especial, ao direito de voto. E essa estrita visão acaba, de um lado, a superestimar tais direitos e, de outro, culmina por dissimular a complexidade que envolve a temática da cidadania, bem como dos outros direitos integrantes de sua configuração moderna, tais como os civis, socioeconômicos e políticos (ANDRADE, 1993, p. 41). Além disso, o discurso liberal visa isolar o indivíduo no econômico e no privado, condensando o político na esfera estatal pública, fazendo emergir um fenômeno de individualização e despolitização da cidadania.

Atualmente, portanto, é possível constatar que o discurso jurídico ainda é influenciado pelo positivismo e pelo neoliberalismo, baseados na formação pragmática e tecnocrática. Apesar de a atual Constituição brasileira ter elevado a cidadania a um *status* jurídico diferenciado, como nunca antes visto – considerando-a um fundamento da República Federativa do Brasil –, a doutrina não avançou nesse sentido, haja vista que a maioria dos autores pós-constitucionais continuam mantendo intactas suas teorias, mostrando-se conservadores e reacionários.

Nesse sentido, importante salientar que, muito embora o neoliberalismo tenha fracassado economicamente, não conseguindo nenhuma revitalização básica do capitalismo avançado, socialmente, ao contrário, alcançou diversos dos seus objetivos, criando sociedades marcadamente mais desiguais, embora não tão desestatizadas como queria (ANDERSON, 1998, p. 23). Fenômeno este ainda presente na grande maioria das sociedades.

Ademais, o neoliberalismo, segundo Francisco de Oliveira, procura destruir a capacidade de luta e de organização que uma parte importante do sindicalismo brasileiro mostrou ao longo da história (OLIVEIRA, 1998, p. 28). É o programa neoliberal em sua maior letalidade: a destruição da esperança e a destruição das organizações sindicais, populares e de movimento sociais que tiveram a capacidade de dar uma resposta ideológica neoliberal no Brasil.

Contudo, na lição da professora Vera Regina Pereira de Andrade, a cidadania é

a dimensão de participação/inclusão na e responsabilidade pela vida social e política (espaço público local, regional, nacional, global,...), e através da qual a reivindicação, o exercício e a proteção de direitos, deveres e necessidades se exterioriza enquanto processo histórico de luta pela emancipação humana, ambigualmente tensionado pela regulação social (ANDRADE, 2003, p. 77).

O fenômeno da cidadania, portanto, é um processo histórico, marcado pelas potencialidades ambíguas da cidadania, quais sejam: o sentido autoritário (de legitimação) e o sentido democrático (de contestação). O primeiro defende o discurso único da cidadania, aprisionando seu significado, neutraliza seus componentes políticos e sua natureza de processo social contraditório. Já o segundo se materializa quando enunciado pelos sujeitos sociais e políticos, visando inseri-los em um espaço político reivindicatório de direitos. E, diante dessa dupla potencialidade, a cidadania acaba por se definir conforme a sociedade e a matriz político-ideológica que a constitui e enunciada em um dado momento histórico (ANDRADE, 1993, p. 70-73).

Como assinala a mencionada professora,

enquanto, pois, fundamento de dominação e simultaneamente negação da dominação, a cidadania, enquanto atributo de participação na comunidade política, é criatura da sociedade capitalista e necessária à sua legitimação e reprodução (ANDRADE, 1993, p. 82).

Nesse sentido, a emancipação corresponde a processos tendentes à reprodução da ordem social, sendo que os movimentos emancipatórios tendem à realização do sujeito como padrão emancipatório. Importante frisar que a emancipação humana é o limite da cidadania. Para, além disso, ela não é capaz de alcançar. Os sujeitos coletivos percebem que são excluídos por esta ordem, mas ao mesmo tempo tentam entrar nela, o que provoca mudanças na sua estrutura jurídica, implicando mudanças na sociedade. As lutas, pois, são por inclusão formal, perante os direitos já reconhecidos.

Por sua vez, o problema do participacionismo é a efetividade das decisões, de as demandas converterem-se em decisões concretas, uma vez que o Estado é detentor do poder decisório político, já a sociedade não tem esse poder direto e imediato. Nota-se, portanto, que a nova teoria democrática deverá proceder à repolitização global da prática social e, ao mesmo tempo, criar novas oportunidades para o exercício de outras formas de democracia e de cidadania. Esse inovador campo político não é, contudo, um campo amorfo, pois “politizar significa identificar relações de poder e imaginar formas práticas de as transformar em relações de autoridade partilhada” (SANTOS, 1994, p. 271).

Nesse sentido, brilhantemente, Boaventura de Souza Santos afirma que a renovação da teoria democrática assenta-se na formulação de critérios democráticos de participação política que não confinem esta ao ato de votar, implicando, pois, uma articulação entre democracia representativa e democracia participativa, porém,

para que tal articulação seja possível é, contudo, necessário que o campo do político seja radicalmente redefinido e ampliado. A teoria política liberal transformou o político numa dimensão sectorial especializada da prática social – o espaço da cidadania – e confinou-o ao Estado. Do mesmo passo, todas as outras dimensões da prática social foram despolitizadas e, com isso, mantidas imunes ao exercício da cidadania (SANTOS, 1994, p. 271).

Sob tal perspectiva, interessante observar os três tipos de deslocamentos que constituem a base para a reconstrução do conceito paradigmático da cidadania na visão de Vera Regina de Andrade. O primeiro seria o deslocamento da apreensão da cidadania como categoria estática para sua apreensão como processo histórico e dimensão política de conteúdo mutável, pautado na participação política. O segundo trata do deslocamento da cidadania como dimensão que engloba o conjunto dos direitos e deveres humanos, instituídos e instituintes, assim como da cidadania reduzida à representação para a cidadania centrada na participação como sua alavanca mobilizadora. E, em terceiro, o deslocamento da construção da cidadania individual às construções coletivas e plurais de classes, grupos e movimentos sociais (ANDRADE, 2003, p. 75-76).

Haveria, ainda, um quarto tipo de deslocamento, o deslocamento da “cidadania moldada pela democracia (representativa) à cidadania moldando a democracia (possível e sem fim); da cidadania instituída pela democracia à cidadania instituinte da democracia” (ANDRADE, 2003, p. 78). Com isso, a cidadania deixa de ser um epifenômeno da democracia representativa e passa a ser moldada de acordo com as exigências a ela inerentes, atuando em uma dimensão fundante da democracia.

Ocorre que há uma descrença generalizada na democracia e a sensação de impunidade acabam por afastar o cidadão de seu verdadeiro objetivo, qual seja o social e político, isto é, a participação efetiva nos espaços públicos, tornando-o amorfo e apático diante dos acontecimentos políticos, econômicos, financeiros, culturais e sociais. Distancia-se, por conseguinte, do modelo de cidadania participativa para a de consumo, ocorrendo à redução do cidadão ao capitalismo consumista e às necessidades privadas.

Dessa forma, na sociedade as coisas passam a ter mais importância que as pessoas: personificação das coisas e coisificação das pessoas. A globalização gerou a bobalização. A explosão do consumo faz com que a frase de ordem seja: Devo, logo existo! Quem não deve não existe, é como se fosse um extraterrestre no mundo globalizado (GALEANO, 1999, p. 255).

O modelo consumista traz o direito de esbanjamento, ou seja, a sociedade do “ter”, diga-me o quanto consumes para te dizer quem tu és. As pessoas estão condenadas pela ânsia de comprar e pela angústia de pagar o que consomem. Ilustrando tal situação, Zygmund Bauman traz uma metáfora acerca do turista e do vagabundo. O turista é um privilegiado especial que conquistou o prêmio da mobilidade. O turista apenas tem a frustração de pensar que pelo fato de estar agora, aqui, neste lugar, não pode estar ou noutra lugar outro lado. O turista vive ansioso pela nova experiência, mas movimenta-se porque quer, como quer e quando quer. Por sua vez, o vagabundo é o *alter ego negativo* do turista. É um consumidor frustrado. Apenas se movimenta por-

que é empurrado pela necessidade de experiência e, mesmo assim, tem severas restrições, sendo que seus sonhos são apenas um emprego qualquer, uma tarefa humilhante para os turistas. “Um mundo sem vagabundos é a utopia da sociedade dos turistas” (BAUMAN, 1999, p. 106).

Assim, há indivíduos que são integrados sistematicamente pelo consumo e pelo hedonismo, que é tradição cultural do capitalismo. Dessa forma, observa Ilse Scherer-Warren que

à medida que a sociedade civil se faz cada vez mais presente através destas estruturas, a exclusão em relação a elas transforma-se em exclusão da cidadania, na verdade a exclusão política e cultural da sociedade civil (SCHERER-WARREN, 2000, p. 31).

Nesse enredo, podemos afirmar que o espaço público tem um poder estratégico ainda maior que o próprio Estado, pois aquele compreende e excede este. O medo, a descrença e a alienação são efeitos malévolos de um mundo vegetativo, onde tão-somente se prolifera uma globalização desenfreada, sustentada por uma mídia oportunista, que se aproveita da fragilidade do sistema para impor sua ideologia. Por tais motivos, imprescindível se torna incrementar o espaço público de participação do cidadão na vida pública, afastando-o da ótica individualista típica do liberalismo, em prol de um modelo de cidadania participativa, em que o cidadão não seja reduzido ao consumo e a massificação generalizada advindas com o capitalismo.

4. Considerações finais

Partimos do conceito clássico de cidadania introduzido por Marshall e observamos que estava vinculado ao Estado-nação e à noção de direito. Essa cidadania moderna clássica é eminentemente nacional e baseada na igualdade formal e no reconhecimento do sujeito de direito pelo Estado de Direito, sendo definida pela titularidade de direitos que este sujeito pode alcançar dentro do Estado-nação, teoria essa que prevalece na doutrina jurídica moderna.

A cidadania, apesar das ameaças da visão do neoliberalismo e do capitalismo, firmou-se como uma ideia ligada ao interesse público e aos valores cívicos, acabando por ganhar novas forças e a se concretizar a partir do momento em que o cidadão toma consciência dessa situação e percebe que a representação já não é suficiente para fazer progredir o *status civitatis**. Surge, assim, a ânsia pela participação. E é a participação a ferramenta chave da cidadania, sendo que esta não mais deve ser vista somente como

* O *status civitatis* designava a condição daqueles que, como pertencentes a um *gens*, ou seja, a uma família titular de uma posição social privilegiada perante o direito público, isto é, com “capacidade de agir”, de poder exercer cargos públicos e gozar de todos os direitos reservados a tal *status* que, em contrapartida, eram negados aos escravos, plebeus, mulheres, crianças e estrangeiros. Para a cidadania em época romana ver ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*. Napoli, 1957, p. 65.

um epifenômeno da democracia, mas, ao contrário, deve ser compreendida como um fim em si mesma.

Dessa forma, a cidadania passa a ter uma dimensão política, ambígua, reguladora social, que tem por escopo a emancipação. E, em sendo o sujeito de direito um sujeito histórico e cultural, não mais apenas econômico, a cidadania deve, nesse contexto, ser interpretada como um grande instrumento de inserção e de revitalização do espaço público, dentro, é claro, de suas potencialidades e limitações.

Aline Beltrame de Moura é mestrande em Direito, área de Relações Internacionais, na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), no Departamento de Direito Internacional; e Bacharel pela mesma instituição. Bolsista da CAPES.
e-mail: alineb.moura@gmail.com

Referências bibliográficas

ANDERSON, Perry, in: SADER, Emir e GENTILI, Pablo (orgs.). *Pós-neoliberalismos: as políticas sociais e o Estado democrático*. 6 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal Maximo x cidadania mínima: Códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

BAUMAN, Zygmund. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BEDIN, Gilmar Antonio. O Desenvolvimento da Cidadania Moderna e o Neoliberalismo, in: DAL RI, Arno e OLIVEIRA, Odete Maria de. (orgs.) *Cidadania e Nacionalidade: efeitos e perspectivas nacionais, regionais, globais*. Ijuí: Unijuí, 2002.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. Cidadania e Democracia. *Lua Nova Revista de Cultura e Política*. São Paulo, n. 33, 1994.

BONANATE, Luigi. Etica e Cittadinanza in una dimensione Europea, in: PARSI, Vittorio Emanuele (a curi di) *Cittadinanza e Identità Costituzionale Europea*. Bologna: il Mulino, 2001.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

COELHO, Lígia Martha C. Sobre o conceito de cidadania: uma crítica a Marshall, uma atitude antropofágica, in: COELHO, Lígia Martha C. et. al. *Cidadania/Emancipação*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

CORDINI, Giovanni. Elementi per una Teoria Giuridica della Cittadinanza. Profili di Diritto Pubblico Comparato. Padova: CEDAM, 1998, in: DAL RI, Arno e OLIVEIRA, Maria Odete de. *Cidadania e Nacionalidade: efeitos e perspectivas nacionais, regionais, globais*. Ijuí: Unijuí, 2002.

GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso*. Tradução de Sergio Faraco. Porto Alegre: L&PM, 1999.

MARSHALL, T. H. A. *Cidadania, classe social e status*. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

POSENATO, Naiara. A Evolução Histórico-Constitucional da Nacionalidade no Brasil, in: DAL RI, Arno e OLIVEIRA, Odete Maria de. (orgs.) *Cidadania e Nacionalidade: efeitos e perspectivas nacionais, regionais, globais*. Ijuí: Unijuí, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade*. Porto: Afrontamento, 1994.

SCHERER-WARREN, Ilse. Movimento em cena... e as teorias por onde andam?, in: ____ et al. (orgs.). *Cidadania e multiculturalismo: A Teoria social no Brasil contemporâneo*. Lisboa: Socius/ Editora da UFSC, 2000.

TRIGGIANI, Ennio. La cittadinanza europea per la "utopia" sovranazionale. *Studi sull'integrazione europea* (Riv. Quadrimestrale – n.3/2006). Bari: Cacucci Editore, 2007.

Por uma dessubjetivação do dano moral¹

For a desubjectification of moral damage

ÁLISSON DA SILVA COSTA
FERNANDO HORTA TAVARES
FRANCIS VANINE DE ANDRADE REIS
MARIA CECÍLIA DE MOURA LIMA JEHA

Resumo: O dano moral, por seus princípios e regras próprias, pode hoje ser considerado como um instituto jurídico. Daí, ser imprescindível se ter o conhecimento de sua evolução histórica, desde o reconhecimento da possibilidade de sua reparabilidade até o momento atual em que se discutem os critérios para sua identificação e liquidação. Nosso sistema jurídico, inclusive no nível constitucional, já reconhece como direito fundamental a reparação do dano moral. O grave problema atual é a absoluta falta de critérios legais para a operacionalização do instituto, o que tem propiciado uma atividade absolutamente discricionária e sem amarras teóricas (portanto, subjetivista) por parte dos julgadores. O resultado é a grande incerteza e insegurança nos cidadãos quanto à funcionalidade do dano moral. Tudo isso traz a urgente necessidade de construção de estudos para dessubjetivação desse instituto edificado pela técnica de cláusula aberta, movimento que já pode ser sentido com o PLS 334/2008.

Palavras-chave: Dano moral, direito fundamental, reparabilidade, indenização, critérios.

Abstract: The moral damage, by its own principles and rules, can now be regarded as a legal institution. Hence it is essential to know its historical evolution, since the recognition of the possibility of its reparability until today when we discuss the criteria for its identification and settlement. Our legal system, including the constitutional level, already recognizes the compensation for moral damage as a fundamental right. The major problem now is the absolute lack of legal criteria for the operationalization of the institute, which has resulted in an absolutely discretionary and theoretically unfettered activity (therefore subjective) by the judges. The result is a great uncertainty and insecurity among citizens as to the functionality of the moral damage. All this brings the urgent need to build institute studies for the desubjectification edified by the technique of open clause, a move that can already be felt with the PLS 334/2008.

Keywords: Damage moral, fundamental right, repairability, indemnification, criteria.

¹ Este artigo é fruto das pesquisas realizadas pelo Grupo de Estudos em Teoria do Direito, Constituição e Processo, José Alfredo de Oliveira Baracho, da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas, no 2º semestre de 2008. Mencionado trabalho também foi publicado em outras revistas jurídicas.

1. Introdução

O dano moral é um tema do direito muito elogiado, mas de pouco conteúdo científico. Historicamente, tem evoluído desde sua criação com a reparabilidade de danos não-patrimoniais, realizada no direito antigo, até a sua positivação nas constituições da maioria dos países civilizados, dentre os quais damos especial destaque para a Constituição Brasileira. No presente trabalho, abordaremos essa evolução do instituto jurídico em questão, desde os seus primórdios até a positivação atual, apresentando o estágio evolutivo que se encontra, inclusive, no campo da aplicação pelos julgados jurisdicionais.

Algo, porém, deve ser pensado, e este é o objetivo do presente ensaio: basta a positivação de um instituto para que este possa atingir suas finalidades ou seria necessária intensa pesquisa para que seja demarcado? É nesse sentido que analisaremos a situação legislativa e jurisprudencial atuais do dano moral e as perspectivas de sua dessubjetivação que se mostram viáveis com a tramitação de um projeto de lei sobre o tema, no Senado Federal.

2. A ideia de dano moral

Em linhas gerais, pode-se conceituar o dano moral como aquele concernente às violações de direitos sofridas pela pessoa “em seu patrimônio de valores exclusivamente ideais, vale dizer, não-econômicos” (SILVA, 1977, p. 266). Por assim dizer, o dano moral liga-se, intimamente, com a noção de dor, tanto aquele de ordem física quanto moral.

Quando a discussão gira em torno da reparação em consequência do dano moral, “nossas vistas não se voltam, de maneira direta, para o dinheiro ou valores de natureza exclusivamente econômica” [...] (SILVA, 1977, p. 267). A busca, em sede de reparabilidade do dano moral, relaciona-se à outra parte integrante da formação do ser, qual sejam os seus sentimentos, sonhos, lembranças.

Eis, pois, que a lesão ao ser humano pode ocorrer não pura e simplesmente no que possuímos, mas, “também, no que somos” (SILVA, 1977, p. 267).

2.1. Origem do Instituto e Desenvolvimento na História no Direito

Sabe-se que o direito como fenômeno social tem sua gênese perdida nas noites dos tempos de outrora. O direito, criação típica da racionalidade do homem, é um

produto [...] dinâmico de controle sócio-político-econômico em vários níveis temporais de elaboração humano-técnica, à medida que os grupos sociais surgem, organizando-se a si mesmos por regramentos técnico-jurídicos convenientes (LEAL, 2005, p. 18).

Por meio do direito, o indivíduo buscou não somente a proteção de seus direitos, como também a proteção desses quando de sua violação.

A palavra “instituto” tem origem no latim e significa instrução, método, escola, sistema (MELLO, 1977, p. 73). Consoante Leal (2005, p. 233), o termo *instituto* pode ser entendido como uma reunião de princípios, sendo que estes perfazem uma unidade em seus conteúdos de cunho “lógico-jurídicos no discurso legal”.

O “dano moral”, como ideia, antes de ser tornar um instituto, nos é apresentado desde o ano 1700 a.C., na antiga Mesopotâmia, quando o Rei Hamurabi elaborou um conjunto de leis disposto em um monumento monolítico (FERREIRA, 2005) chamado de “Código de Hamurabi”, no qual destinou uma considerável preocupação para com o povo, com especial atenção para com os lesados. Nisso, a reparação de lesão era diretamente equivalente à ofensa promovida, situação essa traduzida na máxima que passa os séculos do “olho por olho, dente por dente”.²

Reiterando, Ferreira (2005) assevera que existia a previsão, ainda no citado Código, de outra modalidade de reparação, consistente no pagamento de determinada importância econômica, haja vista que por vezes, o retorno ao *statu* anterior não seria possível, mas, pura e simplesmente, a chamada compensação da dor³. Dessa forma, estamos diante de “um começo da ideia de que resultou modernamente a chamada teoria de compensação econômica, satisfatória dos danos extrapatrimoniais” (SILVA, 1983, p. 15).

Posteriormente, consoante Ferreira (2005), o Código de Manu, criado aproximadamente em 1500 a.C. pelo lendário Manu⁴, representou uma avanço em termos da matéria da reparação em razão da ocorrência do dano moral, pois, houve a adoção da prestação pecuniária para a reparação do dano e conseqüente abandono da lei de talião.⁵

Já na Grécia, o direito foi extremamente desenvolvido em razão da existência de grandes mestres do pensamento humano. Os gregos ainda mantiveram a ideia de reparação do dano mediante o pagamento de um valor pecuniário.

Os romanos, consoante Ferreira (2005), externavam uma grande atenção para com a honra. Para eles, *honestam fama est alterium patrimonium*⁶.

² Nesse sentido, os artigos 196, 197 e 200 do Código de Hamurabi: § 196. Se um *awilum* destruir um olho de (outro) *awilum* destruirão seu olho. § 197. Se quebrou o osso de um *awilum*: quebrarão o seu osso. § 200. Se um *awilum* arrancou um dente de um *awilum* igual arrancou um dente de um *awilum* igual a ele arrancarão o seu dente.

³ Nesse diapasão se nos apresenta o Capítulo XI do Código de Hamurabi que dispõe a respeito dos Delitos e das Penas, Lesões Corporais, Talião e Indenizações (arts. 195 a 214). Veja-se, v.g., o art. 211: “Se pela agressão que fez à filha de um homem vulgar expelir o fruto de seu seio, pesará cinco minas de prata.”

⁴ Segundo Ferreira (2005), Manu ou Manu Vaivasvata era detentor de grande respeito por parte dos ocupantes da mais importante casta dos hindus, os brâmanes, razão pela qual a sua produção recebeu o nome de Código.

⁵ “Art. 342. Aquele que se entrega a ações violentas deve ser reconhecido como mais culpado que um difamador, que um ladrão e que um homem que fere com um bastão”.

⁶ “A honesta fama é outro patrimônio” (FERREIRA, 2005).

Assim, em Roma, por meio de trabalhos como os de Ulpiano, relacionados ao Direito Natural, percebe-se a rejeição, por parte do direito, de toda e qualquer lesão. Com o surgimento do direito escrito “todo e qualquer ato lesivo ao patrimônio ou à honra, demandava a consequente reparação” [...] (FERREIRA, 2005).

Ao longo da Idade Média, o Direito Canônico teve grande aplicabilidade no mundo conhecido, haja vista a influência exercida pela Igreja Católica naquele período. Dessa forma, desde essa época, o Direito Canônico já considerava a existência do “dano moral – como não poderia, obviamente, deixar de sê-lo, exigindo-se-lhe a reparação, que podia ser civil ou espiritual, conforme o catalogar do Código Canônico, em seus diversos cânones” (ZENUN, 1997, p. 11)⁷.

Após as conquistas do período humanitário, decorrentes da Revolução Francesa, constata-se, segundo Cahali (1999), que a reparabilidade do dano moral, como princípio vem, aos poucos, recebendo tratamento legal pela maioria dos países. Ocorre que a posição reiterada dos tribunais se apresenta vacilante, o que denota uma indefinição em sua correta aplicação.

Por isso, percorrendo a história do direito moderno, a busca por uma construção teórica a respeito da reparabilidade do dano moral representou uma tarefa árdua para aqueles que se aventuraram nessa seara. “A mais séria e insistente resistência era a daqueles que negavam a legitimidade moral da atribuição de um preço à dor” (THEODORO JÚNIOR, 1999, p. 5).

Destarte, a evolução do conceito de dano moral e sua consequente reparação está presente ao longo da história, coincidindo, a referida evolução, com o surgimento de movimentos de proteção ao Homem e integrando, assim, a tutela dos direitos individuais.

Consoante Silva (2005), o reconhecimento em sede de direitos fundamentais perpassa os séculos, de modo que os grandes acontecimentos do “Século das Luzes” não representam o único episódio da conquista de direitos, já que isso ainda ocorre na contemporaneidade.

Ademais, a conquista de referidos direitos, atualmente, é marcada pela busca de uma maior participação democrática em um cenário de releitura de direitos visando a sua ampliação e maior efetivação.

Em relação ao Brasil, a preocupação com o dano moral, consoante Michellazzo (2000), data dos idos da década de 1940, quando o jurista Clóvis Beviláqua, em sua obra *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, externou adesão à indenização em termos pecuniários diante da constatação do dano moral.⁸

⁷ Exemplo da ocorrência de um dano moral reprovado pelo Direito Canônico seria o da promessa de casamento. Segundo Zenun (1997), ocorrendo o rompimento da promessa, a reparação seria devida por parte daquele que fora o responsável.

⁸ O caso dos irmãos Naves representa um bom exemplo da reparabilidade do dano moral. Após o trânsito em julgado do acórdão que decidiu pela anulação do processo-crime dos irmãos Naves, e sua consequente declaração de inocência, o “Tribunal Criminal houve por bem decretar, concomitantemente, ao estado a obrigação de lhes pagar uma indenização justa pelos danos que haviam sofrido em decorrência do erro indesculpável” (ALAMY FILHO, 1993, p.

Ressalte-se que existem algumas ponderações do referido jurista, haja vista que o ressarcimento do dano moral, por vezes, não é possível, em razão da impossibilidade da atribuição de um *quantum* apreciável economicamente.⁹

Não obstante a ausência de conceituação do dano moral, em nosso ordenamento jurídico, verifica-se a sua abordagem, ainda que de forma não conceitual, desde o antigo Código Civil de 1916, em seu art. 159¹⁰, e atualmente, no Código de 2002 em seus artigos 927, 186¹¹ e 187.¹²

Também a nossa Constituição Brasileira, frisamos novamente, consagra a reparação do dano moral em seu art. 5º, incisos V e X¹³, fazendo cessar a discussão sobre sua reparabilidade ou não.

367). O erro consistiu na injustiça da condenação “ressaltada pela ressurreição do 'morto' imaginário [...]” (ALAMY FILHO, 1993, p. 370). Em linhas gerais, consoante Cruz (2008), o caso dos irmãos Naves girou em torno de um suposto latrocínio ocorrido no interior de Minas Gerais, em Araguari, no ano de 1937. Os irmãos Naves foram acusados pela prática do crime de latrocínio contra o sócio Benedito Caetano, motivo pelo qual foram encarcerados. Após uma heroica resistência às torturas praticadas pelos policiais ao longo das investigações e decorridos dois Júris (o primeiro fora anulado uma vez que o Tribunal reconheceu que a quesitação fora nula), os irmãos foram condenados à pena de reclusão de vinte e cinco anos e seis meses (que depois fora reduzida para dezesseis anos em razão do deferimento do pedido de revisão criminal). Ocorre que, segundo Cruz (2008) o incansável advogado João Alamy Filho, continuou buscando provas da inocência dos irmãos Naves. Passados mais de 10 anos desde a condenação, com um dos irmãos já falecido (haja vista a patologia contraída), o suposto morto, Benedito Caetano reaparece. A inocência foi declarada pelo Tribunal de Justiça somente em 1956. O Supremo Tribunal Federal, em 1960, conferiu aos irmãos Naves a indenização devida.

⁹ Aliás, além dessa impossibilidade se nos apresenta também o fato de que “insuficiência de nossos recursos abre a porta a especulações desonestas, acobertadas pelo manto mobilíssimo de sentimentos afetivos. Por isso, o Código afastou as considerações de ordem exclusivamente moral, nos casos de morte e de lesões corpóreas não deformantes. [...] As ofensas à honra, à dignidade e à liberdade são outras formas de dano moral, cuja indenização o Código Civil disciplina” (BEVILÁQUA apud MICHELLAZZO, p. 21).

¹⁰ “Art. 159 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. Esse artigo encontra-se, atualizado, no art. 927 do Código Civil de 2002 que dispõe: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

¹¹ “Art. 186 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

¹² “Art. 187 – Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

¹³ “Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

Ademais, elucidando a questão do direito indenizatório ao dano moral em sua reparação, veio a Súmula número 37 do STJ¹⁴, a qual convalida até mesmo a indenização cumulativa com o dano material ou patrimonial.

Acerca dos citados incisos da Constituição de 1988, o renomado autor (1998, p. 58) ainda afirma que “[...] o princípio da reparação do dano moral encontrou o batismo que a inseriu em a canonicidade de nosso direito positivo”. E reitera seu posicionamento asseverando que tal princípio é de natureza cogente, sendo obrigatório para o legislador e para o juiz.

Dessa maneira a reparação do dano moral, elevada ao *statu* de norma constitucional, tem algumas das características peculiares aos direitos fundamentais, como a sua historicidade, isto é, são direitos, conforme visto acima, resultantes da evolução do homem na sociedade e do processo de interação social.

E ainda consoante Silva (2005), esses direitos apresentam-nos como inalienáveis, no sentido de que o indivíduo que sofrera o dano em sua esfera moral não pode transferir a sua titularidade a outrem; são ainda imprescritíveis, no sentido de que o exercício, ou seja, a busca pela reparação do dano moral perpassa o tempo, vez que não existem causas que obstem a sua exigibilidade. Por fim, são ainda direitos irrenunciáveis, embora o seu exercício represente uma faculdade.

Nessa direção, pode-se afirmar que a elevação da reparabilidade do dano moral ao *statu* de direito fundamental representa uma maior proteção de referido direito, vez que pelas características acima apontadas, um direito fundamental integra o rol de necessidades mínimas de um ser humano.

2.2. A Ideia de Dano Moral na Literatura Jurídica Brasileira Atual

Segundo Figueiredo (2002, p. 11), a moral, do ponto de vista jurídico, consta na valoração do sentimento de cada ser humano e envolve critérios pessoais que se esquivam da alçada exclusiva da razão. Tais critérios seriam criadores de princípios como o direito à vida, à liberdade, intimidade, privacidade, nome, honra e imagem. Mencionados princípios são amparados pelo direito, por meio de expressa previsão na legislação.

A dor moral é vista como um sofrimento íntimo do ser humano cuja intensidade varia conforme a pessoa e não pode, assim, ser avaliada em um modelo padrão, o que a leva, muitas vezes, a ser encarada como um padecimento sem preço, por não se tratar de mercadoria colocada à venda. No entanto, é nesse intuito que, certamente, a

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]”.

¹⁴ Súmula nº. 37 do STJ: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

reparação do dano moral pretende atenuar, mesmo que em parte apenas, as consequências da lesão sofrida. Dessa forma, tal reparação vem sustentar, não que o bem lesado está à venda, e sim que este deve ser respeitado.

No que diz respeito ao dano moral no direito brasileiro, precisamos buscar a definição de seu conceito na literatura jurídica, já que a lei foi omissa nesse ponto.

Além disso, é urgente a construção de teorias que o esclareçam e definam sua amplitude e extensão, a fim de conseguir demarcar seus limites e impedir que estes sejam arbitrados em sua inteireza apenas pelo juiz. Tal urgência torna-se imperiosa, sobretudo, pela polêmica e repercussão difundidas pela mídia quando esta aborda as decisões judiciais relacionadas ao dano moral e, também, por ser cada vez mais recorrente esse tema no direito brasileiro.

Ademais, cabe aqui ressaltar que, a utilização desmedida do instituto do dano moral pode levar ao seu descrédito e banalização.

Com base na seara da literatura jurídica brasileira atual, inicialmente, o dano moral pode ser definido como uma lesão ao patrimônio jurídico materialmente não apreciável de uma pessoa. Uma lesão que é provocada por violação do sentimento que rege os princípios morais tutelados pelo direito, que podem ser decorrentes de ofensa à honra, à liberdade, à vida, à integridade corporal, ao decoro, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie ou, inclusive, às crenças e à paz interior de cada um (FIGUEIREDO, 2002, p. 13).

Entretanto, muitos autores têm aprimorado e até ampliado o conceito de dano moral. Nehemias Melo (2005, p. 191), por exemplo, afirma que há uma concordância na classificação da lesão que possa autorizar a indenização por danos morais, como a que atinge o âmago da pessoa, causando-lhe dor, sofrimento, angústia, vexame ou humilhação.

Tais sentimentos, o autor ainda complementa, passam-se no íntimo das pessoas e, por isso, são insusceptíveis de valoração pecuniária adequada, razão pela qual o caráter é o de compensar a vítima pelas aflições sofridas e de lhe subtrair o desejo de vingança pessoal.

Nos ensinamentos de Walter Moraes (*apud* FIGUEIREDO, p. 13):

Dano moral é, tecnicamente, um não-dano, onde a palavra dano é empregada com sentido translato ou como metáfora: um estrago ou uma lesão (este o termo jurídico genérico), na pessoa mas não no patrimônio.

Já Arnaldo Marmitt (*apud* MELO, 2005, p. 191), ampliando o conceito de forma a abranger tanto a honra ou patrimônio moral da pessoa natural, quanto à reputação e à fama quando se tratar de pessoa jurídica, assim considerou o dano moral como um efeito da ofensa a um bem jurídico imaterial, sendo este último integrante da personalidade ou do patrimônio moral de alguém.

Desse modo, também enfatizando o efeito da lesão e não a natureza do direito, bem ou interesse lesado, Aguiar Dias (*apud* FIGUEIREDO, p. 13) ressalta o caráter da repercussão da lesão sobre o lesado. É possível, assim, ocorrer tanto um dano patrimoni-

al decorrente de lesão a um bem não patrimonial, quanto um dano moral em consequência de uma ofensa a um bem material.

Ante o exposto, convenhamos aceitar que a problemática do dano moral, nos dias atuais, não mais gira em torno do reconhecimento de sua reparabilidade ou não (visto que essa reparabilidade já está consagrada em nosso ordenamento jurídico), mas ultrapassa esta questão incidindo então sob a ótica de sua estimativa adequada, ou melhor, em sua tarifação, no *quantum indenizatório* e na identificação deste.

Entretanto, a utilização desmedida desse instituto, mediante a ausência de limites na sua conceituação e aplicação, as quais, muitas vezes, ficam à mercê da arbitrariedade do magistrado, urge uma postura de reflexão, delimitação e definição de parâmetros na literatura jurídica, pois, sem isso, não há que se falar em demarcação e quantificação adequada do dano moral.

3. Critérios para a liquidação do dano moral no direito brasileiro: legislação e critérios supra-legais

Conforme o já ora citado autor Caio Mário da Silva Pereira (1998, p. 317), na reparação por dano moral estão conjugadas duas causas, quais sejam:

[...] **I**) punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; **II**) pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o *pretium doloris*, porém o meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material [...].

O renomado autor (1998, p. 317 e 318) ainda complementa que a referida soma em dinheiro poderá “[...] amenizar a amargura da ofensa e de qualquer maneira o desejo de vingança”, reiterando que “[...] na reparação por dano moral insere-se a solidariedade social à vítima”.

Caio Mário (2002, p. 218), posteriormente, ainda reitera seu posicionamento afirmando que essa “solidariedade” à vítima ocorre “[...] em razão da ofensa que sofreu a um bem jurídico lesado pelo agente”.

Outros autores, como o já ora citado Nehemias Melo (2005, p.192), corroboram esse posicionamento; todavia, vão além dele. Segundo esse autor, o novo Código Civil qualificou o dano moral como toda agressão ilícita a um bem imaterial, insusceptível de quantificação pecuniária, sendo esse instituto indenizável com tríplice finalidade: a de satisfazer a vítima, a de dissuadir o agressor e o de servir de exemplo para a sociedade.

Nesse escopo, a finalidade de satisfazer a vítima seria a de compensar, mesmo que de maneira indireta, o seu sofrimento, visto que não se paga a dor. A indenização, dessa forma, seria no sentido de aliviar a dor, como já explicitado no delineamento do conceito do dano moral.

Também nesse sentido, a finalidade de dissuadir o agressor seria efetivada por meio do caráter punitivo da indenização, de forma a evitar a reincidência do infrator, no sentido pedagógico. E, por fim, a finalidade da indenização de servir de exemplo para a sociedade se concretizaria ao desestimular os atos ilícitos.

Porém, o caráter punitivo da indenização depende diretamente da situação econômica do ofensor, de modo que, se a reparação financeira provocar apenas perda patrimonial insignificante a ele, na prática de nada valerá, tanto em relação à punição, quanto referente ao caráter exemplar. Apesar disso, segundo Vieira (2002, p.41), tem-se observado nos tribunais brasileiros, em se tratando de pedidos de indenização de danos morais, a adoção de critérios que consideram a posição socioeconômica tanto da vítima quanto do ofensor, de maneira que iniba o enriquecimento sem causa pela vítima. Sobre isso, Caio Mário da Silva Pereira (2002, p. 219) dispõe:

[...] Se em qualquer caso se dá à vítima uma reparação de *domno vitando*, e não de *lucro capiendo*, mais que nunca há de estar presente a preocupação de conter a reparação dentro do razoável, para que jamais se converta em fonte de enriquecimento.

Spolidoro (2005, p. 55), contudo, considera equivocada a ideia do enriquecimento sem causa pela vítima. Esse autor baseia-se no fato de que o direito indenizatório é previsto pela Constituição, nos já citados incisos V e X do art. 5º da CR/1988. No inciso X, dessa forma, está incluída a expressão abrangente da palavra *intimidade*, a qual, segundo o autor, está dentro de cada um de nós e, ocorrendo o fato, não será a indenização sem causa.

Schreiber (2002, p. 25) corrobora nesse sentido, reiterando que a preocupação com o enriquecimento sem causa é inadequada à compensação do dano moral, já que a causa da indenização é o próprio dano, pois ela se limita ao dano sofrido.

Segundo esse autor, no sistema brasileiro, não há nada na lei que autorize indenização superior ao prejuízo causado e, o art. 944¹⁵, do Código Civil de 2002, ainda preceitua que “a indenização mede-se pela extensão do dano”, não havendo espaço, assim, para que se pense em enriquecimento sem causa por parte da vítima.

Além disso, é a extensão do dano um fato constitutivo do direito à indenização. E, portanto, tem o ofendido o ônus de provar essa extensão, conforme o inciso I do art. 333¹⁶, do Código de Processo Civil, visto que, em regra, não se trata das dispensas legais do citado ônus, conforme previsão do art. 334 do mesmo diploma legal¹⁷.

¹⁵ “Art. 944 – A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único – Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

¹⁶ “Art. 333 – O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; [...]”.

¹⁷ “Art. 334 – Não dependem de prova os fatos:

I – notórios;

I – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III – admitidos, no processo, como incontroversos;

Ademais, não obstante a discussão em torno da trílice finalidade da indenização do dano moral venha sendo examinada por boa parte da literatura jurídica, outras discussões polêmicas existem, principalmente sobre vários outros aspectos. Estes incidem na dificuldade de se obter certeza, baseada em critérios objetivos, para a avaliação do dano moral, o que, segundo Konder (2001, p. 49), seriam os argumentos de resistência:

[...] A fugacidade do dano, a dificuldade em descobrir sua existência, a incerteza da violação do direito, a indeterminação do número de lesados, a dificuldade na avaliação do *quantum*, o arbítrio excessivo concedido ao juiz [...].

A nosso ver, o último argumento citado, ou o arbítrio excessivo concedido ao juiz, seria exatamente uma consequência da imprecisão de todos os outros argumentos citados acima, quais sejam: a fugacidade do dano; a dificuldade em descobrir sua existência; a incerteza da violação do direito; a indeterminação do número de lesados e a dificuldade de avaliação do *quantum*.

4. Por uma necessidade de fundamentação racional para a fixação do dano moral no estado democrático de direito e a tendência legislativa de sua dessubjetivação com o PLS 334/2008

Após os escritos em linhas pretéritas do presente trabalho, chegou-se à constatação de que o instituto do dano moral se nos apresenta passível de uma reestruturação, haja vista a atual realidade brasileira pautada nas exigências de um Estado Democrático.

A grande questão travada em sede do dano moral, diz respeito à sua identificação e fixação de seu *quantum* indenizatório. O agente julgador, quando do seu pronunciamento decisório, lança mão, por vezes, de argumentos ligados à sua subjetividade, atuando dessa forma, de modo discricionário e, às vezes, arbitrário.

Nota-se isso na aplicação do art. 335¹⁸ do Código de Processo Civil, o qual confere ao juiz, mediante as regras da experiência comum, grande discricionariedade, contribuindo assim para a identificação do dano moral, por parte do juiz, de forma subjetiva¹⁹.

IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”.

¹⁸ “Art. 335 – Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”.

¹⁹ Nesse sentido, vale a pena citar precedentes do STJ: 1. “REsp 214838/RR – rel. Min. Francisco Peçanha Martins - 2ª T. – j. u. 27/11/2001 - DJ 11/03/2002, p. 221 - PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – ACIDENTE DE TRÂNSITO – [...] DANO MORAL – PROVA DO SOFRIMENTO – DESNECESSIDADE [...]. É desne-

O atual sistema estatal de produção do direito, qual seja o Estado Democrático de Direito, em meio às comemorações dos 20 (vinte) anos da Constituição Cidadã, não pode conviver com aquele sujeito solipsista (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007) de antanho, protagonista das relações jurídicas travadas. Hodiernamente, faz-se imperiosa a construção participada de critérios objetivos destinados à identificação do dano moral, bem como sua extensão. Some-se a isso a fixação de critérios cogentes para a definição do valor a ser pago, quando da violação de um direito em sua esfera moral.

Entretantes, delimitar, frente ao caso concreto, o que vem a ser contrariedades, desgostos normais da vida em sociedade ou danos morais, segundo Nehemias Melo (2005, p. 193), não é tarefa fácil ante a ausência de critérios objetivos definidos em lei. O magistrado vê-se induzido, ou melhor, constrangido a buscar respaldo na literatura jurídica e na jurisprudência para aferir se há ou não a configuração do dano moral. A prudência e o bom senso – critérios subjetivos, baseados no homem médio da sociedade –, são os parâmetros do juiz para a suscitante questão.

Presentemente está em tramitação, no Senado Federal, o Projeto de Lei n. 334/2008, que tem por objetivo a melhora da situação da identificação e consequente quantificação do dano moral.

O citado projeto, de relatoria do Senador Valter Pereira, tem como finalidade, primeiramente, a construção de critérios objetivos para a reparabilidade do dano moral. Há uma modificação na teoria tradicional do Código Civil: a reparação econômica não representa mais a principal forma para a compensação pelo dano sofrido, pois, admite-se a reparação natural, como, *v.g.*, uma retratação pública.

O legislador reformista, assim, busca reconhecer na pessoa jurídica e nos entes políticos a possibilidade de sofrimento de dano moral, atualizando, desse modo, o entendimento de meados do século XX, quando apenas a pessoa física era vista como passível da ofensa em sua esfera moral. No caso da pessoa jurídica, o dano será “verificado em razão da repercussão material verificada, por se tratar de regra de constatação

cessária a fundamentação do dano moral, na hipótese dos autos, já que a morte de pessoa da família causa sofrimento, o qual decorre da experiência comum e não há nos autos prova contrária à assertiva. [...] Recurso especial não conhecido”. 2. REsp 567158/SP – rel. Min. Castro Filho – 3ª T. – j. u. 25/01/2003 – DJ 08/03/2004, p. 254 - RESPONSABILIDADE CIVIL. OVERBOOKING. ATRASO DE VOO. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. DANO PRESUMIDO. VALOR REPARATÓRIO. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO. CONTROLE PELO STJ. PEDIDO CERTO. I - É cabível o pagamento de indenização por danos morais a passageiros que, por causa de overbooking, só conseguem embarcar várias horas depois, tendo inclusive que concluir a viagem à sua cidade de destino por meio de transporte rodoviário, situação que lhes causou indiscutível constrangimento e aflição, decorrendo o prejuízo, em casos que tais, da prova do atraso em si e da experiência comum. II – Inexistindo critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação e atendendo às peculiaridades do caso concreto, o que, na espécie, ocorreu, não se distanciando o quantum arbitrado da razoabilidade. Recurso não conhecido. No mesmo sentido, vale a pena conferir fundamentação idêntica no REsp 204825/RR, julgado em 17.09.2002.

da sua ocorrência". (art. 2º, §1º²⁰, do PLS 334/2008).

Já o art. 3º, do mencionado projeto, dispõe a respeito dos critérios que serão utilizados para a fixação do dano moral. Eis, aqui, o avanço na matéria: a fixação de padrões legais que deverão ser utilizados pelos agentes julgadores no momento de seus pronunciamentos decisórios, reduzindo, dessa forma, a atuação discricionária do agente.²¹

Nessa esteira, o art. 6º, ao dispor a respeito do valor da indenização por dano moral, traz a fixação de um piso e um teto conforme a natureza do dano.²² Além da morte, as lesões corporais, a ofensa à liberdade, à honra, e o descumprimento do contrato são outras hipóteses elencadas pelo legislador para a incidência da indenização.

Entretanto, o rol do art. 6º²³ não é *numerus clausus*, isto é, exaustivo, vez que o seu inciso IV, alínea "b", prevê outras hipóteses de ofensa à honra, ainda a serem identificadas pelo julgador.

Outra novidade é a de que o projeto de Lei atribui um prazo prescricional para a pretensão que tenha por objeto a reparação do dano moral.²⁴ Ocorre que, como integrante do rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição da República, a pretensão que tenha por escopo a reparação em razão da ocorrência do dano moral, a nosso ver, é imprescritível. Essa é a razão pela qual o referido artigo provavelmente será vetado, vez que está em dissonância com o Texto Constitucional.

Nesse diapasão, interessante salientar, ademais, que se for decidido em favor da manutenção do prazo prescricional previsto no art. 9º do Projeto de Lei 334/2008, estar-se-á, o legislador, promovendo uma redução no exercício do direito fundamental à reparação, em função da ocorrência do dano moral. E isso não encontra guarida no

²⁰ "Art. 2.º Considera-se dano moral toda ação ou omissão que ofenda o patrimônio ideal da pessoa física ou jurídica e dos entes políticos. § 1º O dano à imagem das pessoas jurídicas será verificado depois de aferida a repercussão material do fato [...]".

²¹ Segundo o art. 3º do Projeto: "Ressalvada da hipótese de reparação natural tempestiva e suficiente, a indenização a que se refere o art. 1º tem caráter exclusivamente compensatório e a sua fixação deverá considerar: I - o bem jurídico ofendido; II - a posição socioeconômica da vítima; III - a repercussão social e pessoal do dano; IV - a possibilidade de superação psicológica do dano, quando a vítima for pessoa física, e de recomposição da imagem econômica ou comercial, quando pessoa jurídica; V - a extensão da ofensa e a duração dos seus efeitos; VI - o potencial inibitório do valor estabelecido".

²² A título de exemplo, no caso da morte, a indenização girará em torno de R\$ 41.500,00 (quarenta e um mil e quinhentos reais) a R\$ 249.000,00 (duzentos e quarenta e nove mil).

²³ "Art. 6.º - [...]

[...]

IV – ofensa a honra:

[...]

b) de outras espécies: de R\$ 8.300,00 (oito mil e trezentos reais) a R\$ 124.500,00 (cento e vinte e quatro mil e quinhentos reais);

[...]."

²⁴ "Art. 9.º - Prescreve em três anos, contados da data da ofensa, a pretensão que tenha por objeto a reparação de dano moral".

Texto Constitucional, vez que o art. 60, em seu § 4^o²⁵, dispõe que as matérias que apresentem uma tendência à abolição de direitos e garantias fundamentais não serão objeto de proposta de Emenda à Constituição.

Dessa forma, ocorrendo a fixação de um prazo prescricional, o resultado será a abolição, dentro de um período fixado em lei, do direito de obter a reparabilidade do dano moral.

Com efeito, nota-se que ao juiz, mesmo com as importantes alterações sugeridas no citado projeto, é conferido papel relevante para analisar cada caso concreto referente aos danos morais, mediante seu livre arbítrio, visando a proceder à adequação deles à proteção legal, seja na atividade de sua identificação, seja na de sua quantificação. Exemplo disso – apesar de não se tratar de um caso específico de danos morais, mas que se aplica a eles –, é citado por André Cordeiro Leal (2000, p. 109 e 110) ao discorrer sobre o art. 131²⁶ do Código de Processo Civil, dispositivo que confere ao juiz liberdade na apreciação da prova. O autor ainda reitera, sobre esse assunto, que o juiz deve manter-se restrito à prova dos autos, contudo, somente devem ser levadas em conta as provas produzidas de forma compartilhada pelas partes e de acordo com os meios legais, a fim de não se tornar ilegítima a sentença. Disso, ressaltamos assunto já exposto, referente ao inciso I do art. 333 e aos arts. 334 e 335 do Código de Processo Civil.

Na realidade, o exercício de tal discricionariedade do juiz, quanto ao dano moral, pauta-se nos critérios subjetivos ora citados acima – a prudência e o bom senso, ou mesmo nas opacas “regras da experiência comum” –, a fim de esclarecer outros argumentos também já ora referidos: a fugacidade do dano; a dificuldade em descobrir sua existência; a incerteza da violação do direito; a indeterminação do número de lesados e a dificuldade de avaliação do *quantum*.

Essa discricionariedade excessiva do juiz é reforçada pelas chamadas “cláusulas abertas” existentes em nosso ordenamento jurídico como, por exemplo, o art. 946²⁷ do Código Civil de 2002. Esse artigo, conforme o já citado Schreiber (2002, p. 23), deixa órfão o dano moral, a ser apurado “na forma que a lei processual determinar”, quando a lei processual não dispõe em nada sobre esse assunto.

²⁵ “Art. 60 – [...]

[...]”

§ 4.º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos Poderes;

IV – os direitos e garantias individuais”.

²⁶ “Art. 131 – O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

²⁷ “Art. 946 – Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar”.

Outro exemplo de “cláusula aberta” que deixa a cargo do juiz a fixação do *quantum* indenizatório, mediante equidade, é o parágrafo único do art. 953²⁸ e o art. 954²⁹ do referido Código. Além do mais, o juiz ainda pode-se valer dos preceitos instituídos nos artigos 4^{o30} e 5^{o31}, ambos da Lei de Introdução ao Código Civil e do art. 126³² do Código de Processo Civil, os quais nada mais fazem do que reforçar a discricionariedade e o livre convencimento do magistrado em suas decisões judiciais.

Verifica-se, assim, a aplicação de uma subjetividade excessiva nas decisões judiciais relativas ao dano moral. O magistrado, dessa forma, baseia-se em uma concepção axiológica, pautada na valoração, no seu solitário entendimento sobre o que são critérios normais da sociedade, sobre o que é o “homem médio”, mediante sua experiência e consciência.

Visto isso, por meio de um juízo axiológico, o juiz valora se houve ou não o dano, se o direito foi ou não violado, quem e o quanto foi lesado, quanto vale o dano sofrido pelo ofendido e, por fim, emite juízo de valor acerca da conduta do ofensor para fins de fixação do *quantum*.

O que podemos perceber é que o juiz, na prática, assume o lugar da parte para a identificação do dano: se o que se está pleiteando o incomoda profundamente, a situação é ilícita; se não, o pedido é indeferido.

Destarte, a presente situação apresenta-nos insustentável já que, a atuação discricionária do agente julgador, conforme sustentavam autores positivistas como Hebert Hart, não encontra guarida no atual cenário brasileiro.

Para Hart (1994), quando da análise de um caso considerado difícil, o agente julgador, ao constatar a inexistência de uma solução, teria a possibilidade de escolher a melhor decisão para o caso em análise. Dessa forma, o juiz poderia atuar com discricionariedade, já que estaria, segundo Ommati (2004), autorizado pela norma de reconhecimento oriunda da comunidade.

Entretanto, ocorre que essa construção é marca do início do século passado. Nos tempos atuais, é passível o entendimento de que o direito não é composto apenas por um conjunto de regras, mas também, por princípios, os quais são também normas, ra-

²⁸ “Art. 953 – A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único – Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor das circunstâncias do caso.”

²⁹ “Art. 954 – A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar o prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente”.

³⁰ “Art. 4.º - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

³¹ “Art. 5º - Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

³² “Art. 126 – O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

ção pela qual, a discricionariedade judicial encontra limitação pela legalidade e necessidade de fundamentação das decisões vinculada ao contraditório realizado entre as partes.

Assim, ainda segundo André Cordeiro Leal (2000, p. 11 e 12), o contraditório, na qualidade de princípio – norma constitucional –, deve ser acatado na legislação infra-constitucional e na “[...] efetiva aplicação desses textos legais na praxis decisória, sob pena de perda de legitimidade do direito e das decisões judiciais”.

No caso do dano, por exemplo, ao analisar um caso concreto, o juiz, mediante a constatação da ausência de critérios objetivos a respeito das questões que envolvem sua manifestação moral, teria de verificar primeiro quais seriam as possíveis normas válidas para o caso segundo a interpretação apresentada pelas partes em seus arrazoados, juntados nos autos, ou nas alegações orais que produziram e foram registradas por outros meios. Em sequência, dever-se-ia levar em conta quais dessas normas válidas seriam as mais adequadas ao caso concreto³³.

Dessa forma, o magistrado estaria não simplesmente desconsiderando uma regra em detrimento de outra, mas adotando um princípio para resolver a questão. Esse princípio teria a prevalência sobre os demais, não em razão de uma ponderação, ou menos porque é o princípio mais importante e, sim, pelo fato de, naquele caso concreto, o referido princípio apresentar-se como o mais adequado, em face da sobrevivência à crítica realizada pela outra parte.

Por tudo o que foi dito, a tramitação do Projeto de lei n. 334/2008 representa um avanço em sede da discussão sobre o dano moral, contribuindo sobremaneira para a atualização do Direito Civil Brasileiro. O importante é que a discussão desse projeto seja aberta à comunidade, para que ela, de modo democrático, participe do processo de elaboração da lei, vez que, como destinatários da norma, serão diretamente afetados por ela.

Infelizmente, não temos ainda projeto legislativo que se altere substancialmente, apesar dos avanços citados na luta pela dessubjetivação do dano moral. Ainda estamos reféns de um sistema em que a participação das partes na construção da decisão jurisdicional dá-se de forma retórica, tentando simplesmente convencer o julgador de que o seu argumento é o melhor.

O que se necessita, buscando a oportunidade do citado projeto de lei, é de abertura do debate às escolas de direito e de que as pesquisas científicas a respeito do instituto em comento possam abrir a possibilidade de um salto de qualidade numa construção com limites demarcados claramente pela lei, o que traz a sempre almejada segurança jurídica para a população, pela previsibilidade da decisão jurisdicional e a sua vinculação às alegações produzidas pelas partes nos autos.

³³ Dessa forma, quando um caso chega às mãos do agente julgador terá ele que desenvolver o chamado “senso de adequabilidade” (OLIVEIRA, 2002, p. 87). Apesar de várias normas serem válidas, no caso real somente uma será a adequada. Essa busca, portanto, é responsabilidade do juiz. Este, pois, é o raciocínio desenvolvido por Klaus Günther, em sua obra “Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação”. É adequada no nosso sistema, se houver atenção para o papel principal da argumentação das partes.

5. Conclusão

O dano moral, de instituto jurídico ideal a ser construído pela ciência do direito, com sua positivação, principalmente em face do Texto Constitucional, é hoje uma realidade. O seu reconhecimento, porém, é uma pequena conquista que não tem produzido resultados satisfatórios em sua aplicação prática, por ser construído, ainda, em arcaicas bases teóricas em que sua identificação e quantificação são baseadas, fundamentalmente, no “prudente arbítrio” do julgador, isto é, a sua consciência.

Essa se torna a luta do cientista jurídico nos tempos atuais: a dessubjetivação do dano moral a fim de que ele possa se adequar aos padrões de uma racionalidade discursiva de construção das decisões, em abandono da vetusta epistemologia consciência/existência.

Não seria prudente, no atual momento da pesquisa, apontarmos um critério objetivo plausível para resolver a questão da subjetividade das decisões relacionadas ao dano moral, uma vez que a pretensão da investigação não foi a de apresentar uma solução, mas, sim, de lançar uma reflexão crítica a respeito do que tem sido utilizado, como procedimento, para as decisões em sede de dano moral.

Todavia, passos já foram dados no sentido do estabelecimento de uma criteriológica objetiva, como demonstra a construção jurisprudencial (apesar de inconstitucional, porque baseada em critérios supralegais) e, principalmente, o Projeto de Lei em tramitação no Senado Federal, de número 334/2008, de autoria do Senador Valter Pereira.

Porém, a iniciativa ainda é tímida, por não contar com participação científica mais específica por parte dos estudiosos do Direito, bem como por ausência de discussão em todos os níveis da população.

O que se vê é que a luta pela construção de um instituto racional está apenas no começo. Percebe-se, portanto, que, a pesquisa científica é, ainda, o mais seguro caminho para a construção de uma sociedade democrática e solidária, na qual o dano moral seja um caminho de efetivação desses ideais constitucionais.

Álison da Silva Costa é aluno do 10º período do curso de Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, *campus* Coração Eucarístico. e-mail: monitoriaptrabfmd@yahoo.com.br

Fernando Horta Tavares é Bacharel em História e em Direito. Mestre em Direito Processual, Doutor em Direito, Advogado e Professor dos cursos de Graduação e Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Unidades Coração Eucarístico e Praça da Liberdade. Departamento de Direito.
e-mail: fernandohorta@pucminas.br

Francis Vanine de Andrade Reis é Bacharel em Direito. Especialista em Direito Empresarial, e Professor das Faculdades Integradas do Oeste de Minas – FADOM e da Facul-

dade Pitágoras. Departamento de Direito. e-mail: francis52@bol.com.br

Maria Cecília de Moura Lima Jeha é Bacharel em Fisioterapia e aluna do 6º período do curso de Direito, da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, *campus* Coração Eucarístico. e-mail: mcmljeha@hotmail.com

6. Referências

ALAMY FILHO, João. *O caso dos irmãos Naves: um erro judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BRASIL, SF PLS 00334 / 2008 de 09/09/2008. Brasília. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/getHTML.asp?t=13971>. Acesso em 24 de out. De 2008.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2 ed. São Paulo: RT, 1999.

CARVALHO NETTO, Menelick. A interpretação das Leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin, in: *Cadernos da Escola do Legislativo*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa de Minas Gerais, jan/jun., 1997, p. 27-71.

COSTA, Álisson da Silva et al. A Correlação entre os Princípios da Publicidade e da Dignidade da Pessoa Humana na Atuação da Mídia em Face do Estatuto da Criança e do Adolescente. *Revista Eletrônica Virtuajus*. Ano 6, n. 1, julho, 2007. Disponível em: http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/virtuajus_inicio.html
Acesso em: 27 de set. De 2008.

CRUZ, Rogério Machado Schietti. *O Caso dos Irmãos Naves*. Casos Interessantes. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. 2008. Disponível em: <http://www.geocities.com/CapitolHill/Lobby/1647/Casos/caso02.htm>. Acesso em 23 de out. de 2008.

FERREIRA, Rogério Campos. Indenização por Dano Moral: fixação do quantum debeatur. *Boletim Jurídico*, Uberaba, ano 4, n. 155, 2005. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=962> Acesso em 9 jul. 2008.

FIGUEIREDO, Isabela Ribeiro de. A Valoração do Dano Moral. *Ciência Jurídica*. Belo Horizonte: RCJ. V. 16, n. 104 (mar./abr.2002), p. 11-21.

GERMANO, Alberto. Um breve parecer sobre a indústria das indenizações sofridas pelas Empresas brasileiras sob a ótica do direito norte-americano. *Boletim Jurídico*, Ubera-

ba/MG, ano. 5, n. 270. 2008. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1953> Acesso em 29 de set. de 2008.

HAMURABI. *Código de Hamurabi: Código de Manu: excertos (livros oitavo e nono). Lei das XII Tábuas*. Supervisão editorial Jair Lot Vieira. 2 ed. rev. Bauru, SP: Edipro, 2002. 143p. (Clássicos (Mem Martins, Portugal) Filosofia/Política).

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KONDER, Carlos Nelson. Critérios para a Reparação do Dano Moral. *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: PUC-RJ, Departamento de Ciências Jurídicas. V. 9, n. 18 (jan./jun.2001), p. 47-58.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 6 ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

LEAL, André Cordeiro. *O Contraditório e a Fundamentação das Decisões*. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-graduação em Direito. 2000.

MICHELLAZZO, Busa Mackenzi. *Do Dano Moral: Teoria, Legislação, Jurisprudência e Prática*. 4 ed. São Paulo: Lawbook, 2000, vol. 1.

MELO, Nehemias Domingos de. Por Uma Nova Teoria da Reparação por Danos Morais. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP*, v. 8, n. 15 (jan./jun.2005), p. 191-200.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

OMMATI, José Emílio Medauar. A Teoria jurídica de Ronald Dworkin: o Direito como Integridade, in: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, vol. 2.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RODRIGUES, Péricles Ganem. *Evolução Histórica do Habeas Corpus*. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona11/11Pericles.htm>> Acesso em 7 de setembro de 2008.

SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do Dano Moral no Novo Código Civil. *Direito*,

Estado e Sociedade. Rio de Janeiro: PUC-RJ, Departamento de Ciências Jurídicas, v. 9, n. 20 (jan./jul.2002), p. 16-38.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Wilson Melo da. Dano Moral, in: FRANÇA, Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977.

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SPOLIDORO, Luiz Cláudio Amerise. O Reverso da Indústria do Dano Moral. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília: Consulex. Ano IX, v. 9, Ano IX, n. 193 (jan. 2005), p. 55-56.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de et al. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1498, 8 ago. 2007.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em 12 nov. 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano Moral*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. A Constitucionalização do Dano Moral. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, v. 3, n. 18 (jul./ago.2002), p. 38-45.

ZENUN, Augusto. *Dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

Entrega de arma de fogo pelo possuidor: descriminalização ou extinção da punibilidade?¹

Delivering the weapon: decriminalization or extinction of punishment?

ANA PAULA JORGE
PLÍNIO ANTÔNIO BRITTO GENTIL

Resumo: Este artigo busca analisar a eventual ocorrência da descriminalização do crime de posse ilegal ou irregular de arma de fogo, sob o enfoque da atual redação do art. 32 da Lei do Desarmamento. Este dispositivo da Lei n. 10.826/03 veio representar, ao lado do art. 31 do mesmo estatuto, um benefício apenas temporário para os possuidores e proprietários de armas de fogo, possibilitando-lhes a entrega de armamentos que tivessem em suas casas ou, em alguns casos, em seu local de trabalho. Ocorre que, depois de sucessivas alterações de redação, o artigo de lei teve extirpada a parte que estipulava prazo para referida entrega, bem como aquela que fazia restrição a armas não registradas – e, portanto, registráveis. É essa atual redação, que abriu campo para diversos posicionamentos, sobretudo entre magistrados e membros do Ministério Público, o alvo deste trabalho, no qual se procurará apontar o mais provável intuito do legislador, ainda que isso represente, em tese, um contra-senso em relação ao espírito da Lei do Desarmamento, qual seja, uma espécie de descriminalização ou despenalização da conduta de possuir em casa ou local de trabalho, arma de fogo de uso permitido ou restrito.

Palavras-chave: Lei do Desarmamento. Posse de arma de fogo. Extinção de punibilidade. Entrega de armas à Polícia Federal.

Abstract: This article explores the possible occurrence of decriminalization of the crime of unlawful possession of a firearm under the focus of the current wording of art. 32 Act on Disarmament. This device of Law 10.826/03 came to represent, alongside the art. 31 of that statute, only a temporary benefit to the holders and owners of firearms, enabling them to deliver weapons they had in their homes or in some cases, in their workplace. It happens that, after repeated changes of wording, the article of law cut off the part that had stipulated time limit for their delivery as well as one that was restricted to unregistered weapons – and therefore registrable. It is this current writing, which opened the field for several positions, particularly among magistrates and prosecutors, the target of this work, in which we try to indicate the most likely intention of the legislature, though that's in theory a contradiction in against the spirit of the Law of Disarmament, which is a kind of decriminalization of conduct of own, at home or workplace, firearm which use is permitted or restricted.

Keywords: Disarmament act. Possession of a firearm. End to criminality. Weapon delivery to the Federal Police.

¹ Tema apresentado no XVIII Congresso Nacional do Conpedi, 2009, São Paulo/SP, com publicação nos anais.

Introdução

O presente trabalho procura analisar o polêmico e atual tema da posse irregular (ou ilegal) de arma de fogo e os reflexos sobre a punibilidade gerados pelas permissões legais para a entrega de armas à Polícia Federal, já consideradas as recentes alterações legislativas a que se viu submetida a chamada Lei do Desarmamento.

A Lei n. 10.826/03, que veio substituir a Lei n. 9.437/97, procurou trazer maior rigor no trato das questões relacionadas às armas de fogo e munições. Como exemplo, pode-se mencionar o fato de que crimes antes apenados com detenção não só passaram a ser punidos com penas de reclusão, senão que em *quantum* significativamente superior. A mais, o porte de arma de fogo, antes permitido e apenas condicionado à autorização da autoridade competente, passa, com o novo diploma, a ter expressa vedação, excepcionalmente admitido nos casos previstos em legislação própria e nos elencados no artigo 6º da referida lei, *in verbis*:

Art. 6º É proibido o porte de arma de fogo em todo o território nacional, salvo para os casos previstos em legislação própria e para:

I – os integrantes das Forças Armadas;

II – os integrantes de órgãos referidos nos incisos do caput do art. 144 da Constituição Federal;

III – os integrantes das guardas municipais das capitais dos Estados e dos Municípios com mais de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, nas condições estabelecidas no regulamento desta Lei;

IV – os integrantes das guardas municipais dos Municípios com mais de 50.000 (cinquenta mil) e menos de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, quando em serviço;

V – os agentes operacionais da Agência Brasileira de Inteligência e os agentes do Departamento de Segurança do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República;

VI – os integrantes dos órgãos policiais referidos no art. 51, IV, e no art. 52, XIII, da Constituição Federal;

VII – os integrantes do quadro efetivo dos agentes e guardas prisionais, os integrantes das escoltas de presos e as guardas portuárias;

VIII – as empresas de segurança privada e de transporte de valores constituídas, nos termos desta Lei;

IX – para os integrantes das entidades de desporto legalmente constituídas, cujas atividades esportivas demandem o uso de armas de fogo, na forma do regulamento desta Lei, observando-se, no que couber, a legislação ambiental.

X – integrantes das Carreiras de Auditoria da Receita Federal do Brasil e de Auditoria-Fiscal do Trabalho, cargos de Auditor-Fiscal e Analista Tributário.

Ao mesmo tempo em que proíbe o porte de arma de fogo, a lei também o tipifica como crime, se praticado sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, nas modalidades de portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar,

manter sob guarda ou ocultar, cominando pena de reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, para as armas de uso permitido, e de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa, para as de uso proibido ou restrito.

Postura diversa, entretanto, adotou o legislador quanto à posse de arma de fogo de uso permitido e, obviamente, no tocante à sua aquisição. Qualquer interessado pode adquirir armamento, acessórios e munições que sejam de uso permitido e tê-los legalmente em sua casa (ou local de trabalho, desde que titular ou responsável pelo local), atendendo previamente aos requisitos legais, tanto para a aquisição, que deve ser autorizada, quanto para o registro e sua renovação, procedimentos estes controlados pelo SINARM – Sistema Nacional de Armas, órgão instituído no Ministério da Justiça, no âmbito da Polícia Federal. É o que dispõem o artigo 3.º, seu parágrafo único, o artigo 4.º e parágrafos e o artigo 5.º e parágrafos, todos da Lei n. 10.826/03:

Art. 3.º É obrigatório o registro de arma de fogo no órgão competente;

[...]

Art. 4.º Para adquirir arma de fogo de uso permitido o interessado deverá, além de declarar a efetiva necessidade, atender aos seguintes requisitos:

[...]

§ 1.º O SINARM expedirá autorização de compra de arma de fogo após atendidos os requisitos anteriormente estabelecidos, em nome do requerente e para a arma indicada, sendo intransferível esta autorização;

[...]

Art. 5.º O Certificado de Registro de Arma de Fogo, com validade em todo o território nacional, autoriza o seu proprietário a manter a arma de fogo exclusivamente no interior de sua residência ou domicílio, ou dependência desses, ou, ainda, no seu local de trabalho, desde que seja ele o titular ou o responsável legal pelo estabelecimento ou empresa.

§ 1.º O certificado de registro de arma de fogo será expedido pela Polícia Federal e será precedido de autorização do SINARM.

§ 2.º Os requisitos de que tratam os incisos I, II e III do art. 4.º deverão ser comprovados periodicamente, em período não inferior a 3 (três) anos, na conformidade do estabelecido no regulamento desta Lei para a renovação do Certificado de Registro de Arma de Fogo.

Mas o que se pretende é tratar especificamente da *posse irregular (ou ilegal) de arma*, tanto de uso permitido quanto restrito.

Assim, a discussão do trabalho limita-se aos tipos penais, todos da Lei de Desarmamento, do art. 12 (*possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa*), da 1ª figura do art. 16, *caput* (*possuir [...] arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar*), e da 2ª figura de seu parágrafo único, inciso IV (*[...] possuir [...] arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação*

raspado, suprimido ou adulterado), ou seja, daqueles tipos penais que se referem à posse de arma de fogo, acessório e munição, independentemente da classificação que se dê a eles – de uso permitido, proibido ou restrito –, e o reflexo sobre cada um deles das disposições constantes dos artigos 31 e 32 da Lei do Desarmamento.

2. Breves considerações sobre os artigos 31 e 32 da lei do desarmamento

Como o objeto central do estudo são os artigos 31 e 32 da Lei n. 10.826/03, é cabível fazermos algumas observações iniciais sobre as principais diferenças e semelhanças entre eles. Para tanto, primeiramente segue a transcrição de referidos artigos:

Art. 31. Os possuidores e proprietários de armas de fogo adquiridas regularmente poderão, a qualquer tempo, entregá-las à Polícia Federal, mediante recibo e indenização, nos termos do regulamento desta Lei.

Art. 32. Os possuidores e proprietários de arma de fogo poderão entregá-la, espontaneamente, mediante recibo, e, presumindo-se de boa-fé, serão indenizados, na forma do regulamento, ficando extinta a punibilidade de eventual posse irregular da referida arma.

Essas duas figuras – dos artigos 31 e 32 – têm em comum três pontos principais. O primeiro é que suas disposições destinam-se aos possuidores e proprietários de arma de fogo e, portanto, não se referem ao porte, mas apenas à posse de arma de fogo. Na lição de Marcão,

possuir significa ter em seu poder, à disposição, em condições de fruição. Para possuir não é preciso que o agente seja o proprietário da arma, acessório ou munição. Basta possuir, a qualquer título, ainda que por breve período. É preciso não confundir o conceito de possuir com o de portar (MARCÃO, 2009, p. 129).

O segundo ponto em comum é o fato de ambos os dispositivos tratarem da entrega de armas à Polícia Federal. Por último, tanto em relação ao artigo 31 quanto ao 32, cabe ao Decreto 5.123/2004, que regulamenta a lei, tratar dos aspectos referentes à indenização nos casos de entrega.

Mas obviamente há entre tais figuras algumas diferenças – caso contrário não se justificaria ocuparem dois artigos –, as quais passamos a apontar, com o fim de facilitar o entendimento quanto ao objetivo do trabalho.

Quanto à origem da arma – a primeira observação cabível é quanto à origem da arma. O artigo 31 destina-se a armas de fogo adquiridas regularmente, diferentemente do artigo 32, que não traz qualquer restrição, o que nos permite, a princípio, entender que por ele está abrangida a posse de qualquer arma. Observe-se: “art. 31. Os possuidores e proprietários de *armas de fogo adquiridas regularmente* poderão [...]” e “art. 32. Os possuidores e proprietários de *arma de fogo* poderão” (grifo nosso).

Quanto ao prazo para entrega – a redação do artigo 31 autoriza que as armas adquiridas regularmente possam ser entregues a qualquer tempo; por outro lado, a lei não traz prazo para os possuidores das armas tratadas no artigo 32. Vejamos: “art. 31. Os possuidores e proprietários de armas de fogo adquiridas regularmente poderão, a qualquer tempo, entregá-las à Polícia Federal [...]” e “art. 32. Os possuidores e proprietários de arma de fogo poderão entregá-la, espontaneamente” (grifo nosso).

Quanto à voluntariedade da entrega – há, no artigo 32, a peculiar exigência de que a entrega seja espontânea.

Quanto à expressa menção à extinção de punibilidade – a atual redação do artigo 32, em sua última parte, é explícita em afirmar que haverá a extinção de punibilidade, quanto ao eventual crime de posse irregular de arma de fogo, dos possuidores e proprietários que se enquadrem em seus dispositivos, ou seja, daqueles que, espontaneamente, entregarem armas que tenham em sua posse. Tal disposição faltou no artigo 31.

3. As constantes alterações do artigo 32

Podem causar estranheza duas afirmações feitas no final do capítulo anterior, quais sejam: a) de que o artigo 32 não faz restrição a qualquer tipo de arma; e b) de que este mesmo artigo não estipula prazo algum para a entrega. Mas essa conclusão é plenamente viável, principalmente se analisadas as alterações legislativas sofridas pelo dispositivo legal desde a entrada em vigor da lei.

Para reafirmar essa ideia basta verificar que a redação original do artigo 32 não só restringia o campo de sua aplicação, ao referir-se a armas não registradas, como também estipulava um prazo, 180 (cento e oitenta) dias, para a entrega dessas armas. Vejamos:

Art. 32. Os possuidores e proprietários de armas de fogo *não registradas* poderão, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação desta Lei, entregá-las à Polícia Federal, mediante recibo e, presumindo-se a boa-fé, poderão ser indenizados, nos termos do regulamento desta Lei. (Vide Lei nº 10.884, de 2004) (Vide Lei nº 11.118, de 2005) (Vide Lei nº 11.191, de 2005) (grifo nosso).

Esse prazo de 180 (cento e oitenta) dias foi prorrogado, e é disso que tratam as citações vindas entre parênteses ao final do artigo acima transcrito – da extensão do prazo para entrega, que, primeiro, prorrogou-se até 23 de junho de 2004, condicionando o início da contagem à publicação do regulamento. Num segundo momento, com a Lei n. 11.118 de 2005, o prazo foi prorrogado até 23 de junho de 2005. Ainda em 2005, houve nova alteração com a Lei n. 11.191, desta feita apontando como 23 de outubro de 2005 o limite temporal para a entrega.

Já em posterior redação, vinda com a Medida Provisória n.º 417 de 2008, o artigo não só teve suprimida a expressão *não registradas*, que qualificava as armas de fogo, como também deixou de especificar prazo para a entrega. Como se vê: “art. 32. Os possuidores e proprietários de armas de fogo poderão entregá-las, espontaneamente,

mediante recibo e, presumindo-se de boa fé, poderão ser indenizados”.

Por fim, a Lei n. 11.706 de 2008 praticamente manteve a redação anterior, apenas acrescentando a disposição quanto à extinção de punibilidade.

É, a nosso ver, a partir da supressão do prazo e da expressão *não registradas* que o artigo 32 começa a ser alvo de questionamentos. Não se pode esquecer, porém, que tanto a medida provisória quanto a lei posterior que alteraram o Estatuto do Desarmamento continuam, sim, a trazer prazo, mas para registro de armas, no artigo 30, e não mais para entrega. E nisso a redação dos artigos é muito clara.

4. A problemática interpretação do artigo 32 e a absorção do artigo 31

Embora a entrega de armas tratada pelo artigo 32, como acabamos de ver, tenha deixado de estabelecer prazo, alguns aplicadores do direito vinculam-na ao prazo que continua existindo no artigo 30, que se refere ao registro de armas e que foi prorrogado recentemente, em 2009, até 31 de dezembro de 2009. Parece-lhes, assim, que a previsão legal quanto à entrega de armas é um reflexo da que trata do registro.

Discordamos desse entendimento, por não vislumbramos atualmente qualquer liame entre as duas figuras – uma trata do registro e outra da entrega. Não há dúvida de que o ato da entrega pode ser concretizado a qualquer tempo, tendo em vista que o artigo 32 deixou de estipular um limite temporal.

Também não é razoável que se defenda que a permissão da lei para entrega das armas em estado de posse irregular estende-se somente às armas de uso permitido e que, assim, estejam excluídas as de uso proibido ou restrito e as que têm numeração, marca ou qualquer sinal suprimidos, raspados ou adulterados. Essa ideia levaria a concluir que as alterações legislativas vindas a partir da Medida Provisória 417 de 2008, embora tenham modificado a redação, mantiveram o espírito inicial do art. 32.

Pelo contrário, a nova redação do artigo não mais traz restrições quanto à espécie ou origem das armas. É aplicável atualmente a qualquer armamento e sua entrega pode ser feita a qualquer tempo.

Afinal, um dos propósitos dessa permissão é desarmar a população como um todo e, portanto, não haveria sentido em estimular a entrega apenas os possuidores e proprietários de armas de uso permitido, desestimulando, por outro lado, aqueles que possuam ou sejam proprietários de armas de uso proibido ou restrito. Seria, sim, um estímulo a permanecerem na clandestinidade e ilegalidade.

Vale lembrar que como a lei, nos artigos 12, 14, 16, 17 e 18, equiparou arma, acessório e munição, o mais aceitável é que também o teor do artigo 32, embora nada disponha sobre acessório e munição, estenda-se a eles. Haveria uma incoerência em se oferecer um benefício ao possuidor ou proprietário de arma, mas negá-lo quanto à posse de acessório ou munição.

Todas essas afirmações nos levam a concluir que o artigo 32, mais abrangente, absorveu o artigo 31, mais restrito (a restrição se encontra na exigência do artigo 31 de que as armas tenham sido adquiridas regularmente). Com isso, pode-se dizer que hoje o artigo 31, por estar contido no dispositivo seguinte, o artigo 32, não tem aplicação.

Provavelmente o artigo 31 represente uma norma apenas provisoriamente inócua, porque, em vista do ritmo de alterações vivido pela Lei do Desarmamento, não será de estranhar que ocorram novas modificações, quem sabe restabelecendo um prazo para a entrega das armas. Nesse caso, supondo-se que o legislador volte a atribuir prazo, a absorção do artigo 31 pelo 32 deixará de existir, e aquele reassumirá sua condição de dispositivo mais benéfico, como o era na redação original da lei, por permitir que a entrega das armas regularmente adquiridas se dê a qualquer tempo.

5. A extinção da punibilidade como efeito jurídico do artigo 32

As disposições permissivas trazidas pelo artigo 32, desde a entrada em vigor da Lei do Desarmamento, trouxeram uma grande discussão quanto a seus efeitos jurídicos. O possuidor ou proprietário de armas beneficiado pelo prazo para a entrega teria afastada de sua conduta a tipicidade ou a punibilidade? O que encontramos é quase uma unanimidade de opiniões de juristas e doutrinadores, que apontam a atipicidade como resposta. Para Nucci (2009, p. 107), o que ocorre é uma *abolitio criminis* temporária. Marcão, comentando o crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido, sustenta que

durante o período de prorrogação dos prazos em que o legislador houve por bem permitir a regularização da posse de arma de fogo, nos termos da regulamentação, a conduta de possuir ou manter sob guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda, no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa, não pode ser considerada ilícito penal (2009, 21-22).

Mas esse entendimento atualmente merece ser revisto, porque o legislador preencheu a lacuna antes deixada à interpretação ao inserir na redação do artigo 32 que haverá a extinção da punibilidade daquele que, possuindo irregularmente arma de fogo, venha a entregá-la. Parece mesmo mais adequado falar-se, nessa hipótese, em ausência de punibilidade, em vez de falta de tipicidade (em razão de *abolitio criminis* ou de outra causa), ou de ilicitude, como se verá.

Sobre a natureza da punibilidade não se chegou, por enquanto, a um consenso. Tradicionalmente a teoria do crime o situa como algo externo ao crime, que é consequência dele na hipótese de ser o agente culpável. Em tal sentido, a punibilidade não aperfeiçoa o delito.

Mas não se deve ignorar a existência de respeitáveis opiniões, lembrando que há, na legislação, a previsão de inúmeras circunstâncias das quais depende o exercício do *jus puniendi*, que se situam ora na sequência lógica da própria ação criminosa – como é o caso do resultado danoso da conduta descrita no art. 164 do CP –, ora em elementos inteiramente independentes, como sucede na hipótese do art. 7º, § 2º, “b” e “c”, do CP.

É isso que fundamenta a opinião de alguns juristas no sentido de que não faz sentido falar em crime se não existir possibilidade de punição, caso em que advogam a inclusão da punibilidade dentro do conceito de delito, ao lado da tipicidade e da ilicitude. É o que postula Marcelo Fortes Barbosa, ao assinalar que “não se poderia falar em punibilidade do fato, porque não o fato, mas o crime é que é caracterizado pela punibilidade” (1974, p. 139). Nessa linha de raciocínio, e falando especificamente daqueles tipos penais em que há exigência de uma condição superveniente para viabilizar o *jus puniendi*, continua o mesmo autor, citando Remo Pannain, Manzini e outros, “o momento consumativo seria, pois, o da superveniência da condição de que depende o fato punível em sua existência” (1974, p. 139).

Pode-se elencar, na realidade, um sem número de categorias de circunstâncias que condicionam a imposição de pena e até mesmo aquelas que a impedem, que são as chamadas escusas absolutórias, de que são clássicos exemplos o disposto nos artigos 181 e 348 do CP. De toda maneira, parece evidente que o fato representado pela entrega da arma, como previsto no artigo 32 da Lei n. 10.826/03, é condição impeditiva da punibilidade sobre o eventual crime de posse ilegal de arma de fogo, a significar que, estando presente, não se punirá a conduta de quem, por determinado período, possuiu o instrumento de forma ilícita.

Assim é que se apresenta mais correto considerar que a entrega da arma irregularmente possuída, fato posterior à conduta típica, configura circunstância que atua sobre a punibilidade, afastando-a.

Se, como pensam alguns, o crime subsiste íntegro, faltando somente a consequência da concretização da pena, ou se, como para outros, não se pode falar em crime quando a punição for inviável, dizer simplesmente que a punibilidade está afastada pela ocorrência da hipótese prevista no citado artigo 32 parece uma fórmula genérica, mas indubitavelmente adequada.

6. *Extinção da punibilidade e flagrante*

Quanto à extinção da punibilidade do crime de posse de armas ou munições, vigoram naturalmente as causas extintivas previstas no Código Penal, no art. 107, além de outras específicas, como aquela do art. 32 do estatuto repressivo ora tratado. Assim, constituem causas extintivas: a morte do agente, a prescrição, a *abolitio criminis*, a anistia etc. Ao lado delas, a *entrega espontânea da arma de fogo, por seu possuidor ou proprietário*, como visto.

É preciso, definitivamente, fixar o sentido dessa circunstância. Ao dispor que o possuidor de armas pode entregá-las a qualquer tempo, a norma tornou impunível a posse, já que, no instante em que o possuidor desejar fazer a entrega, poderá fazê-lo sem risco de recair sobre ele a sanção penal. Quer isso dizer – tenha ou não sido esta a vontade do legislador – que desde a posse, a conduta já é impunível, visto que não teria cabimento uma interpretação que pretendesse ver na posse *antes da entrega* um fato sobre o qual atua uma punibilidade sujeita a uma condição resolutiva, com data certa

para ocorrer, dependendo da vontade do possuidor².

A questão que se coloca, então, é aquela relacionada com a possibilidade de atos restritivos, típicos da persecução penal, em face de fato cujo agente seja impunível. Fala-se especificamente da prisão em flagrante. A solução obrigatoriamente é no sentido de que não é possível essa medida contra o possuidor de armas de fogo, tendo em vista que a sua punibilidade extinguiu-se, por força do art. 32 do Estatuto do Desarmamento, e que a extinção abrange *todo o tempo* em que perdure a posse ilegal. Ilegal, mas impunível.

Isto porque a prisão em flagrante constitui medida à qual forçosamente se segue a lavratura do auto, sendo este um ato formal que dá início ao inquérito policial, configurando, ao lado do requerimento do ofendido, da requisição de autoridades competentes e da portaria do delegado, nas infrações de ação pública (art. 5º do CPP), maneira de deflagrar a atividade persecutória, tendente a municiar o promotor para futuro oferecimento da denúncia³.

São – o auto de prisão em flagrante e o inquérito – todos eles atos instrumentais, quer dizer, que existem em função de uma finalidade externa a eles. No caso, para dar sustentação ao início da ação penal. Assim, o auto de flagrância, decorrência obrigatória da prisão em flagrante, e o próprio inquérito, não constituem uma finalidade em si mesmos, só se justificando a sua presença em face da possibilidade da válida instauração de uma futura ação penal.

Claro que não há tampouco que falar em ação penal diante de agentes impuníveis, salvo a hipótese de inimputabilidade, justificadora de medida de segurança, caso em que nem se falará de impunibilidade, mas de ausência de culpabilidade.

Ante o fato, ou o agente, relativamente aos quais a lei deu por extinta a punibilidade, faltará ao titular da hipotética ação penal, *interesse em agir*, desatendendo-se, de tal maneira, a exigência de que estejam presentes as condições da ação penal, motivo pelo qual uma eventual denúncia deverá ser rejeitada, com base no art. 395, II, do CPP.

Isso quer dizer que o titular da ação penal não tem razão para movimentar o juízo criminal, pois estará em busca de algo que não poderá obter. Essa desnecessidade de provocação do juízo leva a concluir que falta ao titular da ação o mínimo interesse

² Acerca das chamadas condições resolutivas, disserta Washington de Barros Monteiro, no sentido de que [...] as condições podem ser [...] resolutivas, [...], quando [...] tenham por fim extinguir, depois do acontecimento futuro e incerto, o direito criado pelo ato." Fala-se aqui dos atos jurídicos e é cabível a analogia do direito mencionado com a punibilidade, ou *jus puniendi* (Curso, 1975, v. 1, p. 231).

³ Sobre a obrigatoriedade do auto, em seguida à prisão em flagrante, Espínola Filho mostra-se categórico: "Deve assinalar-se ser, sempre, indispensável a lavratura do auto de flagrante, ainda quando, pelas declarações do condutor, das testemunhas, do indigitado ofendido e do preso, entenda a autoridade policial que este não praticou infração alguma; [...] Mas a autuação em flagrante, eis que houve a prisão, é uma providência inevitável, no nosso entender; em primeiro lugar, porque o art. 17 proíbe terminantemente arquivar a autoridade inquéritos [...]" (Código, 1965, v. 3, p. 348).

em atuar no sentido de propor a instauração de um processo, considerando que tal processo hipotético não resultará na imposição de pena ao agente, mesmo que se provem os fatos e as circunstâncias que forem contra si alegadas.

Desponta, assim, entre as condições da ação, a noção do chamado interesse de agir, significando que, como a ação é o meio adequado, necessário e suficiente para a concretização do *jus puniendi*, do qual o Estado é o titular, o agente estatal legitimado para perseguir esse objetivo, que, no caso da ação penal pública, é o Ministério Público, irá provocar o juízo, oferecendo denúncia contra o agente do delito. Significa, em outros termos, que o titular da ação tem interesse em agir, pois esse agir é o meio apropriado para a materialização do direito de punir.

Mas se não há possibilidade de punição, porque ausente a punibilidade, claro que não haverá, para o titular da ação, interesse em agir, ou seja, em provocar o juízo, já que previamente se sabe que tal provocação não será capaz de resultar numa punição, ainda que demonstradas tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

Constituindo a prisão em flagrante – e o auto respectivo, que a autoridade policial está obrigada a lavrar – elemento instrumental para dar início à investigação, e sendo esta, por sua vez, instrumento para viabilizar a ação penal, faltam requisitos para a prisão em flagrante quando estiver excluída a punibilidade do agente de determinado fato típico e antijurídico. Isto porque o objetivo da prisão em flagrante é o início de obtenção das informações tendentes a fundamentar a ação penal. Assim é que Vicente Greco Filho, embora chamando as informações de *prova*, afirma que “duas são as justificativas para a existência da prisão em flagrante: a reação social imediata à prática da infração e a captação, também imediata, da prova” (GRECO FILHO, 1999, p. 266). Note-se que a conjunção *e* indica a necessidade da reunião *das duas justificativas*. Ora, não havendo possibilidade de ação penal, nem, conseqüentemente, necessidade de produção de prova, não subsiste razão alguma para a prisão em flagrante, a dar ensejo a um auto sem qualquer razão para existir.

Por último, e para argumentar com os fundamentos utilizados por quem pensa ser a punibilidade elemento do próprio crime, maior razão ainda haverá para afastar a possibilidade da prisão em flagrante quando extinta aquela, pois nem mesmo se estará diante de uma infração penal.

7. Conclusão

A nova lei de armas, Lei n. 10.826/03, veio atribuir ao Estado maior controle sobre a circulação de armamento e, com isso, restringir tal circulação. A posse de arma foi um dos alvos da norma em comento, que tratou também da possibilidade de entrega de armas pela população.

Mostra-se evidente que o principal intuito do legislador, ao criminalizar a conduta de possuir arma de fogo de forma ilegal ou irregular e, ao mesmo tempo, conceder prazo para entrega de armas nessas condições, foi o de desarmar a população e, assim, conter a criminalidade.

Partindo dessa premissa, outro não pode ser o entendimento senão o de que

tal política de desarmamento destina-se à retirada de circulação tanto das armas de uso permitido quanto das de uso proibido ou restrito, posição justificável principalmente pelo fato de que a posse destas últimas (de uso proibido e restrito) reveste-se de maior reprovabilidade e até mesmo periculosidade – basta analisar a pena cominada aos crimes relacionados a armas de uso restrito ou proibido.

A nova redação do artigo 32 da Lei do Desarmamento é o ponto chave para tal afirmativa. Ela, que antes prescrevia prazo para entrega e estendia sua aplicação a alguns tipos de armas apenas, não mais traz restrições quanto à natureza ou origem do armamento a ser entregue e, mais que isso, não estabelece qualquer prazo para o ato. Conclui-se, portanto, que suas disposições aplicam-se a quaisquer armas, que podem ser entregues a qualquer tempo, e que, por isso, absorvem as determinações do artigo 31, de aplicação restrita às armas adquiridas regularmente.

Aspecto de maior destaque é a evidência de que a entrega da arma, como prevista no artigo 32 da Lei n. 10.826/03, é condição que afasta a possibilidade de punição do autor de eventual crime de posse irregular ou ilegal de arma de fogo, configurando, assim, circunstância que atua sobre a punibilidade.

Independentemente de se considerar configurado o crime de posse de arma ou, pelo contrário, de se entender que não se pode falar em crime quando a punição for inviável, o fato é que a punibilidade sempre estará afastada pela ocorrência da hipótese prevista no citado artigo 32 da Lei n. 10.826/03.

Uma das principais consequências dessa ausência de punibilidade é a impossibilidade de prisão em flagrante do possuidor de arma, pois o auto de prisão em flagrante que a autoridade estará obrigada a lavrar dará início a uma persecução penal injustificada, já que falta condição para o exercício da ação penal, por seu titular, uma vez que destituído de interesse de agir, porquanto o *jus puniendi* jamais poderá ser concretizado. Nessa hipótese, a eventual prisão, por abusiva, deverá ser relaxada pelo juízo e, conforme o caso, poderá configurar crime de abuso de autoridade.

Ana Paula Jorge é mestranda em Direito (Unitoledo, Araçatuba/SP), professora universitária assistente, e oficial de promotoria do Ministério Público do Estado de São Paulo. e-mail: ana_p_jorge@hotmail.com

Plínio Antônio Britto Gentil é doutor em Direito das Relações Sociais (PUC-SP), doutor em Fundamentos da Educação, pesquisador em Educação e Direito (UFSCar), professor do Programa de Mestrado em Direito da Unitoledo, Araçatuba/SP, procurador de justiça no Estado de S. Paulo. e-mail: pabgentil@pucsp.br

Referências

BARBOSA, Marcelo Fortes. Condições objetivas de punibilidade, in *Revista Justitia*, São Paulo: Procuradoria Geral de Justiça/Associação Paulista do Ministério Público, 2º tri-

mestre de 1974, v. 85, p. 139.

BARROS MONTEIRO, Washington. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1975.

BRASIL. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003.

Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 13 de maio de 2009.

_____. Decreto nº 5.123, de 1º de julho de 2004.

Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 13 de maio de 2009.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade (1ª parte). In *Revista dos Tribunais*. São Paulo, abril de 1997, n. 738, p. 741-750.

_____. Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade (2ª parte). In *Revista dos Tribunais*. São Paulo, maio de 1997, n. 739, p. 753-761.

_____. Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa, in *Revista dos Tribunais*. São Paulo, junho de 2000, n. 776, p. 440-452.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1999.

MARCÃO, Renato. *Estatuto do desarmamento*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MASCARO, Alysson Leandro Barbate. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de direito penal*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. *Brevíssima passagem pelo desarmamento civil*. Disponível em <<http://www.apmp.org.br>>. Acesso em 03.05.2009.

PRADO. Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

A proteção dos direitos humanos fundamentais e a investigação criminal realizada pelo Ministério Público Brasileiro

*The protection of human rights and the criminal investigation conducted
by the Brazilian Prosecuting Counsel*

ANARDA PINHEIRO ARAÚJO
NATÁLIA LUIZA ALVES MARTINS

Resumo: Análise sobre a possibilidade de investigação criminal direta pelo Ministério Público. Relata o modelo processual afeto à investigação criminal, bem como sua finalidade. Trata da não-exclusividade da polícia na condução de investigações criminais. Expõe a atividade investigativa ministerial, citando as medidas investigatórias em espécie. Identifica a violação constante dos Direitos Humanos no Brasil. Afirma a credibilidade dos trabalhos desenvolvidos pelo Ministério Público. Legislação fundamentadora do tema. Limites constitucionais impostas à função investigativa. Informa os Tratados Internacionais assinados em favor da proteção dos direitos humanos fundamentais. Expõe a opinião da ONU em relação ao tema. Conclui ser perfeitamente possível e compatível com sua finalidade constitucional a atuação do Ministério Público brasileiro na investigação criminal de forma direta como meio necessário à proteção aos direitos humanos no Brasil.

Palavras-chave: Ministério Público. Investigação Criminal. Fundamentos e limites constitucionais.

Abstract: Analysis of the possibility of direct criminal investigation by the Public Attorney. The article reports the procedural model subjected to the criminal investigation, as well as its objective. It analyzes the non-exclusivity of the police in conducting criminal investigations. It exposes the ministerial investigative activity, citing the investigative measures in kind. It identifies the constant violation of human rights in Brazil, and affirms the credibility of the work undertaken by the Public Attorney. It shows the constitutional limits imposed on the investigative function, and informs the international treaties signed in favor of protecting fundamental human rights. It demonstrates the opinion of the UN in relation to the subject. The conclusion is that the performance of the Prosecuting Counsel in a criminal investigation in a straightforward manner as a necessary means to protect human rights in Brazil is quite possible.

Keywords: Prosecuting Counsel. Criminal investigation. Foundations and constitutional limits.

Introdução

A Constituição Federal brasileira conferiu à Polícia Judiciária as funções inerentes a esta e a apuração de infrações penais, exceto as militares, conforme seu artigo 144,

§4º. Porém, atualmente, surge a seguinte indagação: o órgão policial é o único legitimado para realização de investigações criminais?

É de notório saber que os direitos humanos, no Brasil, vêm sendo constantemente violados e as investigações desvirtuadas favorecendo os abusos cometidos contra os direitos fundamentais do homem. Se os direitos humanos se fundamentam na preservação da vida, em seu aspecto físico, moral e social, toda e qualquer investigação deve impedir transgressões a essas prerrogativas fundamentais.

Nesse sentido, elege-se o Ministério Público brasileiro como instituição legítima na condução direta de investigações criminais, com a finalidade de se fazer observar os direitos humanos em questão. A sua fundamentação constitucional encontra-se nos artigos 127 e 129 da Constituição Federal, além de estar devidamente regulamentado pela Lei Complementar 75/93, Lei 8.625/93 e a Resolução número 13 de 2003 do Conselho Nacional do Ministério Público. Dispõe, ainda, o estudo, sobre os fundamentos e limites constitucionais afeitos ao Ministério Público como agente investigador direto da investigação criminal, identificando a posição do Supremo Tribunal Federal em relação à questão ora estudada.

1. A proteção aos direitos humanos e o modelo processual penal brasileiro

Sabe-se que os direitos humanos garantem uma convivência digna e igualitária do homem em sociedade. Diante disso, por meio de seu conceito histórico-social, revela como necessidade básica a preservação da vida, da integridade pessoal e da proteção de qualquer lesão sofrida. Por isso a necessidade de uma investigação, julgamento e execução da pena compatíveis com a preservação do princípio da dignidade humana.

Para a preservação dos direitos humanos é necessária a existência de meios efetivos para tanto, até porque uma de suas características é a inviolabilidade. Ou seja, os direitos humanos não podem ser desrespeitados por quaisquer atos, inclusive de autoridades públicas, as quais estão sujeitas à responsabilização administrativa, cível e penal.

O Brasil, de fato, adota o sistema acusatório no que se diz respeito ao sistema processual penal. Tal modelo informa que as funções de acusar, defender e julgar devem ser distribuídas a sujeitos distintos a fim de que se preservem os fundamentos de um Estado Democrático de Direito, pois são observados os princípios da imparcialidade do juiz, do contraditório, da ampla defesa, da igualdade das partes, da publicidade dos atos, da oralidade, do devido processo legal e do juiz e promotor natural. Portanto, neste modelo processual penal, a instrução preliminar, ou seja, a investigação criminal, fica sob a responsabilidade de outros órgãos distintos ao julgador.

Diante do modelo processual penal acusatório adotado surge a necessidade de colheita de elementos de convicção que devem instruir a propositura de uma ação penal. Para tanto a Constituição Federal em seu artigo 144 atribuiu à polícia a função de investigação das infrações penais por meio dos inquéritos policiais e dos termos circunstanciados de ocorrência. Contudo é importante ressaltar que tal modelo processual é totalmente compatível com a investigação por outros órgãos distintos do policial, por

não se tratar de uma função exclusiva da polícia, já havendo inclusive órgãos incumbidos de investigar determinados fatos, como por exemplo a Receita Federal, o IBAMA, as Comissões Parlamentares de Inquérito, entre vários outros.

Em contrapartida, surge uma instituição a quem a Constituição Federal incumbiu a defesa da ordem jurídica, do regime democrático de direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis: o Ministério Público Brasileiro.

2. A realização de investigações criminais pelo ministério público brasileiro

Se o Ministério Público age como guardião dos princípios da ordem democrática, num Estado Democrático de Direito, nada mais justo que este possa desempenhar função investigativa criminal, pois estaria desempenhando da forma mais ampla possível o seu mister constitucional.

Entre as funções cometidas ao Ministério Público pode-se destacar a promoção, privativa, da ação penal pública, o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços públicos, a promoção do inquérito civil e a ação civil pública, exercício do controle externo da atividade policial, requisição de diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, expedição de notificações nos procedimentos administrativos de sua competência e exercício de outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade, conforme depreende-se do artigo 129 da Constituição Federal.

Portanto, considerando os princípios do sistema acusatório penal, pode-se verificar a compatibilidade da realização da investigação criminal com as atribuições previstas pela Constituição Federal de 1988 a este órgão. Ora, seria arcaico ainda pensar que o membro do Ministério Público é órgão acusador por natureza. A função do Ministério Público está na descoberta da verdade e na fiscalização da lei. Isso significa que o promotor de justiça não existe para condenar e, sim, para buscar a verdade material do fato. Nesse sentido, quando convicto da materialidade e autoria do crime, denuncia. Quando não, ele mesmo clama pela inocência do réu. Diante disso, não se pode dizer que a investigação criminal realizada pelo órgão fere o princípio do sistema acusatório sob a justificativa de que este seria o acusador nato do caso. Não há, pois, impedimentos para que o Ministério Público se utilize de procedimentos investigatórios com a finalidade de angariar elementos para o seu convencimento e, assim, propor a ação penal correspondente.

Essa fundamentação ainda se baseia no princípio do promotor natural: o Ministério Público somente pode se fazer presente em um caso concreto, quando tiver sua atribuição previamente fixada para tanto. Deste modo evita-se o chamado “promotor de exceção”. É análogo ao princípio do juiz natural (art. 5º XXXVII). Seu fundamento constitucional está no artigo 5º, LIII, pois é o *parquet* o responsável pelo ajuizamento das ações penais públicas. Não basta apenas que o acusado venha a ser condenado por autoridade competente, mas que também seja processado por autoridade igualmente competente.

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal se posicionou sobre o reconhecimento e definição do princípio ora estudado:

STF – o postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e predeterminados (sic), estabelecidos em lei (STF – HC nº 67.759/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ 150/123, RTJ 148/181, 2009, online)

Contudo, convém salientar que em outras oportunidades o mesmo Tribunal se posicionou de maneira diversa. Como se sabe, as divergências levam a uma construção democrática do direito

Já quanto à sua atribuição investigativa, pode-se ressaltar que a Constituição Federal em seu artigo 127 traduz que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático de direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Se a esta Instituição incumbe o dever de proteger o Estado Democrático de Direito, esta função deve ser revestida de todos os meios necessários para tanto: “Defender um Estado Democrático de Direito nem de longe pode ser um conceito vazio; o significado material desse novo paradigma de Estado é que deve nortear a atuação da instituição ministerial” (STRECK e FELDENS, 2007, p. 113).

Com base nas funções conferidas ao Ministério Público é que se pode entender a função investigativa da Instituição. Tal investigação se faz necessária quando da perturbação de um bem jurídico que a própria Constituição confiou sua proteção ao Ministério Público, como ensina, com mestria, o Excelentíssimo Senhor Ministro do STF, Joaquim Barbosa em voto proferido no Inquérito nº 1.968-2/DF:

O que autoriza o Ministério Público a investigar não é a natureza do ato punitivo que pode resultar da investigação (sanção administrativa, cível ou penal), mas, sim, o fato a ser apurado, incidente sobre bens jurídicos cuja proteção a Constituição explicitamente confiou ao Parquet. Inq. 1.968-2/DF. STF.

Portanto, deve-se entender que tal função investigativa decorre da própria tarefa ministerial que presta à administração da justiça, como bem menciona Edílson Mougenot Bonfim:

Uma descrição de todos os posicionamentos existentes permite a conclusão de que a condução das investigações pelo Ministério Público é admissível, desde que se pense na execução dessa tarefa como equivalente funcional que o próprio órgão ministerial pres-

ta ao sistema de administração da justiça, no qual a polícia judiciária também desenvolve atividade investigativa por excelência (2008, p. 141).

O artigo 4º, parágrafo único do Código de Processo Penal dispõe que a apuração de infrações penais pela polícia não exclui a de autoridades administrativas a quem a lei dite tal função. Para tanto, é necessário entender que o Ministério Público por ser regido por normas próprias, com funções constitucionalmente elencadas, age como agente político, ou seja, exerce parcela de autoridade. Portanto, não resta dúvida de que, exercendo parcela de autoridade, esteja o Ministério Público incluído no rol de autoridades do citado artigo.

É inconcebível que o órgão detentor da competência para propositura da ação penal pública possa realizar diligências complementares ao inquérito policial ou até mesmo presidir investigações criminais, principalmente quando os crimes envolvam policiais, grandes empresários e agentes públicos. Nesse caso, negar ao Ministério Público o direito de investigar tais crimes é negar a promoção de uma ação penal responsável, já que tais elementos de convicção servem para a construção do convencimento do *parquet* quando da elaboração da denúncia. Quem mais pode saber dos elementos necessários para tal peça senão o próprio Ministério Público? Ora, se o Ministério Público pode requisitar à polícia judiciária diligências investigatórias, bem como instauração de inquérito policial, e deve ser acatado nesse aspecto, por que não poderá ele mesmo realizá-las? É puramente a teoria dos poderes implícitos.

É importante ressaltar, neste ponto, que o Ministério Público não deseja presidir inquérito policial, nem o pode, mas isso não quer dizer que ele não possa realizar procedimentos investigatórios. Afinal, existem grandes diferenças entre investigação criminal e inquérito policial, pois este último é um dos instrumentos pelo qual a polícia se utiliza no procedimento investigativo.

Não quero com isso dizer que o Ministério Público possa presidir o inquérito policial. Não. A própria denominação do procedimento (inquérito policial) afasta essa possibilidade, indicando o monopólio da polícia para sua condução. Ocorre que a elucidação da autoria e da materialidade das condutas criminosas não se esgota no âmbito do inquérito policial, como todos sabemos. Em inúmeros domínios em que a ação fiscalizadora do Estado se faz presente, o ilícito penal vem à tona exatamente no bojo de apurações efetivas com propósitos cíveis. (STF. Inq. Nº 1.968/03. Rel. Min. Marco Aurélio. Voto de Joaquim Barbosa. Julg. 1/set/2004, 2009, online)

Na verdade, a investigação criminal realizada por membro ministerial somente deve ser aplicada quando estritamente necessária. Isso porque deve ser revestida de eventualidade e subsidiariedade ou complementariedade em relação à investigação policial. Por isso mesmo que não se pode dizer que tal investigação estaria usurpando as funções da polícia, até porque desde muito tempo outros órgãos podem realizá-la. Assim, se a ação penal pode estar revestida de outras provas que não as colhidas pela

polícia, por que não naquelas colhidas pelo Ministério Público?

Há diversos dispositivos legais regulamentando a investigação criminal realizada pelo Ministério Público, dentre eles a Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), Lei 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), Resolução de nº 13 do CNMP, além de outras legislações e das disposições constitucionais.

A lei 8.625/93 dispõe em seu artigo 26, I, II e V que o Ministério Público pode instaurar inquéritos civis e procedimentos administrativos pertinentes de caráter preparatório e instruí-los além de promover diligências investigatórias. Com base nisso, o que seria a investigação criminal preliminar senão um procedimento administrativo preparatório da ação penal? Logo, tal artigo parece bastante esclarecedor.

Já o artigo 27, parágrafo único, I e II da citada lei diz que cabe ao Ministério Público a defesa dos direitos assegurados pela Constituição Federal e Constituições Estaduais, recebendo notícias, petições ou reclamações e promovendo as apurações cabíveis para lhes dar a solução adequada além de zelar pela celeridade e racionalização dos procedimentos administrativos. Portanto, torna-se fácil o entendimento da instauração de procedimento criminal pelo Ministério Público quando o bem jurídico a ser tutelado se enquadre dentro do quadro de atribuições institucionais ministeriais.

Portanto, a partir da análise das leis supracitadas, torna-se fácil o entendimento sobre a realização de um conjunto de medidas de natureza investigatória realizada pelo Ministério Público como inquirição de testemunhas, requisição de informações, documentos públicos, perícias, dados sigilosos e até interceptação telefônica e infiltração de agentes, estas últimas, quando permitidas pela autoridade judiciária.

Já no ano de 2006 o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) editou a resolução de número 13 que disciplina a instauração e tramitação de procedimento investigatório criminal no âmbito do *parquet*. Tal resolução regulamenta o procedimento investigatório, ressaltando ser este um conjunto de diligências com o objetivo de preparação da ação penal; contudo, não é condição de procedibilidade para esta, nem exclui a possibilidade de outros órgãos também realizarem a investigação. Além disso, torna-se clara a diferença entre procedimento investigatório e inquérito policial, pois em seu artigo 2º afirma que além de instaurar procedimento investigatório pode o *parquet* requisitar a instauração de inquérito policial.

Todavia, mesmo diante de tantos dispositivos legais, a doutrina e a jurisprudência pátria ainda são divergentes quanto ao tema em debate.

O Supremo Tribunal Federal, no decorrer do tempo, vem reformando suas decisões quanto à possibilidade do membro do Ministério Público investigar na esfera criminal. Em 1999, a 2ª Turma se posicionou pela impossibilidade desse tipo de investigação, informando que o Ministério Público deveria estar limitado às investigações policiais e, se fosse necessário, requisitasse a complementação dessas diligências ao próprio órgão policial. Em 2003, outra decisão, com a mesma fundamentação acima, foi proferida. O Ministro Nelson Jobim, relator do caso RHC nº 81.326/DF, afirmou que ao Ministério Público não eram concedidos poderes investigatórios criminais, devendo, se assim quisesse, requisitá-los a autoridade policial.

No mesmo ano, o Partido Liberal (PL) ajuizou uma ADIN pugnando pela revogação dos artigos referentes à atribuição investigatória do MP da Lei 8.625/93 e da Lei Complementar 75/93. Além disso, a ADEPOL e a OAB também ajuizaram uma ADIN de números 3.806 e 3.836 respectivamente, com a finalidade de que fosse declarada a inconstitucionalidade da resolução de número 13 do CNMP, todas ainda em movimentação no STF.

O palco de discussões sobre o assunto se assentava até 2006 no caso Remi Trinta. Encontrava-se no STF julgamento sobre a denúncia apresentada pelo MPF contra o então deputado do PL/MA sobre a prática de estelionato e suposta fraude contra o SUS. Tal denúncia fora instruída com investigações realizadas pelo próprio Ministério Público. A defesa arguiu que seria necessário um inquérito policial para que o Deputado fosse processado. Contudo, em 2007, com a não-reeleição do candidato, o processo foi remetido à Justiça Federal do Maranhão, tornando o seu julgamento pelo STF prejudicado.

Em decisão recente, a Ministra Ellen Grace, no julgamento do HC 91661/PE em 2009, confirmou que a atribuição investigatória do Ministério Público não exclui a policial, mas que suas diligências são importantes ao cumprimento do dever legal de defesa do cidadão e da ordem democrática:

A questão diz respeito à possibilidade de o Ministério Público promover procedimento administrativo de cunho investigatório. A denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do MPF sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o Código de Processo Penal. Não há óbice a que o Ministério Público requirite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delicti* (STF. HC 91661/PE. Rel. Min. Ellen Grace. Julg. 11 mar. 2009, 2009, online, grifo original)

Embora ainda haja divergência quanto ao assunto, diante de todas as considerações, legais e doutrinárias ora expostas, deve-se levar a efeito o fato de que para ser legítima uma investigação deve ser expressamente prevista em lei e compatível com as atribuições da instituição que a realizar, de modo que se pode entender que o Ministério Público é, sim, legitimado para tanto. Há, pois, previsão legal, como as citadas leis 8.625/93, LC 75/93, resolução nº 13 do CNMP, além do Estatuto do Idoso (L. 10.741/03, art. 74, VI), do Estatuto da Criança e do Adolescente (L. 8.069/90, art. 201, VII), do Código Eleitoral (L. 4.737/67, art. 356, §2º), entre outros. Além de já haver sido confirmada, em vários julgados, pelas Supremas Cortes brasileiras.

Contudo, é válido salientar que tal função, assim como as demais atribuições do *parquet*, encontram-se limitadas pelos princípios constitucionais da legalidade, da eficiência, da fundamentação, da proporcionalidade, do promotor natural e nas cláusulas de reserva jurisdicional.

Tais limitações deveriam ser observadas por toda e qualquer instituição encarregada em investigações criminais, e não apenas pelo fiscal da lei. Entretanto, não obstante isto, no Brasil, os direitos humanos fundamentais são desrespeitados e juntamente com estes, a própria Constituição Federal. Na esfera de investigação criminal, podem ser citados casos desastrosos de desrespeito aos direitos humanos, como o massacre do Carandiru, em 1992, que denegriu a imagem do Brasil no exterior e foi levado à Comissão Interamericana de Proteção aos Direitos Humanos.

Embora o Brasil seja signatário de alguns tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, resultantes da Declaração Universal dos Direitos do Homem, bem como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, dentre outros, ainda nos deparamos com inúmeros casos de agressões a tais direitos.

Sendo o defensor da ordem jurídica, o fiscal da lei por excelência, o Ministério Público sempre se mostrou como forte aliado na luta em prol ao respeito dos Direitos Humanos, combatendo toda e qualquer forma de violação a tais direitos.

Por essa e outras razões a credibilidade do Ministério Público perante a sociedade brasileira é notória e crescente. Isso se deve, também, ao bom trabalho investigativo realizado em grandes casos. Em pesquisa recentemente publicada pelo IBOPE, o Ministério Público aparece na 4ª posição no rol das instituições mais bem acreditadas no país, apenas perdendo para a Igreja Católica, Forças Armadas e a Imprensa. Tal pesquisa apenas reforça o eficiente papel que o Ministério Público vem realizando na apuração de grandes infrações penais que assolam o Brasil.

Conclusão

É bem verdade que a maioria dos doutrinadores se posiciona a favor da possibilidade de o Ministério Público investigar de forma eventual, subsidiária ou suplementar. Isso se deve ao fato de a investigação criminal pelo *parquet* ser revestida pelo princípio da eficiência, ou seja, a investigação por esse órgão se faz presente quando estritamente necessária: quando a investigação policial não for suficiente para tanto ou não possa ser realizada da melhor forma possível ou em uma atuação conjunta do Ministério Público com a instituição policial e outros órgãos com a finalidade de se combater a criminalidade num conjunto de esforços – operações estas chamadas de forças-tarefas.

Na prática verifica-se que as maiores e mais importantes investigações criminais têm obtido sucesso com a atuação conjunta de diversos órgãos. O posicionamento acerca da necessidade de investigação pelo Ministério Pública já foi até mesmo assunto de Congresso Mundial realizado pela Organização das Nações Unidas, que em seu 8º Congresso Mundial realizado no Chile afirmou a importância das investigações reali-

zadas pelo Ministério Público na prevenção de crimes e ressocialização dos delinquentes.

Não resta dúvida: uma instituição que é intitulada de guardiã da Constituição e representante de toda uma sociedade não pode ser esquecida como peça fundamental e eficaz na proteção dos direitos do homem. E um dos meios práticos para tanto é a própria investigação criminal realizada pelo órgão. Um conjunto de esforços entre polícia e Ministério Público no combate à criminalidade é o melhor caminho a ser tomado na proteção dos preceitos constitucionais, dentre eles as prerrogativas inerentes ao homem.

Anarda Pinheiro Araújo é advogada e mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Email: anarda.araujo@hotmail.com

Natália Luiza Alves Martins é advogada e mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Email: braudox@hotmail.com

Bibliografia

ANGELO, Milton. *Direitos humanos*. São Paulo: Led, 1998.

BICUDO, Hélio. *Direitos humanos e ordem constitucional no Brasil*. São Paulo: Ática, 1987.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONFIM, Edílson Mougnot. *Curso de processo penal*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: RT, 2007.

CHOUKE, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: RT, 1995.

LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

MAGALHÃES, Ednéa Teixeira. *A função institucional do Ministério Público e a defesa dos direitos individuais homogêneos*. Fortaleza: Pouchain Ramos, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da Republica Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudên-*

cia. São Paulo: Atlas, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Tutela penal dos interesses difusos e crimes do colarinho-branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação a luz dos valores constitucionais*, in: CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: RT, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Inq. 1.968-2/DF. Voto Ministro Joaquim Barbosa, 2009, *online*.

_____, Pleno, MS 23.452-1/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, decisão de 16-9-1999, 2009, *online*.

_____. HC 91661/PE. Rel. Min. Ellen Grace. Julg. 11 mar. 2009, 2009, *online*.

_____. HC nº 67.759/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ 150/123, RTJ 148/181, 2009, *online*.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal I*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

O ônus da prova no processo administrativo

The burden of proof in the administrative process

BRUNO NUNES DOS REIS
LUIZ CARLOS FIGUEIRA DE MELO

Resumo: O sistema probatório é um dos mais importantes na realização processual conforme as normas jurídicas. É o ponto-base para uma decisão que se ampare na verdade e na realização da justiça. Por isso, adotar regras fixas e inalteráveis pode se tornar um óbice à concretização dos princípios constitucionais. O direito à prova no processo administrativo é consagrado no ordenamento jurídico pátrio, seguindo as mesmas regras civis. Mas verificando a disparidade entre Administração Pública e cidadão, percebe-se que não se pode enrijecer a sistemática probatória, sob pena de ferir o princípio da igualdade. Dessa forma, busca-se avaliar a inversão do ônus da prova no processo administrativo decorrente da presunção de veracidade dos atos da Administração Pública, tendo o processo administrativo como foco principal.

Palavras-chave: Processo administrativo; ônus da prova; presunção de veracidade; atos administrativos

Abstract: The evidence system is one of the most important in the implementation process, according to legal standards. It is the base point for a decision that is supported in truth and in the achievement of justice. Therefore, adopting fixed and unchanging rules can become an obstacle to the implementation of constitutional principles. The right to evidence in the administrative process is enshrined in the legal vernacular, following the same civil rules. But noting the disparity between government and citizens, we find that you can not stiffen the systematic evidence, with the risk of hurting the principle of equality. Thus, we attempt to assess the reversal of the burden of proof in administrative proceedings arising from the presumption of truth of the acts of government, having the administrative process as a main focus.

Keywords: administrative process; burden of proof; presumption of truth; administrative acts.

Considerações Preliminares

O Direito Administrativo teve seu foco voltado por muito tempo para o ato administrativo. Este se revestia de toda a forma de poder e demonstrava a força da Administração Pública. Sua fiscalização e avaliação não tendo efetividade propiciam um arcabouço de atitudes fraudulentas e desrespeitosas com o cidadão.

A ordem jurídica instaurada com a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 mudou esse panorama, ao construir bases sólidas sobre as quais a Administração Pública deve se fundar, respeitando os direitos individuais e a separação de Poderes. Os poderes administrativos não foram retirados, porém, necessitam de se compatibili-

zar com outras formas de expressão do Estado Democrático de Direito, inclusive a fiscalização dos seus atos pelos Poderes Legislativo e Judiciário.

Dessa forma, a diretriz principal do Direito Administrativo desconcentra-se do ato administrativo e se amplia a importância do processo administrativo. Este é uma forma de expressão dessa nova ordem jurídica determinada pela Constituição Federal, pois permite maior controle e gestão sobre os atos da Administração, sem, contudo, retirar-lhe a autonomia de agir.

O processo administrativo é um instrumento importantíssimo para a realização dos direitos e garantias do cidadão frente à Administração Pública. Constitui um conjunto de procedimentos a serem adotados pelas partes, de forma a conferir publicidade e segurança a elas, obedecendo às normas impostas.

Com a efetivação da importância do processo administrativo, surgem algumas questões novas que merecem debate e pesquisa; afinal, trata-se de um processo peculiar, que não pode obedecer fielmente às outras normas processuais que não tiveram como alvo a relação entre Administração Pública e cidadão. Uma dessas questões é o ônus da prova. A codificação civil prescreve uma regra para a distribuição do ônus da prova que até então é usada na seara administrativa, o que não deve ocorrer.

1. O direito à prova no processo administrativo

O processo administrativo, tendo como parâmetro o federal, regido pela Lei nº 9.784/99, assim como o processo judicial, tem no direito à prova um de seus postulados de maior importância. A garantia é constitucional, determinada no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal, e repetida na Lei de Processo Administrativo em diversas passagens, como o art. 2º, inciso III; art. 36; art. 37; dentre outros.

Essa garantia abarca não só o direito do interessado em realizar a produção de provas, mas também de ter as alegações contra ele formuladas, provadas, o que significa uma maior aproximação da Administração Pública com o administrado, bem como o aumento da proteção dos interesses deste, frente ao poderio estatal.

Visualiza-se uma maior atenção ao administrado e suas garantias frente ao Poder Público, deixando o processo administrativo de dar foco apenas na própria Administração e no ato administrativo (GUEDES, 2007, p. 49).

A prova tem um sentido objetivo, qual seja, demonstrar o fato e sua veracidade; e um subjetivo, de convencer o interlocutor a quem a prova é destinada de que se trata de prova confiável, digna de credibilidade.

Porém, esse direito à prova do administrado deve obedecer a dois critérios. O primeiro é que a prova deve ser produzida dentro de um processo administrativo, que obedeça aos requisitos do devido processo legal.

O fato de haver situações de urgência a reclamar pronta atuação estatal não significa que não se deva adotar um devido processo legal, que seja adequado a tais situações, pois a urgência jamais poderia justificar o cometimento de arbitrariedades (NETO, 2008, p. 46).

O segundo critério a ser observado é a necessidade e utilidade da prova. Ou seja, a prova a ser produzida deve ser apta a demonstrar as alegações de seu formulador. Dessa forma, só admite a Lei de Processo Administrativo que sejam recusadas as provas propostas quando ilícitas, impertinentes, desnecessárias e protelatórias (art. 38, § 2º). Exige o dispositivo decisão fundamentada para a recusa desse tipo de provas.

Sendo o direito à prova uma garantia inerente ao contraditório e ampla defesa, Ada Pellegrini Grinover ensina:

Na relação entre contraditório e prova, aquele emerge como verdadeira condição de eficácia desta. Conforme já tive oportunidade de assinalar, tanto será viciada a prova colhida sem a presença do juiz, quanto aquela colhida sem a presença das partes. Daí, inclusive, poder afirmar-se que, ao menos em princípio, não tem eficácia probatória os elementos informativos se a respectiva colheita não contar com a possibilidade real e efetiva de participação dos interessados, em relação aos quais se pretende editar provimento de caráter vinculante e cuja esfera jurídica possa vir a ser atingida (GRINOVER, 2006, p. 8).

Na mesma esteira da doutrina, a jurisprudência tem evidenciado a necessidade de se garantir a ampla defesa e o contraditório dos participantes do processo administrativo por meio da produção de provas. Assim se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

O art. 5º, LV da CF ampliou o direito de defesa dos litigantes, para assegurar, em processo judicial e administrativo, aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Cumpre ao Poder Judiciário, sem que tenha que apreciar necessariamente o mérito administrativo e examinar fatos e provas, exercer o controle jurisdicional do cumprimento desses princípios (BRASIL, STF. RMS 24.823/DF, 2.T, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU 19.05.2006).

Ante o exposto, é possível observar a indispensabilidade de efetivar a ampla defesa e o contraditório por meio da produção de provas por parte do administrado e também da Administração.

2. O ônus da prova

Primeiramente, com o intuito de zelar pela pureza conceitual, é satisfatório distinguir ônus, obrigação e faculdade. A obrigação impõe um dever à pessoa, tendo como consequência de sua não realização uma sanção direta, como no caso do art. 267, II, do Código de Processo Civil. Já o ônus não tem como consequência uma sanção direta pelo seu descumprimento, e sim indireta. Quando não cumprido, há a sujeição quanto aos prejuízos que daí pode advir.

Também não se deve confundir o ônus com a faculdade. Esta dá margem a uma discricionariedade do sujeito, sem que se comine a ele uma sanção, mesmo que indireta.

ta. Se optar por realizar a faculdade, ele busca aumentar suas chances de ver a questão decidida a seu favor; se não a realiza, não sofre penalização, apenas deixa de receber um benefício. É exemplo de faculdade o chamamento ao processo, constante no art. 77 do CPC.

O ônus da prova é a determinação que a parte tem de demonstrar por meio de provas a veracidade e os fundamentos de suas alegações, sob pena de arcar com a sucumbência. A atribuição do ônus da prova no processo administrativo é de relevância clara, visto que é com base nas provas que o julgador deve decidir. Não pode ele simplesmente levar em conta a sua consciência, pois isto fere diretamente o princípio da motivação elencado no art. 2º da Lei n.º 9.784/99. É o ensinamento de Fabiana Del Padre Tomé:

O critério do livre convencimento, considerado em sua acepção técnica, confere liberdade total a quem decide, permitindo que este julgue até mesmo contra as provas dos autos. Não é esse, entretanto, o sistema adotado pelo direito positivo brasileiro, quer na esfera judicial, quer na administrativa. O critério eleito é o da persuasão racional, que não impõe valores tarifados na apreciação de provas, conferindo certa margem de liberdade para decidir, mas exige que esta se dê em consonância com o conjunto probatório constante no processo (TOMÉ, 2005, p. 238).

A regra básica é que o ônus da prova cabe a quem alegou. É o que dispõe o art. 333, I, do CPC e o art. 36 da Lei de Processo Administrativo. Mesmo que esta lei abra uma pequena brecha à regra em seu art. 37, dispondo que a Administração deverá prover de ofício os documentos probatórios que estejam em seu poder, no início do artigo se vê a necessidade de o interessado provocar o órgão para que este obtenha o documento.

2.1. O ônus da prova e o princípio da verdade material

O princípio da verdade material também é consagrado na Lei do Processo Administrativo, como forma de eficiência e legalidade da Administração Pública. Segundo Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, “no processo administrativo o julgador deve sempre buscar a verdade, ainda que, para isso, tenha que se valer de outros elementos além daqueles trazidos aos autos pelos interessados” (FERRAZ & DALLARI, 2007, p. 109).

Esse princípio impõe algumas peculiaridades ao processo administrativo, como: a maior liberdade instrutória por parte do julgador, não sendo inerte à apresentação promovida pelas partes, mas participando ativamente da coleta de provas e da verificação da realidade dos fatos alegados; não se pode falar em confissão ficta ou revelia, até a confissão do particular não é suficiente para dispensar um mínimo probatório necessário à decisão do processo, para comprovar a verdade (ibidem, p. 110).

Porém, a busca da verdade no processo não pode ser sem limites e absoluta. Deve ela obedecer à legalidade e se fazer dentro dos parâmetros processuais. Assim,

com vistas a limitar a atuação inquisitiva da Administração Pública é que a Lei n.º 9.784/99 exige a motivação nas decisões (art. 2.º) e veda a prova ilícita (art. 30), dentre outros. Ou seja, “intervém as regras de direito, colocando um ponto final no procedimento da busca da verdade, limitando-o mediante a imposição de prazos e condições à revisão da decisão proferida” (TOMÉ, *Op. cit.*, p. 195).

Qual a relação do princípio da verdade material com a atribuição do ônus da prova é a pergunta que deve ser esclarecida. Afinal, se o interessado não tiver condições de realizar ampla apresentação probatória, deve a Administração se substituir no lugar dele e realizar todos os atos necessários? A resposta não é simples nem pacífica.

A atribuição do ônus da prova a quem é autor do pedido é uma relação lógica, que acerta no sentido de impedir que o sujeito passivo tenha que provar todos os seus atos simplesmente por ter havido uma alegação de outrem. Porém, esta não é a única forma de distribuição do *ônus probandi*, apesar de ser a principal. Na fixação do encargo de provar:

Ficará a critério político do legislador optar entre fixar previamente mecanismos rígidos ou facultar ao aplicador a possibilidade de definição segundo as peculiaridades de cada situação concreta (...), não existe um parâmetro natural de incidência do ônus da prova ou um critério logicamente uniforme na definição das regras de distribuição (NETO, *Op. cit.* p. 107-110).

Assim, o legislador brasileiro optou pela regra do art. 333, I, do CPC, mas nada impede outras escolhas, a exemplo do art. 6, VIII, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), que determina a inversão do ônus da prova em favor do consumidor quando, “a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”.

A disposição contida no CDC justifica-se quando se leva em consideração a diferença de poderes, especialmente econômicos, do empresário frente ao consumidor. Visualiza-se também na relação entre Administração Pública – administrado uma disparidade de poder sensível, até maior do que na relação de consumo. E frente a essa diferença, não deve ser absoluta a distribuição do ônus da prova conforme a regra básica do art. 36 da Lei n.º 9.784/99.

Estando os particulares sujeitos à imperatividade da atuação administrativa e aos ritos unilateralmente escolhidos e empregados pelos agentes públicos (mormente nos casos em que atua com considerável margem de discricionariedade), cabe à Administração zelar também pelos interesses comprobatórios dos administrados (NETO, *Op. cit.* p. 111).

Não se trata de deixar o administrado esperando que o Poder Público realize todos os atos, afinal, também há interesse daquele na resolução da questão. O que se pretende é uma imposição à Administração Pública de uma “atividade probatória mais

ativa, suficiente à demonstração dos fatos que fundamentam sua atuação restritiva de direitos individuais” (GUEDES, 2006, p. 112).

Essa posição se mostra coerente com o princípio da verdade material. Independentemente de litígio, a verdade real deve ser perseguida (SANTOS, 2006, p. 84). Visto que no processo administrativo, o distanciamento da verdade material “implica na adoção de medidas ilícitas, dúbias e incertas, situação incompatível com a certeza constitucionalmente exigida para a atuação estatal” (CREUZ, 2006, p. 26). Em que pese a coerência e a legitimidade do pensamento dos citados autores, não se deve deixar de lembrar que a busca pela verdade real está pautada e limitada por parâmetros legais positivados e principiológicos, a exemplo dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tratados a seguir.

2.2. Ônus da prova e os princípios da proporcionalidade e razoabilidade

Os dois princípios em tela também estão elencados no art. 2.º da Lei de Processo Administrativo como de obediência obrigatória da administração Pública. Segundo a lição de José dos Santos Carvalho Filho, a razoabilidade é aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor permitam dispor de forma diversa. O que se deve reconhecer é que a atuação se situou dentro de *stantards* de aceitabilidade. Não pode o julgador substituir a valoração do administrador; deve verificar apenas sua legalidade dentro dos parâmetros deste e de outros princípios (CARVALHO FILHO, 2008. p. 31).

Segundo o mesmo autor, a proporcionalidade significa a adequação entre o fim objetivado e os meios utilizados. “Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação realmente reclama a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos” (Ibidem. p. 33). É forma de controle da atuação administrativa, tanto pela própria Administração Pública quanto pelo Judiciário.

Quando se refere ao encargo probatório, os princípios em questão se aplicam para o julgador avaliar o caso concreto e verificar quem pode de forma mais efetiva realizar o exercício de provar. Neste sentido, cabe aqui transcrever a lição de Ivana Maria Airasca:

Frente à dificuldade demonstrativa de certos fatos, é dizer, frente a determinados fatos cuja prova resulta muito difícil ou praticamente impossível, ou de muito difícil acesso à parte que deve apresentá-la em princípio, segundo as regras clássicas de distribuição do ônus da prova, se atenua o rigor probatório, fundado precisamente na dificuldade de obter dita prova, e para atenuar a improba tarefa de produzir o que a doutrina chama de “provas diabólicas”, a fim de não colocar a parte num estado de total indefesa por não poder obter determinadas provas e deixá-la sem nenhuma chance de êxito na solução do pleito (AIRASCA, in: PEYRANO, 2004. p. 133, apud NETO, Durval. *Op. cit.*, p. 139).

Dessa forma, verificando o caso concreto, o julgador analisa se certos fatos nar-

rados merecem ser comprovados pela própria Administração no lugar do particular, seja pela insuficiência deste, seja pela melhor disponibilidade daquela para a realização. O proceder está amparado também pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade quanto pela verdade material. Um exemplo de razoabilidade no texto da Lei de Processo Administrativo é o art. 37, que atribui o ônus de o órgão administrativo julgador obter de ofício os documentos probatórios que se encontram em poder da própria Administração Pública.

3. A presunção de veracidade dos atos administrativos e sua relação com o ônus da prova

A terminologia utilizada para se referir à presunção de que os atos emanados do Poder Público estão em conformidade com a lei e a realidade não é pacífica. Outros termos usados são: presunção de legitimidade, presunção de legalidade e até fé pública. É oportuno destacar que esta última expressão destoa completamente do objeto analisado. Fé pública é o atributo do ato notarial, determinando que a vontade ou o objeto por ele reconhecido é verdadeiro. A força verídica da fé pública é maior do que a da presunção e tem objetivos diferentes: a primeira pretende demonstrar a veracidade para terceiros, enquanto a presunção objetiva permitir a autoexecutoriedade do ato administrativo.

Será utilizada no trabalho a expressão presunção de veracidade, por ser tida como a mais adequada, se referindo especificamente à presunção de acerto dos fatos descritos e apontados como motivadores do ato. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a presunção de veracidade diz respeito aos fatos” (DI PIETRO, 2008, p. 187). Não obstante, é mantida a nomenclatura utilizada por outros autores que aqui são citados.

A presunção de veracidade é um atributo do ato administrativo. Decorre da própria essência da função administrativa, que não pode necessitar de autorização de outro Poder para realizar seus objetivos. Também fundamenta-se na defesa do interesse público, visto que este não poderia ser prejudicado por um interesse particular conflitivo. No mesmo argumento da defesa do interesse público se justifica a continuidade do serviço público, que carece da presunção de veracidade sobre seus atos, pois se assim não fosse, qualquer impugnação suspenderia a eficácia do ato, prejudicando o dever com a sociedade.

Ocorre que após a Constituição Federal de 1988 e a maior atenção aos direitos e garantias fundamentais e ao Estado Democrático de Direito, alguns aspectos da presunção de veracidade dos atos administrativos vêm sendo questionados, e um deles, que será tratado neste trabalho, é o ônus da prova.

O posicionamento doutrinário mais antigo sempre foi no sentido de que a presunção de veracidade dos atos da Administração Pública transfere ao particular não apenas o ônus de impugná-lo, mas também o de fazer prova de sua invalidade ou inveracidade (GUEDES, *Op. cit.*, p. 103).

Porém, esse pensamento vem sofrendo críticas, por não ser compatível com a atual ordem constitucional. Para essa doutrina, a presunção de veracidade cessa diante do seu questionamento ou impugnação. Assim sendo, caberia à Administração provar suas alegações ou os motivos dos seus atos, ocorrendo, portanto, uma inversão do ônus da prova. Mas essa inversão não ocorre naturalmente.

Por ser um mecanismo formal de facilitação na aplicação do Direito em casos concretos, a presunção prestigia mais a segurança jurídica do que propriamente a busca da verdade. Por isso mesmo é preciso atentar que o recurso às presunções, sobretudo àquelas previstas em lei, decorre de política legislativa que apenas se justifica em situações nas quais os meios de prova são impossíveis ou de difícil produção. Se a busca da verdade material é perfeitamente possível em determinadas situações fáticas, através de meios razoavelmente disponíveis para a investigação da realidade, não haveria porque o legislador, nesses casos, lançar mão das presunções (NETO, *Op. cit.*, p. 119).

E realmente não o fez. O legislador não tipificou a presunção de veracidade dos atos administrativos. Tem-se que ela decorre de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Por não se tratar de um princípio ou regra explícita, referida presunção deve ser analisada em oposição a outros valores e princípios, estes sim consagrados na Constituição e no ordenamento jurídico como um todo (GUEDES, 2006, p. 110).

Daí se afirmar que na presunção de veracidade dos atos do Poder Público, o processo administrativo não atende aos princípios do contraditório e da ampla defesa, que devem também ser observados pelo Estado, por imposição constitucional (GUEDES, 2007, p. 96). A ideia em tese não encontra respaldo apenas na doutrina brasileira. Augustín Gordillo ensina que “la presunción de legitimidad del acto afecta la estructura del proceso, obligando el particular a ser él quien impugna, administrativa o judicialmente, un acto administrativo” (GORDILLO, 2003. p. VII-5). Demonstra-se, portanto, que a presunção de veracidade tratada de forma rígida, impondo ao particular demonstrar completamente seus fatores constitutivos, modificativos ou extintivos do direito, gera prejuízos aos princípios constitucionais fundamentais. Não se busca desestruturar a presunção em si, mas o efeito de inversão do ônus da prova que dela decorre.

A assertiva geral de que com a presunção relativa (*júris tantum*) estar-se-ia invertendo o ônus da prova está calcada num equívoco por parte daqueles que confundem o fenômeno processual, relativo ao encargo probatório sobre os fatos controversos, afirmados no processo, com o fenômeno material da percepção da existência mesma destes fatos, que nada tem a ver com o processo ou com a posição das partes neste (NETO, *Op. cit.* p. 130).

Apesar da fundamentação do autor, é majoritário o entendimento de que a presunção inverte o ônus da prova. Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari também são contra a inversão, ensinando que “à luz do sistema jurídico, a presunção de legalidade

somente pode valer enquanto não houver impugnação do ato administrativo por quem foi por ele afetado” (FERRAZ & DALLARI. *Op. cit.*, p. 174). Os autores utilizam de feliz exemplo, que convém ser reproduzido. O Estado escolhe um imóvel para desapropriação, justificando o ato no interesse público. Como o proprietário prejudicado do imóvel pode provar que aquele não é o melhor a ser escolhido, que houve outro motivo além do alegado? (*idem*). Não pode.

Com base nas presunções, às vezes se cria a necessidade de o particular fazer prova de fato negativo, ou seja, provar que não era ele ou que ele não realizou tal atitude. Tal prova, também denominada prova diabólica, é difícil ou até impossível de se realizar. Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça esclarece:

A tese do exequente de que competiria ao contribuinte o ônus de comprovar suas alegações não merece êxito por tratar-se de prova de fato negativo, não devendo ser exigido do contribuinte que demonstre em juízo que não foi devidamente notificado para se defender no processo administrativo, que se encontra em poder do exequente. No caso, caberia à Fazenda diligenciar e provar a efetiva notificação do contribuinte para se defender (BRASIL, STJ. Ag. 1022208/60. Rel. Min. Mauro Campbel Marques. DJ 21/08/2008. Disponível em www.stj.jus.br).

Outro ponto que convém abordar na análise da presunção de veracidade é um de seus fundamentos: a autoexecutoriedade dos atos administrativos. Significa que o ato administrativo, tão logo praticado, pode ser imediatamente executado e seu objeto alcançado (CARVALHO FILHO, *Op. cit.* p. 112). Ou seja, uma vez criado o ato, este goza de presunção de veracidade e legalidade, podendo ser executado sem necessidade da aprovação de nenhum outro órgão ou Poder. A autoexecutoriedade fundamenta-se na necessidade de continuidade do serviço público e na urgência no atendimento do interesse público.

No entanto, o poder de executar automaticamente seus atos não é absoluto. O ordenamento jurídico impõe limitações, inclusive constitucionais, visando à segurança dos particulares. Nestes casos, a exemplo do art. 5.º, XII e LXI da Constituição Federal¹, é necessário processamento de autorização judicial prévio. O ordenamento jurídico “não acolhe a presunção de que o ato administrativo tenha sido praticado com legitimidade, caso contrário facultaria a sua execução material diretamente pela Administração” (NETO, *Op. cit.* p. 209). Consiste em um sistema de freios imposto pela Constituição Federal, visando dar mais segurança aos direitos individuais do cidadão.

O atributo da autoexecutoriedade, para Durval Neto, não se trata de um elemento inerente aos atos administrativos, de uma característica intrínseca ao ato. É uma

¹ Art. 5.º, XII – É inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução penal; inc. LXI – Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

opção legislativa para dar maior efetividade à prestação administrativa. Isso porque a grande carga de atribuições que hodiernamente tem a Administração Pública leva a crer realmente que serão muitas as situações nas quais deverá executar a sua prerrogativa de autoexecutoriedade, mas isso não significa que se deva tratar o instituto como regra geral (Ibidem, p. 212). Conclui o autor dever ser a autoexecutoriedade usada somente quando:

- a) Admite-se a medida quando autorizada em lei para determinadas situações suficientemente delineadas e de acordo com um processo administrativo específico;
- b) Admite-se ainda a medida quando, não sendo proibida por lei, revele-se razoavelmente necessária diante de uma situação de urgência a reclamar a pronta atuação estatal;
- c) Não se admite a medida quando, por força dos mandamentos constitucionais, as peculiaridades do caso concreto impuserem a necessidade de prévia ordem judicial, sob pena de incorrer no cometimento de arbitrariedades (NETO, *Op. cit.* p. 220)².

Portanto, a presunção de veracidade da forma como temos hoje e com o amparo da autoexecutoriedade só ajuda no desvio de finalidade e abuso de poder por parte da Administração Pública, que independe da motivação dada ao ato administrativo; este goza de presunção de veracidade, cabendo ao administrado, muitas vezes hipossuficiente, provar que a ação administrativa foi ilegal e abusiva. Demian Guedes afirma que “a relação entre cidadão e Administração não pode mais se fundamentar num ato de fé, calcado unicamente na condição de autoridade pública do agente”, e conclui: “ao contrário, ela deve primar pela razão, pela prevalência da verdade e da transparência no processo” (GUEDES, 2007, p. 146).

O que se pretende não é barrar a atividade administrativa, muito pelo contrário, esta deve continuar operante e cumprindo seus objetivos, da forma mais eficiente possível. A reavaliação sobre a presunção de veracidade com relação ao ônus da prova intenta garantir os direitos fundamentais dos administrados, permitindo a efetivação destes frente a um processo administrativo.

Infelizmente, a jurisprudência ainda não se atentou a essa questão, mantendo as rígidas regras probatórias, que não se coadunam com o Estado de Direito consagrado pela Constituição Federal de 1988. Algumas decisões demonstram isso:

A existência de registro da propriedade em Cartório de Registro de Imóveis não é capaz de infirmar a presunção de legitimidade e executoriedade do ato administrativo da demarcação, razão pela qual se transfere ao recorrido o ônus da prova de que o imóvel não se encontra em área de terreno da marinha (BRASIL, STJ. Ag.Rg. 999 708/ RS. Rel. Min. Herman Benjamin. DJ. 19/12/2008).

² No mesmo sentido, GASPARINI, 2006, p. 76; DI PIETRO, 2008, p. 187.

Disponível em www.stj.jus.br/jurisprudência).

Se os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade e autoexecutoriedade, na hipótese em que se alega sua nulidade, porque eivado de ilegalidade, incumbe ao impugnante o ônus da prova do vício, ex vi do art. 333, II, do Código de Processo Civil (BRASIL, STJ. REsp. 230 307/MA. Rel. Min. Vicente Leal. DJ. 15/05/2000. Disponível em www.stj.jus.br/jurisprudência).

Presunção de legitimidade do ato administrativo, cabendo ao particular o ônus de desconstituí-la. Inexistência de prova nos autos no sentido de que o veículo era utilizado para passeio da família no momento da apreensão, não para transporte de passageiros. Correta a apreensão do veículo, vez que em consonância com a regra inserta no inciso VIII, do Código de Trânsito Brasileiro (RIO DE JANEIRO, TJRJ. AC 2008.01.63403. Rel. Des. Denise Levy Treadler. Dj. 03/03/2009. Disponível em www.tjrj.jus.br/jurisprudência).

Ao autor compete o ônus da prova quanto à irregularidade da sinalização de limite de velocidade máxima permitida para o local em que foi autuado, a teor do disposto no art. 333, I, do CPC. Ainda que haja dúvida quanto a dada de conclusão do estudo técnico a que se refere a Resolução nº 146/2003, do CONTRAN, a documentação acostada aos autos não desfaz a presunção de veracidade e legitimidade do ato administrativo (RIO GRANDE DO SUL, TJRS. AC 700.21.336664. Rel. Des. Arno Werlang. DJ 05/02/2009. Disponível em www.tjrs.jus.br/jurisprudência).

Como se vê dos julgados acima transcritos, a posição dos tribunais é firme com relação à inversão de prova causada pela presunção de veracidade dos atos administrativos, gerando situações de clara injustiça e desapego à verdade material, impondo ao cidadão a prova de situações que a ele é praticamente impossível.

4. A doutrina das cargas probatórias dinâmicas

Atento às mazelas que a presunção de veracidade dos atos da administração causa aos cidadãos no processo administrativo, é elaborada a chamada doutrina das cargas probatórias dinâmicas, atribuída a Augusto M. Morello, Julio Chiappini e Jorge W. Peyrano. O ponto central da teoria é atribuir, no caso concreto, o ônus da prova a quem tiver melhor condições de fazê-lo. Independe que a parte seja autor ou réu, Estado ou cidadão, tendo ele melhor condição de provar a realização dos fatos, deve-lhe ser atribuído o encargo.

Segundo Jorge W. Peyrano, a doutrina em tela importa num deslocamento do *ônus probandi*, conforme forem as circunstâncias do caso em questão, podendo recair sobre quem está em melhores condições técnicas, profissionais e fáticas para produzi-las (PEYRANO, 2004, p. 20, apud NETO, *Op. cit.* p. 142). A teoria não descarta por completo as regras tradicionais de distribuição do ônus probatório; ao contrário, mantém nelas

a base probatória processual. A aplicação das cargas probatórias dinâmicas é subsidiária, devendo ser aplicada naqueles casos em que a consumação das regras básicas traz prejuízos à ampla defesa do cidadão perante o processo administrativo.

O objetivo da doutrina é bem tratado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao afirmar que a presunção de veracidade:

Inverte, sem dúvida nenhuma, o ônus de agir, já que a parte interessada é que deverá provar, perante o Judiciário, a alegação de ilegalidade do ato; inverte-se também, o ônus da prova, porém, não de modo absoluto: a parte que propôs a ação deverá, em princípio, provar que os fatos em que se fundamenta a sua pretensão são verdadeiros; porém, isto não libera a Administração de provar a sua verdade, tanto assim que a própria lei prevê, em várias circunstâncias, a possibilidade de o juiz ou o promotor público requisitar da Administração documentos que comprovem as alegações necessárias à instrução do processo e à formação da convicção do juiz (DI PIETRO, *Op. cit.* p. 188).

Entende-se que além do juiz e do Poder Judiciário citado pela autora em sua obra, a doutrina também deve ser utilizada no processo administrativo. Não se pretende com as cargas probatórias dinâmicas que a Administração Pública seja encarregada de provar todos os seus atos. Mas que, uma vez impugnados e sendo plausível e coerente o motivo da impugnação, caiba ao Poder Público a prova de que seu ato foi realizado em estrito cumprimento ao Direito.

Vê-se que o sistema probatório proposto é perfeitamente aplicável ao Direito brasileiro, seja no campo administrativo, seja no judicial, porque está amparada e decorre dos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório, acesso à justiça, dignidade da pessoa humana e igualdade; realizando-se uma ponderação de valores e princípios do ordenamento, as regras de atribuição do ônus da prova devem coexistir com outros vetores materiais e processuais, a exemplo dos arts. 339, 340 e 345 do CPC; já tem disposição semelhante no Código de Defesa do Consumidor (NETO, *Op. cit.* p. 212).

Nas relações de consumo e também na Lei nº 8.213/91³, que trata das relações previdenciárias, o legislador já visualiza a necessidade de proteger a parte mais fraca e busca o equilíbrio nessa balança, efetivando a igualdade real (SANTOS, *Op. cit.* p. 92). Também a jurisprudência, ainda muito timidamente, dá sinais de realizar uma flexibilização nas regras probatórias e determinar uma maior atuação administrativa na realização instrutória do processo, conforme se depreende do acórdão do STJ abaixo:

Diante da presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos, deve o Tribunal de origem apreciar o excesso de execução a partir dos documentos apresentados

³ O art. 29-A, §1º, da Lei nº 8.213/31 assim dispõe: “O INSS terá até 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da solicitação do pedido, para fornecer as informações previstas no caput desse artigo”. Ou seja, ao INSS cabe documentar as provas pelas quais determinou o valor do salário-benefício de que trata o artigo.

pela Fazenda Nacional, a quem incumbe o ônus da prova do fato constitutivo do direito alegado nos embargos do devedor (BRASIL, STJ. REsp. 980807/DF. Rel. Min. Eliana Calmon. DJ. 12/06/2008).

A doutrina das cargas probatórias dinâmicas é uma opção de compatibilização das normas processuais sobre a distribuição do ônus da prova com a atual sistemática constitucional e normativa que envolve o processo judicial e, principalmente, o administrativo. Não extirpa a presunção de veracidade dos atos administrativos, mas torna essa presunção relativa e necessária de comprovação frente a uma eventual impugnação, no desejo de efetivar os princípios da eficiência, publicidade e verdade material.

5. Conclusão

O direito à prova decorre da ampla defesa e é garantia constitucional, não encontrando divergências sobre essa afirmação e sua aplicação no processo administrativo. No entanto, devido às circunstâncias do caso, torna-se oneroso demasiadamente ao particular fazer prova de suas alegações, como nos fatos negativos, conforme sistemática probatória consagrada no CPC e na Lei de Processo Administrativo.

Dessa forma, levando-se em consideração outros institutos jurídicos, a exemplo do princípio da verdade material e os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, se propõe uma reavaliação sobre a distribuição do ônus da prova em situações em que este se demonstre muito difícil ou até impossível de ser realizado pelo cidadão.

A presunção de veracidade dos atos administrativos também é outro fator que deve ser repensado frente aos princípios constitucionais e administrativos vigentes, para não causar injustiças e prejuízos aos direitos fundamentais dos cidadãos. É com esse intuito que se propõe a teoria das cargas probatórias dinâmicas, afastando a presunção de veracidade como um inversor do ônus da prova e atribuindo este a quem melhores condições de realizá-lo, conforme o caso concreto.

Maior debate e pesquisa acerca do assunto são fundamentais para buscar construir um sistema jurídico-probatório que concilie a continuidade e eficiência do serviço público com os direitos e garantias fundamentais dos particulares.

Bruno Nunes dos Reis é aluno do curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Membro do grupo de estudos em processo administrativo. Bolsista do CNPQ.

Luiz Carlos Figueira de Melo é doutor em Direito pela UFMG. Professor da Universidade Federal de Uberlândia (graduação e mestrado).

Referências bibliográficas

AIRASCA, Ivana Maria. Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, in: PEYRANO, Jorge W. *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal – Culzoni Editores, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CREUZ, Luiz Rodolfo Cruz; ANDRÉ FILHO, Pedro Felício; VILARREAL, Gabriel Hernan Facal. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 9, set. 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GORDILLO, Augustín. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo 4: El procedimiento administrativo. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Direito à prova no âmbito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 9, set. 2006.

GUEDES, Demian. A presunção de veracidade dos atos da Administração Pública e o processo administrativo: o dever de fiscalizar provando. *Revista de direito administrativo, constitucional e previdenciário*. Porto Alegre: Notadez, v. 7, n. 35, p. 99-125, jan./fev.2006. p. 112.

GUEDES, Demian. *Processo administrativo e democracia: uma reavaliação da presunção de veracidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

NETO, Durval. *Processo, jurisdição e ônus da prova no Direito Administrativo*. Salvador: Podivm, 2008.

PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas, in: *Cargas probatorias dinámicas*. Santa-Fé: Rubinzal- Culzoni Editores, 2004.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. São Paulo: Editora Noeses, 2005.

Mobilizadores Políticos no Nordeste: tipologia dos articuladores eleitorais na política potiguar (estudo de caso)¹

Political Mobilization Agents in Brazilian Northeast: A typology of Electoral Articulators in the Politics of Rio Grande do Norte (a Case Study)

CÍCERO JOSÉ ALVES SOARES NETO

Resumo: O propósito desta reflexão é apresentar uma sistematização acerca dos mobilizadores políticos no Nordeste, caracterizando uma tipologia dos articuladores eleitorais no Rio Grande do Norte, no período de 1889-1989. Especificadamente, objetiva-se distinguir as estratégias da mobilização eleitoral da massa votante na política potiguar. Assim, pretende-se identificar os sistemas de mediação e intermediação existentes no processo eleitoral nas disputas partidárias na arena estadual norte-riograndense. Portanto, visa-se provocar uma discussão sobre a tipologia dos articuladores eleitorais que mobilizam a população votante nas eleições do Rio Grande do Norte.

Palavras-chave: Agentes de mobilização. Sistemas de mediação e intermediação. Processo eleitoral e tipologia dos agentes eleitorais.

Abstract: The general aim of this reflection is to present a systematization concerning Brazilian northeastern mobilization agents, in order to provide a typology for electoral articulators in Rio Grande do Norte, from 1889 up to 1989. Our specific aim is to distinguish the strategies of election mobilization of the whole mass of voters for politicians in Rio Grande do Norte, Brazil. Thus we want to identify the mediation and intermediation systems in the electoral process in political party disputes on this state arena. As a result, this paper may promote a discussion about this typology of electoral agents since the first years of Brazilian republican period up to a century after.

Keywords: Mobilization agents. Mediation and intermediation systems. Electoral process and typology of electoral agents.

Introdução

O propósito desta reflexão é apresentar uma sistematização acerca dos mobilizadores políticos no Nordeste, caracterizando uma tipologia dos articuladores eleito-

¹ Comunicação oral no 32.º Encontro Nacional do CERU/USP, em 2005. Pôster na 58ª Reunião Anual da SBPC, em Florianópolis, em 2006.

rais no Rio Grande do Norte, no período de 1889-1989. Especificadamente, objetiva-se distinguir as estratégias da mobilização eleitoral da massa votante na política potiguar. Assim, pretende-se identificar os sistemas de mediação e intermediação existentes no processo eleitoral nas disputas partidárias na arena estadual norte-riograndense. Portanto, visa-se provocar uma discussão sobre a tipologia dos articuladores eleitorais que mobilizam a população votante nas eleições do Rio Grande do Norte, no período republicano citado.

Nesta análise, parte-se, inicialmente, da distinção que Jaguaribe (1950) estabelece entre “política de clientela” e “política ideológica” e, em seguida, insere-se a tipologia que Singer (1966) oferece ao identificar os tipos de políticos de direita. Por fim, apresenta-se a crítica restritiva ao fenômeno de re-conceitualização do coronelismo, esboçada, inicialmente, por Saes (1978). Além desta demarcação conceitual, buscam-se as contribuições dos estudiosos da teoria clientelista que distinguem os sistemas de mediação e de intermediação no processo de mobilização política na vida eleitoral de um país.

A interpretação que se desenvolve neste estudo origina-se, parcialmente, da análise demonstrada no *Processo de ruptura do voto-de-cabresto do coronelismo: Seridó Potiguar (1950)*². E a hipótese de trabalho que se adota nesta reflexão apropria-se das premissas e conclusões articuladas nas análises dos trabalhos mencionados acima. Neste momento, prolonga-se o tratamento da questão do processo de mobilização e articulação política e, assim, argumenta-se que “o Estado, ao organizar a sociedade civil, por intermédio das políticas sociais e da ação comunitária, recria os clientes eleitorais, de forma distinta das práticas coronelísticas, nas décadas de 1970/80”. Ou seja, visa-se explicitar como a ação intervencionista estatal na organização da sociedade civil, via políticas sociais e ação comunitária, procurou legitimar o regime autoritário implantado a partir de 1964 e, assim, recriou um fenômeno político distinto do coronelismo, com novas estratégias de vinculação entre a massa votante e os chefes políticos locais e regionais. Assim, pretende-se desenvolver uma tipologia dos articuladores eleitorais na mobilização da população votante, privilegiando-se a realidade histórica da política potiguar, no período de 1889-1989. Entretanto, demonstra-se a exposição dos sistemas de mobilização e articulação política contra-argumentando com as interpretações que Dantas (1987) e Barreira (1992) apresentaram acerca dos tipos dos agentes de mediação política no processo eleitoral brasileiro. Desta forma, busca-se construir uma tipologia dos agentes de mediação e intermediação da participação política da massa votante no processo eleitoral que possibilite, posteriormente, uma verificação histórica criteriosa da tipologia apresentada nesta abordagem preliminar.

² A tese foi orientada pelo Prof. Dr. Elimar Pinheiro do Nascimento, na Sociologia da UnB, defendida em 2003. Além deste estudo, deve-se mencionar, ainda, O Seridó e os “votos de porteira batida”: 1889-1930. Um Estudo Monográfico sobre o Coronelismo no Rio Grande do Norte. Dissertação de Mestrado defendida na Sociologia da Unicamp, em 1984, sob a orientação do Prof. Dr. Décio Saes.

1. Mobilização Eleitoral: Política de Clientela x Política Ideológica

A historiografia da Ciência Política brasileira identifica um recorte conceitual que distingue a “política de clientela” da “política ideológica”, ao caracterizar a participação política do brasileiro na vida partidária do país (JAGUARIBE, 1950). Em seguida, resgata-se a tipologia dos políticos de direita na realidade política nacional (SINGER, 1966). Por fim, insere-se um questionamento acerca da elasticidade conceitual do coronelismo, visando distingui-lo de outros fenômenos, como a barganha eleitoral e a coerção política (SAES, 1978).

1.1. Debate: distinção inicial

Jaguaribe (1950), ao buscar entender a participação política do homem brasileiro na vida institucional do país, resgata a identidade de tal vinculação social e, então, caminha pelas categorias históricas que compõem o cenário analítico da sua interpretação: “o latifúndio, a classe média, a aliança Minas-São Paulo, a revolução de 1930, o Estado Novo e a Queda do Regime”. Assim, a partir de tais demonstrações históricas, apresenta a distinção entre “política de clientela” x “política ideológica”.

Por “política de clientela”, Jaguaribe demarca ser “uma zona de influência, um grupo de pessoas ligadas a seus interesses” e, assim, “a política passou a girar, exclusivamente, em torno das pessoas” (p. 48). Deste modo, a participação da massa votante no processo eleitoral define-se pelos vínculos de interesse pessoal, constituindo-se o eixo central da política de clientela. E, então, na realidade municipal, “o eleitorado tem contato direto com os candidatos e vota, por isso, nas pessoas de suas relações” (p. 50). Daí, então, segundo Jaguaribe, que um pressuposto da política de clientela “é que cada chefe político possa saber, com relativa exatidão, a influência eleitoral com que contam os demais” (p. 50) chefes políticos regionais. Neste sentido, caracterizam-se as limitações da política de clientela que, por outro lado, produz, no eleitorado, a possibilidade de inserir-se no jogo de combinações com compensações maiores e vultosas para o seu apoio político. Tais limitações provocam a *dialética da política de clientela* que produzem a sua superação: rigidificação e uma fluidificação da dinâmica do poder (p. 50). Na primeira, ocorre quando se fortalece um eixo central oriundo da própria política de clientela. Ou seja, fortalece-se, no interior do Estado a influência da política de clientela. Aí, algumas instituições desempenham o papel de expressão política da rigidificação da política de clientela, como o exemplo, o Exército brasileiro. Na segunda, “os diversos grupos de influência política se neutralizam entre si, em proveito daquela parte da população que fica menos comprometida no jogo da clientela” (p. 51). Deste modo, tal via se direciona para formas populistas.

Em contraposição à política de clientela, Jaguaribe apresenta a “política ideológica” que se caracteriza “quando o “homem comum”, quando as massas atuam politicamente em função das condições peculiares a cada grupo social” (p. 651). Segundo o autor, a política ideológica expressa à política de classes, no Estado moderno.

Singer (1966) identifica o político, quer seja de direita ou de centro, de três tipos:

o coronel, o político de clientela e o representante de grupo econômico (p. 72-73). O “coronel” personificaria o político tradicional, geralmente um latifundiário com poder quase absoluto. Desta situação, seria acompanhado por um conjunto de categorias: agregados, arrendatários, parceiros, colonos, capatazes, administradores e membros da sua própria família. O que caracteriza a identidade política do coronel é a “lealdade à clã política... esta lealdade não é ideológica... ela se refere a pessoas, não a princípios (p. 72-73). O segundo tipo, o político de clientela, é distinto do representante de grupo econômico. Na realidade, ele não passa de um “cabo eleitoral”. Este último “representa um setor do eleitorado, cujos problemas e necessidades conhece bem e no qual possui posição de liderança. Ele se caracteriza pela estreiteza do seu horizonte político” (p. 77). O representante de grupo econômico (grupos de pressão) busca “transformar seu poderio econômico em influência política” (p. 76-77).

1.2. A Crítica Restritiva

Saes (1978), ao propor uma reinterpretação política do coronelismo brasileiro, visando criticar a elasticidade conceitual do fenômeno, insere a discussão num contexto teórico diferente das abordagens desenvolvidas até a época da análise divergente. E qual foi o marco conceitual distinto apresentando no tratamento da questão? Trata-se, segundo o autor, em trazer “a análise do coronelismo para dentro dos tipos de Estado” (p. 69), mais particularmente, trata-se de “investigar qual o tipo de estrutura política que corresponde a cada relação de produção, constituindo esta a base de uma modalidade única de dominação de classe” (p. 69). Mas, qual a intenção de inserir a interpretação do coronelismo para o interior da problemática dos tipos de Estado? Segundo a sua argumentação, objetivou-se colocar restrições às interpretações elásticas acerca do fenômeno que se adaptam as inúmeras relações de dominação de classe sob a ótica conceitual do coronelismo. Na sua abordagem restritiva, o que pretende criticar é a reconceitualização permanente do fenômeno, como “coronelismo urbano, neocoronelismo, neocoronel, coronel burocrata, novos coronéis” etc.

De acordo com Saes, “o coronelismo é um conjunto de práticas político-eleitorais que participam, de um modo peculiar, da dupla função do Estado burguês: desorganização das classes trabalhadoras, e unificação da classe dominante sob o comando hegemônico de uma das suas frações” (p. 74) e, então, se ocorre um reexame das caracterizações singulares do fenômeno na realidade histórica brasileira, mais detidamente no Estado Oligárquico (1889-1930) e no Estado Populista (1930-64), apreende-se que “o coronelismo designa um modo concreto de funcionamento das instituições políticas burguesas democráticas” (p. 75). Mas, como se dá tal funcionamento? A premissa básica do fenômeno coronelista é “a presença de relações de produção pré-capitalistas no campo”, onde o dono da terra participa com o poder econômico sobre o trabalhador a quem concede o escasso instrumento de trabalho para explorar: a terra. Tal relação configura a dimensão econômica que requer a dimensão ideológica do fenômeno: a obrigação subjetiva de lealdade como expressão de fidelidade para com quem lhe concede o recurso raro de trabalho: o proprietário da terra. Nesta intercone-

xão das duas dimensões (a econômica e a ideológica), emerge o fundamento determinante do coronelismo: *as relações de dominação e dependência pessoal* do homem do campo aos senhores proprietários das terras de exploração rural. Desta específica relação deriva *a organização e controle do processo eleitoral no campo* como a capacidade de manipulação da massa votante da população rural nas disputas partidárias do poder pelos chefes políticos locais ou coronéis. Configurando-se, por conseguinte, deste modo, o voto-de-cabresto do homem do campo que representa a consumação de uma estrutura de dominação que se expressa no fenômeno do coronelismo.

Diante desta vinculação, *a capacidade de manipulação eleitoral do coronel derivada das relações de dominação e dependência pessoal*, Saes apresenta a contestação de que o fundamento da barganha eleitoral no processo coronelista trata-se de um fenômeno distinto do coronelismo, pois a “relação entre o cabo e a sua clientela...” “uma troca de favores econômicos por favores políticos, de vantagens materiais por votos” (p. 81) constitui um vínculo político distinto do sistema coronelista.

2. Sistemas de Mobilização Política: mediação x intermediação

Os estudiosos da teoria clientelista apresentam modelos interpretativos acerca do processo de mobilização e articulação política. Para isto, contribuem com a distinção entre os sistemas de mediação e o sistema de intermediação, efetuando a fundamental separação entre o “patrão” o “broker” nas suas funções de mediação e intermediação política.

2.1. Modelos Interpretativos

Os teóricos clientelistas contribuem para a compreensão do fenômeno do clientelismo político com conjunto de filiações conceituais, distribuídas em duas dimensões: a macro-análise e a micro-análise. Na primeira abordagem, a macro-análise, identifica-se: Wolf (1956), Bossievain (1969), Silverman (1965), Attwood (1974) e Mayer (1980). Na segunda vertente, a micro-análise, localiza-se: Foster (1961), Kenny (1960) e Boissevain (1966).

Na abordagem da macro-análise, Wolf (1956) inseriu o conceito de “broker” para identificar o articulador entre a comunidade e a nação, o elemento que cria os mecanismos de conexão entre os grupos de poder e a nação. Silverman (1965), ao abordar os vários tipos de integração entre a comunidade e a realidade nacional, para apresentar a distinção entre os sistemas de mediação e de intermediação. Estabelece, então, critérios para separá-los: a “função direta” e a “exclusividade” pessoal na caracterização do que constitui um mediador e um intermediário, pois os dois indicadores servem para singularizar apenas o sistema de mediação. Boissevain (1969), ao aplicar categorias ao debate, enriquece a discussão com o uso conceitual do termo “patronagem”, para distingui-lo de “brokerage”, a partir de dois recursos fundamentais: os recursos e a estratégia. Os recursos de que se vale o mediador referem-se a dois tipos: o controle direto e os contatos estratégicos. Os recursos do controle direto tornam-se não-acessíveis ao

“broker”. Daí, o fundamento da sua distinção entre o sistema de patronagem e o sistema de “brokerage”. Assim posto, resta ao sistema de intermediação o papel de articulação estratégica entre pessoas, grupos e estruturas. Attwood (1974) aceita a sinalização de Silverman (1965) entre os sistemas de mediação e de intermediação e, então, afirma que o sistema de mediação expressa o grupo articulado verticalmente, enquanto que o sistema de intermediação manifesta a aliança estruturada horizontalmente. Mayer (1980) aprofunda as contribuições anteriores e apresenta a argumentação de que ocorrem dois tipos de contatos com os eleitores: a conexão lateral que vincula os intermediários, mas sem uma conexão com o centro, e a interconexão com múltiplas ramificações. Assim, estabelece que os tipos de contatos sejam dois: transacional difuso, que ocorre no serviço público, e o transacional específico, que acontece no campo privado. No primeiro, ilustra-se com o exemplo das promessas feitas nos comícios e, no segundo, restrito ao campo privado, com benefícios e vantagens pessoais.

Na perspectiva da micro-análise, Foster (1961) apresenta um modelo interpretativo, “dyadic contract” que ocorre entre duas pessoas, podendo ser de dois tipos: entre pessoas de status socioeconômico igual, relação simétrica; e entre pessoas de diferentes status socioeconômicos, relação assimétrica. Enquanto que a relação simétrica acontece no interior da comunidade, a relação assimétrica envolve os membros da comunidade e os que se encontram fora da comunidade. Kenny (1960) apropria-se do sistema de patronagem e insere a imagem de uma estrutura piramidal para identificar três tipos de relação: “patrão-cliente”, “cliente-patrão” e “cliente-cliente”. Argumenta que não poderia haver a relação “cliente-cliente”, pois, quando se protege, ocorre a transformação de um dos participantes em protetor e, então, transforma-se a relação em “patrão-cliente”. Boissevain (1966), apesar de partir das relações “patrão-cliente” e “cliente-patrão”, apresenta o argumento de que a pessoa fundamental no sistema é o “broker”, o intermediário, que conecta duas pessoas e, assim, grupos de pessoas. Deste modo, transporta a análise para a relação entre grupos, em vez de pessoas. Em seguida, recorta a relação em duas direções: a vertical, relação entre desiguais, assimétrica; e a horizontal, relação entre iguais, simétrica.

2.2. Sistemas de Mobilização Política: distinção

A abordagem conceitual da tradição clientelista caracteriza a distinção entre os sistemas de mobilização política, em que se identifica, de um lado, o sistema de mediação, como expressão do “patrão”, e, do outro, o sistema de intermediação, manifestado no “broker”. O elemento central da separação, o “contract dyadic”, a relação entre pessoas transportou-se para a relação entre grupos. Assim, determinaram-se as estruturas subjacentes em cada um dos dois sistemas de mobilização política e, assim, caracterizou-se cada sistema: o de mediação e o de intermediação. Em função destes recortes conceituais, demarcou-se a identidade do mediador e o intermediário na função de mobilização política no processo eleitoral.

Conceitualmente, explora-se a fundamentação de distinção dos sistemas de mediação e de intermediação para aplicá-los à realidade brasileira, por intermédio dos

fenômenos do coronelismo e do cabo eleitoral e do líder comunitário. Instrumentaliza-se o arcabouço teórico da abordagem clientelista para incorporá-lo à crítica reinterpretativa de elasticidade conceitual do fenômeno coronelismo que se redefine quase que eternamente: “coronelismo urbano, neo-coronelismo, neo-coronel, coronel burocrata, novos coronéis” (SOARES NETO, 2003). Deste modo, visa-se caracterizar distintos sistemas de mobilização política (o de mediação e o de intermediação) e identificar singulares tipos de articuladores eleitorais (coronel, cabo eleitoral e o líder comunitário) que o mapeamento clientelista propicia à tipologia demonstrada nesta análise.

3. Articuladores Eleitorais: tipologia

A intenção deste item é resgatar os autores (DANTAS, 1987; BARREIRA, 1992) que apresentaram propostas interpretativas acerca do processo de mobilização política, em geral, e dos articuladores eleitorais, em particular. Em função disto, demonstrar a sistematização das duas abordagens desenvolvidas e, então, contra-argumentar com os dois analistas e apresentar um terceiro modelo interpretativo sobre esta temática.

3.1. Análises Históricas: Dantas e Barreira

Dantas (1987), ao re-enfocar a historicidade do coronelismo, a partir de uma ótica estrutural da sociedade, afirma, de forma divergente, do “papel que atribuem ao voto como elemento e intrínseco ao coronelismo” (p. 13), pois, entende que “o voto nem sempre se constituiu na principal fonte de poder do coronel” (p. 14). Sua hipótese de trabalho é a de que “na Primeira República o controle da coerção pelos proprietários rurais apresentava um papel muito mais significativo, como fonte de prestígio e de poder, do que o controle do voto” (p. 14). E, ao sentenciar a análise divergente, afirma que “associar o coronelismo como prática eleitoral em todas as fases da história da República carece de fundamentação empírica” (p. 17). Diante deste confronto interpretativo, Dantas expõe a sua análise do coronelismo em três fases: primeira fase, 1900-1930; segunda fase, 1930-45 e a terceira fase, 1945-64.

Na primeira fase, 1900-1930, as práticas eleitorais fraudulentas, desde o voto a bico de pena, aos mecanismos de atas falsas e comissões eleitorais viciadas vinculadas aos chefes políticos locais, transformaram o regime representativo profundamente comprometido. Daí, a importância do poder da coerção, pela via das milícias particulares. Deste modo, o poder do chefe político da zona rural originava-se, não da sua força de massa votante no pleito municipal e, sim, da sua capacidade de impor e controlar a coerção, por intermédio das milícias particulares. Na sua argumentação “na Primeira República, o controle da coerção foi de maior importância como fonte de poder político” (p. 24), pois as “eleições poderiam ser falsificadas e os resultados geralmente puderam ser impostos, desde que houvesse suporte na força, baseada na capacidade de mobilizar homens em armas” (p. 24). Portanto, na Primeira República, “o coronelismo não se fundamentava no voto” (p. 26), porque “seu exercício estava subordinado e dependente do controle da coerção, elemento fundamental” (p. 26).

Na segunda fase, 1930-45, suas fontes de poder localizam-se na propriedade da terra que fundamentam o seu prestígio social, numa tradição adquirida na Primeira República. Impõe-se nesse período o papel ideológico junto às populações rurais, pois “como ficaria então o coronelismo sem a importância do voto, do seu colégio eleitoral?”.

Na terceira fase, 1945-64, “a grande fonte de legitimação passava a ser o voto. Não que a violência e o prestígio deixassem de ter importância” (p. 32), pois a força política dos chefes locais encontra fundamento na proporção da dimensão da massa votante, com a quantidade de votos cativos. Aí, então, a mercantilização alastra-se e o voto assume a forma de uma mercadoria, pela ação de intermediação do cabo eleitoral, figura entre o coronel e as bases distantes do centro do poder local.

Barreira (1992), apropriando-se da historicidade do coronelismo em três fases de Dantas (1987), apresenta uma classificação distinta para entender “os mecanismos da lógica interna da dominação dos proprietários rurais” (p. 12). Tal objetivo visa compreender a “prática política da classe dominante” (BARREIRA, 1992, p. 17) no sertão nordestino, reduto de influência do coronel. Então, sistematiza a sua interpretação das fases do coronelismo: na primeira, 1889-1933, as eleições fundamentavam-se pelas “eleições fraudulentas, decididas a ‘bico de pena’ e com uso da violência, prisões e assassinatos de adversários políticos” (p. 37); assim “a polícia coagia os eleitores, em articulação com as facções dominantes locais” (p. 37). No início do Século XX, o voto detinha uma importância menor e ocorria a influência das mesas eleitorais e das juntas de qualificação ou de apuração, mecanismos fundamentais para as disputas eleitorais. Desta forma, não havia a necessidade da compra do voto, pois a garantia do pleito achava-se definido no controle das mesas e juntas eleitorais. Na segunda fase, que se estende de 1945 a 64, (BARREIRA, 1992) apropria-se da tese de Dantas (1987), e reconhece que o voto assume um peso marcado pelo valor que passa a representar na disputa eleitoral e, assim, “surgem os cabos eleitorais” (BARREIRA, 1992, p. 37). Nesta fase, ocorre a “compra do voto”, que se efetiva tanto pelo pagamento em dinheiro, como “gratidão” ao proprietário rural por algum benefício recebido pelo homem do campo. Na terceira fase, pós-1964, acontece a ruptura com a dependência pessoal entre o “morador de favor” e o proprietário rural, redefinindo-se assim a lealdade o favor da zona interiorana do Nordeste, em geral, e do Ceará, em particular. Tal rompimento produz “mudanças no comportamento político-eleitoral do camponês” (p. 38). A ruptura no vínculo tradicional do homem do campo encontra-se acompanhada pela inserção de novos mediadores nos conflitos do meio rural, como a Igreja Católica (Comissão Pastoral da Terra), os Sindicatos de Trabalhadores Rurais e o Estado, por intervenção do INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária).

3.2. Reinterpretação Histórica: fundamentos

A proposta reinterpretação a ser desenvolvida neste momento acerca da historicidade do coronelismo incorpora a classificação das três fases adotadas por Dantas (1987) e contra-argumenta com os dois autores, Barreira (1992) e Dantas (1987), como

interlocutores interpretativos do processo político-eleitoral na zona rural do interior nordestino³. A fundamentação da análise histórica desta interpretação encontra-se embasada em trabalhos anteriores (SOARES NETO, 1984 e 2003). Entretanto, supera o alcance teórico que aqueles estudos apresentaram. Enfim, pela limitação e recorte histórico que as duas investigações citadas encontravam-se: a dissertação de mestrado, no período de 1889-1930; e a tese de doutorado, ao período de 1950; extrapola-se a compreensão histórica do fenômeno para estabelecer um debate com os dois analistas citados do coronelismo, em geral, e do coronelismo nordestino, em particular.

Conforme já foi dito, esta análise sistematiza o estudo do movimento do fenômeno coronelista em três fases: a primeira, de 1889-1930, a *fase privada*; a segunda, de 1930-64, subdivida em dois momentos, a de 1930-45 e a de 1945-64, a *fase de mercado*; e a terceira fase, de 1964-89, a *fase estatal*. Insere-se, nas três fases, a distinção de quatro agentes políticos fundamentais: o *coronel*, o *cabo eleitoral*, o *líder comunitário*, na *política de clientela*, e o *militante partidário*⁴, na *política ideológica*. Além destes quatro agentes políticos, apresentam-se dois sistemas de articulação eleitoral: o *sistema de mediação* e o *sistema de intermediação*. Caracterizam-se os dois sistemas de mobilização política e o desempenho do agente de articulação eleitoral por intermédio de quatro categorias analíticas: *os tipos dos sistemas de mobilização política*, *os recursos da estrutura de articulação política*, *o canal de recrutamento do eleitorado* e *a participação política do votante*.

Fase Privada: Sistema Coronelista (1889-1930)

No sistema coronelista, os recursos têm como fonte fundamental a estrutura econômica da atividade agrícola, na qual a indústria de beneficiamento do produto agrícola exerce uma função estratégica de articulação junto às classes proprietárias.

Verticalmente, o latifundiário organiza, no regime de parceria, a população eleitoral, mobilizando os seus moradores-parceiros para as eleições. Localiza-se, no sistema de produção, pois, o vínculo de ligação política entre o dono da terra e o morador. Decorre, portanto, desse vínculo social o apoio político do camponês: o voto-decabresto do coronel. O canal de articulação do sistema coronelista reside no sistema de produção, no regime de parceria entre o morador e o latifundiário.

A participação política acontece, no sistema coronelista, nos “currais eleitorais”, onde não se encontra a presença de outros agentes políticos, como os intermediários. Existe, apenas, uma relação “direta e pessoal”, de dominação e dependência pessoal, entre os dependentes do seu reduto político e o coronel.

Portanto, o sistema coronelista caracteriza-se, apenas, por uma relação direta e pessoal entre o latifundiário e morador, no sistema de produção, na parceria. O voto-

³ A análise de Dantas encontra-se fundamentada na realidade histórica de Sergipe, a de Barreira no Ceará, e a Soares Neto no Rio Grande do Norte.

⁴ Em função de que a intenção deste artigo limita-se apenas à política de clientela, haverá apenas uma sinalização do que se pretende colocar acerca do militante partidário: um questionamento para vinculá-lo à próxima reflexão acerca do processo de mobilização e articulação política do militante partidário na política participativa ou no orçamento participativo.

de-cabresto representa uma dominação e dependência pessoal do morador ao proprietário da terra, que se manifesta na lealdade daquele para com este, no ato de votar. É, por conseguinte, daí decorrente a *singularidade do voto-de-cabresto do coronel*.

Fase de Mercado: 1930-64 (Processo de Ruptura)

A fase de mercado caracteriza-se por um processo de ruptura com a estrutura de domínio coronelista em dois momentos: o processo de *ruptura econômica* (1930-45) e o processo de *ruptura política* (1945-64).

Ruptura Econômica: 1930-45

O processo de ruptura econômica do sistema coronelista inicia-se com a penetração e a influência econômica dos agentes e representantes dos interesses das indústrias de transformação dos produtos agrícolas na zona rural, provocando uma intervenção nas relações de comercialização no campo. Por intermédio da ação intervencionista do agente da indústria de transformação do produto agrícola na estrutura de poder do coronelato rural, impondo novas relações de comercialização ao antigo sistema de concentração, ocorre a lógica de ruptura econômica no período de 1930-45 na estrutura econômica do coronel.

Ruptura Política: 1945-64

Sistema Mercantil do Cabo Eleitoral

No sistema mercantil do cabo eleitoral, os recursos da sua intervenção originam-se do poder econômico e têm a função de expulsar o voto cativo do coronel, criando o mercado eleitoral de compra e venda dos votos dependentes dos currais eleitorais do coronel. O poder econômico, por não ter redutos eleitorais, insere-se nas bases dos coronéis, buscando, pelo mecanismo da barganha eleitoral, recrutar massa votante que garanta a representação popular.

A ação intervencionista do cabo eleitoral, ao retirar os votos dependentes do coronel, pelo sistema de compra e venda do voto, “fabricou” o “quartel”, reduto semelhante ao “curral” do coronel. Tais recursos serviam de fonte para o controle, na época das eleições, sobre o votante aliciado, que mercantilizou o voto. Por intermédio desse recurso, preservavam os “aliciados” das investidas de outros compradores.

Distinguindo-se os dois sistemas de mobilização política no campo, o coronel garante os seus votos no regime de parceria, daí, o voto-de-cabresto, enquanto o cabo eleitoral obtém o seu voto no mercado eleitoral, intervindo pelo sistema de compra e venda do voto no sistema cativo do coronel. Em função do ganho monetário, acontece uma “saída” dos cativos dos currais eleitorais. Portanto, *o cabo eleitoral provoca, pelo sistema mercantil de compra e venda do voto, a expulsão do eleitorado dependente do coronel*.

O modo de recrutamento do sistema coronelista ocorre no sistema de produção, no regime de parceria, enquanto que, no sistema mercantil do cabo eleitoral, o método

de recrutamento se dá na barganha eleitoral, em que acontece uma transação determinada pelas regras do mercado eleitoral, de acordo com o tipo de eleição e o grau de disputa.

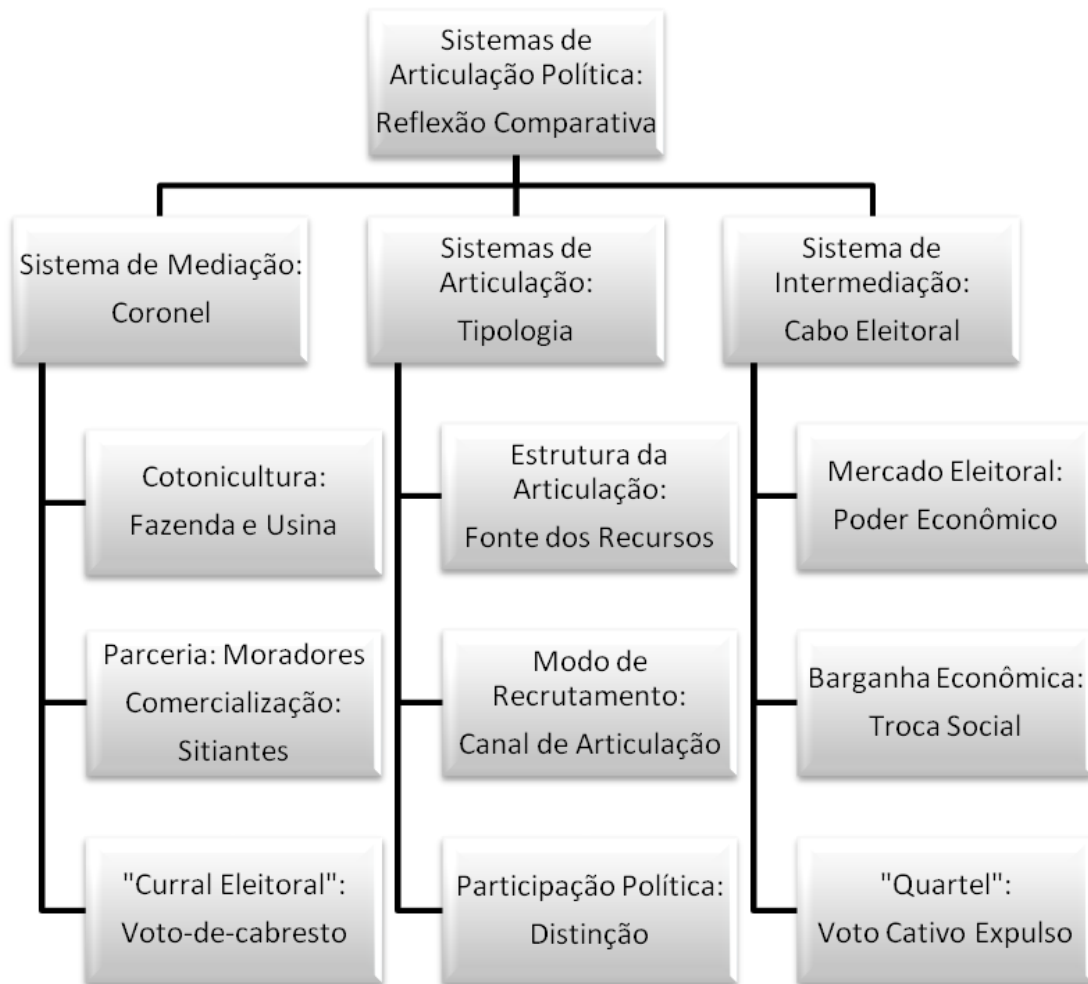
Na referência à participação política, o “curral eleitoral” expressa a fonte da dominação e dependência pessoal da massa votante cativa do coronelato rural, restando ao “quartel” a manifestação do mecanismo de proteção aos que saíram dos currais eleitorais e a preocupação de vigilância contra novas investidas de aliciamento eleitoral.

Fase Estatal: 1964-89. Clientelismo Estatal Sistema do Líder Comunitário

A experiência da ruptura política ocorrida no sistema coronelista, após 1945, principalmente na década de 1950, provoca reações que redefinem os mecanismos de atuação da classe política, após 1964, no regime militar. A intervenção estatal na organização da sociedade civil objetiva definir estratégias de legitimação ao regime autoritário implantado. Cabe aos detentores da máquina estatal a re-estruturação do sistema de mobilização no campo, para fazer frente ao sistema mercantil do cabo eleitoral. O planejamento estatal desenvolve uma metodologia de intervenção no qual ocorre uma recriação do sistema de mobilização política com base nas relações comunitárias. E, então, surge a figura do *líder comunitário*. E as políticas sociais servem de instrumento por meio das quais são estruturadas as comunidades e por onde fluem os recursos públicos, transformados em benefícios materiais e sociais em troca do apoio político das comunidades organizadas pelo centro estatal.

E, assim, o Estado recria o sistema de intermediação político-eleitoral, por intermédio das políticas sociais e da ação comunitária. Doravante, o líder comunitário assume o papel e a função do cabo eleitoral na mobilização da massa votante da comunidade organizada pela intervenção estatal. E o planejamento social torna-se a estratégia de inserção do Estado na organização da sociedade civil. Assim, inicia-se a superação do sistema mercantil de compra e venda do voto do cabo eleitoral, no mercado eleitoral, na política de clientela, conforme se demonstra no fluxograma 01: *Sistemas de Articulação Política*.

Fluxograma 01
Sistemas de Articulação Política



4. Nordeste: política potiguar (estudo de caso)

A intenção histórica da análise da política potiguar, sob a ótica dos sistemas de mobilização e articulação eleitoral da massa votante, ilustra de forma singular a abordagem conceitual tratada anteriormente. Para isto, sistematizam-se os sistemas de mediação e intermediação política, caracterizando-os de forma distinta: o sistema de mediação coronelista, de 1889 a 1930; o processo de ruptura econômica do sistema coronelista, de 1930 a 45, o processo de ruptura política do sistema coronelista, de 1945 a 64, com ênfase na década de 1950; e o processo de implantação do clientelismo estatal, após 1964.

4.1 Periodizações Históricas: domínio coronelista (1889-1930).

O sistema coronelista encontra-se organizado por dois tipos de alianças políticas: aliança vertical e aliança horizontal. A aliança vertical estabelece vínculos entre o morador e o coronel. A fazenda torna-se a fonte de poder do coronel e o regime de trabalho adotado na propriedade agrícola determina a relação de dominação e dependência pessoal do morador ao dono da terra que garante o sustento do homem do campo. A aliança horizontal acontece entre o sitiante e o proprietário da indústria de transformação do produto agrícola regional. Aqui, não ocorre uma relação direta e, sim, instrumental, no processo de comercialização que articula aliança de pares: proprietários rurais, constituída por sitiantes e latifundiários, e o industrial (o usineiro algodoeiro).

Portanto, a forma de organização social do sistema coronelista comporta uma ordem econômica subjacente determinante das relações horizontais, por intermédio das relações comerciais da usina de transformação do produto agrícola, e verticais, por meio das relações sociais de produção vigentes na fazenda, que produzem uma articulação estratégica de domínio e controle do processo eleitoral nas disputas partidárias do poder local.

No Rio Grande do Norte, na Primeira República, dois blocos de interesses econômicos disputavam o comando da política potiguar: o bloco do litoral, vinculado ao açúcar, e o bloco algodoeiro, instalado no sertão e no agreste. Por quase todo o período da Primeira República, o poder estadual encontrou-se nas mãos do grupo açucareiro e só no final da República Oligárquica houve a ascensão do bloco algodoeiro, por intermédio de dois governadores: Dr. José Augusto Bezerra de Medeiros (1924-28) e Dr. Juvenal Lamartine de Faria (1928-30).

Processo de Ruptura Econômica: 1930/45.

A inserção das multinacionais algodoeiras no mercado nordestino provoca uma desestruturação nas relações de comercialização do produto agrícola, pois introduz um novo agente no processo de compra da produção rural: o *corretor*. Doravante, ocorre uma redefinição no sistema de compra da produção dos produtores rurais, quer pequenos, médios ou grandes cultivadores, pois se instalou um sistema mercantil não mais com base na posse do produto agrícola e, sim, na transferência da produção rural entre o produtor e o agente funcional, neste caso, o corretor da usina algodoeira. Portanto, implanta-se o *sistema de transferência, em substituição ao sistema de posse* do produto algodoeiro e, então, altera-se a composição anterior vigente na estrutura econômica da economia algodoeira, base de sustentação do poder político do bloco hegemônico do Estado potiguar: a fração algodoeira do sertão do Seridó potiguar. Deste modo, ocorre a ruptura econômica da estrutura de sustentação do bloco algodoeiro que havia se apropriado do comando político do Estado potiguar, no final da República Oligárquica.

Processo de Ruptura Política: 1945-64 (1950)

Com a redemocratização do país, após 1945, a lógica de redefinição das relações de mercantilização da produção agrícola projeta-se no processo eleitoral e, então, implanta-se o sistema de barganha econômica nas disputas pela votação da massa votante cativa do coronelato rural. Aquele eleitorado, participante do processo eleitoral por intermédio das relações de dominação e dependência pessoal do homem do campo ao coronel, passa a ser aliciado por uma recompensa monetária e, assim, o seu voto ganha um preço no mercado eleitoral, torna-se fonte de vantagens materiais pelo apoio político, intermediada a transação por um agente político denominado de cabo eleitoral. Com o sistema de compra e venda do voto, implanta-se o mercado eleitoral e, assim, instala-se o processo de expulsão dos votos cativos do coronel.

O Dr. José Augusto Bezerra de Medeiros, tradicionalíssimo político do Seridó e líder estadual, oriundo da República Velha, registra a percepção das mudanças eleitorais ao amigo Nilo Pereira. E, inclusive, o fator decisivo da sua derrota, nas eleições de 1954: “voto... hoje, é uma mercadoria, sujeita as oscilações do mercado” (SOARES NETO, 1984, p. 103).

Bezerra (1982) registra o fato de que Dinarte de Medeiros Mariz, usineiro algodoeiro do Seridó potiguar e ex-governador do Rio Grande do Norte, em carta a outro usineiro e Deputado Theodorico Bezerra, solicita ajuda, pelos riscos da campanha política ditada pelo mercado eleitoral: “salve-me, porque se eu não for eleito senador, me aniquilo financeira e comercialmente” (p. 143).

Portanto, o processo de ruptura de domínio do sistema coronelista encontra no mecanismo de compra e venda do voto o recurso de fissura na estrutura de mando do coronel da zona rural, na década de 1950, pois o sistema de compra e venda do voto não pertence ao sistema de recrutamento eleitoral do sistema de mediação do coronel. Não acontece a barganha eleitoral na estrutura de dominação do coronelato rural, pois o voto-de-cabresto ainda não se constitui um bem de troca, com valor no mercado eleitoral. Desta forma, percebe-se que o coronelismo é negado pelo sistema de compra e venda do voto, no qual emerge a intermediação do cabo eleitoral. Assim, a ação intervencionista do cabo eleitoral retira o coronel do comando do processo de mediação eleitoral no campo. É, pois, o *sistema de intermediação* mercantil do cabo eleitoral a negação do *sistema de mediação* do coronel!

Clientelismo Estatal: pós-1964

No Rio Grande do Norte, o resgate da atuação do MOBREAL (Movimento Brasileiro de Alfabetização) registra um movimento histórico a ser conhecido: em 8 de setembro de 1970, instala-se o Programa de Alfabetização Funcional, atendendo a 5.087 alunos, em 17 municípios do Estado. No ano de 1973, todos os 150 municípios estavam vinculados ao Programa Educacional, com 135.679 alunos matriculados. Inicialmente, os esforços concentraram-se na alfabetização; porém, gradativamente, outros programas foram implantados, como o Programa Cultural, que desempenhou uma função de mobilização na ação comunitária (FUNDAÇÃO MOBREAL, 1984). Neste sentido, houve a realização de encontros promovidos pelo Mobral e, então, o primeiro encontro foi o

Encontro dos Servidores Municipais Anônimos da Comunidade, na zona urbana de Natal⁵. Da mobilização, foram criados três grupos de associações: a associação das lavadeiras, a associação dos carroceiros e a dos ambulantes. Posteriormente, diversos encontros envolveram os agentes comunitários e os representantes das Comissões Municipais e, assim, percebia-se a “eficácia da ação comunitária... seus frutos eram bastante satisfatórios para que parassem por ali” (p. 55). Neste sentido, o envolvimento com o grupo das parteiras, num encontro de Natal, congregou 570 representantes de todas as regiões do Estado potiguar, no ano de 1980. Posteriormente, realiza-se o I Encontro das Prostitutas, em julho de 1980, que reuniu 510 representantes de 78 municípios. Em seguida, ocorre o I Encontro dos Curandeiros e Rezadeiras, com 567 representantes. Em novembro de 1981, realiza-se o Encontro Estadual de Lavadeiras, com a participação de 1102 mulheres de 32 municípios. Em março de 1981, ocorre o I Encontro dos Poetas Populares, com 111 participantes de 74 municípios (FUNDAÇÃO MOBREAL, 1984).

Durante o período de 1978-81, a Coordenação Estadual promoveu “diversos encontros com os grupos mais representativos das comunidades necessitadas do Estado, ouvindo de perto suas reclamações e fazendo um levantamento e diagnose das dificuldades enfrentadas pelo povo no seu dia-a-dia” (p. 68). Então, o Mobral teve a ideia de promover um encontro com os prefeitos, vice-prefeitos e vereadores, denominados de agentes municipais, para que tomassem ciência dos reclames do eleitorado. Assim, fechou-se um ciclo, com o I Encontro de Agentes Políticos Municipais do Rio Grande do Norte, em dezembro de 1981, com 800 agentes políticos municipais. O Governador Lavoisier Maia, em discurso de abertura, afirmou: “o vereador é a base política do sistema de qualquer força” (p. 72).

Destacando-se a eficácia da metodologia clientelista, deve-se mencionar que, na realidade do Estado potiguar, a proposta viabilizou a permanência por 16 anos da família Maia: Tarcísio Maia (1975-79), por via indireta, Lavoisier Maia (1979-1982), ainda por via indireta, e José Agripino Maia (1982-1986 e 1990-94); ambas as eleições por consulta direta da população. No primeiro mandato deste último, a Secretária de Bem-Estar Social foi a esposa do ex-governador Lavoisier Maia, a assistente social Vilma Maia, que foi a gestora da condução da metodologia clientelista, a nível estadual, no período mencionado. Posteriormente, mesmo separada do ex-marido, tornou-se prefeita de Natal e é, atualmente, governadora do Rio Grande do Norte (2003-2006 e re-eleita para um segundo mandato).

Ilustrando-se a metodologia do clientelismo estatal e enfocando-se a questão no vizinho Estado da Paraíba, o Plano do Povo: Reivindicações Comunitárias, 1987-1991⁶, estabelece diretrizes da ação comunitária que destaca a equipe de mobilização e articulação e as comissões municipais dos agentes comunitários que, na sua implantação e execução metodológicas, demonstram a criação e recriação de estruturas de vinculação

⁵ A denominação Servidores Municipais Anônimos envolveu lavadeiras, carroceiros, engraxates, sorveteiros, jornaleiros, pipoqueiros e outros tipos de ambulantes, segundo a Fundação Mobral, 1984.

⁶ Tornou-se oficial, pela publicação do Plano do Povo, Reivindicações Comunitárias, 1987-1991, por microrregião e município, do Estado da Paraíba.

da sociedade civil com a estrutura estatal, por intermédio das políticas sociais e da ação comunitária. Resgatando-se a estrutura informativa do documento oficial, percebe-se a metodologia intervencionista de mobilização e de ação comunitária, nas várias fases do processo histórico da experiência paraibana. Na instalação da proposta de inserção política, identifica-se o início do trabalho: “vamos formar uma comissão com representantes de vários setores, independente de políticos, com a função de mobilizar e informar a população sobre o que está acontecendo, colaborando com as ações do governo, fiscalizar, cobrar e ser uma ligação entre o governo e a comunidade”⁷. Em seguida, registra-se a importância do envolvimento da comunidade, a nível estadual: “pela primeira vez no Estado, se reúnem em assembleias, pessoas, nos 171 municípios pra discutirem um Plano de Governo. A gente saiu daqui com o pensamento de continuar mobilizado (Município de Patos, p. 15)”. Posteriormente, expõem o vínculo subjacente da metodologia estatal: “num governo votado pelo povo, jogou a proposta na mão das comunidades para dizerem o que querem, o que precisam. Esse é um ato de amizade e de retribuição ao voto que demos a ele (Município de Catingueira, p. 15)”. Fechando o processo de recriação eleitoral, pela via estatal, no sistema de distribuição de recursos públicos e apoio político da comunidade, a percepção do homem do campo: “agora o povo sertanejo está sabendo o valor que tem o nosso voto” (Município de Boqueirão dos Cochos, p. 23).

Conclusão

Na primeira fase, o período de 1889-1930, Dantas (1987) e Barreira (1992) entendem que o fundamento do poder do coronel encontra-se determinado pelo uso da violência política que o controle da coerção propicia ao coronel. Soares Neto (1984 e 2003) afirma não existir o sistema de compra e venda do voto no reduto coronelístico e que o voto representa uma manifestação de lealdade como expressão da relação de dominação e dependência pessoal do morador ao dono da terra. Saes (1978) argumenta que “*nem a barganha, nem a violência podem substituir (ou coexistir com) a dominação pessoal como fundamento das práticas do coronelismo*” (p. 83).

Referindo-se à segunda fase, para o período de 1930-45, Dantas (1987) destaca a honra social, o prestígio social como um elemento primordial da estrutura coronelística oriunda da Primeira República. Barreira (1992), ao reconhecer a segunda fase o período de 1945-64, identifica o mecanismo do voto com valor e o aliciamento agenciado pelo cabo eleitoral na zona rural como um fenômeno de registro da expressão política dos proprietários de terra. Soares Neto (1984 e 2003) identifica que ocorre um processo de ruptura em duas dimensões: a econômica, de 1930-45, e a política, de 1945-64, com ênfase na ruptura política na década de 1950. Na primeira, a ruptura econômica, destaca a intervenção do corretor no sistema de comercialização da produção algodoeira e a redefinição das relações de comercialização da produção agrícola. Na segunda, a rup-

⁷ Governo do Estado da Paraíba, Plano do Povo: Reivindicações Comunitárias, 1987-91, Município de Diamante, p. 23.

tura política, como prolongamento da lógica intervencionista do agente comercial (o corretor), aparece o cabo eleitoral que agencia o sistema de compra e venda do voto no reduto cativo do coronel, visando retirar do coronel o controle do processo eleitoral no campo.

Se as análises de Dantas (1987) e Barreira (1992) partem de premissas não-verdadeiras para a caracterização do fundamento das práticas coronelísticas na Primeira República, então, as suas posteriores interpretações encontram-se enviesadas e insustentáveis na construção da argumentação histórica do fenômeno, ora a honra social (Dantas, 1987), ora o voto com valor e o agenciamento do cabo eleitoral (Barreira, 1992). Se existe prestígio social como fonte do seu poder no período de 1930-45, qual o fundamento da emergência da honra social, se as milícias particulares não servem mais como base de sustentação do poder? O registro, no período de 1945-64, da presença do voto com valor, com o agenciamento do cabo eleitoral, traz uma convergência de fundamentação histórica entre as interpretações de Barreira (1992) e Soares Neto (1984 e 2003). Entretanto, como Barreira (1992) partiu de uma premissa falsa, a violência política como fundamento da prática coronelística, então, tornou-se incompreensível, historicamente, o significado do sistema de compra e venda do voto e o papel de aliciamento da massa votante pelo cabo eleitoral. Ou seja, ocorre o registro de um movimento histórico, o mercado eleitoral e o sistema mercantil do cabo eleitoral, porém, sem uma compreensão do que significa aquele processo de intervenção do intermediário político no reduto cativo do coronel. O processo intervencionista do cabo eleitoral, pelo sistema de compra e venda do voto, no reduto cativo do coronel, na realidade, significa o movimento de ruptura da estrutura de poder do coronelato rural, pois o aliciamento mercantil da massa votante dependente representa a expulsão dos votos cativos da relação de dominação e dependência pessoal do sistema coronelista, na década de 1950, segundo Soares Neto (2003).

Na terceira fase, Dantas (1987) destaca o voto como fonte de legitimação, a partir de 1945. Em função da importância do controle do voto, emerge o papel do cabo eleitoral como elemento de ligação entre os dois pólos da relação política: o coronel e a massa votante rural. Daí, a transformação do voto em mercadoria, com o poder de barganha do eleitorado. Barreira (1992) identifica que, no período pós-1964, ocorre a ruptura da dominação pessoal e novas mediações surgem como as Institucionais: Estatal, pelo INCRA; pelo Sindicato de Trabalhadores Rurais e a Igreja Católica.

Novamente, os registros históricos dos analistas Dantas (1987), no pós-1945, e Barreira (1992), no pós-64, atestam a convergência apenas histórica com a argumentação demonstrada por Soares Neto (1984 e 2003). Entretanto, a intervenção do Estado representa, via políticas sociais e ação comunitária, na ótica interpretativa deste último analista, a instalação do clientelismo estatal, pela intermediação do líder comunitário, na organização da sociedade civil. A metodologia das políticas sociais que o regime militar instalou e que visou garantir a legitimação do Estado Autoritário pós-64. O processo de ruptura da dominação social e as novas mediações identificadas por Barreira (1992), na realidade, aconteceram num período anterior e as “intermediações” institucionais tornaram-se a implantação do clientelismo estatal que “recriou” os clientes ex-

pulsos pelo processo de compra e venda do voto na década de 1950, no agenciamento do cabo eleitoral.

Na política de clientela, assim como o sistema de mediação do coronel, fundamentado nas relações de dominação e dominação pessoal do morador ao proprietário da terra, foi superado pelo sistema de intermediação mercantil do cabo eleitoral, no método de compra e venda do voto, no mercado eleitoral; também a barganha eleitoral passou por um processo de superação pela estratégia das políticas sociais e da ação comunitária, pela via do líder comunitário. Portanto, no confronto dos dois sistemas de mobilização política no campo na sociedade nordestina, o de mediação e o de intermediação, ocorre o surgimento dos papéis de três articuladores eleitorais: o do coronel, no sistema de mediação; e o do cabo eleitoral e do líder comunitário, no sistema de intermediação. Ambos os sistemas (mediação e intermediação) inseridos na política de clientela.

E para aquecer a reflexão e o debate teórico, além de sinalizar a continuidade da questão e a inserção do tema na atualidade, como se deve compreender, historicamente, o papel dos militantes partidários como articuladores da política ideológica em contraposição à política de clientela?

Cícero José Alves Soares Neto é doutor em Sociologia pela UnB, 2003. Professor Adjunto 3 do Departamento de Filosofia da UFU. cicerojasn@defil.ufu.br

Referências Bibliográficas

ALBUQUERQUE, Ulysses L. de. *Sertanejo e o sertão. Moxotó brabo. Três ribeiras, reminiscências e episódios do cotidiano no interior de Pernambuco*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1989.

ANDRADE, M. A Alonso de. *Clientelismo e máquina estatal nas eleições de 1982*. Pessoa: NDIHR, 1985.

_____. *Neo-coronelismo e perspectivas eleitorais na Nova República*. João Pessoa: NDIHR, 1985a.

_____. "Notas sobre clientelismo, coronelismo e representação política". *Humanidades e Ciências Sociais*. João Pessoa, 2 (3):175-182, jul/set 1988.

ATTWOOD, D. S. "Patrons and mobilizers: political entrepreneurs in an agrarian state". *Journal of Anthropological Research*, New Mexico, 30(4): 25-41, 1974.

BARREIRA, César. *Trilhas e atalhos do poder: conflitos sociais no sertão*. Rio de Janeiro: Rio Fundo, 1992.

BEZERRA, Lauro G. *Majó Theodorico: o Imperador do Sertão*. Natal: RN/Econômico, 1982.

BOISSEVAIN, J. "Patrons as brokers". *Sociologische Gids*, Holanda, 16(6): 379-386, 1969.

_____. "Patronage in Sicily". *Man*, London, I (1): 18-33, mar 1966.

CARVALHO, Rejane V. A "Coronelismo e neo-coronelismo: eternização do quadro de análise política do nordeste". *Cadernos de Estudos Sociais*, Recife, 3 (2): 193-206, jul./dez. 1987.

DANTAS, Ibaré. "Mutações do coronelismo", in: *Coronelismo e dominação*. Aracaju: UFSE, 1987.

FAORO, Raimundo. "Sistema coronelista", in: *Donos do poder: formação do patronato político nacional*. 5 ed. Porto Alegre: Globo, 1979.

FOSTER, G. M. Dyadic contract: a model for the social structure. *American Anthropologist*, Lancaster, 63(6):901-919, dez 1961.

MOBRAL. *Rio Grande do Norte; redenção de uma serra*. Rio de Janeiro: MOBRAL, 1984.

FURTADO, João Maria. *Vertentes: memórias*. 2 ed. Natal: Clima, 1989.

HALL, Anthony. "Patron-client relations: concept and terms". *Journal of Peasant Studies*, Londres, 1(4): 506-9, jul 1974.

HERMET, J. LINZ, J; ROQUIÉ, A *Para que sirven las elecciones?* México: Fondo de Cultura Económica, 1992..

JAGUARIBE, Hélio. "Política de clientela e política ideológica: ensaios de interpretação da situação política brasileira". *Digesto Econômico*, Rio de Janeiro, 68:41-62, jul. 1950.

KENNY, Michael. Patterns of patronage in Spain. *Anthropological Quarterly*, Washington, 33(1):14-23, 1960.

LEAL, V. N. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo*. 4 ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1978.

MAYER, Adrian C. Importancia de los cuase-grupos en el estudio de las sociedades complejas, in: BANTON, M. *Antropología social de las sociedades complejas*. Madri: Alianza, 1980.

MONTENEGRO, M. L. de S. *Análise dos planos de intervenção do SAR no meio rural*. Recife,

1978. Dissertação de Mestrado defendida na Sociologia, Universidade Federal de Pernambuco.

ONTANEDA, N. M. *Clientelismo y dominio de clase: el modo de obrar político en Colombia*. Bogotá: Cinep, 1977.

PAINÉ, Robert. "Theory of patronage and brokerage", in: *Patrons and brokers in east Africa*. Canadá: Memorial University of Newfoundland, 1971.

QUEIROZ, M. I. P. de. "Coronelismo numa interpretação sociológica", in: *Mandonismo local na vida política brasileira e outros ensaios*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1976.

SÁ, M. A. F. de. *Dos velhos aos novos coronéis*. Recife, 1978. Dissertação de Mestrado defendida na Sociologia, Universidade Federal de Pernambuco.

SAES, Décio A. M. "Coronelismo e estado burguês: elementos para uma reinterpretação". *Estudios rurales latinoamericanos*, Bogotá, 1 (3): 68-93, 1978.

SILVERMAN, Sydel. Patronage and community-nation: relationship in Central Italy. *Ethnology*, Pittsburgh, 4 (2): 172-189, 1br 1965.

SINGER, Paul. "Política das classes dominantes", in: IANNI, O. et alii. *Política e revolução no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1966.

SOARES NETO, C. J. A. *Seridó e os "votos de porteira batida": 1889-1930*. Um estudo monográfico sobre o coronelismo no Rio Grande do Norte. Campinas, 1984. Dissertação de Mestrado defendida na Sociologia, Universidade Estadual de Campinas.

_____. *Processo de ruptura do voto-de-cabresto do coronelismo: Seridó Potiguar (1950)*. Brasília, 2003. Tese de doutorado defendida na Sociologia, UnB.

VILLAÇA, M. V. ALBUQUERQUE, R. C. de. *Coronel, coronéis*. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro Brasília: UnB, 1978.

WOLF, Eric. "Aspects of group relations in a complex society: México". *American Anthropologist*, Lancaster, 58 (6): 1065-1078, dez 1956.

Antiformalismo jurídico *versus* jusnaturalismo: uma releitura crítica

Juridical antiformalism vs. natural law: a critical review

CLARISSA FRANZOI DRI

Resumo: O artigo propõe-se a uma revisão da literatura acerca das noções de jusnaturalismo e juspositivismo, dicotomia antiga mas ainda presente nos debates jurídicos contemporâneos. Esse debate é vinculado ao antiformalismo jurídico, conceito que remonta ao início do século XX e é pouco explorado pela doutrina brasileira. Os objetivos centrais são discutir a suposta vinculação das doutrinas antiformalistas ao direito natural e oferecer um novo olhar visando à utilização concreta desses conceitos.

Palavras-chave: Jusnaturalismo. Juspositivismo. Antiformalismo jurídico.

Abstract: This paper intends to organize a literature review on the natural and positive law concepts, which correspond to an ancient but still present dichotomy. This debate is related here to the juridical antiformalism, doctrine existing since the beginning of the 20th century but little used by Brazilian authors. The main goals are to discuss the supposed linkage between the antiformalist and natural theories and to propose a new perspective aiming at the concrete use of these concepts.

Keywords: Natural Law. Positive Law. Juridical antiformalism.

1. Introdução: o nascimento do antiformalismo como teoria jurídica

Embora antiga e aparentemente superada, a dicotomia entre jusnaturalismo e juspositivismo continua atual, ainda que se modifiquem os enfoques e a terminologia¹. Um exemplo é o debate suscitado pelas doutrinas antiformalistas, surgidas no início do século XX como contraposição ao paradigma formalista dominante. Historicamente, o formalismo prioriza os modos de produção do direito, sem indagar-se sobre seus valores, originando contornos teóricos bem definidos mas vazios de substância. O antiformalismo introduziu a preocupação com o conteúdo das matérias a serem reguladas pelo direito, a partir do entendimento de que a estrutura jurídica não se desvincula dos fins ideológicos a serem perseguidos, sem desconsiderar os aspectos formais.

¹ ADEODATO, 2006. p. 121. “Toda a tradição do pensamento jurídico ocidental é dominada pela distinção entre ‘direito positivo’ e ‘direito natural’, distinção que, quanto ao conteúdo conceitual, já se encontra no pensamento grego e latino” (BOBBIO, 1995, p. 15).

Como conjunto teórico relativamente harmônico e organizado, a teoria antiformalista remonta ao final do século XIX. O desenvolvimento do capitalismo, os novos interesses e conflitos das massas populares e os progressos científicos gerados na etapa posterior à revolução industrial estimularam o surgimento de interpretações que questionavam o rigor conceitualista e o distanciamento entre a teoria jurídica da época e a dinâmica social (WOLKMER, 2006, p. 200). Diferentes reações provenientes da sociedade começaram a influenciar o discurso e a prática dos juristas, majoritariamente inseridos na lógica do positivismo jurídico formalista. As mudanças doutrinárias ganham expressão com a jurisprudência teleológica (Rudolf von Jhering), com a corrente do direito livre (Oscar Bülow, Eugen Ehrlich e Hermann Kantorowicz) e com a crítica jurídica materialista (Karl Marx)². Nos primeiros anos do século XX, não-distantes do movimento do direito livre, destacaram-se, na França, León Duguit e Maurice Hauriou, cujas lições serviram de alicerce às teorias antiformalistas do direito internacional público desenvolvidas por Georges Scelle e Santi Romano, respectivamente. Concebendo o Estado como somente uma das muitas formas de organização social, essas teorias prescindem de sua figura para explicar o direito internacional. Para a escola sociológica de Scelle, mais centrada no indivíduo, o direito fundamenta-se nas relações entre as pessoas e entre as sociedades³. No caso do institucionalismo de Romano, não é o indivíduo, mas são os agrupamentos humanos, entendidos como instituições sociais, que, ao interagirem, identificam-se ao direito⁴.

² Sobre as ideias defendidas por essas escolas, veja *ibid.*, p. 200-220 e TANZI, 1999.

³ As principais obras de Georges Scelle são *Précis de Droit des Gens* (1932), *Règles Générales du Droit de la Paix* (1933) e *Manuel du Droit International Public* (1948). Para mais informações sobre sua vida e sua obra, veja ROUSSEAU, Charles. Georges Scelle (1878-1961). *Revue Générale de Droit International Public*. Paris, v. XXXII, n. LXV, p. 5-19, 1961 e TANCA, Antonio. Georges Scelle (1878-1961): biographical note with bibliography. *European Journal of International Law*, Oxford, v. 1, n. 1/2, p. 240-249, 1990. Sobre a teoria de Scelle, veja THIERRY, Hubert. The Thought of Georges Scelle. *European Journal of International Law*, Oxford, v. 1, n. 1/2, p. 200, 1990; KOPELMANAS, Lazare. The ideas of Georges Scelle and their possible application to some recent problems of international law. *Journal du Droit International*, ano 88, n. 2, p. 350-375, p. 362, jan.-mar. 1961 e DUPUY, René-Jean. Images de Georges Scelle. *European Journal of International Law*, Oxford, v. 1, n. 1/2, p. 237, 1990. Outros internacionalistas também seguiram a abordagem sociológica antiformalista proposta por León Duguit. Entre eles, destacam-se Charles de Visscher, Nicolas Politis e Marc Réglade. Veja VISSCHER, Charles de. *Teorías y Realidades en Derecho Internacional Público*. Barcelona: Bosch, 1962; POLITIS, Nicolas. *Les Nouvelles Tendances du Droit International*. Paris: Hachette, 1927; POLITIS, Nicolas. *La Morale Internazionale*. Neuchâtel: La Baconnière, 1943 e RÉGLADE, Marc. Perspectives qu'ouvrent les doctrines objectiviste du Doyen Duguit pour un renouvellement de l'étude du Droit International Public. *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, v. IV, n. XXXVII, p. 381-419, 1930.

⁴ As principais obras de Santi Romano são *L'Ordinamento Giuridico* (1918), *Principi di Diritto Amministrativo Italiano* (1901), *Corso di Diritto Coloniale* (1918), *Corso di Diritto Internazionale* (1926), *Principi di Diritto Costituzionale Generale* (1945), *Frammenti di un Dizionario Giuridico* (1947) e *Scritti Minori* (1950). De outros autores institucionalistas, veja MANCINI, Pasquale

A consideração dessas teorias na tentativa de compreensão do direito internacional contemporâneo representa uma significativa mudança de paradigmas. Ousa-se questionar o dogma estatal de origem moderna. Aceitam-se como obsoletas certas construções racionais iluministas que encorajaram o domínio do direito positivo sobre os homens. Buscam-se fundamentos temporal e substancialmente mais próximos da realidade atual para explicá-la – note-se o fenômeno da integração regional. É reconhecida uma pluralidade de atores internacionais, vinculados ou não ao Estado, que procuram, com objetivos diversos, ser vistos e ouvidos para além das fronteiras nacionais.

Os possíveis efeitos de uma interpretação antiformalista do cenário internacional não são, contudo, objeto desse trabalho. O artigo propõe-se, mais modestamente, a apresentar os fundamentos teóricos de uma das principais críticas ao antiformalismo: sua aproximação com o jusnaturalismo. O objetivo central é, portanto, tecer uma releitura crítica das relações entre teoria antiformalista, direito natural e direito positivo. Uma análise dos pressupostos históricos dessas doutrinas parece importante para elucidar o pretense perfil jusnaturalista do antiformalismo.

2. Do jusnaturalismo ao juspositivismo

Embora sejam numerosas as críticas recebidas pelas teorias antiformalistas sociológica e institucionalista, elas podem ser enquadradas em três grupos principais. Em geral, os antiformalistas são acusados de (1) expandir as fronteiras do direito para além do mundo jurídico, (2) entender o direito vivo como simples resultado de mutáveis exigências da produção e do consumo e (3) de representar um retorno à metafísica jus-

Stanislao. *Direito Internacional*. Ijuí: Unijuí, 2003; ANZILOTTI, Dionisio. *Cours de Droit International*. Paris: Panthéon-Assas, 1999; AGO, Roberto. Rencontres avec Anzilotti. *European Journal of International Law*, Oxford, v. 3, n. 1, p. 92-99, 1992 (em português, veja o inédito mimeografado *Encontros com Anzilotti*, com tradução de Daniela Ribeiro); GAJA, Giorgio. Positivism and Dualism in Dionisio Anzilotti. *European Journal of International Law*, Oxford, v. 3, n. 1, p. 123-138, 1992; ZICCARDI, Piero. Note sull'Opera Scientifica di Dionisio Anzilotti. *Comunicazioni e Studi*, Milano, v. 3, p. 7-42, 1950; NOLTE, Georg. From Dionisio Anzilotti to Roberto Ago: the classical international law of State responsibility and the traditional primacy of a bilateral conception of inter-state relations. *European Journal of International Law*, Oxford, v. 13, n. 5, p. 1083-1098, 2002; SERENI, Angelo Piero. *The Italian Conception of International Law*. New York: Columbia University Press, 1943; ZICCARDI, Piero. Il Diritto Internazionale nell'Insegnamento di Roberto Ago. *Rivista di Diritto Internazionale*, Milano, ano LXXVIII, fasc. 2, p. 305-323, 1995; AGO, Roberto. Diritto Positivo e Diritto Internazionale, in: *Scritti di Diritto Internazionale in Onore di Tomaso Perassi*. vol. 1. Milano: Giuffrè, 1957; AGO, Roberto. Pluralism and the Origins of the International Community. *Italian Yearbook of International Law*, n. 3, 1977; AGO, Roberto. Science Juridique et Droit International. *Recueil des Cours*, Den Haag, v. 90, p. 857-958, 1956; MIGLIAZZA, Alessandro. Roberto Ago. *Rivista di Diritto Internazionale*, Milano, ano LXXXI, 1998 (em português, veja o inédito mimeografado *Roberto Ago*, com tradução de Arno Dal Ri Jr); ZICCARDI, Piero. *La Costituzione dell'Ordinamento Internazionale*. Milano: Giuffrè, 2000.

naturalista⁵. A análise dessa última crítica parece ser essencial à compreensão das demais.

Enquanto os autores antiformalistas identificavam-se ao positivismo sociológico, posição que era compartilhada por muitos leitores, alguns estudiosos os acusavam de recorrer a abstrações metafísicas para explicar os fundamentos do direito. Evidentemente, esse entendimento tinha como parâmetro o fundamento positivista do direito – a norma – compreendida, até os dias de hoje, como uma base concreta e legítima para o fenômeno jurídico. No entanto, foi justamente o problema das fontes do direito e a possibilidade de existência de lacunas na legislação que conduziu muitos teóricos a ultrapassar o fetichismo da lei e a reconstruir, para além dela, fundamentos superiores de integração (TRUYOL Y SERRA, 1951, p. 67). Apesar das manifestas diferenças entre as doutrinas antiformalistas, elas teriam em comum o fato de afirmar a existência de princípios da vida social fundados na natureza das coisas e do homem que deveriam ser traduzidos pelo direito positivo. O direito objetivo de Romano e de Scelle, segundo eles, não se confundiria com o direito natural, mas ocuparia o mesmo lugar que este em relação ao direito positivo. Duguit, por sua vez, argumentava que o direito objetivo seria histórico e concreto, enquanto o direito subjetivo se revelaria natural e idealista (DUGUIT, 2004, p. 27). Mas esse materialismo era relativizado pela defesa da perfeita harmonia entre interesses individuais e coletivos e da complementaridade das necessidades sociais, isto é, na solidariedade.

2.1. *Concepções históricas do jusnaturalismo*

A ideia de direito natural remonta à Antiguidade, mas os preceitos pelos quais é conhecido hoje se afirmaram na Idade Moderna, sobretudo com os jusfilósofos Hugo Grotius, Thomas Hobbes, Gottfried Leibniz, Immanuel Kant, Jean-Jacques Rousseau, Samuel von Puffendorf, Christian Thomasius e Christian Wolff. Nem mesmo as inúmeras divergências entre essas teorias desautorizam a menção ao nascimento, na época, de uma escola do direito natural, devido à utilização comum do método racionalista. Segundo a visão jusnaturalista, existe uma ordem natural e eterna, que se traduz na existência de um universo já legislado. Como essas normas estão além do observável empiricamente pelos órgãos dos sentidos, elas somente podem ser compreendidas e aplicadas por meio da razão. A razão não trabalha, assim, sobre realidades concretas, “mas volta-se para si mesma e, num processo de pura intuição, descobre, no interior da consciência, os princípios universais dessa lei” (MARQUES NETO, 1982, p. 104). Nesse sentido, altera-se a compreensão sobre as tarefas do jurista: seu papel não se resume à interpretação de regras já dadas, mas deve abarcar a demonstração das regras universais de conduta. A fonte do direito não é o *corpus iuris*, mas a natureza das coisas. Os

⁵ Segundo Celso Fernandes Campilongo, essas e outras críticas são também dirigidas, mais amplamente, a todos os sociólogos do direito: “Teoria do Direito e Globalização Econômica”, in: SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (Coords). *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 77-92.

juristas podem continuar a comentar leis, ainda que o jusnaturalista não seja um intérprete, mas, com o auxílio da razão, um descobridor (BOBBIO & BOVERO, 1987, p. 23).

Essa racionalização, contudo, iniciou apenas um rompimento paulatino com o *jusnaturalismo teológico* lapidado pela escolástica medieval. Tratava-se de um direito estabelecido por Deus, cuja interpretação genuína somente poderia advir da Igreja. A hierarquia eclesiástica era o único elo autorizado entre o direito divino e natural e o direito empírico e real. Com o surgimento do Estado e o enfraquecimento do poder da Igreja, nasceu a ideia de um *jusnaturalismo antropológico*. Embora fundado na razão humana, não contesta o caráter divino do direito⁶. Prescinde-se, isso sim, de um intérprete oficial: basta o raciocínio humano para a dedução dos princípios naturais – indistintamente estabelecidos por Deus – que deveriam reger a conduta dos homens.

O mérito do jusnaturalismo dos primórdios da modernidade foi, assim,

romper com a desenfreada aplicação dos princípios escolásticos ao terreno do Direito, ajudando-o a libertar-se da carga teológica que o alienava da realidade social, bem como a retomar seu caráter autônomo como forma específica de conhecer. Mas, por outro lado, privilegiando excessivamente o papel da razão, elaborou um sistema de pensamento jurídico fechado em si mesmo, dentro da concepção de um direito supra-social, desligado das condições em que o homem efetivamente vive e se associa e, por isso mesmo, igualmente alienado da realidade social (MARQUES NETO, *Op. cit.*, p. 104-105).

Trocando uma metafísica por outra, o jusnaturalismo não foi capaz de responder às questões essenciais da práxis reguladora da conduta humana. Uma das principais dificuldades reside na impossibilidade de se extrair, da teoria jusnaturalista, critérios objetivos e histórico-críticos para a identificação do justo. A fundamentação abstrata da doutrina pode traduzir-se na ilusão da salvaguarda de direitos que, na verdade, persistem como bens da classe hegemônica. Quanto ao método, o jusnaturalismo é acusado de ter pretendido estudar o mundo da história da mesma forma que os cientistas investigam o mundo da natureza e, assim, acabou por desfigurá-lo. A crítica política revolucionária e a crítica metodológica não são, contudo, as responsáveis pelo progressivo desuso da doutrina. Essa tarefa coube, em verdade, à crítica política conservadora, que atribui ao caráter abstrato do racionalismo o incentivo à subversão da ordem constituída⁷. No início da modernidade, a legitimação do Estado nascente demandava a

⁶ “Note-se que nem o jusnaturalismo antropológico nega Deus, nem o teológico, a razão. Só que, agora, a razão não é apenas o meio para conhecer o direito emanado da divindade, mas passa a ser também a fonte de todo direito. A tradição e a autoridade cedem lugar ao que é, em uma palavra, ‘racional’” DEODATO, João Maurício, *Op. cit.*, p. 128. A Escola Clássica Espanhola, conhecida também como Segunda Escolástica e representada pelos teólogo-juristas Francisco de Vitória, Domingo de Soto, Luis de Molina, Gabriel Vazquez e Francisco Suarez esteve na base da passagem do direito natural teológico à doutrina do jusnaturalismo racionalista. WOLKMER, *Op. cit.*, p. 124.

⁷ As referidas críticas encontram fundamento e classificação em BOBBIO & BOVERO, 1987, p. 32-33.

constituição de um esquema que lhe conferisse o monopólio da criação, interpretação e aplicação do direito. A fonte por excelência do sistema jurídico não poderia estar na natureza, mas nas regras postas pelo Estado e inquestionavelmente seguidas pelos cidadãos. Essa necessidade foi razoavelmente atendida por meio do emprego de preceitos oriundos do positivismo jurídico⁸.

A preeminência do *jusnaturalismo democrático* marcou a transição para o modelo positivista. Como expressão da continuidade do processo laicizante jusnaturalista, essa corrente questiona a imutabilidade do direito racional. Devido à pluralidade do pensamento humano e à igualdade entre os homens, a maioria seria a detentora da legitimidade do direito e deveria decidir sobre os conflitos. A rigor, portanto, não há conteúdo: “o que a maioria decide é legítimo, pois legitimidade é a igualdade de capacidade política dos cidadãos” (ADEODATO, *Op. cit.*, p. 129). A lei surge como manifestação dessa vontade e, por meio do sistema representativo, liga-se intrinsecamente à ordem estatal moderna, constituindo seu viés jurídico por excelência⁹.

2.2. As bases do positivismo jurídico

Embora suas linhas delineadoras sejam bastante antigas, o uso da expressão “direito positivo” é relativamente recente, encontrando-se apenas nos textos latinos medievais (Ibid., p. 15). A expressão recebeu diversas acepções ao longo da história, mas designava, em geral, o direito escrito, posto, em contraposição ao direito natural, não-escrito e metafísico. Diferentemente, o positivismo jurídico surge somente com a centralização do poder na conformação do Estado moderno e não se confunde com o direito positivo. O positivismo refere-se a uma concepção do direito que o reduz ao direito positivo. Esse passa a ser considerado direito em sentido próprio, enquanto o direito natural, depreciado, é excluído da categoria de direito. “O positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo” (Ibid., p. 26. Grifo no original).

⁸ O positivismo jurídico deriva, em parte, do pensamento positivista científico, mas com ele não se confunde. Neste trabalho, trabalha-se essencialmente com a primeira noção. O positivismo, em sentido geral, surgiu na Europa, no século XIX. “Excetuando-se o kantismo, talvez nenhuma outra filosofia tenha alcançado tanto prestígio e difusão.” Mais do que uma doutrina filosófica, o positivismo define-se como um método que considera a experiência como único critério de verdade. Na filosofia moderna, a teoria surge com o empirismo inglês – Francis Bacon, John Locke e David Hume, propagando-se à França, onde Auguste Comte a difunde como sociologismo, cuja preocupação seria reformar a vida social e política nos moldes da ciência positiva. DIDONET, 1977, p. 11. Para um estudo aprofundado da doutrina, veja COMTE, Auguste. *Curso de Filosofia Positiva; Discurso sobre o Espírito Positivo; Discurso Preliminar sobre o Conjunto Positivo; Catecismo Positivista*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

⁹ Segundo Norberto Bobbio, são duas as principais idéias-matrizes que embasam o movimento pela codificação durante a formação do Estado moderno, ambas de marca nitidamente racionalista: pôr ordem no caos primitivo e fornecer ao Estado um instrumento eficaz para intervenção na vida social: BOBBIO, 1995, p. 120.

Apesar das várias construções teóricas que buscam explicar os fundamentos do positivismo¹⁰, é possível falar nos pressupostos gerais da doutrina¹¹ que se aplicam, na contemporaneidade, aos países que adotam o sistema romano-germânico¹². Em termos metodológicos, o juspositivismo sociológico, espécie doutrinária precursora, aceita como único direito existente aquele empiricamente observável. Preocupa-se com o direito que é, não com o direito que deve ser, a fim de proporcionar condições precisas de decisão aos tribunais. A atitude do jurista, nessa lógica, deveria se revelar avalorativa ou ideologicamente neutra. Como substrato teórico, a doutrina concebe o direito como resultado de um ato de poder competente. A produção do direito e as medidas coati-

¹⁰ Norberto Bobbio divide em seis as concepções fundamentais da teoria positivista: (a) teoria coativa do direito; (b) teoria legislativa do direito; (c) teoria imperativa do direito; (d) teoria da coerência do ordenamento jurídico; (e) teoria da completude do ordenamento jurídico e (f) teoria da interpretação lógica ou mecanicista do direito. Para ele, as três primeiras resistem às críticas, o que não ocorre com as três últimas. Estas, no entanto, não ocupam mais do que um papel secundário, enquanto as primeiras – válidas para o autor – constituem os pilares do positivismo jurídico. *Ibid.*, p. 147-222.

¹¹ O paradigma dogmático da ciência jurídica configura um duplo viés de recepção e de aplicação dos pressupostos juspositivistas. Dogmatismo significa “uma atitude de acatamento e submetimento do jurista ao estabelecido como Direito Positivo que, independentemente do seu conteúdo material (mutável), desempenha sempre a função de dogma. [...] O dogmatismo da Ciência Jurídica figura, portanto, como um ponto de partida; como uma atitude invariável de acatamento acrítico a um Direito que temporal e espacialmente varia.” O perfil de ciência prática, que é tradicionalmente atribuído ao direito, condiciona consideravelmente o paradigma dogmático. Reduz-se a ciência do direito a uma mera técnica de aplicação das leis, cuja finalidade é cumprir o ideal da segurança jurídica. “Tendo pontualizado que o Direito existe para se realizar e que em tal dimensão prática alcança sua vida e verdade, isto é, o seu próprio ser, Jhering pontualizou também que uma vez que os diferentes Direitos se cumprem todos e por toda parte da mesma maneira, seu conteúdo material pouco importa. O decisivo é que é possível determinar de uma forma geral e absoluta ‘como’ o direito se realiza. Por outro lado, sob esta relação existe um ‘ideal absoluto’ perseguido por todo o direito, qual seja, que o Direito deva realizar-se de um modo necessário, seguro e uniforme e, ademais, de uma maneira fácil e rápida, circunstância esta última que apresenta diferenças notáveis nas várias legislações. Sendo assim, todo o problema do tratamento do Direito radica em como se realiza. Trata-se de uma questão de forma, e não de conteúdo, ainda que este reverta inevitavelmente sobre aquela” (ANDRADE, 2003, p. 74 e 50-51).

¹² René David distingue três grandes sistemas no direito contemporâneo: a família romano-germânica, também conhecida como *civil law* ou *statue law* (direito estatutário ou legislativo), os direitos socialistas e a *common law* (direito consuetudinário). O autor evidencia, ainda, outras concepções jurídicas, como o direito muçulmano, o direito da Índia, os direitos do extremo oriente e os direitos africanos. A característica básica do direito romano-germânico, em contraposição à *common law*, reside na emanação e na positivação das normas jurídicas pelo poder soberano. O direito consuetudinário, por sua vez, consiste em regras adotadas por juízes para resolver uma controvérsia individual. Segundo o sistema do precedente obrigatório, as regras adotadas tornam-se impositivas para os sucessivos juízes. Todos os países da América do Sul fazem parte da família jurídica romano-germânica: DAVID, 2002.

vas que o assegurariam cabem exclusivamente ao Estado, seu critério último de legitimidade. Não se atenta para o conteúdo dessas normas, que são válidas desde que os requisitos hierárquicos encontrem-se satisfeitos¹³.

A teoria positivista encontra aperfeiçoamento e larga difusão com os trabalhos de Hans Kelsen, que lança as bases para o positivismo jurídico neokantiano¹⁴. O jurista alemão inicia seus estudos em um ambiente acadêmico altamente influenciado pelo normativismo, cujos objetivos eram assegurar a sistematização e a autonomia da ciência do direito (BILLIER & MARYIOLI, 2005, p. 195). Pela sistematização, buscava-se extrair do próprio material jurídico a coerência interna do sistema, sem recursos ao exterior. A autonomia referia-se ao pensamento jurídico realizado a partir dele mesmo, sem atenção a questões éticas, políticas, históricas, sociológicas ou psicológicas. Apoiado nesses pressupostos, Kelsen erige sua *teoria pura do direito*: a ciência jurídica deve ter um objeto genuinamente seu, livre de contaminações de outras ciências¹⁵. Para alcançar esse fim, o jurista reduz o direito à norma. Conteúdos políticos ou de outra natureza são estranhos ao direito, que tem por objeto a lei, não o fato. A validade de uma norma repousa,

¹³ Os referidos fundamentos teóricos e metodológicos da doutrina positivista encontram amparo em ADEODATO, *Op. cit.*, p. 130-131 e em BOBBIO, *Op. cit.* Segundo este autor, as características da teoria positivista que se ligam à figura estatal são resultado de um processo histórico, não de uma lógica decorrente do método positivista. A abordagem metodológica positivista, assim, não se vincula necessariamente ao Estado moderno, podendo eventualmente existir em outros contextos, mas historicamente a ele se vinculou. Veja *ibid.*, p. 29 e ANDRADE, *Op. cit.*, p. 59-61.

¹⁴ Na segunda metade do século XIX, manifestou-se na Alemanha, na França e na Inglaterra uma notável e difusa tomada de interesse pela filosofia de Immanuel Kant. Isso na esteira da crescente difusão das idéias positivistas, como reação à crise que atravessava o idealismo de Hegel, mas também, e sobretudo, devido à aceleração do desenvolvimento das ciências em numerosos campos, desenvolvimento que por um lado parecia pedir uma renovada reflexão filosófica sobre problemas do conhecimento, e do outro colocava, como no caso das novas geometrias, a questão de uma diferente fundação das verdades axiomáticas em relação à estrutura do espaço. O neokantismo influenciou diferentes campos e setores de pesquisa: sociologia (Simmel e Weber); filosofia do direito (Stammler, Radbruch e, sobretudo, Hans Kelsen); teorias políticas, particularmente as de orientação socialista e social-democrata; filosofia da religião (Rudolf Otto). Mesmo reconhecendo numerosos elementos comuns entre a retomada kantiana e os positivistas, deve ser esclarecido que entre os favoráveis a um retorno a Kant e os positivistas corriam muitas diferenças. Os primeiros reconheciam no conhecimento científico dos fenômenos uma validade de fundo, mas eram interessados principalmente em uma abordagem crítica e não dogmática; contestavam o conhecimento científico como simples acúmulo de dados e teorias; repropunham com grande força a atenção não sobre o conhecido, ou seja, o objeto da ciência, mas sobre como se conhece, ou seja, o processo cognitivo.

¹⁵ “A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo. [...] Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer seu próprio objeto. [...] Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir desse conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos” (KELSEN, 1976, p. 17).

assim, em sua mera vigência, enquanto que a eficácia social é relegada a um plano diferente do jurídico. “Qualquer indagação que vise a esclarecer o *porquê* de devermos nos conduzir de determinada maneira, e não de outra, terá como resposta um simplista *porque-a-lei-assim-o-ordena*” (MARQUES NETO, *Op. cit.*, p. 128. Grifo no original). Os problemas da validade e da legitimidade são resolvidos com critérios estritamente formalísticos: a norma fundamental, realizada por meio da constituição, consiste no parâmetro de todo o sistema.

A teoria kelseniana rejeita, evidentemente, a concepção jusnaturalista. A validade e a unidade da ordem jurídica não podem, segundo Kelsen, advir de preceitos de justiça situados fora do ordenamento positivado. Isto é, não são baseadas em conteúdos jurídicos, mas em sua forma – o mundo criador das normas jurídicas (BILLIER & MARYIOLI, *Op. cit.*, p. 205). O direito é produto da vontade do legislador, não da razão: a preocupação estética prevalece sobre a consideração da ética. A construção formalista kelseniana, apesar das incongruências internas¹⁶ e das censuras ideológicas que sofre, ainda é predominante nos sistemas jurídicos ocidentais, em que se inserem os países sul-americanos.

Esse segundo gênero de críticas é marcado, sobretudo, pela necessária vinculação social das normas jurídicas. A substituição da legitimidade pela legalidade e da função social do sistema jurídico por sua lógica teórica o aparta inevitavelmente da realidade que deve regular.

O *formalismo*, cujas construções são apoiadas sobre um discurso abstrato, de proposições reduzidas, é insuficiente para explicar o direito. Este, ainda quando concebido no plano abstrato, é objeto histórico-cultural, apresentando-se, hoje, “como o produto de uma inabarcável complexidade causal que impossibilita, por completo, explicações integralmente lógicas ou racionais” (ibid, p. 26).

Tais críticas desnudam o mito da neutralidade do juspositivismo. Além das facetas metodológica e teórica, a doutrina tem um viés fortemente ideológico, o que lhe

¹⁶ Sobre as dificuldades internas do normativismo, veja *ibid.*, p. 211-213. As principais críticas referem-se à separação entre direito e fato e entre direito e moral, e à criação autopoiética das normas jurídicas. Importa considerar, no entanto, que Kelsen modificou sua concepção no último período de sua carreira. A norma jurídica não teria mais a juridicidade, seu elemento ideal constitutivo, mas seria um fato. “Essa posição aproxima Kelsen do realismo jurídico norte-americano, que no início do século XX se levantou contra o formalismo jurídico e, mais precisamente, contra suas operações de dedução lógica, afirmando que o direito não é senão a predição da *solução jurídica* que será enunciada pelos juízes em um caso litigioso concreto.” *Ibid.*, p. 225-226. Grifo no original. Por outro lado, afirma Eros Grau: “Fui um crítico exacerbado de Kelsen, ousadamente, até o momento em que verifiquei que há dois Kelsen: o verdadeiro, crítico formal do direito, e aquele em que o transformam alguns de seus leitores. Percebi, então, que minhas críticas a Kelsen deveriam ser não a ele destinadas, porém a alguns supostos kelsenianos, aqueles que fazem com que a teoria de Kelsen seja importante não pelo que estuda, mas sim pelo que deixa de estudar” (GRAU, 1996, p. 27).

permite defender certos interesses por trás da bandeira da imparcialidade. Esse caráter axiológico destaca-se, em primeiro lugar, no fato de, para o positivista, o critério de justiça coincidir com o de validade. Depois, nos fins que as normas “válidas” e “amorais” realmente buscam: ordem, paz e certeza jurídica¹⁷. No caso do positivismo, portanto, a própria postura anti-ideológica explicita seu conteúdo. O mero objetivo de descrição de um direito pretensamente puro, que não se indaga sobre a noção de justiça, presta-se a qualquer tipo de autoritarismo político, pois exerce precisamente a função ideológica de ocultar as contradições sociais intrínsecas ao Estado liberal¹⁸. Em termos históricos, responde justamente às necessidades desse individualismo liberalista, dominante na política e na economia a partir do século XVIII¹⁹.

O formalismo surge, então, como uma roupagem que encerra em si mesma um conteúdo. O suposto vazio material das teorias formalistas cede lugar a um objeto bem determinado e moldado pelos contornos que o envolvem. Não é prudente subestimar as influências recíprocas entre forma e conteúdo no estudo do direito. As lutas sociais que garantiram o desenvolvimento dos direitos humanos e conquistaram a promulgação das constituições refletem essa relação de mútua determinação. Se o positivismo fosse, de fato, desprovido de caráter ideológico, provavelmente não seria tão árdua e lenta a conquista de direitos sociais básicos, nem tão desejada a obtenção de garantias legais em relação ao poder estatal. De outra parte, os sistemas positivistas passaram a admitir, sem inconsistências aparentes, a constitucionalização de conteúdos éticos, o que significa que a neutralidade não é um pressuposto de sua lógica interna²⁰.

¹⁷ Sobre o juspositivismo como ideologia, veja BOBBIO, *Op. cit.*, p. 223-232.

¹⁸ MARQUES NETO, *Op. cit.*, p. 130. De outra parte, “talvez a ideologia implícita no kelsenianismo seja uma das principais razões de seu sucesso. Afinal, qual o Estado autoritário que não acolheria de bom grado uma doutrina que desvincula da ciência do Direito qualquer indagação acerca da validade social da norma jurídica, e que reduz, desse modo, o papel do jurista quando muito ao de um mero intérprete da legislação vigente, simplesmente aceita como um dogma e jamais questionada?” *Ibid.*, p. 130-131.

¹⁹ GRAU, *Op. cit.*, p. 27. Nesse sentido, Roberto Lyra Filho afirma que “a burguesia chegou ao poder desfraldando a bandeira ideológica do direito natural – com fundamento acima das leis – e, tendo conquistado o que pretendia, trocou de doutrina, passando a defender o positivismo jurídico (em substância, a ideologia da ordem assente)” (LYRA FILHO, 2003, p. 23). Já o sucesso pragmático do positivismo “parece estar ligado a uma adequação ao poder jurídico-político leigo característico da modernidade no Ocidente europeu, tendo em vista sua imensa disponibilidade de conteúdos éticos. No plano da teoria, o positivismo investe na tentativa de apresentar o direito (e outras formas de conhecimentos da sociedade) como uma ciência, privilegiando, na seqüência, seus aspectos técnicos. Está pronto o terreno para a dogmática jurídica como ‘tecnologia de controle social’” (ADEODATO, *Op. cit.*, p. 134).

²⁰ Sobre a passagem do Estado legal ao Estado constitucional de direito, veja CADEMARTORI, 1999, p. 15-42. Para José Joaquim Gomes Canotilho, somente se pode falar em Estado de direito mediante a assegução dos direitos fundamentais e de outras garantias materiais, que estão além da submissão do Estado ao direito formalmente considerado: CANOTILHO, 1999.

2.3. Um caminho ao inverso?

O *jusnaturalismo de conteúdo variável* pode ser compreendido como uma tentativa de aperfeiçoamento dos preceitos jusnaturalistas de modo a fazer frente aos postulados positivistas. A teoria entende que há uma ordem jurídica justa e flexível, “que não se confunde com o direito aplicado pelo poder efetivamente obedecido, a qual brotaria espontaneamente – ‘naturalmente’ – das características da comunidade” (ADEODATO, *Op. cit.*, p. 129). Nega-se, com isso, a universalidade e a imutabilidade do direito, que varia no tempo e no espaço, de acordo com a cultura da comunidade onde se insere. Tampouco se referendam os pressupostos de validade da doutrina positivista. Ao contrário, a concepção engloba um critério de justiça, que a considera inerente às práticas da vida em comunidade. Dentre todas, essa definição de jusnaturalismo aproxima-se com mais ênfase do gênero teórico desenvolvido pelos antiformalistas.

Embora permaneça o recurso a noções ideais e efêmeras, como a “natureza das coisas”, para explicar o fundamento do direito²¹, percebe-se, nessa corrente jusnaturalista, um germe de contestação à ordem assente mais ancorado na realidade social do que nas demais²². O direito natural como um todo sempre foi afeiçoável às reivindicações supraléguas – acima ou contra as leis – e, em consequência, muito propício ao uso pelos grupos dominados nos momentos de crise do direito positivo (LYRA FILHO, *Op. cit.*, p. 43-44). O problema reside justamente em apoiar a construção naturalista não na abstração, mas na história e no cotidiano de lutas das comunidades humanas. Nesse sentido, a cultura jurídica de um determinado povo poderia ser comparada, em última análise, à sua “natureza”.

Um direito natural de combate somente poderia nascer da elaboração social: a sociedade, assim como cria seu direito positivo, poderia criar também seu direito natural, segundo parâmetros culturais próprios²³. Não se afasta, com isso, o direito positivo. Trata-se de encontrar um fôlego dialético e pluralista, que supere as contradições entre positividade e justiça, entre os critérios formalistas e antiformalistas de produção e de

²¹ Ressalte-se que essa explicação é também herdada, parcialmente, pelo movimento juspositivista. Nele, permanecem algumas situações subjetivas qualificáveis como naturais, e indispensáveis ao poder político que buscava uma concreta centralização, como, por exemplo, a noção de propriedade privada (GROSSI, 2006, p. 8).

²² “Se nos pusermos a repensar o papel da jusfilosofia na história, podemos interpretá-lo de duas maneiras: como inserido no processo de legitimação das estruturas sociais e históricas, mas também como a conquista gradativa pelo gênero humano de sua autoconsciência. [...] A filosofia e a jusfilosofia se manifestam historicamente como uma dialética de oposição entre alienação e libertação.” COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do Futuro: transmodernidade, direito, utopia*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001, p. 162.

²³ COELHO, *Op. cit.*, p. 157. O autor vislumbra o jusnaturalismo como instância crítica do direito positivo. Poderia, por isso, contribuir com a reconstrução da práxis jurídica, conforme as propostas da teoria crítica. A conciliação entre a doutrina do direito natural e a crítica do direito caracterizaria um “novo eterno retorno” ao jusnaturalismo. *Ibid.*, p. 158.

interpretação do ordenamento jurídico²⁴. Caso se transporte essa perspectiva ao plano internacional, aparecem mais nitidamente as contribuições das escolas antiformalistas italiana e francesa à evolução do direito internacional público. Elas dizem respeito a um jusnaturalismo contestatório que não descarta uma espécie de positivismo crítico, centrado no homem – não no Estado – e em seus direitos historicamente conquistados²⁵.

3. Conclusão: o antiformalismo como proposta regulatória

Se resta claro o perfil jusnaturalista do antiformalismo jurídico, por outro lado esse fato não lhe confere um caráter menos “jurídico”. Ao contrário, a perspectiva de retomada de certas premissas do direito natural para ancorar uma releitura do fenômeno jurídico com lentes pluralistas e antiformalistas parece trazer horizontes promissores. Isso porque o “mundo jurídico”, se não corresponder minimamente à complexidade das relações sociais, assistirá a uma avalanche de marcos regulatórios estabelecidos à revelia dos debates públicos e democráticos que devem acompanhar todo o processo legislativo. Isso não quer dizer que o direito deve ser totalizante e anular as funções das demais ciências. Significa apenas que seu substrato coincide com aquele das outras ciências humanas e sociais, identificando-se com a sociedade mesma, com os indivíduos que a compõem e com as relações que eles estabelecem entre si. Parece ser, ao contrário, a teoria pura kelseniana que se afasta do jurídico: “uma ordem jurídica

²⁴ “O direito positivo é insustentável sem um complemento, que o jurista vai buscar no direito natural – com todos os defeitos deste – porque não vê onde se busque outro apoio, nada obstante indispensável. Para realizar a nova construção seriam necessários outros materiais e, sobretudo, outra atitude, propriamente dialética, que, por sê-lo, não tolera aquela antinomia (contradição insolúvel) de direito positivo e natural, tomados como unidades isoladas, estanques e desligadas da totalidade jurídica, na totalidade maior, histórica-social” (LYRA FILHO, *Op.cit.*, p. 46).

²⁵ “Deve-se relembrar a amplitude um tanto arbitrária dessa dicotomia conceitual aqui adotada, tendo em vista que muitos autores não se considerariam nem positivistas nem jusnaturalistas, sem falar nas teorias que expressamente se situam em um meio-termo entre o positivismo e o direito natural” (ADEODATO, *Op. cit.*, p. 129). “É fácil dar-se conta, nesse ponto, da inevitável recuperação no positivismo, de um lado, do ensino jusnaturalista, também fora do problema da justiça do Direito, que certamente não é estranho, nem a ele, nem à atividade do jurista, e que poderia levar a reabrir o discurso sobre os limites da distinção entre *jus conditum* e *jus condendum*. Além disso, o componente racionalista da metodologia do jusnaturalismo significa um apelo ao elemento racional que está presente na parte construída do Direito e, por isso, também uma invocação dessas características universais do Direito, visto como construção sistemática tecida de noções e conceitos próprios do espírito que pensa na realidade em termos e sob perfis jurídicos. Com relação a esse aspecto, deve-se reconhecer à tradição jusnaturalista o mérito de ter mantido vivo o princípio de uma natural irredutibilidade do direito ao dado fenomênico, e de seu necessário pertencer, verdadeiro ao menos em parte, à natureza racional do homem” (ZICCARDI, 2005, p. 225-226).

sem o político resulta carente de impulso, morta; uma *ciência* do direito permanece fragmentária se reproduz um corpo sem coração” (GRAU, *Op. cit.*, p. 28).

Assim, diferentemente do que uma interpretação superficial possa demonstrar, antiformalismo jurídico não significa ausência de regulação. Denota, ao contrário, uma ordem fundada nas relações entre as pessoas e os grupos organizados, não no formalismo legal. O próprio imperativo da regulação resulta da interdependência que existe entre os indivíduos em uma dada comunidade. Como os homens têm necessidades e habilidades diferentes, impõe-se a colaboração entre eles, daí derivando as normas jurídicas. O direito, ancorado na cooperação, aparece como orgânico no quadro social, compreendido como uma instituição. Ao direito potestativo positivista contrapõe-se o direito ordenador solidário. Insere-se nessa lógica, por exemplo, a atuação de atores sub-estatais ou não-estatais nos planos regional e internacional. A observação dessa complexidade não deve, contudo, implicar uma fuga do âmbito regulador do direito e das estruturas democráticas por ele estruturadas. Nesse ponto reside uma das principais diferenças entre a teoria antiformalista aplicada à integração regional e a flexibilização jurídica derivada dos impulsos descentralizadores da globalização econômica.

Na perspectiva antiformalista, são mantidas as diferenças entre direito e não-direito. Se as regras fossem geradas espontaneamente, a democracia não seria necessária. Mas a velocidade do capital globalizado requer formas jurídicas criativas e alternativas, sob pena de uma progressiva desregulação que não tende a favorecer igualmente todos os setores sociais. O sistema político-jurídico deve ser permeável ao seu ambiente, mas não se confundir com ele. Se a forma não pode se sobrepor ao conteúdo, também o inverso é verdadeiro. A origem estatal ou o abrigo de diferentes cadeias normativas não condenam a priori o direito; ao contrário, oferecem-lhe garantias indispensáveis se considerados, além dos contornos, a substância e a finalidade da regulação. A teoria jurídica, inclusive no âmbito do direito comunitário, deve caminhar no sentido da superação dos contrastes entre formalismo e antiformalismo. Por um lado, as concepções formalistas costumam esbarrar no relativismo e no ceticismo e constituem um sintoma da crise das instituições democráticas; por outro, um antiformalismo extremo pode conduzir a um ativismo leviano, ao irracionalismo e a outras tendências que podem se tornar uma ameaça às conquistas da democracia (TREVES, Renato. *L'esperienza giuridica*, in: TANZI (org.), *Op. cit.*, p. 87).

Essas reflexões mostram-se pertinentes na medida em que se admite que o direito “não é uma simples representação da realidade social, externa a ela, mas sim um nível funcional do todo social” (GRAU, *Op. cit.*, p. 17). Se ele não deriva das relações econômicas ou da ideologia dominante, mas é, como ambos os fatores, elemento constitutivo do modo de produção social, pode também consistir em um vetor de mudança. Esse potencial depende, contudo, da plena consideração, pelos intérpretes, dos fatores que compõem o contexto histórico-político da sociedade na qual o direito se manifesta (*ibid.*, p. 35).

Clarissa Franzoí Dri é doutoranda do Instituto de Estudos Políticos da Universidade de Bordeaux. Mestre em Direito das Relações Internacionais da Universidade Federal de Santa Catarina. Bacharel em Direito da Universidade Federal de Santa Maria/RS. e-mail: clarissadri@yahoo.com.br.

Referências bibliográficas

ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 2 ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2006.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Barueri: Manole, 2005.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Teoria do Direito e Globalização Econômica, in: SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (coords.). *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 77-92.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.

COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do Futuro: transmodernidade, direito, utopia*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDONET, Zilah Cercal. *O Positivismo e a Constituição Rio-grandense de 14 de julho de 1891*. Santa Maria: UFSM, 1977.

DUGUIT, León. *Fundamentos do Direito*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2004.

GRAU, Eros. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

GROSSI, Paolo. *O Direito entre Poder e Ordenamento*. Tradução de Ângelo Garzarella e Arno Dal Ri Jr. 2006. Mimeografado, p. 8.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4 ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1976.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. 17 ed. São Paulo: Brasiliense, 2003.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A Ciência do Direito: conceito, objeto, método*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

TANZI, Aristide (org.). *L'Antiformalismo Giuridico: un percorso antologico*. Milano: Raffaello Cortina, 1999.

TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Doctrines Contemporaines du Droit des Gens*. Paris: Pedone, 1951.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma história das idéias jurídicas: da Antigüidade Clássica à Modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

ZICCARDI, Piero. Evolução e Perspectivas da Escola Italiana de Direito Internacional no Século XX. *Seqüência*, Florianópolis, ano XXV, n. 51, p. 203-227, dez. 2005, p. 225-226.

Judiciário e democracia: a resolução n.º 75 do Conselho Nacional de Justiça

Judiciary and democracy resolution n. 75 of the Justice National Council

CRISTINA TERNES

Resumo: A beleza traduzida nas palavras de que vivemos numa democracia já representa um grande avanço diante das Constituições anteriores e do período opressor vivido a partir de 1964. Entretanto, o ideal de realização da democracia consiste não só em se ter uma Constituição que assegure direitos fundamentais e uma justiça igualitária a todos, mas, sim, na concretização destes, trazendo-os da folha de papel à realidade. Logo, a ação do Judiciário é fundamental para a realização do processo democrático, passando a exigir dos magistrados um conhecimento que vai muito além da sólida formação técnica. Para responder a essa exigência, a Resolução n.º 75 do Conselho Nacional de Justiça passa a exigir dos futuros juízes o conhecimento nas áreas de Sociologia do Direito, Filosofia do Direito, Ética, entre outras.

Palavras-chave: Judiciário. Democracia. Resolução nº 75 do Conselho Nacional De Justiça.

Abstract: The beauty of the words that we live in a democracy already represents a great advance considering the former Constitutions and the oppressive period lived after 1964. However the ideal of fulfillment of the democracy does not consist only in providing us a Constitution that assures us the fundamental rights and an equal justice for everyone. It must also turn them concrete by making the words on a piece of paper come true. Therefore, the action of the Judiciary is fundamental to the accomplishment of the democratic process starting by requiring from the Justice the knowledge that goes far beyond the solid technical formation. To answer this requirement the Resolution n. 75 of the Justice National Council goes to require from the future judges a knowledge in the areas of Sociology of Law, Philosophy of Law, Ethic, among others.

Keywords: Judiciary. Democracy. Justice National Council Resolution n. 75.

Introdução

Desde 1964, sob o regime militar, identificado pela minimização das garantias individuais e sociais, clamava-se por uma nova Constituição que viesse a defender os valores democráticos. A partir da entrada em vigor da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, marcada por fortes traços democráticos, o Judiciário passou de “figurante” a “protagonista”, tendo em vista que coube a este, frente ao Estado Democrático de Direito, não somente cumprir com o papel de guardião das garantias constitucionais, mas essencialmente, de torná-las reais.

É dentro dessa perspectiva que se insere o presente trabalho, que se encontra dividido em duas partes. A parte inicial da pesquisa procura analisar a função do Judiciário na busca pela concretização da democracia. Ou seja, com a ampliação do controle normativo do Poder Judiciário, assuntos de relevância fundamental para a sociedade passaram a fazer parte de sua alçada. Nessa perspectiva, o primeiro subtítulo desse estudo irá examinar também no que consistem os requisitos da democracia, as grandes conquistas trazidas pela “Constituição Cidadã”, bem como os desafios a serem enfrentados pelo Judiciário.

Considerando a complexidade das novas demandas sociais, as quais o Judiciário passou a ter que responder após a Constituição Federal de 1988, a segunda parte desse trabalho, “A Resolução nº 75 do Conselho Nacional de Justiça”, analisa a necessidade de uma nova postura a ser adotada pelos juízes, questionando a importância de uma formação mais humana e sociológica, que vai além da técnica. Inicialmente são feitas algumas observações acerca das mudanças mais relevantes trazidas pela Resolução nº 75, que foi adotada, entre outros motivos que serão analisados, para uniformizar os concursos públicos para o ingresso na magistratura. Nesse sentido, cumpre destacar que o cerne da análise encontra-se no significativo avanço em direção à democracia decorrente da última parte do art. 6º e do art. 47, inciso I, ambos da referida Resolução, ao introduzir as disciplinas relacionadas às “noções gerais de direito e formação humanística”.

1. O papel do judiciário perante a democracia

Antes de adentrar no tema proposto, ressalta-se que a leitura da presente pesquisa deve ser feita sob a ótica de que não há democracia que possa ser comparada à perfeição, afinal, a democracia acompanha o homem, que por sua vez não é perfeito, mas se encontra em constante busca pela perfeição. O que se quer dizer é que não existe apenas uma forma de democracia, pois esta, ao acompanhar o homem, alterna de lugar em lugar, de tempo em tempo, adaptando-se a cultura e a vida de cada povo. Ou seja, é por meio da democracia que se concretiza um projeto político, tendo como seu pilar de sustentação a justiça, variando o conceito desta de acordo com cada sociedade (ROCHA, 1999, p. 16-17).

A democracia moderna caracterizou-se pela ideia de supremacia da Constituição, separação dos poderes, superioridade da lei e pela garantia dos direitos individuais (SUNDFELD, 1993, p. 39). Na idade moderna, entendia-se por regime democrático, o regime político fundamentado na soberania popular, apresentando como objetivo principal o respeito integral aos direitos fundamentais da pessoa humana (COMPARATO, 2009).

Com a constatação de que a Constituição é a Lei Suprema e, portanto, fundamental, se quer dizer que esta é a origem de todas as demais, bem como o fundamento do modelo de Estado adotado. Para a concepção denominada “poder constituinte originário”, verifica-se que se trata do poder que o constituinte detém de tornar imutáveis as maneiras como a Constituição pode vir a ser formalmente

reformada ou alterada. Seguindo na mesma linha de raciocínio, é por meio do chamado controle de constitucionalidade das normas que a Constituição mantém a sua eficácia jurídica e social (ROCHA, 1999, p. 16-17). Logo, tanto o poder constituinte originário, como o controle de constitucionalidade, são normas de garantia que asseguram a Constituição. Assim, não havendo eficácia do Direito, nem mesmo efetividade dos meios previstos constitucionalmente para a realização dos objetivos previstos na Constituição, não há como falar em Estado Democrático de Direito.

Não obstante, é por meio do princípio da jurisdição constitucional que o Estado de Direito passa a ser garantidor da cidadania. Isto é, ao sujeito que pertence a um Estado Democrático de Direito, lhe é assegurado o acesso à justiça, o princípio do devido processo legal e a eficácia da decisão judicial. A República Federativa do Brasil, ao se constituir sobre o Estado Democrático de Direito, faz com que as normas jurídicas estabelecidas constitucionalmente sejam invioláveis, não ficando à mercê da vontade legislativa, política ou de emoções populares. A democracia, por sua vez, está prevista no artigo 1º da Constituição Federal, permitindo que o povo escolha seus representantes, inclusive proporcionando a tomada direta de decisões por meio de plebiscito, *referendum* e iniciativa popular, bem como o acesso às decisões tomadas pelos funcionários públicos (ROCHA, 1999, p. 12-13). Em vista do sistema que passou a vigorar em 1988, Cármen Lúcia Antunes Rocha afirma:

[...] O eixo pontuou-se no exercício do controle abstrato, para qual a competência se concentra no órgão máximo da jurisdição nacional, que é o Supremo Tribunal Federal, tal como antes se dava, mas a legitimidade ativa se ampliou e recriou-se o processo no bojo do qual se tem a ação direta de inconstitucionalidade. Ademais a esta ação se acrescentou a ação declaratória de constitucionalidade pela Emenda Constitucional nº3/93, o que introduz situação inusitada no constitucionalismo brasileiro. Ao Supremo Tribunal Federal a Constituição confere, em norma expressa (art. 102), a função precípua de (seu) guarda. É certo que daquilo que se tem no sistema fundamental sabe-se que o Supremo Tribunal Federal não é o único órgão guardador da Constituição, mas é aquele que diz a Constituição em instância final e definitiva, detendo ele, atualmente, competências em soma nunca antes vista, especialmente ao que se refere à concessão de medida cautelar (ROCHA, 1999, p. 12-13).

A partir da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário assume uma posição de destaque dentro do âmbito político nacional. As constituições anteriores a Constituição Federal de 1988, tinham como finalidade apenas limitar o poder do Estado, sendo que era incumbida ao Judiciário a tarefa de solucionar somente os conflitos privados. Esse cenário muda quando juntamente com a pós-modernidade emanam as novas demandas sociais. Diante da complexidade dessas novas demandas surge a necessidade de se pensar numa Constituição voltada não so-

mente ao controle de poder, mas principalmente comprometida a solucionar os conflitos oriundos das relações políticas e sociais, ou seja, os desafios a serem enfrentados pelo Poder Judiciário estavam relacionados a um novo conceito de justiça que abrangia os novos direitos. Nesse âmbito, as atenções voltaram-se aos direitos humanos e à criação de novas garantias constitucionais. No que tange a necessidade de adaptação do Poder Judiciário frente a esse novo contexto, explica Cármen Lúcia Antunes Rocha:

Acompanhando a tendência constitucional contemporânea que releva o princípio da jurisdição como aquele de cuja eficiência em sua aplicação dependem todos os direitos reconhecidos e assegurados nos sistemas jurídicos, o Poder Judiciário não é mais visto ou tratado, como o foi outrora, como a *"longa manus"* do rei. Cuida-se, agora, de um poder, manifestação e exercício do Poder estatal, soberano e juridicamente concebido, organizado e exercido tal como definido no sistema de Direito posto à observância de todos (ROCHA, 1999, p. 13).

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 favoreceu a ampliação do controle normativo do Poder Judiciário, ao introduzir o Estado Democrático de Direito e assegurar os direitos e princípios fundamentais, direcionando ao Judiciário, assuntos de relevância fundamental para a vida da nação. O grande desafio que se estabelece aqui é a busca pela concretização desses direitos, já que, como diz Ferrajoli, "o Direito é construído como um sistema artificial de garantias constitucionalmente preordenado à tutela dos direitos fundamentais" (FERRAJOLI, 1997, p. 93). Dentro dessa linha, manifesta-se José Alcebíades de Oliveira Júnior:

Pois é esse caráter de constitucionalidade do direito moderno que oferece, muitas vezes, dificuldades ao operador jurídico na construção de um Estado não apenas de direito, mas democrático de direito. E as razões, como disse em textos anteriores, residem no fato de que o direito sob parâmetro constitucional não pode ser visto dogmaticamente como um conjunto de regras, claras e objetivas, que não apresentem lacunas e não são contraditórias. Ao contrário. Esse direito moderno exprime-se, além de regras, através de normas principiológicas abertas e amplas que tornam possível justamente abrigar o conjunto contraditório de valores e interesses que atravessam a sociedade (OLIVEIRA JÚNIOR, 1999, p. 49-50).

Dessa forma, o exercício do Direito não é mais visto apenas como mera técnica e apolítico, ao contrário, passa a assumir uma postura responsável pelo controle político da democracia juridicamente institucionalizada. Mesmo porque não há como se falar em jurisdição constitucional efetiva, em que cidadania e democracia não se fazem presentes. Constata-se, assim, que os direitos assegurados constitucionalmente são a maneira de se garantir a cidadania.

Portanto, está fora de qualquer dúvida de que o processo de democratização passa pelo Judiciário, uma vez que entre as atribuições competentes a este poder, uma delas, e com fundamental importância, é a construção da democracia. Cabe reconhecer, previamente, democracia não no seu sentido formal, mas, sim, substantiva, legítima, impedindo atitudes discricionárias. É indiscutível que o direito deixou de ser representado pela metafísica dos costumes, passando a ser representado pela vontade política, ganhando forma por meio de enunciados normativos, encontrando-se em suas bases regras e princípios constitucionais (OLIVEIRA JÚNIOR, 1999, p. 49).

Por outro lado, o Poder Judiciário, ao assumir uma postura mais operante, quanto ao seu poder de controle constitucional, passa a ser alvo de questionamentos, desafiando o seu caráter democrático, o que pode ser evidenciado pela seleção de seus membros (ZAFFARONI, 1995, p. 42). Como explica Álvaro Filipe Oxley da Rocha:

A magistratura, como grupo específico, vem se tornando extremamente importante por sua peculiar característica de poder do Estado estável, por suas garantias constitucionais de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, inscritas no artigo 95, "I" da Constituição Federal de 1988, as quais têm por objetivo legal garantir a independência do magistrado em seu ofício. Sobre esse ponto, alguns dos entrevistados declararam especificamente que a diferença fundamental que serve como capa protetora, que afasta os juizes da notoriedade e os dispensa da busca aberta de aprovação popular, é justamente essa estabilidade, o fato de a maioria deles ingressar por concurso numa carreira estável e não em um mandato limitado no tempo. Não necessitam, assim, ter a sua atuação avaliada pelas urnas periodicamente, de modo que podem ignorar a mídia e sua "opinião pública" sem graves conseqüências (ROCHA, 2002, p. 29).

Assim, entende-se que para o Judiciário ser democrático deve ser funcional para o sistema democrático, ou seja, deve dar continuidade. Na concepção de Zaffaroni:

Quando se diz que o poder judiciário tem legitimidade constitucional, mas não legitimidade democrática, se ignora sua funcionalidade democrática. Pareceria que o reconhecimento da função política do judiciário fosse incompatível com a nomeação por concurso público, por exemplo, e que seria paradoxal que aquele que possa julgar em nome do povo, quando não é eleito pelo povo (ZAFFARONI, 1995, p. 43).

Desse modo, a prioridade do Judiciário é a sua funcionalidade voltada para a democracia, de modo a garantir a continuidade democrática. Logo, procura-se desempenhar as tarefas de maneira mais idônea possível, o que não quer dizer que uma tarefa possa ser classificada como aristocrática simplesmente pelo fato de ser realizada por uma pessoa que não tenha sido selecionada por concurso público (ZAFFARONI, 1995, p. 44).

Entre os grandes desafios a serem enfrentados pelo Poder Judiciário estão a lentidão, a globalização e a emergência dos novos direitos. Em relação à lentidão, observa-se que para o direito ser efetivo, este depende do desempenho do Judiciário, cuja eficiência tem estado comprometida em razão da lentidão. Em resposta a este problema surgiram as súmulas vinculantes a fim de viabilizar decisões rápidas. No tocante às súmulas vinculantes, posiciona-se Eros Grau: “a atribuição de eficácia contra todos e de efeitos vinculantes às decisões de que trata o Supremo, importa atribuir a ele função legislativa. [...] Nenhuma razão justifica essa manifestação de totalitarismo, que também nenhuma lógica pode sustentar e que atropela e sufoca a independência os juízes” (GRAU, 1998).

Já o desafio da globalização está relacionado com a crise da legalidade, no sentido de que os poderes executivos não respeitam o sistema de tripartição dos poderes do Estado de Direito, tendo em vista o excesso de medidas provisórias lançadas, configurando-se numa forma imprópria de legislar. Assim, o que parece contribuir para essa crise é o posicionamento individualista de cada tribunal frente a problemas que englobam a coletividade (OLIVEIRA JÚNIOR, 1999, p. 54) Conforme Luigi Ferrajoli:

[...] Essa crise está associada a uma espécie de contradição entre o paradigma clássico do Estado de Direito, que consiste num conjunto de limites e de proibições impostos ao poder público de maneira certa, geral e abstrata, para tutela dos direitos e liberdades dos cidadãos, e o estado social que, ao contrário, exige aos mesmos poderes a satisfação de direitos sociais mediante prestações positivas, nem sempre predetermináveis de forma geral e abstrata e portanto eminentemente discricionárias ou contingentes, subtraídas aos princípios da certeza e da estrita legalidade e confiadas à mediação burocrática e partidária (FERRAJOLI, 1997, p. 90).

O terceiro desafio a ser transposto pelo Poder Judiciário, segundo José Alcibiades de Oliveira Júnior, é a emergência dos chamados novos direitos¹ (ROCHA, 2007, p. 41), considerando que a reflexão acerca destes implica a necessidade de ser estabelecido um critério para que seja possível o uso adequado do instrumento jurídico (OLIVEIRA JÚNIOR, 1999, p. 55).

Como já se verificou, um dos requisitos da democracia moderna consiste na limitação do poder do governante, alcançada pela separação do poder estatal em três poderes. No que diz respeito à concentração do poder numa só pessoa ou em apenas num órgão, Aristóteles, como explica Dalmo Dalari, sustentava que era “injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder, havendo também em sua obra uma ligeira referência ao problema da eficiência, quando

¹ Entende-se por “novos direitos”, entre os mais relevantes: os direitos da criança e do adolescente, os direitos das mulheres, os direitos indígenas, o problema do racismo, os direitos dos idosos, o direito do consumidor, o direito ambiental, o biodireito e os reflexos da difusão da informática e da dinâmica de uma nova sociedade de informações sobre os novos direitos.

menciona a impossibilidade prática de que um só homem previsse tudo que nem a lei pode especificar” (DALLARI, 1989, p. 190).

O recorte constitucional mencionado está previsto no artigo 2.º da Constituição Federal de 1988, em que se aponta que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Ou seja, o poder estatal é uno, mas se triparte para ser exercido. Nessa perspectiva, a harmonia entre os três poderes é estabelecida na medida em que cada um exerce a sua função respeitando e sendo respeitado pelos demais poderes, situação na qual cabe ao Legislativo criar leis, ao Executivo as aplicar e ao Judiciário analisar sua aplicação, assegurando as garantias previstas na Constituição.

Numa análise perfunctória, pode-se afirmar que ao se falar na separação dos três poderes, que formam o Poder estatal, está-se falando na garantia dos direitos dos cidadãos, ou seja, a tripartição dos poderes serve como meio de garantia desses direitos. No entanto, observa-se que está ocorrendo uma hipertrofia do Poder Executivo, uma vez que através de medidas provisórias o referido poder passa a invadir o Poder Legislativo (JUNQUEIRA, 1999, p. 72).

Ao se examinar a temática da separação dos três poderes, é oportuno mencionar alguns pontos que acabam por interferir na liberdade do juiz ao exercerem a sua função, como por exemplo, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo, previsto no artigo 102 da Constituição. Uma coisa é a eficácia vinculante de uma ação direta de inconstitucionalidade que ocorre quando o Senado suspende a execução de uma lei por esta contrariar a Constituição, e outra coisa é uma ação direta de constitucionalidade, que na verdade evita que algumas discussões sejam refletidas pelo Judiciário, atendendo os propósitos do Executivo. Clarificando, existe, por exemplo, uma discussão sobre determinado assunto, em vez de essa discussão ser refletida nas bases no Poder Judiciário, deságua direto no Supremo Tribunal Federal, por meio da ação direta de constitucionalidade, interposta pelo Governo, excluindo com a reflexão do assunto na base do Judiciário, e assim, ignorando a independência do juiz (CINTRA JÚNIOR, 1999, p. 79). Sobre a teorização da separação dos poderes, segue abaixo o pensamento de Montesquieu:

A liberdade política, num cidadão, é esta tranqüilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança; e, para que se tenha esta liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo, que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as

leis, o de executar as relações públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos (MONTESQUIEU, 2002, p. 148-149).

Em vista da citação acima, percebe-se que o que Montesquieu critica em sua obra “Do Espírito das Leis”, é a concentração de poder. Na concepção deste autor não há como existir três poderes diferentes em que cada um deles concentrasse o poder no interior de suas estruturas. Portanto, deve haver harmonia e influência recíproca de um poder sobre o outro, isto é, Legislativo, Executivo e Judiciário, se autoinfluenciando.

Dessa forma, a influência recíproca entre os poderes, inicia com a elaboração da lei pelo Legislativo, sendo que após ser aprovada por este ainda corre o risco de ser vetada pelo Executivo. Entretanto, uma vez vetada a lei, o veto pode ser vencido pela maioria do Legislativo, e por último, será o Judiciário que dirá se o dispositivo está ou não em consonância com a Constituição, autorizando a sua execução se entender que a lei é constitucional. Noutras palavras, o Executivo, ao ter a possibilidade de vetar a lei, exerce influência sobre o Legislativo, este por sua vez reflete a influência sobre o Executivo ao poder derrubar o veto por meio de sua maioria; e num último momento, a influência do Judiciário sobre o Legislativo e Executivo. Logo, o fato de haver influência entre os poderes não significa que esteja ocorrendo violação à tripartição dos poderes. Na verdade essa interferência mútua é conhecida por sistema de freios e contrapesos (CINTRA JÚNIOR, 1999, p. 82).

Outrossim, outro ponto que merece destaque é quanto à fiscalização do Poder Judiciário, nesse sentido Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior entende que:

Quando se fala em fiscalização e controle do Judiciário há que se pensar na estrutura administrativa, no controle do exercício daquela atividade administrativa, que envolve recursos públicos. Quando o Judiciário canaliza um determinado volume de recursos para uma determinada atuação, e não para outra que seja prioritária, aí sim cabe falar em fiscalizar externamente sua atividade administrativa (CINTRA JÚNIOR, 1999, p. 81).

Nesse contexto, vale ressaltar que fiscalização externa ou controle externo do Poder Judiciário não se confunde por controle da magistratura. O que se quer dizer é que o juiz, no exercício da jurisdição, não pode sofrer qualquer tipo de intervenção, nem externa, nem interna, ocorrendo esta última quando o juiz se deixa influenciar por julgados realizados por outros órgãos jurisdicionais, vinculando a sua decisão a estes. Se assim fosse não haveria jurisdição, pois como já foi visto, o elemento essencial da jurisdição é a independência do juiz (CINTRA JÚNIOR, 1999, p. 81).

Sob a concepção de Lenio Streck, tanto o controle externo, como as súmulas vinculantes e a reforma do Judiciário, não são condições de democracia, mas, sim, conquistas da modernidade. Porém, talvez essas conquistas, que representam a

modernidade, como Estado, Direito e igualdade, não sejam tão perceptíveis, porque de fato não se concretizaram no Brasil, afinal, não chegou a existir aqui o chamado Estado Social. O Estado Democrático de Direito, instituído da Constituição de 1988, representa um avanço, tendo em vista que tem instrumentos para alcançar direitos que ainda não saíram do plano da abstração. Nesse cenário, o Direito não é nem regulador nem apenas provedor, mas passa a ser transformador (STRECK, 1999, p. 89-90).

Em direção à concretização das promessas estabelecidas na Carta Magna, que foi rotulada de “Constituição Cidadã”, esta apresentou também medidas, na verdade, técnicas jurídico-processuais, a fim de assegurar a máxima efetividade dos direitos fundamentais, por meio da intervenção judicial. Entre os novos mecanismos previstos no texto maior pode-se citar o mandado de injunção, a ação de inconstitucionalidade por omissão, as ações civil pública e popular, o *habeas corpus*, o *habeas data*, mandado de segurança, a arguição de inconstitucionalidade por via de exceção e a ação direta declaratória de inconstitucionalidade. Nessa linha, Sílvio Dobrowolski menciona que “com esses meios busca-se proteger e fazer realizar uma Constituição que estabelece as amarras de uma democracia substancial, em que se cuida não somente das regras formais do jogo, mas também dos preceitos materiais que devem presidir a vida em coletividade” (DOBROWOLSKI, 2009).

Com a promulgação da Constituição de 1988, houve uma ampliação do acesso à tutela jurisdicional, sendo que as mudanças mais expressivas, que contribuíram para a adaptação do texto constitucional às novas aspirações sociais (TEIXEIRA, 2009), podem ser resumidas sucintamente na instalação de juizados especiais para o julgamento e execução, tanto na esfera cível, quanto penal, bem como atribuindo aos juízes de primeira instância a competência de julgar os recursos; na legitimação de entidades associativas para atuar em juízo, e dessa forma representando seus filiados; na ampliação das funções institucionais do Ministério Público; na criação da Defensoria Pública em nível constitucional, garantindo o acesso à justiça, em todas as fases do processo, aos necessitados; na diversificada legitimação para a propositura de ação de inconstitucionalidade; no tratamento constitucional à ação popular também para a proteção de direitos coletivos; no alcance atribuído ao mandado de segurança, a fim de que esse possa proteger o direito coletivo, desde que demonstrados os requisitos de liquidez e certeza; no *habeas data*, permitindo aos cidadãos o acesso aos registros de bancos de dados; e na previsão do mandado de injunção quando houver ausência de norma regulamentadora, tornando inviável o exercício das liberdades constitucionais e nos demais casos previstos na Constituição (TEIXEIRA, 2009, p. 2-3).

Portanto, cabe ao Judiciário, não somente o papel de guardião dos direitos assegurados na Constituição, mas também o de garantidor da concretização dos mesmos. Assim, o Judiciário, como intérprete das normas e princípios constitucionais, “deverá promover o desenvolvimento da Constituição, realizando o diálogo entre as suas normas e a realidade social em constante mudança” (DOBROWOLSKI, 2009). Nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari:

Quanto ao Judiciário e sua possibilidade de assumir um novo papel, muito mais ativo, em face do direito novo, não há dúvida de que essa possibilidade existe mas, evidentemente, há necessidade de adaptação às novas circunstâncias. Essa adaptação começa pela formação dos futuros juízes, que não poderão ser “devotos do Código”, legalistas formais ou “escravos da lei”, mas deverão preparar-se adequadamente para conhecer e avaliar com sensibilidade os fenômenos sociais que informam a criação do direito e estão presentes no momento de sua aplicação, sem esquecer que a prioridade deve ser dada à pessoa humana, sem privilégios e discriminações (DALLARI, 2001, p. 13).

As “novas circunstâncias”, às quais o Judiciário terá que se amoldar, segundo Celso Fernandes Campilongo, referem-se aos problemas de difícil processamento, às “situações inéditas, não rotinizadas, para as quais o sistema não possui memória jurisprudencial nem respostas exemplares” (CAMPILONGO, 2000, p. 58). Em relação à postura a ser adotada pelos magistrados frente a essas mudanças, adverte o autor que “a avaliação feita pelo magistrado no momento de aplicar a lei não está submetida apenas à observância estrita da letra da norma jurídica. A tarefa do julgador não é meramente técnica. Ao contrário, é social e politicamente determinada” (CAMPILONGO, 2009).

1.1. A resolução nº 75 do Conselho Nacional de Justiça

A ampliação do papel institucional do Judiciário acabou gerando um acúmulo de demandas. Em resposta a essa sobrecarga, entrou em vigor em 2004 a Emenda Constitucional nº 45, a denominada Reforma do Judiciário, que embora não seja objeto de análise da presente pesquisa, reconhece-se o seu papel fundamental perante a tentativa de concretização da democracia. Entre as principais modificações constata-se a preocupação com a celeridade da prestação jurisdicional assegurada pela Reforma no art. 5.º, inciso LXXVIII da CF/88, que diz que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Nesse sentido, o inciso XIII, do mesmo artigo, menciona que o número de juízes nas comarcas será proporcional à efetiva demanda judicial correspondente daquela população. Diante desse aumento do número de magistrados, bem como da importância do Judiciário frente à política e do compromisso de concretizar as promessas estabelecidas na Constituição, emerge a preocupação com a figura do magistrado e com a sua formação.

Quanto à formação dos magistrados, a Reforma tratou desse assunto no inciso I do § único do artigo 105 da CF/88, que estipula que junto ao Supremo Tribunal de Justiça funcionará a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, que deverá regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira da magistratura; entretanto, não especifica o conteúdo a ser estudado. Logo, em sede de reforma do Judiciário e a sua importância para este estudo,

cabe mencionar a criação do Conselho Nacional de Justiça (art. 92, inciso I-A da CF/88), sendo que o art. 103-B, § 4.º da CF/88, atribui ao Conselho Nacional de Justiça o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais.

No dia 31 de janeiro de 2006, entrou em vigor a Resolução n.º 11 do Conselho Nacional de Justiça, com a finalidade de não só estabelecer critérios gerais e uniformes para a tarefa de seleção de magistrados, como também explicitar o alcance da norma constitucional, principalmente no que tange ao art. 93, inciso I da CF/88, ao que se refere a sua aplicação nos concursos públicos relacionados ao ingresso na carreira da magistratura.

Em linhas gerais, a Resolução n.º 11/06 é constituída de oito artigos, sendo que basicamente preocupa-se em explicitar o que se entende por “atividade jurídica”, determinando o modo como deve ser comprovado o seu tempo, que é de três anos, exigido para participar da seleção de magistrados. Nesse sentido, o art. 2º da Resolução n.º 11/06, explica que se considera “atividade jurídica” aquela que somente pode ser exercida por bacharel em Direito, como por exemplo, o exercício de cargos, empregos ou funções, inclusive de magistério superior, que exija a utilização preponderante de conhecimento jurídico, ressaltando que esse dispositivo veda a contagem do estágio acadêmico ou qualquer outra atividade anterior à colação de grau.

A redação do art. 3.º admite no cômputo do período de três anos, em atividade jurídica, os cursos de pós-graduação na área jurídica reconhecidos pelas Escolas Nacionais de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados ou pelo Ministério da Educação, desde que concluídos de forma integral e com aprovação. Já o art. 4.º refere-se ao modo como deve ocorrer a comprovação do tempo de atividade jurídica relativamente a cargos, empregos ou funções não privativos do bacharel em Direito, ou seja, será realizada mediante certidão circunstanciada, expedida pelo órgão competente, indicando as respectivas atribuições exercidas e a prática reiterada de atos que exijam a utilização preponderante de conhecimento jurídico.

Entretanto, questões como as constantes impugnações judiciais e administrativas de concursos de ingresso na magistratura; a ausência de uniformidade das regras do certame; a inadequação dos critérios de avaliação, a exemplo da prova de títulos; a ausência de reserva de vagas destinadas às pessoas com deficiência e de critérios definidos a respeito; a ausência de recorribilidade de decisões da Banca Examinadora em muitos concursos; a exigência de maior transparência e de maior precaução relativa ao sigilo do concurso, como se pode perceber, não foram tratadas pela Resolução n.º 11/06. Assim, principalmente diante da necessidade de uniformizar o processo de seleção de magistrados, e levando em consideração as 1.011 sugestões encaminhadas por cidadãos, escolas e instituições públicas por meio de consulta pública, no dia 12 de maio de 2009, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n.º 75, que dispõe sobre os concursos públicos para o ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional, respondendo à ausência de regulamentação das necessidades mencionadas.

Entre as mudanças mais relevantes encontra-se o disposto no art. 5.º da Resolução n.º 75, que estipula que o concurso público para o cargo de magistrado ocorrerá em cinco etapas, sendo que a primeira consiste numa prova objetiva seletiva. A segunda etapa é constituída de duas provas escritas, também de caráter eliminatório e classificatório. A terceira estrutura-se em três fases: sindicância da vida pregressa e investigação social; exame de sanidade física e mental; e exame psicotécnico, tratando-se essa última fase de uma inovação. A penúltima etapa refere-se à prova oral. E a quinta consiste na avaliação de títulos. Nessa perspectiva, considerando o art. 29, somente poderá ocorrer a contratação de empresas terceirizadas para a realização do concurso na primeira etapa.

O Capítulo IX da Resolução regulamenta a possibilidade de se entrar com recurso, sendo que a única exceção é a prova oral, tendo em vista que, de acordo com o §1.º do art. 70, é irretroatável em sede recursal a nota atribuída na prova oral.

Em resposta à inadequação dos critérios de avaliação referentes à prova de títulos, o Capítulo VIII, do art. 66 ao art. 69, enumera quais são os títulos considerados para o concurso, bem como quantos pontos vale cada um.

A ausência de reserva de vagas destinadas às pessoas com deficiência e de critérios, definindo como deve ocorrer, foi preenchida com o Capítulo X (Da reserva de vagas para pessoas com deficiência). O art. 73 dispõe que “as pessoas com deficiência que declararem tal condição, no momento da inscrição preliminar, terão reservados, no mínimo, 5% (cinco por cento) do total das vagas, vedado o arredondamento superior”.

Feito este breve panorama das principais pontos da Resolução nº 75, observa-se que a grande inovação da Resolução, principalmente no tocante a temática desse estudo, está prevista na última parte do art. 6.º e no inciso I do art. 47, ou seja, além da formação técnica exigida aos candidatos à magistratura, estes deverão apresentar também “noções gerais de direito e formação humanística”, como dispõe o anexo VI da Resolução. Dessa forma, ainda que tardia, parece haver uma conscientização – ao serem introduzidas disciplinas como Sociologia do Direito, Psicologia Judiciária, Ética, Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito e da Política na formação do magistrado – da necessidade de formar juízes mais humanos e sensíveis aos problemas sociais, do que meramente técnicos. Nas palavras de Álvaro Filipe Oxley da Rocha:

Tanto candidatos como Juízes na ativa, e demais juristas brasileiros, estão hoje compelidos a suprir o déficit do conhecimento humanístico, varrido da formação jurídica e da Educação brasileira pelo governo autoritário na “reforma” do ensino dos anos 70, da qual resultou a formação de duas gerações de juristas alheios a esses conhecimentos, básicos nas grandes Universidades do mundo, e que agora, tímida, porém resolutamente, se procura recuperar entre nós. Por óbvio, já surge alguma resistência, algo natural numa transição tão importante; entretanto, há muitos profissionais aptos a colaborar. Evidentemente, não se trata de panacéia universal, mas mostra que avançamos na direção certa. Estenda-se ao CNJ os merecidos parabéns e o devido reconhecimento (ROCHA, 2009).

É dado observar que aquela postura jurídico-formal, herdada do positivismo jurídico, no qual ainda se está submerso, no cenário atual, não consegue mais responder às novas demandas sociais, marcadas pela complexidade. Passa-se a exigir do magistrado, para a resolução dos conflitos sociais, uma “bagagem” sociológica, filosófica e humanística, que vai muito além da técnica e da formalidade. O grande desafio, nessa esfera, é que o Estado, até então, não havia demonstrado nenhuma preocupação em exigir e proporcionar uma formação mais humana aos futuros juízes. Eis aqui, a importância da Resolução n.º 75 ao exigir o conhecimento das matérias mencionadas, pois um juiz que encontra como pilar de sustentação de sua formação apenas o rígido conhecimento técnico, só consegue atender ao formalismo, afastando-se do aspecto social, isto é, da própria essência dos conflitos, os quais o Judiciário deve resolver.

Nesse sentido, os formalismos representados por jargões do tipo “todos são iguais perante a lei” funcionam muito bem para aqueles que dispõem do poder econômico, mas não para aqueles que pertencem às baixas camadas da sociedade. É por essa razão que o Judiciário é visto distante do processo de democratização, tendo em vista que apesar do grande avanço da Constituição Federal de 1988, voltada à esfera social, na prática a concretização dos direitos assegurados por esta não chega aos que mais precisam. Dito de outro modo, o Judiciário não tem como caminhar em direção à democracia, entendida da forma como foi abordada na primeira parte desta pesquisa, se os futuros magistrados são treinados para somente repetir a opinião de autores consagrados, decorando os dispositivos legais. Como se pode perceber, as “verdades” são estabelecidas, não sobrando espaço para uma reflexão sociológica e filosófica.

Em suma, não há como o Judiciário cumprir com a sua função democrática – concretizando as promessas estabelecidas na Constituição, por meio de decisões baseadas, não puramente na técnica, mas também nas matérias que passaram a ser incluídas pela Resolução n.º 75 – enquanto existirem juízes fora da sociedade. Portanto, a iniciativa de incluir a sociologia, a filosofia, a ética, entre outras, na formação dos magistrados, embora esteja acontecendo tardiamente, o fato é que o primeiro passo foi dado, e ainda que represente um pequeno fio de esperança, em meio a tantos fiascos que constituem o cenário político atual, trata-se de um grande avanço, até mesmo pela forma como o assunto entrou em pauta, por meio de consulta pública, pelas sugestões dadas pela população, isto é, de forma democrática.

Conclusão

Diante do exposto, a primeira observação recai sobre a atuação do Judiciário no tocante à realização da democracia. Nesse sentido, depois da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 – que além de introduzir o Estado Democrático de Direito, no seu art. 1º, preocupou-se também com os direitos humanos e a criação de novas garantias constitucionais –, o Judiciário assumiu um papel fundamental perante a busca de tornar real um ideal de cidadania, pois passou a ser o

responsável por assegurar o acesso à justiça, o princípio do devido processo legal e a eficácia da decisão judicial. Assim, o Judiciário, que anteriormente tinha a sua função limitada em apenas solucionar os conflitos pertencentes ao campo privado, com a chamada Constituição Cidadã, passou a encarar o desafio de trazer da abstração para a realidade as garantias asseguradas pelo o texto constitucional.

Entretanto, verificou-se a dificuldade dos magistrados em responderem às demandas atuais, que muitas vezes caracterizam-se por se tratarem de situações inéditas, para as quais a resposta não está pronta na lei, ou ainda para as quais não exista jurisprudência. Atribui-se esta dificuldade ao fato de nossas raízes ainda estarem presas ao positivismo jurídico, impedindo que nossos juízes ultrapassem a barreira do formalismo. Essa resistência ao jurídico-formal pode ser claramente percebida pela formação dos magistrados, que até então eram submetidos a um treinamento técnico, alheio à realidade. Disse-se “alheio à realidade”, porque não há como imaginar um juiz capaz de perceber a essência da demanda social, que se encontra diante dele, sem que tenha conhecimento sociológico, filosófico e ético. Ressalta-se que não se quis defender neste estudo que a técnica-jurídica não seja importante, ao contrário, trata-se de algo fundamental à carreira da magistratura, porém deve estar relacionada à sociologia e à filosofia, ou seja, à realidade da sociedade, pois o conhecimento técnico, ausente da sociologia e da filosofia, não tem capacidade para resolver os novos conflitos.

Portanto, a partir da análise do primeiro ponto abordado pela presente pesquisa, a função primordial do Judiciário consiste na construção da democracia, garantindo aos cidadãos, pertencentes a um Estado Democrático de Direito, o acesso a uma justiça igualitária, aos direitos constitucionais, às decisões fundadas na humanística, sendo esta a única maneira de garantir a cidadania. Mas para que isso seja viável é preciso juízes menos formais e mais humanos.

Nessa direção, a fim de que o Judiciário entrasse em sintonia com as exigências de seu tempo, a Resolução nº 75 fez com que matérias como Sociologia do Direito, Filosofia do Direito e Ética, antes consideradas – pelos próprios alunos da graduação que almejavam a magistratura – como “caça-níqueis”, passam a ser valorizadas diante da exigência para a formação dos magistrados. Em outras palavras, o candidato à magistratura, que antes se preocupava somente em obter aprovação no concurso para ocupar o cargo de juiz, visando beneficiar-se da garantia de estabilidade, do salário alto, do glamour e, assim, desprovido de qualquer preocupação de cunho social; agora, terá de ter conhecimento da realidade, de fatos como, por exemplo, de que decisões desprovidas de reflexão sociológica podem trazer danos irreversíveis às pessoas. Logo, espera-se que através do contato com essas áreas, os futuros juízes tornem-se mais sensíveis e preparados, amoldando-se à dinâmica da sociedade pós-moderna.

Do exposto também se deduz que, se por um lado, formaram-se durante muito tempo juízes alheios à realidade e insensíveis às demandas sociais, por outro lado, a inovação trazida pelo art. 6º e pelo inciso I do art. 47, ambos da Resolução Nº75, é um sinal de que ainda se pode ter esperanças de que as coisas possam ser

diferentes. Talvez ainda não se possa falar em uma conquista democrática, mas sem dúvida trata-se de um avanço em direção à democracia. Não obstante, não se pode vislumbrar que mudanças nessa esfera ocorram de forma rápida, uma vez que ainda estamos sentindo os reflexos do atraso deixado a partir de 1964, mas é um primeiro passo, que se receber a mesma ênfase que erroneamente costumamos atribuir aos fatos negativos, pode dar certo.

Cristina Ternes é advogada Civilista OAB/RS 77.306 e mestranda em Direito pela Unisinos (bolsista Santander).

Referências

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. O Judiciário e a Democracia no Brasil. São Paulo: *Revista USP*, p. 118. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/21/10-celso.pdf>>. Acesso em: 7 maio 2009.

CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. As Relações entre Legislativo, Executivo e Judiciário no Constitucionalismo Contemporâneo, in: *Debates: a constituição democrática Brasileira e o Poder Judiciário*. Centro de Estudos Konrad Adenauer, n. 20, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder Judiciário no Regime Democrático*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200008&script=sci_arttext>. Acesso em: 6 maio 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. A Hora do Judiciário (Apresentação), in: KREBS, Fernando Aurvalalle (org.). *A Reforma do Judiciário*. Curitiba: Juruá, 2001.

_____. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

DOBROWOLSKI, Sílvio. *O Poder Judiciário e a Constituição*, p. 57. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/20347/1/poder_judiciario_constituicao.pdf>. Acesso em: 6 maio 2009.

FERRAJOLI, Luigi. O Direito como Sistema de Garantias. Tradução de Eduardo Maia Costa, in: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (org.). *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GRAU, Eros. Tendências e Debates. *Folha de S. Paulo*. nov. 1998.

JUNQUEIRA, Aristides. As relações entre Legislativo, Executivo e Judiciário no constitucionalismo contemporâneo, in: *Debates: a constituição democrática Brasileira e o Poder Judiciário*. Centro de Estudos Konrad Adenauer, n. 20, 1999.

MONTESQUIEU, Charles-Louis, Second Baron de. *Do Espírito das Leis, 1748*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. Poder Judiciário e Democracia, in: *Debates: a constituição democrática Brasileira e o Poder Judiciário*. Centro de Estudos Konrad Adenauer, n. 20, 1999.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. *Judiciário, Sociedade e Política*. 01 jun. 2009. Disponível em: <<http://unisininos.br/blog/ppgdireito/category/noticias/>>. Acessado em 7 jul. 2009.

_____. Judiciário: cidadania e reforma, in: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, e Leonel Severo (orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Sociologia do Direito: a magistratura no espelho*. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Os Dez Anos da Constituição Federal: o poder judiciário e a construção da democracia no Brasil, in: *Debates: a constituição democrática Brasileira e o Poder Judiciário*. Centro de Estudos Konrad Adenauer, n. 20, 1999.

STRECK, Lenio. Controle Externo, Súmulas Vinculantes e a Reforma do Judiciário como Condição de Democracia?, in: *Debates: a constituição democrática Brasileira e o Poder Judiciário*. Centro de Estudos Konrad Adenauer, n. 20, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ary. *Fundamentos de Direito Público*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O Judiciário na Constituição de 1988*. p. 2. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/17524/1/Judici%C3%A1rio_Constitui%C3%A7%C3%A3o_1988.pdf>. Acesso em: 7 maio 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

Contribuição à crítica da Constituição de 1988: Ensaio sobre a reificação das normas jurídicas *

*Critical contribution to the Constitution of 1988:
Essay on the reification of the juridical norms*

ÉDER FERREIRA

“[...] As Constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social.”
Ferdinand Lassalle

Resumo: O presente artigo pretende apresentar os resultados da pesquisa intitulada “Reificação & Direito”. O objetivo central da pesquisa foi desvendar o caráter reificado da constituição de 1988. A pesquisa caracteriza-se como bibliográfico-documental, tendo como fonte primária o texto constitucional de 1988. A análise do texto constitucional consistiu na revisão teórica centrada na categoria reificação.

Palavras-chave: Reificação. Direito Constitucional. Trabalho. Sociedade Mercantil.

Abstract: This paper presents the results of the research entitled “Law & Reification”. The main objective was to uncover the reified aspect of the constitution of 1988. The research is characterized as bibliographical and documentary, with the primary source of the constitutional text of 1988. The analysis of the constitutional text consisted of the theoretical review focused on the reification category.

Keywords: Reification. Constitutional Law. Labor. Mercantile Society.

1. Introdução

“... Por várias vezes se realçou a essência da estrutura do capital, que assenta no fato de que a relação entre as pessoas toma o caráter de ‘coisa’, e ser, por isso, de uma ‘pseudoconcreticidade’, que dissimula todo e qualquer traço de sua essência fundamental: a relação entre o ser social”.
André Luiz Monteiro Mayer

* Trabalho produzido sob orientação do Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges, Docente da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, no âmbito da Especialização em Direito Público.

A reificação é um fenômeno específico da nossa época, a época do capitalismo moderno. O fenômeno da reificação foi considerado por Lukács (2003, p. 193-5) o problema central e estrutural da sociedade capitalista em todas as suas manifestações vitais. Constitui, pois, categoria essencial em uma análise marxiana, quer da sociedade, das relações sociais ou mesmo do direito. Nesse mesmo sentido, Mayer (2006, p. 74) afirma que “a ideia central do sistema de Marx é sua crítica da reificação capitalista das relações sociais de produção, a alienação do trabalho através das mediações reificadas do trabalho assalariado, propriedade privada e troca”. Isso porque, na sociedade burguesa, a forma-mercadoria do produto do trabalho, ou a forma-valor da mercadoria, é a forma celular econômica, ou seja, a mercadoria na sociedade capitalista constitui a célula econômica fundamental (MARX, 1983, p. 23).

Que a sociedade burguesa constituída se funda sobre a produção mercantil, eis o óbvio; mas não é igualmente óbvio que, inseridas as relações mercantis no âmbito de uma sociedade onde a universalização total da forma mercadoria vai muito além da sua materialidade palpável, muito além do circuito das trocas, envolvendo todos os “serviços” e todas as relações homem/homem no seu contexto vital, transforma-se estruturalmente o modo de emergência das relações sociais (NETTO, 1981, p. 84).

Portanto, compreender a reificação é descobrir na estrutura da relação mercantil o protótipo de todas as formas de objetividade e de todas as suas formas correspondentes de subjetividade na sociedade burguesa (LUKÁCS, 2003, p. 193).

É imprescindível, pois, para o estudo da reificação das normas constitucionais, conhecer a estrutura da relação mercantil na sociedade burguesa a partir de sua unidade celular econômica fundamental: a mercadoria.

A mercadoria é, antes de mais nada, um objeto externo, uma coisa que, por suas propriedades, satisfaz necessidades humanas, seja qual for a natureza, a origem delas, prove-nham do estômago ou da fantasia. Não importa a maneira como a coisa satisfaz a necessidade humana, se diretamente, como meio de subsistência, objeto de consumo, ou indiretamente, como meio de produção (MARX, 2006, p. 57).

A mercadoria é, assim, um objeto externo ao homem e que, por suas propriedades, satisfaz uma necessidade humana. Sua utilidade, determinada por suas propriedades, faz dela um valor de uso (NETTO, 2006, p. 79).

O valor de uso da mercadoria é sua utilidade para o usuário, que é o que lhe permite ser objeto de uma troca. Desse modo, por exemplo, o valor de uso da força de trabalho é sua capacidade de produzir valor novo ao ser transformada em trabalho aplicado à produção. Assim, o valor de uso da força de trabalho vem do desenvolvimento das relações de produção e troca de mercadorias, de valor e de dinheiro (BOTTO-MORE, 2001, p. 401-2).

Os valores de uso são, portanto, bens resultantes do intercâmbio entre a socie-

dade e a natureza, isto é, resultam da atividade humana sobre matérias naturais, transformando-as em produtos que atendam às suas necessidades. Essa atividade humana transformadora da natureza denomina-se trabalho e constitui a base da atividade econômica, vez que torna possível a produção de qualquer bem. A respeito, escreveu Marx (1983, p. 149-150, 153):

[...] O trabalho é um processo entre o homem e a natureza, um processo em que o homem, por sua própria ação, media, regula e controla seu metabolismo com a natureza. [...] Não se trata aqui das primeiras formas instintivas, animais de trabalho. [...] Pressupomos o trabalho numa forma em que pertence exclusivamente ao homem. Uma aranha executa operações semelhantes à do tecelão e a abelha envergonha mais de um arquiteto humano com a construção dos favos de suas colméias. Mas o que distingue, de antemão, o pior arquiteto da melhor abelha é que ele construiu o favo em sua cabeça, antes de construí-lo em cera. No fim do processo de trabalho obtém-se um resultado que já no início deste existiu na imaginação do trabalhador, e portanto idealmente. Ele não apenas efetua uma transformação da forma da matéria natural; realiza, ao mesmo tempo, na matéria natural, o seu objetivo. [...] Os elementos simples do processo de trabalho são a atividade orientada a um fim ou o trabalho mesmo, seu objeto e seus meios. [...] O processo de trabalho [...] é a atividade orientada a um fim para produzir valores de uso, apropriação do natural para satisfazer a necessidades humanas, condição universal do metabolismo entre o homem e a natureza, condição natural eterna da vida humana e, portanto, [...] comum a todas as suas formas sociais.

Então, o que diferencia o trabalho humano das atividades naturais é a intencionalidade do sujeito, é o fato de o trabalho ser uma atividade teleologicamente direcionada, isto é, o homem antes de iniciar sua atividade prefigura o resultado de sua ação, o que caracteriza o trabalho como uma objetivação do sujeito que o efetua. Lukács assevera no sentido de que a realização do trabalho só se dá quando essa prefiguração ideal se objetiva, isto é, quando a matéria natural, pela ação material do sujeito, é transformada (apud NETTO, 2006, p. 32).

O trabalho é, pois, a atividade humana intencionada a um fim (teleológica) que transforma matéria natural em um produto apto a satisfazer uma necessidade, ou seja, em um valor de uso; e ao transformar a natureza, o homem se transforma.

Através do trabalho, diz Lukács, “tem lugar uma dupla transformação. Por um lado, o próprio homem que trabalha é transformado pelo seu trabalho; ele atua sobre a natureza; ‘desenvolve as potências nela ocultas’ e subordina as forças da natureza ‘ao seu próprio poder’. Por outro lado, os objetos e as forças da natureza são transformados em meios, em objetos de trabalho, em matérias-primas etc. O homem que trabalha ‘utiliza as propriedades mecânicas, físicas e químicas das coisas, a fim de fazê-las atuar como meios para poder exercer seu poder sobre outras coisas, de acordo com sua finalidade’” (ANTUNES, 2003, p. 125).

Essa dupla transformação de que fala Lukács é que atribui ao trabalho um cará-

ter central na teoria marxiana, ou seja:

O trabalho mostra-se como momento fundante de realização do ser social, condição para sua existência; é ponto de partida para a humanização do ser social e o “motor decisivo do processo de humanização do homem”. Não foi outro o significado dado por Marx ao enfatizar que: “Como criador de valores de uso, como trabalho útil, é o trabalho, por isso, uma condição de existência do homem, independentemente de todas as formas de sociedade, eterna necessidade natural de mediação do metabolismo entre homem e natureza e, portanto, vida humana”. Essa formulação permite entender o trabalho como “a única lei objetiva e ultra-universal do ser social, que é tão ‘eterna’ quanto o próprio ser social ; ou seja, trata-se também de uma lei histórica, à medida que nasce simultaneamente com o ser social, mas que permanece ativa apenas enquanto esse existir” (ANTUNES, 2003, p. 125).

Logo, o trabalho deve ser compreendido como atividade essencialmente humana, “responsável” pela humanização do homem e que constitui condição *sine qua non* da existência desse homem, já que tem a função de mediação da relação homem e natureza na produção de sua existência material, caracterizada pela produção de valores de uso.

Como relacionar, então, mercadoria e valor de uso? As mercadorias são valores de uso e os valores de uso são mercadorias? Estas são as questões que se colocam quando se pretende esclarecer o que são mercadorias.

As mercadorias são valores de uso que derivam do trabalho humano e que podem ser reproduzidos. Essa assertiva indica que existem valores de uso que não derivam do trabalho humano, como certos bens naturais que são indispensáveis à vida do homem (a água e o ar, por exemplo). Também fica claro que existem valores de uso que não são mercadorias, quais sejam, os que são insuscetíveis de serem produzidos mais de uma vez, repetidamente (uma importante obra de arte constitui exemplo disso, lembrando que suas réplicas são mercadorias por serem reprodutíveis).

A mercadoria é um valor de uso que se produz para a troca, para a venda; os valores de uso produzidos para o autoconsumo do produtor (...) não são mercadorias – somente valores de uso que satisfaçam necessidades sociais (humanas) de outrem e, portanto, sejam requisitados por outrem, constituem mercadoria; esta pois, dispõe de uma dimensão que sempre vem vinculada ao seu valor de uso: a sua faculdade de ser trocada, vendida (o seu valor de troca). Assim, portanto, *a mercadoria é uma unidade que sintetiza valor de uso e valor de troca* (NETTO, 2006, p. 79-80).

Disso decorre que para haver produção de mercadorias duas condições devem ser obedecidas: 1) existência da divisão social do trabalho, e 2) existência da propriedade privada dos meios de produção. A divisão social do trabalho é necessária para que haja a produção de diferentes mercadorias, como móveis, roupas, utensílios etc; pres-

supõe, então, que o trabalho está repartido para diferentes grupos humanos e que o acesso aos diferentes tipos de mercadorias depende da troca entre produtores.

Mas a divisão social do trabalho não garante, por si só, a produção de mercadorias uma vez que se a propriedade dos meios de produção for coletiva, não haverá troca (compra/venda), pois o produto do trabalho pertence a todos. A produção mercantil necessita, então, da propriedade privada dos meios de produção já que somente troca (compra e vende) aquele que é proprietário; e para que alguém o seja deve ser dono dos meios com os quais se produziu o bem. Isso significa que a produção de mercadorias tem como condições indispensáveis a divisão social do trabalho e a propriedade privada dos meios de produção – sem ambas, produzem-se bens, valores de uso, mas não há a produção mercantil (NETTO, 2006, p. 80).

As bases da produção mercantil capitalista, além de pressupor uma divisão social do trabalho e a propriedade dos meios de produção, agregam um fator agravante: que a propriedade dos meios de produção não caiba ao produtor direto, mas ao capitalista. Aqui desaparece o trabalho pessoal do proprietário: o capitalista é proprietário dos meios de produção, mas não é ele quem trabalha – ele compra a força de trabalho que, com os meios de produção que lhe pertencem, vai produzir mercadorias. Desse modo, a força de trabalho pode ser comprada e vendida, isto é, a força de trabalho torna-se uma mercadoria.

A produção mercantil capitalista baseia-se, então, na exploração da força de trabalho comprada pelo capitalista por meio do salário. Os ganhos (lucros) do capitalista não provêm da circulação, mas, sim, da exploração do trabalho, isto é, sua origem está no interior do processo de produção das mercadorias, o qual está sob controle do capitalista.

Por isso é próprio da produção mercantil que o trabalho tenha ocultada sua característica elementar: o trabalho é sempre trabalho social.

Já foi dito que a produção mercantil, para produzir as mercadorias, necessita de uma ampla divisão do trabalho: há vários ramos de produção e, na composição de uma só mercadoria, entram muitas outras – sintetizando, surge uma grande interdependência entre todos os produtores, o que implica que o trabalho de cada um deles (trabalho privado) é parte do conjunto total do trabalho da sociedade (trabalho social) e só é possível no seu interior.

No entanto, como se trata de um produtor privado (ou seja, que tem a propriedade privada dos meios de produção), ele administra isoladamente, privadamente, a sua produção; o produtor atua independentemente dos outros produtores e, por isso, o seu trabalho, parte do trabalho social, aparece-lhe essencialmente como trabalho privado. O produtor só se confronta com o caráter social do seu trabalho no mercado: sua interdependência em face dos outros produtores lhe aparece no momento da compra-venda das mercadorias; em poucas palavras: as relações sociais dos produtores aparecem como se fossem relações entre mercadorias, como se fossem relações entre coisas. A mercadoria passa a ser, então, a portadora e a expressão das relações entre homens. Na medida em que a troca mercantil é regulada por uma lei que não resulta do controle consciente dos homens sobre a produção (a lei do valor), na medida em que o movimento

das mercadorias se apresenta independentemente da vontade de cada produtor, opera-se uma inversão: a mercadoria, criada pelos homens, aparece como algo que lhes é alheio e os domina; a criatura (mercadoria) revela um poder que passa a subordinar o criador (os homens) (NETTO, 2006, p. 92).

Esse poder autônomo que as mercadorias parecem ter e que de fato exercem sobre seus produtores foi chamado por Marx de fetichismo da mercadoria, isto é, quando determinada relação social entre os próprios homens assume a forma fantasmagórica de uma relação entre coisas (MARX, 1983, p. 71). Daí que no modo de produção capitalista seja universalizada a lógica mercantil, isto é, o fetichismo alcança sua máxima gradação que consiste na aparência aos homens de que suas relações sociais são relações entre coisas. Por isso mesmo, o fenômeno da reificação é peculiar das sociedades capitalistas; é mesmo possível afirmar que a reificação é a forma típica de alienação engendrada no modo de produção capitalista (NETTO, 2006, p. 93).

2. O fenômeno da reificação

“... a reificação é uma forma superior, isto é, a forma mais alta de alienação, não sendo apenas um conceito, mas um requisito metodológico para o estudo crítico e para a transformação prática, ou melhor, a destruição de toda a estrutura reificada”.

Tom Bottomore

Já foi mencionado como a relação mercantil condiciona todas as demais relações sociais no capitalismo. Claro está, então, que a mercadoria apenas pode ser compreendida em sua essência autêntica como categoria universal de todo o ser social. E é justamente nesse sentido que a reificação originada pela e na relação mercantil ganha sublinhado relevo, quer no que tange ao desenvolvimento objetivo da sociedade, quer no que diz respeito à atitude dos homens a seu respeito, ou nas palavras de Lukács (2003, p. 198-9), para a submissão de sua consciência às formas nas quais essa reificação se exprime, para as tentativas de compreender esse processo ou de se libertar da servidão da “segunda natureza” que surge desse modo. A esse respeito, Marx escreveu o seguinte:

O caráter misterioso da forma mercantil consiste, portanto, simplesmente em revelar para os homens os caracteres sociais do seu próprio trabalho como caracteres objetivos do produto do trabalho, como qualidades sociais naturais dessas coisas e, conseqüentemente, também a relação social dos produtores com o conjunto do trabalho como uma relação social de objetos que existe exteriormente a eles. Com esse quiproquó, os produtos do trabalho se tornam mercadorias, coisas que podem ser percebidas ou não pelos

sentidos ou serem coisas sociais [...]. É apenas a relação social determinada dos próprios homens que assume para eles a forma fantasmagórica de uma relação entre coisas (MARX, 1983, p. 71)

Por assim ser, Lukács (2003, p. 199) conclui que, por meio desse fato básico e estrutural, ao homem sua própria atividade, seu próprio trabalho são colocados como algo objetivo, e que, portanto, independe dele e o domina por leis próprias, que lhes são estranhas.

Tal fenômeno interfere tanto sob o aspecto objetivo quanto sob o subjetivo:

- **Objetivamente:** quando surge um mundo de coisas acabadas e de relações entre coisas (o mundo das mercadorias e de sua circulação no mercado), cujas leis, embora se tornem gradualmente conhecidas pelos homens, mesmo nesse caso se lhes opõem como poderes intransponíveis, que se exercem a partir de si mesmos. O indivíduo pode, portanto, utilizar seu conhecimento sobre essas leis a seu favor, sem que lhe seja dado exercer, mesmo nesse caso, uma influência transformadora sobre o processo real por meio de sua atividade.
- **Subjetivamente:** numa economia mercantil desenvolvida, quando a atividade do homem se objetiva em relação a ele, torna-se uma mercadoria que é submetida à objetividade estranha aos homens, de leis sócias naturais, e deve executar seus movimentos de maneira tão independente dos homens como qualquer bem destinado à satisfação de necessidades que se tornou artigo de consumo (LUKACS, 2003, p. 198).

Por isso, Marx afirma que o capitalismo caracteriza-se pelo fato de que a força de trabalho apresenta-se ao próprio trabalhador como uma mercadoria que lhe pertence. Desse modo, é justamente nesse momento que a forma mercantil dos produtos do trabalho se generaliza.

A universalidade da forma mercantil condiciona, portanto, tanto sob o aspecto objetivo quanto sob o aspecto subjetivo, uma abstração do trabalho humano que se objetiva nas mercadorias. [...] Desse modo, o princípio de sua igualdade formal só pode ser fundado em sua essência como produto do trabalho humano abstrato (portanto, formalmente igual). [...] Igualdade formal do trabalho humano abstrato não é somente denominador comum ao qual os diferentes objetos são reduzidos na relação mercantil, mas torna-se também o princípio real do processo efetivo de produção de mercadorias. [...] O trabalho abstrato, igual, mensurável com uma precisão crescente em relação ao tempo de trabalho socialmente necessário, o trabalho da divisão capitalista do trabalho, que existe ao mesmo tempo como produto e condição da produção capitalista, surge apenas no curso do desenvolvimento desta e, portanto, somente no curso dessa evolução ele se torna uma categoria social que influencia de maneira decisiva a forma de objetivação tanto dos objetos como dos sujeitos da sociedade emergente, de sua relação com a natu-

reza, das relações dos homens entre si que nela são possíveis (LUKÁCS, 2003, p. 200-201).

As modificações decisivas que assim são operadas sobre o sujeito e o objeto do processo econômico são as seguintes:

1ª) O produto que forma uma unidade, como objeto do processo de trabalho, desaparece. O processo torna-se a reunião objetiva de sistemas parciais racionalizados, cuja unidade é determinada pelo puro cálculo, que por sua vez devem aparecer arbitrariamente ligados uns aos outros. [...] A unidade do produto como mercadoria não coincide mais com sua unidade como valor de uso;

2ª) Essa fragmentação do objeto da produção implica necessariamente a fragmentação do seu sujeito [...], ele é incorporado como parte mecanizada num sistema mecânico que já encontra pronto e funcionando de modo totalmente independente dele, e a cujas leis deve se submeter (LUKÁCS, 2003, p. 203-4).

Ocorre, pois, um apassivamento do sujeito, uma vez que, como o processo de trabalho é progressivamente racionalizado e mecanizado, a falta de vontade é reforçada pelo fato de a atividade do trabalhador perder cada vez mais seu caráter ativo para tornar-se uma atitude contemplativa.

Opera, assim, uma redução do espaço e do tempo a um mesmo denominador e do tempo ao nível do espaço.

Com a subordinação do homem à máquina os homens acabam sendo apagados pelo trabalho, o pêndulo do relógio torna-se a medida exata da atividade relativa de dois operários, tal como a medida da velocidade de duas locomotivas. Sendo assim, não se pode dizer que uma hora [de trabalho] de um homem vale a mesma hora de outro, mas que, durante uma hora, um homem vale tanto quanto outro. O tempo é tudo, o homem não é mais nada; quando muito, é a personificação do tempo. A qualidade não está mais em questão. Somente a quantidade decide tudo: hora por hora, jornada por jornada. O tempo perde, assim, o seu caráter qualitativo, mutável e fluido: ele se fixa num *continuum* delimitado com precisão, quantitativamente mensurável, pleno de “coisas” quantitativamente mensuráveis (...); torna-se um espaço (MARX *apud* LUKÁCS, 2003, p. 204-5).

Por um lado, o trabalho mecanizado e fragmentado leva a personalidade a tornar-se um espectador impotente de tudo o que ocorre com sua própria existência, parcela isolada e integrada a um sistema estranho. Por outro lado, a desintegração mecânica do processo de produção também rompe os elos que, na produção “orgânica”, religavam a uma comunidade cada sujeito do trabalho.

O afastamento entre o produtor e os seus meios de produção, a extinção e a fragmentação de todas as unidades originais de produção, entre outros, isto é, todas as

condições econômicas e sociais do surgimento do capitalismo moderno convergem no mesmo ponto: substituir por relações racionalmente reificadas as relações originais em que eram mais transparentes as relações humanas. Nesse mesmo sentido, Marx afirmou que as relações sociais dos homens no seu trabalho não se apresentam disfarçadas em relações sociais entre coisas, mas como se fossem suas próprias relações pessoais.

[...] O isolamento e a atomização assim nascentes são uma mera aparência. O movimento das mercadorias no mercado, o surgimento do seu valor, numa mente é submetida a leis rigorosas, mas pressupõe, como fundamento do cálculo, uma legalidade rigorosa de todo acontecimento. [...] Pela primeira vez na história – toda a sociedade está submetida, ou pelo menos tende, a um processo econômico uniforme, e de que o destino de todos os membros da sociedade é movido por leis também uniformes. [...] Mas essa aparência é necessária enquanto aparência. [...] A confrontação imediata, tanto prática quanto intelectual, do indivíduo com a sociedade, a produção e a reprodução imediatas da vida [...], só poderiam desenrolar-se sob essa forma de atos isolados e racionais de troca entre proprietários isolados de mercadorias. O trabalhador apresenta-se, pois, como *proprietário* de uma mercadoria: sua força de trabalho. “Sua posição específica reside no fato de essa força de trabalho ser sua única propriedade. *Em seu destino, é típico da estrutura de toda a sociedade que essa auto-objetivação, esse tornar-se mercadoria de uma função do homem revelem com vigor extremo o caráter desumanizado e desumanizante da relação mercantil* (LUKÁCS, 2003, p. 208-9, grifo nosso).

Há, pois, uma separação entre os fenômenos da reificação e o fundamento econômico de sua existência (a base que permite compreendê-los). Tal separação é facilitada pelo fato de que esse processo de transformação deve necessariamente englobar o conjunto das formas de manifestação da vida social, para que sejam preenchidas as condições de uma produção capitalista com pleno rendimento. Assim, o desenvolvimento capitalista encarregou-se de criar um sistema de leis que atendesse a suas necessidades e se adaptasse a sua estrutura, um Estado correspondente e, por conseguinte, um direito também correspondente, entre outras coisas.

3. A reificação da norma

“[...] O fundamento real da origem do direito, a modificação das relações de poder entre as classes, tornam-se confusos e desaparecem nas ciências que tratam do direito, nas quais – de acordo com as formas de pensamento da sociedade burguesa – nascem os mesmos problemas da transcendência do substrato material que na jurisprudência e na economia política.”

Georg Lukács

Fábio Ulhôa Coelho defendeu em importante trabalho jusfilosófico que a ideia

que prevalece no que tange à origem das normas jurídicas em toda a experiência da vida em sociedade é a de que elas são produto da vontade humana. Afirma ele que, embora pareçam ganhar uma existência própria, as leis e demais normas são tidas como resultantes de um esforço humano, de um trabalho dos homens. De modo geral, as normas jurídicas são tidas como manifestação de vontade de homens concretos.

Mesmo no interior de uma relação naturalista, a questão da correspondência entre a vontade expressa em normas e a natureza ética do agir humano está relacionada apenas com a legitimidade do conteúdo normatizado e não com sua origem. A norma jurídica aparece, assim, como manifestação da vontade humana ainda quando se pretende a existência de um direito natural (COELHO, 2005, p. 1).

Diante disso, Coelho se coloca a seguinte questão: mas quais são, exatamente, os fatores que interferem com a produção das leis e normas, condicionando a vontade dos homens concretos dedicados à sua elaboração? E a responde, criticando, antes, respostas vagas que não tornam a questão mais clara, como falar-se em contingências históricas, meio, determinantes sociais, culturais, morais etc. Por isso, propõe o eminente jurista uma resposta bem específica, que seja capaz de indicar fatores reais condicionantes da produção normativa. São elencados dois fatores, quais sejam: o estágio de evolução das forças produtivas e as nuances da luta de classes.

Quando se fala em interferência da moral, cultura, política, economia etc., na criação do direito, é necessário esclarecer-se, em termos bastante específicos, o que se pretende identificar. Tomar a evolução das forças produtivas e a luta de classes como os fatores condicionantes da elaboração das normas jurídicas é proceder-se a tal especificação. A moral não tem uma interferência que se explique por si mesma, mas necessariamente com reporte ao modo de produção e à luta de classes que igualmente a condicionam. Assim também a cultura, a política, a economia etc. Levar em conta a totalidade em que se insere o direito, para entendê-lo, significa considerá-lo articulado nesta medida com os demais fatores distinguíveis da vida em sociedade. [...] O modo de produção, em que se traduz a evolução do domínio do homem sobre a natureza, e os antagonismos das classes sociais fixam balizas, em cujo interior se desenvolve o trabalho mental de homens concretos de que resultam as normas jurídicas. Não há uma determinação mecânica, mas um condicionamento, o estabelecimento de limites para a vontade humana. A norma jurídica, nestes termos, é e não é uma expressão desta vontade (COELHO, 2005, p. 3-4).

Entretanto, a identificação da evolução das forças produtivas e das nuances da luta de classes como fatores reais condicionantes da produção normativa não é feita sem ressalvas. Deve-se observar que o pensamento de inspiração marxista¹, por vezes,

¹ José Paulo Netto, em nota de rodapé, enfatiza que é “preciso distinguir claramente a teoria social de Marx dos marxismos – interpretações posteriores que a converteram em ‘concepção

apresenta reduções ao abordar o tema que incorrem em equívocos quanto à natureza do direito. Trata-se de duas posições assumidas:

- 1) De um lado, de tomar o modo de produção da vida material como determinante absoluto de todas as manifestações do espírito humano, como a moral, a religião, a cultura e o próprio direito, por meio de um reducionismo economicista;
- 2) De outro lado, de atribuir ao direito o caráter de simples reflexo da vontade da classe dominante, por meio de uma redução voluntarista (COELHO, 2003, p. 7).

Essa equação *reducionista*, que consiste em um *economicismo* exacerbado, é uma *deturpação simplificadora do marxismo marxista*. A base real de uma sociedade e que, portanto, a condiciona é o modo de produção existente. *As manifestações do espírito humano possuem o que se costuma chamar de relativa autonomia, de uma lógica interna que não se consegue entender apenas com o reporte às condições materiais da vida social.*

Exemplifica muito bem essa situação a metáfora marxiana da sociedade como edifício: Os alicerces de um prédio condicionam, de verdade, algumas de suas características, como o número de pavimentos, algumas das distribuições possíveis dos cômodos etc., porém, de forma alguma, determinam todos os aspectos da construção, tais a efetiva quantidade de pavimentos, o revestimento e a cor das paredes etc. As expressões do espírito humano, dentre as quais se inserem as normas jurídicas, são determinadas pela evolução das forças produtivas, mas em última instância. Vale dizer, as normas jurídicas são um produto da vontade humana balizada pelo modo de produção material (COELHO, 2005, p. 8).

Pela redução voluntarista, o direito representa simples expressão dos interesses da classe dominante. Nesse sentido, esquece-se o papel histórico desempenhado pela classe subalterna e ignora-se a dinâmica da luta de classes. As concessões localizadas da burguesia e os avanços e conquistas do proletariado estão presentes no condicionamento da produção normativa. Ademais, a classe dominante possui estratos e segmentações, tornando seus projetos diferenciados, e que constituem complexa rede de interesses, impossível de ser sintetizada na ideia de um direito que atenda exclusivamente aos de uma classe social apenas. Obviamente, o direito tende a privilegiar os interesses dominantes, mas isso não ocorre simplesmente por ser a vontade da classe dominante, mas porque tais interesses prevalecem sobre os demais nas evoluções da luta de classes. Não é desconsiderado o papel que a vontade humana desempenha no processo,

de mundo'. Parece-me que, ao nível científico, o termo 'marxismo' é suficientemente equívoco para que o deixemos de lado" (NETTO, 1981, p. 15).

situando-a, no entanto, no interior de balizas em geral inultrapassáveis².

Outra idéia presente no senso comum, de membros ou não da comunidade jurídica, é a de que as normas, embora nascidas da vontade humana, ganham, por assim dizer, vida própria. Seriam dotadas de uma força tal que passariam a controlar todos os seus destinatários, inclusive os homens que as formularam. É o que se costuma designar por reificação, conceito originariamente utilizado por Marx no estudo da mercadoria, que designa o processo pelo qual uma relação social é despida, aos olhos dos seus partícipes, do caráter humano que possui para assumir a aparência de algo totalmente independente de sua vontade. As coisas que um homem produz não vão ao mercado por si só, mas por uma ação da vontade de seu produtor. Não se trocam em função de si mesmas, uma vez que a quantidade de mercadorias de outro produtor que serão trocadas pelo produto em questão decorre das relações sociais entre os proprietários e não de algum atributo que exista na materialidade das coisas intercambiadas. Com a reiteração das trocas, as proporções entre as coisas fazem os seus proprietários tomarem as mercadorias como dotadas de um valor intrínseco, independente das relações sociais. O fato de uma certa quantidade de trigo ser, continuamente, trocada por uma outra quantidade de ouro imprime nas mentes dos seus produtores a idéia de que o trigo vale por si, dentro de uma certa proporcionalidade, o ouro. Por este processo, descrito por Marx (...), as mercadorias são fetichizadas, ganham uma substancialidade distante da ação humana, como se não tivesse sido esta que as valorizou (COELHO, 2005, p. 9-10).

Como já mencionado esse processo, que é a forma típica de alienação no capitalismo, universaliza-se e atinge, pois, o direito. A ideologia jurídica compreende as normas jurídicas, e também um conjunto de crenças que tem o direito como referencial. Entre estas pode-se mencionar a da realização da justiça, da imparcialidade do juiz, da imprescindibilidade do direito, dos direitos naturais e inalienáveis etc. Desse modo quando se explica determinada situação em sociedade como decorrência da lei ou de decisão judicial, Coelho (2005, p. 11) afirma que uma áurea de justiça parece recobri-la. A ideologia jurídica, nesse sentido, opera com particular contribuição à dominação de classes.

Em uma sociedade capitalista moderna, a reificação não alcança apenas a mercadoria e as normas jurídicas; antes marca todas as manifestações da consciência humana. A reificação da norma jurídica está ligada à sua natureza ideológica. Na verdade, ela constitui mecanismo auxiliar de dominação de classes na medida em que se apresenta como algo que transcende a vontade humana. Originada por esta, ganha vida própria e passa a comandá-la. A desfetichização da norma jurídica faria com que ela não mais fosse vista como algo acima dos conflitos sociais. Do mesmo modo, qualquer decisão que tenha caráter normativo tem os mesmos atributos da norma jurídica, isto é, são capazes de subjugar os homens, inclusive aqueles de quem tenha emanado a

² “Aquela idéia referida de início, de que as leis surgem como produto da vontade de homens politicamente organizados, não é, assim, totalmente verdadeira nem totalmente falsa, correspondendo, apenas em certa medida, ao que ocorre de fato” (COELHO, 2005, p. 9).

decisão e, em tese, teriam poderes para alterá-la. A impessoalização da norma jurídica é uma forma pela qual a teoria do direito se refere à sua reificação.

A norma jurídica, apesar de condicionada por fatores que independem da vontade humana (as forças produtivas e a luta de classes) e apesar de aparentar, em razão de sua reificação, uma independência em relação a essa vontade, é, em parte, produto de opções tomadas por homens concretos. A contradição dialética entre a vontade humana e os seus limites é a realidade da norma jurídica (COELHO, 2005, p. 12).

A norma jurídica caracteriza-se, pois, como resultado da correlação de forças entre trabalho e capital e expressa, assim, na atualidade, os interesses da classe dominante, muito embora se apresente como algo acima da luta de classes e que, uma vez emanada por homens, ganha vida própria e os domina.

A reificação das normas, a partir do séc. XVIII, intensifica-se no que tange às normas constitucionais uma vez que a consolidação do Estado burguês, após a Revolução de 1789, exigiu a elaboração de uma Constituição e leis para regulamentar as novas relações sociais e econômicas, que iam substituindo as feudais. Tudo isso era determinado pelo modo de produção capitalista, que, por sua vez, elaborava uma nova formação social e econômica (CAMPOS, 1990, p. 18), razão pela qual se impôs ao estado moderno a elaboração de uma Constituição, desde então considerada lei de maior expressão no interior dos Estados-nacionais e cujo texto condiciona a validade de todas as demais normas em seu território.

4. A Constituição de 1988: princípios e objetivos fundamentais

“No Título I da Constituição se encontram os princípios e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. É justamente a leitura desse título que nos conduz a entender a alma, o espírito da Constituição.”

Benedicto de Campos

José Afonso da Silva (2000, p. 99-100), no que tange aos princípios fundamentais de uma Constituição, destaca sua função ordenadora e sua ação imediata que consiste, em primeiro lugar, na sua atuação como critério interpretativo e integrador capaz de conferir coerência geral ao sistema.

Por isso, para compreender a correlação de forças capital x trabalho e o estágio do modo de produção a partir do direito e, portanto, da Constituição, pode-se ater ao estudo de seus princípios e objetivos fundamentais.

Benedicto de Campos (1990, p. 48-9) afirma que os princípios e objetivos fundamentais da Constituição são a pedra basilar para a construção de uma ordem social, política e jurídica democráticas, para tanto se constituindo em meta para os poderes do Estado, suas instituições e órgãos.

A constituição de 1988 proclamou em seu artigo 1º a adoção da forma de governo republicana, com a federalização em três níveis (União; Estados-membros e Distrito Federal; e Municípios), os quais são indissolúveis e constituem o Estado democrático de direito: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...].(CF/1988).

A principal relevância do conteúdo dessa norma constitucional, segundo Silva (2001, p. 123), está em que a Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, não o faz como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando.

Dessa maneira, antes de qualquer coisa, parece ser necessário definir o que vem a ser o Estado de direito, para depois lhe acrescer o componente democrático. Isso porque o Estado de direito tem sua origem histórica, carente de conteúdo democrático, no pensamento liberal.

Daí falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram: (a) *submissão ao império da lei*, que era a nota primária de seu conceito, sendo a *lei* considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; (b) *divisão dos poderes*, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; (c) *enunciado e garantia dos direitos individuais*. Essas exigências continuam a ser postulados básicos do Estado de Direito, que configura uma grande conquista da civilização liberal (SILVA, 2001, p. 116-117).

Além disso, Silva (2001, p. 118) afirma ser um elemento importante do Estado de direito o fato de esse estar submetido ao Poder Judiciário, ou seja, todos os atos legislativos, executivos, administrativos e, inclusive, os judiciais estão sujeitos ao controle jurisdicional, no que se refere à legitimidade constitucional e legal.

Mas a garantia de um Estado de direito não pressupõe o componente democrático, ou seja, o Estado de direito não é necessariamente um Estado democrático. Este alicerça-se no princípio da soberania popular³, o qual impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública. Mas essa participação não se exaure [...] na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado democrático, mas não o seu completo desenvolvimento (SILVA, 2001, p. 121).

Agregando, então, o elemento democrático ao Estado de direito, não se tem a mera união formal dos conceitos, mas a sua superação na medida em que o novo con-

³ Art. 1º [...].

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição (CF/1988).

ceito incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo* (SILVA, 2001, p. 123).

A diferença, quando se fala de reformas no âmbito de uma revolução, é a participação do povo na direção do processo. Ou seja, a diferença é a democracia. Se é disso que se trata quando se menciona as reformas no âmbito da revolução, com mais razão ainda quando se fala da possibilidade de transformação da sociedade através da democracia. A diferença é a participação popular nas mudanças. Significa mudar para criar no âmbito da democracia, mesmo que em caráter parcial, os processos de participação que são típicos de uma revolução. Ou seja, para quem quer realmente mudar a sociedade, o caminho é mais participação, ou seja, mais democracia, e não menos (WEFFORT, 1986, p. 113).

Esta possibilidade se dá na medida em que a Constituição de 1988, mesmo não tendo estruturado um Estado democrático de direito de conteúdo socialista, nem prometido uma transição para o socialismo mediante a realização da democracia econômica como o fez a Constituição portuguesa, ela abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana (SILVA, 2001, p. 124).

Esse, então caracterizado, Estado democrático de direito apresenta, no art. 1º de sua Constituição, os seguintes princípios fundamentais: (I) a soberania; (II) a cidadania; (III) a dignidade da pessoa humana; (IV) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (V) o pluralismo político e, por fim, a representatividade e participação do povo no poder político (parágrafo único) (Art. 1º, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988)

Esses princípios, assim como os demais dispositivos constitucionais, afirma Campos (1990, p.50), não são estanques, em que a interpretação de um não se relacione com a de outro; pelo contrário, eles formam um complexo em que todos se relacionam, de tal sorte que, por exemplo: o princípio da representatividade e participação do povo no poder político (direitos políticos) é um componente do princípio da cidadania (direitos civis, sociais e políticos), que se exerce no marco da soberania nacional (autodeterminação dos povos, independência nacional, não-intervenção e igualdade entre os Estados, todos princípios de relações internacionais também insertos na carta constitucional).

O princípio fundamental da representatividade e participação do povo no poder político indica que o povo somente exerce sua soberania (interna) pela forma e dentro dos limites estabelecidos pela norma constitucional. A constituição impõe que o poder do povo seja exercido por seus representantes eleitos (representatividade) ou que seja exercido diretamente (participação do povo no poder político) pelos seguintes instrumentos: plebiscito, referendo, iniciativa de lei e ação popular, além dos conselhos gestores, conferências, audiências públicas, consultas públicas, tribunal do júri etc.

Entretanto, essa possibilidade de participação do povo é uma forma de institucionalizar os movimentos sociais (em prol da criança e do adolescente – ECA; em prol da cidade – Estatuto da Cidade; sanitarista – LOS; da assistência social – LOAS; em defesa do idoso – Estatuto do Idoso etc.) para facilitar a captação/assimilação das demandas sociais, permitindo, assim, sua recuperação pelo capital e conseqüente conversão em direito.

Parece haver, na verdade, uma aplicação dos princípios do toyotismo na administração pública, o que não exclui a importância da apropriação desses mecanismos pelas massas tendendo à ampliação da democracia, cuja finalidade socializadora conduz a transformações societárias.

Em razão dessa tutela estatal ao exercício da participação do povo no poder político a cidadania no Brasil, que é outro princípio fundamental do Estado, já recebeu diversos predicados, tais como cidadania tutelada e assistida (DEMO, 1995) ou invertida (FLEURY, 1989), entre outros.

Uma cidadania plena pressupõe soberania estatal, ou como fora dito, necessita minimamente da possibilidade de autodeterminação de seu povo, de independência nacional, de não-intervenção externa de outros países e de igualdade entre os Estados.

Entretanto, no estágio atual do capitalismo, as megacorporações detêm um poder planetário que obriga considerável número de Estados nacionais a abdicar de qualquer pretensão à soberania; a ofensiva do capital impõe uma determinação cultural externa ao povo, conforme seja adequado à produtividade do capital; há um notável distanciamento entre os países ricos e os pobres; e instalam-se mecanismos de intervenção em outros Estados por meio de guerras, incentivos comerciais ou financeiros.

Há, pois, um abalo real na estrutura constitucional do Estado brasileiro pelo esfacelamento material da soberania estatal, do qual decorre a impossibilidade do exercício pleno da cidadania e que afeta, por conseqüente, qualquer tentativa de efetivação do princípio fundamental da dignidade humana.

É que a dignidade humana implica reconhecer e garantir o merecimento do ser humano, historicamente construído, a certos direitos essenciais à vida humana, tais como todos os direitos civis (vida, igualdade, liberdade etc.), sociais (trabalho, educação, saúde, lazer etc.) e políticos (votar e ser votado, participar das decisões governamentais etc.) – cidadania –, necessitando, pois, de uma organização político-institucional para tutelá-los (Estado soberano).

Não se ousa negar que os princípios da cidadania e da soberania constituem elementos essenciais na promoção e proteção do princípio da dignidade humana. Nesse sentido, Campos (1990, p. 55) afirma que se houver vigilância e firmeza dos partidos políticos, das associações de classes, dos movimentos populares (pluralismo político) e respeitados os princípios de nossa soberania e de cidadania, a dignidade da pessoa humana será respeitada em todas suas dimensões.

Torna-se perceptível que essa totalidade jurídico-constitucional complexa é composta, ainda, pelo princípio fundamental do pluralismo político que não se refere somente à livre organização partidária, mas à organização livre de associações culturais, religiosas ou ideológicas que adotem as mais diversas doutrinas, excetuadas as de

caráter racista, tais como o nazismo e o racismo (CAMPOS, 1990, p. 55). O exercício do pluralismo político tem caráter pedagógico na construção da democracia e, por conseguinte, na constituição de uma nova ordem societária.

E, muito embora, possa esfacelar o movimento operário em lutas de segmentos, faixas etárias, etnias, gênero, ou temas, como já mencionado, o exercício prolongado da democracia e a ampliação do rol dos direitos sociais e sua implementação via políticas sociais, a médio prazo, tem efeitos socializadores que, somados às concessões da burguesia, provoca um salto dos trabalhadores da condição de fiel da democracia burguesa para de fator de uma democracia popular (operária).

Outros dois princípios fundamentais do Estado brasileiro e contraditórios entre si são o da livre iniciativa e dos valores sociais do trabalho. A livre iniciativa ou livre concorrência é um princípio do liberalismo econômico⁴ e revela grande importância na análise aqui empreendida uma vez que se refere diretamente à infraestrutura econômica da sociedade que se constitui como a base real, sobre a qual se erguem todas as superestruturas sociais e jurídicas, como também as diversas formas de consciência social (CAMPOS, 1990, p. 51).

Desse modo, não surpreende o fato de que a livre iniciativa seja elevada a princípio fundamental da Constituição de 1988, a não ser pelo fato de que muitos países, face à fase imperialista do capitalismo contemporâneo, tenham limitado a incidência desse princípio. No Brasil, conforme menciona Campos (1990, p. 51), o sistema econômico, de saúde e educacional, o regime da propriedade, todos sofrem a influência nefasta da livre iniciativa.

A livre iniciativa, conforme Silva (2001, p.771), envolve liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato, e assegura a todos, consoante o art. 170 da Constituição de 1988, o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo casos previstos em lei.

No início, e durante o século passado até a Primeira Grande Guerra (1914-1918), a liberdade de iniciativa econômica significava garantia aos proprietários da possibilidade de usar e trocar seus bens; garantia, portanto, do caráter absoluto da propriedade; garantia de autonomia jurídica e, por isso, garantia aos sujeitos da possibilidade de regular suas relações do modo que tivessem por mais conveniente; garantia a cada um para desenvolver livremente a atividade escolhida (SILVA, 2001, p. 771-772).

Mas, conforme já explicitado, o capitalismo assumiu, no século XX, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, um caráter monopolista que implicou uma limitação à liberdade de contratar, de um lado e, de outro, um caráter interventivo ao Estado. Diante dessas mudanças vividas no desenvolvimento do capitalismo, Campos alertou que

⁴ É preciso levar em conta que o liberalismo, em seu sentido amplo, é adotado como filosofia de vida e política da burguesia (CAMPOS, 1990, p. 51).

[...] se o liberalismo econômico deu conta dos problemas do século passado, na época do capitalismo concorrencial, hoje é criticado, inclusive por sociólogos e economistas burgueses. Vivemos a época do capitalismo monopolista de Estado, que é a fase do imperialismo, em que a luta se trava no campo econômico, entre grupos nacionais e estrangeiros. Não existe, assim, lugar para a livre iniciativa. O princípio do liberalismo econômico serve hoje apenas para encobrir as manobras do imperialismo. Adolf Berle Jr., defensor da livre iniciativa, admite que, “de um modo geral, o direito americano, quando não a própria economia americana, impediu o monopólio. Mas ambos toleraram e mesmo estimularam um sistema pelo qual, em cada ramo da indústria, se estabelece o domínio de umas poucas grandes empresas. Duas ou três, no máximo cinco grandes empresas são possuidoras da metade do mercado, sendo o restante entregue as menores empresas (...)”. Muitas dessas empresas trabalham para as maiores, produzindo peças ou equipamentos, ocorrendo, como diz Adolf Berle Jr., que, em muitas, os proprietários são apenas “nominais”. Afirma ainda Adolf Berle Jr. Que existe agravantes de que “a faculdade de que dispõe uma grande empresa, quanto a decidir e dirigir operações, transcende às limitações do exercício normal do direito de propriedade”. Realmente, a livre iniciativa inexistente na época do capitalismo monopolista de Estado (CAMPOS, 1990, 51-52).

Nesse sentido, a introdução da livre iniciativa no rol dos princípios fundamentais da República brasileira indica mais a possibilidade de dominação hegemônica do mercado por um número pequeno de megacorporações nacionais ou internacionais, do que a verdadeira possibilidade de ingresso em condições equitativas no mercado. É que, em tese, qualquer pessoa, só ou em grupo, é livre para concorrer no mercado, mas somente em tese, abstratamente, uma vez que as condições materiais não lhes permitem fazê-lo. As limitações às liberdades são facilmente exemplificadas em sociedades capitalistas. Veja-se o exemplo da liberdade ambulatorial ou de locomoção, garantida constitucionalmente como direito fundamental⁵, mas, desprovido de dinheiro, como se locomover do Oiapoque ao Chuí? Não são fornecidos os meios para o exercício efetivo do direito.

O que dizer, então, do derradeiro princípio fundamental da república? Os valores sociais do trabalho são realmente reconhecidos na República brasileira? A expressão “valores sociais do trabalho” remete o debate ao trabalho sociologicamente considerado ou, nas palavras de Engels (1973, p. 215):

[...] Como fonte de toda a riqueza, ao lado da natureza, que lhe fornece a matéria-prima por ele transformada em riqueza. É a condição fundamental de toda a vida humana, e o é num grau tão elevado que, em certo sentido, pode-se dizer: o trabalho, por si mesmo, criou o homem.

Mas a Constituição, de modo diverso, trata do trabalho abstrato, considerado abstratamente como mero dispêndio de força mecânica, isto é, em sentido fisiológico.

⁵ Art. 5.º [...] XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

Na sociedade capitalista, a ideologia burguesa procura, por todos os modos, escamotear a verdadeira natureza do trabalho; fala em trabalho de uma forma abstrata tal como a nossa Constituição, sem verificar a sua base concreta, ao lado do trabalho geral existente na sociedade, ao trabalho concreto que se materializa nas mercadorias ou em qualquer obra dos indivíduos (prédios, máquinas, ruas etc.). É justamente esse trabalho concreto que cria toda a riqueza da sociedade burguesa. Esse trabalho concreto é o produto da força de trabalho, que é o conjunto das energias físicas e mentais existentes no ser humano. Para manter, como para reproduzir a força de trabalho, o indivíduo necessita de alimentos, roupas, educação, moradia etc. No sistema capitalista, os trabalhadores despossuídos dos meios de produção vendem sua força de trabalho para sobreviver; o trabalhador possui uma única liberdade, que é poder procurar quem pague mais pela sua força de trabalho [escravidão assalariada] (CAMPOS, 1990, p. 52-53).

O trabalho concreto, que pressupõe os valores sociais, é também um dispêndio de força mecânica, mas de uma determinada forma e com um objetivo definido e é nessa qualidade que produz valores de uso.

Assim, na medida em que o trabalho assume na Constituição um caráter abstrato, a norma constitucional reforça a reificação do trabalho, qualificando-o como mercadoria a ser vendida no mercado por um preço (salário); a simples análise constitucional exclui a visibilidade da essência do trabalho e reduz seus valores sociais aos econômicos e sua tutela à proteção dentro da ordem burguesa (regulamentação de jornada de trabalho, férias, licença gestante etc.).

5. Considerações finais

Se o modo de produção da vida material condiciona o processo em geral de vida social, político e espiritual, e se é o trabalho que constitui a mediação entre homem e natureza na produção da vida material, pode-se afirmar que as relações sociais no modo de produção mercantil ocultam o caráter social do trabalho, na medida em que seu produto apresenta-se ao seu sujeito (o homem) como mercadoria para a troca, isto é, como se tivesse vida autônoma. Assim, o produto do trabalho de um homem (trabalhador) pertence a outro (capitalista), que o leva ao mercado para trocar por dinheiro, o qual, por sua vez, será trocado por outra mercadoria e/ou pelo trabalho de outros homens e, assim, sucessivamente, de modo a que a relação de troca mercantil apresente-se como protótipo de todas as demais relações sociais.

Essa subversão do trabalho ao patamar de mercadoria que condiciona todas as demais relações sociais é que recebe o nome de reificação, fenômeno que sintetiza o modo pelo qual as relações são fetichizadas e desumanizadas no capitalismo.

Dentre as diversas manifestações do fenômeno da reificação, destaca-se aquela advinda do “direito”: constituição, leis e demais normas jurídicas que caracterizam os Estados capitalistas modernos.

O Estado moderno caracteriza-se essencialmente pela submissão ao império da lei (legalidade), separação ou divisão dos poderes (executivo, legislativo e judiciário) e

pelo enunciado e garantia dos direitos individuais (direitos fundamentais), sendo que todas essas características são lançadas em um documento político, com consequências jurídicas: a Constituição, a partir da qual todas as normas jurídicas e todos os direitos e garantias advindos delas são concebidos, interpretados e concretizados.

Desse modo, a Constituição de um Estado revela o duplo caráter do direito: de um lado é resultado das demandas sociais e, de outro, é paradigma para a efetivação de garantias; ou ainda: de um lado é resultado da luta dos trabalhadores e, de outro, é concessão do capital para manutenção do *status quo*. Em suma, uma constituição expressa os fatores reais de poder que podem ser sintetizados pela luta de classes e pelo desenvolvimento das forças produtivas.

Por isso, compreender uma Constituição permite compreender um Estado respectivo e sua função social, além de permitir buscar nessa função social seu potencial transformador, suas possibilidades de subversão da ordem reificada, enfim, de constituição de uma nova ordem societária, centrada na justiça social.

Nesse contexto, a Constituição do Brasil de 1988 revelou a inoperância de seus princípios fundamentais, por não expressarem fatores reais de poder, uma vez que o texto constitucional deu grande relevo a um nacionalismo mercantil que não pode mais ser garantido diante da internacionalização do capital. Entretanto, no que tange ao trabalho, como categoria abstrata, esse responde aos interesses do capital interno e internacional, razão pela qual têm validade incondicional, ou seja, representam fatores reais de poder no capitalismo contemporâneo.

Por fim, o trabalho, do ponto de vista jurídico, ideologicamente considerado (o que o é), constitui categoria abstrata, cujo conteúdo resume-se em atividade fisiológica e mecânica humana posta à venda no mercado como mercadoria, mediante a salvaguarda de algumas garantias essenciais à sua reprodução (tais como uma contraprestação capaz de garantir a subsistência do trabalhador e de sua família, repouso semanal para recarregar suas energias, adicional para atividade perigosa etc.).

Desse modo, o direito (Constituição, leis, decretos, tribunais e demais normas e órgãos jurídicos) é dialético, ou seja, serve a duas funções: de um lado legitimar a reificação das relações sociais, garantindo-lhes sua reprodução; de outro, permitir a universalização e ampliação dos direitos que conduzirá a um processo revolucionário na medida em que as lutas se socializam e implicam concessões cada vez maiores por parte do capital.

É justamente da tensão entre essas funções contrárias, contraditórias e antagônicas que resulta o direito como fenômeno social e que se apresenta, neste momento histórico, como estrutura reificada, isto é, independe de seu sujeito (o homem), dominando-o, pois.

Éder Ferreira é mestrando no CMDIP – Curso de Mestrado em Direito Público da Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis, da Universidade Federal de Uberlândia. Bolsista CAPES. Pós-Graduado em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (FADIR/UFU) e em Filosofia do Direito pelo Departamento de Fi-

losofia da mesma instituição. Docente licenciado de Sociologia Geral e Jurídica e Trabalho de Conclusão de Curso da Faculdade de Direito de Patos de Minas – UNIPAM. Coordenador do Grupo de Estudos Jurídicos Marxistas (GEJUM/ CNPq); Pesquisador do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ).
e-mail: ederferreira@unipam.edu.br

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *O Direito no jovem Lukacs: a filosofia do direito em história e consciência de classe*. São Paulo: Alfa-Omega, 2006.

ANTUNES, Ricardo. Trabalho e estranhamento, in: *Adeus ao trabalho?* Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do trabalho. 9 ed. São Paulo: Cortez, 2003, p. 123-136.

BOTTOMORE, Tom. Reificação [verbetes], in: *Dicionário do Pensamento Marxista*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Congresso Nacional, 1988.

CAMPOS, Benedicto de. *Constituição de 1988: uma análise marxista*. São Paulo: Alfa-Omega, 1990.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

CARVALHO, José Murilo. *A cidadania no Brasil: o longo caminho*. 4 ed. São Paulo: Civilização Brasileira, 2003.

COELHO, Fabio Ulhoa. A reificação da norma jurídica, in: *Direito e poder: ensaio de epistemologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2005a, 1-12.

ENGELS, Friedrich. *A dialética da natureza*. 2 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1973.

FERNANDES, Florestan. *O que é revolução?* 5 ed. São Paulo: Brasiliense, 1985.

FERREIRA, Éder. A advocacia no Brasil pós-1988, in: *A advocacia numa era de abertura democrática: a defesa do Estado democrático de direito como possibilidade de transformação social*. Uberaba: UNIUBE, 2005, p. 17-35. (Trabalho de Conclusão de Curso apresentado junto ao Curso de Direito da Universidade de Uberaba)

LEFEBVRE, Henri. *O marxismo*. 5 ed. São Paulo/Rio de Janeiro: DIFEL, 1979.

LUKÁCS, Georg. A reificação e a consciência do proletariado, in: *História e consciência de classe: estudos sobre a dialética marxista*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 193-412.

LUNA, Sérgio Vasconcelos de. *Planejamento de pesquisa: uma introdução*. São Paulo: EDUC, 2002.

MARX, Karl. *O capital: Livro I. Vol. 1*. São Paulo: Civilização Brasileira, 2002.

_____. *O capital: crítica da economia política*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

MASCARO, Alysson Leandro Barbarete. *Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

_____. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MAYER, André Luiz Monteiro. *Reificação e barbárie: crítica às relações sociais capitalistas*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006. (Tese de Doutorado – Programa de Pós Graduação da Escola de Serviço Social da Universidade Federal do Rio de Janeiro)

MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). *Pesquisa Social: teoria, método e criatividade*. 19 ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

NETTO, José Paulo. *Capitalismo e reificação*. São Paulo: Cortez, 1981.

_____ & BRAZ, Marcelo. *Economia política*. São Paulo: Cortez, 2006.

RAGO FILHO, Antônio. A Ideologia 1964: os gestores bonapartistas do capital atrofico. In: *Anais do XVII Encontro Regional de História – O lugar da história*. ANPUUH/SP – UNICAMP: Campinas, 6 a 10 de setembro de 2004. Cd-rom.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19 ed. Malheiros Editores São Paulo, 2000.

WEFFORT, Francisco C. *Por que Democracia?* 4 ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

A interferência indireta do Conselho de Segurança das Nações Unidas na soberania brasileira: o processo do Certificado de *Kimberley*

The indirect interference of the Security Council of the United Nations in Brazilian sovereignty: the Kimberley Process Certificate

FRANCISCO JOSÉ DA SILVA PORTO FILHO

Resumo: Este artigo¹ tem como proposta abordar, resumidamente, a adesão do Brasil ao “Sistema de Certificado do Processo de *Kimberley* – SCPK – sob a órbita do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Objetiva-se provocar uma reflexão sobre a necessidade de uma nova adequação desse mecanismo no mercado minerário brasileiro para controlar ou, senão, minorar o secular problema da produção ilegal interna que fomenta ilicitamente o mercado externo de diamantes. Além disso, pretende-se analisar as repercussões deste procedimento internacional que criou uma reserva de mercado de diamantes, ao passo que a legalização por meio do procedimento administrativo que resulta na expedição do Certificado do Processo de *Kimberley* (CPK) anula e retira a produção de diamantes brasileiros do mercado internacional. Como metodologia, fez-se uso de uma literatura especializada por meio de leituras em línguas estrangeiras, visto que o assunto é inédito e não há similar científico sobre o assunto escrito em língua portuguesa. Usou-se, também, outros tipos de mídia de informação, como a Internet e o banco de dados científico internacional EBSCO. Após o estudo, verificou-se que, apesar da instituição nacional do SCPK promover algumas mudanças positivas e revelar o início de uma tomada de medidas para a fiscalização do comércio minerário brasileiro, o procedimento administrativo que resulta na expedição do Certificado *Kimberley* exige novas e eficazes intervenções para um efetivo controle do tráfico ilegal de diamantes, bem como avançar na valorização da produção regular, alçando os diamantes brasileiros ao desenvolvimento e à prosperidade da nação como um todo.

Palavras-chave: Direito Institucional. Instituições Políticas. Organização das Nações Unidas. Processo de *Kimberley*. Comércio Minerário.

Abstract: This article aims at approaching briefly the adhesion of Brazil to the “Kimberley Process Certificate System” – KPCS – in the perspective of the Security Council of the United Nations. It aims to provoke some reflection about the need for a new adaptation of this mechanism in the Brazilian mining business in order to control, or otherwise, to reduce the secular problem of illicit internal production which illegally encourages the export market of diamonds.

¹ Este artigo advém de parte de um trabalho científico apresentado no programa de Mestrado em Direito e Instituições Políticas da Faculdade de Ciências Humanas – FUMEC, sendo reelaborado e inédito para esta publicação.

In addition, we will analyze the impacts of this international procedure which has created a diamond market reserve, whereas the legalization through the administrative procedure that results in the issuance of the Kimberley Process Certificate (KPC) cancels and withdraws the Brazilian diamond production from the international market. As for methodology, it was used a specialized literature through readings in foreign languages since the matter is unprecedented and there is no scientific similar on the subject written in Portuguese. Other types of media information, such as the Internet and the international scientific database Ebsco were also used. After the study, it was found that, despite the introduction of the national KPCS to promote some positive changes and reveal the beginning of an action for the control of trade Brazilian mining business, the administrative procedure that results in the issuance of the certificate scheme requires new and effective interventions to effectively control illegal diamond trade, as well as advance in the regular production recovery, elevating Brazilian diamonds to development and prosperity of the nation as a whole.

Keywords: Institutional Law. Political Institutions. United Nations. Kimberley Process. Mining Trade.

1. Antecedentes

O desastroso cenário de atrocidades, de violência e de desrespeito aos direitos humanos praticadas na África gerou a Carta das Nações Unidas que fundamentou a intervenção da ONU nos conflitos abastecidos pelos “diamantes de sangue”.

O conflito em torno dos “diamantes de sangue” ou “diamantes de conflito” teve seu início em Serra Leoa², um pequeno país africano, uma ex-colônia inglesa, que, segundo Patton (2004), divide-se em 4 (quatro) regiões e, essas, por sua vez, são subdivididas em 12 (doze) distritos. Em Serra Leoa, a forma de governo atual é a República presidencialista, que conta com um parlamento unicameral composto por 80 (oitenta) membros. A eleição desses membros dá-se pelo voto direto. A sua independência ocorreu em 1961 e a sua primeira Constituição foi aprovada em 1991.

Até a intervenção da ONU, o clima em Serra Leoa foi de grande instabilidade devido à falta de um governo estável e eficaz no controle da exploração das minas de diamantes. Tal situação foi favorável ao surgimento ou aumento de atos de violência, de corrupção, de desmandos, de práticas clientelistas ou de favoritismos, problemas fiscais, roubos, saques, criminalidade, tortura, enfim, uma situação insustentável.

Devido a essa falta de controle e de poder legítimo, as instituições governamentais sofreram um processo de deterioração e o país entrou em decadência. Esse ambiente propiciou a eclosão de uma guerra civil que durou aproximadamente 10 (dez) anos, ou seja, de 1991 a 2001.

² De acordo com dados de Patton (2004, p. 17), Serra Leoa é “[...] um país composto por uma população de 4,9 milhões de pessoas, com mais ou menos 16 grupos étnicos. A língua oficial é o inglês, mas existem quatro dialetos. A religião mais praticada é o islamismo, seguido pelas crenças tradicionais. A moeda nacional é o leone”.

Continua Patton (2004) que nesse período instável e de total descrédito da população, um grupo de pessoas composto por “[...] soldados e cidadãos de Serra Leoa insatisfeitos com o governo do presidente [...]” (p. 6), pretenderam derrubar o governo vigente e assumir o poder. Esse grupo denominou-se “Revolutionary United Front” – RUF ou “Frente Revolucionária Unida”, e teve seu início anterior a esse momento, ou seja, em 1984. Acusava o governo de Joseph S. Momoh como o responsável pela grande miséria que tomava conta do país devido às práticas de corrupção.

Como fonte geradora de recursos para a manutenção da guerra civil instalada, a RUF investiu no controle das minas de diamantes de Serra Leoa e, com a exploração dos diamantes, o grupo passou a comercializar as pedras preciosas “[...] no mercado internacional em troca de armas para sustentar sua causa” (PATTON, 2004, p.6).

Nesse sentido, a RUF provocou um movimento violento em Serra Leoa, dando início aos conflitos sustentados pelos “diamantes de sangue” ou “diamantes de conflito”. Segundo a ONU, os “diamantes de sangue” podem ser definidos como:

Conflict diamonds are diamonds that originate from areas controlled by forces or factions opposed to legitimate and internationally recognized governments, and are used to fund military action in opposition to those governments, or in contravention of the decisions of the Security Council (UN, 2001, p. 1).³

De acordo com a *Global Witness* (2005), é muito difícil determinar a quantidade de diamantes que foram contrabandeados da Libéria para Serra Leoa para que fossem vendidos com maiores ganhos. Especula-se que entre 10% a 30% de diamantes não são originários de Serra Leoa, mas foram vendidos como se o fossem, aumentando as atrocidades.

A evolução do problema trouxe a necessidade de controle dos “diamantes de conflito”. Era necessário um mecanismo de controle que exterminasse o comércio de diamantes que financiava os conflitos, bem como do comércio ilícito que prejudicava o setor legal internacional.

Após 10 (dez) anos de tantos horrores, violência e desrespeito aos direitos humanos, a ONU e a Comunidade Internacional fizeram-se mais presentes e com maior força na ajuda para a resolução dos conflitos brutais.

A ONU, desde 1996, por meio do secretário-geral Kofi-Annan, mantém a prática de enviar, periodicamente, relatórios sobre a situação e os conflitos em Serra Leoa ao Conselho de Segurança da ONU. Essa prática foi reforçada a partir de 1998, quando se criou a *United Nations Observer Mission* (UNOMSIL), cujos relatórios passaram a ser enviados de dois em dois meses.

³ Diamantes de conflito são diamantes originados de áreas controladas por forças ou facções em oposição aos governos legítimos e reconhecidos internacionalmente, e são usados para patrocinar ações militares em oposição àqueles governos ou em infração às decisões do Conselho de Segurança (tradução nossa).

Verifica-se, portanto, que os conflitos de “diamantes de sangue” geraram e sustentaram guerras civis nas áreas de exploração mineratória, causando a destruição, a miséria, a desigualdade e a corrupção entre a população daquela região da África.

Neste sentido, o “Sistema de Certificado do Processo de *Kimberley*” (SCPCK) foi criado para tentar controlar e inibir o comércio ilegal de diamantes no mercado internacional e para dar fim aos conflitos gerados pelos “diamantes de sangue”.

O nome de *Kimberley* deve-se ao fato de que a reunião Plenária da ONU que acolheu as orientações e as recomendações do Conselho de Segurança das Nações Unidas realizou-se em Kimberley, uma cidade africana, onde se aprovou a instituição do referido Certificado.

O Comitê Internacional *Kimberley* define esse Certificado da seguinte forma, de acordo com a Partnership Africa Canada – PAC (2006, p. 1):

The *Kimberley* Process is a joint government, international diamond industry and civil society initiative to stem the flow of conflict diamonds – rough diamonds that are used by rebel movements to finance wars against legitimate governments. The trade in these illicit stones has contributed to devastating conflicts in countries such as Angola [...], the Democratic Republic of Congo and Sierra Leone. The *Kimberley* Process Certification Scheme is an innovative, voluntary system that imposes extensive requirements on Participants to certify that shipments of rough diamonds are free from conflict diamonds. The *Kimberley* Process is composed of 45 Participants, including the European Community. *Kimberley* Process Participants account for approximately 99,8% of the global production of rough diamonds.⁴

Os fundamentos e o esquema de orientação do Certificado proposto pelo Comitê Internacional do *Kimberley* Process foram assim embasados:

Conflict diamonds, also known as "blood" diamonds, are rough diamonds used by rebel movements or their allies to finance armed conflict aimed at undermining legitimate governments. The *Kimberley* Process is an international certification scheme that regulates the trade in rough diamonds. Its aim is to prevent the trade in conflict diamonds, while helping to protect the legitimate trade in rough diamonds. The *Kimberley* Process is comprised of states and regional economic integration organizations (Partici-

⁴ O Processo de *Kimberley* é uma junção entre governo, indústria internacional de diamante e a iniciativa da sociedade civil para reduzir o fluxo dos diamantes de conflito – diamantes brutos que são usados por movimentos rebeldes para financiar guerras contra governos legítimos. O comércio dessas pedras ilícitas contribuiu para terríveis conflitos em países como Angola [...], República Democrática do Congo e Serra Leoa. O Esquema do Processo de *Kimberley* de Certificação é um sistema inovador e voluntário que impõe exigências extensivas aos Participantes para certificar que carregamentos de diamantes brutos estejam livres dos conflitos de diamantes. O Processo de *Kimberley* é composto por 15 participantes, incluindo a Comunidade Europeia. Os participantes do Processo de *Kimberley* respondem por aproximadamente 99,8% da produção global de diamantes brutos (tradução nossa).

pants) who are eligible to trade in rough diamonds under the provisions of the KPCS. As of 30 April 2004 there are 43 Participants, including the European Community, representing all major rough diamond producing, exporting and importing countries. The Diamond Industry, via the World Diamond Council, and Civil Society groups (Global Witness & Partnership Africa Canada) are also integral parts of the *Kimberley* Process. These organizations have been involved with the *Kimberley* Process since its inception and continue to contribute to the effective implementation and monitoring of the scheme. The fighting that is fuelled by the trade in conflict diamonds has been relegated to a few Central and West African countries. Many of these countries have alluvial deposits of rough diamonds – diamonds much easier to mine and thus more readily available to smuggle. Recent Peace Agreements negotiated in Sierra Leone, the Democratic Republic of Congo, and Liberia remain fragile. Implementation of the *Kimberley* Process is an important contributor to maintaining the peace, by helping to deny resources to rebel movements and by strengthening legitimate governments⁵ (PAC, 2006, p. 2).

Para a atuação em nível mundial, o Comitê é composto por várias partes, apresentando estrutura específica. Para a garantia de um controle efetivo existem divisões administrativas hierárquicas para monitorar o sistema.

Nesse sentido, o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, por meio de seu Capítulo V, artigo 23, empenhou sua legitimidade para impor o SCPK a nível mundial, *in verbis*:

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS
Capítulo V
CONSELHO DE SEGURANÇA

⁵ Os diamantes dos conflitos, conhecidos também como diamantes de “sangue”, são diamantes brutos utilizados por movimentos rebeldes ou por seus aliados para financiar conflitos armados visando enfraquecer os governos legitimados. O Processo de *Kimberley* é um esquema internacional de certificação que regula o comércio de diamantes brutos. Seu objetivo é evitar o comércio de diamantes do conflito, enquanto ajudam a proteger o comércio legítimo de diamantes brutos. O Processo de *Kimberley* é compreendido por estados e organizações de integração econômica regional (Participantes) que são escolhidos para comercializar diamantes brutos sob provisões de KPCS. Até 30 de abril de 2004 existiam 43 Participantes, incluindo a Comunidade Europeia, representando todos os países produtores, exportadores e importadores de diamantes. A Indústria de Diamante, por intermédio do Conselho Mundial de Diamante, e grupos da Sociedade Civil (Testemunhas e Parcerias Globais da África e Canadá) são também partes integrais do Processo de *Kimberley*. Essas organizações estão envolvidas com o Processo de *Kimberley* desde a sua criação e continuam a contribuir para a implementação efetiva e monitoração do esquema. A luta que é complementada pelo comércio de diamantes de conflito foi relegada a poucos países da África Central e Ocidental. Muitos desses países têm depósitos aluviais de diamantes brutos – diamantes muito mais fáceis de serem extraídos e dessa forma mais facilmente disponíveis para contrabando (tradução nossa).

Composição

Artigo 23

O Conselho de Segurança será constituído por 15 membros das Nações Unidas. A República da China, a França, a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, o Reino Unido da Grã-Bretanha e a Irlanda do Norte e os Estados Unidos da América serão membros permanentes do Conselho de Segurança. A Assembléia Geral elegerá 10 outros membros das Nações Unidas para membros não permanentes do Conselho de Segurança, tendo especialmente em vista, em primeiro lugar, a contribuição dos membros das Nações Unidas para a manutenção da paz e da segurança internacionais e para os outros objetivos da Organização e também uma distribuição geográfica equitativa.

Os membros não-permanentes do Conselho de Segurança serão eleitos por um período de dois anos. Na primeira eleição dos membros não-permanentes, depois do aumento do número de membros do Conselho de Segurança de 11 para 15, dois dos quatro membros adicionais serão eleitos por um período de um ano. Nenhum membro que termine o seu mandato poderá ser reeleito para o período imediato.

Cada membro do Conselho de Segurança terá um representante.

(O artigo 23 foi alterado por decisão da Assembléia Geral de 17 de Dezembro de 1963 que entrou em vigor em 31 de Agosto de 1965. A alteração consistiu no alargamento da composição do Conselho de Segurança de onze para quinze membros.)

Funções e poderes

Artigo 24

A fim de assegurar uma ação pronta e eficaz por parte das Nações Unidas, os seus membros conferem ao Conselho de Segurança a principal responsabilidade na manutenção da paz e da segurança internacionais e concordam em que, no cumprimento dos deveres impostos por essa responsabilidade, o Conselho de Segurança aja em nome deles.

No cumprimento desses deveres, o Conselho de Segurança agirá de acordo com os objetivos e os princípios das Nações Unidas. Os poderes específicos concedidos ao Conselho de Segurança para o cumprimento dos referidos deveres estão definidos nos capítulos VI, VII, VIII e XII.

O Conselho de Segurança submeterá à apreciação da Assembléia Geral relatórios anuais e, quando necessário, relatórios especiais.

Artigo 25

Os membros das Nações Unidas concordam em aceitar e aplicar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta.

Artigo 26

A fim de promover o estabelecimento e a manutenção da paz e da segurança internacionais, desviando para armamentos o mínimo possível dos recursos humanos e económicos do mundo, o Conselho de Segurança terá o encargo de elaborar, com a assistência da Comissão de Estado-Maior a que se refere o artigo 47º, os planos, a serem submetidos aos membros das Nações Unidas, tendo em vista estabelecer um sistema de regulamentação dos armamentos.

Neste sentido, a Assembleia Geral, em sua 55ª Sessão, realizada dia 29 de janeiro de 2001 instituiu a Resolução 55/56, vinculando todos os países participantes sob a órbita da ONU. Confira o preâmbulo:

Resolução 56/263. O papel dos diamantes em abastecer o conflito: quebrar a ligação entre a transação ilícita de diamantes ásperos e o conflito armado é uma contribuição à prevenção e à estabilidade dos conflitos.

A Assembleia Geral:

Reconhecendo que o comércio em diamantes de conflito é uma matéria de sério interesse internacional, em que pode diretamente ser ligado ao abastecimento de conflito armado, às atividades movimentos rebeldes ou de derrocada de governos legítimos e o tráfico e a proliferação ilícita dos armamentos, às armas, especialmente pequenas e às armas claras.

Devido às sérias crises causadas pelos “diamantes de conflito”, os industriais de diamantes viram seus interesses prejudicados. O comércio passou a ser proibido, interferindo também no comércio dos industriais que realmente não tinham nenhuma ligação com os “diamantes de sangue”. Por isso, esses empresários e ONGs, interessados em defender um comércio legal, exigiram a criação de um certificado para provar que nem todos os diamantes eram para financiar os conflitos entre os guerrilheiros.

Desse modo, a ONU e demais atores envolvidos no comércio de diamantes prosseguem em busca de um controle eficaz, sem, entretanto, oferecer meios aos países produtores aluvionares⁶, principalmente os mais pobres, que não empenham seguran-

⁶ *Aluvionar* significa um depósito sedimentar raso e espealhado pela superfície, formado por materiais em geral grosseiros, mal rolados, e mais ou menos soltos, transportados por águas correntes (rios, ribeiros, etc.). O mesmo que *alluvium* ou alúvio. Sedimento clástico (areia, cascalho e/ou lama) depositado por um sistema fluvial no leito e nas margens da drenagem, incluindo as planícies de inundação e as áreas deltaicas, com material mais fino extravasado dos canais nas cheias. Os depósitos aluviais são muito retrabalhados e mutáveis devido à erosão fluvial. Depositados durante as secas ou nos locais de remansos quando cai a energia da corrente do rio, vão ser, em seguida, erodidos pela força da água da cheia ou pela mudança do curso do rio. Estruturas de estratificação cruzada de canal *cut and fill* são formadas assim. Normalmente são depósitos clásticos mal classificados e mal selecionados, de cascalho, areias e lamas, podendo ocorrer depósitos de blocos maiores, às vezes bem arredondados nas regiões elevadas das cabeceiras com maior energia fluvial. Apresentam maior desenvolvimento nas planícies de inundação, com lamas (silte e argilas) por extensas áreas, e em sopés de montanhas como leques aluviais, com depósitos comuns de fanglomerados e areias associados que atingem boa expressão areal e grandes espessuras. Os depósitos aluvionares, normalmente muito férteis para a agricultura, tem sido fator da maior importância para o desenvolvimento das sociedades humanas.

(Disponível em: <www.wikipédia.com>. Acesso em: 22/02/2009).

ça jurídica aos seus procedimentos para expedição do CPK, necessitando de instrumentos competentes de segurança institucional e procedimental, como no caso do Brasil, Guiana, Colômbia, Venezuela e do continente africano.

2. O sistema de certificação do processo de Kimberley no Brasil

Sabemos que a ONU não poderia nos impor, forçadamente, o SCPK, pois, além do respeito à soberania, a estrutura constitucional de nossa república predispõe que normas internacionais só terão validade se recepcionadas por meio de instrumentos legais e diplomas no plano jurisdicional interno, ou seja, parecia haver uma faculdade, uma opção do Brasil em recepcionar ou não o SCPK.

Entretanto, a nova ordem econômica mundial, intensificada pela globalização comercial, e os fatores de política externa que embasam a busca do Brasil por uma cadeira permanente no Conselho de Segurança das Nações Unidas, ocasionou o sentido oposto ao procedimento regular, ou seja, o país se antecedeu às regras da ONU submetendo-se politicamente àquelas instruções.

Percebe-se que, apesar da recepção de norma internacional ser uma opção para o Brasil, a política diplomática brasileira se manteve submissa aos preceitos da ONU, visando angariar créditos no intuito de continuar pleiteando sua posição permanente no Conselho de Segurança. Notadamente, a aquiescência desse modelo não coadunou com o procedimento ordinário de recepção de normas.

O resultado prático foi que há 3 (três) dias da expiração do prazo para responder à ONU se o Brasil recepcionaria ou não o SCPK, a Casa Civil preparou a Medida Provisória n.º 125, de 30 de julho de 2003, cujos preceitos foram copiados do sistema canadense de Certificação *Kimberley*, confirmando, perante a ONU, a recepção do CPK na normatividade jurídica interna brasileira. Tamanha era a urgência que os legisladores desconsideraram que o modelo de extração de diamantes do Canadá (*kimberlito*)⁷ era completamente diferente do Brasil (*aluvionar*).

A regulamentação legal da norma – MP para Lei ordinária – ocorreu em 09 de outubro de 2003, por meio da criação da Lei no 10.743, com a responsabilidade de cinco instituições políticas brasileiras, a saber: Ministério das Minas e Energia por meio do Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM, Secretaria de Comércio Exterior – SECEX; Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior – MDIC; Ministério da Justiça e Secretaria da Receita Federal – SRF (MACEDO; BRAYNER FILHO, 2006).

⁷ *Kimberlito* é vulgarmente conhecido como a rocha que contém diamantes. Ao contrário da superfície aluvionar que é raze e espalhada pela superfície, o kimberlito é profundo mas concentrado em específico e determinado local. Na realidade, não é um tipo específico de rocha, mas, sim, um grupo complexo de rochas ricas em voláteis. São formados pela fusão parcial do manto a profundidades maiores que 150km. A ascensão do magma kimberlítico à superfície trás diversos xenocristais e xenólitos formados em grandes profundidades, entre eles o diamante, desde que o magma tenha passado por regiões no manto/crosta que fossem ricas neste mineral (disponível em: <www.wikipédia.com> Acesso em: 22/02/2009).

Tal Lei, expedida pela Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos, reverbera:

Faço saber que o Presidente da República adotou a Medida Provisória nº 125, de 2003, que o Congresso Nacional aprovou, e eu, José Sarney, Presidente da Mesa do Congresso Nacional, para os efeitos do disposto no art. 62 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, combinado com o art. 12 da Resolução nº 1, de 2002 – CN, promulgo a seguinte Lei:

Art. 1º – Fica instituído, no Brasil, nos termos das exigências estabelecidas no Processo de *Kimberley*, o Sistema de Certificado do Processo de *Kimberley* – SCPK, mecanismo internacional de certificado de origem de diamantes brutos destinados à exportação e à importação, na forma do disposto nesta lei:

§1º – Denomina-se Processo de *Kimberley* todas as atividades internacionais relacionadas à certificação de origem de diamantes brutos, visando impedir o financiamento de conflitos pelo seu comércio.

§2º – Na exportação, o Processo de *Kimberley* visa impedir a remessa de diamantes brutos extraídos de áreas de conflito ou de qualquer área não legalizada perante o Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM.

§3º – Na importação, o Processo de *Kimberley* visa impedir a entrada de remessas de diamantes brutos sem o regular Certificado do Processo de *Kimberley* do país de origem (Lei 10.743 - 9/out./2003 – CONGRESSO NACIONAL.

Disponível em: <www.senado.gov.br>).

Nessa perspectiva, a referida Lei enquadrava o comércio brasileiro no âmbito internacional, com uma premissa básica: reconhecer a nacionalidade do diamante objeto do KP brasileiro (artigo 4º), exigindo-se, por consequência, o cumprimento dos demais requisitos e proibindo o comércio com países que estivessem fora do Processo de *Kimberley*. Para que os países saibam quais outros participam ou não do PK, ocorre a divulgação periódica de uma relação destes países (PAC, 2006).

Diante do preceito legal que justifica a norma, é importantíssimo destacar que o comércio interno dispensa a emissão do Certificado.

Dessa forma, a Lei busca controlar e impedir que diamantes brutos saiam do Brasil por vias ilícitas, exigindo-se, para cada diamante no ato da exportação, um Certificado de trânsito do Processo de *Kimberley*. Sob pena de infringir a soberania nacional, o trâmite do procedimento administrativo deverá ser efetivado sob suas instituições políticas nacionais e nunca sob executoriedade da ONU.

O mesmo é exigido para a importação, revelando-se, por meio do certificado, o país de origem do diamante, devendo constar autorização de autoridades reconhecidas e competentes do mesmo país. No entanto, o “Sistema de Certificação do Processo de *Kimberley*” no Brasil tem apresentado grandes falhas em sua aplicabilidade no mercado, porque não se ateve ao objetivo claro e primário de identificar a nacionalidade do diamante.

Todas as críticas voltadas para o CPK brasileiro residem na inexistência de uma

norma interna que mapeie as fases e dê segurança jurídica para os requerentes do CPK. A atual Portaria 192 de 25/05/2007 é muito superficial e não detalha a ocorrência das fases existentes, como a prática operacional do pré-lacre, vistorias, inscrições e declarações perante o Cadastro Nacional do Comércio de Diamantes (CNCD), as quais denotam singularidades e detalhes submissos às subjetividades e às pessoalidades dos agentes, tornando a emissão do PK uma dúvida.

A falta de um procedimento operacional a ser seguido, tanto pelo minerador, como pelo agente público, enseja uma extrema burocracia e demora por parte do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) na condução do processo administrativo que expede o CPK – que, na realidade, vincula a legalidade do diamante à regularidade das medidas administrativas processuais minerais, vistorias, cadastros e regras ambientais da “cava” de onde é extraído. O CPK exige a regularidade do título minerário que é concedido por meio de um processo administrativo que tramita num prazo que varia entre 4 a 12 anos (SOUZA, 2003), *ex vi* do Código de Minas de 1967.

Um conflito ocorrido no estado do Mato Grosso, no ano de 2004, foi um dos principais motivos que despertou a atenção da comunidade. O resultado foi a morte de vinte e nove garimpeiros. A cidade de Juína, no Mato Grosso, tem uma significativa concentração diamantífera. Os depósitos diamantíferos no Brasil são, em sua maioria, rasos e de exploração aluvial, com grande presença de garimpeiros ainda sem cadastros ou licenças.

Para melhor ilustrar o nível da irregularidade da exploração, selecionou-se, também, um conflito em Rondônia, na selva amazônica, onde se encontra a área com as jazidas mais ricas de diamantes atualmente no Brasil, que é a Reserva Indígena de Roosevelt de posse dos índios da Tribo Cintas-Largas. Essa reserva apresenta-se no momento com grandes problemas na exploração de suas jazidas, tendo em vista que a exploração é legalmente proibida em áreas indígenas. A cobiça é grande, atraindo garimpeiros de todas as partes, porque os diamantes são de altíssima qualidade, grandes e de altos valores no mercado. Os índios Cintas-Largas produziram, aproximadamente, segundo o relatório PAC (2005, p.29), “[...] US\$25 milhões por mês em pedras preciosas, vendidas ilegalmente no mercado internacional [...]”, no ano de 2003.

Ainda, em 2006, diante desse ambiente, o mercado não suportou a falência estatal, resultando em supostas fraudes do CPK. Essa fraude foi investigada pela Polícia Federal em Minas Gerais, e foi denominada “Operação Carbono”, deflagrada em 10/02/2006, enterrando o setor diamantífero legal brasileiro (PAC, 2006), junto com toda produção do estado de Minas Gerais (legal e ilegal), e coroando a produção irregular de Mato Grosso, Rondônia e demais fronteiras, especialmente as do Suriname (*Veja*, n. 2146, 2010, p.56-7), Guiana e Venezuela (BOCKSTAEL, 2009).

A “Operação Carbono” resultou na denúncia de 15 pessoas, conforme instrumento contendo mais de 300 páginas. A denúncia foi encaminhada pelo Ministério Público Federal à 4ª Vara da Justiça Federal de Belo Horizonte em 31 de agosto de 2007, e recebida pelo Juiz Federal titular da vara, Dr. Alexandre Buck Medrado Sampaio em 03/09/2007 (*Estado de Minas*, 1º set. 2007, p. 25).

Esses exemplos, reforça-se, são apenas para ilustrar o grave problema do comércio ilegal de diamantes. Ressalta-se que não é proposta, nesse artigo, detalhar e aprofundar o tema “Operação Carbono”⁸.

Devido à crise interna na Certificação internacional, o governo brasileiro convidou a Comissão Internacional do Processo de *Kimberley* para uma verificação e uma monitoração dos mecanismos de controle adotados pelo Brasil. Essa comissão, composta por oito membros, permaneceu no Brasil entre os dias 24 a 29 de abril de 2006.

Foram veiculadas várias notícias no Brasil sobre a visita dessa Comissão Internacional. Nesse sentido, de acordo com a Assessoria de Comunicação do DNPM (acesso em: 10/05/2006) encontra-se:

Durante a visita, a Comissão manteve uma intensa agenda de trabalho com as autoridades brasileiras, incluindo reunião no Ministério das Minas e Energia com Secretário Executivo do MME, Nelson Hubner, o Secretário de Geologia, Mineração e Transformação Mineral do MME – SGM, Cláudio Scliar, e com o Diretor-Geral do DNPM, Miguel Nery, além de representantes da CPRM, do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério da Justiça, da Secretaria da Receita Federal, bem como com servidores do DNPM e da SGM que trabalham diretamente com a certificação do Processo *Kimberley*. [...] Nessas reuniões, foram feitas várias apresentações aos membros da Comissão do PK. Na sua exposição, o Diretor-Geral do DNPM, Dr. Miguel Nery, relatou a importância do PK para o Brasil a sistemática adotada para emissão de certificados e as mudanças que estão sendo propostas pelo Governo Brasileiro para a certificação do PK. Também foi enfatizada a importância que o DNPM e o MME vêm dando à questão da formalização da atividade garimpeira no Brasil, promovendo a outorga de Permissões de Lavra Garimpeiras a Cooperativas, trabalho este que tem sido intensificado nos últimos 3 anos, como uma orientação de governo na busca da inclusão social (Disponível em: <www.dnpm.gov.br>).

A Assessoria de Comunicação do DNPM (2006) cita que o Brasil foi o 27º país a ser visitado pela Comissão Internacional. O seu intuito é divulgar e inspecionar os procedimentos adotados, verificando se os mesmos estão de acordo com os fundamentos do SCPK.

Sobre essa inspeção, o comentário abaixo também foi noticiado, conforme a mesma fonte de Assessoria de Comunicação do DNPM:

Em reunião interna nas dependências do DNPM, foi descrita, para a Comissão do CPK, toda a legislação brasileira relacionada à certificação, incluindo a Lei nº 10.743/2003, que institui no Brasil o Sistema de Certificado do Processo de *Kimberley* – SCPK, relativo à exportação e à importação de diamantes brutos, e das demais normas infralegais. Também houve a apresentação do Delegado da Polícia Federal sobre a Operação Carbono, realizada em fevereiro último, tendo sido, ainda, apresentado um diagnóstico sobre a

⁸ Para um maior conhecimento e aprofundamento da “Operação Carbono”, consultar *Partnership Africa Canada – PAC* (n. 13, 2006).

situação de produção de diamantes em Juína – MT, pelo Chefe do 12º Distrito do DNPM/MT, Jacy Gonçalves. Finalizando as atividades em Brasília, João César Pinheiro, Diretor-Geral Adjunto, detalhou as propostas de ajustes e melhorias a serem introduzidas na certificação pelo DNPM (Disponível em: <www.dnpm.gov.br>. Acesso em: 10/05/2006).

O Brasil apresentou-se receptivo à Comissão Internacional, mobilizando autoridades e órgãos específicos para a recepção e a estruturação dos encargos. A receptividade à Comissão Internacional e o apoio às estruturações do Sistema de *Kimberley* podem ser percebidos pela divulgação da nota:

Na Sede da Federação das Indústrias de Minas Gerais – FIEMG, a Comissão foi recebida pelo Presidente da Câmara da Indústria Mineral da FIEMG, Fernando Coura. Na oportunidade, o coordenador da Comissão Internacional da visita de Revisão do PK, Sten Specht, afirmou que “o nosso objetivo é ajudar e aperfeiçoar o processo de certificação de extração do diamante em quase 70 países membros da Comissão, incluindo o Brasil”, informou que aquela visita ao Brasil estava agendada desde 2004. No evento, o ex-ministro Paulino Cícero e o ex-senador Arlindo Porto manifestaram apoio total ao DNPM, confirmando o gigantesco esforço para modernização da autarquia na busca de um controle eficiente (DNPM. Assessoria de Comunicação. Disponível em: <www.dnpm.gov.br>. Acesso em: 10/05/2006).

O estado de Minas Gerais, durante a visita, teve o merecido destaque frente à sua importância na produção de diamantes. De acordo com a PAC (2006), Minas Gerais foi apontado como a mais importante área diamantífera, e o Brasil, o maior produtor da América do Sul em diamantes aluviais, apesar do declínio de produção em 2006. O declínio a nível nacional é atribuído ao fechamento de reservas indígenas, aos impostos altos por meio das vendas privadas ou domésticas e pela desconsideração com as áreas diamantíferas, ou seja, falta de investimentos tecnológicos, financeiros e outros (PAC, 2006, p.16).

Note-se que o declínio da produção brasileira demonstrado por estatísticas oficiais em 2006 pode não ser verossímil. Afinal, inexistem meios de coletar informações da ilicitude e do setor ilegal. Houve um aumento de apreensões de diamantes ilegais não só nas fronteiras, mas em todo o país⁹. Urge investigar se o método de coleta dos dados oficiais espelha a realidade, pois diante das análises reais dos fatos, hipoteticamente, não foi a produção que caiu, mas foi a produção irregular que se evadiu por meio do

⁹ Como exemplo de tais apreensões, vários jornais veicularam algumas operações realizadas, dentre eles: *Jornal Estado de Minas*, 15 jun. 2007; *Jornal Estado de Minas*, 25 jun. 2007; *Jornal Estado de Minas*, 1º set. 2007; *Jornal Hoje em Dia*, 04. out. 2006; *Folha de Boa Vista* 08. jan. 2007; *Jornal de São José do Rio Preto*, 11 mar. 2001; *Brasil Mineral On line*, n. 301, 9 maio 2007.

contrabando, às escondidas, ante a alta burocracia exigida pelo DNPM, que não confere a devida segurança jurídica àquele que lhe requer um CPK.

O próprio Sumário Mineral Brasileiro de 2008 (p. 3), editado pelo DNPM, transcreve um depoimento da Engenheira de Minas em Mato Grosso, Luciana Cabral Dane-se, denunciando a “falta de conhecimento” do consumo interno, sugerindo que inexistente uma parte da produção e comércio cujo destino é desconhecido, *in verbis*:

A falta de conhecimento da quantidade lapidada e absorvida pela indústria joalheira no Brasil torna a tarefa de quantificar o consumo de diamantes, difícil e pouco precisa. Segundo estimativas, cerca de 10% dos diamantes brutos produzidos internamente são direcionados para o consumo no mercado joalheiro nacional, e sabe-se que as grandes joalherias adquirem diamantes lapidados do mercado interno e externo.

Dessa forma, estima-se que 10% de toda produção é consumida pelo mercado interno. Qual o destino dos outros 90%?

O controle dos diamantes no Brasil segue o monitoramento regular de importação e de exportação similar aos das outras mercadorias. O órgão responsável nessa área é o Sistema Integrado do Comércio Exterior (SISCOMEX), que inspeciona toda a produção de diamantes ásperos que saem do país. De acordo com a PAC (2006), as maiores remessas saíram do estado de Minas Gerais para o mercado internacional no ano de 2006. Já em 2007 Minas Gerais aparece depois de Mato Grosso, (DNPM, 2008). A Receita Federal, com acesso ao SISCOMEX, tem autorização para fiscalizar o pacote de diamante a ser exportado ou importado, efetuar a verificação se há o certificado de origem do diamante e, inclusive, pode contratar um perito local para comprovação da avaliação dos diamantes empacotados.

No entanto, segundo os dados colhidos por meio do SISCOMEX (sistema aduaneiro que monitora os dados correntes de comércio exterior do Brasil), o volume das importações de diamantes ásperos ocorre através do eixo Rio de Janeiro/São Paulo. Os certificados de origem dos diamantes com suas respectivas assinaturas são detectados por um mecanismo eletrônico. O DNPM é notificado e responsabiliza-se pela autorização da importação. Caso haja uma suspeita ou ilegalidade na operação, a Polícia Federal faz a apreensão dos diamantes ásperos, que ficam sob os cuidados do DNPM.

2.1. Reforço no controle do sistema de certificado do processo de Kimberley no Brasil

As áreas dos “diamantes de conflito” conhecidas, *a priori*, eram os países africanos. Entretanto, outras áreas de comércio ilegal foram reveladas, e, entre elas, o Brasil, como já citado anteriormente.

O Brasil, ainda, segundo a PAC (2006), tem um comércio ilegal de diamantes que é realizado informalmente entre compradores itinerantes. Por isso, não há como men-

surar a quantia que tal comércio produz e a origem da grande produção diamantífera, tendo em vista que boa parte não é declarada.

No entanto, o Brasil mostra-se, por meio dos representantes do governo, das Instituições Políticas, dos proprietários de empresas, exportadores e importadores, grande empenho e esforço para que esse comércio seja legalizado. Para tanto, o DNPM tem 25 escritórios regionais com a responsabilidade de coletar e processar as recomendações do SCPK que, também, responsabiliza-se pela verificação das informações do certificado. A sede do DNPM situa-se em Brasília e é o responsável pela emissão dos certificados após a verificação e o consentimento dos escritórios regionais.

Em situação bastante pior do que a do Brasil, outros países da América do Sul estão incluídos na rota do comércio ilegal: Guiana, Colômbia e Venezuela. Afirma a PAC (2006) que os diamantes saem do Brasil, passam pela Guiana e alcançam o mercado internacional. Contra esse comércio ilícito, o Brasil apresentou-se em plenária como voluntário para participar de reuniões técnicas com a Venezuela e a Guiana com o objetivo de contribuir e colaborar para o desmonte da ilegalidade.

Todos os países participantes do SCPK chegaram a um consenso de que o controle dos diamantes ou o monitoramento mundial deve ser um problema atacado coletivamente, e não atribuir todos os problemas ao continente africano somente (PAC, 2006).

O Brasil tem consciência disso e fica evidente que outros países concordam com essa medida, tendo em vista que são integrantes do SCPK. Tal consciência e valorização da produção de diamantes no Brasil deve ser tomada com rigor e com agressividade, devido à exploração e às vantagens que levam os países compradores às custas de prejuízos aos países produtores.

Tais abusos, gerados pelo comércio externo e refletindo, negativamente, no comércio local, são efeitos da crescente globalização, cujas origens remontam à época da colonização.

Nessa perspectiva, Galeano (1978) nos esclarece sobre o modelo de exportação econômica na América Latina, reforçando a ligação entre o comércio local e o externo e suas consequências desastrosas:

Os grandes portos da América Latina, escalas de trânsito das riquezas extraídas do solo e do subsolo com destino aos distantes centros de domínio, se consolidavam como instrumentos de conquista e dominação contra os países a que pertenciam, e eram os vertedores por onde se dilapidava a renda nacional. Os portos e as capitais queriam se parecer com Paris ou Londres, mas à retaguarda havia o deserto. [...] A expansão dos mercados latino-americanos acelerava a acumulação de capitais nos viveiros da indústria britânica. Já fazia tempo que o Atlântico tinha-se convertido no eixo do comércio mundial, e os ingleses sabiam aproveitar a localização de sua ilha, cheia de portos, a meio caminho do Báltico e do Mediterrâneo, apontando as costas de nossa América (GALEANO, 1978, p. 195-6).

A América Latina, continua Galeano (1978), de dependente da esfera britânica, passou à dependência norte-americana dentro do panorama geral da livre circulação de mercadorias ou produtos e do dinheiro:

O regime militar tentava os capitais estrangeiros oferecendo-lhes o país como os proxenetas oferecem uma mulher, e punha o acento onde devia: “O tratamento aos estrangeiros no Brasil é dos mais liberais do mundo... não há restrições de nacionalidade dos acionistas... não existe limite à percentagem de capital registrado, que pode ser remetido como lucro... não há limitações à repatriação de capital, e a reinversão dos lucros será considerada um incremento do capital original [...]” (GALEANO, 1978, p. 235-236).

Afirma o autor acima que nos mercados internacionais o que prevalece é a ditadura de um país sobre o outro. Nessa ditadura, hegemonia e domínio sempre existiram e continuam existindo em benefício dos países desenvolvidos sobre os países da América Latina, considerados mais fracos ou subdesenvolvidos.

E prossegue Galeano (1978, p. 225):

A América Latina continua exportando seu desemprego e sua miséria: as matérias-primas de que o mercado mundial necessita e de cuja venda depende a economia da região. O intercâmbio desigual funciona como sempre: os salários de fome da América Latina contribuem para financiar os altos salários dos Estados Unidos e da Europa.

Assim, a América Latina teve o seu desenvolvimento provocado por fatores externos e, não, por uma política interessada no desenvolvimento interno ou nacional. Foi um desenvolvimento provocado para atender aos interesses e às necessidades do comércio exterior (GALEANO, 1978).

Ainda nas palavras de Galeano (1978, p. 149): “A experiência do ouro perdido de Minas Gerais – ‘ouro branco, ouro negro, ouro podre’, [...] não serviu, como se vê, para nada: o Brasil continua despojando-se gratuitamente de suas fontes naturais de desenvolvimento”.

A exploração, portanto, continua, até os dias atuais e pode ser também percebida nos dados aproximados do Comércio Mundial, ao revelar-nos que o *diamond business* causa espanto quanto à sagacidade dos países de primeiro mundo, em detrimento dos países produtores (PAC, 2006; BOCKSTAEL, 2009). A Comunidade Europeia, por exemplo, não produz um só quilate, importa de todos os países produtores, re-exportando aos seus vizinhos ou mesmo à Ásia, com espantoso lucro, logrando-se em 1º lugar nas exportações.

De acordo com o Anuário Mineral Brasileiro (DNPM, 2005), o país produtor que extrai a matéria bruta sofre com a degradação ambiental, e é penalizado com o contraste entre a falta de controle e a cobrança de procedimentos extremamente rigorosos para que se conceda o Certificado. Essa distorção cria uma insegurança jurídica sobre o *Kim-*

berley brasileiro, diminuindo o preço no mercado internacional, fomentando oportunidades financeiras para que outros países comprem diamantes por preços tão baixos que, ainda assim, tornam-se o maior exportador do mundo de diamantes, sem, entretanto, extrair um só quilate de seu solo.

O Brasil, hoje, “[...] é o maior produtor de diamantes na América do Sul [...]” (PAC, 2005, p.1), apesar de ter perdido sua posição de maior produtor de diamantes no mundo. Continua sendo uma posição de destaque e de evidência em relação à exploração diamantífera, por ser, principalmente, uma rica e importante divisa econômica nacional e internacional, além do contexto social e de geração de emprego.

Aliás, segundo Innocenti (2006), o Brasil passa, atualmente, por uma grande crise no mercado interno, o que também compromete sua atuação internacionalmente.

Apesar de o SCPK ter méritos, propósitos e importantes contribuições tanto no Brasil como no mundo, é preciso rever sua inadequada forma de aplicabilidade no comércio mineral brasileiro, considerando a nova ordem mundial em que esse procedimento reflete.

Torna-se premente uma mudança sobre o modo pelo qual o CPK é usado e/ou aplicado no mercado brasileiro. Por não reconhecer as singularidades e as diferenças do Brasil em relação aos outros países no tocante à forma de exploração diamantífera, o CPK e seus órgãos responsáveis, acabam forçando a sua inoperância. A precariedade do procedimento e falta de recursos operacionais administrativos que levam a expedição do CPK oprimem a produção nacional, enquanto outros países receptores acumulam riqueza e fomentam suas redes comerciais advindas de contrabando, por consequência.

Nas palavras do Chefe do 3º Distrito do DNPM/Minas Gerais, Sérgio Damaso de Souza, no Jornal Oficial Minas Gerais de 29 de junho de 2009:

A Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais arrecadou pouco mais de R\$ 1 bilhão em 2008. Minas Gerais entrou com R\$ 456 milhões nesse bolo. Ou seja, quase a metade desse quinhão. A estrutura do órgão no Estado, contudo, não é compatível com o seu desempenho nesse segmento econômico. Para que se faça uma idéia da realidade do distrito do DNPM-MG, aqui vão alguns dados: são cerca de 40 pedidos de pesquisa/dia; cerca de 900 pessoas/dia em circulação; são 60 os servidores, sendo que apenas 50% deles se entregam à atividade fim (fiscalizar, outorgar e arrecadar); quatro veículos novos e quatro outros precários para cobrirem todo o território mineiro, quando seriam necessários um mínimo de 20 carros. “O que entra em Minas por dia equivale ao que entra em Recife (PE) em um mês”, comparou Sérgio Dâmaso. O órgão não tem autonomia financeira. Depende da boa vontade de Brasília. Todo esse quadro nefasto favorece a atividade minerária clandestina.

Devido à grande burocracia somada ao uso inadequado e ineficiência do setor público, as instituições políticas responsáveis contribuem para a clandestinidade, nas palavras do próprio dirigente acima citado, refletindo geralmente no mercado interna-

cional. Daí, a necessidade de uma revisão e mudanças na aplicabilidade do CPK no Brasil.

3. *Histórico e síntese da falência estatal*

A enorme burocracia e a incompetência sobre a gestão atual das riquezas mineiras é fator histórico que explica a falência do Estado, além da insegurança jurídica na expedição do CPK.

Segundo Galeano (1978, p. 62), dois séculos após a descoberta do Brasil, “[...] Minas Gerais entrou assim, impetuosamente, na história: a maior quantidade de ouro então descoberta no mundo foi extraída no menor espaço de tempo”. Ainda nas palavras do autor, *ipsis literis*, citando um trecho da confissão de um antigo habitante de Mariana: “‘Aqui o ouro era mato’. [...] ‘Tinha ouro nas calçadas, crescia como pasto’. [...] ‘Não sabiam onde pôr o dinheiro e por isso faziam uma igreja ao lado da outra’” (GALEANO, 1978, p. 62-3).

Continua a narrar o supracitado autor que a quantidade de ouro produzida pelo Brasil durante o século XVIII superava a produção que a Espanha extraiu durante dois séculos de suas colônias americanas. A idade do ouro de Minas Gerais lançou Ouro Preto ao esbanjamento de sua riqueza súbita trasladando para o sul o eixo econômico e político do país, convertendo, dessa forma, o Rio de Janeiro em nova Capital do Brasil a partir de 1763. A busca pelos diamantes, também nos meados do século XVIII, provocou uma corrida de mineiros para a Serra do Frio.

De acordo com Galeano (1978, p. 65-66):

As pedras cristais que os caçadores de ouro tinham jogado de lado enquanto exploravam os leitos do rio eram diamantes, segundo se soube. Minas Gerais oferecia ouro e diamantes em casamento, em proporções semelhantes. O florescente acampamento de Tijuco converteu-se no centro do Distrito Diamantino, e nele, à semelhança de Ouro Preto, os ricos vestiam a última moda européia e encomendavam roupas do outro lado do mar, como as armas e os móveis mais luxuosos: horas de delírio e desperdício.

Segundo Galeano (1978), a Inglaterra adquiriu grandes benefícios e privilégios no mercado português e de suas colônias por meio da assinatura do Tratado de Methuen (1703),¹⁰ o que provocou uma ruína para o mercado tanto de Portugal como do Brasil. Os produtos comprados de Portugal à Inglaterra eram pagos com o ouro brasileiro. A economia brasileira abasteceu a Inglaterra durante todo o século XVIII com o ouro arrancado de seu solo.

A exploração comercial e do ouro brasileiro ocorria tanto de forma legal como ilegal.

¹⁰ Portugal assinou o referido Tratado de Methuen com a Inglaterra para obter vantagens no mercado britânico com o vinho português (GALEANO, 1978).

Assim escreve Galeano (1978, p. 67):

Inglaterra e Holanda, campeãs de contrabando de ouro, que juntaram grandes fortunas no tráfico ilegal da *carne negra*, açambarcam por meios ilícitos, segundo se calcula, mais da metade do metal que correspondia ao imposto do “quinto real” que deveria receber, do Brasil, a coroa portuguesa. Porém a Inglaterra não recorria somente ao comércio proibido para canalizar o ouro brasileiro em direção a Londres. As vias legais também lhe pertenciam. O auge do ouro, que implicou o fluxo contínuo de grandes contingentes de população portuguesa para Minas Gerais, estimulou agudamente a demanda colonial de produtos industriais e proporcionou, ao mesmo tempo, meios para pagá-los. Da mesma maneira que a prata de Potosí repicava no solo espanhol, o ouro de Minas Gerais só passava de trânsito por Portugal. A metrópole converteu-se em simples intermediária.

O Brasil, no final do século XVIII, já se apresentava prostrado pela violenta e gigantesca exploração de seus minérios, apesar de os diamantes ainda não terem se esgotado. A ilegalidade ou o contrabando ocorria não só nas esferas internacionais ou para o exterior, como, também, em nível local¹¹. Os mineiros e os nativos utilizavam várias formas de contrabando, e, dentre tantas, citamos o exemplo dos “santos do pau oco”¹²: conhecidas imagens sacras esculpidas em madeira que transportavam em seu interior os diamantes extraviados do fisco português. Ou seja, era uma forma de contrabando daqueles tempos. *Mutatis mutandis*, é o que ocorre hoje. O governo aumenta o tributo e o controle; a sociedade aumenta a evasão.

Seguindo a evolução das instituições políticas até os tempos hodiernos, Kliksberg (2001) afirma que o Estado não conseguiu desenvolver a América Latina como um todo e, portanto, o Brasil, onde a ação estatal apresenta profundos problemas de ineficiência, corrupção e burocratização histórica inoperante. O mercado, funcionando sem planejamento e sob regulamentação precária, exacerbou a iniquidade, cargas tributárias pesadas aos cidadãos, às pequenas e médias empresas, afetando drasticamente a sua existência.

No mesmo viés, Galeano (1978, p. 245) afirma:

O capitalismo de nossos dias exhibe, em seu centro universal de poder, uma identidade evidente dos monopólios privados e do aparelho estatal. As corporações multinacionais utilizam diretamente o Estado para acumular, multiplicar e concentrar capitais, aprofundar a revolução tecnológica, militarizar a economia e, mediante diversos mecanismos, assegurar o êxito da norte-americanização do mundo capitalista.

¹¹ Cf.: COSTA *et al*, 2004; FURTADO, 1996; LIMA JÚNIOR, 1945 e 1962; MAURO, 1997; NOVAIS, 1979; PINTO, 1979; SANTOS, 1864; SOUZA, 1999; VIANNA, 1957; VIEIRA COUTO, 1848; ZEMELLA, 1951.

¹² Cf.: BOXER, 1963 e 1969; GONÇALVES; KANTOR, 1996; PRADO JÚNIOR, 1986.

As empresas e corporações estrangeiras ou as multinacionais existentes no Brasil ou na América Latina, de acordo com Galeano (1978), funcionam com muito mais coerência e sentido de unidade do que as próprias empresas nacionais. Isso se deve ao fato do grande número de fronteiras e à falta de comunicação entre os países da América Latina desde os tempos da colonização.

De acordo com Galeano (1978, p. 279): “Qual integração podem realizar, entre si, países que nem sequer se integraram internamente?”

O Estado brasileiro, nem mesmo com sua minimização, não foi capaz de resolver os vários problemas internos e nem aqueles relacionados ao mercado internacional minerário que existem há séculos. Por isso, reforça-se, adotou-se no Brasil o SCPK com o objetivo de controlar esses mercados – fora do âmbito do DNPM – e não para atender precipuamente o que foi determinado pela ONU, ou seja, o preceito legal insculpido no art. 4º da Lei 10.743/03 que dispunha sobre a declaração da origem nacional do diamante.

Enfatiza-se, então, a necessidade de harmonização entre os setores envolvidos na mineração diamantífera, destacando, principalmente, a relação e as políticas do Estado com as empresas nacionais, internacionais e demais atores da sociedade civil envolvidos.

O nível de detalhamento das investigações da Global Witness (2005) e da Partnership Africa Canada (2005) conclui que o instituto do SCPK foi deturpado, observando-se a declaração:

Dentro dos escritórios do Ministério das Minas e Energia e do DNPM, se tomou a decisão de usar *Kimberley* como uma ferramenta para organizar toda a paisagem da mineração [...]. Também havia o desejo em 2002, seguindo a eleição do presidente Luís Inácio Lula da Silva, de reequilibrar as coisas em favor dos garimpeiros. *Kimberley* foi visto como um instrumento para alcançar isto (PARTNERSHIP AFRICA CANADA, 2005, p. 18).

Ressalta-se, no entanto, que apesar de o Brasil ter sido alvo do controle do SCPK por causa do comércio ilegal praticado em seus limites, esse nunca teve o propósito de financiar movimentos guerrilheiros, guerras civis ou compra de armas para terroristas no intuito de enfrentar governos legítimos a exemplo dos acontecimentos em Serra Leoa. O rigor exercido contra guerrilhas não precisa ser empenhado ao CPK brasileiro.

O comércio ilegal dos diamantes aponta para a necessidade de intervenções para a sua legalidade. O processo administrativo brasileiro para concessão do CPK exige algumas mudanças para a efetividade de seus objetivos, para que o controle do comércio de diamantes e a sua forma de aplicação tenha sentido.

Assevera a PAC (n. 12, 2005) que a instituição CPK teve o propósito de legalizar o comércio de diamantes no Brasil. Entretanto, esse se apresenta inadequado para qualquer forma de mineração, quais sejam: a Portaria de Lavra, o Alvará de Pesquisa ou a Permissão de Lavra Garimpeira – PLG (n. 12, 2005) – a despeito do seu verdadeiro obje-

tivo, cujo cerne era, simplesmente, atestar a nacionalidade do diamante. Deve-se, portanto, rediscutir sua efetividade, porque, até o momento, essa organização não ocorreu.

Apesar da honorável intenção em proteger os direitos humanos, criticamos o poder inequívoco das grandes mineradoras, as quais concentram o comércio global do diamante, consubstanciando um importante, um rígido, um eficaz e um potente controle de mercado mundial¹², eliminando volumosas e valiosas produções aluvionares provenientes dos países do terceiro mundo, cujo CPK não tem segurança jurídica ante a subjetividade e discricionariedade de agentes administrativos que não primam pela transparência e pela impessoalidade, empenhando preconceitos diante de uma democracia fraca e Instituições Políticas despreparadas, resultando em fácil derrocada da segurança jurídica do CPK nacional.

Ao impor o rígido controle do CPK a esses países, exigindo a comprovação do local exato em que foi extraído o diamante, a comunidade internacional torna os países produtores permanentes alvos de ilicitude, questionando a origem dos diamantes envolvendo as fronteiras com outros países produtores, sob denúncias das ONGs que integram o SCPK.

Ao falharem diante de sua própria ineficiência, a produção de todo país é julgada ilegal, sendo excluída do SCPK e, conseqüentemente, proibida de alcançar o mercado internacional, abaixando a oferta, forçando a demanda, eliminando a concorrência e extraviando o diamante para a via paralela. Ademais, as guerrilhas na África, que motivaram a instituição do SCPK, foram extintas em 2004. Se não existem guerrilhas para serem financiadas por “diamantes de sangue”, a que se presta, atualmente, o SCPK? Além do mais o Comitê Internacional do *Kimberley Process* poderia manter um Grupo de Trabalho que serviria à padronização do procedimento a ser aplicado em cada país, uma vez que a soberania já não mais é problema, tendo em vista a recepção da norma internacional por diploma interno. Assim, o Comitê Internacional do *Kimberley Process* instruiria e auditaria com transparência os objetivos principais a que se presta o CPK, evitando que elementos estranhos ao comércio diamantífero como a baixa qualidade técnica administrativa ou processual, empenhada pelo poder público, interferisse no comércio mundial.

Não significa que as falhas do Processo de *Kimberley* justifiquem seu desuso, e, sim, que essas sejam aprimoradas em sua aplicabilidade no comércio minerário brasileiro e em consonância com o mercado mundial globalizado. Seu cerne fugiu do verdadeiro objetivo, refletindo negativamente na sociedade e repercutindo no âmbito econômico diante do controle e da manipulação do mercado diamantífero a despeito da soberania brasileira, cuja desconsideração se fez sob o pretexto de proteger os direitos humanos internacionais.

¹² As denominadas *Top five* da indústria diamantífera mundial: De Beers; Alrosa; Rio Tinto; Endiama e BHP Bilinton produzem mais de $\frac{3}{4}$ (76%) do mercado mundial de diamantes. Fonte: RBC *Capital Markets estimates* for 2008, Jan. 2009 (disponível em: <www.rbccm.com>).

4. Considerações finais

Como o DNPM não dispõe de um programa de fiscalização ostensiva, inexistindo pessoal para fiscalização em quantidade necessária a atender toda extensão territorial e carece de estrutura operacional e logística para o deslocamento em tempo real para o controle da produção de minas e garimpos nacionais, há um preconceito generalizado pelos agentes administrativos contra aqueles administrados – pessoas jurídicas ou físicas – que se inserem neste setor específico da mineração.

Isso porque as hipotéticas fraudes ocorridas no passado envolvendo o CPK são atribuídas exclusivamente e injustamente ao DNPM, o que não se justifica. O responsável pelas informações declaradas e constantes no CPK é o próprio requerente, o qual arcará com a responsabilidade cível e demais consequências legais, inclusive criminais, como falsidade ideológica, *ex vi* do art. 299 do Código Penal Brasileiro.

O combate ao tráfico clandestino das pedras preciosas para fora de nossas fronteiras, como vimos, é secular e não desaparecerá por força de uma norma impopular como a Lei 10.743/2003.

As instituições políticas atinentes ao assunto precisam fazer mais. É necessário rever as formas administrativas e jurídicas da exploração mineral a serem regidas no próximo marco regulatório, que hoje repousam em Alvará de pesquisa, Portaria de lavra e Permissão de lavra garimpeira.

É inquestionável a competência da Polícia Federal no combate ao contrabando e tráfico extra fronteiras, limitando-se ao DNPM fiscalizar a produção e a hipotética omissão das informações sobre localização de jazidas. O DNPM deve ater-se às condições legais da produção mineral. Após atestar a nacionalidade de um diamante por meio do PK, as irregularidades atinentes à cadeia de negócios não lhe competem. Trata-se de simples obediência à competência de poderes da Federação, ou seja, o básico do “Espírito das Leis”, de Montesquieu.

Cabe ao DNPM, como disposto em sua norma constitutiva de autarquia em seu artigo 3º da Lei 8.876 de 1994, catalogar dados de inteligência e fomentar a atividade mineral em sua essência, ou seja, estimular a exploração de minérios com efetividade e excelência.

Ao ser imposto problema antigo ao DNPM pelas Instituições Políticas desatentas, sem propiciar-lhe o aparelhamento legal e operacional necessário, força-o a dificultar, suprimir e abastar completamente a produção legal desses minerais para ceifar, definitivamente, o incômodo assunto.

Afinal, sem a produção do bem, não há o ilícito, sobrevivendo um “aparente” controle do DNPM, quando, na verdade, há a supressão completa da produção irregular nos dados oficiais.

Ao testemunharem a aplicação de uma normatividade administrativa que denota extrema rigidez e é, literalmente, imposta com todas as auguras do assunto sobre os produtores legais requerentes de um CPK, ou mesmo daqueles listados no Cadastro

Nacional dos Produtores e Comerciantes de Diamantes (CNCD), os ilegais permanecem às escondidas.

Assim, a injusta pressão causa um preconceito contra a produção diamantífera brasileira que volta contra si, cerceando o fundamental direito constitucional da igualdade, pois tratam de maneira injusta aqueles que procuram regularizar-se e atuar na legalidade normativa do Estado democrático brasileiro.

Tratando seus administrados com o *pré*-conceito e uma *pré*-discriminação que antecede cada fase do processo administrativo, mediante a subjetividade e empirismo dos agentes administrativos que desqualificam os produtores legais, o Estado causa a prevalência de um caráter penalista e adversativo de exceção, desconsiderando a realidade de que os diamantes brasileiros são provenientes das mesmas fontes há 300 anos, com os mesmos impasses da época correspondente.

Reconheça-se que a democracia brasileira ainda traz embustes da herança ditatorial remanescente, com empenho de guerra (estado-cidadão) em que há um agigantamento do Estado em desfavor do administrado.

A verdadeira justiça não consiste apenas em perseguir e punir crimes, mas também reconhecer a regularidade dos direitos e administrados lícitos que, não raro, tornam-se vítimas aleatórias de deturpações embasadas em empirismos administrativos oprimindo-os em geral, provocando flagrante ofensa aos cidadãos comuns, especificamente, aos garimpeiros e mineradores rurícolas e individuais, os quais possuem na Constituição Federal seus direitos humanos garantidos, sobretudo de igualdade.

Embora tenha o CPK reconhecimento mundial, cabe-nos apontar duas críticas no que tange à sua aplicação no Brasil: a primeira, quanto à soberania e à política econômica nacional conforme a ideologia constitucional adotada pela CF/88; a segunda, quanto aos direitos humanos dos cidadãos brasileiros, produtores minerais e de pequeno porte, os quais são esmagados pela normatividade inexperiente (ou proposital) tomada a cargo pelo DNPM.

Ao fardo de obedecer às leis internacionais que objetivam a proteção dos direitos humanos na África, o governo brasileiro oprime sua própria nação, causando-lhes diverso mal, “abafando” o setor mineral diamantífero, inclusive os rústicos – garimpeiros – transformando-os em desempregados (função social), “empurrando” a produção diamantífera brasileira (função econômica) para a clandestinidade, recepcionada pelos países vizinhos.

Anota-se, ainda, o problema da tríplice fronteira – Brasil, Venezuela e Guiana – que é assunto por demais debatido no meio internacional. Na última Reunião Plenária do *Kimberley Process* realizada na Namíbia, verificaram-se sérias preocupações na cúpula da Direção Geral do DNPM em relação a essas fronteiras.

Aliás, o empenho da regularização da produção diamantífera brasileira é uma eficaz medida para estancar o problema da tríplice fronteira. Ao franquear a licitude do minério a ser exportado por vias legais, o êxodo ilícito dos diamantes àqueles países diminuiria. Ao chancelar procedimentos internacionais dessa monta, mister se faz garantir a legalidade da produção nacional. Urge criar formas e meios de regularizar a

produção, uma vez que a adesão do Brasil ao CPK em 2003 demonstrou que o controle da procedência de diamantes brutos empenhou extrema rigidez ao país, que é por deveras bem vinda e benéfica desde que adequada ao verdadeiro Estado de Direito Democrático.

Ocorre que o amadurecimento de uma democracia – pelo que hoje passamos, dado o recente íterim militar – é marcado pela participação dos consumidores da norma, pela verdade, pela solidariedade entre público-privado e pelo reconhecimento da boa-fé de ambos, direcionando à administração mais tempo, oportunidade e condições para empenhar-se nos assuntos realmente eficazes do seu objetivo estatal e, significativamente, no combate aos que são intencionalmente ilícitos e não esmiuçar e engessar, ainda mais, o procedimento daqueles poucos sobreviventes cadastrados no DNPM.

O discernimento dos administrados cadastrados e inseridos de modo planejado junto à administração, na busca de sua legalidade, valorando-os como tal, é imprescindível para que toda a cadeia empresarial, produtiva e comercial confie e reconheça o caminho da regularidade, admitidos e perfilhados como tal, sobrevivendo a sustentabilidade legal e, assim, conferindo eficácia ao CPK brasileiro.

Apesar de o Brasil participar do processo de exploração, a repartição dessa riqueza não é proporcional aos atores, notadamente, entre os países produtores e os importadores, como vimos anteriormente.

Em síntese, após algumas problematizações a que se propuseram neste artigo, deve-se reconhecer que o Sistema Internacional do Processo do Certificado *Kimberley* é um instituto positivo.

É um instrumento que contribui e contribuirá para a formação de uma nova ordem econômica de exploração, obedecendo às prerrogativas básicas dos direitos humanos que eram intrinsecamente preteridas.

Porém, alcançado seu objetivo com a aniquilação das guerrilhas que eram financiadas por diamantes para derrocadas de governos legítimos, o empenho e o esforço da comunidade internacional deverão direcionar os preceitos do SCPK para fomentar e desenvolver o progresso social e financeiro dos países produtores, tornando os antigos “diamantes de sangue” em “diamantes do desenvolvimento e prosperidade”.

Nesse sentido, o processo administrativo que culmina na expedição do CPK brasileiro deve ser reformulado para adequar-se às singularidades da produção nacional, para lastrear e para creditar o CPK brasileiro em nível mundial e ser permanentemente monitorado, a fim de alçar os diamantes brasileiros à legalidade e à prosperidade.

Francisco José da Silva Porto Filho é mestre em Direito e Instituições Políticas pela Faculdade de Ciências Humanas da FUMEC/MG; tem MBA em Gestão Empresarial pela FGV, e é Secretário Adjunto do Fórum Brasileiro do Processo de *Kimberley*.
e-mail: franciscoportofilho@terra.com.br

Referências

ABREU, Allan de. Cobiça e tráfico. A corrida do diamante. *Diário de São José do Rio Preto*, São José do Rio Preto, 11 mar. 2007.

_____. A corrida do diamante. MPF retoma investigações do garimpo. *Diário de São José do Rio Preto*, São José do Rio Preto, 13 mar. 2007.

ANUÁRIO Mineral Brasileiro 2005 – Departamento Nacional de Produção Mineral – Disponível em: <<http://www.dnpm.gov.br>>. Acesso em: mar.; maio; jul./2006.

BOCKSTAEL, Steven Van. *Artisanal diamond mining*. Brussels (Belgium): Ed. Egmont Institute. 2009.

BOXER, Charles. *A idade do ouro do Brasil*. 2 ed. São Paulo: Cia Editora Nacional, 1963 e 1969.

COSTA, Antônio Gilberto (org.). *Cartografia da conquista do território das Minas*. Belo Horizonte: Editora UFMG/ Kapa Editorial, 2004.

DNPM. *Assessoria de Comunicação*. Disponível em: <www.dnpm.gov.br>. Acesso em: 10 maio 2006.

FEDERAL apreende R\$5 milhões em diamantes com garimpeiro. *Folha de Boa Vista*, Boa Vista, 08 jan. 2007, ano XXII, ed. 5002.

Força-tarefa ataca 426 garimpos ilegais. *Jornal Hoje em Dia*, Belo Horizonte, 4 out. 2006.

FURTADO, Júnia Ferreira. *O livro da capa verde: o regimento Diamantino de 1771 e a vida no distrito Diamantino no período da real extração*. São Paulo: Annablume, 1996.

GALEANO, Eduardo. *Veias abertas da América Latina*. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

GARIMPO – SGB constata 587 atividades em áreas de preservação. *Brasil Mineral OnLine*. n. 301, 9 maio 2007. Disponível em <<http://www.brasilmineralonline.com.br>>. Acesso em: 11 maio 2007.

GLOBAL WITNESS Publishing. 2005 “*Making it Work – Why the Kimberley Process Must do More to Stop Conflict Diamonds*”. Disponível em: <www.globalwitness.org>. Acesso em: 14 maio 2009.

GONÇALVES, Andréa Lisly; KANTOR, Iris. *O trabalho em Minas Colonial*. São Paulo: Atual, 1996.

INNOCENTI, Nicol Degli. *The Kimberley Process: Time to review the monitoring system*. Ft.com site. London. Jul.14, 2006.

KLIKSBERG, Bernardo. *Falácias e mitos do desenvolvimento social*. Trad. de Sandra Trabucco Valenzuela; Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Cortez/ Brasília: UNESCO, 2001.

LEI 10.743, 9/out./2003. CONGRESSO NACIONAL. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: jul. 2006.

LEI 8.876/1994. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: fev. 2010.

LIMA JÚNIOR, Augusto de. *História dos diamantes nas Minas Gerais*. Rio de Janeiro: Edições Dois Mundos, 1945.

_____. *As primeiras Vilas do Ouro*. Belo Horizonte: Edição do Autor. 1962.

MACEDO; BRAYNER FILHO. Lei 10.743/2003. Processo de Kimberley (Lei n. 10.743/2003). *Jus Navigandi*. Disponível em: www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5320>. Acesso em: 03 out. 2006.

MARTINS, Celso. Devassa no garimpo ilegal. *Jornal Hoje em Dia*, Belo Horizonte, 14 out. 2006. p.13.

MAURO, Frédéric. "Portugal e o Brasil: A estrutura política e econômica do Império, 1580-1750", in: BETHELL, Leslie (org.). *América Latina Colonial*. São Paulo: EDUSP, v. 1, 1997.

MINAS Gerais. *Jornal Oficial*, Belo Horizonte, 29 jun. 2009.

MP denuncia 15 por venda de diamantes. *Jornal Estado de Minas*, Belo Horizonte, 1º set. 2007, p. 25.

NERY, Miguel Antonio Cedraz. A Certificação Kimberley na Exportação de Diamantes Brutos. *Jornal Estado de Minas*, Belo Horizonte, fev./2007.

NOVAIS, Fernando A. *Portugal e Brasil na crise do antigo sistema colonial (1777-1808)*. São Paulo: Hucitec, 1979.

O LADO Suriname do Brasil. *VEJA*, São Paulo, n. 2146, p. 56-57, 06 jan. 2010.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. *Assembléia Geral 56/236*. 96th plenary meeting. 13 mar. 2002.

PARTNERSHIP AFRICA CANADA. *O projeto sobre os diamantes e a segurança humana*. A falência das boas intenções. mar. 2005.

_____. *Foragidos e Fantasmas – Os Exportadores de Diamantes do Brasil*. Ottawa, Ontario, Canada, n.13, Mar. 2006 Disponível em <www.pacweb.org>.

_____. Disponível em http://www.kimberleyprocess.com:8080/site/www_docs/related_docs1/final_summary_brazil_kp_review.pdf>. Acesso em: jun. 2007.

_____. *A falência das boas intenções*. Fraude, furto e assassinato na produção brasileira de diamantes. Edição Fora de Série, n. 12, maio 2005.

PATTON, Vanessa Motta. *O Regime internacional dos direitos humanos*. “Diamantes de Sangue”: A Violência Sexual e a Mutilação dos Cidadãos em Serra Leoa. 2004. (Artigo Internet).

PERMISSÃO de Lavra garimpeira. Lei n. 7.805/89.

PINTO, Virgílio Noya. *O Ouro do Brasil e o comércio anglo-português*. São Paulo: Cia. Nacional, 1979.

POLICIAL Rodoviária Federal lotada em Betim/MG é presa com diamantes em RO. *Jornal Estado de Minas*, Belo Horizonte, 15 jun. 2007.

PRATES, Maria Clara; ANTUNES, Daniel. Mineira lidera contrabando. *Jornal Estado de Minas*, Belo Horizonte, 25 jun. 2007, Caderno Gerais, p. 19.

PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*. 19 ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

RBC *Capital Markets estimates for 2008*, Jan. 2009. Disponível em: <www.rbccm.com>. Acesso em: fev. 2010.

SANTOS, Joaquim Felício dos. *Memórias do distrito Diamantino*. 1864.

SOUZA, Marcelo Gomes. *Direito minerário aplicado*. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2003.

SOUZA, Maria Eremita de. *Aconteceu no Serro*. Belo Horizonte: BDMG Cultural, 1999.

SUMÁRIO Mineral Brasileiro 2008. Diretoria de desenvolvimento e economia mineral. Departamento Nacional de Produção Mineral. DNPM. Brasília, 2009.

UNITED NATIONS. *Conflict Diamonds Sanctions and War*. New York: United Nations Department of public information, mar./2001. Disponível em: <<http://www.un.org/paece/africa/DIAMOND.html>>. Acesso em: 17 jan./2006.

VIANNA, Hélio. A economia mineira no século XVIII, in: *Primeiro Seminário de Estudos Mineiros*. Belo Horizonte: Universidade de Minas Gerais, 1957.

VIEIRA COUTO, José. Memórias sobre a Capitania de Minas Gerais (1799). *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. 1848.

WIKIPÉDIA. Disponível em: <www.wikipedia.com>. Acesso em: 22 fev. 2010.

ZEMELLA, Mafalda P. *O Abastecimento da Capitania das Minas Gerais no Século XVIII*. São Paulo, 1951.

Os tipos penais abertos e o princípio da legalidade penal: uma visão introdutória

Open criminal types and principle of legality criminal: an introductory view

HELVÉCIO DAMIS DE OLIVEIRA CUNHA

Resumo: O princípio da legalidade indiscutível, garantia fundamental do ser humano, vem sendo objeto de estudo da ciência penal por mais de dois séculos. Porém, com todo este tempo de análise, o princípio continua sendo exposto a relativizações por institutos de importante interesse no Direito Penal. Os tipos penais abertos e seus desdobramentos são exemplos dessa potencial violação do princípio da legalidade e do princípio da segurança jurídica, vez que ampliam o texto do tipo penal, exigindo complementações por outras normas jurídicas (de qualquer natureza), e também por indefinidos critérios de interpretação. Por esta razão, mister se faz uma análise dos tipos omissivos impróprios, tipos culposos e das normas penais em branco frente aos princípios da legalidade e da segurança jurídica, para, ao final, compreendermos que muito trabalho precisará ser concentrado nestas temáticas, sendo este artigo, apenas uma breve introdução a respeito delas.

Palavras-chave: Princípio da Legalidade. Tipos Penais Abertos. Normas Penais em Branco. Crimes Omissivos Impróprios. Tipos Culposos. (In)constitucionalidade.

Abstract: The principle of indisputable legality, fundamental guarantee of human beings, has been the object of study of criminal science for over two centuries. But with all this time of analysis, the principle remains exposed to relativizations by institutes of main interest in Criminal Law. The criminal types open and its developments are examples of this potential violation of the principle of legality and the principle of legal certainty, since it broadens the text of the offense, requiring complementation by other legal rules (of any kind), and also by undefined criteria interpretation. For this reason, it is necessary to make an analysis of the omissive improper types, guilty of criminal law and white face to the principles of legality and legal certainty. Finally we understand that that much work needs to be concentrated on these themes, and this article is only a brief introduction about them.

Keywords: Principle of Legality. Open Criminal Types. Blank Criminal Standards. Omissive Unfit Crimes. Manslaughter types. (Un)constitutionality.

1. Introdução

O estudo do fato delituoso e sua estrutura alcançaram ares de cientificidade a partir do século XIX. Isto não significa, entretanto, que o crime não foi objeto de estudo por vários pensadores desde o início das relações sociais humanas. O Direito Penal,

como um sistema teórico-normativo e que tem como escopo a solução de conflitos, passou por diversas fases até culminar na que presentemente estamos. No princípio era um instrumento de vingança (privada, religiosa e pública); depois passou a ser estudado como um ramo efetivo da ciência jurídica e explicado por várias correntes científicas (Escola Clássica, Escola Positivista e as escolas mistas). Encontramos, inclusive, teorias que pretendem que ele seja substituído por outros instrumentos jurídicos mais eficientes (ex.: a Escola da Nova Defesa Social). Também existem teorias que propõem sua total dissolução, como é defendido pelos denominados abolicionistas.

Após esta pequena introdução, a respeito das fases da ciência jurídica penal, mister se faz abordar-se os fundamentos históricos do tema. Na segunda metade no século XVIII, Cesare Bonacensa (conhecido como o Marquês de Beccaria) escreve uma obra que é considerada por muitos como o divisor de águas do Direito Penal não-científico e científico. Esse importante livro recebe o nome de “Dos Delitos e Das Penas” (BONACENSA, 1993). Dentro desta obra, Beccaria, inspirado pelas ideias e valores iluministas do seu tempo, descreve de uma forma bastante lúcida os abusos e arbitrariedades que ocorrem na Itália, e de uma maneira geral, em toda a Europa no século XVIII.

Em uma das várias passagens relevantes do livro, Beccaria aborda sobre a necessidade e aplicação do princípio da legalidade, afirmando que somente as leis podem fixar penas, inclusive não se admitindo ao juiz interpretá-las ou aplicar sanções arbitrariamente. Ainda concernentemente à legalidade, Beccaria diz que as leis devem ser de conhecimento geral do povo, e que sua redação necessita ser clara e precisa para que todos possam compreendê-las e obedecê-las adequadamente.

A partir dos princípios apresentados pelo autor italiano, os estudiosos da ciência penal passam a tratar da legalidade como uma *conditio sine qua non* para a concretização da segurança jurídica e proteção do cidadão frente ao arbítrio estatal.

Posteriormente no século XIX, com Feuerbach, autor do livro *Tratado de Direito Penal* (1801), nasce a moderna ciência do Direito Penal na Alemanha. Feuerbach inicialmente se filia ao imperativo categórico kantiano, entendendo que a sanção era uma medida retributiva; posteriormente muda seu pensamento, passando a tratar a pena como uma medida preventiva, elaborando a partir disso a teoria da “coação psicológica”, de concepção determinista. Feuerbach também defende fervorosamente o princípio da legalidade, elaborando um brocardo latino que é utilizado até os dias atuais, e que se tornou símbolo de expressão deste princípio: *nullun crimen, nulla poena sine lege* (BITENCOURT, 2000, p. 53).

Desde então, o princípio da legalidade passa a ser adotado na maior parte dos ordenamentos jurídicos ocidentais, surgindo pela primeira vez na legislação penal brasileira no Código Criminal de 1830 (PIERANGELLI, 1980, p. 167). A vigente Parte Geral do Código Penal brasileiro também prevê a exigência da legalidade no seu artigo 1º. Nossa Constituição Federal, no inciso XXXIX do art. 5º, elege o princípio como um direito fundamental do indivíduo.

2. O princípio da legalidade e os tipos penais abertos: início da discussão

O princípio da legalidade ou da reserva legal constitui, nos dias atuais, uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal, servindo como um instrumento de proteção do princípio da segurança jurídica. A partir da universalização deste princípio, pode-se afirmar que a elaboração de normas incriminadoras e não-incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhuma conduta pode ser considerada crime e nenhuma pena pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato, exista uma lei definindo-o como delito e cominando-lhe a sanção correspondente (anterioridade da lei penal). A principal justificativa para que o princípio da legalidade tenha a força que tem, encontra-se no fato de que existem direitos inerentes às pessoas humanas que não são nem precisam ser outorgados pelo Estado, ou seja, é completamente inviável a vida em sociedade se os cidadãos quedarem adstritos aos caprichos e às arbitrariedades estatais. As leis penais criadas em face da exigência do princípio da legalidade são definidas como a principal fonte formal ou de exteriorização do Direito Penal, isto é, através da lei penal é possível dar ciência e exigir de toda a sociedade o seu devido cumprimento.

Ocorre que mesmo com a necessidade do princípio da legalidade, alguns institutos elaborados e estudados pela ciência penal padecem de sérias dificuldades para se enquadrarem no referido princípio. Esta situação ocorre, por exemplo, com os tipos penais abertos. Os *tipos penais abertos* são aqueles em que a tipicidade só pode ser avaliada com o auxílio de outro tipo, chamado tipo penal de extensão ou tipo secundário, ou de um critério de extensão. Pode-se indicar como exemplos de institutos supostamente violadores do princípio da legalidade: a norma penal em branco, os crimes culposos e os crimes comissivos por omissão (omissivos impróprios).

Por que isso ocorre? A título de elucidação analisar-se-á algumas características dos crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão, para se entender as razões para que sejam estudados diuturnamente pelos doutrinadores penais.

A conduta humana para o Direito Penal pode ser, quanto ao elemento subjetivo e normativo, dolosa ou culposa; e, em relação à forma de execução, comissiva ou omissiva. A conduta dolosa é aquela em que o agente age com a intenção ou assume o risco de produzir o resultado (consumação)¹. A conduta culposa ocorre com a quebra do dever objetivo de cuidado (negligência, imprudência ou imperícia), causando um resultado penalmente relevante².

Por outro lado, a conduta humana será comissiva quando for praticada por meio de uma ação (comportamento positivo); e omissiva quando for realizada por meio de uma omissão (comportamento negativo). As condutas omissivas são divididas em omissão própria e omissão imprópria (comissivos por omissão). Na primeira modalidade, o agente tem o dever legal de agir. Por exemplo, no crime de omissão de notifi-

¹ Art. 18, I do Código Penal.

² Art. 18, II do Código Penal.

cação de doença (art. 269 do Código Penal³), o médico tem a obrigação de comunicar com as autoridades sanitárias a existência de determinadas doenças no prazo previsto pela norma complementar⁴. Deixando de agir intencionalmente no prazo previsto, o médico responde pelo delito. Os tipos penais dos delitos omissivos próprios têm as seguintes características principais: a) tipologia própria; b) inexigibilidade de resultado naturalístico, isto é, são delitos de mera conduta; e, c) o poder de agir do agente e a inevitabilidade do resultado.

A outra modalidade de crimes omissivos são os comissivos por omissão ou omissivos impróprios. Para doutrina majoritária, estes delitos não têm tipologia própria, por isto exigem uma norma penal de extensão (art. 13, § 2º do Código Penal) aplicada conjuntamente com o tipo do delito que o agente visa realizar, para que a adequação típica possa ocorrer (adequação típica mediata). Nos crimes omissivos impróprios, o agente tem o dever de agir e de evitar o resultado, o que faz com que seja exigida uma obrigação por parte do sujeito ativo, que não é extensível a qualquer pessoa. Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 537) afirmam que não é apenas uma obrigação jurídica de evitar o resultado, mas, sim, um dever especial de garantia do sujeito ativo em face do sujeito passivo. O rol desses indivíduos que têm esse dever de agir ou dever especial de garantia é trazido pelo art. 13, § 2º do Código Penal, que define a função dos garantidos ou garantidores. Diz assim o dispositivo:

- § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:
- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
 - b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
 - c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

A grande crítica existente para uma corrente minoritária da doutrina é que o tipo penal acima é inconstitucional, pois viola o princípio da legalidade ou da reserva legal, por tratar-se de um tipo penal aberto, no qual a definição do que é o garante é bastante ampla, permitindo excessivo arbítrio judicial para o enquadramento do agente nesta condição. Sobre a amplitude não permitida e a inconstitucionalidade da definição legal de garantidor, comentam Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 541-542):

Cria-se, com isso, uma questão extremamente séria porque, por um lado, é verdade que é praticamente impossível prever todas as hipóteses em que o autor se encontra numa

³ Art. 269 do Código Penal – Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

⁴ O tipo penal do art. 269 do Código Penal é definido como uma norma penal em branco em sentido lato e estrito, pois é complementado por leis ordinárias e também por normativas do Ministério da Saúde. Esta administrativização do Direito Penal, ao aceitar a aderência de textos normativos de natureza jurídica diversa da lei em sentido estrito, é considerada como um dos maiores riscos ao princípio da legalidade.

posição jurídica tal, que a realização de uma conduta distinta da devida seja equivalente à realização de uma conduta causadora do resultado típico; mas, por outro lado, também é verdade que a segurança jurídica sofre um sério menosprezo com a admissão dos tipos omissivos não expressos. Tem-se a impressão de que o princípio da legalidade passa a sofrer uma importante exceção, embora, de outra parte, também se tenha a impressão de que a admissão dos tipos omissivos impróprios não expressos não faz mais do que esgotar o conteúdo proibitivo do tipo ativo, que de modo algum quis deixar certas condutas fora da proibição. Nesse último sentido, parece quase óbvio que quando o CP comina com pena gravíssima a morte do pai, não quer deixar fora dessa tipicidade a conduta da mãe que, ao invés de estrangular seu bebê, o deixa morrer de inanição. De qualquer maneira, com isso não pretendemos que se tenha esgotado todas as dúvidas que a doutrina ainda tem a respeito desse problema, particularmente quanto à sua constitucionalidade. Cremos que essa é uma das matérias em que a dogmática jurídica penal tem ainda aberta uma série de interrogações que é necessário seguir investigando.

Diante de tais explicações a partir do exemplo dos crimes omissivos impróprios, constata-se que a existência de tipos penais abertos cria uma insegurança jurídica, que é inadmissível no Direito Penal, em face do rigor que requer o Princípio da Legalidade. Desta feita, o estudo aprofundado das normas penais em branco, tipos omissivos impróprios e tipos culposos torna-se essencial para o desenvolvimento e aperfeiçoamento da ciência penal como um todo, vez que eles permeiam vários de seus conceitos e institutos fundamentais. Por isto é importante a análise da (in) constitucionalidade dos tipos penais abertos, que englobam todos aqueles institutos.

3. Considerações teóricas a respeito da (in) constitucionalidade

Para que o princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege*⁵ desempenhe suas principais funções, que são a garantia da lei penal, segurança jurídica e a individualização das cominações penais, ele precisa ser desdobrado em quatro outros princípios que devem ser aplicados concomitantemente (TOLEDO, 1994, p. 30):

- a) *Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia;*
- b) *Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta;*
- c) *Nullum crimen, nulla poena sine lege scricta;*
- d) *Nullum crimen, nulla poena sine lege certa.*

A *lex praevia* significa a proibição de edição de atos normativos que criem crimes e estabeleçam condutas, além de trazer a exigência da anterioridade da lei penal. A *lex scripta* significa a proibição da fundamentação ou do agravamento do fato e da punibilidade pelo direito consuetudinário. A *lex scricta* proíbe a fundamentação ou o

⁵ Brocardo latino que expressa o princípio da legalidade ou da reserva legal.

agravamento do fato e da punibilidade pela analogia (*analogia in malam partem*). A *lex certa* refere-se à proibição da edição de leis indeterminadas. A combinação de todos estes princípios vinculados ao princípio da legalidade permite o seu conhecimento integral e a plenitude dos seus efeitos jurídicos na aplicação das normas penais.

Em virtude da essencialidade do princípio da reserva legal para a ciência penal, a doutrina penal uniformemente aponta a lei, em sentido estrito, como a sua principal fonte de exteriorização. Destaca-se, porém, que apesar de a lei ser a fonte primária ou direta do Direito Penal, outras fontes podem ser aplicadas a este, desde que tenham como função beneficiar a situação jurídica do acusado. Os costumes, os princípios gerais de direito e a analogia são fontes secundárias ou indiretas, e somente são aplicáveis ao Direito Penal não-incriminador no caso de ausência de previsão legal (função de integração). Temos como exemplo de aplicação integrativa dos princípios gerais de direito na lacuna da norma penal não-incriminadora, o *consentimento do ofendido*⁶. A autonomia da vontade é um princípio geral de direito derivado do princípio da dignidade da pessoa humana, que permite que o indivíduo possa dispor de alguns bens jurídicos, como, por exemplo, a honra, a liberdade sexual ou o patrimônio.

A lei penal é definida como a fonte originária da norma penal⁷. No estudo das normas penais encontramos três espécies, que assim são classificadas: normas penais incriminadoras, normas penais não-incriminadoras ou permissivas e normais penais complementares ou explicativas. As *normas penais incriminadoras* estabelecem a conduta e a sanção. As *normas penais permissivas* são aquelas que trazem algum benefício ao agente (ex.: excludentes de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade). Por fim, existem as *normas penais complementares* ou *explicativas*, que esclarecem o conteúdo de outras normas ou delimitam o âmbito de sua aplicação (ex.: art. 4º do Código Penal que define o tempo do crime). Dentro das três modalidades de normas penais é possível encontrar os *tipos penais abertos*⁸, que serão confrontados em nosso estudo com o princípio da legalidade.

O *tipo penal* é definido como a descrição abstrata do comportamento proibido, permitido ou explicativo com todas as suas características subjetivas, objetivas, descritivas e normativas.

Considerável parte da doutrina aponta uma tripla função para o tipo penal, que é considerado como o corolário do Princípio da Legalidade ou da Reserva Legal: a) *indiciária*; b) *garantidora*; e, c) *diferenciadora do erro*.

⁶ Uma parte da doutrina entende que o consentimento do ofendido em sua natureza jurídica é excludente de antijuridicidade (finalismo), a outra que é uma excludente de tipicidade (funcionalismo).

⁷ Destacamos que o Código Penal não é a única fonte de origem das normas penais, pois encontramos-as em textos legais que contêm conteúdo predominante de outros ramos do Direito, como, por exemplo, no Código de Defesa do Consumidor, que tem um título dedicado à previsão dos crimes contra as relações de consumo.

⁸ Quando se fala em tipo penal e norma penal está se tratando de institutos sinônimos; porém, às vezes, são comentados em contextos teóricos diferentes.

a) *Função Indiciária*. O tipo penal delimita a conduta penalmente ilícita. O fato de uma ação ser típica indica a probabilidade de sua antijuridicidade. Bitencourt, citando Mayer (2000, p. 260), afirma que a tipicidade é a *ratio cognoscendi* da antijuridicidade, ou seja, a adequação típica (fato-tipo) faz surgir o indício de que a conduta também é antijurídica. O fato típico somente não será antijurídico quando estiver presente uma excludente de ilicitude (ex.: legítima defesa ou estado de necessidade). Já em relação à função indiciária encontramos o primeiro problema relativo aos tipos penais abertos, visto que eles enfraquecem a função indiciária por não conterem a descrição completa da conduta ilícita, o que dá margem ao questionamento de sua potencial violação ao princípio da legalidade.

b) *Função de garantia*. O tipo penal é manifestação expressa do princípio da legalidade e, conseqüentemente, do princípio da segurança jurídica. A reserva legal e a exigência de sua anterioridade garantem ao cidadão o conhecimento prévio das condutas ilícitas, e afasta qualquer possibilidade de sanção para um comportamento que não esteja previamente estabelecido.

Bitencourt (2000, p. 260), a respeito desta função exercida pelo tipo penal cita Claus Roxin e Heleno Fragoso, que assim abordam a questão do tipo como garantia:

Nesse sentido, apoiando-se em Lang-Hinrichsen e Engisch, Claus Roxin definiu o conceito que abrange todas as circunstâncias a que se refere o princípio *nulla poena sine lege* como “tipo de garantia”. Heleno Fragoso afirmava, no entanto, que “não há um tipo de garantia. A garantia resulta da função do tipo em face do princípio da reserva legal, pois ele contém a descrição da conduta incriminada, a que o fato deve necessariamente ajustar-se”.

Note-se que esta função garantista do tipo penal também queda debilitada no caso dos tipos penais abertos, pois seu conteúdo indeterminado depende de outro tipo ou critério de extensão para ser completado. Esta incerteza referente ao tipo penal coloca em risco o princípio da legalidade.

c) *Função diferenciadora do erro*. O dolo do agente deve abranger no plano concreto todos os elementos do tipo penal. Uma vez praticando a conduta e havendo o desconhecimento de alguma das circunstâncias fáticas que constituem o tipo, a conduta do agente pode ser completamente afastada, em face do erro de tipo essencial, que sempre exclui o dolo. Existem na doutrina, independentemente da corrente de pensamento, várias classificações e espécies de tipos penais.

Nosso objetivo, entretanto, não é o de estudar todas elas, mas especificamente a respeito dos *tipos penais abertos*, traçando suas características principais e desdobramentos teórico-práticos. Antes, porém, é preciso diferenciar os *tipos penais abertos* e os *fechados*, que são duas categorias que tratam a respeito da extensão do conteúdo do tipo penal. Os *tipos fechados* são aqueles em que a lei descreve por completo a conduta proibida ou permitida (ex.: art. 121. *Matar alguém* – Pena, reclusão, de seis a vinte anos). Os *tipos abertos*, por sua vez, são aqueles em que a tipicidade só pode ser avaliada com o

auxílio de outro tipo, chamado tipo de extensão / tipo secundário ou por um critério de extensão (exs. Código Penal: Parte Geral: art. 13, § 2º; art. 18, II / Parte Especial: art. 155; art. 184). O tipo penal aberto, portanto, padece sempre de uma indeterminação relativa.

Na introdução, afirmamos que os crimes omissivos impróprios dependem na maior parte deles de complementação de uma norma penal de extensão que está prevista no art. 13, § 2º do CP⁹. Assim, para que a mãe que matou seu filho de inanição possa ser penalmente responsabilizada é necessária a aplicação conjunta do art. 121 (homicídio doloso) com o art. 13, § 2º, “a” que estabelece que será garante aquela pessoa que *tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância*. A mãe tem o dever legal previsto no Código Civil de prover sua prole das necessidades básicas, por isto responderá pelo homicídio doloso de seu filho como resultado do nexos normativo ou de evitação estabelecido entre o art. 121 e o art. 13, § 2º, “a” ambos do Código Penal.

O cerne da discussão nos crimes comissivos por omissão está na norma penal de extensão que define a condição especial de garantidor, por supostamente infringir o princípio da legalidade ou da reserva legal. Em determinadas situações, o operador do direito não tem dificuldades em verificar se existe ou não a obrigação legal, como, por exemplo, ocorre no caso do dever de cuidado, proteção ou vigilância. O problema é que em outros momentos não há uma delimitação clara por causa da amplitude do texto legal do dispositivo, abrindo um excessivo espaço para o arbítrio judicial, no qual o juiz, de acordo com seu entendimento, determina se o agente no caso concreto é ou não garante. Tal situação cria uma grande insegurança jurídica.

Outra espécie de tipo penal aberto são os tipos que descrevem os crimes culposos, que dependem obrigatoriamente da norma de extensão descrita no art. 18, II do Código. Por exemplo, o parágrafo 3º do art. 121 do Código Penal (homicídio culposo) assim está expresso: *Se o homicídio é culposo – Pena - detenção, de um a três anos*. A redação do homicídio culposo é sucinta, não expressando claramente do que se trata essa forma de matar alguém. No estudo do tipo penal culposo verifica-se que este é composto por alguns elementos objetivos e subjetivos, que são imprescindíveis para sua configuração: *comportamento humano voluntário, positivo ou negativo; descumprimento do cuidado objetivo necessário manifestado pela imprudência, negligência ou imperícia; previsibilidade objetiva do resultado; inexistência da previsão subjetiva do resultado; resultado involuntário; tipicidade*. Somente com a junção do art. 121, § 3º e art. 18, II ambos do Código Penal, é possível a adequação típica e a punição do agente pela prática de homicídio culposo. Isto significa que o homicídio culposo é o *matar alguém como consequência de uma conduta negligente, imprudente ou imperita*.

Os crimes culposos também são definidos como tipos penais abertos, pois dependem da aplicação de uma norma de extensão prevista no art. 18, inciso II do CP.

⁹ Entendemos que existem alguns tipos penais omissivos impróprios expressos na parte especial do Código Penal e também na legislação especial, que não dependem da aplicação do art. 13, § 2º do Código Penal (ex.: prevaricação – Art. 319 do Código Penal: *Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal*) (grifo nosso).

Em relação a estes tipos, também existem sérias críticas, alegando-se uma possível inconstitucionalidade por violação dos princípios da legalidade e da segurança jurídica, em face da indefinição das expressões *imprudência*, *negligência* e *imperícia*.

Por sua vez, as normas penais em branco são aquelas de sanção determinada e conteúdo indeterminado. Em relação a estas normas também pairam dúvidas sobre sua constitucionalidade, por dependerem de uma complementação trazida por outra norma de mesma fonte material e formal (em sentido amplo) ou por outra norma ou ato normativo de diferente fonte material e formal (em sentido estrito). As normas penais em branco também são consideradas como tipos penais abertos, porque exigem complemento. O exemplo clássico trazido pela doutrina de norma penal em branco é o art. 33, da Lei n.º 11.343/06, que trata do crime de tráfico de drogas, em que se afirma que a droga envolvida em qualquer das condutas típicas *não é autorizada ou está em desacordo com determinação legal ou regulamentar*. O tipo penal em tela não traz o rol destas substâncias, exigindo a utilização de uma norma complementar, oriunda de normativas do Ministério da Saúde para a sua efetiva incidência.

Juarez Cirino dos Santos (2007, p. 50-51) analisando as normas penais em branco, assim se expressa sobre as consequências trazidas por elas no ordenamento jurídico penal:

As leis penais em branco exprimem a tendência moderna de *administrativização* do Direito Penal, com transferência de poderes punitivos a funcionários do Poder Executivo, ou a modalidades inferiores de atos normativos (Decreto, Resolução etc.), com os seguintes problemas:

a) primeiro, um problema político: a transferência da competência legislativa para definir a *conduta proibida* para o Poder Executivo, ou para níveis inferiores de atos legislativos, infringe o *princípio da legalidade*, como afirma um setor avançado da literatura penal – afinal, o emprego instrumental do Direito Penal para realizar políticas públicas emergenciais é inconstitucional.

b) segundo, um problema prático – porque a inconstitucionalidade da *lei penal em branco* não exclui sua eficácia concreta enquanto integrar a legislação penal: definir se o complemento posterior *favorável* ao autor (por exemplo, a doença foi excluída do catálogo) é retroativo ao fato realizado na vigência de complemento anterior *prejudicial* ao autor (na época do fato, a doença constava do catálogo) (SANTOS, 2007, p. 50-51).

Diante das palavras de Juarez Cirino, encerramos a discussão inicial deste primeiro artigo sobre o tema, expondo que as normas penais em branco também são submetidas aos questionamentos concernentes à sua inconstitucionalidade, visto que também se caracterizam por uma potencial violação do princípio da legalidade.

3. Conclusão

Concluimos este primeiro artigo relativo ao tema¹¹, entendendo que dentro do contexto dos três institutos abordados (norma penal em branco, tipos penais culposos e crimes omissivos impróprios), o estudo dos tipos penais abertos e seus reflexos sobre os princípios da legalidade e da segurança jurídica, independem da corrente teórica consultada, tendo fundamental relevância para o desenvolvimento da ciência jurídica penal, por ser uma temática que comporta inúmeros questionamentos, e ainda permite o conhecimento de inúmeras concepções teóricas e práticas para aqueles que aceitam o desafio de pesquisá-la profundamente.

Helvécio Damis de Oliveira Cunha é doutorando em Educação pela Universidad de la Empresa (Montevideu-Uruguai), Mestre em Direito das Relações Sociais (subárea de Direito Penal) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Professor Assistente nível 2 na Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis, da Universidade Federal de Uberlândia. e-mail: h.damis@terra.com.br

Referências bibliográficas

BIERRENBACH, S. *Crimes Omissivos Impróprios: uma análise à luz do Código Penal Brasileiro*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BITENCOURT, C. R. *Manual de direito penal: parte geral* 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000, v.1.

BONACENSA, C. *Dos delitos e das penas*. Trad. Flórido de Angelis. Bauru-SP: EDIPRO, 1993.

BRASIL. *Decreto-Lei 2.848, de dezembro de 1940, 31 de dezembro de 1940: parte geral com redação determinada pela Lei 7.209, de 1984: Código Penal*. Org. Luiz Flávio Gomes. 4. ed., atual. até 31.12.2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GARCIA, B. *Instituições de direito penal*. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 1973. v. I : t. I.

_____. *Instituições de direito penal*. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 1973. v. II: t. II.

DEMO, P. *Metodologia científica em ciências sociais*. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.

¹¹ Destacamos como primeiro artigo, pois a temática será objeto de uma profunda pesquisa por nós realizada e que culminará na elaboração de outros textos a respeito do assunto abordado.

GONZÁLES REY, F. *Pesquisa qualitativa e subjetividade: os processos de construção da informação*. Trad. Marcel Aristides Ferrada Silva. São Paulo: Thomson, 2005.

JAKOBS, G. *Ação e omissão no direito penal*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri-SP: Manole, 2003.

_____. *A imputação penal na ação e na omissão*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri-SP: Manole, 2003.

JESCHECK, H. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1978.

JESUS, D. E. de. *Direito penal: parte geral*. 23 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1.

_____. *Código penal adotado*. 10 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Direito penal: parte especial*. 11 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, v.4.

LAKATOS, E. M; MARCONI, M. A. *Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório; publicações e trabalhos científicos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

MIRABETE, J. F. *Manual de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 CP*. 17 ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2001.

NORONHA, E. M. *Direito penal*. atual. Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. 33. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998, v.1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 3 ed., rev., atual., ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PIERANGELLI, J. H. (coord.). *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru-SP: Jalovi, 1980.

PRADO, L. R. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PUIG, S. M. *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. Trad. de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SANTOS, J. C. *Direito penal: parte geral*. 2 ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007.

SILVA, A. M.; PINHEIRO, M. S. F.; FREITAS, N. E. *Guia para normalização de trabalhos técni-*

co-científicos: projetos de pesquisa, monografias, dissertações e teses. Uberlândia-MG: EDUFU, 2003.

TAVARES, J. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: ILCP, 1996.

TOLEDO, F. A. *Princípios básicos de direito penal*: de acordo com a lei n. 7209 de 11-7-1984 e com a constituição federal de 1988. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. 11 ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: Parte Geral. 4 ed. rev. São Paulo: RT, 2002.

Plurinacionalidade e cosmopolitismo: a diversidade cultural das cidades e diversidade comportamental nas metrópoles

*Plurinationality and cosmopolitanism:
the cultural diversity in the cities and behavioral diversity in metropolis*

JOSÉ LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES

Resumo: O artigo analisa dois fenômenos contemporâneos importantes: a formação do estado plurinacional como ruptura com o estado moderno, nacional e uniformizador; e as múltiplas identidades nas metrópoles cosmopolitas contemporâneas. Analisando a formação do estado nacional como uniformizador e não-democrático, o texto procura estabelecer uma conexão entre os dois fenômenos e busca uma solução democrática plural que, ao mesmo tempo em que reconhece as múltiplas identificações, busca um traço comum de humanidade em cada pessoa, que permita a construção de espaços plurais de diálogo em condição de igualdade na diversidade, contra o risco da fragmentação excessiva de caráter intolerante ou fascista.

Palavras-chave: Plurinacional. Identidade. Democracia.

Abstract: The article analyzes two important contemporary phenomena: the formation of the plurinational state as a break with the national, uniformizing and modern state; and the multiple identities in contemporary cosmopolitan metropolis. By analyzing the formation of the national state as uniformizing and non-democratic, the paper aims at establishing a connection between the two phenomena and searches for a plural and democratic solution that both recognizes the multiple identifications and searches for a common trace of humanity in every person, which permits the building of plural spaces of dialogues in conditions of equality in diversity, against the risk of excessive fragmentation of intolerant or fascist characteristics.

Keywords: Plurinational. Identity. Democracy.

Introdução

O respeito aos valores e práticas das comunidades étnicas nas cidades e regiões (o poder local) e a pluralidade de identidades nas metrópoles são fenômenos distintos. De um lado assistimos à constituição de estados multiétnicos que resgatam as identidades preexistentes, anteriores à formação do estado nacional, como é o caso do estado regional italiano e o estado autonômico espanhol, de outro, acompanhamos e vivemos o emaranhado de identidades, grupos sociais os mais distintos que se constituem nas grandes metrópoles em todo o planeta.

O que estes dois fenômenos têm em comum? Como estas duas experiências distintas podem se comunicar?

O fenômeno do retorno aos valores pré-nacionais ganhou força no final do século XX e se renovou com a criação do estado plurinacional, já mencionado na Constituição da Colômbia, mas renovado nas Constituições do Equador e da Bolívia.

Este estado plurinacional rompe com a uniformização do estado nacional que possibilitou o desenvolvimento do capitalismo moderno. Esta ruptura, que pode ser revolucionária, se apresenta na aceitação constitucional de diversos direitos de propriedade e de diversos direitos de família, assim como a admissibilidade de tribunais para resolver estas questões no âmbito de cada comunidade étnica. O Estado plurinacional, portanto, vai muito além do regionalismo presente no constitucionalismo italiano (1947) e espanhol (1978), uma vez que nestes países, embora a constituição tenha admitido a autonomia administrativa e legislativa das comunidades autônoma ou regiões, reconhecendo a diversidade cultural e linguística, mantém a base uniformizadora da economia, ou seja, um direito de propriedade e um direito de família.

De outra forma, nas grandes metrópoles surgem novos grupos sociais, novos grupos de identificação, fundados em valores os mais diversos, muito além da questão étnica e linguística. A diversidade das metrópoles reflete, além de questões étnicas, linguísticas e religiosas, aspectos de afirmação de identidades a partir da luta contra realidades de exclusão social, cultural, violência, falta de moradia, terra e dignidade. Procuraremos neste texto entender o estado plurinacional como ruptura da uniformização do estado nacional, e como esta experiência de resgate de uma diversidade radical pode servir para pensar uma metrópole socialmente mais justa e democrática, a partir de formas radicalmente distintas de direito de propriedade.

Plurinacionalidade

A América Latina vem passando por um processo de transformação social democrática importante e surpreendente. Da Argentina ao México os movimentos sociais vêm se mobilizando e conquistando importantes vitórias eleitorais. Direitos historicamente negados às populações indígenas agora são reconhecidos. Em meio a estes variados processos de transformação social, percebemos que cada país, diante de suas peculiaridades históricas, vem trilhando caminhos diferentes, e a maioria vem somando ao caminho institucional da democracia representativa uma forte democracia dialógica participativa popular.

Assim, em 2009 assistimos ao Uruguai de Tabaré Vasquez buscar a reconstrução dos direitos sociais; a Argentina de Cristina Kirchner reformar as forças armadas introduzindo o ensino dos Direitos Humanos; o Paraguai de Lugo na busca de um resgate de uma dívida centenária de humilhação e exclusão dos pobres e das populações indígenas; o Chile de Michelle Bachelet tentando quebrar a resistência de uma classe média conservadora e machista; a Venezuela de Hugo Chaves caminhando para o socialismo; o povo de El Salvador elegendo um governo comprometido com os direitos

democráticos e sociais; e especialmente a Bolívia e o Equador, onde governos eleitos com o forte apoio popular promulgaram suas novas Constituições, e com estas trouxeram um conceito totalmente inovador para o mundo jurídico: o Estado plurinacional.

Para entendermos o estado plurinacional precisamos antes compreendermos o conceito de estado nacional. Vamos, portanto, relembrar o conceito de estado nacional ressaltando seus aspectos essenciais e diferenciando estes das características principais do estado plurinacional.

Lembramos que o estado plurinacional que se implanta hoje na Bolívia e Equador é fruto de um processo democrático que se iniciou com revoluções pacíficas, em que os povos indígenas, finalmente, após 500 anos de exclusão radical, reconquistam gradualmente sua liberdade e dignidade.

O estado nacional

Para entender o estado plurinacional e seu potencial revolucionário é necessário entender antes o paradigma que vivemos há quinhentos anos e que sustentou a afirmação e expansão do capitalismo: o estado nacional.

A formação do Estado moderno a partir do século XV ocorre após lutas internas nas quais o poder do Rei se afirma perante os poderes dos senhores feudais, unificando o poder interno, unificando os exércitos e a economia, para então afirmar este mesmo poder perante os poderes externos, os impérios e a Igreja. Trata-se de um poder unificador numa esfera intermediária, pois cria um poder organizado e hierarquizado internamente, sobre os conflitos regionais, as identidades existentes anteriormente a formação do Reino e do Estado nacional que surge neste momento e de outro lado se afirma perante o poder da Igreja e dos Impérios. Este é o processo que ocorre em Portugal, Espanha, França e Inglaterra¹.

Destes fatos históricos decorre o surgimento do conceito de uma soberania em duplo sentido: a soberania interna a partir da unificação do Reino sobre os grupos de poder representados pelos nobres (senhores feudais), com a adoção de um único exército subordinado a uma única vontade; a soberania externa a partir da não submissão automática à vontade do papa e ao poder imperial (multiétnico e descentralizado).

Um problema importante surge neste momento, fundamental para o reconhecimento do poder do Estado, pelos súditos inicialmente, mas que permanece para os cidadãos no futuro estado constitucional: para que o poder do Rei (ou do Estado) seja reconhecido, este Rei não pode se identificar particularmente com nenhum grupo étnico interno. Os diversos grupos de identificação preexistentes ao Estado nacional não podem criar conflitos ou barreiras intransponíveis de comunicação, pois ameaçarão a continuidade do reconhecimento do poder e do território deste novo Estado soberano.

¹ CREVELD, Martin van Creveld. *Ascensão e declínio do Estado*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2004; e CUEVA, Mario de la. *La idea del Estado*. 5 ed. México: Fondo de Cultura Económica, Universidad Autónoma de México, 1996.

Assim a construção de uma identidade nacional se torna fundamental para o exercício do poder soberano.

Desta forma, se o Rei pertence a uma região do Estado, que tem uma cultura própria com a qual, claramente, ele se identifica, dificilmente um outro grupo, com outras características, com outra identidade, reconhecerá o seu poder. Assim a tarefa principal deste novo Estado é criar uma nacionalidade (conjunto de valores de identidade) por sobre as identidades (ou podemos falar mesmo em nacionalidades) preexistentes². A unidade da Espanha ainda hoje está, entre outras razões, na capacidade do poder do Estado em manter uma nacionalidade espanhola por sobre as nacionalidades preexistentes (galegos, bascos, catalães, andaluzes, castelhanos, entre outros). O dia que estas identidades regionais prevalecerem sobre a identidade espanhola, o Estado espanhol estará condenado à dissolução. Como exemplo recente, podemos citar a fragmentação da Iugoslávia em vários pequenos estados independentes (estados étnicos) como a Macedônia, Sérvia, Croácia, Montenegro, Bósnia, Eslovênia e, em 2008, o impasse com Kosovo.

Portanto a tarefa de construção do Estado nacional (do Estado moderno) dependia da construção de uma identidade nacional, ou em outras palavras, da imposição de valores comuns que deveriam ser compartilhados pelos diversos grupos étnicos, pelos diversos grupos sociais para que assim todos reconhecessem o poder do Estado, do soberano. Assim, na Espanha, o rei castelhano agora era espanhol, e todos os grupos internos também deveriam se sentir espanhóis, reconhecendo assim a autoridade do soberano.

Este processo de criação de uma nacionalidade dependia da imposição e aceitação pela população, de valores comuns. Quais foram inicialmente estes valores? Um inimigo comum (na Espanha do século XV, os mouros, o império estrangeiro), uma luta comum, um projeto comum e, naquele momento, o fator fundamental unificador: uma religião comum. Assim a Espanha nasce com a expulsão dos muçulmanos e posteriormente dos judeus. É criada na época uma polícia da nacionalidade: a santa inquisição. Ser espanhol era ser católico e quem não se comportasse como um bom católico era excluído.

A formação do Estado moderno está, portanto, intimamente relacionado com a intolerância religiosa, cultural, a negação da diversidade fora de determinados padrões

² Utilizamos neste texto as palavras *identidade* e *identificações* quase como sinônimas, ou seja, uma identidade se constrói a partir da identificação de um grupo com determinados valores. Importante lembrar que o sentido destas palavras é múltiplo em autores diferentes. Podemos adotar o sentido de identidade como um conjunto de características que uma pessoa tem e que permitem múltiplas identificações dinâmicas e mutáveis. Já a ideia de identificação se refere ao conjunto de valores, características e práticas culturais com as quais um grupo social se identifica. Nesse sentido não poderíamos falar em uma identidade nacional ou uma identidade constitucional mas, sim, em identificações que permitem a coesão de um grupo. Identificação com um sistema de valores ou com um sistema de direitos e valores que o sustentam, por exemplo.

e limites. O Estado moderno nasce da intolerância com o diferente, e dependia de políticas de intolerância para sua afirmação. Até hoje assistimos ao fundamental papel da religião nos conflitos internacionais, a intolerância com o diferente. Mesmo estados que constitucionalmente aceitam a condição de estados laicos têm na religião uma base forte de seu poder: o caso mais assustador é o dos Estados Unidos, divididos entre evangélicos fundamentalistas de um lado e protestantes liberais de outro lado. Isto repercute diretamente na política do Estado, nas relações internacionais e nas eleições internas. A mesma vinculação religiosa com a política dos Estados podemos perceber em uma União Europeia cristã que resiste à aceitação da Turquia e convive com o crescimento da população muçulmana europeia.

O Estado nacional foi a grande criação da modernidade, somada mais tarde, no século XVIII, ao aparecimento do Estado constitucional.

Na América Latina os Estados nacionais se formaram pelos e para os descendentes dos invasores europeus, a partir das lutas pela independência no decorrer do século XIX. Um fator comum nestes Estados é o fato de que, quase invariavelmente, foram Estados construídos para uma parcela minoritária da população. Não interessava para as elites econômicas e militares que a maior parte da população se sentisse integrante, se sentisse parte de Estado. Desta forma, em proporções diferentes em toda a América, milhões de povos originários (de grupos indígenas os mais distintos), assim como milhões de imigrantes forçados africanos, foram radicalmente excluídos de qualquer ideia de nacionalidade. O direito não era para estas maiorias, a nacionalidade não era para estas pessoas. Não interessava às elites que indígenas e africanos se sentissem nacionais.

De forma diferente da Europa, onde foram construídos estados nacionais para todos que se enquadrassem no comportamento religioso imposto pelos estados, na América não se esperava que os indígenas e negros se comportassem como iguais, era melhor que permanecessem à margem, ou mesmo, no caso dos indígenas, que não existissem: milhões foram mortos.

Neste sentido, as revoluções da Bolívia e do Equador, seus poderes constituintes democráticos, fundam um novo Estado, capaz de superar a brutalidade dos estados nacionais nas Américas e romper com as bases uniformizadoras do direito de propriedade e de família que sustentam o capitalismo: o Estado plurinacional, democrático e popular.

Nunca na América, tivemos tantos governos democráticos populares como neste surpreendente século XXI. O importante é que estes governos não são apenas democráticos representativos, mas fortemente participativos, dialógicos. Uma ideia nova, neste processo chama a atenção: o Estado Plurinacional das Constituições do Equador e da Bolívia.

O estado plurinacional

A ideia de Estado Plurinacional supera as bases uniformizadoras e intolerantes

do Estado nacional, em que todos os grupos sociais devem se conformar aos valores determinados na constituição nacional em termos de direito de família, direito de propriedade e sistema econômico, entre outros aspectos importantes da vida social. Como vimos anteriormente o Estado nacional nasce a partir da uniformização de valores com a intolerância religiosa.

A partir da constitucionalização e sua lenta democratização (em geral, ainda de bases liberais meramente representativas) não se poderia mais admitir a construção da identidade nacional com base em uma única religião que uniformizasse o comportamento no plano econômico (direito de propriedade) e no plano familiar. Tornou-se necessário construir uma outra justificativa e um outro fator agregador que permitisse que os diversos grupos sociais presentes no Estado moderno pudessem se reconhecer, e a partir daí reconhecer o poder do Estado como legítimo.

A Constituição irá cumprir esta função. Inicialmente não-democrático, o constitucionalismo irá uniformizar (junto com o direito civil) as bases valorativas desta sociedade nacional, criando um único direito de família e um único regime de propriedade que sustentaria o sistema econômico. Isto ocorreu em qualquer dos tipos constitucionais: liberal; social ou socialista.

A uniformização de valores e comportamentos, especialmente na família e na forma de propriedade exclui radicalmente grupos sociais (étnicos e culturais) distintos que, ou se enquadram ou são jogados, aos milhões, para fora desta sociedade constitucionalizada (uniformizada). O destino destes povos é a alienação, o acultramento e perda de raízes, ou então a miséria, os presídios ou ainda os manicômios.

A lógica do Estado nacional, agora constitucionalizado e mesmo “democratizado”, sustenta esta uniformização. A ideologia que justifica tudo isto é a existência de um suposto “pacto social” ou “contrato social”, ou qualquer outra ideia que procura identificar nas bases destas sociedades americanas um suposto acordo uniformizador, como se as populações originárias tivessem aberto mão de sua história e cultura para assumir o direito de família e o direito de propriedade do invasor europeu, que continuou no poder com seus descendentes brancos a partir dos processos de independência no século XIX.

A grande revolução do Estado Plurinacional é o fato de que este Estado constitucional, democrático participativo e dialógico pode finalmente romper com as bases teóricas e sociais do Estado nacional constitucional e democrático representativo (pouco democrático e nada representativo dos grupos não uniformizados), uniformizador de valores e, logo, radicalmente excludente.

O Estado plurinacional reconhece a democracia participativa como base da democracia representativa e garante a existência de formas de constituição da família e da economia segundo os valores tradicionais dos diversos grupos sociais (étnicos e culturais) existentes.

Nas palavras de Ileana Almeida³ sobre o processo de construção do Estado Plu-

³ ALMEIDA, Ileana. *El Estado Plurinacional – valor histórico e libertad política para los indígenas ecua-*

rinacional no Equador:

Sin embargo, no se toma en cuenta que los grupos étnicos no luchan simplemente por parcelas de tierras cultivables, sino por un derecho histórico. Por lo mismo se defienden las tierras comunales y se trata de preservar las zonas de significado ecológico-cultural.

Certamente este Estado joga por terra o projeto uniformizador do Estado moderno que sustenta a sociedade capitalista como sistema único fundado na falsa naturalização da família e da propriedade, e mais tarde da economia liberal.

Nas palavras de Ileana Almeida:

Al funcionar el Estado como representación de una nación única cumple también su papel en el plano ideológico. La privación de derechos políticos a las nacionalidades no hispanizadas lleva al desconocimiento de la existencia misma de otros pueblos y convierte al indígena em víctima del racismo. La ideología de la discriminación, aunque no es oficial, de hecho está generalizada em los diferentes estratos étnicos. Esto empuja a muchos indígenas a abandonar su identidad y pasar a forma fijadas de la nación ecuatoriana aunque, por lo general, en su sectores más explotados⁴.

A Constituição da Bolívia, na mesma linha de criação de um Estado Plurinacional, dispõe sobre a questão indígena em cerca de 80 dos 411 artigos. Pelo texto, os 36 “povos originários” (aqueles que viviam na Bolívia antes da invasão dos europeus), passam a ter participação ampla efetiva em todos os níveis do poder estatal e na economia. Com a aprovação da nova Constituição, a Bolívia passou a ter uma cota para parlamentares oriundos dos povos indígenas, que também passarão a ter propriedade exclusiva sobre os recursos florestais e direitos sobre a terra e os recursos hídricos de suas comunidades. A Constituição estabelece a equivalência entre a justiça tradicional indígena e a justiça ordinária do país. Cada comunidade indígena poderá ter seu próprio “tribunal”, com juízes eleitos entre os moradores. As decisões destes tribunais não poderão ser revisadas pela Justiça comum.

Outro aspecto importante é o fato da descentralização das normas eleitorais. Assim os representantes dos povos indígenas poderão ser eleitos a partir das normas eleitorais de suas comunidades.

A Constituição ainda prevê a criação de um Tribunal Constitucional plurinacional, com membros eleitos pelo sistema ordinário e pelo sistema indígena. A nova Constituição democrática transforma a organização territorial do país. O novo texto prevê a divisão em quatro níveis de autonomia: o departamental (equivalente aos Estados brasileiros), o regional, o municipal e o indígena. Pelo projeto, cada uma des-

torianos. Quito: Editora Abya Yala, 2008, p. 21.

⁴ ALMEIDA, Ileana. *El Estado Plurinacional – valor histórico e libertad política para los indígenas ecuatorianos*. Ob. Cit., p. 19.

sas regiões autônomas poderá promover eleições diretas de seus governantes e administrar seus recursos econômicos.

O projeto constitucional avança ainda na construção do Estado Plurinacional ao acabar com a vinculação do estado com a religião (a religião católica ainda era oficial) transformando a Bolívia em um Estado laico (o que o Brasil é desde 1891). Outro aspecto importante é o reconhecimento de várias formas de constituição da família.

Além de importante instrumento de transformação social, garantia de direitos democráticos, sociais, econômicos plurais, e pessoais diversos, a Constituição da Bolívia é um modelo de construção de uma nova ordem política, econômica e social internacional. É o caminho para se pensar em um Estado democrático e social de direito internacional.

Citando novamente Ileana Almeida:

En contra de los que podría pensarse, el reconocimiento de la especificidad étnica no fracciona la unidad de las fuerzas democráticas que se alinean en contra del imperialismo. Todo lo contrario, mientras más se robustezca la conciencia nacional de los diferentes grupos, más firme será la resistencia al imperialismo bajo cualquiera de sus formas (genocidio, imposición política, religiosa o cultural) y, sobre todo, la exploración económica⁵.

A América Latina (melhor agora a América Plural), que nasce renovada nestas democracias dialógicas populares, se redescobre também indígena, democrática, economicamente igualitária e socialmente e culturalmente diversa, plural. Em meio à crise econômica e ambiental global, que anuncia o fim de uma época de violências, fundada no egoísmo e na competição a nossa América anuncia finalmente algo de novo, democrático e tolerante, capaz de romper com a intolerância unificadora e violenta de quinhentos anos de Estado nacional.

Múltiplas identidades:

a cidade cosmopolita perdida em conflitos de microidentidades

A fragmentação da sociedade em pequenos grupos de identidades em pequenas nomeações pode gerar novos tipos de problemas. A sociedade cosmopolita de Los Angeles, Nova York, São Paulo, Londres ou Paris não está além das nomeações ou dos predicados radicais. Ela está multifragmentada em diversos predicados radicais.

Negros, asiáticos, coreanos, chineses, árabes, turcos, persas, nordestinos, brancos, góticos, cabeças raspadas, nacionalistas, racistas, mexicanos, hispânicos, caucasianos e mais um monte de nomeações convivem no espaço “democrático” da cidade. São obrigados pela lei a se suportarem, embora os que aplicam a lei pertençam a um grupo

⁵ ALMEIDA, Ileana. *El Estado Plurinacional – valor histórico e libertad política para los indígenas ecuatorianos*. Ob. Cit., p. 19.

e vejam o mundo limitados pela compreensão do seu grupo. Até mesmo nos nomes próprios carregam a identidade do grupo a que pertencem mesmo sem querer pertencer: Shaniqua é um nome negro; Saddam é um nome iraquiano; Hassan é um nome muçulmano; Ezequiel é um nome evangélico; Pedro é um nome cristão; David é um nome Judeu: o nome próprio é abafado pelo nome do grupo. O nome próprio é condicionado pelo predicado radical. Entretanto é possível se libertar do nome grupal e resgatar algo universal, algo humano, além das nomeações de grupos, etnias, cores, países, religiões. Algo humano universal que resgate o nome próprio.

O filósofo e psicanalista Alain Badiou⁶ aposta em um estado contemporâneo indistinto em sua configuração identitária. Isto não significa a superação das nomeações, mas a necessária dessacralização de determinados nomes. Este estado contemporâneo democrático plural que tem um sujeito que não ignora os particularismos, mas que ultrapasse estes; que não tenha privilégios e que não interiorize nenhuma tentativa de sacralizar os nomes comunitários, religiosos ou nacionais, talvez ainda não exista. Mas podemos começar a construí-lo.

Estes nomes grupais sacralizados podem gerar novas guerras tribais, pois a construção de uma identidade nacional é ultrapassada por diversas identidades grupais ou mesmo é construída justamente sobre o reforço destas identidades grupais. Isto se ressalta no caso estadunidense, onde a identidade nacional é construída, em parte, pelo menos nos espaços cosmopolitas das grandes cidades, sobre a ideia de uma democracia étnico-racial multi-identitária que se opõe às identidades nacionais intolerantes e uniformes. Neste nome cumprido faltou a prática democrática. Pior, quando se acredita poder fazer cumprir esta pretensa democracia étnica-racial multi-identitária por meio da lei e, logo, do controle policial. A polícia também é um grupo corporativo e, portanto, preconceituoso que anula os sujeitos quando estes estão fardados, quando estão no meio do grupo. Este grupo que acredita simbolizar a própria lei se sente no direito muitas vezes de ignorar o Direito para se autopreservar e preservar a imagem construída no grupo para o próprio grupo.

Conclusão

A nossa intenção neste texto é apenas começar a refletir sobre a ideia de levar a convivência que começa a ser construída na esfera estatal, de diversos grupos étnicos distintos, cada um com seu direito de família e de propriedade, para uma esfera territorial menor mas de gigantesca complexidade: a metrópole. A metrópole precisa buscar soluções distintas para problemas distintos. A construção de formas distintas de propriedade urbana, a consagração de formas de propriedade comunitária ou coletiva, em espaços urbanos específicos pode ser uma forma de viabilizar a moradia e a dignidade e, ao mesmo tempo, consagrar ou reconhecer uma cultura de comunidade e solidariedade em substituição ao individualismo e à competitividade. Pode ser uma forma

⁶ BADIOU, Alain. *Portées du mot Juif, Circonstances 3*. Paris : Editions Lignes et manifestes, 2005.

de construir novas subjetividades, tornando as metrópoles menos agressivas e violentas.

Para viabilizar nossa reflexão buscamos neste pequeno texto a compreensão da formação do estado nacional, uniformizador (especialmente do direito de família e do direito de propriedade), que impõe uma religião, um idioma, construindo de forma artificial e violenta uma identidade nacional. A partir da compreensão do estado nacional passamos para a análise do novo conceito de estado plurinacional.

Posteriormente mencionamos brevemente as sociedades cosmopolitas, multi-identitárias, plurais, das metrópoles contemporâneas, tão tolerantes que muitas vezes chegam ao desprezo e tão individualistas que chegam ao egoísmo.

Se de um lado fomos capazes de trilhar um caminho de conquistas de direitos, de afirmação do estado constitucional e, mais importante, do discurso constitucional, da efetividade de alguns direitos individuais e políticos e do reconhecimento do poder pela legitimidade democrática e pela extensão das liberdades individuais, muito ainda há por fazer pela superação das brutais diferenças econômicas, pela indiferença à miséria, pela afirmação dos direitos sociais e econômicos desconstruídos nas últimas duas décadas pelo cruel projeto neoliberal.

A construção de uma sociedade democrática incluyente e não-violenta depende da superação destas diferenças sócio-econômicas. Para além da universalização dos direitos socioeconômicos uma nova cultura humana precisa ser discutida e o reconhecimento de direitos humanos universais depende da nossa capacidade de construirmos espaços de discussão onde os diversos grupos sociais, sejam quais forem os seus nomes coletivos, compareçam em condições iguais de diálogo.

José Luiz Quadros de Magalhães é Professor do programa de pós-graduação em Direito (mestrado e doutorado) da PUC Minas, da Faculdade de Direito do Sul de Minas, e professor da Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG.

Estatuto da criança e do adolescente: 19 anos de subjetivações

Statute of the child and adolescent: 19 years of subjectivations

MÁRIO LUIZ RAMIDOFF

Resumo: Nesses 19 anos de vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, foi possível constatar avanços práticos significativos para a expansão da cidadania infanto-juvenil por meio da efetivação dos direitos individuais e do asseguramento das garantias fundamentais destinados à proteção integral da infância e da juventude.

Palavras-chave: Direito da criança e do adolescente. Emancipação. Subjetividade.

Abstract: During the 19 years of the Statute of the Child and Adolescent, practical developments and a significant expansion of citizenship to the children and youth through the fulfillment of individual rights and the securing of fundamental guarantees for the full protection of children and youth were held.

Keywords: Right of the Child and Adolescent. Emancipation. Subjectivity.

1. Introdução

Crianças que “brincam” no pátio da escola ou nas ruas estão construindo e reconstruindo o mundo das normas dos adultos. Quanto mais autonomia tiverem, mais inventivas e democráticas serão para reconstruir a sociedade brasileira em normas mais justas e aceitáveis para todos.
Bárbara Freitag, 1993, p. 49-51

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), para além de regulamentar a proteção integral que se destina a proteger a infância e a juventude (art. 1º), bem como a designar criança e adolescente como sujeitos de direito (art. 3º), e, assim, conceituá-los (art. 2º), também lhes reconhece a titularidade de garantias fundamentais (art. 4º). A titularidade desses direitos e garantias advém da qualidade jurídico-legal (constitucional e estatutária) de poder ser sujeito de direito.

A capacitação de crianças e adolescentes para a titularidade e o exercício de direitos individuais e das garantias fundamentais requer criação e manutenção das estruturas sociais (familiar e comunitária) e estatais (equipamentos, instituições e órgãos públicos) que lhes assegurem o pleno desenvolvimento de suas potencialidades.

Essas instâncias estruturais devem articular não só suas ações de atendimento, mas, também informações, experiências, e contribuições multidisciplinares que possam oferecer soluções, cada vez mais, adequadas à capacitação que potencializa a humanidade, o respeito e a responsabilidade daqueles novos sujeitos de direito. Na área internacional, por exemplo, toda pessoa com idade inferior a 18 (dezoito) anos é considerada criança, e esta é uma das diretrizes, ideologicamente, orientada pela centralidade da pessoa humana como núcleo irredutível de preocupação de toda norma jurídico-legal.

A criança e o adolescente se constituem na matéria-prima da presente e das futuras sociedades (comunidades humanas), as quais deverão ser construídas e reconstruídas por meio da participação ativa desses novos sujeitos de direito na formulação de normas mais justas e democráticas. A mencionada participação é decorrência direta do processo de redemocratização que se deu no Brasil, e que culminou com a instalação da Constituinte de 1987/1988, por meio da qual foram adotadas democraticamente as diretrizes internacionais relativas aos direitos humanos da criança.

Em virtude disto, observa-se que a comunicação entre os segmentos sociais e os Poderes Públicos é a pedra angular para a articulação das ações governamentais e não-governamentais, isto é, para a construção das “redes de proteção”. As “redes de proteção” se constituem, assim, pelas ações governamentais e não-governamentais de atendimento direto à criança e ao adolescente.

A atuação dos atores e protagonistas sociais não deve ser limitada somente ao cumprimento das funções originárias, mas, diversamente, exige imersão na conflituosa realidade que se apresenta no cotidiano do mundo da vida vivida. A mobilização da opinião pública que se constitui numa das diretrizes da política de atendimento, pois numa democracia é indispensável a participação dos diversos segmentos da sociedade, consoante dispõe o inc. VI, do art. 88 da Estatuto, também se caracteriza como meio de comunicação entre a sociedade e o Estado.

As instituições públicas, de seu turno, devem ser estruturadas material – equipamentos adequados – e pessoalmente – por exemplo, com a criação e manutenção de equipes interprofissionais, consoante arts. 150 e 151, do Estatuto. Os operadores que atuam no “sistema de garantia dos direitos” – então, constituído pelas instâncias legislativa e judiciária (Magistratura, Ministério Público e Advocacia, dentre outros atores jurídico-sociais) – não devem se limitar às suas funções originárias, pois, mais do que nunca, tornou-se imperativa a articulação comunicacional com a “rede de proteção”.

Eis, pois, a possibilidade de superação da burocratização funcional das instâncias públicas e sociais, as quais invariavelmente têm reduzido as suas ações ao oferecimento de respostas setoriais dissociadas da confluência transdisciplinar indispensável para a proteção integral da criança e do adolescente. E a superação dos obstáculos jurídicos, políticos e sociais assegura a expansão dos direitos individuais e das garanti-

as fundamentais desse segmento social, senão, que é sinal da emancipação humanitária desses novos sujeitos de direito não só para a titularidade, mas, principalmente, para o exercício pleno da cidadania infanto-juvenil.

2. Subjetivação

A subjetivação, em perspectiva emancipatória, é o processo pelo qual se capacita a pessoa humana para ser titular de direitos e garantias. A emancipação subjetiva da criança e do adolescente, isto é, a melhoria da qualidade de suas vidas individuais e coletivas, é decorrência direta do asseguramento e efetivação desses direitos e garantias cuja implementação perpassa pela concretização jurídica, política e social do ideário democrático.

O ideário democrático, por sua vez, que orienta a efetivação dos direitos individuais e das garantias fundamentais especificamente destinados à proteção integral da infância e da juventude, encontra suas orientações político-ideológicas nas “Leis de Regência” (RAMIDOFF, 2008), quais sejam: a Constituição da República de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente. A partir dessas bases político-ideológicas pode ser afirmado que a criança e o adolescente são sujeitos de direito – senão, na feliz conceituação de Tercio Sampaio Ferraz Júnior (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 154), *sujeitos jurídicos* –, pois são titulares de direitos individuais e garantias fundamentais que cabe ao direito objetivo reconhecer e assegurar.

A subjetivação pode ser identificada então como sinal de respeito e responsabilidade pela infância e juventude, pois se constitui em expressão da condição humana peculiar às pessoas que se encontram numa daquelas fases da vida. Em razão disto, o exercício dos direitos individuais e das garantias fundamentais destinados à proteção da infância e da juventude dependerá do que dispuser cada uma das legislações especiais, as quais, contudo, deverão guardar conformidade com as bases político-ideológicas das “Leis de Regência” do direito da criança e do adolescente.

O direito da criança e do adolescente se constitui num subsistema jurídico-legal, que, também depende de seu “estatuto” próprio, conforme o qual o exercício dos direitos e garantias atribuídos aos novos sujeitos de direito, possibilita o reconhecimento de novos valores (humanitários), bem como assegura proteção integral da infância e da juventude. Pois, como adverte Tercio Sampaio Ferraz Júnior (FERRAZ JÚNIOR, *Op. cit.*), o reconhecimento legal – aqui, constitucional e estatutário – de tais direitos e garantias à criança e ao adolescente, constitui-se num processo específico de subjetivação, da qual a “própria ordem jurídica encarrega-se, então, de isolá-los e integrá-los num sistema dentro do qual adquirem sentido”.

Esses processos de subjetivação que permitem a emancipação humanitária da infância e da juventude, também promovem o asseguramento de garantias, em perspectiva absolutamente prioritária, como instrumental adequado para superação dos obstáculos jurídicos, políticos e sociais, potencializando, assim, a efetivação dos direitos individuais, de cunho fundamental, que são afetos aos novos sujeitos de direito.

Essas “vias de obstrução” são identificadas por Bárbara Freitag (*Op. cit.*) e, assim, exemplificadas pela “exclusão da criança da escola e a imposição feita às crianças fora da escola de se submeterem aos ditames dos mais velhos e das classes dominantes, integrando-as prematuramente no processo de trabalho para assegurarem sua sobrevivência”. Nessa passagem doutrinária, é possível constatar que os obstáculos jurídicos, políticos e sociais ao pleno exercício da cidadania infanto-juvenil, quando não impedem a efetivação dos direitos individuais e o asseguramento das garantias fundamentais, constituem-se, na verdade, em ameaças e violências ao pleno exercício da cidadania infanto-juvenil.

Em virtude disto, a legislação especial (estatutária) foi estabelecida no ordenamento jurídico brasileiro, com o intuito de que fossem objetivadas as normas que conferem capacidade a essas novas titularidades para o exercício pleno da cidadania infanto-juvenil. Esses avanços práticos são decorrentes da política jurídica – nos moldes do que sempre pontuou Osvaldo Ferreira de Melo¹ – que teve compromisso com o agir *protetivo*, como ainda deve ter “toda ação político-jurídica”, a qual se define “como uma operação do fazer ou seja o conjunto de procedimentos que levem o agente à realização de uma ideia, de um querer”, aqui, *protetivo*.

Por exemplo, cabe a todo aquele que atua no “sistema de garantia dos direitos” participar sempre que possível das reuniões dos Conselhos dos Direitos; ouvir, orientar e reunir-se para trocas de informações com os Conselheiros Tutelares; visitar equipamentos públicos e comunitários para prevenção de ameaças e violências aos direitos da criança e do adolescente; atender diariamente crianças, adolescentes, pais ou responsável, bem como membros de seus respectivos núcleos familiares; manter conversação com as equipes técnicas que atuam nos equipamentos e programas de atendimento, bem como com as equipes interprofissionais do Juizado da Infância e da Juventude; acompanhar, orientar e fiscalizar a execução dos programas sociais de proteção à infância e à juventude – ainda, que, incompletos, mas que na prática são os que efetivamente atendem crianças e adolescentes –, pois somente assim será possível o seu aperfeiçoamento e adequação.

Essas são dentre tantas outras atividades extrajudiciais que diariamente se desenvolvem de forma imperceptível nas estatísticas oficiais; quando não, sequer são contabilizadas na atuação profissional originária daqueles que atuam no “sistema de garantia dos direitos”, mas, que, indiscutivelmente, previnem demandas judiciais desnecessárias por meio de contribuições transdisciplinares que são decisivas para a resolução adequada, senão, mesmo para efetividade social (PERELMAN, 1999) das decisões judiciais.

¹ MELO, 1994, p. 131 e segs. Segundo o Autor, os “elementos básicos de uma ação dotada de eficácia se configuram na existência de um agente (ente capaz de determinar-se); de meios hábeis (estratégias sob orientação normativa); e de um fim desejado (o desenho do devir ou da utopia). Esses três elementos pois terão que estar presentes em toda ação política-jurídica”.

Enfim, é preciso reconstruir a dimensão política que seja voltada para o direito da criança e do adolescente. E isto é possível por meio da elaboração de políticas institucionais que incentivem mudanças significativas na atuação profissional para a proteção da infância e da juventude. Porém, a elaboração dessas políticas institucionais deve ser permanente, e, acima de tudo, observar a participação paritária daqueles que desenvolvem as atribuições e competências funcionais.

A elaboração participativa (democrática) dessas políticas institucionais deve observar as orientações humanitárias consagradas normativamente tanto na Constituição da República de 1988 quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Essas políticas institucionais que se destinam a reordenar a atuação profissional na área da infância e da juventude, por certo, não podem mais circunscrevê-las tão-somente às atribuições e competências originárias que são desenvolvidas no interior do Sistema de Justiça Infanto-Juvenil, isto é, no âmbito estritamente processual (procedimental).

A atuação político-social (extrajudicial) que não se reduza apenas ao desenvolvimento das atribuições e competências judiciais pelos operadores do “sistema de garantia dos direitos”, talvez, mais do que tudo isso, assegure, sim, a plenitude e a expansão dos direitos individuais e das garantias fundamentais que constituem a cidadania infanto-juvenil.

Por isso, a atuação político-social dos operadores do direito também se configura numa significativa contribuição nos processos de subjetivação que permitem a emancipação humanitária da criança e do adolescente, isto é, a melhoria da qualidade de vida individual e coletiva da criança e do adolescente, precisamente, por assegurar a efetivação de direitos e garantias que constituem a cidadania infanto-juvenil.

3. Subjetividade

A subjetividade jurídica, segundo Dimitri Dimoulis (2007, p. 266 e segs.), é “uma qualidade conferida única e exclusivamente pelo ordenamento jurídico, que pode reconhecer ou não a determinadas pessoas a qualidade de sujeito de direito”. A subjetividade jurídica (constitucional e estatutária) reconhecida à criança e ao adolescente tem o intuito precípua de lhes assegurar o protagonismo não só jurídico-legal, mas principalmente político-social através da titularização de direitos individuais e garantias fundamentais, em perspectiva emancipatória.

A criança e o adolescente são sujeitos de direito que se encontram na condição humana peculiar de desenvolvimento (art. 6º do Estatuto), e, assim, como cidadãos, se constituem nos elementos de preocupação central do ordenamento jurídico brasileiro, motivo pelo qual lhes são reconhecidas específicas garantias absolutamente prioritárias. É o que se encontra expressamente consignado tanto na Constituição da República de 1988 quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, quando, então, distinguiu-se esses novos cidadãos pela garantia da absoluta prioridade para o assecuramento (art. 227 da Constituição) e a efetivação (art. 4º do Estatuto) de seus direitos individuais, de cunho fundamental.

A subjetividade jurídica, conforme assegura Mauro Almeida Noletto², é identificada pela titularidade de direitos em perspectiva emancipatória, vale dizer, “o da titularidade emancipatória de direitos, em razão dos quais as identidades individuais e coletivas se constituem em luta pela ampliação dos espaços de liberdade, na coexistência social”. A criança e o adolescente reconhecidos constitucional e estatutariamente como sujeitos de direito – vale dizer, como titulares de subjetividade jurídica, política e social, em perspectiva emancipatória –, constituem o núcleo irreduzível de preocupação do novo subsistema jurídico-legal. Esse novo subsistema jurídico-penal denominado de direito da criança e do adolescente, por seu turno, tem orientação teórico-pragmática que lhe permite legitimar e justificar (argumentativa e discursivamente) a intervenção estatal e social que se destina à proteção integral da infância da juventude.

Essas orientações teórico-pragmáticas devem ser desenvolvidas em torno do que se convencionou denominar de “doutrina da proteção integral”, a qual sintetiza os direitos humanos que são especificamente destinados à criança e ao adolescente, conforme pode ser constatado pela própria elaboração legislativa do art. 227, da Constituição da República de 1988.

Para Sérgio Augusto Guedes Pereira de Souza (2001, p. 71 e segs.), a doutrina da proteção integral se compõe de um sistema que tem “duas vertentes: uma positiva e outra negativa”. A dimensão positiva da doutrina da proteção integral ensinaria o reconhecimento de uma sistemática de concessões à criança e ao adolescente, isto é, como sujeitos de direitos originários e fundamentais são merecedores das medidas legais, políticas, sociais, econômicas dentre outras para a “fruição de tais direitos (informação, saúde, desenvolvimento, etc.)”.

A dimensão negativa daquela doutrina determinaria “um sistema de restrições às ações e condutas” que pudessem se constituir em ameaça ou violação dos direitos individuais (humanos) e às garantias fundamentais afetos à infância e à juventude, inclusive, utilizando-se de medidas legislativas necessárias para tal desiderato (RAMIDOFF, *Op. cit.*).

A criança e o adolescente deixam de ser objetos de tutela (objeto de algo) para se transformarem em sujeitos de direito, isto é, em novas subjetividades jurídicas, políticas e sociais. É precisamente esta qualidade de sujeitos de direitos que lhes confere a possibilidade de referenciar seus próprios direitos e garantias especiais. A criança e o adolescente (subjetividades) passam a constituir, a fazer de algo um objeto apreensível (titularidade), por meio da referenciabilidade protetiva da existência humana transcendental infanto-juvenil.

Daí ser possível afirmar com Luiz Bicca (1997, p. 81 e segs.) que, “objetivar, ou seja constituir, fazer de algo um objeto, é uma prerrogativa da subjetividade”. Mas, tal subjetividade certamente não se confunde com eventuais individualismos e, sim, com a

² NOLETO, 1998, p. 27 e segs.: “análise a temática dos direitos humanos enquanto bases para uma práxis jurídica emancipatória”.

transcendentalidade da proteção integral à infância e à juventude como fases da existência humana que configuram a cidadania infanto-juvenil.

A objetivação jurídico-legal de direitos individuais e de garantias fundamentais configura-se numa prerrogativa da titularidade de direitos, isto é, numa expressão da própria subjetividade infanto-juvenil. Com efeito, observa-se que a “principal finalidade dos direitos fundamentais é conferir aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo”, de acordo com Dimoulis e Martins (2007, p. 63 e segs.), e, “consequentemente, limitar a liberdade de atuação dos órgãos do Estado”. Já as garantias fundamentais corresponderiam “às disposições constitucionais que não enunciam direitos, mas objetivam prevenir e/ou corrigir uma violação de direitos”, conforme entendimento daqueles doutrinadores.

4. Cidadania Infanto-Juvenil

A ideia do que se possa entender, hoje, por “cidadania infanto-juvenil”, vincula-se indissociavelmente à noção de emancipação da pessoa humana. Neste sentido, Margrit Dutra Schimdt (in: SOUSA JÚNIOR, 1993, p. 74 e 75) tem observado que “falar, portanto, em cidadania é reafirmar o direito pela plena realização do indivíduo, do cidadão, e de sua emancipação nos espaços definidos no interior da sociedade”.

A noção de emancipação, assim, vincula-se ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, então, enunciado no inc. III, do art. 1º da Constituição da República de 1988, como signo maior da redemocratização das ações e relações sociais, senão, principalmente, dentre aquelas estabelecidas com as instâncias estatais (Poderes Públicos).

Paulo Sérgio Pinheiro (1993, p. 79 e 80) já havia destacado que a maioria da população brasileira é constituída por pobres, indigentes e miseráveis que não tem os direitos individuais assegurados efetivamente na prática; senão, que, “os direitos individuais somente podem prevalecer na medida direta em que forem reconhecidos como direitos sociais para todos os grupos marginalizados, mortificados e anulados na sociedade brasileira”.

A emancipação da pessoa deve representar, então, a superação dos obstáculos jurídicos, políticos e sociais, pois somente assim será possível assegurar a efetivação dos direitos individuais e das garantias fundamentais afetos à criança e ao adolescente. A titularidade e o exercício da subjetividade jurídica, política e social infanto-juvenil – assim como os processos de subjetivação – deverão ser desenvolvidos à luz das orientações humanitárias ideologicamente consagradas, na doutrina da proteção integral, senão, por meio de ações emancipatórias que assegurem a melhoria da qualidade de vida individual e coletiva para a criança e o adolescente.

Não basta, pois, tão-somente plasmar na Constituição da República de 1998 e ou mesmo no Estatuto da Criança e do Adolescente direitos individuais e garantias fundamentais, como, por exemplo, o relativo à não-responsabilização penal de crianças

e adolescentes. É preciso, pois, diversamente, adotar impeditivos jurídicos, políticos e sociais para o enfrentamento de ameaças e violências à cidadania infanto-juvenil, como, por exemplo, representadas por aprovações parlamentares de propostas legislativas que se destinem a suprimir, quando não, restringir o exercício de direitos e garantias afetos à criança e ao adolescente.

Neste sentido, já vaticinara Paulo Sérgio Pinheiro (*Op. cit.*)³ que o “grande aprendizado talvez tenha sido a constatação de que a vigência de um regime tendencialmente democratizante não é condição automática para o alastramento e consolidação desses direitos sociais”. A superação dos obstáculos que se verificam no cotidiano brasileiro é a superação emancipatória que se opera em relação às mais diversas formas de ameaças e violências contra direitos, garantias, senão, diretamente, sobre a própria transcendência da cidadania infanto-juvenil. A efetivação da cidadania infanto-juvenil corresponde à expansão permanente do atendimento das necessidades pessoais e sociais da criança e do adolescente, com vistas à capacitação para a titularidade e o exercício de direitos individuais e garantias fundamentais que lhes são pertinentes. A capacidade humana para a superação do conjunto de necessidades que circunstanciam a existência das pessoas, aqui, na área destinada à proteção da criança e do adolescente, pode ser potencializada pelo apoio institucional a ser oferecido por programas sociais de atendimento desenvolvidos por ações governamentais e não-governamentais.

A superação dessas necessidades passa a ser, na sociedade moderna, uma demanda permanente pela melhoria da qualidade de vida individual e coletiva; e, nas áreas relacionadas à proteção da infância e da juventude, apenas verificada com a efetivação dos direitos individuais, senão, pelo asseguramento das garantias fundamentais de que são titulares a criança e o adolescente.

Cada uma das superações se constitui expressão dos processos de emancipação subjetiva que são intermináveis, senão, aqui, cotidianamente, verificados durante a infância e a juventude, como fases da existência humana. É o que entende Miracy Barbosa de Sousa Gustin (1999, p. 211 e segs.) por processo de emancipação humana identificado, pois, por ser um “processo de construção normativa que, através da expansão das relações democráticas, realiza-se no constante desvendamento de novas alienações e das variadas formas de exclusões do mundo contemporâneo”.

Com isto, demonstra-se que as necessidades sociais que as pessoas experimentam são estruturantes para a qualquer ação humana, seja ela jurídica, política ou social. A mutação que tais necessidades sofreram comprova que o progresso humano não é linear, precisamente, quando “é entendido como o aumento da capacidade humana de superar suas privações no sentido de recuperação e ampliação de sua qualidade de vida e de bem-estar e de emancipação individual e coletiva” (GUSTIN, *Op. cit.*), segundo

³ “Porque algo é fazer a defesa de direitos individuais e sociais de pequeno grupo de oprimidos (politicamente) na ditadura; outra é promover a defesa desses direitos para a esmagadora maioria da população”.

a doutrinadora.

A efetivação dos direitos individuais e das garantias fundamentais afetos à infância e à juventude asseguram o atendimento das necessidades por meio da implementação das políticas públicas (programas sociais), senão, pela intervenção jurídico-legal do Poder Judiciário.

Portanto, tais direitos e garantias afetos à criança e ao adolescente são indispensáveis para o “desenvolvimento pleno da autonomia” infanto-juvenil, conforme relata Miracy Barbosa de Sousa Gustin (*Op. cit.*), ao demonstrar outros autores entende que “o princípio da satisfação de necessidades (das políticas sociais ou da esfera jurídica) deveria orientar-se não somente num sentido restrito de satisfação de carências materiais, mas de atribuírem aos cidadãos capacidades de se auto-regerem e de participarem com autonomia crítica da sociedade, tanto no que se refere à ação quanto à capacidade argumentativa”.

Assim como a Constituição da República de 1988 continua constituindo⁴, o Estatuto da Criança e do Adolescente permanece subjetivando crianças e adolescentes como sujeitos de direito, pelo reconhecimento, pelo asseguramento e pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais que lhes são afetos.

5. *Emancipações Subjetivas: Avanços e Retrocessos*

Em perspectiva, permanecem as proposições afirmativas que têm por objetivo a superação de toda sorte de obstáculos, ameaças e violências aos direitos e garantias destinadas à criança e ao adolescente como sujeitos de direito que se encontram na condição humana peculiar de desenvolvimento. As orientações políticas e jurídicas oriundas dos fundamentos e princípios derivados da doutrina da proteção integral deverão constituir, por assim dizer, o conteúdo significativo de uma “lógica político-jurídica” *protetiva* que se destine a preservar os valores humanos optados democraticamente como fundamentais para crianças e adolescente – art. 227 da Constituição da República de 1988.

Em que pese entendimentos contrários ao reconhecimento do ordenamento jurídico como um “corpo lógico de ideias (norma jurídicas, súmulas jurisprudenciais, interpretações doutrinárias), porque a relação existente entre elas é incompatível com os princípios do pensamento lógico (identidade, não-contradição e terceiro excluído)”, segundo Fábio Ulhoa Coelho⁵. Eis, pois, importante limitador dos determinismos e dos

⁴ RAMIDOFF, 2003. Isto é, “enquanto possibilidade de constitucionalidade, ou seja, de vínculos mais fortes de substancialidade, entendidos como tais à interpretação do texto constitucional segundo os valores da dignidade e do respeito pela pessoa humana, tornando, desta forma, coerente e compatível toda atividade estatal, precisamente quando assegura a correspondência entre a comunidade e a constituição”.

⁵ COELHO, 1992, p. 124 e segs.: Mas, “o sistema jurídico não é um agrupamento totalmente desordenado de idéias estranhas entre si; ele possui certa unidade. Essa unidade é retórica. Ou

fatalismos sociais. Esses determinismos e fatalismos são, por vezes, expressos por meio de “juízos de realidade” dissociados da “aplicação criteriosa de juízos de valor”, segundo Osvaldo Ferreira de Melo (1998, p. 80 e segs.), em prol dos direitos e da proteção da criança e do adolescente.

A emancipação jurídica, política e social dessas novas subjetividades deve ser permanente, pois somente assim a proteção integral poderá proporcionar à criança e ao adolescente titularidade e exercício de novos direitos que são relativos, por exemplo, ao planejamento familiar, à inclusão digital, à sustentabilidade econômico-ambiental, à responsabilidade empresarial social, à formulação e à execução programas empresariais de atendimento, à destinação orçamentária aos fundos para a infância e juventude (FIA) conjugada ao Plano Plurianual (PPA).

Com tais avanços práticos é possível reduzir as desigualdades sociais, de gêneros, econômico-financeiras, políticas, raciais, dentre outras; e, assim, assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e das garantias fundamentais que integram a cidadania infanto-juvenil. Pois, somente assim será possível estabelecer critérios objetivos para a formulação de recomendações aos organismos governamentais e não-governamentais, bem como oferecer contribuições técnicas para resoluções cada vez mais adequadas e culturalmente aceitas, por meio da conversão político-social (ideologicamente) em prol da infância e da juventude.

O convencimento projetado pelo reconhecimento e a assunção de novos valores (humanitários), por certo, requer mutação ideológica, a qual se constrói estrutural e funcionalmente pela análise reflexiva de um dado conhecimento que passa, assim, a considerar criticamente os objetos estudados e as questões fundamentais que vão se apresentando ao longo da revisão investigativa.

Não se pode desprezar que sazonalmente existem indícios de retrocessos, como, por exemplo, a recente aprovação pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal de proposição legislativa que discute a redução da idade de maioria penal – inimputabilidade penal, então, reconhecida como direito individual, de cunho fundamental, nos termos do art. 228, combinado com o art. 60, § 4º, inc. IV, ambos da Constituição da República de 1988.

Não fosse apenas isto, recentemente, deparou-se com o denominado “toque de recolher” por meio do qual administrativamente o órgão julgador estabeleceu por “portaria judicial”, de forma genérica, um determinado horário limite para a circulação de crianças e adolescentes nas vias públicas. As “Leis de Regência” são firmes em assegurar à criança e ao adolescente o direito individual, de cunho fundamental, de ir, vir e permanecer, bem como em determinar a adoção de medidas legais para a prevenção de ocorrências que ameacem ou violentem aqueles sujeitos de direito.

Em que pese as mais diversas motivações para adoção desta “bondade dos

seja, se as pessoas certas da comunidade jurídica [...] se convencerem da pertinência de certa idéia relativa ao direito, então essa idéia passa a integrar o sistema jurídico”.

bons” (RAMIDOFF, 2008), inclusive, sob o argumento de que seriam salvaguardados os direitos fundamentais afetos à criança e ao adolescente, certamente, não se constitui no meio e, sequer, na proteção adequada para aqueles sujeitos de direito, consoante dispõe o art. 149 do Estatuto.

É o que já se experimentou no México por meio de decisões judiciais que se constituem em critérios jurídico-legais para elaboração de recomendações para o assecuramento dos direitos humanos afetos à criança e ao adolescente. Tais decisões declararem a inconstitucionalidade de tais medidas, uma vez que a aplicação de um horário restrito para a circulação de crianças e adolescentes viola o direito de liberdade de ir, vir e permanecer, isto é, de “trânsito” daqueles sujeitos de direito.

Senão, como se afirma: “en agravio de los menores de edad, advirtiéndose un trato discriminatorio a ese sector de la población”; bem como que “no constituye el medio legal e idóneo para disminuir o erradicar el vandalismo o la delincuencia juvenil en la localidad y, al contrario, la propia autoridad municipal actúa de manera arbitraria [...] la aplicación de sanciones que no se encuentran contempladas en ningún ordenamiento que emane de una autoridad competente para tal efecto, violando con ello los derechos a la legalidad y a la seguridad jurídica” (VARGAS, 2006, p. 84 e 85).

Os avanços civilizatórios e humanitários devem servir como orientações ideológicas que impeçam tais retrocessos, e isto pode ser muito bem assegurado através da formulação de políticas públicas destinadas à criança e ao adolescente, que contemplem programas sociais, em prol da infância e da juventude.

Afigura-se, pois, imprescindível o desenvolvimento doutrinário e pragmático de uma “teoria jurídica da proteção integral” (RAMIDOFF, 2008), quando não, o estabelecimento do direito da criança e do adolescente, como disciplina obrigatória nos cursos de graduação e de pós-graduação relativas às áreas do conhecimento que se destinam ao estudo, pesquisa e extensão protetiva da infância e da juventude, como, por exemplo, direito, medicina, psicologia, pedagogia, serviço social, dentre outros.

Assim será possível distinguir a ideia de direito como ordenamento jurídico, senão, como um dos seus subsistemas ou mesmo como disciplina jurídica curricular (conhecimento/saber) que deve conter dimensões semânticas acerca do objeto (infância e juventude, como condição peculiar de desenvolvimento da personalidade humana); dos objetivos (proteção integral enquanto cuidado especial dos direitos individuais, difusos e coletivos afetos à criança e ao adolescente para emancipação da personalidade humana); dos fundamentos (direitos humanos e direitos fundamentais); da metodologia (estratégias de viés inter e transdisciplinar); dos princípios (dignidade da pessoa humana e doutrina da proteção integral); e dos sujeitos de direito (criança e adolescente – subjetividades) (RAMIDOFF, *Op. cit.*).

Conclusão

O Estatuto da Criança e do Adolescente nesses 19 (dezenove) anos de vigência, e, assim, de eficácia e validade formal e material tem proporcionado às pessoas que se

encontram na condição humana peculiar de desenvolvimento, isto é, na infância ou na juventude, a subjetivação necessária para o reconhecimento (titularidade) e o exercício de direitos e garantias (subjetividade jurídica).

A subjetivação é o processo pelo qual são reconhecidos direitos individuais e garantias fundamentais às pessoas. E, aqui, na área jurídico-legal destinada à proteção da infância e da juventude, tal reconhecimento atribui titularidade daqueles direitos e garantias, às pessoas que se encontram na condição humana peculiar de desenvolvimento, ou seja, às crianças e adolescentes. Assim, crianças e adolescentes passam a ter reconhecida a qualidade de sujeitos de direito, pelo ordenamento jurídico brasileiro, o qual “atribui a faculdade de adquirir e exercer direitos” (DIMOULIS, *Op. cit.*).

A criança e o adolescente são sujeitos de direito porque não só são tidos como titulares de direitos, mas, também, porque são reconhecidos como tais (protagonistas) por todo ordenamento jurídico brasileiro por meio de garantias diferenciadas e especiais, como, por exemplo, a proteção integral e a absoluta prioridade, dentre outros assecuramentos distintivos.

A criança e o adolescente são novas subjetividades reconhecidas pelos avanços e conquistas jurídico-legais e sócio-políticos, o que, por certo, possibilitou não só o exercício de seus direitos individuais, mas, também, o asseguramento de suas garantias fundamentais.

A cidadania infanto-juvenil, assim, deve ser projetada por meio da compatibilidade entre os processos de subjetivação – reconhecimento, asseguramento e efetivação – e do exercício pleno da subjetividade jurídica, política e social pertinente à criança e ao adolescente. Por isso mesmo, um dos mais significativos conteúdos que se possa atribuir à ideia dessa nova “cidadania infanto-juvenil” é precisamente a noção de emancipação da pessoa humana.

Porém, nesses 19 (dezenove) anos da vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, apesar de se verificar significativos avanços práticos para a consolidação da cidadania infanto-juvenil, também foi possível constatar retrocessos contundentes à subjetividade jurídica, política e social inerente à infância e à juventude.

Mas, é possível dizer que a criança e o adolescente desde o advento da Constituição da República de 1988, quando não, pelas proposições afirmativas do Estatuto da Criança e do Adolescente, nos últimos 19 (dezenove) anos, tiveram ampliado o âmbito jurídico, político e social da cidadania infanto-juvenil.

Por tudo isso, continua sendo plausível tanto jurídico, quanto político e socialmente afirmar que as “Leis de Regência” constituem e subjetivam a infância e a juventude, no Brasil, pela destinação de proteção integral, aquelas pessoas que se encontram na condição humana peculiar de desenvolvimento, quais sejam: crianças e adolescentes.

Isto é, tanto a Constituição da República de 1988 quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente permanecem respectivamente a constituir através do reconhecimento e a titularização de direitos e garantias afetos à infância e à juventude, bem como por

meio dos processos de subjetivação desses novos sujeitos de direito que os capacita em potencialidades para o exercício responsável da cidadania infanto-juvenil.

Mário Luiz Ramidoff é Mestre (CPGD-UFSC) e Doutor em Direito (PPGD-UFPR); Professor Titular de Direito da Criança e do Adolescente, do Departamento de Direito Privado, do Centro Universitário Curitiba – UniCuritiba; ramidoff@mp.pr.gov.br

Referências bibliográficas

BICCA, Luiz. *Racionalidade moderna e subjetividade*. São Paulo: Loyola, 1997 (Coleção Filosofia – 43).

COELHO, Fábio Ulhoa. *Lógica jurídica: uma introdução*. Um ensaio sobre a logicidade do direito. São Paulo: EDUC, 1992.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 2 ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2007.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FREITAG, Bárbara. A norma social: gênese e conscientização, in: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (org.). *Introdução crítica ao direito*. 4 ed. Brasília: 1993, p. 49-51. (Série o direito achado na rua; V. 1).

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

NOLETO, Mauro Almeida. *Subjetividade jurídica: a titularidade de direitos em perspectiva emancipatória*. Porto Alegre: Safe, 1998.

MELO, Osvaldo Ferreira. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre: SAFE, 1994.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de política do direito*. Porto Alegre: SAFE, 1998.
PERELMAN, Chäim. *Lógica jurídica: nova retórica*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Dialética dos direitos humanos, in: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (org.). *Introdução crítica ao direito*. 4 ed. Brasília: 1993, p. 79 e 80. (Série o direito achado na rua; V. 1).

RAMIDOFF, Mário Luiz. *A constituição ainda constitui?* Curitiba: Revista Ciência e Opinião do Núcleo de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas do UniCenP (Direito; Gestão; Educação; Comunicação). Vol. 1, nº 1, p. 115-125, jan./jun. 2003.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *Direito da criança e do adolescente: teoria jurídica da proteção integral*. Curitiba: Vicentina, 2008.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008.

SCHIMDT, Margrit Dutra. A questão da cidadania, in: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (org.). *Introdução crítica ao direito*. 4 ed. Brasília: 1993, p. 74 e 75. (Série o direito achado na rua; v. 1).

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (org.). *Introdução crítica ao direito*. 4 ed. Brasília: 1993 (Série o direito achado na rua; V. 1).

SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. *Os direitos da criança e os direitos humanos*. Porto Alegre: Safe, 2001.

VARGAS, Graciela Sandoval e SOSA, Edgar Corzo. *Criterios jurídicos de las recomendaciones de la Comisión Nacional de los derechos humanos (1990-2005)*. México: Universidad Nacional Autónoma de México; Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2006 (Serie Estudios Jurídicos, n.º 92).

A principiologia contratual contemporânea e o direito do consumidor

The new contractual law principles and the consumer's rights

MICHAEL CÉSAR SILVA

Resumo: O presente estudo visa a tratar as implicações decorrentes da nova principiologia contratual no Direito Privado contemporâneo, com ênfase no campo da proteção e defesa do consumidor. Tais princípios foram estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Código de Defesa do Consumidor (1990) e do Código Civil (2002). Para tanto, busca analisar o fenômeno da socialização do contrato, dentro do Estado Democrático de Direito, externado por meio de normas de ordem pública, dentre as quais se destacam a boa-fé objetiva, a função social do contrato e a justiça contratual, que passam a restringir a autonomia privada nas relações de consumo.

Palavras-chave: contratos, consumidor, boa-fé, função social, justiça contratual, princípios.

Abstract: This study aims to discuss the consequences of the new contractual law principles in the contemporary Civil Law, focused on the field of the consumer protection and defense. These principles were brought to Brazilian legal system by the Consumer Defense Code (1990) and Civil Code (2002). This way, it intends to analyze the phenomenon of the socialization of the contract inside the Democratic State of Law, all presented by norms of public order, specially the objective good-faith, the social function of the contract and contractual justice principles, which restrict the private autonomy into the consumer relations.

Key-words: Contracts, consumer, good-faith, social function, contractual justice, principles.

1. Introdução

O estudo propõe realizar uma análise do direito contratual¹, sob a ótica das relações de consumo, a partir da principiologia contratual contemporânea, fruto de uma *concepção social do contrato* (MARQUES, 2006, p. 210), visando a proceder a uma releitura do instituto jurídico dos contratos.

¹ Enzo Roppo define o Direito Contratual como sendo “[...] conjunto – historicamente mutável – das regras e dos princípios, de vez em quando escolhidos para conformar, duma certa maneira, aquele instituto jurídico [o contrato], e, portanto, para dar um certo arranjo – funcionalizado a determinados interesses – ao complexo das operações económicas efectivamente levadas a cabo” (ROPPPO, 1988, p. 11).

Pretende-se delinear breve histórico sobre a proteção do consumidor, determinar o âmbito das relações de consumo, a evolução da teoria contratual e os parâmetros norteadores impostos pela teoria contratual na contemporaneidade.

Nesse contexto, é fundamental a análise do princípio da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e da justiça contratual, na conjuntura hodierna do direito contratual, na qual os contratos devem obrigatoriamente se adequar aos princípios constitucionais sedimentados no Estado Democrático de Direito, no intuito de que os contratantes possam exercer sua liberdade contratual de forma justa, equilibrada e cooperativa.

2. O direito contratual

O contrato como fonte geradora de direitos/obrigações afigura-se como principal instrumento de geração de riquezas e circulação de produtos e serviços na sociedade contemporânea, denotando assim sua precípua função econômica.

Surge como uma reivindicação da realidade social para regulamentar juridicamente a circulação das riquezas na sociedade, através da imposição de normas, que incipientemente se aglutinaram e originaram a formação do direito contratual (NOVAIS, 2001a, p. 33-34).

O contrato tem no direito romano suas origens (FIUZA, 2006, p. 390; NOVAIS, 2001a, p. 35; PEREIRA, 2007, p. 8; FIUZA, 2007, p. 255), e perpassando pelo Código Civil Napoleônico de 1804, irradia-se para outros ordenamentos jurídicos, tendo como fundamento o individualismo, caráter eminentemente patrimonialista, e, sobretudo, a imposição do princípio da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*. No Brasil tal influência penetrou no Código Civil de 1916, e passou a reger as relações jurídicas contratuais.

Com o advento da Constituição da República de 1988 (CR/88) e em seguida do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), a teoria contratual ganha novo afluxo, com a inserção de princípios constitucionais e valores sociais preconizados no Estado Democrático de Direito, que introduzem uma reformulação na interpretação do direito contratual.

Nessa esteira, com a promulgação do Código Civil de 2002, a principiologia contratual, é consagrada definitivamente no direito privado, notadamente, no contratual, tendo por fundamento as diretrizes da socialidade, eticidade e operabilidade (ou concretude), as quais afluem do princípio constitucional da solidariedade esculpido no artigo 3.º, I, da Constituição da República de 1988.

2.1. A teoria contratual clássica

O direito contratual que se desenvolveu na modernidade teve por objetivo resguardar os interesses da burguesia e servir de instrumento fundamental ao desenvol-

vimento econômico da sociedade, impulsionado pelo crescente processo de industrialização.

No Estado Liberal, a concepção clássica de contrato explicitava um caráter eminentemente individualista, patrimonialista, centrado no princípio da autonomia da vontade e no *pacta sunt servanda* (LIMA, 2003, p. 51)², como fonte geradora de direito nos contratos, e, sobretudo na igualdade formal dos contratantes, o que gerou inúmeras desigualdades e, por consequência, demandaram uma atuação intervencionista do Estado no sentido de coibi-las.

Acreditava-se que a ilimitada liberdade de contratar, a igualdade formal e a obrigatoriedade contratual eram suficientes para garantir a justiça contratual, pois o contrato firmado era indubitavelmente resultado da vontade emanada pelas partes.

Contudo, verificou-se que a justiça contratual encontrava-se ameaçada por uma série de fatores que impediam sua concretização. Assim, com o advento do processo de industrialização, a influência do liberalismo econômico, a massificação dos contratos (FIUZA, 2006, p. 406), o surgimento dos contratos de adesão e, por consequência, pelo desequilíbrio contratual gerado, desencadeou-se a crise da teoria contratual clássica, pois o conceito clássico de contrato não mais se adaptava à realidade socioeconômica do século XX.

Nesse sentido, Enzo Roppo explicita que “o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido” (ROPPO, 1988, p. 24).

Esta crise veio a culminar com uma necessária evolução da teoria contratual, para abarcar novos paradigmas principiológicos, advindos dos textos constitucionais, no sentido de garantir a efetividade da igualdade material e coibir as desigualdades nas relações jurídicas.

2.2. *A nova teoria contratual*

As exigências advindas da realidade social e da economia incidente no final do século XIX e início do XX culminaram com o advento do Estado Social de Direito, em que a sociedade não admitia mais relações contratuais desequilibradas, eivadas de cláusulas iníquas e abusivas, posto que impostas, pela massificação dos contratos e pelos contratos de adesão.

Nesse contexto, o Estado vê-se forçado a intervir nas relações privadas para prover maior segurança aos contratantes e equilíbrio aos contratos, por meio de um efetivo papel intervencionista na consecução das finalidades sociais, no sentido de minimizar as desigualdades sociais e econômicas impostas pelo Estado Liberal (LIMA, 2003, p. 51).

Deste modo, a concepção egoística do contrato do Estado Liberal é abandonada no Estado Social de Direito e, nessa evolução, o direito contratual passa a ser interpre-

² Nesse sentido, ver LÔBO, 1986, p. 13.

tado em consonância com os preceitos constitucionais, à luz de valores éticos, sociais e existenciais consagrados no Estado Democrático de Direito.

A autonomia da vontade, consagradora da liberdade contratual, passa a encontrar limites no ordenamento jurídico, sendo hodiernamente concebida como autonomia privada, de índole objetiva, valorizada pela inserção da boa-fé objetiva nas relações jurídicas obrigacionais e, por conseguinte, nas contratuais, na busca da igualdade material e da relativização da força obrigatória dos contratos, principalmente, os de adesão.

Nesse contexto, o aspecto social passa a ser privilegiado, bem como a despatriomonalização das relações humanas, tendo por arcabouço o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

2.2.1. Apontamentos da nova teoria contratual no direito pátrio

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) veio a lume com o objetivo de coibir os abusos e a implementar o reequilíbrio das relações jurídicas de consumo. Seu advento consagrou a nova teoria contratual no direito brasileiro, por meio da positivação desta no referido código consumerista, com a introdução da principiologia contratual contemporânea, notadamente, encabeçada pela cláusula geral da boa-fé objetiva (MELLO, 2001b, p. 70).

Na evolução da teoria contratual, o Código Civil de 2002 assume um papel importante, pois incorpora e consagra de forma definitiva a principiologia contratual contemporânea no direito privado, o que enseja a reinterpretção de seus institutos jurídicos.

Tal fato deve-se em razão de ambos os diplomas legais se comunicar e interagirem, pois fluem da mesma matriz principiológica, qual seja, a Constituição da República de 1988, por meio do *diálogo de fontes*³, expressão consagrada no Brasil por Claudia Lima Marques.

Trata-se da interligação sistemática existente entre o Código de Defesa do Consumidor e outros diplomas legais, especialmente o Código Civil, que busca possibilitar maiores benefícios e mecanismos de defesa para o consumidor.

Deste modo, a releitura do direito privado, a partir dos ditames constitucionais, impõe profundas alterações no direito contratual, especialmente, no campo da hermenêutica, tendo a principiologia contratual papel fundamental na visão dos contratos na contemporaneidade, no sentido de garantir a igualdade material entre os contratantes.

3. A principiologia contratual contemporânea

3.1. O princípio da boa-fé-objetiva

O princípio da boa-fé objetiva apresenta-se na contemporaneidade como um dos mais importantes princípios do direito privado. Tem grande relevância no direito

³ Acerca do diálogo de fontes ver: MARQUES (2006, p. 663-701); MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM (2006, p. 26-58); MARQUES (2005, p. 11-82); MIRAGEM (2007, p. 179-180).

contratual, dado sua inserção por meio da posituação expressa tanto no Código de Defesa do Consumidor quanto no Código Civil de 2002.

A boa-fé objetiva foi esculpida, inicialmente, no direito brasileiro no artigo 131, I, do Código Comercial de 1850, em que já se previa expressamente a boa-fé, de cunho contratual, no tocante ao aspecto interpretativo. No Código Civil de 1916 não havia previsão da mesma, sendo no referido diploma legal contemplado tão somente a aceção subjetiva da boa-fé.

Posteriormente, a boa-fé objetiva foi inserida no Código de Defesa do Consumidor (artigo 4.º, III e 51, IV CDC) e, já recentemente, no Código Civil de 2002, pela previsão legal do artigo 422, em consonância com os artigos 113 e 187.

O princípio em comento ensejou profunda modificação na concepção tradicional de contrato (relação jurídica estática), que passa a ser visto como *relação jurídica complexa e dinâmica* (COUTO E SILVA, 1976, p. 10-11)⁴, formado por um feixe de obrigações múltiplas e recíprocas. Nesse sentido, a autonomia privada é modelada, relativizada ou mesmo para alguns, mitigada pela inserção da boa-fé objetiva nas relações jurídicas contratuais.

O princípio da boa-fé objetiva é uma regra de conduta, de comportamento ético, social imposta às partes, pautada nos ideais de honestidade, retidão e lealdade, no intuito de não frustrar a legítima confiança, expectativa da outra parte, tendo ainda, a finalidade de estabelecer o equilíbrio nas relações jurídicas (ROSENVALD, 2005, p. 80).⁵

Destarte, fundamenta-se na necessidade de as partes atuarem reciprocamente com cooperação, lealdade, honestidade e confiança (FIUZA, 2006, p. 410-411; HIRONAKA, 2003, p. 112-113), no intuito de concretizar a diretriz da eticidade preconizada no Código Civil.

Esta se traduz como a concretização do princípio da dignidade humana no campo das obrigações, e, por conseguinte, no direito contratual (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 41), devendo ser concretizada pelo intérprete de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

O princípio da boa-fé objetiva tem caráter tridimensional, que se exterioriza por meio de três funções elencadas no Código Civil de 2002, quais sejam: a *interpretativa* (artigo 113), na qual a boa-fé atua como referencial hermenêutico das relações jurídicas contratuais, a *de controle* (artigo 187), na qual visa a limitar o exercício abusivo do direito subjetivo, e a *integrativa* (artigo 422), na qual a boa-fé objetiva, destaca-se como fonte criadora de novos deveres especiais de conduta a serem observados pelas partes durante todo o vínculo obrigacional, e, que passam obrigatoriamente a integrar qualquer relação obrigacional, como obrigação secundária, visando a garantir seu adimplemento

⁴ Nesse mesmo sentido ver: MARQUES (2006, p. 217-218); MARTINS-COSTA (2000, p. 382-409); NORONHA (2007, p. 75).

⁵ Nesse sentido ver: FARIAS; ROSENVALD (2006, p. 40); MARTINS-COSTA (2000, p. 411-412); NORONHA (1994, p. 152); NORONHA (2007, p. 446-447); CORDEIRO (2005, p. 405); CORDEIRO (2007, p. 632); MARQUES (2006, p. 216); LÔBO (2002, p. 193); NOVAIS (2001b, p. 22-23).

(NORONHA, 1994, p. 157; BIERWAGEN, 2003, p. 56; MARTINS-COSTA, 2002, p. 634; LÔBO, 2005, p. 76).

Deste modo, a boa-fé objetiva integra o negócio jurídico por meio dos chamados deveres anexos (de proteção, cooperação, informação, dentre outros), os quais visam a consagrar sua finalidade precípua, o adimplemento do contrato, devendo ser observados na fase pré-contratual, de execução do contrato e na fase pós-contratual (MELLO, 2001a, p. 316; COUTO E SILVA, 1976, p. 131; NORONHA, 2007, p. 80).

Devido à importância concretizada pelos deveres anexos de conduta nas relações jurídicas obrigacionais, firmou-se entendimento no sentido de que, quando se descumprem os deveres anexos de conduta, tem-se a chamada *violação positiva do contrato ou adimplemento ruim* (GARCIA, 2007, p. 120)⁶, pois, a obrigação principal é cumprida; porém, ocorre o descumprimento dos deveres anexos (obrigação secundária).

Assim o direito obrigacional, e em especial os contratos, irão se nortear pelo exercício da autonomia privada acrescida pelos deveres anexos de conduta impostos pela função integrativa da boa-fé objetiva, no intuito de garantir o equilíbrio contratual.

Deste modo, a boa-fé objetiva destaca-se como elemento transformador de todo o direito obrigacional, irradiando-se para os demais ramos do direito e, em especial, para o contratual (MARTINS-COSTA, 2002, p. 611).

3.2. A função social dos contratos

Os contratos têm três funções primordiais, quais sejam: a *econômica*, ligada ao fato de o contrato ser instrumento de geração e circulação de riquezas na sociedade, a *pedagógica ou regulatória*, fundada na possibilidade de os contratantes criarem direitos e obrigações no intuito de regularem dadas situações, e a *social*, que se apresenta como uma síntese das funções anteriores (FIUZA, 2007, p. 262-263).

Trata-se de uma cláusula geral, positivada nos artigos 421 e 2.035, parágrafo único do Código Civil de 2002, norteadas pela diretriz da socialidade, a qual se apresenta como um reflexo do princípio constitucional da solidariedade, consagrado no art. 3.º, I, da Constituição da República de 1988.

A função social do contrato pode ser definida como a finalidade que visa ao ordenamento jurídico para conferir as partes dos instrumentos jurídicos aptos a inibir, coibir quaisquer desigualdades porventura existentes na relação jurídica contratual, no intuito de realização das finalidades sociais delineadas pela ordem pública (TEIZEN JÚNIOR, 2004, p. 166), relacionando-se assim com a satisfação dos interesses sociais.

Em sua concepção moderna, delinea-se como elemento garantidor do justo equilíbrio social nas relações contratuais, como instrumento de geração e circulação de riquezas e de caráter pedagógico entre os contratantes (BIERWAGEN, 2003, p. 41-42; LIMA, 2003, p. 54).

⁶ Nesse mesmo sentido ver: MARQUES (2006, p. 220); SILVA (2002, p. 82-105); TARTUCE (2007, p. 103); CORDEIRO (2007, p. 594-602); NALIN (2006, p. 226); SCHREIBER (2007, p. 135-138).

Consiste em analisar a liberdade contratual no tocante aos seus efeitos sobre a sociedade (terceiros), e não apenas em relação aos contratantes. Assim, as partes devem evitar que sua atuação negocial em seus efeitos prejudiquem terceiros, e, por conseguinte, estes também devem respeitar os efeitos dos contratos no meio social (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 31).⁷

Assim, a função social traduz-se na necessidade de as partes atuarem de forma cooperativa e com lealdade entre si e perante a sociedade, para que o contrato seja bom para as partes e bom para a sociedade. Deste modo, a função social dos contratos visa a valorizar autonomia privada, sendo a liberdade contratual exercida nos limites da referida função, no intuito de servir de instrumento de promoção do interesse coletivo e do bem comum.

Imprescindível destacar que a função social do contrato visa à consecução de determinados resultados ou de vantagens concretas para sociedade, pois não basta que o contrato produza os efeitos pretendidos e que não cause danos a outrem. Impõe-se, assim, que os interesses individuais dos contratantes sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, posto que o contrato tem importância para toda a sociedade. (TOMASEVICIUS FILHO, 2005, p. 204).

Nesse contexto, a função social do contrato manifesta-se tanto em seu aspecto interno (efeitos do contrato entre os contratantes, conteúdo genérico *inter partes*, eficácia interna, função intersubjetiva, função intrínseca, função social interna do contrato) quanto em seu aspecto externo (efeitos do contrato em face da sociedade, conteúdo genérico *ultra partes*, eficácia externa, função transubjetiva, função extrínseca, função social externa do contrato).⁸

Portanto, a função social do contrato visa à promoção da justiça contratual ao caso concreto, pela limitação à liberdade contratual, para que produza efeitos satisfatórios entre os contratantes e perante a sociedade. Destarte, faz-se necessário esforço

⁷ Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior preconiza ainda que “a função social continua sendo desempenhada pelo contrato de consumo nos reflexos que produz no meio social, ou seja, naquilo que ultrapassa o relativismo do relacionamento entre credor e devedor e se projeta no âmbito de toda a comunidade. A lei de consumo protege, é verdade, o lado ético das relações entre fornecedor e consumidor. Mas não é propriamente nesse terreno, que a verdadeira função social se desenvolve, mas no expurgo do mercado de praxes inconvenientes que podem inviabilizar o desenvolvimento econômico harmonioso e profícuo, tornando-o instrumento de dominação e prepotência. Protege-se, enfim, o consumidor para que a economia de mercado seja mais sadia e a mais desenvolvimentista, dentro do ideal econômico da livre concorrência, e do ideal social do desenvolvimento global da comunidade” (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 68-69).

⁸ A doutrina não é uníssona na utilização das expressões relativas à definição do duplo aspecto da função social do contrato, apesar de terem o mesmo significado. Nesse sentido ver: TARTUCE (2007, p. 239-248); GODOY (2007, p. 113-155); NALIN (2006, p. 223-227); GAGLIANO (2006, p. 46); FONSECA (2007, p. 38-74 e 209-210); ROSENVALD (2007, p. 84-94).

hermenêutico, no sentido de reinterpretar a relação contratual conforme os ditames impostos pela função social dos contratos.

3.3. *Justiça contratual*

O princípio da justiça contratual (equilíbrio econômico dos contratos, equivalência contratual ou equilíbrio contratual) apresenta-se como um dos pilares da nova teoria contratual, ao lado da boa-fé objetiva e da função social do contrato, tendo grande relevância na ordem jurídica contemporânea, tendo como pressuposto a consagração da igualdade material (substancial) nas relações jurídicas contratuais.⁹

Para Renata Mandelbaum, “a justiça contratual é vista como uma modalidade da justiça comutativa, pressupondo a equivalência entre prestação e contraprestação.” (MANDELBAUM, 1996, p. 106).

O princípio em comento traduz-se na relação de paridade que é estabelecida entre as partes contratantes, visando à concretização da igualdade material. Representa, assim, a ideia de equilíbrio entre as prestações oriundas de uma determinada relação contratual, tendo por fundamento a primazia da justiça social conforme delineado no artigo 170 CR/88.¹⁰

A justiça contratual preconiza que deve haver equilíbrio contratual (sinalagma) desde a gênese do contrato até seu adimplemento, pois se tem por objetivo garantir o equilíbrio entre prestação e contraprestação nas relações contratuais.

É cediço que o equilíbrio contratual prestigia o sinalagma negocial, seja em seu momento genético (evitando a lesão - art. 157, CC), seja em sua fase funcional (onerosidade excessiva - art. 478, CC), em prol daqueles que nas relações privadas são considerados como “menos iguais”, seja ao tempo do ingresso no vínculo, seja, por fim, ao longo de sua trajetória (ROSENVALD, 2007, p. 91).¹¹

Na teoria contratual clássica, o conceito de justiça contratual restringia-se à manutenção pelo intérprete do direito da livre contratação e da igualdade formal dos contratantes. Porém, com a nova teoria contratual, o paradigma da justiça contratual mo-

⁹ Para Rodrigo Mazzei, o princípio da justiça contratual deriva das diretrizes da eticidade e socialidade do Código Civil de 2002 (MAZZEI, 2007, p. 209).

¹⁰ Nesse sentido, André Luiz Menezes Azevedo Sette expõe que “A justiça contratual consiste, pois, numa justa distribuição de ônus e riscos entre as partes do contrato, exercendo além da função de controle da equivalência das prestações (ou seja, que a contraprestação seja adequada à prestação), outra integrativa das questões que as partes deixaram de regulamentar no contrato, bem como, ainda, uma função de interpretação das normas contratuais em busca do bem comum e da igualdade material” (SETTE, 2003, p. 147).

¹¹ Nesse mesmo sentido ver: MATTIETTO (2007, p. 133); NEGREIROS (2002, p. 157-159); TARTUCE (2007, p. 136-137).

difica-se, para que essa não observe mais tão somente a igualdade formal, prevista em lei, mas, sobretudo, que garanta à consecução da *igualdade material* entre os contratantes, no sentido de harmonizar os interesses das partes e promover o bem comum e o interesse social.

[...] O fato da igualdade substancial já se presta, por si só e em uma acepção mais restrita, a conceder relevância e suporte ao princípio da justiça contratual – como forma de equalização de vantagens e riscos do negócio jurídico –, merece consideração amplificada em sua especial relação com o princípio da solidariedade. O contrato prossegue na busca pela utilidade econômica que lhe é peculiar, mas passa a instrumentalizar as exigências de afirmação de uma substancial igualdade entre os seus partícipes (ROSENVALD, 2007, p. 91).

Tal percepção de compatibilização da função econômica dos contratos com a inserção da igualdade material nas relações jurídicas, notadamente, em face da determinação do conteúdo contratual, impõe-se no sentido de garantir o equilíbrio contratual tão almejado pelo ordenamento jurídico na contemporaneidade.

4. A proteção ao consumidor

4.1. Escorço histórico

O movimento de proteção ao consumidor inicia-se na Europa com o advento da Revolução Industrial no século XVIII e com o aperfeiçoamento do Liberalismo Econômico do século XIX, que veio a consagrar o dogma da autonomia da vontade, através da liberdade de contratação e igualdade (formal) jurídica dos contratantes. (NISHIYAMA, 2002, p. 21; CORDEIRO, 2005, p. 653).

Com as transformações sociais advindas no final do século XIX, e com a crescente massificação dos meios de produção, dá-se o surgimento da denominada sociedade de consumo (*mass consumption society*), na qual a produção manual dos bens (produtos) passa a ser exceção, pela introdução da mecanização, produção em série etc.¹²

Essa evolução do processo produtivo gerou um aumento progressivo dos riscos gerados aos consumidores, por meio de falhas resultantes desse processo. Nesse contexto, verifica-se o domínio do crédito, marketing, da publicidade ilícita (abusiva e enganosa), práticas abusivas, cláusulas contratuais abusivas, falta de informação adequada, surgimento dos contratos de adesão, os quais diminuía ou impossibilitavam o exercício da liberdade contratual, bem como impunham dificuldades de acesso à justiça (GRINOVER *et al*, 2007, p. 6-7; NISHIYAMA, 2002, p. 24-25; CARVALHO, 2007, p. 3).

Portanto, o fenômeno do consumerismo e o advento da sociedade de consumo, encontram-se diretamente relacionados com a proteção do consumidor, que exsurge para coibir os abusos impostos pelos grandes conglomerados econômicos aos contratantes.

¹² Nesse sentido ver: MARTINS (2002, p. 6-7); TARTUCE (2007, p. 108-109).

tes (consumidores). Havia, também, a insuficiência dos esquemas tradicionais do direito substancial e processual, que já não mais tutelavam eficazmente novos interesses identificados como coletivos e difusos.

Deste modo, o contexto histórico-social, diante dos avanços tecnológicos dos meios de produção e da posição de inferioridade dos contratantes, passou a demandar por uma legislação moderna, que resguardasse não apenas direitos, mas também que punisse com rigor o desrespeito aos direitos estabelecidos em favor dos contratantes.

É nesse cenário que se desenvolve efetivamente a ideia de proteção ao consumidor, parte presumivelmente vulnerável, em posição de patente inferioridade em face aos conglomerados econômicos, através do reconhecimento desta proteção na esfera dos poderes Legislativo, Executivo e do Judiciário (NISHIYAMA, 2002, p. 22).

Entretanto, é recente a inserção da proteção do consumidor em texto constitucional, o que ocorreu somente com a promulgação da Constituição Espanhola de 1978. No Brasil, com o advento da Constituição da República de 1988, a proteção ao consumidor foi expressamente delineada no ordenamento jurídico brasileiro, seguindo a tendência mundial (NISHIYAMA, 2002, p. 26-27; CARVALHO, 2007, p. 3; BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007, p. 28).

A Constituição da República de 1988 adotou a sistemática da proteção ao consumidor, de *forma ampla*, conforme previsto nos artigos 5.º, XXXII, 170, V, CR/88 e no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), consagrando-a como direito fundamental (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007, p. 24-27; NISHIYAMA, 2002, p. 15-16; CARVALHO, 2007, p. 4; GRINOVER *et al*, 2007, p. 8).

Tal perspectiva consolida-se com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), que positivou a proteção ao consumidor de *forma específica*, assegurando direitos individuais e coletivos, pela introdução de princípios contratuais, norteados pela sistemática dos preceitos constitucionais e pela concepção social de contrato esculpida na nova teoria contratual, os quais passaram a direcionar a interpretação da relação contratual de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor é uma lei que consagra princípios fundamentais da República, o mínimo essencial para proteção do consumidor e a sobreposição deste em relação aos demais ramos do direito, nos quais se evidencie relações de consumo.

Este foi erigido sob a égide de um sistema de proteção específica destinado ao consumidor, fundado no sistema moderno da técnica legislativa das *cláusulas gerais* (de normas flexíveis, de caráter exemplificativo) visando à constante evolução / atualização da legislação consumerista, diante das demandas da sociedade, no sentido de viabilizar a proteção efetiva do consumidor.

Insta destacar, ainda, que no âmbito das relações de consumo, exsurge como pressuposto fundamental de reconhecimento da tutela do consumidor, o princípio da *vulnerabilidade* do consumidor (técnica, informativa, econômica, jurídica, fática, política,

dentre outras)¹³ esculpido no artigo 4.º, I do Código de Defesa do Consumidor, o qual norteia toda a legislação consumerista.

O princípio em comento é reconhecido como o traço marcante, distintivo do Código de Defesa do Consumidor, estando relacionado, intimamente, com os princípios da transparência (artigo 4.º, *caput* CDC) e da boa-fé objetiva (artigo 4.º, III e 51, IV CDC), no intuito de garantir o reequilíbrio e a justiça contratual nas relações contratuais de consumo (MARQUES, 2006, p. 318-320 e 355).¹⁴

Por fim, o Código de Defesa do Consumidor destaca-se como fonte de indiscutível força renovadora da teoria dos contratos, pois é reflexo de uma concepção social do contrato, em que a vontade das partes não é mais a única fonte das obrigações, mas, sobretudo, os princípios constitucionais, que migram para o direito privado, e consagram uma nova perspectiva interpretativa do direito contratual, na contemporaneidade.

4.2. *Contratos de adesão*

O fenômeno do consumerismo, intimamente ligado ao desenvolvimento da sociedade de consumo e da massificação dos contratos, fez exsurgir uma nova técnica de formação do contrato, ou seja, um novo modo de contratar, aplicável a qualquer categoria de contrato, os chamados contratos de adesão (SCHMITT, 2006, p. 65)¹⁵, previstos no artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor¹⁶, e recentemente nos artigos 423 e 424 do Código Civil de 2002.

Trata-se de um acordo de vontades, de natureza jurídica contratual, cujo conteúdo contratual é pré-constituído (determinado previamente) por uma das partes contratantes, sem que a outra tenha a possibilidade de discuti-lo, ou seja, cabendo, tão somente à mesma aderir ou não ao pacto, denotando, assim, a aquiescência da vontade de um dos contratantes (proponente/fornecedor) sobre a do outro contratante (aderente/consumidor).

César Fiuza e Giordano Bruno Soares Roberto definem o contrato de adesão como “[...] aquele que se celebra pela aceitação de um das partes de cláusulas contratu-

¹³ Acerca das modalidades de vulnerabilidade do consumidor ver: MARQUES (2006, p. 320-335); MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM (2006, p. 145).

¹⁴ Nesse sentido ver: MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM (2006, p. 145); GRINOVER *et al* (2007, p. 68-70); GARCIA (2007, p. 29); CARVALHO (2007, p. 7-8).

¹⁵ Nesse sentido ver: GRINOVER *et al* (2007, p. 524); NEGREIROS (2006, p. 367); MARQUES (2006, p. 76-77); BENJAMIN; MARQUES; BESSA (2007, p. 287-288).

¹⁶ Destaca-se que o artigo 54, parágrafo terceiro, do Código de Defesa do Consumidor, foi recentemente alterado pela publicação da Lei 11.785/2008, que impôs aos fornecedores a obrigatoriedade de inserção nos instrumentos contratuais de cláusulas com fonte não inferior ao corpo 12 (doze), visando a ampliar a proteção do consumidor. Artigo 54, §3º CDC: “Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.”

ais gerais propostas pela outra, a fim de constituir a totalidade ou ao menos a porção substancial do conteúdo de sua relação jurídica” (FIUZA; ROBERTO, 2002, p. 14).

Assim, não há mais lugar para negociações e discussões acerca de cláusulas contratuais, pois, a massificação dos contratos, imposta por meio de cláusulas gerais, adesivas e predeterminadas em formulários impressos, modificou toda a realidade das contratações, permitindo aos conglomerados econômicos reduzir custos e otimizar o processo produtivo, para permitir contratações mais céleres (FIUZA, 2006, p. 406; RIZZARDO, 1995, p. 85).

Nesse contexto, os consumidores aderem a contratos pré-redigidos, padronizados, sem que possam ter conhecimento prévio, claro e preciso do conteúdo contratual, pois não têm a oportunidade de ler e ponderar com precaução sobre as cláusulas que lhe são impostas.

Na maioria dos casos, o consumidor somente recebe o contrato após concluí-lo, e soma-se a isso a falta de conhecimento para entender os termos técnicos do contrato (vulnerabilidade técnica), acrescidos a conteúdos extensos, impressos em letras de tamanho reduzido, que visam a desestimular a leitura e análise do conteúdo contratual pelo aderente (MARQUES, 2006, p. 160).

Ademais, há a imposição de várias cláusulas limitativas da contratação, as quais não são explícitas e, ao contrário, por vezes encontram-se inseridas *sem qualquer destaque*, o que impede a verificação das mesmas no instrumento contratual.

Assevera-se que o consumidor geralmente é leigo, sendo que não possui conhecimentos a fim de compreender o conteúdo contratual (vulnerabilidade técnica, jurídica), tendo pouco ou quase nenhum acesso a informações claras, precisas e transparentes sobre o contrato de seguro (vulnerabilidade informativa) e, ainda, avença com grandes conglomerados econômicos (vulnerabilidade econômica), o que lhe impõe posição de evidente inferioridade perante os fornecedores de produto/serviço.

Desse modo, a interpretação destas situações adquire grande importância na contemporaneidade, com a inserção nas relações de consumo, do princípio da boa-fé objetiva e, em decorrência deste, o da transparência e o dever de informar sobre o conteúdo do contrato, bem como a observância à função social dos contratos e da justiça contratual.

É o sentido que direcionou os artigos 46 e 47 do Código de Defesa do Consumidor, e os artigos 113 e 423 do Código Civil de 2002, os quais preveem *a interpretação dos contratos de forma mais favorável ao aderente* (MARQUES, 2006, p. 75-76; MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2006, p. 803-804; BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007, p. 288-291), no intuito de resguardá-lo, em caso de eventual arbitrariedade praticada pelo proponente.

4.3. Cláusulas abusivas nas relações de consumo

O Código de Defesa do Consumidor erigiu, expressamente, no capítulo relativo aos direitos básicos do consumidor (artigo 6.º, IV CDC), a proteção contra cláusulas abusivas impostas no fornecimento de produtos e serviços, de modo a garantir ao con-

sumidor a modificação das cláusulas contratuais, que estabeleçam prestações desproporcionais.

As cláusulas abusivas estão previstas no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 51, o qual elenca em seu rol exemplificativo (*numerus apertus*) diversas condutas que subtraíam do consumidor o direito de contratar em condição de igualdade.

As cláusulas abusivas são geralmente impostas em contratos de massa, e traduzem-se em uma vantagem exagerada ao fornecedor em detrimento do consumidor, por impor-lhe o desequilíbrio contratual e, via de consequência, patente prejuízo, denotando, assim, sua vulnerabilidade na relação jurídica de consumo.

Nesse sentido, o artigo 51, IV do Código de Defesa do Consumidor, em consonância com seu parágrafo 1.º, estabeleceu, fundado no princípio da boa-fé objetiva (artigo 4º, III CDC), uma *cláusula geral proibitória* da utilização de cláusulas abusivas nos contratos de consumo, que coíbe, amplamente, todas disposições relativas a abusos contratuais, com o objetivo de garantir a justiça contratual nas relações de consumo (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2006, p. 701)¹⁷.

Portanto, as cláusulas abusivas que compõem o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor não poderão figurar nos contratos de consumo, em face dos ônus excessivos, que as mesmas impõem aos consumidores, e, por conseguinte, o patente desequilíbrio contratual.

No regime jurídico do Código de Defesa do Consumidor, as cláusulas abusivas são consideradas *nulas de pleno direito*, porque contrariam a ordem pública de proteção ao consumidor e o interesse social, podendo ser conhecidas a qualquer tempo, e, inclusive, serem declaradas de ofício, pelo fato de as normas de ordem pública serem insuscetíveis de preclusão¹⁸.

4.4. O dever de informação do fornecedor

Dentre os deveres anexos de conduta da boa-fé objetiva, o dever de informação (ou de informar) destaca-se como o mais importante do referidos deveres, pois a informação é fundamental para que os contratantes possam ser alertados sobre fatos de que não poderiam perceber por sua própria diligência ordinária (ROSENVALD, 2005, p. 109).

¹⁷ Nesse sentido ver: MARTINS (2002, p. 120-129); SCHMITT (2006, p. 89-90); GARCIA (2007, p. 174-176); GRINOVER *et al* (2007, p. 528-532 e 580-583); BENJAMIN; MARQUES; BESSA (2007, p. 292).

¹⁸ Leonardo de Medeiros Garcia assevera que este é o entendimento pacífico da doutrina consumista, e que, até então, era acolhido pela jurisprudência. Porém, destaca que o Superior Tribunal de Justiça em recentes decisões (REsp n.º 541.153/RS; 271.214/RS; 407.097/RS e 420.111/RS) modificou seu entendimento no sentido da *impossibilidade de declaração de ofício da nulidade de cláusulas contratuais abusivas* com fundamento na ofensa ao princípio do *tantum devolutum quantum appellatum* previsto no artigo 515 do Código de Processo Civil (GARCIA, 2007, p. 5-8 e 171-172). Nesse sentido ver: BENJAMIN; MARQUES; BESSA (2007, p. 294-295).

O dever de informação tem por finalidade ampliar o conhecimento da informação disponibilizada aos contratantes na avença (FABIAN, 2002, p. 157; SCHIER, 2006, p. 64-72), impondo às partes *o dever precípua de informação* acerca de todas as circunstâncias relevantes sobre o contrato, desde a fase pré-contratual até a fase pós-contratual, para que os contratantes possam, livremente, exercitar sua autonomia privada em consonância com os preceitos estabelecidos pela boa-fé objetiva.

Evidentemente, o dever de informação encontra-se diretamente relacionado ao princípio da transparência¹⁹, pois as informações prestadas devem ter destaque e clareza em seu conteúdo, para que os contratantes possam ter conhecimento prévio e efetivo de todas as obrigações assumidas no vínculo contratual.

No âmbito das relações de consumo, *o direito à informação*, esculpido no artigo 6º, III CDC, em consonância com o princípio da informação, expresso no artigo 4º, IV CDC, estabelece a obrigatoriedade da informação, dentre os direitos básicos do consumidor, o qual constitui *dever fundamental do fornecedor em prestar informações* claras e adequadas (transparentes) ao consumidor, relacionadas aos produtos/serviços fornecidos (FABIAN, 2002, p. 157).

O direito à informação apresenta caráter dúplice, pois importa no *dever de informar do fornecedor* e no *direito de ser informado do consumidor*, pois a informação adequada sobre o conteúdo do contrato é essencial, no sentido de buscar o reequilíbrio da relação contratual.

[...] A informação, nesse âmbito da ciência jurídica, tem dupla face: *o dever de informar* e *o direito de ser informado*, sendo o primeiro relacionado com quem oferece o seu produto ou serviço ao mercado; e o segundo, com o consumidor vulnerável (TARTUCE, 2007, p. 141).²⁰

O fornecedor passa a ter o dever positivo de prestar informações sobre produtos/serviços que oferece no mercado de consumo, sob pena de responsabilidade no âmbito civil, dentre outras, posto que, o consumidor, geralmente leigo, não possui acesso às informações suficientemente precisas e adequadas, para que possa, livremente, exercer sua liberdade contratual.

Hoje o contrato é informação, daí a importância de sua interpretação sempre a favor do contratante mais fraco e das expectativas legítimas nele criadas por aquele tipo de con-

¹⁹ A transparência impõe a qualificação da informação, que deve ser transmitida de forma clara, ostensiva, precisa e correta, sobre aspectos relevantes da contratação desde a fase pré-contratual. Nesse sentido ver: MARQUES (2006, p. 715); TOMASETTI JUNIOR (1992, p. 53).

²⁰ Nesse sentido, Fabíola Santos Albuquerque explicita que “[...] ao dever do fornecedor corresponde na mesma via, o direito do consumidor de ser informado, com vistas à melhoria do mercado de consumo. O dever de informar funciona como mecanismo de controle legal do equilíbrio da relação entre fornecedores e consumidores” (ALBUQUERQUE, 2006, p. 108).

trato. Neste momento, o elaborador do contrato e aquele que o utiliza no mercado de consumo [...] devem ter em conta o seu dever próprio de informar, que inclui o dever de redação clara e com destaque, além do dever de considerar a condição leiga do outro, evitando dubiedades na redação contratual (MARQUES, 2006, p. 229).

Destaca-se, ainda, que parte da doutrina firmou o entendimento de que, no âmbito da proteção do consumidor, o dever de informação valoriza-se, de modo a ultrapassar a fronteira dos deveres anexos de conduta da boa-fé objetiva, passando a integrar o próprio contrato, sendo considerado elemento essencial, ou seja, elemento integrante da obrigação principal (ROSENVALD, 2005, p. 110; FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 56-57).

5. Conclusão

A releitura do direito contratual é fundamental dentro do contexto contemporâneo das relações jurídicas contratuais, profundamente alteradas pela inserção de princípios constitucionais aos conflitos de direito privado, surgimento da nova teoria contratual e da legislação consumerista.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, e, mais recentemente, do Código Civil de 2002, as relações contratuais tomam novo impulso, com a consolidação da principiologia contratual contemporânea no ordenamento jurídico brasileiro, com destaque para o princípio da boa-fé objetiva, função social do contrato e justiça contratual, os quais atuam em consonância com ditames estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor, inaugurando, assim, um novo cenário hermenêutico a ser delineado, na aplicação do direito contratual.

Destarte, no contexto das relações de consumo, inaugura-se um novo viés interpretativo, no qual os contratos de consumo, geralmente, delineados através de contratos de adesão, devem ser interpretados de maneira mais favorável ao consumidor, o qual se encontra em posição de inferioridade, gerada por sua vulnerabilidade (informativa, econômica, técnica, jurídica, fática, política, dentre outras) em relação ao fornecedor, geralmente, grande conglomerado econômico, no intuito garantir o reequilíbrio contratual das partes e consagrar a justiça contratual nas relações jurídicas contratuais.

O Código Civil de 2002 ao também se valer dos princípios constitucionais consagrados na Constituição da República de 1988, passa a ter a mesma matriz principiológica do Código de Defesa do Consumidor, possibilitando assim a efetivação do *diálogo de fontes* entre ambos, visando a proporcionar maiores benefícios e mecanismos de defesa para o consumidor.

Nesse contexto, a releitura do direito dos contratos é fundamental dentro da realidade contemporânea, que privilegia a busca, especialmente, da boa-fé objetiva, observância à função social dos contratos, e também da justiça contratual nas relações jurídicas.

Os contratos no Estado Democrático de Direito devem necessariamente subme-

ter-se aos ditames da principiologia contratual contemporânea e às diretrizes do direito privado, visando a estabelecer uma sociedade justa do ponto de vista contratual, por meio da concretização da igualdade material nas relações jurídicas contratuais.

Michael César Silva é Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito de Empresa pelo Instituto de Educação Continuada (IEC) da PUC Minas. Membro da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/MG. Membro da Associação Mineira de Direito & Economia. Professor da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas. Professor de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Professor da Faculdade de Direito Promove. Advogado.

Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O princípio da informação à luz do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, in: BARROSO, Lucas Abreu (coord.). *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 99-115.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Direito do consumidor: fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: volume 1: parte geral, tomo 1: introdução doutrina geral negócio jurídico*. 3 ed. aumentada e inteiramente revista Coimbra: Almedina, 2005.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 9 ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. Por uma redefinição da contratualidade, in: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). *Direito civil: atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 253-265.

_____; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Contratos de adesão: de acordo com o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. *A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: volume 4: contratos, tomo 1 : teoria geral*. 2 ed. rev., atual. reform. São Paulo: Saraiva, 2006.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor*. 3 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto*. 9 ed. rev., ampl. e atual. conforme o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do Direito Civil no Século XXI, in: FIUZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 93-114.

LIMA, Taísa Maria Macena de. O contrato no Código Civil de 2002: função social e principiologia. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho – 3ª região*, Belo Horizonte, n.º 67, p. 51-63, jan./jun., 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *O contrato – Exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo

Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 11, n. 42, p. 187-195, abr./jun. 2002.

MANDELBAUM, Renata. *Contratos de adesão e contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 106.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinomias pelo diálogo de fontes, in: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 11-82.

_____; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de defesa do consumidor*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Plínio Lacerda. *O abuso nas relações de consumo e o princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Mercado e solidariedade social entre *cosmos táxis*: A boa-fé nas relações de consumo, in: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 611-661.

MATTIETTO, Leonardo. Ensaio sobre o princípio do equilíbrio contratual. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 8, n. 48, p. 128-135, jul./ago. 2007.

MAZZEI, Rodrigo. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais e suas mitigações, in: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coords.). *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p. 189-222.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual, in: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001a, p. 307-324.

_____. *O abuso de direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001b.

MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos

contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais, in: MARQUES, Claudia Lima (org.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 176-225.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2006.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: volume 1: fundamentos do direito das obrigações, introdução à responsabilidade civil*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001a.

_____. Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente, in: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001b, p. 17-54.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: volume 3: contratos: declaração unilateral de vontade, responsabilidade civil*. 12 ed. rev. e atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. Código de Defesa do Consumidor nos Contratos de Seguro-Saúde e Previdência Privada. *Ajuris*, v. 22, n. 64, p. 78-102, jul./1995.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra; M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato, in: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coord.). *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p. 81-111.

_____. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SCHIER, Flora Margarida Clock. *A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar*. Curitiba: Juruá, 2006.

SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial, in: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coord.). *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p. 125-146.

SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. *Direito dos contratos: seus princípios fundamentais sob a ótica do Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TARTUCE, Flávio. *Função Social dos Contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. 2 ed. São Paulo: Método, 2007.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. *A função social no Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TOMASETTI JUNIOR, Alcides. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 4, p. 52-90, 1992.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A ação de nunciação de obra e a “Legitimatío ad causam” do particular para exigir o cumprimento de regulamento ou postura. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 42, n. 168, p. 167-213, out./dez. 2005.

La ley como fundamento de la ejecución penal y el artículo 2 de la Ley Penitenciaria Española

The Law as the grounds for penal enforcement and article 2 of the Spanish Penitentiary Law

RICARDO M. MATA Y MARTÍN

Resumen: El principio de legalidad y sus consecuencias forman parte indisoluble de la cultura jurídico-penal, a pesar de todas las crisis y dificultades que se ciernen sobre el mismo. Las exigencias de respeto a la libertad del ciudadano y de seguridad jurídico-penal del mismo se aplican en lo que concierne a la conducta delictiva, a la pena a ella vinculada, a la necesidad de proceso y a la forma de ejecución de la pena. En el ámbito el principio de legalidad se incluyen las garantías criminal, penal y jurisdiccional, a las que se suma la garantía penitenciaria o ejecutiva que se corresponde con la ejecución de las penas privativas de libertad por la Administración penitenciaria. La vigencia del principio de legalidad en el contexto de la ejecución de penas de prisión en primer lugar hace necesaria una norma con rango de ley que regule los aspectos fundamentales del cumplimiento de estas penas. Con ello se excluye la admisión de conductas arbitrarias en un ámbito especialmente sensible en el que se ponen en juego los derechos fundamentales de las personas, en ese momento privadas de libertad. Pero además la extensión del mencionado principio al sistema penitenciario reclama el respeto a los contenidos de la Ley en la ejecución de las penas que tiene encomendadas. En este contexto se realiza un análisis del art. 2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria española y otras normas del sistema penal español así como de las consecuencias de la aplicación de los contenidos del principio de legalidad en materia penitenciaria.

Palabras clave: principio de legalidad, reserva de ley, relaciones especiales de sujeción, analogía, principio de taxatividad, retroactividad, régimen disciplinario.

Abstract: The legality principle and its consequences constitute an indissoluble part of juridical-criminal culture, despite all the crises and difficulties that surround it. Demands to respect individual liberties and their juridical-criminal safety are applicable in the field of criminal conduct, the punishments associated with it, the need for due process and the way in which the punishment is enforced. Criminal and jurisdictional safeguards are included within the ambit of the legality principle, to which may be added the penitentiary or executory guarantee that refers to the execution of custodial sentences by the penitentiary authorities. The validity of the legality principle in the context of the execution of prison sentences requires, in the first place, a regulation with the status of a law that regulates the fundamental aspects of the way in which these punishments are enforced. By doing so, it excludes the admission of arbitrary conduct in an especially sensitive field in which the fundamental human rights of people are at risk at the time of serving a custodial sentence. What is more, the extension of the aforementioned princi-

ple to the penitentiary system requires respect for the content of the Law in the enforcement of the sentences it envisages. In this context, a study is made of art. 2 of the Spanish Organic General Penitentiary Law [*Ley Orgánica General Penitenciaria*] and other regulations of the Spanish criminal system, as well as the consequences of applying the contents of the legality principle to penitentiary matters.

Keywords: Legality principle, reserve of the law, special relations of subjection, analogy, principle of maximum certainty, retroactivity, disciplinary regime.

El principio de legalidad y sus consecuencias forman parte indisoluble de la cultura jurídico-penal, a pesar de todas las crisis y dificultades que se ciernen sobre el mismo. En general se acepta que el principio de legalidad del sistema penal responde a una doble dimensión producto ambas de la evolución histórica europea¹. Por una parte se considera consecuencia del planteamiento jurídico-político de la organización social, en su sentido más amplio, y además posee una perspectiva jurídico-penal indudable.

Las exigencias de respeto a la libertad del ciudadano y de seguridad jurídico-penal del mismo se aplican en lo que concierne a la conducta delictiva, a la pena a ella vinculada, a la necesidad de proceso y a la forma de ejecución de la pena. Son lo que se conoce, respectivamente, como garantía criminal, garantía penal, garantía jurisdiccional y garantía de ejecución². Por tanto en el genérico principio de legalidad en materia penal se incluye la llamada garantía ejecutiva. A las garantías criminal, penal y jurisdiccional se suma esta garantía penitenciaria o ejecutiva que se corresponde con la ejecución de las penas privativas de libertad por la Administración penitenciaria. La vigencia del principio de legalidad en el contexto de la ejecución de penas de prisión en primer lugar hace necesaria una norma con rango de ley que regule los aspectos fundamentales del cumplimiento de estas penas. Con ello se excluye la admisión de conductas arbitrarias en un ámbito especialmente sensible en el que se ponen en juego los derechos fundamentales de las personas, en ese momento privadas de libertad. Pero además la extensión del mencionado principio al sistema penitenciario reclama el respeto a los contenidos de la Ley en la ejecución de las penas que tiene encomendadas.

1. La redacción del art. 2 LOGP

Tardíamente, como en el conjunto de las legislaciones, la vigencia del principio de legalidad se traduce en el sistema jurídico español en la existencia de una norma del máximo rango que regula la fase de ejecución penal³. Lo que se considera la plasma-

¹ Cfr. ARROYO ZAPATERO, L. "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal". *Revista Española de Derecho Constitucional* n^o 8 (1983), p. 12 y ss.

² Cfr. DE VICENTE MARTINEZ, R. *El principio de legalidad penal*. Tirant lo Blanch 2004, p. 32 y ss.

³ A salvo la Ley precedente de 1849. Cfr. GARCIA VALDES, C. *Comentarios a la legislación peniten-*

ción del principio de legalidad en la ejecución penitenciaria del art. 2 de la LOGP, puede entenderse como la más representativa de sus manifestaciones legales al establecerse en la ley específicamente destinada a regular la ejecución de las penas privativas de libertad. El precepto indicado señala que “La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los reglamentos y las sentencias judiciales”. La fórmula tiene su antecedente en la reforma del Reglamento del Servicio de Prisiones por RD 2273/1977 de 29 de julio y en trabajos doctrinales anteriores⁴.

Se incardina esta norma en el Título Preliminar de la Ley en el que señalan los principios fundamentales a los que responde y orientan el sistema penitenciario de nuestro país. El contenido del precepto ya hemos visto que trae causa de trabajos y normas anteriores de manera que figura de manera exacta ya en el anteproyecto, proyecto y en la misma ley. Únicamente variará en la numeración del artículo que originariamente era el 6 (anteproyecto y proyecto) y finalmente será el 2 de la ley⁵.

El fundamento del principio de legalidad apunta a la necesidad de una norma legal como sustento del funcionamiento del sistema penitenciario y nuestro sistema constitucional – como se verá – a la necesidad de una Ley Orgánica (y no otra clase de norma) para regular la materia penitenciaria. Sin embargo la fórmula empleada por el art. 2 de la LOGP hace referencia no sólo a la ley sino también a los reglamentos y sentencias judiciales.

ciaria española. Civitas 1982, p. 17.

⁴ La mencionada reforma del Reglamento del Servicio de Prisiones de 1956 mediante RD 2273/1977 de 29 de julio estableció en el art. 1.1 de la citada norma “Las instituciones penitenciarias que se regulan en este reglamento tienen como fin primordial realizar una labor reformativa y de reinserción social, además de la retención y custodia de los detenidos, presos y sentenciados, en orden a la ejecución de las penas y medidas correspondientes. su actividad se desarrollara con las garantías y dentro de los límites establecidos por las leyes, reglamentos y resoluciones judiciales”. Con anterioridad en un estudio de Bueno Arus, este autor había señalado que “El recluso tiene derecho a que la actividad de la Administración penitenciaria sobre él se desarrolle dentro de los límites establecidos por la Ley, los Reglamentos y la sentencia judicial” (“El sistema penitenciario español”. *Revista de Estudios Penitenciarios* num. 169-171, abril-diciembre 1965, p. 205). Téngase en cuenta que como señala el propio Bueno Arus, “el contenido de ésta [por la Ley Orgánica General Penitenciaria] no era tan novedoso como pareció darse a entender en algunos casos, pues en gran parte la nueva normativa se limitó a legalizar, con algunos retoques, las normas incorporadas al Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956 por el Decreto 162/1968, de 25 de enero, sobre observación y tratamiento, y por el Real Decreto 2273/1977 de 29 de julio, sobre derechos de los internos y régimen penitenciario” (“Estudio preliminar”. En GARCIA VALDES, C. *La reforma penitenciaria española: textos y materiales para su estudio*. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1981, p. 9-10).

⁵ Cfr. BUENO ARUS, F. “Estudio preliminar”. En GARCIA VALDES, C. *La reforma penitenciaria española: textos y materiales para su estudio*. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1981, p. 55.

En general se acepta que el art. 2 de la LOGP expresa específicamente la vigencia del principio de legalidad en la ejecución de las penas privativas de libertad⁶. Pero, sin embargo, la elección por el legislador de esta concreta redacción permite realizar algunas precisiones. Por una parte al hacer mención el art. 2 a factores determinantes de la actividad penitenciaria distintos de la ley, puede considerarse que se configura un principio legalidad de forma más amplia. Como las sentencias y, especialmente, los reglamentos quedan abarcados en la cláusula del segundo artículo de la Ley penitenciaria española, las garantías dimanantes del principio de legalidad deberían considerarse también cumplidas con las previsiones reglamentarias y de la sentencia condenatoria. De esta manera se vería en la literalidad del art. 2 una fórmula no cerrada a la ley estricta que permitiría otras fuentes ajenas a la Ley como fundamentadoras de la actividad penitenciaria. Algunas reflexiones sobre el principio de legalidad penitenciario parecen querer avalar esta tesis.

En este sentido pueden entenderse las matizaciones que algunos autores realizan sobre la aplicación del mencionado principio al ámbito penitenciario. Mantienen que para este sector se produce una flexibilización del mismo ya que no puede pretenderse una aplicación en los mismos términos que en otros terrenos debido a la especial naturaleza de las normas penitenciarias y a los posibles efectos adversos que pudieran producirse. “sería un error pensar que es posible aplicarlo en los mismos términos de taxatividad y certeza con que se reviste el postulado *nullum crimen, nulla poena sine lege*. No debe olvidarse que la norma penitenciaria es una norma heterogénea, siendo en ocasiones de rasgos administrativos, en otras penal o procesal y su interpretación está sujeta a la experiencia de las ciencias de la conducta”. Para estos autores es necesario tener cuidado con la aplicación estricta de la ley pues podría conducir a resultados desfavorables allí donde no es necesario como en el caso de las normas que reglamentan regímenes penitenciarios rigurosos. La adaptación del principio sería posible con el apoyo del art. 25.2 CE al señalar que el sentido de la pena orienta de forma genérica su aplicación. En sentido similar Cervelló⁷ acepta de forma explícita el ámbito ampliado del principio de legalidad al incluir no sólo la ley sino también el reglamento en lo que algunos denominan bloque de legalidad penitenciaria.

2. El principio de legalidad y las teorías de las relaciones especiales de sujeción

Este debilitamiento del principio de legalidad en la ejecución lo facilitaría el recurso a las llamadas teorías de las relaciones especiales de sujeción a la que acuden los Tribunales en distintas circunstancias. Las mismas fundamentarían un debilitamiento de las exigencias derivadas del principio de legalidad como son la reserva de ley y el mandato de certeza para ciertos ámbitos como sería el penitenciario. Las primeras de-

⁶ Por todos GARCIA VALDES, C. *Comentarios a la legislación penitenciaria española*. Civitas 1982, p. 34.

⁷ *Derecho penitenciario*. Tirant lo Blanch 2006, p. 28.

ciones de los Tribunales, singularmente el Tribunal Constitucional acudirán a la mencionada naturaleza de la relación jurídico penitenciaria para fundamentar sus decisiones. La primera de ellas respecto a la potestad disciplinaria de la Administración penitenciaria hace calificar ya las relaciones entre interno y Administración penitenciaria de sujeción especial. “Es claro que el interno de un centro penitenciario está respecto a la Administración en una relación de sujeción especial de la cual deriva para aquélla una potestad sancionatoria disciplinaria, cuyo ejercicio y límites se regulan en los arts. 104 y siguientes del Reglamento Penitenciario (Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, y Real Decreto 787/1984, de 28 de marzo, de reforma parcial de aquél)” (STC 74/1985 de 18 de junio).

En la posterior STC 2/1987 de 21 de enero se plantean posibles conculcaciones de la finalidad de las penas y de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, de las garantías en el procedimiento sancionador y del principio de legalidad al decidirse la composición de la Junta de Régimen –órgano decisorio en materia sancionadora del Centro Penitenciario- en el Reglamento Penitenciario y no en la Ley.

Respecto a este último aspecto “Sin entrar aquí en el tema más general del alcance de la reserva de Ley en las sanciones administrativas, debe tenerse en cuenta que la referencia a la legislación vigente en el art. 25.1 de la Constitución, tiene un alcance diferente, al menos, en lo que se refiere a la tipificación del ilícito, cuando se trata de la determinación de contravenciones «faltas», en el seno de una relación de sujeción especial, como es la de los internos en establecimientos penitenciarios. En estos casos la reserva de Ley cumple principalmente una función de garantizar la seguridad jurídica, de modo que los internos puedan disponer de informaciones suficientes sobre las normas jurídicas aplicables en un determinado caso, y la norma debe formularse con la suficiente precisión para que el interno pueda prever razonablemente las consecuencias que puedan derivar de una determinada conducta. El interno se integra en una institución preexistente y que proyecta su «autoridad» sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos, adquieren el status específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos. En virtud de esa sujeción especial, y en virtud de la efectividad que entraña ese sometimiento singular al poder público, el *ius puniendi* no es el genérico del Estado, y en tal medida la propia reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material, dado el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria, expresiva de la capacidad propia de autoordenación correspondiente, para determinar en concreto las previsiones legislativas abstractas sobre las conductas identificables como antijurídicas en el seno de la institución”.

El Tribunal no deja de reconocer, en la mencionada resolución, que siguen siendo aplicables, pese a lo anteriormente indicado, los derechos fundamentales de los ciudadanos y las garantías propias del Estado de Derecho, pero los distintos ámbitos a los que deben ser aplicados le permiten establecer una gradación sobre su aplicación. “Claro está que también a estas relaciones de sujeción especial sigue siendo aplicable el art. 25.1, y, obviamente el principio de legalidad del art. 9.3 de la Constitución. Pero

ello en este caso no puede tener el mismo alcance que en la potestad sancionadora general de la Administración ni mucho menos que respecto a las sanciones penales. Desde luego una sanción carente de toda base normativa legal devendría, incluso en estas relaciones, no sólo conculcadora del principio objetivo de legalidad, sino lesiva del derecho fundamental considerado, pero esa base normativa legal también existiría cuando la Ley, en este caso la Ley General Penitenciaria (arts. 42 y siguientes), se remita, en la especificación y gradación de las infracciones, al Reglamento. Ello permite reconocer la existencia de la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma con rango de Ley, y por ello debe rechazarse esta pretensión del recurrente”.

El Tribunal Constitucional en momentos posteriores parece querer dejar más claro las limitaciones de la teoría de sujeción especial, que debe resultar inoperante ante las garantías del sistema constitucional⁸. Algún autor⁹ identifica un cierto cambio de orientación con la STC 61/1990 de 29 de marzo en la que se declara la plena vinculación de las relaciones especiales de sujeción al principio de legalidad y derechos fundamentales afectados. El Tribunal Constitucional manifiesta que tal teoría “debe ser entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales” (SSTC 57/1994 de 28 de febrero y 97/1995 de 20 de junio e incluso de forma más rotunda que “es claro que la situación de sujeción especial del interno de un establecimiento penitenciario no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales e impedir que la Justicia se detenga en las puertas de las prisiones” (STC 192/96 de 25 de noviembre). Consideraciones que la doctrina del Tribunal Constitucional en realidad va anticipando parcialmente en resoluciones previas pero que progresivamente se van traduciendo en mayor medida en el reconocimiento de la lesión de derechos fundamentales especialmente por falta de respeto, en la mayoría de los casos, de las garantías procedimentales. De esta manera se entiende generalmente que la última línea jurisprudencial del Alto Tribunal limita la eficacia de la teoría de la relación especial de sujeción¹⁰. Sin embargo no deja de señalarse la persistencia del riesgo de que se utilice o no la conocida teoría en atención al caso particular¹¹, pues desde luego no se ha excluido formalmente su aplicación.

Es cuestionable que el legislador de 1979 en el art. 2 de la Ley haya querido establecer como tal el principio de legalidad, sino el más genérico sometimiento al Ordenamiento Jurídico del sistema penitenciario. Puede pensarse en que el legislador lo que hace es delinear el marco general en el que se va a desenvolver lo que él mismo denomina la “actividad penitenciaria”. De esta forma lo que hace el art. 2 LOGP es enumerar sistemáticamente los distintos elementos de los que depende la ejecución penal: la sentencia de la cual procede la condena y se decide la pena en calidad y cantidad a ejecu-

⁸ Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Civitas 2005, p. 154-5.

⁹ TAMARIT *Curso de Derecho penitenciario*. Tirant lo Blanch 2005, p. 219.

¹⁰ RIOS MARTIN, J.C. En *Ley General Penitenciaria. Comentarios, Jurisprudencia, Doctrina* (BUENO ARUS, Coordinador). Colex 2005, p. 52.

¹¹ Cfr. TELLEZ AGUILERA, A. *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*. Edisofer 1998, p. 31.

tar, la ley que proporciona de forma originaria el sistema de cumplimiento de las penas privativas de libertad y los reglamentos que puedan resultar necesarios para la organización penitenciaria y aplicación material de la pena de prisión. En este segundo sentido el legislador no pretendería propiamente la plasmación del estricto principio de legalidad, sino sobretudo la mención del marco general de la adscripción del penado a un centro penitenciario, con los distintos componentes necesarios para su efectiva incorporación y desarrollo del internamiento. En todo caso la Administración penitenciaria llevará a cabo su misión de acuerdo a las previsiones constitucionales y de la ley penitenciaria que son las normas que fundamentan de manera originaria la misma, siendo posible la existencia de desarrollo reglamentario dentro de los límites que permita la exigencia de reserva de ley en esta materia. El ejecutivo, como si fuera consciente de las dificultades de la fórmula del art. 2 LOGP recoge el principio de legalidad de una manera mucho más adecuada, cuando dispone entre los principios que informan la actividad penitenciaria que “La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución y la ley” (art. 3.1 RP aprobado por RD 190/1996 de 9 de febrero).

3. Otras formulaciones del principio de legalidad en la ejecución penal

En normas diferentes a la Ley Penitenciaria se establece también la vigencia del principio de legalidad en el ámbito penitenciario. Para empezar el propio texto constitucional de 1978 hace mención a la subsistencia de los derechos fundamentales para el recluso salvo los que se vean necesariamente afectados por la función penitenciaria. “El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria” (art. 25.2). Se trata de un contenido que no parece querer expresar el principio de legalidad de la actividad penitenciaria sino tan sólo el reconocimiento para los penados de los derechos que no sea preciso limitar bien como contenido de la propia sanción impuesta o bien como consecuencia necesaria de la organización del sistema penitenciario.

El texto del art. 25.2 a lo que si hace referencia son a los distintos factores desde los que se producen limitaciones a los derechos fundamentales de los condenados. En primer lugar se hace mención al contenido del fallo condenatorio que constituye el título jurídico necesario para que alguien ingrese como penado en un establecimiento penitenciario. En el mismo debe constar de forma expresa el contenido fundamental de las privaciones a las que se va a ver sometido, esencialmente la libertad en el sentido más amplio del art. 17 de la Constitución y sus manifestaciones más concretas como la libertad de residencia o de circulación. El sentido de la pena como limitación de derechos tiene que ver con aquellas restricciones que va a sufrir el penado y que acarrea necesariamente la concepción del sistema de cumplimiento de las penas, lo cual puede

ser entendido de diferentes maneras, bien como los límites impuestos por los fines que deben perseguir la ejecución de las penas, bien como las restricciones ocasionadas derivadamente de las privaciones principales o finalmente como las limitaciones producidas en los derechos que de no estar encarcelado el sujeto podría realizar libremente pues no se ha privado formalmente de ellos¹². No resulta sencillo señalar las limitaciones propias del sentido de la pena diferenciándolas de las que sean consecuencia de la ley penitenciaria. Una interpretación sistemática, que permita una diferenciación, y teniendo en cuenta la propia expresión utilizada en la Constitución parece abonar que se trata de aquellas vinculadas con los fines asignados a las penas. Las últimas restricciones se conectan a las previstas en la ley penitenciaria. La Ley puede imponer restricciones, siempre que sean necesarias, en atención a necesidades de organización, regimentales y de seguridad, bien por las características del centro penitenciario o bien por la situación particular del penado.

Otras recepciones legislativas del principio de legalidad en la ejecución son las del Código penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal o la del Reglamento Penitenciario. El art. 3 del Código penal dispone: “1. No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales. 2. Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes”. En este precepto del Código penal se encuentra la recepción de la garantía ejecutiva recogiendo las fórmulas tradicionales de los Códigos penales españoles sobre ejecución y cumplimiento de las penas. También el Código penal al regular las penas privativas de libertad vuelve a indicar la vigencia del principio de legalidad en la ejecución, al establecer que “Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en este Código” (párrafo segundo del art. 36.1), en el que se incluye, como se ve, la actividad penitenciaria que redunde en la situación penitenciaria del penado y la duración de la misma.

También la norma procesal dispone la legalidad de la ejecución. Aunque desde el punto de vista del mismo proceso penal y su finalización (Libro VII “De la ejecución de sentencias”) la norma atribuye al Tribunal Sentenciador la competencia para –caso de sentencia condenatoria- dictar lo necesario para su ejecución y, en el caso de penas privativas de libertad, “adoptar sin dilación las medidas necesarias para que el condenado ingrese en el establecimiento penal destinado al efecto”. El art. 990 indica “Las penas se ejecutarán en la forma y tiempo prescritos en el Código penal y en los reglamentos”. Responde el precepto a una época en la que únicamente el Código penal y los

¹² Cfr. TELLEZ AGUILERA, A. *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*. Edisofer 1998, p. 45.

reglamentos, sobre todo estos últimos, disciplinaban la materia penitenciaria, de ahí su mención junto al Código.

Por su parte el vigente Reglamento Penitenciario (Real Decreto 190/1996 de 9 de febrero), dispone en su art. 3.1, entre los principios a los que se somete la ejecución de las penas y medias de seguridad, que “La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos en la Constitución y en la ley”. El precepto se asemeja al 2º de la Ley penitenciaria pero reduce los límites del fundamento del marco jurídico de la ejecución a sus fuentes originarias: la Constitución y la Ley. Resulta paradójico que la más acertada y completa de las formulas empleadas en los textos legales para señalar la vigencia del principio de legalidad en la fase de ejecución de las penas privativas de libertad se sitúe en una norma reglamentaria. Evidentemente ello no impide la existencia de instrucciones internas para la materialización de la actividad penitenciaria, pero con el presupuesto anteriormente señalado. Así el art 3.5 admite que “Los órganos directivos de la Administración penitenciaria podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante circulares, instrucciones y órdenes de servicio”. En todo caso queda claro el necesario origen jurídico de la situación penitenciaria de los internos y el papel del Reglamento y otras disposiciones inferiores. Por ello el propio Reglamento establece que “Los derechos de los internos sólo podrán ser restringidos cuando lo dispongan las leyes” (art. 3.2 RP).

Las Reglas Penitenciarias Europeas, establecidas en distintas etapas, contienen también alguna referencia al principio de legalidad en su fase ejecutiva. Se puede vincular, aunque de forma tan sólo indirecta, el principio de legalidad en el ámbito penitenciario a la Regla 56.3 del Consejo de Europa (1973) al señalar que “el respeto de los derechos individuales de los reclusos, en particular la legalidad de la ejecución de las penas, deberá estar asegurada por el control ejercido conforme a la reglamentación nacional por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad legalmente habilitada para visitar a los reclusos y no perteneciente a la Administración Penitenciaria”¹³. En realidad con la mencionada regla se busca fundamentalmente el control externo de la legalidad que, sin embargo, ya debe ser observada en primer lugar por la propia Administración Penitenciaria. La reelaboración de las Reglas Europeas en 1987¹⁴ insiste en el control de la legalidad tanto por autoridades internas a la Administración Penitenciaria como externas (Reglas 4 y 5).

Las últimas Reglas Penitenciarias del Consejo de Europa 2006 consagran una de ellas al respeto a los derechos de los penados no restringidos por una ley: “Las personas privadas de libertad conservan todos los derechos, salvo aquellos que les hayan sido retirados de acuerdo con la ley por su condición de penados a una pena de prisión

¹³ Esta referencia en GARCIA VALDES, C. *Comentarios a la Legislación Penitenciaria*, Civitas 1982, p. 243.

¹⁴ Recomendación num. R (87) 3 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas (adoptadas por el Comité de Ministros el 12 de febrero de 1987, en la 404ª reunión de delegados de los Ministros.

o sometidos a prisión provisional” (Regla 2^a¹⁵). Se establece sin duda una cláusula de protección de los derechos de los internos que obliga a la existencia de una regulación legal para los contenidos restrictivos de derechos del internamiento.

4. Vigencia del principio de legalidad en la ejecución y algunas de sus consecuencias

De forma primaria el principio de legalidad consiste en la exclusividad de la ley como instrumento jurídico para regular una determinada materia. Con íntima vinculación a sus fundamentos jurídico-político (protección de la libertad del ciudadano que únicamente puede limitarse mediante la ley como expresión de la voluntad general) y jurídico-penal (exigencia de ley cierta, escrita, estricta y previa) el principio de legalidad requiere en primer lugar la reserva de ley para el sector del derecho penal. De forma que aprobada la Constitución de 1978 y en la misma reconocido el principio de legalidad, pese a las dudas que suscita la particular fórmula empleada en el art. 25.1, se abre el debate sobre el concreta extensión de la reserva de ley que implica.

En el sector propiamente penitenciario se admite pronto igualmente la necesidad de Ley Orgánica, incluso antes de que el Tribunal Constitucional concrete esta exigencia. De hecho la Ley Orgánica General Penitenciaria, que es la primera Ley Orgánica después de la aprobación de la Constitución de 1978, se aprueba como una Ley Orgánica.

Es cierto, sin embargo, que la reserva de ley es más tardía históricamente en lo penitenciario que en el ámbito penal general. La explicación tiene que ver con el origen histórico-político del principio de legalidad que inicialmente buscaba sobre todo excluir la potestad sancionadora arbitraria de los jueces y someterla a la Ley. Es fundamentalmente contra el arbitrio judicial en la imposición de penas por lo que se formula y reacciona el principio de legalidad¹⁶. Por eso la recepción de esta necesidad es más tardía y no se produce sino en fechas cercanas, en la década de los 70 del siglo XX como reconocen los autores¹⁷.

Sólo con posterioridad el Tribunal Constitucional se manifestará sobre los términos de la reserva de ley implícita en el principio de legalidad de rango constitucional. Al respecto la jurisprudencia constitucional inicialmente, en la STC 25/1984 de 23 de febrero, se pronuncia en el sentido de establecer una reserva de ley absoluta en material penal con base en el empleo por el constituyente del término “legislación” (art. 25.1 CE). Se produce así la exclusión de cualquier otro tipo de normas del derecho penal,

¹⁵ Recomendación REC (2006)2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas. Adoptada por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006 en la 952^a Reunión de Delegados de Ministros.

¹⁶ Cfr. AGARD, M.A. “Le principe de la légalité et la peine”. *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, n.º 2, 2001, p.

¹⁷ Cfr. TELLEZ AGUILERA, A. *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*. Edisofer 1998, p. 49-50.

como los Decretos, Ordenes Ministeriales y cualquier tipo de disposiciones de autoridades administrativas. En las siguientes resoluciones el Tribunal Constitucional entiende que las normas penales afectan necesariamente a los derechos fundamentales y libertades públicas, de manera que el art. 81.1 de la Constitución prevé que serán Leyes Orgánicas exclusivamente las que los desarrollen. Así con las SSTC 140/1986 de 11 de noviembre y 160/1986 de 16 de diciembre se decide la reserva de ley Orgánica por la conexión del sistema penal con los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos.

Pese a admitirse la necesidad de reserva de ley Orgánica en materia penitenciaria, el tradicional olvido de este sector así como la argumentación de necesidades prácticas de la vida en prisión de gran detalle más propias de un Reglamento que de una Ley, ha llevado a ciertos sectores a relajar esta exigencia del principio de legalidad para la actividad penitenciaria. A ello ha contribuido también el art. 2 de la LOGP al mencionar los reglamentos como parte de los límites entre los que se debe desarrollar la actividad penitenciaria. De esta manera algunos autores se refieren al conjunto de normas que delimitarían la actividad penitenciaria como bloque de legalidad, en el que se incluiría el reglamento como parte de los elementos que fijan la ejecución penal aunque respetando ciertas condiciones¹⁸: que se trate de un reglamento ejecutivo o de mero desarrollo, que la ley contenga los aspectos esenciales de la ejecución de la pena y aquellos que afecten a derechos fundamentales, con remisión de la ley al reglamento expresa y precisa, incluyendo la ley criterios que permitan controlar el desarrollo reglamentario por el poder ejecutivo. En definitiva el problema se transforma en los límites que no puede traspasar el Reglamento, teniendo en cuenta que no sólo se trata de un problema de contenidos y de garantías (los contenidos indelegables y la necesidad de remisión y de certeza), sino que está implicado un problema de legitimidad pues afecta al fundamento jurídico-político del principio de legalidad y en particular al principio de división de poderes. Por ello Arroyo¹⁹ señaló que la remisión a una fuente secundaria resulta admisible si tiene su origen en la necesidad, siempre que la propia remisión y la fuente remitida satisfagan las exigencias de certeza, y siempre sobre contenidos no vinculados al derecho fundamental a la libertad. Autor que entendió más adecuado que los aspectos de desarrollo se llevaran a una ley Ordinaria y no al reglamento, no pudiendo en todo caso afectar la regulación reglamentaria a aspectos relativos a las restricciones al derecho a la libertad.

Existen una serie de materias presentes en la norma reglamentaria que son cuestionables desde el ángulo de la necesaria reserva de Ley Orgánica. En este sentido se ha señalado que los aspectos de la ejecución penal vinculados a derechos fundamentales deben permanecer necesariamente en la Ley, como la protección de datos de ca-

¹⁸ Así lo recoge CERVELLÓ DONDERIS. *Derecho penitenciario*. Tirant lo Blanch 2006, p. 28.

¹⁹ "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal". *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 8 (1983), p. 34 y ss.

rácter personal²⁰ o la libertad condicional (derecho fundamental a la libertad personal) que resultan indelegables por afectar a sus aspectos esenciales²¹. Igualmente tienen que ver con contenidos sustanciales del derecho fundamental a la libertad personal temas como el de la refundición de condenas, que deberían estar presentes de forma determinada o determinable en la Ley (Código penal o Ley penitenciaria) evitando múltiples dudas interpretativas y cambios en su aplicación²². También puede verse la necesidad de incorporar a la Ley la doble modalidad del régimen cerrado que se establece en el Reglamento²³.

También el régimen disciplinario se presenta como una materia problemática desde el punto de vista de la necesaria reserva de ley en materia de ejecución penitenciaria. Actualmente la LOGP regula algunos aspectos del régimen disciplinario pero no otros: establece el procedimiento disciplinario, la clasificación de las infracciones, así como las sanciones del régimen disciplinario penitenciario (Capítulo IV del Título II de la LOP), pero no las infracciones mismas. Los hechos constitutivos de infracciones en el ámbito penitenciario, sin embargo, no se encuentran en la Ley sino en el Reglamento Penitenciario de 1981 (arts. 108, 109 y 110) subsistente en algunos preceptos, y no en el vigente de 1996. Por ello la doctrina coincide generalmente en la necesidad de que la Ley Penitenciaria sea la que recoja el catálogo de infracciones del régimen disciplinario penitenciario²⁴. Mapelli y Terradillos²⁵ señalaron la lesión para el principio de legalidad que suponía la remisión al reglamento en materia sancionadora. Esta ausencia de las infracciones en la ley que ha sido calificada como deslegalización, habría sido justificada por el Tribunal Constitucional calificando de relaciones de especial sujeción la del interno con la Administración Penitenciaria, lo que permitiría relajar la exigencia de reserva de ley en este ámbito²⁶. Sin embargo pese a la admisión de la colaboración reglamentaria en materia sancionadora según lo dispuesto en el art. 129.3 de la Ley 30/1992 que fija los aspectos básicos del procedimiento sancionador, sin embargo,

²⁰ Así TELLEZ AGUILERA, A. "La necesaria reforma de la ley penitenciaria". *Cuadernos de Derecho Judicial XXII, Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*, (2006) p. 382.

²¹ En este sentido ARROYO ZAPATERO, L. "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal". *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 8 (1983), p. 35-6.

²² Lo propone con razón TELLEZ AGUILERA, A. "La necesaria reforma de la ley penitenciaria". *Cuadernos de Derecho Judicial XXII, Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*, (2006) p. 382.

²³ TELLEZ AGUILERA, A. "La necesaria reforma de la ley penitenciaria". *Cuadernos de Derecho Judicial XXII, Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones* (2006), p. 382.

²⁴ CERVELLÓ DONDERIS. *Derecho penitenciario*. Tirant lo Blanch 2006, p. 28. GARCÍA ALBERO en SUMALLA, J. T.; ALBERO, R. G.; PUERTA, M.J.R.; GRAU, F.S. *Curso de Derecho penitenciario*. Tirant lo Blanch 2005, p. 219 y ss.

²⁵ *Las consecuencias jurídicas del delito*. Civitas 1990, p. 139-40.

²⁶ GARCÍA ALBERO en , J. T.; ALBERO, R. G.; PUERTA, M.J.R.; GRAU, F.S. *Curso de Derecho penitenciario*. Tirant lo Blanch 2005, p. 219 y ss.

aquella no se puede extender a los aspectos fundamentales como es la determinación de las conductas infractoras²⁷.

En este contexto también debe ponerse de relieve el problema que pueden representar las disposiciones e instrucciones no reglamentarias dictadas por la propia Administración Penitenciaria. El propio Reglamento Penitenciario (art. 3.5) y la legislación administrativa general (art. 21.1 de la LRJAE y PAC) admiten la utilización de disposiciones inferiores al reglamento, pero deberán estar basadas en necesidades organizativas del sistema y no afectar a contenidos indelegables. En la práctica, sin embargo, se observa la extralimitación de la Administración en el empleo de estos instrumentos²⁸. En este sentido El Tribunal Supremo ha anulado en Sentencia de 17 de marzo de 2009 la Instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias 21/1996 de 16 de diciembre, sobre seguridad, control y prevención de incidentes relativos a internos muy conflictivos y/o inadaptados. La mencionada Instrucción “excede del cometido y finalidad del cometido de los denominados reglamentos administrativos o de organización para adentrarse en el ámbito reservado a la ley y a sus reglamentos ejecutivos, rodeados estos de unas garantías en su elaboración y requisitos de publicidad de los que aquélla carece”. Se entiende conculcado el principio de reserva de ley así como los preceptos 9.3 y 103.1 de la Constitución.

Complementariamente a la reserva de ley se hacen derivar del principio de legalidad cuatro requisitos necesarios para la ley penal. En este sentido únicamente se alcanzan las garantías propias del principio de legalidad con la ley estricta, ley escrita, previa y cierta²⁹. En primer término la prohibición de analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*). La llamada ley estricta supone el destierro de la analogía (perjudicial para el reo) del sistema penal. Desde este punto de vista no está permitida la aplicación de la ley penal a casos distintos de los específicamente previstos en la ley penal, ni siquiera a través del argumento de la semejanza de los casos propio de la analogía.

De esta manera también en el ámbito penitenciario la analogía queda excluida por lo que no resulta legítimo recurrir a la hora de aplicar la norma a la razón de semejanza con otras previsiones normativas para aquello que no se encuentre positivamente reflejado en la regulación. Conforme a estos presupuestos garantistas el Reglamento Penitenciario señala en su art. 232.2 que “Queda prohibida la aplicación analógica”, se entiende que en cuanto a las infracciones sancionables y a las propias sanciones a aplicar en el marco de la responsabilidad disciplinaria de los reclusos. El Tribunal Consti-

²⁷ En este sentido TELLEZ AGUILERA, A. *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*. Edisofer 1998, p. 211.

²⁸ Sobre esta particular temática puede encontrarse algunas referencias en RIOS MARTIN, J.C. En *Ley General Penitenciaria. Comentarios, Jurisprudencia, Doctrina* (BUENO ARUS, Coordinador). Colex 2005, p. 52.

²⁹ Por todos DE VICENTE MARTINEZ, R. *El principio de legalidad penal*. Tirant lo Blanch 2004, p. 32 y ss.

tucional ha declarado la imposibilidad de sancionar comportamientos no previstos pues “este principio impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, no sólo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente pero similares a los que sí contempla” (STC 138/2004 de 13 de septiembre³⁰).

Por tanto la exigencia de ley estricta –o prohibición de analogía– resulta especialmente relevante en cuanto a las infracciones disciplinarias que deben estar recogidas expresamente y nunca creadas por un procedimiento de analogía. En este sentido la infracción (Reglamento Penitenciario de 8 de mayo de 1981) del art. 110 (faltas leves) en su letra f puede contener el recurso prohibido a la analogía. El precepto señala que constituye infracción leve “Cualquier otra acción u omisión que implique incumplimiento de los deberes y obligaciones del interno, produzca alteración en la vida regimetal y en la ordenada convivencia y no esté comprendida en los supuestos de los art. 108 y 109, ni en los apartados anteriores de este artículo”. Sobre esta infracción se cierne el riesgo de la analogía, pues se plantea como una infracción de recogida, pensada para establecer como infracción conductas no previstas pero de semejante gravedad.

También se desprende del principio de legalidad la prohibición del empleo del derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la responsabilidad penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*). Garantía fundamental para el respeto de los derechos del recluso es que las diversas limitaciones a que ve sometido producto de su ingreso en un establecimiento penitenciario estén previstas en una norma escrita. El lenguaje escrito permite una mayor seguridad y precisión sobre las normas no escritas, lo que en un ámbito que por su naturaleza produce restricciones en la vida diaria de los internados no resulta indiferente.

Igualmente la prohibición de retroactividad rige en derecho penal consecuencia del principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia*). Desde el punto de vista de la retroactividad o, mejor, de la irretroactividad de las disposiciones se han planteado algunos problemas en la ejecución penal. Con la reforma del año 2003 se introduce el requisito de haber satisfecho el penado la responsabilidad civil originada con el hecho delictivo para poder acceder al tercer grado penitenciario y a la libertad condicional. Pero además la mencionada reforma introducida en la Disposición transitoria Única de la Ley Orgánica 7/2003 establece que esta previa exigencia será aplicable desde la entrada en vigor de la norma con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos con los que tenga relación. Frente a las posibles opiniones contrarias a la irretroactividad de las normas de ejecución penitenciaria se destaca la incidencia de estas normas tanto en el ámbito de las garantías del ciudadano como en el cumplimiento de las finalidades asignadas a las normas penales³¹.

³⁰ RTC\2004\138.

³¹ MAPELLI CAFFARENA, B. “El principio de legalidad y la ejecución de la pena privativa de libertad”. *Jornadas en Homenaje al XXV Aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria*. Minis-

Por otra parte también se ha planteado el problema de la irretroactividad en cuanto a las modificaciones de la doctrinal jurisprudencial sobre refundición de condenas. Afecta al problema más general sobre la posible prohibición de retroactividad – no planteándose en este momento el problema de fondo – de las decisiones judiciales. Es decir, si a las resoluciones de los Tribunales – que en principio deciden un asunto concreto pero que evidentemente cuando se trata de altos Tribunales poseen una repercusión general – también les alcanza la prohibición de retroactividad. La STS de 28 de febrero de 2006, en la que se decidió sobre la forma de cómputo en caso de múltiples condenas para aplicar los beneficios penitenciarios, ha abierto la discusión sobre el tema señalado³². Para un sector las decisiones de los Tribunales afectan a la interpretación de la ley pero no a la ley misma por lo que no resultaría de aplicación la garantía propia del principio de legalidad, siendo posible su aplicación retroactiva. De otra manera se entiende que si se toman en cuenta los efectos materialmente desfavorables y, puesto que la finalidad de la prohibición de retroactividad tiene que ver con la evitación de cambios imprevistos que afecten a su seguridad jurídica, se estima que también debería extenderse a las resoluciones judiciales.

Finalmente estaría la prohibición de leyes y sanciones indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*). Desde este punto de vista se excluyen el establecimiento de delitos y penas cuyas características no puedan ser suficientemente reconocibles en la ley. Tiene también su aplicación el mandato de determinación respecto a las adicionales restricciones que en situaciones especiales pueden aplicarse a la vida en prisión. No deja de plantear problemas la ausencia de contenidos claros y de criterios la posibilidad prevista en el art. 75 del Reglamento Penitenciario. Señala que “En su caso, las solicitud del interno o por propia iniciativa, el Director podrá acordar mediante resolución motivada, cuando fuere preciso para salvaguardar la vida o la integridad física del recluso, la adopción de medidas que impliquen limitaciones regimentales, dando cuenta al Juez de Vigilancia”. Es cierto que con ciertas garantías y controles, como la necesidad de motivación y la comunicación al Juez de Vigilancia Penitenciaria, pero no es menos cierto que en modo alguno se especifican las posibles medidas con incidencia regimental a aplicar ni los sujetos destinatarios.

Igualmente las infracciones del régimen disciplinario penitenciario pueden ser analizadas desde el punto de vista de su determinación, por cuanto la reserva de ley no sólo obliga a establecer previamente las infracciones y sus sanciones sino que las mismas se encuentren formuladas con suficiente claridad. A este respecto se han señalado algunos problemas que alejarían a las conductas infractoras previstas reglamentariamente de un adecuado cumplimiento de estas exigencias: confusión con infracciones delictivas, empleo no necesario de conceptos jurídicos indeterminados y creación de

terio del Interior 2005, p. 42.

³² Véase al respecto SANZ MORAN, A.J. “Refundición de condenas e imputación de beneficios penitenciarios”. *Revista de Derecho Penal* n.º 18 (mayo 2006), p. 34 y ss.

tipos abiertos en la descripción de las conductas³³.

Se puede plantear la vigencia de la determinación en lo relativo a las penas y su duración, problema que no sólo afecta a la legislación penitenciaria. Desde este punto de vista también tiene que dar respuesta satisfactoria el sistema penal a la determinación o, al menos, la determinabilidad de las sanciones. Como durante la fase de ejecución se admite la aplicación de distintos factores que puede condicionar la pena, finalmente se producirá un desfase entre la pena señalada en la sentencia y la cumplida por el condenado de manera efectiva, por lo que aquella se convierte en un mero instrumento técnico de referencia³⁴. Aun cuando no se puede renunciar a un margen de maniobra en la fase de ejecución que permita adaptar la ejecución a las necesidades tratamentales del sujeto individual, será necesario conseguir un equilibrio con la existencia de previsiones normativas que permitan hacer calculable la duración de la condena así como evitar fraudes en la ejecución penitenciaria. En este sentido cabe señalar que el art. 78 del CP concede amplios poderes al juzgador para una aplicación restrictiva de los beneficios penitenciarios, la libertad condicional y el tercer grado penitenciario³⁵.

Problema de la determinación de las penas que se agudiza en el caso de llamada refundición de condenas³⁶. La ausencia de criterios legales suficientes y claros ha permitido cambios jurisprudenciales controvertidos y de gran repercusión mediática como el de la STS de 28 de febrero de 2006. La existencia del cambio jurisprudencia con la misma regulación legal – al margen de los argumentos sobre el problema de fondo – pone ya de manifiesto la inexistencia de una regulación que permita reconocer los criterios necesarios para la aplicación de los beneficios penitenciarios a quien ha sido condenado a múltiples penas. Problema central que redundando en la determinación del momento de la liberación y de la duración efectiva de la pena, es decir, vinculado al derecho a la libertad del art. 17 de nuestra Constitución.

Ricardo M. Mata y Martín é Professor Titular de Direito Penal na Universidad de Valladolid, Espanha. e-mail: rimata@der.uva.es

³³ TÉLLEZ AGUILERA, A. “La necesaria reforma de la ley penitenciaria”. *Cuadernos de Derecho Judicial XXII, Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*, (2006), p. 379-80.

³⁴ AGARD, M.A. “Le principe de la légalité et la peine”. *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, n.º 2. 2001.

³⁵ BARQUIN SANZ, J. “Sistema de sanciones y legalidad penal”. *Revista del Poder Judicial* n.º 58 (2000).

³⁶ TÉLLEZ AGUILERA, A. “La necesaria reforma de la ley penitenciaria”. *Cuadernos de Derecho Judicial XXII, Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*, (2006), p. 382

Repercussão geral – dos critérios de aferição aos efeitos

General repercussion – from admeasurements criteria to effects

ROBERTA GONÇALVES DE SOUTO E SILVA

Resumo: O presente artigo representa um estudo sobre os critérios de aferição da repercussão geral, novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, inserido pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Partindo da análise do recurso extraordinário, chega-se à repercussão geral, definida através de um conceito jurídico indeterminado, o qual será interpretado e gradativamente estruturado pelo Supremo Tribunal Federal, órgão com a competência exclusiva para sua análise. Os critérios de aferição da repercussão geral serão analisados em quatro grupos: repercussão geral social, jurídica, política e econômica, conforme estabelecido pelos dispositivos legais. Por meio de uma análise doutrinária e jurisprudencial acerca da definição da repercussão geral e das consequências de seu reconhecimento no ordenamento jurídico, pretende-se, com o presente estudo jurídico, contribuir para a delimitação dos critérios de aferição da repercussão geral, a fim de que as finalidades para as quais ela foi criada sejam alcançadas: celeridade, isonomia e eficiência na prestação jurisdicional.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Critérios de Aferição. Efeitos. Jurisprudência.

Abstract: This paper presents a study on admeasurements criteria of general repercussion, a new requirement for admissibility of extraordinary resource, inserted by Constitutional Amendment 45/2004. Analyzing the extraordinary resource one reaches a general repercussion, defined by an indeterminate legal concept which will be progressively structured and interpreted by the Supreme Court, the only court able to analyze it. The criteria for gauging the overall impact will be studied in four groups: general, social, political and economic impacts, as established by legal provisions. Through a doctrinal and jurisprudential profile about the definition of general repercussion and consequences of its recognition in law, we intend, with this legal study, to contribute for the admeasurements of the criteria of general applicability, so that the purposes of its creation will be achieved: celerity, equality and efficiency in adjudication.

Keywords: Federal Supreme Court. Extraordinary Resource. General Repercussion. Criteria for Measuring. Effects. Jurisprudence.

1. Introdução

A repercussão geral, novo requisito específico para a admissibilidade do recurso extraordinário, foi criada por meio da Emenda Constitucional 45/2004 com a inserção, na Constituição Federal, do §3º ao artigo 102, com o seguinte teor: “no recurso ex-

traordinário 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 [...]”.

A repercussão geral foi regulamentada pela Lei Ordinária 11.418/06, que acrescentou ao Código de Processo Civil os artigos 543-A e 543-B.

Apesar de a alteração advinda da lei ter ocorrido apenas no Código de Processo Civil, a repercussão geral se aplica a todos os recursos extraordinários, seja qual for o ramo do direito envolvido como, por exemplo, em matéria tributária, penal, trabalhista etc.¹

De acordo com o artigo art. 543-A, §1º, CPC, a repercussão geral é determinada pela “existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”. Esse novo filtro tem a finalidade de racionalizar o acesso ao Supremo Tribunal Federal, permitindo que esta Corte se desdobre sobre assuntos de fato relevantes, evitando-se o acúmulo de processos e a demora na resolução de problemas de grande vulto social e constitucional.

Os demais dispositivos do diploma processual tratam do procedimento, requisitos, das presunções e dos efeitos vinculantes do reconhecimento da existência da repercussão geral, os quais também serão desenvolvidos na presente pesquisa. Ocorre que os critérios de aferição são conceitos jurídicos indeterminados e precisam ser valorados pela Corte Suprema, com o escopo de se pacificar, paulatinamente, o que representa e o que não representa repercussão geral para a sociedade.

A mais importante inovação é a vinculação da decisão acerca da repercussão geral: se “negada sua existência, valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica [...]” e os “recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos” (Artigos 543-A, §5º e 543-B, §2.º, Código de Processo Civil).

O Regimento Interno no Supremo Tribunal Federal também foi modificado para regulamentar a aferição da repercussão geral, com o objetivo de eliminar entraves de ordem prática na rotina do tribunal, incluindo normas que permitem a deliberação colegiada por meio eletrônico.

Sobre a importância da repercussão geral, o Ministro Gilmar Mendes expõe que esse instituto representa um avanço na concepção do recurso extraordinário, uma vez que reafirma a função do Supremo de defensor da ordem constitucional objetiva (RE 556664/RS).

A criação da repercussão geral é elogiável, tem grandes repercussões no ordenamento jurídico, uma vez que são nobres as suas finalidades: firmar o papel do STF como Corte Constitucional e não como instância recursal; ensejar que ele só analise

¹ AI-QO 664567/RS: “EMENTA: I. Questão de ordem. Recurso extraordinário, em matéria criminal e a exigência constitucional da repercussão geral. 1. O *requisito constitucional da repercussão geral* (CF, art. 102, § 3º, red. EC 45/2004), com a regulamentação da L. 11.418/06 e as normas regimentais necessárias à sua execução, *aplica-se aos recursos extraordinários em geral, e, em consequência, às causas criminais*” (grifo nosso).

questões relevantes para a ordem constitucional, cuja solução extrapole o interesse subjetivo das partes e fazer com que o Supremo Tribunal Federal decida uma única vez cada questão constitucional, não se pronunciando em outros processos com idêntica matéria.

2. Recurso extraordinário

2.1. O Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, mantendo a função precípua de guardião da Constituição Federal (artigo 102, CF), preservando e interpretando as normas constitucionais. Inserida na função de preservar e interpretar as normas constitucionais, o Supremo uniformiza a jurisprudência nacional porque suas decisões são consideradas paradigmáticas.

A competência do Supremo Tribunal Federal está relacionada no artigo 102 da Constituição Federal. Nesse contexto, o Recurso Extraordinário é instrumento por meio do qual “além de corrigir a ofensa a dispositivos da Constituição, o STF cuida de uniformizar a jurisprudência nacional, quanto à interpretação das normas constitucionais” (DIDIER JUNIOR, 2008, vol. 3, p. 306).

2.2. Características Gerais

O Recurso Extraordinário é um recurso excepcional, e para Humberto Teodoro Júnior: “uma criação do Direito Constitucional brasileiro, inspirado no *Judiciary Act* do Direito norte-americano. [...] Sua finalidade é manter, dentro do sistema federal e da descentralização do Poder Judiciário, a autoridade e a unidade da Constituição” (THEODORO JUNIOR, 2003, p. 561).

Em conjunto com o recurso especial, constituem as “modalidades mais importantes do gênero denominado recursos excepcionais” (CAMARA, 2007, p. 131); tem berço na Constituição Federal e é, na lição de Tourinho Filho, o “[...] meio através do qual se propicia ao Supremo Tribunal Federal manter o primado da Constituição. Por intermédio dele o Excelso Pretório, guardião supremo da Lei Maior, tutela os mandamentos constitucionais” (TOURINHO FILHO, 1999, p. 413).

Dada essa excepcionalidade, tem algumas características peculiares: é um recurso de *fundamentação vinculada*, ou seja, as hipóteses de cabimento estão taxativamente previstas no artigo 102, III da Constituição Federal (DIDIER JUNIOR, 2008, vol. 3, p. 250); servindo à impugnação de *questões de direito*, não é possível sua interposição para reexame de provas ou fatos, como expõe Rodolfo de Camargo Mancuso (MANCUSO, 2000, p. 113-120):

Um dos motivos porque se tem os recursos extraordinário e especial [sic] como pertencentes à classe dos *excepcionais*, reside em que o espectro de sua cognição não é amplo, ilimitado, como nos recursos comuns (*v.g.*, a apelação), mas, ao invés, é restrito aos lin-

des da matéria jurídica. Assim, eles não se prestam para o reexame da matéria de fato; presume-se ter esta sido dirimida pelas instâncias ordinárias, quando procederam à tarefa da subsunção do fato à norma de regência. Se ainda nesse ponto fossem cabíveis o extraordinário e o especial, teríamos o STF e o STJ convertidos em novas instâncias ordinárias, e teríamos despojado aqueles recursos de sua característica de excepcionalidade, vocacionados que são à preservação do império do direito federal, constitucional ou comum.

Fredie Didier Junior define questões de direito, sob dois critérios: pelo critério do objeto, são aquelas que versam sobre uma norma; pelo critério funcional, são aquelas relacionadas com a “aplicação da hipótese de incidência no suporte fático; toda questão relacionada à tarefa de subsunção do fato (ou conjunto de fatos) à norma”; como regra geral podem ser apreciadas de ofício, não se submetem à preclusão e não requerem produção de prova (DIDIER JUNIOR, 2008, vol. 1, p. 290).

Tendo em vista que o recurso extraordinário visa a controlar o direito objetivo, é pacífico nos tribunais superiores que ele não é admitido para simples revisão de prova², nem para interpretação de cláusula contratual³, tampouco para reexame de direito local⁴.

Insta ressaltar que o recurso extraordinário é cabível para controlar a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados⁵ e de cláusulas gerais⁶, uma vez que nesses casos o que se discute é se aquele “fato examinado pelo tribunal recorrido subsume-se ao tipo normativo – trata-se de questão de direito” (DIDIER JUNIOR, 2008, vol. 3, p. 252).

² Enunciado de súmula n. 279 do STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. No mesmo sentido está o enunciado de súmula n. 07 do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

³ Enunciado de súmula n. 454 do STF: “Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário”.

⁴ Enunciado de súmula n. 280 do STF: “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.”

⁵ “O conceito jurídico indeterminado é a vaguidade semântica existente em certa norma com a finalidade de que ela, a norma, permaneça, ao ser aplicada, sempre atual e correspondente aos anseios da sociedade nos vários momentos históricos em que a lei é interpretada e aplicada” (ABREU, Frederico do Valle. *Conceito Jurídico Indeterminado, interpretação da lei, processo e suposto poder discricionário do magistrado*).

Artigo disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6674>, acessado em 05/06/2008).

⁶ Cláusulas gerais, para Gustavo Tepedino, são “normas que não prescrevem uma certa conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação de demais disposições normativas” (TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002*, apud “A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil constitucional”. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8077&p=2>, acessado em 05/06/2008).

Tem legitimidade e interesse para recorrer a parte vencida, o terceiro prejudicado e o Ministério Público⁷, conforme o artigo 499 do Código de Processo Civil.

Falta interesse para recorrer quando a decisão se sustenta em mais de um fundamento e a parte se manifesta apenas em relação a um deles em grau de recurso⁸ ou quando há fatos impeditivos (reconhecimento do pedido, renúncia ao direito sob o qual se funda a ação etc) ou extintivos (quando a parte aceita a decisão, expressa ou tacitamente).

Não há óbice na interposição do recurso extraordinário contra “acórdão com conteúdo de decisão interlocutória”, conforme artigo 542, § 3.º do Código de Processo Civil, que apenas impõe a obrigatoriedade de o recurso ficar retido nos autos.

O entendimento firmado é no sentido de que o recurso extraordinário poderá ser interposto não apenas do “julgamento final da demanda” como também de qualquer “incidente do processo”, de sorte que ele é “cabível contra qualquer acórdão, tenha ele conteúdo de decisão interlocutória ou de sentença” (DIDIER JUNIOR, 2008, vol. 3, p. 264).

Apesar de tal entendimento, o Supremo editou o enunciado de súmula 735, afirmando que “não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar”, atribuindo como precedentes a justificativa de que a concessão de liminar situa-se na avaliação subjetiva do magistrado. Melhor razão tem a justificativa que não cabe recurso extraordinário porque a decisão em liminar decorre de um “juízo de cognição sumária”, portanto, provisório (DIDIER JUNIOR, 2008, vol. 3, p. 265).

Em se tratando de medida cautelar e tutela antecipada não é cabível o recurso extraordinário porque os requisitos de admissibilidade dessas medidas encontram-se presentes no texto infraconstitucional. A ofensa a algum deles atingirá apenas de modo reflexo e indireto o texto constitucional. Sabe-se que, para o cabimento do recurso extraordinário, a ofensa ao dispositivo constitucional tem que ser direta e frontal (RTJ 107/661, 120/912, 125/705).

2.3. Subsidiariedade: Prévio Esgotamento das Instâncias Ordinárias

O recurso extraordinário pressupõe o “julgado contra o qual já foram esgotadas as possibilidades de impugnação nas várias instancias ordinárias ou na instância única, originária”. Há de se aferir que apenas “causas decididas” ou “decisões finais” podem

⁷ Enunciado de súmula n. 99 do STJ: “O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte.”

⁸ Enunciado de súmula n. 283 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”. Súmula 126 do STJ: “É inadmissível recurso especial quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.”

ser objeto do presente recurso, não podendo ser exercitado “*per saltum*, deixando *in albis* alguma possibilidade de impugnação” (MANCUSO, 2000, p. 90).⁹

3. Repercussão geral

3.1. Conceito

O artigo 543-A§ 1º do Código de Processo Civil determina que “para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.

A repercussão geral é definida através de um conceito jurídico indeterminado¹⁰. Todavia, apesar da generalidade conceitual do termo, as questões constitucionais do recurso extraordinário, para estarem revestidas da repercussão geral, devem transcender o interesse subjetivo das partes e serem importantes para um grupo social, seja ele quantitativamente relevante, seja ele uma minoria, por exemplo, privada do exercício de um direito fundamental (DANTAS, 2008, p. 239-245).

A criação desse requisito é elogiável porque faz com que o Supremo Tribunal Federal “só se debruce sobre causas realmente relevantes para a Nação” (CAMARA, 2007, p. 141).

3.2. Antecedente Histórico Nacional da Repercussão Geral

A arguição de relevância da questão federal é o antecedente histórico da repercussão geral no Brasil, tendo semelhanças muito mais em suas “linhas gerais” do que em relação aos aspectos “propriamente dogmáticos” (DANTAS, 2008, p. 249).

A arguição de relevância foi instituída no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal em 1975, por meio da emenda regimental 3, vigeu por treze anos como um pressuposto especialíssimo de cabimento do recurso extraordinário e com a finalidade de restringir o número de casos levado ao Supremo Tribunal Federal, apesar de ser aplicada única e exclusivamente no plano do direito federal infraconstitucional (NERY JUNIOR, 2004, p. 104-105).

A repercussão geral não se confunde com a arguição de relevância, pela lição de Fredie Didier Júnior:

⁹ No mesmo sentido: “o recurso extraordinário só é cabível quando esgotados todos os recursos ordinários porventura admissíveis. Daí a referência contida na norma constitucional a causas decididas em única ou última instância” (CAMARA, *Op.cit.*, p. 131); e ainda enunciado de súmula n. 281 do STF: “é inadmissível o recurso extraordinário quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”, confirma tal colocação.

¹⁰ Aprofundamento sobre “conceito jurídico indeterminado” no item 4.2.

Na arguição de relevância, a decisão do STF não precisava de motivação e ainda era tomada sob sigilo. A decisão sobre repercussão geral precisa ser motivada (art. 93, IX, CF/88), será pública (não há mais julgamento feito pelo Judiciário a portas fechadas, mesmo as administrativas, art. 93, IX e X, CF/88) e ainda exige quorum qualificado para deliberação (DIDIER JUNIOR, vol. 3, p. 315-316).

Medina, Wambier e Wambier expõem que a justificativa dada, naquela época, para que a arguição de relevância fosse determinada em sessão secreta e sem fundamentação estava no fato de que não se tratava de um ato jurisdicional, mas de um ato de natureza legislativa, já que os ministros do Supremo estabeleciam as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário com base no inciso XI do então artigo 325, que dizia que o recurso extraordinário seria cabível “em todos os demais feitos, quando reconhecida a relevância da questão federal”. Ponderam ainda que essa explicação não convencia e que as críticas da comunidade jurídica, dos operadores e estudiosos do direito eram severas ao instituto em questão pois, equivocadamente, ele se transformou em uma restrição (MEDINA, WAMBIER e WAMBIER, 2007, p. 248).

3.3. Natureza jurídica da repercussão geral e vigência

Os doutrinadores atribuem nomenclaturas diferentes para a natureza jurídica da repercussão geral, mas, de fato, todas têm o mesmo sentido: a repercussão geral é um pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário, que somente será admitido se demonstrada a transcendência do assunto para além da causa, seja a relevância do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico (CAMARA, 1998, p. 140; DANTAS, 2008, p. 216).

Fredie Didier também coloca a repercussão geral como um requisito para a admissibilidade do recurso extraordinário, no qual o recorrente, além de “ter que fundamentar o seu recurso em uma das hipóteses do artigo 102, III da CF/88, terá, também, de demonstrar o preenchimento desse novo requisito” (DIDIER JUNIOR, 2008, vol. 3, p. 313).

O STF, por fim, coloca-a como um “pressuposto de admissibilidade” do recurso extraordinário e que somente poderá ser exigida a partir de 03/05/2007, data do início da vigência da sua regulamentação pelo Regimento Interno do STF. Os recursos extraordinários anteriores regem-se pelas disposições legais vigentes anteriormente à instituição deste pressuposto (Supremo Tribunal Federal – Gabinete Extraordinário de Assuntos Institucionais. *Estudo sobre a “Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. Disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudenciaRepercussaoGeral/arquivo/estudoRepercussaoGeral.pdf>).

A Constituição Federal (artigo 102, § 3.º) estabelece que somente pela decisão de dois terços do Supremo Tribunal Federal é que o recurso extraordinário pode ser recusado, por ausência de repercussão geral.

Arruda Alvim chama esse *quorum* de prudencial¹¹, Fredie Didier de qualificado (DIDIER JUNIOR, 2008, vol.3, p. 313), Bruno Dantas de qualificadíssimo (DANTAS, 2008, p. 221).

O fato é que, além da negativa de repercussão geral, esse *quorum* de 8 ministros somente é exigido para edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante (artigo 103-A, Constituição Federal) e em controle concentrado de constitucionalidade para a declaração de constitucionalidade/inconstitucionalidade com modulação dos efeitos temporais, por razões de segurança jurídica e excepcional interesse social (artigo 27, Lei 9868 de 1999).

O que se leva em conta para a determinação desse *quorum* é a importância e a seriedade de tais decisões, que geram um grande impacto social. No caso da repercussão geral, como se trata de um conceito jurídico indeterminado, é necessária uma maior rigidez para sua negativa, uma vez que a regra é o cabimento do recurso extraordinário, e não sua inadmissibilidade.

4. Os critérios de aferição da repercussão geral e seus efeitos

4.1. Conceito Jurídico Indeterminado

O legislador, conforme explanado alhures, ao definir a repercussão geral, valeu-se de um conceito jurídico indeterminado¹²:

“[...] O §1º do art. 543-A, como se vê, não definiu, de modo pormenorizado, as questões em que há repercussão geral, mas valeu-se de outras expressões igualmente gerais, cujo sentido haverá de ser fixado com precisão pelo próprio Supremo Tribunal Federal. [...] Pensamos estar-se, aqui, em hipótese típica de interpretação de conceito vago ou indeterminado” (MEDINA, WAMBIER E WAMBIER, 2007, p. 242).

“[...] O legislador valeu-se, corretamente, de conceitos jurídicos indeterminados para a aferição da repercussão geral” (DIDIER JUNIOR, 2008, vol. 3, p. 316).

¹¹ ALVIM, Arruda. A EC n. 45, p. 65, *apud* DANTAS, *Op. cit.*, p. 220.

¹² “[...] O §1.º do art. 543-A, como se vê, não definiu, de modo pormenorizado, as questões em que há repercussão geral, mas valeu-se de outras expressões igualmente gerais, cujo sentido haverá de ser fixado com precisão pelo próprio Supremo Tribunal Federal [...] pensarmos estar-se, aqui, em hipótese típica de interpretação de conceito vago ou indeterminado” (MEDINA, WAMBIER e WAMBIER, *Op.cit.*, p. 242). No mesmo sentido: ... “o legislador valeu-se, corretamente, de conceitos jurídicos indeterminados para a aferição da repercussão geral” (DIDIER JUNIOR, Fredie...vol. 3, *Op. cit.*, p. 316); e ainda: “[...] a repercussão geral é, sem sombra de dúvida, um conceito jurídico que se encaixa à perfeição na qualificação de indeterminado ou vago” (DANTAS, *Op.cit.*, p. 234).

“[...] A repercussão geral é, sem sombra de dúvida, um conceito jurídico que se encaixa à perfeição na qualificação de indeterminado ou vago” (DANTAS, 2008, p. 234).

A razão para essa generalidade é “manter a regra permanentemente atualizada, dispensando modificações legislativas com vistas à adequação do seu conteúdo e às mudanças ideológicas de paradigmas” (DANTAS, 2008, p. 236).

Os chamados conceitos indeterminados, também conhecidos como conceitos vagos, devem sua existência aos sistemas austríaco e alemão (DANTAS, 2008, p. 230), já no século XIX, e aparecem, “muito comumente, na formulação de princípios jurídicos” que “são expressões linguísticas (signos) cujo referencial semântico não é tão nítido”, carecendo de contornos claros. “Esses conceitos não dizem respeito a objetos fáceis, imediata e prontamente identificáveis no mundo dos fatos” (MEDINA, WAMBIER e WAMBIER, 2007, p. 242).

Para que regras ou princípios que contenham conceitos jurídicos indeterminados sejam bem aplicados, eles precisam ser interpretados, e essa interpretação vem adquirindo uma importância cada vez maior no mundo contemporâneo, pois é tida, de fato, como um processo de “qualificação da realidade”, ligada, primeiramente à “própria significação do termo” e depois ao “próprio objeto”. Pode-se pensar em um “movimento pendular, que se dá entre o texto da norma e os fatos, até que haja o processo subsuntivo, ou seja, do encaixe dos fatos na norma e vice-versa” (MEDINA, WAMBIER e WAMBIER, 2007, p. 243-244).

Tereza Arruda Alvim Wambier afirma que conceitos juridicamente indeterminados e discricionariedade não podem ser confundidos: “a liberdade do juiz em decidir não se confunde, em hipótese alguma, com aquela que existe quando se exerce o poder que se convencionou chamar de discricionário na esfera da Administração Pública” (WAMBIER, 2001, p. 357); lição que é confirmada por Barbosa Moreira:

[...] o que um e o outro fenômeno têm em comum é o fato de que, em ambos, é particularmente importante o papel confiado à prudência do aplicador da norma, a quem não se impõe padrões rígidos de atuação. [...] Os conceitos indeterminados integram a descrição do fato, ao passo que a discricionariedade se situa toda no campo dos efeitos (MOREIRA, apud DANTAS, 2008, p. 233).

Embora os conceitos jurídicos indeterminados possam “comportar mais de uma interpretação, todas razoavelmente defensáveis”, a partir da “perspectiva jurídica, toda a problemática dessa situação emergente deve ser entendida e resolvida à luz de critérios jurídicos, e não linguísticos”. A incerteza deve ser eliminada pelos Tribunais: ao se depararem diante de normas que contenham conceitos jurídicos indeterminados, devem fixá-los aos casos concretos, não podendo criar inseguranças no mundo jurídico nem jurisprudências conflitantes (MEDINA, WAMBIER e WAMBIER, 2007, p. 244-245).

Daí decorre a necessidade de que o STF delineie, de modo nítido, seu entendi-

mento a respeito do que sejam questões que apresentam repercussão geral¹³. Resta aos doutrinadores e estudiosos dedicação especial ao assunto, definindo teoricamente os critérios de aferição da repercussão geral e, em conjunto com a análise de características semelhantes nas decisões já proferidas pelo Supremo, achar um parâmetro norteador para a aferição da repercussão geral nos dias atuais.

4.2. Repercussão Geral Social

Na análise semântica da expressão *repercussão geral* tem-se que a palavra *geral* significa o que é “comum à maior parte ou à totalidade de um grupo de pessoas”¹⁴; o conceito de “geral aproxima-se do de social. Em ambos o foco é o bem comum” (DANTAS, 2008, p. 237).

Tem-se, do próprio termo “geral”, a presunção da existência de uma relevância social e em razão disso ela será estudada primeiramente.

Bruno Dantas determina que o “intérprete deverá analisar o cenário social que aguarda pela decisão do STF”, que “só faz sentido falar em repercussão geral se se tem clara a coletividade que teoricamente deve receber os influxos da resolução da questão constitucional”. Cita como exemplos de grupos sociais os afrodescendentes, os índios, os remanescentes de quilombolas, os habitantes de um determinado município, os portadores do HIV, os trabalhadores rurais, os aposentados, os contribuintes etc (DANTAS, 2008, p. 240).

Ao definir grupo social relevante, o STF deve verificar qual a “relação-base entre o recorrente e o grupo social que possivelmente experimentará o impacto indireto da decisão” estabelecendo, ao definir se o interesse é de um determinado grupo social ou da sociedade inteira (e de fato toda sociedade pode ter interesse, quando se tratar, por exemplo, do fornecimento de medicamentos para portadores do HIV) “critérios gerais que assegurem a previsibilidade e a segurança jurídica” (DANTAS, 2008, p. 241).

A expressividade numérica do grupo não deve ser o fator preponderante, uma vez que a própria Constituição Federal estabelece, na essência dos direitos fundamentais, a salvaguarda dos direitos das minorias. O critério a ser utilizado não é o numérico, mas o da relevância social, apesar de haver uma tendência de que o recurso extraordinário discuta questões cada vez mais genéricas.

Há relevância social numa ação que discutisse, por exemplo, “problemas relativos à escola, à moradia ou mesmo à legitimidade do MP para a propositura de certas

¹³ Ressalta-se que essas definições já começam a serem feitas pelo Supremo pela sedimentação gradativa do tema e publicação na imprensa, especialmente pela Internet, em que há *links* específicos sobre assuntos com e sem repercussão geral, no próprio site do Supremo: Matéria com repercussão geral disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudenciaRepercussaoGeral/listarRepercussao.asp?tipo=S>. Matéria sem repercussão geral: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudenciaRepercussaoGeral/listarRepercussao.asp?tipo=N>

¹⁴ Novo dicionário Aurélio em CD-ROM, versão 5.0.

ações”; a repercussão geral deverá ser “pressuposta em um número considerável de ações coletivas, só pelo fato de serem coletivas” (MEDINA, WAMBIER e WAMBIER, 2007, p. 246).

Para a doutrina de Bruno Dantas, não será somente pelo fato de serem coletivas que as ações serão dotadas de repercussão geral:

[...] As ações coletivas cujo objeto seja a tutela de direitos difusos, em quase sua totalidade, serão dotadas de repercussão geral. [...] No que concerne à tutela dos direitos coletivos e individuais homogêneos, entendemos que já não se pode fazer a conexão conceitual com a repercussão geral. [...] A caracterização da repercussão geral dependerá do grupo social relevante, e não da questão debatida (DANTAS, 2008, p. 244-245).

Castro e Siqueira delimitam o reflexo social da repercussão geral para as matérias que envolvam direitos coletivos ou difusos, desde que enquadrados como direitos protegidos pela ordem constitucional e que versem sobre educação, moradia, saúde, seguridade social, ou seja, sobre temas “similares àqueles veiculados em ações populares, ações civis públicas e mandados de segurança coletivo”. Reafirmam que o objeto deve, ainda, influenciar a situação de fato de várias pessoas, o que também seria aplicável às hipóteses de substituição processual, em que, por exemplo, um sindicato represente todas as empresas a ele filiadas. Confirmam o explanado alhures no sentido de que a repercussão geral social se “aproxima do requisito da transcendência para fins de demonstração da repercussão geral, vez que, em ambas as hipóteses, a decisão, no processo, deve propagar seus efeitos para além das partes envolvidas na demanda” (CASTRO e SIQUEIRA, *Jurisprudência e doutrina limitam a aplicação da repercussão geral*. Disponível em: <http://www.analiseadvocacia.com.br/artigos/jurisprudenciaedoutrina.php>, acesso em 19 abr.2009).

4.3. Repercussão Geral Jurídica

A relevância jurídica existiria quando “estivesse em jogo o conceito ou a noção de um instituto básico do nosso direito, de molde a que aquela decisão, se subsistisse, pudesse significar perigoso e relevante precedente” (MEDINA, WAMBIER e WAMBIER, 2007, p. 246).

Em razão do § 3º do artigo 543-A, do Código de Processo Civil, haverá repercussão geral jurídica quando o recurso extraordinário impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante no Tribunal, pois, nesse caso, se terá ultrapassado o interesse subjetivo da causa uma vez que a divergência colocada em choque a autoridade das decisões e jurisprudências da Suprema Corte no que tange à sua função unificadora.

Exemplos de temas que teriam repercussão geral são dados por Fredie Didier, dentre os quais considera-se como tendo repercussão jurídica as “questões que, em razão da sua magnitude constitucional devem ser analisadas pelo STF em controle di-

fuso da constitucionalidade, como aquelas que dizem respeito à correta interpretação/aplicação dos direitos fundamentais” (DIDIER JUNIOR, 2008, vol. 3, p. 316-317).

Ainda há repercussão geral jurídica “quando a matéria envolve interpretação e alcance de determinado instituto jurídico ou princípio de direito. É evidenciada também quando uma lei tem a sua presunção de constitucionalidade questionada, fundamentadamente, em juízo, ou quando se tem acolhida a alegação de contrariedade ao texto constitucional”. E reafirmando o explanado alhures, enquadra-se como de relevância jurídica o “requisito objetivo previsto no § 3º do artigo 543-A, do Código de Processo Civil, segundo o qual haverá repercussão quando o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do STF” (CASTRO e SIQUEIRA, *Jurisprudência e doutrina limitam a aplicação da repercussão geral*. Disponível em: <http://www.analiseadvocacia.com.br/artigos/jurisprudenciaedoutrina.php>, acesso em 19 abr.2009).

Analisando o tema sob a ótica constitucional e diante da realidade atual em que todos os ramos do direito devem ser lidos sob esse prisma, considerando-se todos os princípios explícitos e implícitos existentes, tem-se que, grande parte dos temas, se colocados sob a ótica constitucional nas ações originárias, preenchidos os demais requisitos, poderiam chegar ao Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, como envoltos de repercussão geral jurídica.

É certo que, se um determinado assunto é normatizado pelas leis em sentido amplo, significa que ele é relevante para o mundo jurídico; se não o fosse, não necessitaria de regulamentação.

Portanto, a relevância jurídica certamente estará vinculada com a relevância social e/ou com a econômica, além da política. Por isso, não só a multiplicidade de recursos extraordinários deve ser considerada: é fundamental a análise da transcendência do assunto para além de um pequeno grupo, porque sempre haverá mais de uma pessoa¹⁵ interessada em qualquer dos assuntos que seja objeto de recurso extraordinário.

A relevância deve ser geral ou, se não, ao menos relacionada com um tema constitucional em que haja divergência sobre sua aplicação ou constitucionalidade, sob pena de banalizar-se o instituto da repercussão geral, que foi criado para ser um filtro para tantos recursos extraordinários que chegam ao Supremo.

4.4. Repercussão Geral Política

Seguindo o mesmo entendimento já exposto, a repercussão geral política, muito provavelmente, estará relacionada a assuntos de relevância jurídica, econômica e social, como de fato deve ser; os assuntos de interesse político não subsistiriam se deles fosse retirado o seu contexto principal; eles refletem interesses outros, classificados

¹⁵ Isso é indubitável diante do gigantismo do território brasileiro e da taxatividade constitucional das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário.

como prioritários pela sociedade brasileira, de forma direta ou indireta, por meio de seus representantes.

Haverá relevância política quando de uma causa surgisse uma decisão “capaz de influenciar relações com os Estados estrangeiros ou organismos internacionais” (MEDINA, WAMBIER e WAMBIER, 2007, p. 246).

Também há relevância política quando o assunto “versar sobre conflitos entre entes políticos de natureza pública”; ou, ainda, se estiver relacionado com a “política econômica pública ou diretrizes governamentais” (CASTRO e SIQUEIRA, *Jurisprudência e doutrina limitam a aplicação da repercussão geral*. Disponível em: <http://www.analiseadvocacia.com.br/artigos/jurisprudenciaedoutrina.php>, acesso em 19 abr.2009).

Tem-se, no Brasil, um federalismo cooperativista; não há hierarquia entre os entes políticos mas há uma divisão constitucional de competências, em que muitas tarefas são realizadas em cooperação pelos Estados, Municípios e União (LENZA, 2008, p. 245-286).

Diversos são os direitos reconhecidos pela Constituição Federal¹⁶ a todos indivíduos que, de algum modo, estejam no território nacional.

Ocorre que, para garantir a realização desses direitos, uma série de políticas públicas precisam ser realizadas por aqueles que detêm a representatividade adequada do povo, determinando o que é mais importante para aquele momento histórico e em razão disso será realizado; o que não for classificado como tão importante, ficará em segundo plano (LENZA, 2008, p. 287-662).

Não importa se o assunto em questão seja elencado como de primeira, de segunda, de terceira, quarta e até mesmo quinta geração (LENZA, 2008, p. 588-589). Sem a atuação da Administração Pública, que engloba tanto os agentes públicos quanto os políticos, não haveria como se organizar, definir diretrizes e implementar as garantias necessárias para que se atinja o bem comum.

Logo, dentro dos assuntos que tenham repercussão política, além daqueles que envolvem o relacionamento do Brasil com Estados e Organismos Internacionais, precisam ser considerados os temas relacionados à divisão constitucional de competências entre os entes federados, os assuntos pertinentes aos agentes políticos, aos agentes públicos e a todos os órgãos e entidades encarregados de implementar as políticas públicas determinadas pelo governo.

Assuntos como o caos do sistema público de saúde, do sistema habitacional e dos presídios brasileiros¹⁷, por exemplo, relacionam-se com a relevância política, assim como o desvio das verbas destinadas a segmentos importantes ou muitas vezes, nem destinada.

¹⁶ Cita-se como parâmetro a Constituição Federal por ser ela o diploma de mais elevada importância no ordenamento brasileiro, mas tal afirmação também tem eficácia em relação às leis em sentido amplo, desde que declarem a existência de direitos e valores reconhecidos como importantes para o mundo jurídico.

¹⁷ Que já foram, inclusive, objeto de ação junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

É certo que há uma limitação financeira para que o Estado, em sentido amplo, realize suas metas e em especial o mínimo existencial, e ela há de ser considerada¹⁸; mas garantias fundamentais mínimas não podem ser desprezadas sob esse argumento e as instituições responsáveis pela defesa da sociedade, dentre elas o Ministério Público, têm o dever de fazer chegar ao Supremo, por meio do recurso extraordinário, por exemplo, questões paradigmáticas que afetam a sociedade brasileira como um todo.

Questões importantes é que precisam chegar à Suprema Corte a fim de que seja cumprida sua função precípua: de guardiã da Constituição Federal.

4.5. Efeitos Vinculantes

4.5.1 Da decisão que nega existência de repercussão geral

De acordo com o artigo 543-A do Código de Processo Civil, parágrafo quinto, se *negada* a existência da repercussão geral, a *decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica*, que serão *indeferidos liminarmente*, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (grifo nosso).

Tem-se, atualmente, uma “tendência de transformação do recurso extraordinário em instrumento de controle difuso e abstrato da constitucionalidade das leis” (DIDIER JUNIOR, 2008, vol. 3, p. 317). A introdução da súmula vinculante e da repercussão geral no ordenamento jurídico são exemplos claros dessa objetivação (LENZA, 2008, p. 152-157).

Nesse sentido, correta a regulamentação no sentido de que o pronunciamento do Pleno do STF sobre a repercussão geral em determinada questão “vincula os demais órgãos do tribunal e dispensa, inclusive, que se remeta o tema a um novo exame do Plenário [...] haja ou não enunciado sumulado a respeito” (DIDIER JUNIOR, 2008, vol. 3, p. 317-318).

Negada a existência da repercussão geral¹⁹, admitir-se-á o juízo de inadmissibilidade do recurso extraordinário pela ausência de repercussão geral, por decisão do Presidente do tribunal *a quo*, por decisão monocrática do relator (art. 557, CPC) ou ainda por acórdão de turma do STF.

Medina, Wambier e Wambier concluem a necessidade do efeito vinculante da decisão denegatória da repercussão geral:

¹⁸ ADPF 45.

¹⁹ Só o Pleno o poderá fazer, pois necessita do pronunciamento de dois terços dos membros do Tribunal, conforme já explanado. Mas “é possível que a turma do STF conheça do recurso, por reputar geral a questão discutida, sem necessidade de remeter os autos ao plenário, desde que haja no mínimo quatro votos a favor da repercussão geral (art. 543-A, § 4º, CPC, acrescentado pela lei federal 11.418/06; se são onze ministros e oito é o mínimo de votos para negar a existência da repercussão geral, é razoável dispensar a remessa ao plenário se quatro ministros já admitem o recurso extraordinário)” (DIDIER JUNIOR, 2008, vol.3, p. 314).

É que, não fosse assim, a reforma constitucional ficaria sem sentido, já que cada recurso extraordinário, para ser rejeitado em razão da ausência de demonstração de repercussão geral, dependeria sempre da reunião do Pleno do STF, o que conduziria a um resultado contraproducente (MEDINA, WAMBIER e WAMBIER, 2007, p. 249).

4.5.2. Na repercussão geral por amostragem²⁰

A repercussão geral somente será aferida, no Supremo, depois de verificado pelo relator a presença dos demais requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário²¹. Por certo que, ausente a preliminar formal da repercussão geral ou quando a matéria já estiver pautada como “sem repercussão geral”, o próprio Presidente recusará o recurso extraordinário, sem ao menos distribuí-lo (artigo 327 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (artigo 328-A), observado o disposto no artigo 543-B²² do Código de Processo Civil, que estabelece as “linhas mestras” (DANTAS, 2008, p. 316) do procedimento: selecionar-se-á um ou mais recursos representativos da controvérsia, sobrestando-se os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. Negada a existência da repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. Julgado o mérito, os tribunais de origem, turmas de uniformização ou turmas recursais poderão declarar os recursos sobrestados prejudicados ou retratar-se; se não acompanharem o julgamento do Supremo, este poderá cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada, garantindo assim a autoridade de suas decisões.

Para Medina, Wambier e Wambier, “se houver o sobrestamento indevido da tramitação de algum recurso extraordinário por essa razão, deverá ser admitido *agravo* para o STF (cf. art. 544)”, onde haverá a demonstração de que aquele recurso sobrestado indevidamente não se insere no rol dos recursos com fundamento em idêntica controvérsia selecionados pelo tribunal de origem (MEDINA, WAMBIER e WAMBIER, 2007, p. 251).

Caso cheguem ao Supremo múltiplos recursos extraordinários com fundamento em idêntica controvérsia, caberá ao Presidente ou ao relator (artigo 328 do RISTF) a sele-

²⁰ Nomenclatura dada por Fredie Didier (DIDIER JUNIOR, 2008, vol. 3, p. 318-321).

²¹ Artigo 323 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

²² Como esse artigo relaciona-se com a verificação da existência, pelo STF, da repercussão geral, presume-se que o recurso extraordinário tenha sido admitido (ou que tenha condições para sê-lo). Se o recurso extraordinário é inadmissível, não se aplica o artigo 543-B do Código de Processo Civil, devendo seu seguimento ser negado pelo Presidente ou Vice-Presidente do tribunal local (DIDIER JUNIOR, vol. 3, *Op. cit.*, p. 318).

ção de um ou mais recursos representativos da controvérsia, devolvendo os demais para aplicação do artigo 543-B do Código de Processo Civil.

A vinculação da decisão que nega a existência da repercussão geral (§ 2.º do artigo 543-B do Código de Processo Civil) é considerada, por Fredie Didier, como “a mais importante inovação” em todo o procedimento: “se for negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos” (DIDIER JUNIOR, 2008, vol. 3, p. 319).

O procedimento presente na repercussão geral por amostragem é de importância *sui generis*, pois vinculará todos os demais recursos extraordinários que tenham a mesma tese jurídica (DIDIER JUNIOR, 2008, vol. 3, p. 320).

4.5.2.1. Efeito regressivo

Ainda tratando-se do julgamento por amostragem, o artigo 543-B, § 3º, confere ao recurso extraordinário um efeito regressivo (DIDIER JUNIOR, 2008, vol. 3, p. 320): reconhecida a existência da repercussão geral e “julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se”. Se não o fizerem e mantiverem a decisão, admitindo o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada (§ 4º, artigo 543-B, CPC).

O efeito regressivo atribuído ao recurso extraordinário tem uma dogmática diferente daquele usualmente utilizado na apelação ou agravo de instrumento, que permitem o juízo de retração logo após a interposição do recurso. No recurso extraordinário, o juízo de retratação do órgão *a quo* ocorrerá após a decisão do Supremo “sobre a questão de direito que corresponde à *ratio decidendi* no julgamento do recurso que subiu como amostra”. A retratação se justifica porque a decisão do Supremo Tribunal Federal foi tomada em abstrato, procurando resolver o problema em tese, e os tribunais locais devem adequar-se ao que foi decidido, sob pena de ineficácia do julgamento por amostragem (DIDIER JUNIOR, 2008, vol. 3, p. 320-321).

5. Conclusão

A criação da repercussão geral é elogiável: instituto novo no ordenamento jurídico brasileiro, com a natureza jurídica de ser mais um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário e a finalidade de racionalizar os trabalhos do Supremo Tribunal Federal, garantindo que esta Corte funcione de acordo com o que a própria Constituição Federal determinou, como uma guardiã do texto constitucional em seu aspecto objetivo, permearam o instituto de uma importância especial.

Do ponto de vista material, a repercussão geral foi definida através de um conceito jurídico indeterminado e, ao que parece, o objetivo do legislador foi realmente esse: permitir que a norma permaneça-se sempre atualizada e que seja aplicada de

acordo com cada caso concreto, por uma interpretação conforme, que será feita apenas pelo Supremo Tribunal Federal, levando-se em consideração os avanços tecnológico, social, político etc de cada momento histórico.

A generalidade da definição da repercussão geral – “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa” – faz com que, apesar dos estudos doutrinários, apenas o Supremo concretize o instituto nos casos específicos levados a julgamento por meio dos recursos extraordinários, porque a competência para a aferição dos assuntos que têm e dos que não têm repercussão geral é apenas dele.

Essa tarefa da Suprema Corte de interpretar e definir o que tem e o que não tem repercussão geral é relevante, pois vinculará todos os demais órgãos do Poder Judiciário, e precisa ser feita com muita cautela.

Iniciando esse processo de definição e regulamentação, o Supremo já permeia como “irrecorríveis” as decisões que negam a existência da repercussão geral e as que admitem a presença do *amicus curiae*, um representante da sociedade que irá conferir legitimidade ao julgamento uma vez que contribui acrescentando elementos e fatos relevantes sobre o tema objeto do debate.

Insta ressaltar que importantes decisões reconhecendo a existência da repercussão geral já foram proferidas e merecem elogios vez que se relacionadas a assuntos que realmente têm relevância transcendental.

Por suposto que não haverá identidade entre os recursos extraordinários porque os detalhes de cada caso concreto sempre serão diferentes e a repercussão geral será aferida conforme as semelhanças apresentadas.

Assim como as hipóteses de cabimento são taxativas, devendo ser analisadas sob o prisma constitucional, a análise da repercussão geral deve ter parâmetros comuns, como por exemplo: análise do grupo social envolvido e do que será atingido pela decisão, tema que permeia interesse constitucionalmente protegido, de modo amplo, assuntos que refletirão em um número ímpar de contribuintes, por exemplo, em relação aos impostos federais, assim como na atividade econômica de todo o país.

A quantidade elevada de recursos extraordinários não pode ser o critério para definir se há ou não repercussão geral, e esse critério vem sendo utilizado como justificativa²³ pela Suprema Corte. Pode ser que os assuntos realmente sejam permeados de repercussão geral, mas essa análise deve ser feita sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico; esses são os critérios norteadores dados pela lei e repetidos no Regimento Interno do Supremo. Se a matéria é relevante e interessa um grande número de pessoas, há repercussão geral social; o grupo social envolvido é que deve ser analisado (sempre!) na definição da repercussão geral. Percebe-se, por exemplo, da análise dos assuntos já definidos como tendo ou não repercussão geral²⁴, um grande número

²³ RE N. 576.189-RS; RE 556664-RS.

²⁴ Matéria com repercussão geral disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudenciaRepercussaoGeral/listarRepercussao.asp?tipo=S;>

de recursos extraordinários oriundos do Rio Grande do Sul e um número reduzido advindos da região norte: o desenvolvimento econômico/cultural é fator preponderante na definição do perfil das pessoas de uma região, pessoas com grau de conhecimento maior, lutam mais pelos seus direitos. Nada obsta, pois, que um tema com apenas um recurso extraordinário seja mais importante do que outro com diversos (como ocorre na área tributária), advindos de uma mesma região. O critério de definição jamais pode ser a quantidade elevada de recursos extraordinários!

Não há problema se, na aferição da repercussão geral, o Supremo considera que o assunto é importante apenas em uma seara, por exemplo, econômica (como, por exemplo, a extensão de benefícios a servidores inativos)²⁵, embora o seja em outras. O que importa é o reconhecimento da existência da repercussão geral, que vinculará os demais recursos extraordinários com o mesmo assunto.

O que jamais pode ocorrer são questões com o mesmo tema serem consideradas, em alguns casos com repercussão geral e em outros sem, como ocorreu com RE 565.713-SP²⁶: o Supremo considera a mesma matéria principal (extensão de vantagens a inativos) como assunto SEM repercussão geral.

Outro antagonismo ocorreu entre a decisão que reconhece a existência da repercussão geral no caso da “transferência de servidor público, de ofício, para local onde não haja instituição de ensino superior congênera”²⁷ e outras que negam sua existência em temas de maior relevância, também relacionados aos agentes públicos, como por exemplo, em relação ao teto²⁸, subteto²⁹, sistema remuneratório e de benefícios³⁰ dos servidores públicos.

Em um recurso extraordinário o Supremo considera que a inobservância do devido processo legislativo³¹ é assunto permeado de repercussão geral (como de fato o é) em outro que não³².

Outro ponto muito importante é a vinculação das decisões acerca da repercussão geral. Realmente não haveria sentido no presente instituto se as decisões do Supremo não tivessem esse caráter; se, diante de cada caso concreto o Supremo tivesse de se pronunciar novamente, a finalidade de ser “um filtro” para o recebimento dos recursos estaria banalizada.

Matéria sem repercussão geral <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/RepercussaoGeral/listarRepercussao.asp?tipo=N>.

²⁵ Como ocorreu no RE N. 572.884-GO, em que o tema era a extensão de benefícios a servidores inativos. Apesar de haver repercussão geral social e política, o Supremo reconheceu que a questão era relevante do ponto de vista econômico, apenas.

²⁶ RE 565.713-SP.

²⁷ Informativo 507 do STF, REPERCUSSÃO GERAL EM RE N. 576.464-GO.

²⁸ RE 562.581-SP.

²⁹ RE 576.336-RO.

³⁰ RE 579.720-MG; RE 578.657-RN.

³¹ Informativo 507 do STF: REPERCUSSÃO GERAL EM RE N. 575.093-SP.

³² RE 565.506-DF.

Ocorre que, em dois momentos importantes, o Supremo determina a irrecorribilidade de sua decisão: tanto da decisão que nega a existência da repercussão geral quanto da que admite, ou não, a presença do *amicus curiae*. Incoerente, senão inconstitucional, essa determinação do Regimento Interno, pois cerceia direitos constitucionalmente assegurados.

Tem-se que a repercussão geral foi criada para atender finalidades nobres, e acompanha a tendência mundial de objetivação das decisões proferidas pelas Cortes Supremas. Em razão disso, a ela foram dados procedimentos e características também nobres, além da produção de efeitos *erga omnes* e vinculantes.

É necessário um estudo profundo do presente instituto pelo Supremo Tribunal Federal, em cada caso concreto, com o escopo de, ao reconhecer ou não a existência da repercussão geral, criar decisões pragmáticas, que contribuam efetivamente para o desenvolvimento e aprimoramento do ordenamento jurídico, porque, uniformizando-o, a celeridade e a justiça da prestação jurisdicional estarão garantidas. Caso haja desvio no reconhecimento da repercussão geral, com decisões ambíguas e contraditórias, esse instrumento se transformará em um meio arbitrário de cerceamento de direitos constitucionalmente garantidos.

Roberta Gonçalves de Souto e Silva é advogada, especialista em Ciências Penais e em Direito Processual pela Universidade do Sul de Santa Catarina, e em Direito Público pela Universidade Gama Filho. e-mail: sutoroberta@adv.oabmg.org.br.

Referências

ABREU, Frederico do Valle. *Conceito Jurídico Indeterminado, interpretação da lei, processo e suposto poder discricionário do magistrado*. Artigo disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6674>, acessado em 14 mai.2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso fev.-ago. 2009.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm, acesso fev-jun.2009.

_____. Lei n. 8884 de 11 de junho de 1994, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm, acesso em 13 mai.2009.

_____. Lei n.9.868 de 10 de novembro de 1999, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm, acesso em 13 mai.2009.

_____. Lei n. 9.882, 3 de dezembro de 1999, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm, acesso em 13 mai.2009.

_____. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002, Código Civil, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm, acesso fev-jun.2009.

_____. Lei n. 11.418, 19 de dezembro de 2006, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11418.htm#art2, acesso em 20 fev.2009.

_____. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, disponível em http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_2008.pdf acesso fev-jun.2009.

_____. Supremo Tribunal Federal – Gabinete Extraordinário de Assuntos Institucionais. *Estudo sobre a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*, posição dezembro/2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudenciaRepercussaoGeral/arquivo/estudoRepercussaoGeral.pdf>, acessado em 07 mar.2008.

BUENO, Cássio Scarpinella. Entrevista concedida pelo Prof. Cassio Scarpinella ao site Saraivajur. Disponível em www.saraivajur.com.br. Material da 7ª aula de “Teoria Geral do Processo e Recentes Inovações Legislativas”, ministrada no curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual: Grandes Transformações (UNISUL–LFG).

CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 14 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, vol. II.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Anotações sobre o recurso especial*. RT 654/10.

CASTRO, Marcello; SIQUEIRA, Maina Novello. *Jurisprudência e doutrina limitam a aplicação da repercussão geral*. Artigo disponível em: <http://www.analiseadvocacia.com.br/artigos/jurisprudenciaedoutrina.php>, acessado em 19 abr.2009.

DANTAS, Bruno. *Repercussão Geral*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 9 ed. Bahia: JusPodivm, 2008, vol. 1.

_____; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civi*. Vol.3: *Meios de Impugnação às decisões judiciais e processos nos Tribunais*. 5 ed. Bahia: JusPodivm, 2008.
LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 12 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme, e ARENHART, Sergio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 3*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral dos Recursos em espécie e Processo de Execução*. 4 ed. São Paulo: Atlas S/A, 2007, vol. 2.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

Novo dicionário Aurélio em CD-ROM, versão 5.0 – revista e atualizada, baseada na edição impressa do Novo Dicionário Aurélio, de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, publicada pela Editora Positivo.

PAIVA, Lúcio Flávio Siqueira de. *A lei nº 11.418/06 e a repercussão geral no recurso extraordinário*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9470>.

<http://www.stf.gov.br>

<http://www.presidencia.gov.br/>

<http://www.saraivajur.com.br>.

STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8077&p=2>, acessado em 07 mar.2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 39 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003, vol. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória – recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Princípios e funções do contrato no Direito Privado contemporâneo

Principles and functions of the contract in contemporaneous Private Law

SÁVIO DE AGUIAR SOARES

Resumo: Exame da contratualidade desde a gênese do fenômeno em comento e seus meandros com a evolução social, política e econômica no decorrer dos paradigmas jurídicos aplicáveis, a fim de que seja compreendido o atual estágio do Direito dos Contratos e seus possíveis desdobramentos.

Palavras-chave: Contratos. Função social. Autonomia privada. Nova teoria contratual.

Abstract: Analysis of the contractuality, beginning with the genesis of the phenomenon and its meanders with the social, political and economical evolution during the applicable juridical paradigms, so as to understand the present stage of the Right of Contracts and its developments.

Keywords: Contracts. Social function. Private autonomy. New contractual theory.

1. Considerações preliminares

O Direito Contratual encontra-se numa fase sem precedentes diante das formulações doutrinárias que repercutiram na conceituação básica do fenômeno contratual e de seus desdobramentos no âmbito do ordenamento jurídico. A vontade como elemento vital e absoluto para a formação dos contratos não é suficiente para a configuração atual da contratualidade. Além do que a vontade é vislumbrada com uma nova roupagem que se traduz no princípio norteador da autonomia privada em decorrência de estudos e ponderações de juscivilistas de escol, tais como Emílio Betti, Arnoldo Wald, Antônio Junqueira de Azevedo, César Fiuza, Renan Lotufo, entre outros.

Os embates doutrinários são consideráveis em vista das numerosas colocações acerca da natureza jurídica dos contratos desde sua gênese e também quanto à evolução deste instituto jurídico que representa o sustentáculo do direito civil, haja vista que o contrato consiste no negócio jurídico por excelência. Com efeito, é incontroversa a relevância dos contratos para a consecução das atividades fundamentais da sociedade

que diz respeito à própria engrenagem socioeconômica fundada na circulação de bens e riquezas indispensáveis para a subsistência da humanidade.

Vale dizer, o fenômeno contratual não é adstrito ao âmbito privatístico, posto que a estruturação do arcabouço jurídico está disseminada nos vários ramos do direito que exigem meios de satisfação de seus propósitos pautados em relações jurídicas firmadas com esteio em figuras contratuais.

É cediço que a teoria geral dos contratos em consonância com o Direito Civil tem sido objeto de transformações emanadas de autêntica revisão, renovação, releitura, sobremaneira, fulcrando-se no prisma inafastável do direito civil constitucional. Nesse passo, muitos aspectos foram determinantes para a presente conformação da teoria contratual.

Cumprir frisar a superação do liberalismo jurídico calcado na massificação dos contratos com o surgimento dos contratos de adesão e o processo de solidarização social engendrado por uma crescente intervenção estatal nas relações jurídicas privadas que promoveu a concepção social do contrato ante a preocupação com a condição social e econômica das partes pactuantes e com os efeitos contratuais no tocante à busca de um satisfatório equilíbrio contratual.

Além disso, destaca-se o reexame da vetusta dicotomia entre o direito público e o direito privado, bem como do papel da Constituição da República na órbita do Direito Civil.

A principiologia contratual assume posição de relevo no desenvolver dos contratos, porquanto o regramento legislativo se perfaz à luz dos princípios jurídicos, positivados ou não, aplicáveis que enveredam conjuntamente com as etapas de evolução conceitual da teoria contratual desde a época reputada clássica do Estado liberal até o advento do Estado Democrático de Direito.

Vislumbram-se as sucessivas mudanças de paradigmas que refletem diretamente no conteúdo da teoria contratual. Isto é, cabe perquirir os efeitos resultantes da intitulada socialização dos institutos jurídicos no espectro contratual. A funcionalização dos direitos encontrada no texto constitucional irradia profusamente no campo jurídico-contratual, ressaltando a função social como cláusula geral que expressa um princípio informador o qual embora amplamente assentado ainda ocasione muitas contendas doutrinárias acerca de sua natureza.

A liberdade contratual está delimitada a partir da aplicação dos valores fundamentais da própria Constituição da República, sendo que não implica negar a autonomia privada dos sujeitos da relação jurídica contratual diante do fato de que aos particulares é dado agir na esfera privada dentro de um espaço de respeito, lealdade, solidariedade e de eticidade em conformidade com o bem comum e os interesses econômico-sociais.

A moderna hermenêutica contratual coaduna-se com a principiologia constitucional com o desiderato de revestir de concretude os valores fundamentais da dignidade humana, do trabalho, da livre iniciativa, da solidariedade, dentre outros, mediante o emprego das normas de direito privado. Assim, a função social deve alcançar todo o

ordenamento vigente de modo que os direitos subjetivos das partes contratantes sejam restringidos pelos ditames de ordem pública e pelos bons costumes devido à almejada eficácia social no tocante à utilidade do contrato, ou seja, a consagração do fim econômico do contrato de forma justa e equânime como será versado ulteriormente.

Torna-se imprescindível aclarar o estudo em tela com as considerações acerca dos influxos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, 11/09/1990) para a nova teoria contratual aliada aos preceitos da codificação civil de 2002 que trouxe algumas inovações capazes de suscitar dúvidas e polêmicas.

Desta feita, buscar-se-á examinar as propostas de alteração previstas pelo Projeto de Lei n.º 6960/2002 que tramita no Congresso Nacional, bem como os posicionamentos firmados pelas Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

Destarte, o desígnio deste trabalho é apresentar o embasamento teórico civilístico que constitui a linha de intelecção prevalente na seara contratual do Direito Privado contemporâneo (de perfil constitucional e funcionalizado), ensejando o exame de questões de interpretação jurídica e sobretudo relacionadas com a definição da função social dos contratos sob a égide do Estado Democrático de Direito.

2. *Contratualidade no direito privado*

Em que pese a posição de juristas¹ que propugnam a impossibilidade de identificar o momento histórico em que surge o instituto do contrato torna-se primordial assinalar que as raízes históricas dos contratos extraem-se do Direito Romano como fonte histórica do Direito no mundo ocidental adepto do sistema romano-germânico que abrange seguramente a maioria dos institutos e princípios do Direito Civil.

Importa mencionar aspectos de civilizações anteriores ao Império Romano para expressar as nuances da figura contratual. No direito hebreu, discorre Bernardo Wainstein (2003) que a cobrança de juros era proibida em contratos firmados entre os patrícios, porém autorizada com os *gentios*, sendo que na hipótese de descumprimento da avença cabia a penhora dos bens do devedor e seus dependentes ainda que indisponíveis à sobrevivência destes.

O citado autor frisa, outrossim, que consoante dispunha o direito hindu (Código de Manu) no contrato de empréstimo, quanto mais alta a posição do indivíduo na sociedade, menos juros lhe eram cobrados, assim como não era ilícita a cobrança de juros sobre juros.

No direito babilônico (Código de Hamurabi), por exemplo, o contrato de compra e venda era suscetível de anulabilidade que influenciou a normativa atual. Ao passo que no direito grego o contrato de compra e venda já admitia arras, e a duração do

¹ Entendimento esposado por juristas clássicos como Enzo Roppo e também entre os mais recentes como Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona.

contrato de arrendamento poderia se temporária ou perpétua, tendo sido adotada no Direito Romano sob a forma de enfiteuse.

Por seu turno, a disciplina jurídica dos contratos pressupõe a compreensão dos fundamentos históricos os quais informam a teoria contratual. Remonta-se ao Direito Romano com o escopo de verificar o limiar da sistematização jurídica, sendo o jurisconsulto romano Gaio o responsável pela conceituação das fontes das obrigações, ao fixar o contrato entre as convenções como avenças firmadas entre duas partes, dentre outras categorias, como a figura do quase-contrato, delito e quase-delito.

Mais precisamente na República Romana (entre 510 a.C. a 27 a.C.) havia o gênero *conventio* e as espécies *contractus* e *pactum(a)*.² Ao passo que a obrigação contratual exigia a observância de formalidades ante o caráter religioso existente. Entendia-se que os contratos só seriam salvaguardados pelos deuses se atendessem aos rituais adequados. Já os *pacta* eram firmados sem obediência à forma com fulcro tão-só no consenso das partes, uma vez que não previstos por lei seriam destituídos de força obrigatória (execução judicial).

Diante da utilização constante de alguns tipos de *pactum* a proteção foi estendida; todavia, os requisitos formais ainda predominavam na esfera contratual. Na Idade Média as exigências do Direito Romano ainda persistiam, mas foram paulatinamente mitigadas a partir de quando o contrato como instrumento abstrato passou a conferir obrigatoriedade às manifestações de vontade em face do princípio consensualista.

Destarte, o surgimento do fenômeno contratual teve como marco a ascensão do movimento iluminista francês que consagrou a força normativa do contrato no brocardo *pacta sunt servanda* (os contratos devem ser cumpridos) com a valorização extrema da vontade racional do homem ante a tendência individualista, antropocêntrica e patrimonialista. Inclusive o contrato na concepção do Código Civil Francês de 1804 (Código Napoleônico) detinha posição absoluta em virtude do poder conferido à vontade individual e à liberdade contratual.

Messineo, citado por Fiúza, preleciona que a instituição jurídica do contrato constitui reflexo do instituto da propriedade, posto que se trata de veículo de circulação de riquezas concebível em regimes lastreados nos conceitos da liberdade e da propriedade privada (FIUZA e ROBERTO, 2002).

A Revolução Industrial (século XVIII) repercutiu incisivamente para as transformações da sociedade civil por intermédio da ingente urbanização e concentração capitalista, dando azo à massificação das cidades, fábricas, dos meios de comunicação, gerando figuras como os contratos de adesão e as cláusulas contratuais gerais.

Na sociedade moderna o contrato assume feições ínsitas ao incremento do desenvolvimento econômico e do bem-estar material o que impõe a discussão doutrinária

² De acordo com César Fiuza e Giordano Roberto “os *contractus* não podiam existir sem uma exteriorização de forma e somente três categorias eram utilizadas: *litteris*, que exigiam a inscrição material no livro do credor; *re*, que demandavam a tradição efetiva da coisa, e *verbis*, que se validavam com a troca de expressões orais estritamente obrigacionais”, in: FIUZA e ROBERTO, 2002.

e jurisprudencial acerca de sua natureza jurídica. Por seu turno, vale mencionar as correntes e teorias acerca da formação dos contratos e seus consectários.

Pablo Stolze cita a posição de Orlando Gomes segundo o qual o contrato para os partidários da corrente voluntarista significa espécie de negócio jurídico em que a declaração de vontade dirige-se à provocação de determinados efeitos jurídicos (criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica).

Para os objetivistas o negócio jurídico como expressão da autonomia da vontade seria dotado de conteúdo normativo na medida em que consistiria num poder privado de autocriar um ordenamento jurídico próprio.

Salienta-se o duelo doutrinário entre os adeptos da teoria da declaração e da teoria da vontade. Para estes o primordial é a vontade real, sendo que a declaração seria a causa imediata. Vale dizer, se não houver concordância ente a vontade real e a declaração emitida deve prevalecer a intenção, tendo como expoentes Savigny, Windscheid, Enneccerus, ente outros. Para a segunda teoria nega-se valor à intenção em prol da declaração geradora de efeitos jurídicos de *per si*.

A teoria subjetiva ou voluntarista, a qual sustenta que a vontade real deve prevalecer sobre a vontade declarada, enfatiza o fato de que o negócio jurídico, por ser essencialmente vontade, deve apresentar a declaração mais fidedigna àquela.

Ao contrário, a objetiva (teoria da declaração) assevera que a eficácia do negócio jurídico depende tão-somente da declaração (inobservada a vontade real do declarante) visto que se trata de referencial.

André Luiz Menezes Azevedo Sette assinala mais duas teorias aplicáveis à teoria dos contratos. A teoria da responsabilidade é uma formulação mais branda da teoria da vontade, pois na hipótese de divergência responde o declarante pelos danos que causar se agiu com dolo ou culpa. Assim, o negócio jurídico é reputado válido na medida em que o destinatário atribuir culpa à outra parte pela eventual declaração viciada (SETTE, 2003).

A teoria da confiança, por sua vez, é a versão mais flexível da teoria da declaração. Uma vez emitida a declaração de vontade e suscitada a legítima expectativa no destinatário, consubstanciada na boa-fé contratual, inelutável a tutela jurídica da vontade declarada, conforme se deduz do art. 112 do Código Civil de 2002³.

Sem sombra de dúvidas, insta estudar o papel da vontade no tocante à vinculação dos contratos e sua justificação teórica no decurso da evolução jurídica do instituto sob exame o que será abordado com mais propriedade no tópico seguinte.

Em melhor síntese, César Fiuza define o contrato como “ato jurídico lícito, de repercussão pessoal e sócio-econômica, que cria, modifica ou extingue relações convencionais dinâmicas, de caráter patrimonial, entre duas ou mais pessoas, que, em regime de cooperação, visam atender necessidades individuais ou coletivas, em busca da satisfação pessoal, assim promovendo a dignidade humana” (FIUZA, 2006. p. 388).

³ Assim dispõe o art. 112 do Código Civil de 2002: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”

Nesse sentido, o desafio da contemporaneidade diz respeito à crucial massificação das relações contratuais diante da formalização de negócios jurídicos *standardizados* nos quais o conteúdo é manejado unilateralmente (por uma das partes) por cláusulas prefixadas, impondo-se à outra aceitar ou não a proposta, o que reproduz disparidade mormente de poder econômico entre os sujeitos contratantes, de sorte que a parte mais vulnerável submete-se à soberania da parte adversa pelo fato da imperiosa necessidade de contratar nas palavras de Georges Ripert.

O aparecimento desses instrumentos jurídicos supracitados segundo alguns autores revelava o declínio da noção de contrato ou até a sua morte. Nesses termos, Paulo Luiz Netto Lôbo entende que houve a absoluta inadequação do paradigma liberal do contrato em face da transformação dos pressupostos do contrato e da dimensão social deste.

O contrato de adesão pode ser conceituado como o negócio jurídico pelo qual a atuação de um dos agentes ocorre seguida da aceitação de um conjunto de cláusulas formadas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigatório de futuras relações jurídicas delineadas.⁴ Nesse passo, o Prof. César Fiuza considera contrato de adesão o que se celebra pela aceitação de uma das partes de cláusulas contratuais gerais propostas pela outra com o fito de constituir a totalidade ou ao menos a porção substancial do conteúdo da relação jurídica (FIUZA e ROBERTO, 2002).

O contrato de adesão não se afigura um tipo contratual ou uma categoria contratual própria, porém é considerado uma técnica de formação contratual que pode ser aplicado a várias espécies contratuais.

Sobressaem as cláusulas contratuais gerais como aquelas que entram na composição dos contratos de adesão, conquanto sem exclusividade, haja vista a possibilidade de existirem cláusulas contratuais discutidas entre as partes contratantes. Aquelas cláusulas são fixadas previamente, de maneira uniforme e abstrata, com o escopo de reger o conteúdo obrigacional das relações entabuladas.

A doutrina enumera as características distintivas no aspecto da pré-elaboração unilateral, na oferta uniforme e geral para uma quantidade indeterminada de pessoas e o pelo modo de expressão do consentimento da parte pela simples adesão.

A crítica mais contundente é quanto ao emprego dos contratos de adesão mediante abuso do poder econômico. Em contrapartida, reconhece-se sua importância na prática diária das contratações da atual sociedade massificada. Essa nova forma de contratar não é por si censurável, uma vez que tem incontestável relevância social e econômica.

Importa colacionar excerto da lavra dos juristas baianos Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, *ipsis verbis*:

“(...) Devemos reconhecer que, a despeito de sua suscetibilidade às expansões do poder

⁴ Definição adotada por Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona.

econômico, o contrato de adesão, desde que concebido segundo o superior princípio da função social, e pactuado em atenção ao mandamento constitucional de respeito à dignidade da pessoa humana, é uma instrumento de contratação socialmente necessário e economicamente útil, considerando-se o imenso número de pessoas que pactuam, dia a dia, repetidamente, negócios da mesma natureza, com diversas empresas ou com o próprio Poder Público.

(...) Vemos, portanto, que a nocividade desta figura contratual está muito mais ligada ao abuso desta técnica de contratação do que propriamente à sua dinâmica de elaboração, que, como visto tornou-se necessária em uma sociedade massificada como a nossa, sem prejuízo, porém, da coexistência, em menor escala, de situações fáticas em que a igualdade material das partes impõe o reconhecimento da aplicação dos preceitos disciplinadores tradicionais de autonomia privada (GAGLIANO e FILHO, 2006).

A Prof. Dra. Taísa Maria Macena de Lima entende a questão da crise da contratualidade como um impulso para a transformação do contrato do que um sintoma de sua decadência, de modo que com o advento da Constituição da República de 1988 o desafio que se coloca aos profissionais do Direito é a reconstrução do contrato e sua conformação ao Estado Democrático de Direito.⁵

A massificação sobredita propiciou a premente reestruturação dos princípios do contrato com esteio no abrandamento do liberalismo jurídico ante o dirigismo contratual retratado na maior intervenção do Estado na economia do contrato (no âmago das relações jurídicas de natureza patrimonial) em favor do contratante economicamente mais fraco, submetendo o interesse dos contratantes ao interesse público.

3. Posição dos contratos e constitucionalização

A ordem contratual sucessivamente adaptou-se às novas conjunturas segundo as doutrinas e princípios jurídicos incidentes, o que assegurou o amplo desenvolvimento das nações com supedâneo na figura do contrato como eficaz instrumento de satisfação das necessidades e desejos, assim como para obter e fruir os bens da vida e os serviços.

Nesse diapasão, a doutrina clássica decorreu do movimento iluminista que preconizava o liberalismo em todas as órbitas, de modo que o Estado seria mero garantidor das liberdades individuais e da autonomia contratual.

A vontade seria o fundamento da vinculatividade dos contratos em consonância com a total liberdade facultada às partes na celebração de seus negócios. Além do que, a principiologia do Direito Contratual denota a importância conferida à concepção do contrato como consenso e da vontade como fonte de efeitos jurídicos (única fonte de todas as obrigações).

⁵ LIMA, Taísa Maria Macena. *A nova contratualidade na reconstrução do direito privado nacional*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2007. Notas de aula.

As garantias outrora promovidas às partes pactuantes eram inócuas, dado que seriam lastreadas na abstração de que todos seriam iguais nas contratações (igualdade formal) e as obrigações delas decorrentes seriam justas e equânimes independentemente de qualquer condição.

A autonomia da vontade desde a época dos Romanos foi se consolidando como um dos mais importantes princípios no Direito Contratual clássico ou tradicional. O que resultasse do contrato seria justo porque as partes assim desejaram. Conforme anunciavam os defensores da doutrina liberal: quem diz contratual, diz justo.

Entendia-se o contrato como espaço de auto-regulação dos interesses privados como categoria abstrata e universalizante, intemporal. O contrato seria lei entre as partes, tendo em conta simplesmente os interesses individuais dos contratantes. Vale dizer, o postulado do *pacta sunt servanda*, ensejando a elevação da autonomia da vontade a caráter de dogma que se coadunou dentro da ideologia individualista típica do regime capitalista de produção.

Por consequência, retratava-se o princípio da obrigatoriedade contratual, uma vez manifestada a vontade as partes só se desvinculavam com o cumprimento do seu objeto ou com outro acordo de vontades, sendo cabível a exceção da impossibilidade de cumprimento por força maior ou caso fortuito (intangibilidade do conteúdo dos contratos).

O século XX marcou profundas alterações no Direito Contratual em face do cenário socioeconômico e político, sobremaneira com o recrudescimento das desigualdades no campo jurídico-contratual. Destacadamente, no pós-Segunda Guerra Mundial houve a necessidade de intervenção do Estado na regulação da atividade econômica a fim de coibir os abusos perpetrados no âmbito da autonomia da vontade.

Nessas circunstâncias fáticas e jurídicas surgiu o Estado Social de Direito no qual os princípios da liberdade, obrigatoriedade e relatividade contratual começaram a perder seu caráter absoluto, porquanto o legislador passou a intervir para reparar os desequilíbrios gerados pela ação de forças contratuais iníquas, acarretando a revisão do conceito de liberdade contratual.

Convém transcrever comentário de André Sette acerca da atribuição das novas funções estatais na seara do Estado Social de Direito, *in verbis*:

Neste contexto de busca pelo pleno desenvolvimento e minimização das diferenças sociais, começam a surgir novas Constituições, as quais trouxeram normas, quase todas de conteúdo programático, versando sobre a forma de intervenção estatal no domínio econômico, e trazendo consigo a idéia de intervenção estatal também nas relações contratuais, de forma a, se não acabar, minimizar as diferenças até então havidas. [...] Este processo de interferência do Estado foi chamado de dirigismo contratual. Chegou-se, por consequência, à conclusão de que a autonomia da vontade (ou liberdade contratual) teria limites de ordem pública, que foram erigidos em um outro princípio fundamental do Direito dos Contratos: o princípio da supremacia da ordem pública. [...] Onde se vislumbrava apenas o interesse individual passou a ser ver também um interesse sócio-econômico. O fundamento da vinculatividade dos contratos foi deslocado

da vontade para termos econômico-sociais (porque interessa à sociedade a tutela da situação jurídica que ali nasceu), justificando, via de consequência, a intervenção do Estado nos contratos; o que se convencionou chamar de dirigismo contratual. Surge, então, uma nova concepção sobre o Direito dos Contratos. Nasce, assim, a *doutrina moderna* (SETTE, 2009, p. 24-25).

Por conseguinte, a doutrina moderna que se assentou após o advento das Constituições Sociais⁵ se configura por suscitar verdadeira revisão da técnica constitucional, haja vista o tratamento legislativo mediante normas de política econômica e social.⁶

Paulo Luiz Netto Lobo (2003, p. 103-113) ressalta que a função da Constituição enquanto garantidora das liberdades formais foi acrescida da promoção da justiça social e de uma regulação efetiva da atividade econômica. A igualdade material torna-se um princípio norteador e estruturante nas relações jurídicas contratuais, em especial, na tutela jurídica da parte economicamente vulnerável e na busca das transformações necessárias para a constituição de uma sociedade plural, justa, livre e solidária.

O Direito dos Contratos inserto na órbita do Direito Privado é permeado pelos princípios e valores constitucionais em virtude da eficácia dos direitos fundamentais na sistematização e aplicação às relações jurídicas intersubjetivas. Isto é, os valores não patrimoniais, tais como a dignidade humana, direitos sociais, justiça distributiva para os quais devem se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais. Destarte, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona asseveram que os institutos jurídicos devem restar funcionalizados socialmente.

Os princípios da socialidade, eticidade e operabilidade que foram erigidos pela codificação de 2002 ao patamar de postulados fundamentais devem ser suficientes para a implementação dos valores constitucionais com o intuito de lograr a paz social e o pleno desenvolvimento econômico-social.

As normas constitucionais incidentes na esfera privada culminaram no processo de constitucionalização do Direito Civil com ênfase para os valores existenciais da pessoa humana. Entende-se que se deve colocar as situações patrimoniais a serviço das situações jurídicas existenciais. A adjetivação já consabida reflete a despatrimonialização do Direito Privado como um todo.

Maria Celina Bodin de Moraes entende o Direito civil constitucionalizado, socializado, publicizado, como expressão das transformações operadas pela normativa constitucional no âmago do Direito civil na sua totalidade seja do ponto de vista da criação, aplicação e interpretação jurídicas⁷.

⁵ A doutrina juscivilista aponta como precursoras a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 na formação da doutrina moderna do Direito dos Contratos.

⁶ A Prof. Dra. Taísa Lima, em suas aulas do Mestrado em Direito Privado pela PUC Minas (2006/2), frisa que o novo papel do Estado significou uma acentuada interferência estatal nas relações jurídicas privadas em decorrência de imposições de realização de justiça e paz social na mitigação de desigualdades fáticas entre contratantes.

⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. Disponível

Leonardo Mattietto afirma que a constitucionalização do direito civil corresponde a uma exigência de unitariedade do sistema jurídico pátrio do respeito à hierarquia das fontes, assim como forma de resguardar o Estado Democrático de Direito. Gustavo Tepedino, em artigo emblemático, argumenta acerca da significância da leitura constitucional que se deve fazer do Código Civil exatamente na busca pela unidade do sistema pela qual o referencial antes localizado na Lei Civil foi deslocado para a Constituição da República (TEPEDINO, 2004).

Luis Renato Ferreira da Silva, por sua vez, apresenta com propriedade a constitucionalização sob dois aspectos, quais sejam, do ponto de vista formal na medida em que os textos constitucionais passaram a conter disposições que se situavam nos Códigos Civis, bem como na ótica material no tocante à fixação da Constituição como fonte de valores informadores das regras de direito civil (SILVA, in: SARLET, 2003).

Demais disso, Mattietto aduz que a formação de uma mentalidade constitucionalista é cabível ao intérprete e construtor do sistema a adoção das normas contidas na Constituição cujas direções hermenêuticas de efetivo caráter de direito substancial devem estar presentes na regulação das situações jurídicas, bem como empreendendo uma civilística mais sensível aos problemas e às exigências da sociedade⁸.

4. As transformações do direito contratual

A reestruturação da principiologia contratual decorrente da aplicação das normas de ordem pública na esfera privada é corolário da sobredita despatrimonialização do Direito obrigacional/contratual. O solidarismo social tornou-se um dos objetivos a serem alcançados no seio do Estado Democrático de Direito, além dos valores renovados consagrados na Constituição Federal de 1988 alusivos à igualdade substancial (material), justiça contratual, boa-fé e da supremacia do interesse público e social sobre o particular.

A teoria geral dos contratos é dotada de nova roupagem na proporção que se funda nos princípios fundamentais da autonomia privada, boa-fé objetiva e equivalência material (justiça contratual) (NORONHA, 1994). Nesses termos, contrato afigura-se como meio de promover o bem comum, o progresso econômico e o bem-estar social. A moderna principiologia contratual não está apenas voltada à manifestação volitiva em si, mas sobretudo à própria repercussão social do negócio jurídico contratual.

em:<<http://www.idc.com.br>>. Acesso em: 15 dez. 2006.

⁸ MATTIETTO, in: TEPEDINO (coord.), 2000, p. 163-186. O autor expõe que a renovação do direito civil pelo reconhecimento da incidência dos valores e princípios constitucionais reflete não apenas uma tendência metodológica, mas uma preocupação com a construção de uma ordem jurídica mais sensível aos problemas e desafios da sociedade contemporânea com realce no campo jurídico contratual no sentido de coadunar as operações econômicas à promoção da pessoa humana.

Cumpra ponderar acerca do viés promocional dos contratos com vistas à proteção do ser humano e de sua dignidade, pois o contrato não pode mais ser compreendido tão-somente como meio de enriquecimento das partes contratantes. A liberdade contratual resta limitada pelas supramencionadas normas de ordem pública que têm ressonância na aplicação dos princípios jurídicos da nova teoria contratual.

Nessa esteira, o princípio da equivalência material consistente na exigência de equilíbrio contratual de direitos e deveres dos contratantes em todas as etapas da contratação. No dizer de Paulo Luiz Netto Lobo, com o escopo de garantir a proporcionalidade inicial dos direitos e deveres e também de corrigir qualquer desequilíbrio superveniente⁹.

Além disso, a obrigatoriedade ou vinculatividade contratual encontra-se relativizada ou mitigada devido à própria justeza das relações contratuais em que só incidirá a imposição da obrigação quando as condições econômicas da execução do contrato forem consonantes com as do tempo da celebração do negócio jurídico em tela.

Nesse prisma de transformações, releva apontar o fenômeno da socialização do contrato e do reconhecimento da boa-fé objetiva como parâmetros interpretativos e como normas jurídicas de observância cogente pelas partes no contrato.

Na inteligência do contrato enquanto fenômeno econômico-social sobrepõe-se o princípio da autonomia privada relativo à liberdade contratual, visto que as partes declarantes se auto-regulam em consonância com o interesse social na produção dos efeitos pretendidos. A autonomia da vontade encontra limites de ordem pública em favor do princípio da supremacia da ordem pública.

Eduardo Sens dos Santos preleciona que o princípio da autonomia privada é conceito jurídico mais moderno que alia dois dados extrajurídicos: um filosófico, fundado na tradição cristã de valorização da pessoa humana, e outro econômico, no tocante à livre iniciativa e liberdade econômica (SANTOS, 2004, p. 72), de sorte que é ponderoso o raciocínio do autor que ora se transcreve, *ad litteram*:

Portanto, pode-se afirmar, a liberdade contratual, que no Estado liberal se calcava no princípio da autonomia da vontade, passou a ser regida pelo princípio da autonomia privada e limitada pelo princípio da boa-fé objetiva, tornando o contrato mais afeto aos fins do Estado do bem-estar social propugnado pela Constituição da República. Compreendendo o princípio dentro do contexto histórico e econômico em que vivemos, im-

⁹ LÔBO, 2003 p. 111. Assim se expressa: “Talvez uma das maiores características do contrato, na atualidade, seja o crescimento do princípio da equivalência. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se a sua execução não acarreta vantagem desproporcional para uma das partes e onerosidade excessiva para outra, aferíveis objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária.”

pende ressaltar a evidente mitigação da autonomia privada ao patamar de mera iniciativa de uma das partes contratantes (Idem, *Ibidem*. p. 78).

Fernando Noronha sustenta a substituição da expressão autonomia da vontade por autonomia privada, *ipsis verbis*:

Atualmente, reconhece-se que nas obrigações contratuais o fundamental não é a vontade das partes, mas apenas saber-se que o ordenamento jurídico atribui a estas o poder de auto-regulamentarem os seus interesses e relações, na esfera privada (NORONHA; FIUZA; ROBERTO, 2002, p. 98).

Nesse paradigma jurídico emerge a teoria preceptiva do contrato segundo a qual o negócio jurídico é preceito de autonomia privada. O fundamento da vinculatividade dos contratos transfere-se da vontade das partes em prol do interesse social. Assim, o contrato só vincula quando existir um interesse socioeconômico. A razão de ser do contrato concerne a um fenômeno econômico-social e a vontade atua como condutor deste fenômeno.

A propósito, Orlando Gomes já pronunciava que o fenômeno da contratação “deixou de ser mero instrumento do poder de autodeterminação privada, para se tornar um instrumento que deve realizar também interesses da coletividade” (GOMES, Orlando. A função do contrato. *Novos Temas de Direito Civil*, cit. p. 109, apud MATTIETTO, in: TEPEDINO (coord.), 2000. p. 163-186).

A revisão da teoria contratual foi ampliada no Código Civil de 2002 com a inclusão de princípios, conceitos indeterminados e cláusulas gerais, permitindo ao magistrado maior alcance no controle dos contratos com espeque em instrumentos hábeis a fim de promover igualdade substancial, no teor do juízo de equidade, relativamente aos vínculos contratuais das partes das relações jurídicas tuteladas.

O novo direito contratual preocupa-se com a condição das partes contraentes, caracterizando-se pela crescente atenção dirigida à pessoa concreta em cada caso particular¹⁰. A proteção jurídica é voltada ao sujeito contratual economicamente mais fraco consoante as particularidades do caso concreto no espectro da constitucionalização do Direito Civil com vistas a considerar o direito positivo na ótica dos ditames constitucionais na proporção que a pessoa humana é posicionada no centro das preocupações normativas diferentemente do Direito Contratual clássico que se concentrava na prestação patrimonial.

¹⁰ Conforme Rentéria “a individualização da tutela de cada contrato deve partir igualmente da análise de seu perfil funcional, ou seja, além de questionar quem contrata e o quê, é preciso também investigar as razões do contrato, ou seja, as finalidades que as partes perseguem por meio da execução do contrato” (RENTÉRIA, in: MORAES, 2006).

5. Funcionalização dos contratos e seus reflexos na teoria contratual contemporânea

Quando a massificação se apresentou no campo jurídico-contratual houve a necessidade de revisão dos conceitos contratuais clássicos, uma vez que os interesses particulares e individuais deveriam adequar-se aos imperativos de ordem pública, aos interesses sociais e aos bons costumes, com o fito de corrigir os excessos do individualismo.

Sem dúvida, a postura mais intervencionista do Estado fomentou as mudanças que se operaram no domínio dos contratos. A socialização da noção de propriedade resultou na esfera contratual um conteúdo obrigacional distinto. No dizer de Miguel Reale a função social do contrato seria mero corolário dos mandamentos constitucionais consubstanciados na função social da propriedade, boa-fé, na justiça substancial, que devem matricular a ordem econômica e social.

A doutrina civil constitucional entende que a função social é derivada do princípio constitucional da solidariedade, sendo o instituto do contrato revitalizado à luz da função social que sobre ele se irradia e fixa certas limitações.

Por conseguinte, convém reprimir que a despatrimonialização do direito privado implica a funcionalização de todo o sistema econômico destinado à observância do interesse social.

Segundo Eduardo Sens dos Santos o contrato verdadeiramente não pode ser entendido como mera relação individual, sendo preciso atentar para seus efeitos sociais, econômicos, ambientais e até culturais. O contrato deve ser socialmente benéfico ou pelo menos não trazer prejuízos à sociedade (SANTOS, 2004).

A democratização jurídica do contrato representa, por inteiro, a superação do modelo clássico-individualista do séc. XIX, dado que na atualidade os direitos e garantias fundamentais são albergados em atendimento efetivo à função social na realização do bem comum.

Para Luis Renato Ferreira da Silva o contrato cumpre sua função social na medida em que permite a manutenção das trocas econômicas (justas e úteis), isto é, como instrumento de circulação de riquezas. Desse modo, estará atendendo as razões de seu reconhecimento jurídico quando estiver mantendo essa circulação. O contrato cumpre sua função sempre que permitir a realização e manutenção das convenções livremente estabelecidas. A função social do contrato é uma forma de concretização do objetivo constitucional da solidariedade social (SILVA, in SARLET)¹⁰.

Inquestionável que a socialização da propriedade culminou por se refletir na seara contratual, tornando o contrato não apenas como um instrumento de manifestação privada da vontade, mas também como elemento socialmente agregador. Consoante a interpretação do art. 421 do Código Civil pátrio¹¹, vislumbra-se aplicável o critério

¹⁰ SILVA. in: SARLET, 2003.

¹¹ Assim dispõe o art. 421 do Código Civil Brasileiro na sua atual redação: "A liberdade de con-

finalístico ou teleológico e outro critério limitativo para a caracterização desse princípio.

O escopo existencial do contrato encontra-se na sua função social, não obstante ser considerada esta referência despicienda, pois caberia à doutrina jurídica indicar as razões ou fundamentos do princípio jurídico.

Nos termos do Projeto de Lei nº 6960/2002. propõe-se a seguinte redação, *in verbis*:

“Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.”

A proposta consiste em aperfeiçoamento textual, pois corrige problemas de hermenêutica. O conteúdo do contrato é regulado nos lindes da função social e não simplesmente o ato de contratar ou abster do contrato como se lê da redação ora vigente, assim como retira a limitação imposta à autonomia contratual do seio existencial, que se mostra inadequado em se tratando de esfera de atuação intersubjetiva¹².

Quanto ao critério restritivo, a liberdade negocial encontra limites no interesse social e nos valores de dignidade humana, visto que o Novo Código Civil veio a explicitar a norma constitucional. Segundo Paulo Velten o disposto no art. 421 mitiga o princípio de que o contrato é *res inter alios*, posto que os terceiros, embora não participem da avença, podem ser compelidos a suportar seus efeitos (VELTEN, in NERY, 2006).

O Conselho da Justiça Federal promoveu valiosos encontros, denominados Jornadas de Direito Civil, que propiciaram entendimentos doutrinários consolidados por renomados juristas, ensejando aclarar o sentido do art. 421, ao designá-lo como indicador de cláusula geral em conformidade com a autonomia contratual e nova teoria aplicável¹³.

tratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

¹² Insta elucidar que a condição de existência do contrato à sua função social não pode ser absoluta, uma vez que o contrato desempenha outras funções igualmente relevantes na seara juscivilística, tais como a secular função econômica e a essencial função pedagógica (marco civilizatório).

¹³ Oportuno transcrever a íntegra dos enunciados formulados acerca da aplicação do art. 421 do Código Civil Brasileiro. “Enunciado n.º 21 Art. 421: A função social do contrato, prevista pelo art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito; Enunciado n.º 22 Art. 421: A função social do contrato, prevista pelo art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio da conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas; enunciado n.º 23 Art. 421: A função social do contrato, prevista pelo art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana; enunciado n.º 166 Arts. 421 e 422 ou 113: A frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade

Por seu turno, Humberto Theodoro Júnior diz que a liberdade de contratar pode suscitar prejuízos indevidos à sociedade e a terceiros que padeceriam dos efeitos externos das obrigações sem que com elas tivessem aderido (JÚNIOR, 2004).

Nos moldes da teoria contratual contemporânea, Renan Lotufo entende que a função social do contrato deve ser entendida como quarto requisito de validade do negócio jurídico, sendo nulo o negócio que não respeitar os limites impostos por essa nova cláusula geral.

Portanto, a livre iniciativa e o exercício da atividade empresarial são salvaguardados pela lei civil na medida em que atendam sua função social e assegurem a realização dos valores fundamentais, bem como estejam em conformidade com o dever de solidariedade reputado critério limitativo da liberdade de iniciativa econômica.

A cláusula geral da função social afasta o caráter individualista do contrato, impedindo o exercício abusivo de direito e da vantagem desproporcional, atenuando consideravelmente os princípios do *pacta sunt servanda* e o da relatividade dos efeitos do contrato. O fato de o contrato ter eficácia social, haja vista que repercute na sociedade e não apenas *inter alios acta*, dirige-se para a regulação dos efeitos externos da contratação (da relação obrigacional) (GAGLIANO e FILHO, 2006).

A funcionalização do instituto jurídico em comento é explanada com sobriedade por Nelson Nery Junior, nos termos seguintes:

O contrato tem de ser entendido não apenas como as pretensões individuais dos contratantes, mas como verdadeiro instrumento de 'convívio social e de preservações dos interesses da coletividade, onde encontra a sua razão de ser e do onde extrai a sua força – pois o contrato pressupõe a ordem estatal para lhe dar eficácia'. O contrato não pode ser mais visto como um negócio de interesse apenas para as partes, porque interessa a toda a sociedade, na medida em que os *standards* contratuais são paradigmáticos para outras situações assemelhadas. Portanto, tudo o que ocorre relativamente a um contrato terá, forçosamente, repercussão em outros casos que digam respeito ao mesmo tipo de contrato. Essa é apenas uma das conseqüências da nova socialidade do contrato (JÚNIOR, in: NETTO; SILVA, 2003, p. 446-447).

Na direção do que entende Antônio Jeová Santos a função social do contrato (leia-se funcionalização) é garante da humanização dos pactos e da estabilidade das relações contratuais ao submeter o Direito Privado a novas transformações em favor do meio social em que o contrato é celebrado, e executado numa visão inspirada na decantada solidariedade social como cláusula aberta, flexível, integrando-se numa relação de

da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no Direito Brasileiro pela aplicação do art. 421 do Código Civil; enunciado n.º 167 Arts. 421 a 424: Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos.”

equivalência no sentido de obstar que o mais fraco, premido pelas circunstâncias, seja obrigado a aceitar o que o mais forte lhe impõe¹⁴.

6. O papel do código de defesa do consumidor

Cumprir delinear, em linhas gerais, o influxo do Código de Defesa do Consumidor para a expansão do Direito Contratual, contemplando novas exigências de justiça contratual, assim como responsável pela introdução de novos princípios contratuais no ordenamento pátrio, quais sejam, a boa-fé e a equidade em matéria contratual.

Insta reiterar as lições do jurista mineiro Humberto Theodoro Júnior ao versar acerca do regime jurídico do Código de Defesa do Consumidor, *ad verbum*:

Não se pode ver a lei protetiva dos direitos do consumidor, portanto, fora do contexto criado pela Constituição para assegurar a livre iniciativa, a propriedade privada e a livre concorrência. O contrato de consumo, destarte, não se afastou das linhas clássicas que delineiam sua função social de proporcionar, com segurança, a circulação das riquezas, atendendo harmonicamente os interesses tanto dos produtores como dos consumidores (JÚNIOR, 2004, p. 67).

No entender de Humberto Theodoro Júnior os contratos de consumo desempenham função social pelos reflexos produzidos no meio social no que tange à superação do relativismo da relação entre credor e devedor e sua projeção no âmbito da comunidade. Isto é, na eliminação de praxes inconvenientes que inviabilizam o desenvolvimento econômico harmonioso e profícuo, assim como na imposição ética relacionada com a conduta dos sujeitos da relação negocial. Por seu turno, o microsistema do CDC trouxe instrumentos vigorosos a fim de lograr a necessária estabilidade e o equilíbrio geral do sistema jurídico e econômico, ditando novos rumos na evolução do regime contratual brasileiro (Idem, *Ibidem*. p. 70-72).

Para Mattietto, o Código de Defesa do Consumidor representa um símbolo da nova teoria dos contratos. Ao mencionar a ensinança de Antônio Junqueira de Azevedo o qual afirma encontrar no CDC um sucedâneo do Código Civil ou no mínimo um ponto de referência na atualização do direito contratual ainda na vigência da Lei Substantiva Civil de 1916. Ademais, aduz que o direito do consumidor deve ser examinado como um instrumento funcionalizado à tutela da pessoa humana com o desígnio de

¹⁴ SANTOS, 2004, p. 143-146. O autor salienta a importância de observar as razões que justificam a segurança jurídica no âmbito dos contratos diante de eventuais desequilíbrios das prestações, além do que sustenta a posição na qual o ordenamento jurídico positivo para preservar um mínimo de justiça contratual deve declarar ou derrogar, conforme o caso, disposições que não sejam úteis à paz social (em conformidade com as normas de ordem pública), na medida em que produzam agressão, hostilidade e desconfiança.

cumprir os valores constitucionalmente consagrados de promoção da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade do ser humano (MATIETTO, *Op. cit.*).

Em outras palavras, a regulamentação das relações jurídicas intituladas de consumo ao tratar da proteção contratual trouxe à baila uma série de dispositivos pertinentes que contribuíram com robustez para a identificação dos elementos estruturais e funcionais do contrato. A menção expressa aos contratos de adesão, às cláusulas contratuais gerais e sua aplicação na ordem jurídica positiva, bem como a conceituação de princípios jurídicos no âmbito do direito consumerista, refletiu na configuração da teoria contratual ora em vigor.

7. Considerações finais

Isso posto, impende concluir as ponderações de cunho doutrinário supracitadas a partir dos objetivos traçados pela hermenêutica contratual no sentido de assegurar a eficácia social das normas jurídicas constitucionais relativamente ao âmbito de incidência das relações jurídicas intersubjetivas, de modo que o instituto jurídico do contrato obtenha a máxima efetividade conforme os fins para o qual foi delimitado.

Ou seja, a verificação dos elementos essenciais do contato deve suceder num processo de criação e construção da norma contratual na ótica dos valores e princípios constitucionais, sendo que os interesses meramente individuais e egoísticos são restringidos em benefício da coletividade na realização dos interesses sociais relevantes.

Com efeito, não se cuida de abolir a liberdade contratual e o exercício dos direitos subjetivos concernentes à autonomia contratual necessária ao andamento das relações negociais próprias do sistema econômico neoliberal em vigor. Todavia, a égide principiológica do Estado Democrático de Direito insculpida no texto constitucional é de observância cogente na seara dos contratos regidos pelo Direito Privado.

No estágio atual da sociedade tecnológica de massa a inclusão das normas jurídicas de ordem pública constitui uma prática louvável para a manutenção da ordem jurídica fundada nos direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição da República que, sob nenhuma hipótese, podem ser aferidos como meras normas programáticas, não auto-aplicáveis.

Destarte, em virtude da preocupação da colocação da pessoa humana no centro do ordenamento jurídico e seus reflexos na consecução da justiça social, o conceito de função social dos institutos jurídicos enseja o perfil teórico dos contratos em conformidade com o fenômeno da funcionalização. Daí, resultando nas numerosas mudanças apontadas no presente artigo.

Portanto, a nova contratualidade aduz méritos inegáveis que inspiram os juristas e toda a comunidade jurídica a perscrutar o sentido e o alcance dos contratos no momento histórico hodierno a fim de mensurar o futuro desse instituto jurídico, que representa um dos pilares do Direito Civil à luz do sistema jurídico romano-germânico. Vale dizer que se traduz na contínua busca por segurança jurídica e pelo aperfeiçoamento das relações sociais, políticas, econômicas e jurídicas das sociedades envoltas

nesse contexto globalizado e repleto de desafios cada vez mais determinantes para a evolução das instituições basilares do mundo contemporâneo.

Sávio de Aguiar Soares é Mestre e Doutorando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Procurador do Estado de Minas Gerais.
e-mail: savio.aguiar@hotmail.com

Referências bibliográfias

COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos, in: TEPEDINO, Gustavo (coord.) *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *O novo código civil e a constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FIGUEIREDO, Marco Túlio Caldeira. *A função social do contrato no Estado Democrático de Direito*. 2005. 149 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

FIUZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Contratos de adesão*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FIUZA, César. Crise e interpretação no direito civil: da escola da exegese às teorias da argumentação, in: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire; OLIVEIRA NAVES, Bruno Torquato. *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona Filho. *Novo curso de direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2006, vol. 4.

JÚNIOR, Nelson Nery. Contratos no código civil: apontamentos gerais, in: NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; SILVA, Ives Gandra da. *Estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *O contrato e sua função social*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LIMA, Taísa Maria Macena de. Princípios fundantes do direito civil atual, in: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire; OLIVEIRA NAVES, Bruno Torquato. *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LIMA, Taísa Maria Macena. *A nova contratualidade na reconstrução do direito privado nacional*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Transformações gerais dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 16, out/dez 2003.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos, in: TEPEDINO, Gustavo (coord.) *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 163-186.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NORONHA, Fernando; FIUZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Contratos de adesão*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato, in: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Antônio Jeová. *Função social do contrato: lesão e imprevisão no CC/2002 e no CDC*. 2 ed. São Paulo: Método, 2004.

SANTOS, Eduardo Sens dos. *A função social do contrato*. Florianópolis: Editora OAB/SC, 2004.

SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. *Direito dos contratos: seus princípios fundamentais sob a ótica do Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SILVA, Luis Renato Ferreira. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social, in: SARLET, Ingo Wolfgang. *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil, in: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1-22.

TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual, in: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 217-237.

VELTEN, Paulo. Função social do contrato: cláusula limitadora da liberdade contratual, in: NERY, Rosa Maria de Andrade. *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: RT, 2006.

WAINSTEIN, Bernardo Julius Alves. *A nova principiologia do direito contratual: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual e função social do contrato*. 2003. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

Trabalho em condições análogas à de escravo: violação de direitos humanos

Labor in conditions similar to a slave: violation of the human rights

TÂNIA MARA GUIMARÃES PENA

Resumo: O presente artigo propõe analisar o trabalho em condições análogas à de escravo. O ponto de partida é a verificação do tratamento dispensado ao assunto em diversas normas de cunho internacional. As tentativas de explicações para o trabalho em tais condições são abordadas em seguida, passando-se na sequência à análise das condutas tipificadas no art. 149 do Código Penal Brasileiro. Ao final, em conclusão, objetiva-se demonstrar que o trabalho em condições análogas à de escravo representa repudiável violação de direitos humanos.

Palavras-chave: Trabalho escravo. Direitos humanos. Lei criminal. Violação de direitos.

Abstract: This article aims at analyzing the work in slave-like conditions. The starting point is the verification of treatment to the subject in various rules of international orientation. Attempts at explanations for work in such conditions are approached; then, we aimed at analyzing the behavior typified in Art. 149 of the Brazilian Penal Code. Finally, in conclusion, the objective is to demonstrate that working in conditions analogous to slavery is a reprehensible violation of human rights.

Keywords: Slave labor. Human rights. Criminal law. Violation of rights.

1. Trabalho forçado x trabalho escravo x trabalho em condições análogas à de escravo

Decorridos 121 anos da abolição oficial da escravidão no Brasil, as manchetes dos jornais denunciam a existência de “trabalho escravo”, rural e urbano, em vários estados da federação. As primeiras denúncias tiveram início na década de 70, pelo defensor de direitos humanos na Amazônia, Dom Pedro Casaldáliga. Daí em diante, diversos órgãos, estatais e não-estatais, de tempos em tempos aparecem na mídia com relatos chocantes sobre o tratamento dispensado aos trabalhadores, por alguns tomadores de serviço, pelo Brasil afora.

No início dos anos 90 o Brasil tornou-se uma das primeiras nações do mundo a admitir, perante a comunidade internacional, a existência de “trabalho escravo” em seu território.

A expressão “trabalho escravo” é utilizada pela imprensa em geral e considerada de fácil apreensão pela população, que identifica com o clássico conceito de escravidão as precárias condições de trabalho, a miséria, o cerceamento da liberdade individual e a ausência de direitos laborais impostos aos trabalhadores. Contudo, conforme se verá, a expressão não encontra ressonância em nosso ordenamento jurídico.

Diversos tratados e convenções internacionais¹ versam sobre trabalho forçado e/ou escravidão². O Tratado de Roma (que criou o Tribunal Penal Internacional), datado de 1988, cuidou de conceituar escravidão (art. 7º), nos seguintes termos:

Por “escravidão” entende-se o exercício de alguns ou de todos os atributos do direito de propriedade sobre um indivíduo, incluindo o exercício desses atributos no tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças.

Segundo o art. 1.228 do Código Civil Brasileiro, os atributos do direito de propriedade compreendem o direito de usar, gozar e dispor da coisa e de reavê-la de quem injustamente a possui ou a detenha.

Vê-se, com clareza, que os atributos do direito de propriedade³, no Brasil, somente recaem sobre coisas, e não sobre pessoas. Juridicamente, portanto, não existe escravidão⁴ no Brasil.

Excluída a possibilidade de se conceituar o objeto do nosso estudo como “trabalho escravo”, qual deve a terminologia adotada? Trabalho forçado, escravidão branca, superexploração do trabalho, trabalho degradante, trabalho em condições análogas a

¹ Convenção sobre Escravatura, da Liga das Nações (25/09/26); Convenção 29, da OIT (28/06/30); Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU (10/12/1948); Convenção Suplementar sobre Abolição da Escravidão, Tráfico de Escravos e Instituições e Práticas Análogas à Escravidão, da ONU (07/09/56); Convenção 105, da OIT (25/06/57); Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, da ONU (16/12/66); Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, da OEA (22/11/69); Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais e seu Seguimento (19/06/98); Estatuto de Roma, da ONU (17/07/98). Nos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos a proibição de “trabalho escravo” consta na Convenção Européia (art. 4º) e na Convenção Americana (art. 6º). Também na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos há disposição sobre o assunto.

² A Convenção sobre a Escravatura, formulada pela Liga das Nações em 1926, define no art. 1.º que “a escravidão é o estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem, total ou parcialmente, os atributos do direito de propriedade”.

³ “A escravidão contemporânea não nasce de uma relação de propriedade, mas da coação e da ameaça associada à miséria e à ignorância do trabalhador; ela é mais cruel do que a anterior, pois, não sendo o trabalhador um bem da vida, se torna descartável, correndo mais riscos de vida do que o antigo escravo”. BELISÁRIO, Luiz Guilherme. *A redução de trabalhadores rurais à condição análoga à de escravos: um problema de direito penal trabalhista*, São Paulo, LTr, 2005, p. 43.

⁴ “A escravidão é uma palavra tão dura que as próprias vítimas relutam em aplicá-la a si mesmas”: BRETON, 2002, p. 234.

de escravo são algumas das expressões utilizadas, muitas vezes como se sinônimas fossem.

No plano internacional a expressão referendada pela OIT é “trabalho forçado”, conforme se infere das duas convenções que regulam o tema: Convenção 29 (promulgada no Brasil pelo Decreto 41.721, de 25/06/57), sobre o trabalho forçado ou obrigatório, e Convenção 105 (promulgada no Brasil pelo Decreto 58.822, de 14/07/66), relativa à abolição do trabalho forçado.

Estabelece o art. 2º, item 1 da Convenção 29 da OIT:

Para fins desta Convenção, a expressão “trabalho forçado ou obrigatório” compreenderá todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente.

O item 2, do mesmo artigo 2º, preconiza que as situações listadas não devem ser consideradas trabalho forçado ou obrigatório:

A expressão “trabalho forçado ou obrigatório” não compreenderá, entretanto, para os fins desta Convenção:

- a) qualquer trabalho ou serviço exigido em virtude de leis do serviço militar obrigatório com referência a trabalhos de natureza puramente militar;
- b) qualquer trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas comuns de cidadãos de um país soberano;
- c) qualquer trabalho ou serviço exigido de uma pessoa em decorrência de condenação judiciária, contanto que o mesmo trabalho ou serviço seja executado sob fiscalização e o controle de uma autoridade pública e que a pessoa não seja contratada por particulares, por empresas ou associações, ou posta à sua disposição;
- d) qualquer trabalho ou serviço exigido em situações de emergência, ou seja, em caso de guerra ou de calamidade ou de ameaça de calamidade, como incêndio, inundação, fome, tremor de terra, doenças epidêmicas ou epizooticas, invasões de animais, insetos ou de pragas vegetais, e em qualquer circunstância, em geral, que ponha em risco a vida ou o bem-estar de toda ou parte da população;
- e) pequenos serviços comunitários que, por serem executados por membros da comunidade, no seu interesse direto, podem ser, por isso, considerados como obrigações cívicas comuns de seus membros, desde que esses membros ou seus representantes diretos tenham o direito de ser consultados com referência à necessidade desses serviços.

Por seu turno, a Convenção 105 da OIT, no seu art. 1º estabelece:

Todo País-membro da Organização Internacional do Trabalho que ratificar esta Convenção compromete-se a abolir toda forma de trabalho forçado ou obrigatório e dele não fazer uso:

- a) como medida de coerção ou de educação política ou como punição por ter ou expressar opiniões políticas ou pontos de vista ideologicamente opostos ao sistema polí-

tico, social e econômico vigente;

b) como método de mobilização e de utilização da mão de obra para fins de desenvolvimento econômico;

c) como meio de disciplinar a mão de obra;

d) como punição por participação em greves;

e) como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa.

Entende a OIT que “trabalho forçado é expressão jurídica, mas também um fenômeno econômico” e “embora possam variar em suas manifestações, as diversas modalidades de trabalho forçado têm sempre em comum as duas seguintes características: o recurso à coação e a negação da liberdade”.⁵

Segundo o relatório *Não ao Trabalho Forçado*, de 2001, da OIT, “embora a noção jurídica seja constante, o contexto do trabalho forçado ou compulsório evolui com o tempo”. Na década de 20 a principal preocupação era evitar o uso de trabalho forçado ou compulsório às populações indígenas durante a fase colonial; na década de 50, segundo momento de produção normativa, a preocupação residia na “imposição de trabalho forçado para fins políticos”; nas décadas de 50, 60 e 70, período da Guerra Fria, o foco foram as “leis de vadiagem, que implicavam a obrigação de trabalhar, nos países do bloco comunista e em alguns estados recém-independentes, principalmente na África”; nas décadas de 80 e 90 “houve um aumento no grau de conscientização das questões de gênero”, evidenciando as situações de submissão das mulheres ao trabalho forçado doméstico e à exploração sexual, assim como a obrigação do trabalho penitenciário aos homens.

Por ocasião da conceituação de escravidão pela Convenção sobre a Escravatura (1926, Liga das Nações), ficou excepcionada no seu art. 5º a possibilidade de manutenção de trabalho forçado para fins públicos, desde que atendidas determinadas condições. A Convenção deixou clara a distinção conceitual entre escravidão e trabalho forçado, admitindo este, desde que o trabalhador não fosse considerado propriedade do tomador dos serviços. Passou a se entender que a escravidão está atrelada ao direito de propriedade e que o trabalho forçado tem como pressupostos a ameaça de sanção e ausência de liberdade. Neste sentir, a Convenção 29 da OIT categorizou de forma distinta “trabalho escravo” e “trabalho forçado”, tendo considerado a primeira como espécie do último.

No Brasil, o legislador penal (art. 149 do Código Penal) transformou em espécie (trabalho forçado), o conceito adotado pela OIT como gênero.⁶ Veja-se a redação do art. 149, após a alteração ditada pela Lei n. 10.803/03:

⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Não ao trabalho forçado: relatório global do seguimento da declaração da OIT relativa a princípios e direitos fundamentais no trabalho*, Genebra: Secretaria Internacional do Trabalho, 2001, p. 1-9.

⁶ A própria OIT, contudo, embora defenda a expressão trabalho forçado como sendo o gênero, reconhece que no “Brasil, a expressão preferida para práticas coercitivas de recrutamento e

Art. 149. Reduzir alguém condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

Verifica-se pelo tipo legal que também pela ótica do dogmatismo penal é impossível referendar a expressão “trabalho escravo”. Assim, e embora sabedora de que a expressão “trabalho escravo” é a consagrada pelo uso e dotada de grande simbolismo, opto por utilizar ao longo do trabalho, quando for me referir às situações enquadradas no art. 149 do Código Penal, pela expressão “trabalho em condições análogas à de escravo”.⁷

2. Explicações para a existência de trabalho em condições análogas à de escravo

Em excelente artigo intitulado “Delinquência patronal, repressão e reparação”⁸, Wilson Ramos Filho analisa as justificativas normalmente utilizadas pelas pessoas para tentar explicar a existência de trabalho em condições análogas à de escravo. Neste tópico, em breve síntese, analiso cada uma delas.

Segundo o autor, parte das explicações responsabiliza o Estado pela ocorrência do fenômeno, em virtude da “ausência de fiscalização/repressão por parte de seus agentes (DRTs, Ministério Público do Trabalho, Justiça do Trabalho e outros) incumbidos constitucionalmente de velar pelas relações de trabalho dignas, seja no campo, seja nas cidades”⁹. Tais explicações proviriam de “*pólos ideológicos potencialmente antagoni-*

emprego em regiões remotas é ‘trabalho escravo’; todas as situações cobertas por essa expressão parecem enquadrar-se no contexto das convenções da OIT sobre trabalho forçado (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Uma aliança global contra o trabalho forçado: relatório global do seguimento da declaração da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho*. Genebra: Secretaria Internacional do Trabalho, 2005, p. 08).

⁷ “O ‘escravo moderno’ é menos que o boi (que é cuidado, vacinado e bem alimentado), que a terra (que é protegida e bem vigiada) e que a propriedade (sempre defendida com firmeza). Dessarte, o trabalhador escravizado, por não integrar o patrimônio do ‘escravista moderno’, este não se preocupa com sua saúde, segurança e higidez física ou mental, sendo totalmente DESCARTÁVEL, utilizado apenas como meio de produção e não ligado ao proprietário por qualquer liame, legal ou social, na visão daqueles que se utilizam da prática ou que pretendem legalizá-la.” VIEIRA, Jorge Antonio Ramos. *Palestra Trabalho escravo: quem é o escravo, quem escraviza e o que liberta*, proferida no XVIII CONGRESSO BRASILEIRO DE MAGISTRADOS, Salvador/BA, 23/10/2003.

⁸ <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/443/282>, acesso em 21/07/09.

⁹ Apenas para ilustrar, registre-se no ano de 1994 as organizações não governamentais *Américas Watch* e Centro pela Justiça e Lei Internacional (CEJIL) apresentaram denúncia à OEA em face do Estado brasileiro, em virtude de “fatos relacionados com uma situação de trabalho ‘escri-

cos”: um deles, de corte liberal ou neoliberal, acaba por tornar invisível a figura do infrator legal (empregador que submete os empregados a tais condições de trabalho) por detrás da crítica *estadofóbica*¹⁰; outro, que se apresenta como vertente “crítica” ou “progressista”,

na ânsia de reivindicar “mais Estado” (mais fiscalização, mais intervenção, mais aparelhamento dos órgãos) também acaba tornando invisíveis os verdadeiros agentes, praticantes do crime, ao focar sua análise na “falta de fiscalização” estatal sobre tais relações de trabalho, esvaecendo a responsabilidade dos reais agentes da ação delituosa, dos verdadeiros praticantes do crime, eclipsando-os pela crítica genérica enviezando o foco de sua análise deixando, como sempre, inacessíveis e nunca perturbados os delinquentes concretamente considerados.

Para outros, a explicação centra-se na acanhada falta de empregos, que atinge, principalmente, os setores sociais com baixa qualificação profissional. Para os adeptos desta linha de explicação, os trabalhadores reduzidos à condição análoga à de escravo aceitam qualquer trabalho, ainda que em condições muito precárias, porque é melhor qualquer trabalho a trabalho algum. Wilson Ramos refuta a explicação asseverando que a existência de um “exército industrial de reserva” justificaria a exploração capitalista, mas não a pré-capitalista e também ao fundamento de que nos últimos seis anos a taxa de emprego no Brasil cresceu em taxas muito superiores à média mundial. A explicação analisada neste tópico, nos mesmos moldes daquela exposta anteriormente, torna invisíveis os reais agentes do crime, e de forma ainda pior, transfere o ônus da culpa às próprias vítimas. Em outras palavras, o trabalho em condições análogas à de escravo “decorreria não da cobiça dos delinquentes (empregadores), mas de características das próprias vítimas da escravidão (por serem ignorantes, habitantes dos confins,

vo’ e violação do direito à vida e direito à justiça na zona sul do Estado do Para”, envolvendo o trabalhador José Pereira. Em 18 de setembro de 2003 o “Estado Brasileiro reconheceu sua responsabilidade internacional em relação ao caso 11.289, embora a autoria das violações não seja atribuída a agentes estatais, visto que os órgãos estatais não foram capazes de prevenir a ocorrência da grave prática de trabalho escravo, nem de punir os autores individuais das violações denunciadas”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório de solução amistosa no. 95/03: caso 11.289, José Pereira*. Washington, D.C. 2003m p. 1-5. O trabalhador em questão foi indenizado posteriormente pela União Federal, no valor de R\$52.000,00 (Lei 10.706, de 30/07/03).

¹⁰ Segundo o autor mencionado, o neologismo *estadofóbico* inclui “tantos quantos atribuem todas as mazelas sociais ao Estado, por exemplo, aqueles que diante da falência de um banco ou de uma companhia aérea ‘responsabilizam’ o Banco Central ou a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) por não haverem atuado antes, preventivamente, para evitar a bancarrota, mas sempre inocentando os gestores de tais empresas, e seus acionistas. Para estes, a culpa sempre é do Estado”.

por serem imigrantes, por serem mulheres com atributos físicos, por serem pouco qualificados, dentre outros atributos pessoais negativamente considerados)".

Uma terceira abordagem busca responsabilizar a quem realmente atua como responsável, ou seja, ao agente da ação criminosa. Duas vertentes são apresentadas por Wilson Ramos Filho: a primeira, que se inclina pela utilização de um "sujeito substitutivo" para apresentá-lo como agente do crime, e a segunda, que encontra explicação na busca do lucro antijurídico com a certeza da impunidade. Veja-se a exposição do autor a respeito das duas vertentes:

Para a primeira vertente, a "culpa" pelo neo-escravismo seria do "mercado", da "globalização", da "concorrência internacional" ou de sujeitos substitutivos equivalentes, todos utilizados para novamente invisibilizar os delinquentes concretamente considerados (RAMOS FILHO, 2001). Atribuindo a culpa da neo-escravidão a entidades quase metafísicas, quase forças da natureza, o "inimigo" a ser combatido se esfuma, quando não "perdoando" condutas criminosas, ao menos, involuntariamente, os tornando intangíveis. Nessa visão, curiosamente, podem ser incluídos tanto os que atribuem todas as mazelas à globalização, aos mercados, à concorrência internacional (sempre em prejuízo das empresas nacionais, segundo essa visão), quanto os que indultam condutas criminosas com as mesmíssimas justificativas: os empregadores flagrados em práticas neo-escravistas só "tentariam apenas sobreviver" nesse "mercado" competitivo. Para esse tipo de visão, portanto, a responsabilidade seria "da globalização", para dizê-lo em uma única palavra, e como ninguém de bom-senso poderia se opor à globalização, a essa força-da-natureza, inermes todos se quedam, já que nada restaria a ser feito.

Em sentido diverso, a segunda vertente, pragmática, dispensa sujeitos substitutivos. Responsabiliza a quem efetivamente pratica aquelas condutas descritas abstratamente na lei como criminosas (típicas, anti-jurídicas, culpáveis e puníveis): os empregadores delinquentes.

As explicações (ou tentativas) são várias. E curiosamente, a tática utilizada pelos empregadores que são flagrados com trabalhadores lhes prestando serviços em condições análogas à de escravo é de disparar acusações por todos os lados. Ou como diria o padre Ricardo Rezende¹¹, "negam, reclamam e acusam". Ilustra bem a afirmação anterior o seguinte extrato do texto produzido pelo padre Ricardo Rezende:

Os proprietários acusados de incorrerem na prática do crime previsto no artigo 149 do Código Penal Brasileiro (CPB) – *Reduzir alguém a condição análoga à de escravo* –, em geral negam a veracidade da acusação e defendem seus empregados. No processo de desqualificação das denúncias, afirmam que elas são infundadas e veiculadas por razões

¹¹ *O trabalho escravo contemporâneo por dívida: como se manifestam os acusados?* Texto escrito para uma conferência na Universidade Salgado Oliveira em 2002.
http://www.dhnet.org.br/direitos/novosdireitos/trabalho_escravo/resende_trabalho_escravo_divida.pdf, acesso em 21/07/09.

“sensacionalistas e oportunistas”; tudo “não passa de uma safadeza orquestrada para denegrir” seus nomes (JB. 18.06.1987: 8). Alguns lamentam: “nós é que somos escravos dos peões. Afinal, temos que arranjar-lhes emprego, sustentá-los e ainda cuidar deles (Veja. 24.07.1991; Santana.1993: 48-49)”; e sofrem, com a fiscalização empreendida pelo Grupo Móvel de Fiscalização do Ministério do Trabalho e por agentes da Polícia Federal (PF), constrangimentos, pois, além da propriedade ser invadida, eles e seus funcionários podem ser detidos e terem danos econômicos. A razão dessas operações parece-lhes ser de natureza ideológica, empreendidas para favorecer alguém. E acusam. Para estes, os peões não deviam ser tratados como vítimas, mas como réus. Estes são “preguiçosos”, de “vida promíscua”, “trocam bota por pinga”, são ladrões, fogem deixando dívidas e fazem desaparecer dinheiro da fazenda. Não só os empresários sofrem nas mãos dos trabalhadores, mas a fiscalização se comporta como se buscasse entre os fazendeiros e seus empreiteiros algum “terrorista”. Por isso conclamam que se unam a eles, seus detratores, as “facções políticas ideológicas, que tanto depreciam a região (...) para produzir alimento, gerar impostos e dar emprego.”

3. Análise do tipo penal: art. 149 do Código Penal

Estatui o art. 149 do Código Penal:

Art. 149. Reduzir alguém condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§10 Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§20 A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I – contra criança ou adolescente;

II – por motivo de preconceito de raça, etnia, religião ou origem.

A alteração do art. 149, ditada pela Lei 10.803/03, deixou clara a opção legislativa de criar um tipo penal “fechado” (diversamente do que existia até então). Quatro são as situações que caracterizam a redução de um trabalhador à condição análoga à de escravo:

a) sujeição a trabalhos forçados;

- b) sujeição a jornada exaustiva;
- c) sujeição a condições degradantes de trabalho;
- d) restrição, por qualquer meio, da locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

Passo à análise, separadamente, de cada hipótese.

3.1. Sujeição alheia a trabalhos forçados

A Constituição Brasileira apregoa no art. 5º, XLVII, “c”, que não haverá pena de trabalhos forçados. Contudo, não há qualquer lei nacional definindo o que é considerado trabalho forçado.

A Convenção 29 da OIT¹², no art. 2º, §1º, estabelece:

Para os fins da presente Convenção, a expressão “trabalho forçado ou obrigatório” designará todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo, sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade.

A própria OIT esclarece¹³ que “embora possam variar suas manifestações, as diversas modalidades de trabalho forçado têm sempre em comum as duas seguintes características: o recurso à coação e a negação da liberdade”

A negação da liberdade pode ocorrer tanto na contratação (“arregimentação”), como por ocasião da execução dos trabalhos. A característica em apreço também se observa quando o trabalhador inicialmente consente com o trabalho, e dele tenta se libertar após o início da execução, quando se dá conta de que foi enganado. É notícia recorrente a contratação de trabalhadores, sem coerção (senão aquela decorrente de sua penúria econômica), e que depois são impedidos de deixar o local de prestação dos serviços. É prática comum, ainda, que na contratação o “gato” faça ao trabalhador um adiantamento pecuniário (que esse normalmente deixa com sua família), propiciando a criação de um falso vínculo de confiança entre eles, demonstrando as “boas-intenções¹⁴” e seriedade da contratação (e que mais tarde revela como fonte da restrição da liberdade – por dívida contraída).

¹² Vale lembrar que a Convenção 29 da OIT inseriu-se no ordenamento interno pelo Decreto 41.721 de 25/06/57.

¹³ Relatório *Não ao Trabalho Forçado*, Genebra: Secretaria Internacional do Trabalho, 2001, p. 1.

¹⁴ “Não há como identificar quando do aliciamento, se aquele convite tentador de emprego os levará a uma situação de escravidão, à falta de liberdade e algumas vezes, à morte ou a um trabalho em condições mínimas que lhes permita retornar aos seus lares, garantindo a seus

A coação pode ser moral, psicológica ou física. Luís Camargo¹⁵ afirma, em apertada síntese, que a coação é moral quando se induz o trabalhador a acreditar que é seu dever permanecer no trabalho; é psicológica quando decorre de ameaças, e física quando conseqüência de violência física.

3.2. *Sujeição a jornadas exaustivas*

Para fins do art. 149 do Código Penal, o que caracteriza jornada exaustiva?

De início vale salientar que o tipo legal fala em jornada exaustiva, não em excesso de jornada. Aliás, vale ressaltar, tanto a norma constitucional, como a legislação infraconstitucional, autorizam o excesso de jornada laboral, quando estabelecem pagamento de horas extras.

Para se entender o que é jornada exaustiva, dois são os caminhos: partindo-se da regulação ditada pelo Direito do Trabalho para a jornada limite de trabalho (limitação quantitativa) ou de um critério abstrato (limitação qualitativa).

No Brasil, a Constituição estatui que a jornada diária padrão seja de no máximo oito horas diárias e a semanal de quarenta e quatro horas. Pois bem. À vista da limitação quantitativa, pode-se afirmar que ocorrerá jornada exaustiva quando o empregador exigir do seu empregado, com habitualidade (critério de razoabilidade), a realização de horas de trabalho superiores a 10 horas/dia – independentemente do pagamento de horas extras.

Lado outro, a jornada exaustiva pode existir em determinadas situações, mesmo quando não ultrapassado o limite diário de 10 horas (limitação qualitativa). Tal pode ocorrer em trabalhos com grande complexidade intelectual; em ambientes marcados por forte pressão empresarial; quando o empregador exige do seu empregado trabalho em *intensidade* superior às suas forças, etc.

Assevero, de forma rápida, que quando o empregador impõe ao seu empregado trabalho extraordinário (dentro do limite legal), com habitualidade e sem remuneração, não se pode falar em jornada exaustiva (talvez seja o caso de se defender que se trata de trabalho em condições degradantes).

3.3. *Sujeição a condições degradantes de trabalho*

Antes de mais nada é necessário ressaltar que trabalho em condições degradantes não se confunde com trabalho degradante. Apenas a primeira situação é rechaçada pelas normas nacionais e internacionais do trabalho, sendo que o trabalho degradante é reconhecido e permitido, no Brasil, pelo Direito do Trabalho (quando, por exemplo,

dependentes, alguma forma de sustento e sobrevivência. Essa vulnerabilidade facilita a criação de condições propícias à prática do trabalho escravo". AUDI, Patrícia, A escravidão não abolida, in VELOSO e FAVA (org.). 2006, pp. 74-88.

¹⁵ *Premissas para um eficaz combate ao trabalho escravo*, Revista do MPT, Brasília: Procuradoria Geral do Trabalho/ São Paulo: LTr n. 26, set./03, p. 13-14.

estipula pagamento de adicional de insalubridade ou periculosidade no caso de trabalho com riscos à saúde ou vida do trabalhador).

Ensina Phillippe Gomes Jardim¹⁶:

A diferença está em perceber que as condições degradantes de trabalho têm seu entendimento pressuposto nas condições com as quais o trabalho é executado e naquilo que está ao seu redor, incluindo aí os momentos de alimentação e repouso. E o trabalho degradante é assim definido pelo desgaste ao trabalhador imposto pela própria natureza do trabalho, ainda que executado em respeito a todas as normas de saúde e segurança do trabalho. O trabalho em condições degradantes se define a partir da relação entre o trabalhador e os meios de prestação do trabalho; o trabalho degradante pelo tipo de atividade realizada. Enfim, nas condições de trabalho, degradantes são as condições. No trabalho degradante, o trabalho.

Não se exclua a possibilidade de existirem situações práticas que se enquadram nas duas hipóteses, ou seja, o trabalho é degradante e também executado em condições degradantes.

Dentre outros objetivos, as regras atinentes ao meio ambiente do trabalho visam criar uma rede de proteção à integridade física e psíquica do empregador. Normalmente se traduzem em leis atinentes à saúde, higiene, segurança e medicina do trabalho. Sendo assim, pode-se afirmar que quando tal normativa não é observada, caracteriza-se o trabalho em condições degradantes.

Tomem-se emprestadas situações mencionadas José Claudio Monteiro de Brito Filho (BRITTO FILHO, 2004, p. 80), que no seu entender caracterizam trabalho em condições degradantes:

Assim, se o trabalhador presta serviços exposto à falta de segurança e com riscos à sua saúde, temos o trabalho em condições degradantes. Se as condições de trabalho mais básicas são negadas ao trabalhador, como o direito de trabalhar em jornada razoável e que proteja sua saúde, garanta-lhe descanso e permita o convívio social, há trabalho em condições degradantes. Se, para prestar o trabalho, o trabalhador tem limitações na sua alimentação, na sua higiene, e na sua moradia, caracteriza-se o trabalho em condições degradantes. Se o trabalhador não recebe o devido respeito que merece como ser humano, sendo, por exemplo, assediado moral ou sexualmente, existe trabalho em condições degradantes.

¹⁶ *Para uma crítica ao trabalho escravo contemporâneo no Brasil: dos Direitos Humanos à neoescravidão.* Monografia apresentada no Programa de Pós-graduação Oficial em Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo, Sevilla, 2008.

3.4. Restrição da locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto

A restrição da liberdade do trabalhador em virtude de dívida contraída, segundo revela minha leitura sobre o assunto, é a mais recorrente das situações a caracterizar a redução de trabalhadores à condição análoga à de escravo. Ocorre em maior proporção no meio rural, quando trabalhadores são aliciados em suas cidades para laborarem em fazendas distantes, com promessas de bons salários. O ciclo normalmente em início quando do aliciamento (o “gato” faz um “adiantamento” para o trabalhador deixar com sua família), continua durante a viagem (o transporte, que o trabalhador acreditava gratuito, depois lhe é cobrado) e também no local de trabalho (com cobrança pelas ferramentas, alojamento, alimentação). A respeito do assunto, a narrativa de Patrícia Audi (AUDI, *in* VELOSO e FAVA, 2006, pp. 74-88):

O adiantamento, o transporte e as despesas com alimentação na viagem são anotados em um caderno de dívidas (que contabiliza individualmente todos esses valores) e que sempre permanece em posse do “gato” ou do gerente da fazenda sem que os trabalhadores tenham controle ou conhecimento do que está sendo registrado. Cada trabalhador tem as suas “dívidas” anotadas separadamente. Finalmente, quando começam a trabalhar, os custos com os equipamentos que precisarão utilizar para realizar suas tarefas, despesas com os improvisados alojamentos e com a precária alimentação fornecida também serão anotados no conhecido “caderninho”, a preços muito superiores aos praticados no comércio. Está configurada assim, a servidão por dívida.

Muitos trabalhadores, humildes e com grande senso de responsabilidade, realmente acreditam que devem os valores que lhe são atribuídos e se sentem no dever de permanecer trabalhando até conseguir saldar a “dívida”, cada dia mais crescente. Quando tomam consciência de que não conseguirão quitar o débito e tentam deixar o local de trabalho, normalmente são ameaçados pelos tomadores de serviços (pessoalmente ou por meio dos “gatos”). Outras vezes, são abandonados, sem dinheiro, normalmente longe dos seus lares e sem possibilidade de contato com familiares. E aí tem início outra forma de exploração: os trabalhadores, sem dinheiro, sem comida e sem ter como retornar para seus lares, acabam se hospedando em locais conhecidos como “pensões hospedeiras”, onde contraem dívidas para sobreviver. Os trabalhadores, com o passar do tempo, são recrutados nas pensões pelos “gatos” ou gerentes das fazendas, que pagam suas dívidas e dão início a um novo ciclo do trabalho em condições análogas à de escravo.

Outro ponto merece análise. Muitos trabalhadores libertados de trabalho em condições análogas à de escravo, em anos posteriores ao resgate, são encontrados na mesma situação. O que leva um trabalhador que já foi vítima da situação – ou que dela ouviu falar por outros colegas – a embarcar em um caminhão, muitas vezes sabendo o que o aguarda? Segundo se pode inferir dos depoimentos prestados pelas pessoas res-

gatadas aos auditores do MTb ou às autoridades judiciais, a reincidência ocorre em virtude da absoluta falta de opções, aliada à esperança de que o trabalho ofertado se daria de forma diferente daquela anteriormente vivenciada, pessoalmente ou por seus colegas/amigos.

4. Conclusão: trabalho em condições análogas à de escravo: violação de direitos humanos

O trabalho em condições análogas à de escravo não diz respeito apenas ao direito do trabalho e ao direito penal. Não se trata de defender direitos trabalhistas ou de simplesmente punir o infrator. O trabalho em tais condições atinge a dignidade do ser humano, retira-lhe a liberdade, a igualdade, promove a sua “coisificação”. Representa verdadeiro ataque aos direitos humanos.

Como ensina Herrera Flores (2009, p. 114), os direitos humanos exigem a “instigação ou posta em marcha de processos de luta pela dignidade humana”. Não é possível falar-se em dignidade¹⁷ quando empregados laboram em condições análogas à de escravo, não contam com respeito e consideração por parte dos tomadores dos serviços, se ativam sem observância das mínimas condições para uma sobrevivência saudável, têm sonogada a liberdade de ir e vir.

Os instrumentos de Direito Internacional não deixam dúvidas de que o trabalho em condições análogas à de escravo representa grave violação aos direitos humanos. A proibição de trabalho em tais condições é absoluta, não se admitindo qualquer exceção. Tome-se como exemplo o Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos, que no seu art. 8º estabelece que ninguém pode ser submetido à escravidão e ressalta também que ninguém pode ser obrigado a executar trabalhos forçados ou obrigatórios. No art. 4º do Pacto está prevista a possibilidade de adoção pelos Estados de medidas restritivas de direitos quando “situações excepcionais ameacem a existência da nação e sejam proclamadas oficialmente”. O mesmo dispositivo, contudo, deixa claro que nem mesmo diante de situações excepcionais se admite a derrogação do art. 8º e seus parágrafos. Em outras palavras, a proibição de “trabalho escravo” é absoluta no Direito Internacional¹⁸.

¹⁷ Para Ingo Sarlet, dignidade é “a 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, 2002, p. 62).

¹⁸ Também a Convenção Americana (art. 27, §1º) e a Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 15), ao tratarem da suspensão de garantias, proibem a derrogação da proibição da escravidão (ainda que presentes situações de guerra, perigo público ou outra situação emergencial).

Como combater este mal? Roger Plant¹⁹, Chefe do Programa Internacional de Combate ao Trabalho Escravo da OIT, em 2003, apresentou seis “linhas de ataque” para o combate:

O trabalho forçado e o trabalho escravo são problemas contínuos, talvez até mesmo problemas crescentes hoje. Para combatê-los de forma eficaz, primeiro necessitamos conhecer os fatos. Em segundo lugar, precisamos conhecer as causas. Em terceiro, precisamos contar com uma legislação apropriada para liberar e indenizar as vítimas e punir os infratores. Em quarto lugar, precisamos de mecanismos de fiscalização da lei, adaptados a difíceis formas de intervenção investigativa, com fundos e recursos suficientes para levar a cabo as suas tarefas. Em quinto lugar, necessitamos ter programas de conscientização para a mobilização da opinião pública contra este mal social. E em sexto lugar, precisamos contar com programas econômicos e políticas sociais que abordem as causas subjacentes ao trabalho forçado e que ofereçam às vítimas empobrecidas uma alternativa viável e de longo alcance.

Implementar as medidas acima mencionadas demanda tempo, vontade política, dinheiro, conscientização, dentre outros fatores. Contudo, o ponto de partida – e a contribuição de cada um – é não deixar nossa capacidade de indignação ser soterrada pela realidade a todo momento exposta na mídia. É necessário discutir o problema, não permitir sua minimização e não fazer concessões. Afinal, como diria Sartre (*apud* FLORES, 2009, p. 11),

... se me dão este mundo com suas injustiças, não é para que eu as contemple com frieza, mas que as anime com a minha indignação e para que as revele e crie sobre a natureza delas, quer dizer, sobre os abusos que devem ser suprimidos.

Tânia Mara Guimarães Pena é Professora de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia/MG, nos cursos de graduação e mestrado; doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP, juíza do trabalho auxiliar da 5ª. Vara do Trabalho de Uberlândia/MG.

Referências bibliográficas

AUDI, Patrícia, A escravidão não abolida, *in* VELOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (org.). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006.

¹⁹ Jornada de debates sobre trabalho escravo (I Jornada de debates sobre trabalho escravo) – Brasília: OIT, 2003, p. 44.

BELISÁRIO, Luiz Guilherme. *A redução de trabalhadores rurais à condição análoga à de escravos: um problema de direito penal trabalhista*. São Paulo, LTr, 2005.

BRETON, Binka. *Vidas Roubadas: a escravidão moderna na Amazônia brasileira*. São Paulo: Loyola, 2002.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro & BRITTO FILHO, José Cláudio Monteiro. *Trabalho decente: análise jurídica da exploração, trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno*. São Paulo: LTr, 2004.

CAMARGO, Luís. *Premissas para um eficaz combate ao trabalho escravo*. Revista do MPT, Brasília: Procuradoria Geral do Trabalho; São Paulo: LTr n. 26, set./03.

HERRERA FLORES, Joaquin. *A reinvenção dos direitos humanos*. Tradução Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

JARDIM, Phillippe Gomes. *Para uma crítica ao trabalho escravo contemporâneo no Brasil: dos Direitos Humanos à neoescravidão*. Monografia apresentada no Programa de Pós-graduação Oficial em Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo. Sevilha, 2008.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Não ao trabalho forçado: relatório global do seguimento da declaração da OIT relativa a princípios e direitos fundamentais no trabalho*. Genebra: Secretaria Internacional do Trabalho, 2001.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Uma aliança global contra o trabalho forçado: relatório global do seguimento da declaração da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho*. Genebra: Secretaria Internacional do Trabalho, 2005.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório de solução amistosa no. 95/03: caso 11.289, José Pereira*. Washington, D.C., 2003, p. 1-5.

REZENDE, Ricardo. *O trabalho escravo contemporâneo por dívida: como se manifestam os acusados?* Texto escrito para uma conferência na Universidade Salgado Oliveira em 2002. http://www.dhnet.org.br/direitos/novosdireitos/trabalho_escravo/resende_trabalho_escravo_divida.pdf, acesso em 21/07/09.

SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

VIEIRA, Jorge Antonio Ramos. Palestra *Trabalho escravo: quem é o escravo, quem escraviza e o que liberta*, proferida no XVIII CONGRESSO BRASILEIRO DE MAGISTRADOS, Salvador/BA, 23/10/2003.

Regimento da Revista Jurisvox

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 em data fixada pelo Conselho Editorial, preferencialmente no segundo semestre.

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 com tema central necessariamente vinculado à área jurídica.

§ 1º A responsabilidade científica dos trabalhos acadêmicos publicados é de inteira de seus autores.

§ 2º Os trabalhos submetidos à Revista deverão ser fruto de pesquisa científica sendo, preferencialmente, inéditos e de autoria de bacharéis em Direito ou áreas afins.

§ 3º A co-autoria é permitida, mas limitada ao máximo de 3 (três) autores.

§ 4º A linha editorial da publicação é o Direito Positivo Brasileiro, não se limitando a temática a unicamente à legislação vigente, mas sim de forma abrangente sobre os vários ramos que compõe a ciência do Direito, tais como Direito Constitucional, Administrativo, Processual, Civil, Penal, Trabalhista, Empresarial, do Consumidor, Ambiental, Tributário, Internacional dentre outros. Permite-se, também, trabalhos sobre principiologia jurídica e hermenêutica jurídica, bem como Direito Estrangeiro ou Comparado, cujo foco de estudo possa contribuir para o aperfeiçoamento das instituições do Direito Positivo Brasileiro.

§ 5º Serão admitidos, ainda, estudos interdisciplinares que estabelecem diálogo entre os eixos temáticos definidos no parágrafo anterior, bem como publicações de autores estrangeiros que possam servir de apoio ao Direito Brasileiro, conforme decisão do Conselho Editorial.

§ 6º Não serão aceitos trabalhos que versem sobre temas cujo foco central não seja jurídico, tais como Filosofia geral, Sociologia geral, Psicologia geral, Ética geral, Contabilidade geral, Economia geral ou outras áreas afins, mesmo que possuam relação indireta com o Direito.

§ 7º Não serão aceitos trabalhos puramente descritivos, devendo o autor se apoiar no espírito

científico e buscar discutir temas atuais e relevantes, 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, ORGANIZAÇÃO E COMPOSIÇÃO DA REVISTA

Art. 8º. A Revista *Jurisvox* será constituída por um corpo editorial composto por um Editor responsável, um Conselho Editorial composto pelos Conselhos Administrativo e Consultivo, um Bibliotecário responsável 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 Administrativo é restrita a professores que pertençam ao quadro docente do UNIPAM.

§ 4º A participação no Conselho Consultivo é 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 responsável tem gestão de 4 (quatro) anos, permitido-se renovação.

§ 7º Os cargos de Bibliotecário, membro de Conselho Administrativo, membro de 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 responsável:

- I – convocar e presidir reuniões do Conselho Administrativo, 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 a membros do Conselho Consultivo, ou Administrativo quando for o caso, com sigilo da autoria, respeitando as especialidades de cada membro e a pertinência com sua área de atuação acadêmico-científica;
- IV – encaminhar os pareceres recebidos pelos membros do Conselho Consultivo, ou Administrativo quando for o caso, com sigilo dos pareceristas, aos autores dos trabalhos encaminhados à Revista;
- V – arquivar os pareceres emitidos pelos membros do Conselho Consultivo, e administrativo quando for o caso;
- 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 Consultivo;
- VIII – providenciar a editoração, a divulgação e a comercialização dos números da Revista, trabalho que ficará a cargo do Núcleo Editorial do UNIPAM;
- IX – resolver os casos omissos neste Regimento, recorrendo ao Conselho Administrativo e/ou Consultivo quando julgar necessário.

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 Administrativo:

- I – auxiliar o Editor Geral nas decisões de caráter administrativo, quando necessário;
- 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 – comparecer às reuniões administrativas designadas pelo Editor;
- VI – emitir parecer técnico sobre os trabalhos acadêmicos encaminhados à Revista, em caráter

subsidiário ao Conselho Consultivo, em prazo definido pelo Editor e seguindo os interesses da Revista expostos no art. 4º deste regimento;

Parágrafo único. O membro do Conselho Administrativo que, por 3 (três) vezes consecutivas, não atender a solicitação de parecer ou faltar injustificadamente as reuniões designadas pelo Editor será desligado 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, 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 ou demais incumbências designadas pelo Editor, será desligado 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 DOS TRABALHOS

Art. 14. Os artigos deverão ser encaminhados à Revista pelo *email* jurisvox@unipam.edu.br, 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 dos pareceristas;
- II – O título deverá ser centralizado, em caixa alta e negrito, sendo indicado o(s) autor(es) logo após, com as informações sobre 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, caso não se atinja o mínimo de artigos aprovados sem ressalvas, admitindo-se, no caso, uma nova avaliação a critério do Editor.

Art. 18. Os trabalhos recusados não serão devolvidos.

V – DAS NORMAS PARA AVALIAÇÃO DOS TRABALHOS

Art. 19. A avaliação sempre será feita por meio de duplo *blind peer review*, no qual o nome do autor é retirado do trabalho, permitindo-se aos pareceristas que julguem apenas a qualidade da pesquisa, em caráter objetivo.

Art. 20. A avaliação será, preferencialmente, feita pelos membros do Conselho Consultivo, podendo o Editor, contudo, designar pareceristas *ad hoc* ou membros do Conselho Administrativo

para opinar sobre a qualidade das contribuições, quando for necessário ao bom andamento dos trabalhos.

Art. 21. A avaliação, que poderá recomendar a publicação com restrições, recomendar a publicação sem restrições ou não recomendar a publicação levará em conta os seguintes critérios:

I – Relevância do tema, através da qual se analisará a importância do tema tratado, sua atualidade e possível impacto perante a comunidade acadêmico-científica;

II - Qualidade da abordagem, através da qual se analisará o modo como o autor tratou do tema proposto, em termos de argumentação e raciocínio jurídico;

III - Qualidade do texto, através da qual se analisará a redação empregada pelo autor, em termos de clareza, coerência e coesão;

IV - Qualidade da pesquisa, através da qual se analisará se o método empregado foi adequado, verificando-se se as fontes/referências foram satisfatórias e/ou suficientes.

Art. 22. Caso um ou mais avaliadores opine pela não publicação, ou estabeleça ressalvas à publicação com as quais não concorde o autor, poderá este solicitar ao Editor a solução da divergência, sendo neste caso autorizado ao Editor solicitar novo parecer, solicitar correção do trabalho e autorizar ou rejeitar em definitivo a publicação.

VI – DA EDIÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DA REVISTA

Art. 23. 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. 24. 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. 25. Todas as decisões relativas à Revista *Jurisvox* ficam sob responsabilidade do Editor, auxiliado pelos Conselhos Administrativo e Consultivo, no que couber em conformidade com as competências de cada conselho.