

ISSN: 2178-3519



DIKÊ:

Revista Eletrônica do curso de
Direito, Filosofia e Política
Do curso de Direito da UNIPAC
ITABIRITO



Vista do Parque Ecológico de Itabirito - MG

Editora:

Fundação Presidente Antônio Carlos –
FUPAC – Unidade Itabirito.

**Ano 4, Volume 5, 1º
semestre de 2012.**

Diké: Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da UNIPAC Itabirito

Editora:

Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC – Unidade Itabirito.

Ano 4, nº 5, 1º semestre de 2012.

Conselho Editorial:

Prof. Mestre José Carlos Henriques (UNIPAC-FDCL-FAM), Prof. Mestre Bernardo Gomes Barbosa Nogueira (UNIPAC-FADIP), Prof. Mestre Bruno Camilloto Arantes (UFOP), Prof. Doutor José Luiz Furtado (IFAC/UFOP), Prof. Doutor Nuno Manoel Morgadinho dos Santos Coelho(USP), Prof. Doutor Sebastião Trogo (FDCL), Prof. Mestre Ramon Mapa da Silva (UNIPAC-FADIP), Prof. Doutor Joseli Magalhães (UFPI), Prof. Pablo Jiménez Serrano (UNIFOA-RJ); Prof. Mestre Ricardo Augusto de Araújo Teixeira (FDCL); Prof^a Mestre Livia Rosa Franco(UNIPAC-FASEH).

Editores Responsáveis:

Bernardo G. B. Nogueira, José Carlos Henriques, Ramon Mapa da Silva, Renan Carlos Antunes.

Corpo de Pareceristas:

Prof. Doutor Nuno Manoel Morgadinho dos Santos Coelho(USP); Prof. Doutor Joseli Magalhães (UFPI); Prof. Pablo Jiménez Serrano (UNIFOA-RJ); Prof. Mestre José Carlos Henriques (UNIPAC-FDCL-FAM), Prof. Mestre Bernardo Gomes Barbosa Nogueira (UNIPAC-FADIP); Prof. Mestre Ramon Mapa da Silva(UNIPAC-FADIP).

Linha Editorial

Direito, Filosofia e Política.

**Diké: Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da
Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC – Unidade Itabirito.**

Diretor Geral: Bruno Augusto Melillo.

Diretor Administrativo e Acadêmico: Henrique Guimarães Malheiros
Rua Matozinhos, 293 – Bairro Matozinhos – (31) 3561 – 7775 – Itabirito/Minas Gerais.

E-mails: ramon_mapa@yahoo.com.br; jcarloshen@yahoo.com.br;
bernardogbn@yahoo.com.br; antunesdireito@gmail.com; diretoriaitabirito@unipac.br.

**Itabirito
2012/2**

Sumário

Editorial

Apresentação

NATUREZAS DA GLOBALIZAÇÃO - Direito e Política na Pós-modernidade.....2
(José Carlos Henriques, Ramon Mapa da Silva, Bernardo Gomes Barbosa Nogueira).

O abominável modismo intelectual no tocante ao Direito de Família, o esfacelamento das bases clássicas da família na “sociedade moderna” e a perda de vista da fidelidade jurídica e racional dos institutos.....15
(Hugo Rio Bretas).

Modelos Penais Contemporâneos e sua legitimação: da Defesa do Cidadão à defesa da Sociedade, e o avanço rumo ao passado.....31
(Ricardo Augusto de Araújo Teixeira).

Antecedentes Históricos e origem das Teorias da Imputação
Objetiva.....59
(Jose Carlos Henriques, Rodrigo Pereira).

A reprodução assistida analisada sobre o prisma da Bioética e do Biodireito.....71
(Livia Rosa Franco, Iara Elias da Silva).

O Direito do Trabalho em face à flexibilização das normas Trabalhistas - Avanço ou retrocesso ?86
(Amanda Helena Azeredo Bonaccorsi, Fernanda Diniz Caixeta, Gracielle Auxiliadora dos Santos Colen).

Estatuto da Cidade: a difícil aplicabilidade da Usucapião especial coletiva.....116
(Luana Xavier Pinto Coelho).

Cautelaridade: discussões teóricas em torno da efetivação das medidas de urgência.....	130
(Paulo Marcio de Castro Cesar).	
Ação de Execução ou Cumprimento de Sentença: as consequências do erro do credor na escolha do procedimento no que diz respeito às possibilidades de defesa do devedor	148
(Matheus Adolfo Gomes Quirino).	
Responsabilidade Civil do Empregador na esfera trabalhista.....	160
(Mirella Karen de Carvalho Bifano Muniz, Fernanda Diniz Caixeta).	
A autonomia privada e o regime obrigatório de separação do maior de setenta anos.....	180
(Leandro Henrique Simões Goulart).	
Uma Teoria da Justiça: Breve análise do pensamento rawlsiano e de suas críticas.....	203
(Daniel Veiga Ayres Pimenta).	
Chamada de artigos para a 6º edição.....	231

Editorial

O conhecimento humano se constrói ao longo da história. No palco da sabedoria, de tempos em tempos, homens e mulheres se alternam produzindo monólogos que ultrapassam o saber até então constituído. A partir do surgimento da imprensa, na qual a produção de livros surgiu, é que foi possível passar de monólogos para diálogos entre gerações: as presentes ouvem as passadas, e se comunicam com as futuras, embora as desconheçam.

A produção de uma revista se figura neste quadro: a de comunicarmos com o passado e com o futuro. Ao ler os artigos aqui publicados você ouvirá as vozes de Immanuel Kant, Hegel, John Rawls, Kelsen e vários outros. Isso é possível porque os autores destes artigos se comunicaram com eles (que embora estejam mortos, mas suas vozes estão gravadas, em livros).

O Direito também necessita deste diálogo. O ser humano não se constrói da noite para o dia, e poder dialogar com as visões do passado é importante para nos referenciarmos no presente e nos projetarmos para o futuro.

O holocausto foi um acontecimento que necessita ser passado para as gerações. O que o Nazismo promoveu na Alemanha se tornou um referencial a não ser seguido. O Direito absorveu os diálogos sobre o holocausto e os Direitos Humanos surgiram.

O que esta edição promove (assim como quaisquer outras) é a de comunicarmos com o futuro. Porque as vozes do passado já foram ouvidas. Agora é a vez de ouvirmos José Carlos, Ramon, Bernardo, Hugo, Ricardo, Rodrigo, Iara, Lívia, Amanda, Fernanda, Gracielle, Luana, Paulo Márcio, Matheus, Mirella, Leandro e Daniel Veiga tem para nos dizer.

Porem, as vozes desses autores não chegarão apenas aos nossos ouvidos. A publicação desse volume V permite o registro para outras gerações. Espero que elas ouçam. Porque agora é a nossa vez e eu convido você, caro leitor, para ouvi-las.

Renan Carlos Antunes¹

¹ Aluno do Curso de Direito da Unipac - Itabirito e editor da revista Diké.

Apresentação

O presente volume da Revista Diké segue, de resto, os mesmos traços dos demais, vez que se insere no contexto de uma tentativa, entre nós sempre renovada, de compreensão do direito como fenômeno complexo, a exigir uma reflexão abrangente e, por isto mesmo, diversificada.

Desde os primeiros volumes, a revista Diké busca primar pela necessária imersão em temas de relevância para a dogmática jurídica, adotando uma perspectiva de pesquisa pelos fundamentos.

De fato, uma postura crítica, no sentido da busca por uma sustentação teórica e prática do conhecimento, tem sido um verdadeiro lema a seguir.

Neste volume, tudo se passa do mesmo modo. Os textos, abrangendo um largo espectro do direito, são de diversificadas áreas, nutrindo-se todos de uma postura de busca pelas raízes dos institutos jurídicos e apontando para horizontes de uma crítica segura.

Assim, a revista tem cumprido seu propósito de servir como veículo de divulgação de saberes sobre o direito, facultando aos docentes e discentes da Instituição a oportunidade de darem a conhecer suas pesquisas e interpretações.

De outro lado, as participações externas, em muito, têm contribuído para um diálogo interinstitucional, sempre necessário.

Por tudo, novamente, nossos agradecimentos aos autores e aos leitores, que fazem deste periódico uma real fonte de pesquisa e de referência da produção acadêmica desenvolvida entre nós.

Jose Carlos Henriques
Editor responsável

NATUREZAS DA GLOBALIZAÇÃO
Direito e Política na pós-modernidade

THE NATURES OF GLOBALIZATION
Law and Politics in Post Modernity

José Carlos Henriques¹

Ramon Mapa da Silva²

Bernardo Gomes Barbosa Nogueira³

RESUMO: O presente artigo pretende analisar a situação do direito e da política na mudança paradigmática da modernidade para a pós-modernidade. O texto se funda no trabalho de Rüdiger Safranski em sua obra *Quanta Globalização Podemos Suportar?*, e analisa, a partir da filosofia, as consequências para o direito e a política do recrudescimento da globalização no último século.

Palavras-chave: direito, política, globalização.

ABSTRACT: The present paper aim to analyze the situation of the Law and Politics in paradigmatic change of the modernity to post-modernity. The text is based in the Rüdger Safranski's work 'How much globalization can we bear?' and, analyze, starting in philosophy, the consequences to the Law and Politics of growing of the globalization in the last century.

Keywords: Law, Politics, globalization.

1. Introdução.

A constante interrogação é a marca do filosófico. A verdadeira filosofia não oferece respostas fáceis, caminhos abertos ou veredas pouco acidentadas. A verdadeira filosofia é um submergir, um trabalho de seres que cavam, perfuram e corroem e que buscam na pergunta,

¹ Mestre em Direito, mestre em Filosofia, Especialista em Direito Civil e em Direito Processual Civil, professor da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete - FDCL, do curso de direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito – UNIPAC-Itabirto e do curso de Filosofia, da Faculdade Arquidiocesana de Mariana – FAM.

² Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (2005). É especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Presidente Antonio Carlos e Mestre em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG).

³ Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra. Especializado em Filosofia pela UFOP. Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete.

na interrogação, sua redenção, sua aurora⁴. Ou ainda, como nos ensina Merleau Ponty, o filósofo é aquele que se levanta e fala – fala a pergunta. O trabalho do filósofo é nos revelar a pergunta, muito mais do que nos entregar respostas. Como verdadeiro filósofo, Safranski abandona as “verdades” sobre a globalização entregues tão comumente nas bandejas de prata dos textos jornalísticos e nas pesquisas geopolíticas. Os lugares comuns sobre o tema não aparecem em seu ensaio. Seu texto se alinha na tradição filosófica mais reflexiva, herdeira da obra de Heidegger e de seu questionamento sobre o significado do *ser*. Quando Safranski pergunta sobre a Globalização ele pergunta sobre o *ser* lançado em meio a seu turbilhão. A ação de perguntar sobre o Todo se volta para aquele que pergunta, para o Indivíduo, e com olhos de górgone o obriga a uma maior consciência sobre si mesmo; consciência que pode paralisar, como é próprio aos olhos de górgone, mas que pode lançar também o *ser* na jornada da reflexão sobre sua própria natureza.

O autor, com a questão suscitada a respeito da consciência sobre a existência, enseja a pensarmos a respeito da existência autêntica do *dasein* heideggeriano e de sua característica peculiar de interrogante pelo *Ser*, enquanto forma de construção de seu caminhar mesmo. Nada mais correto a ser explicitado quando o tema globalização é o pano de fundo de uma segunda natureza em que o homem se encontra imerso. Um pano de fundo totalizante e “antecipador” que, por assim dizer, furta do homem a possibilidade de uma mirada autêntica⁵ e reflexiva, formando por sua vez, uma classe de seres que não se distinguem como indivíduos e se colocam à mercê das antecipações de verdades supostamente construídas. Uma espécie de *a priori* inerte envolve o homem ante a globalização, e isto furta do mesmo uma sua característica fundamental e fundamentante: a do questionar que é forma e meio de uma “*existenciação*” autêntica.

Ainda acerca desse mundo criado pelo homem, a necessidade do questionar que constrói tem eco em Safranski quando retoma a ideia nietzschiana do homem como ser incompleto, não adaptado.

A existência inespecializada do homem e sua condição de transcender-se a si mesmo para constituir sua história, permite reconhecermos que os valores poderão/deverão ser encontrados nessa mesma história. História em que o homem atuou como «pastor do ser» e a realizou enquanto realizou o seu próprio existir de sentido e valores. O que significa dizer de

⁴ NIETZSCHE, Friedrich, *Aurora*

⁵ “O autêntico é o mais profundo, em contraposição ao mais superficial; por exemplo, o que toca no fundo de toda a existência psíquica contra o que lhe aflora à epiderme, o que dura contra o que é momentâneo, o que cresceu e se desenvolveu com a própria pessoa contra o que a pessoa acolheu ou imitou.” In, ABBAGNANO, Nicola, *Dicionário de Filosofia*, tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi, São Paulo, Martins Fontes, 2007, verbete: Autêntico, p. 108.

uma responsabilidade essencial ao homem pela sua fundação e fundamentação, que a partir de sua “abertura ao mundo” lhe permite o seu transcender que é constituinte de seu mundo.⁶

Essa característica, que também está em Heidegger, quando nos informa acerca do lançar-se do homem no mundo, estabelece o quanto de responsabilidade o homem possui aquando da construção de sua existência. Assim: o mundo da cultura, diferente do mundo natura, tem como ator principal o homem, que forja, segundo seus critérios e valores, o palco de sua morada – sua segunda natureza.

Bertold Brecht, em sua peça, «*Aquele que diz sim, Aquele que diz não*», relata muito bem o momento da criação de sentido e responsabilidade do homem pelo seu projeto. Isso ao colocar pela boca do personagem do «menino» a possibilidade de dizer não e encerrar uma cadeia inerte e irreflexiva que movia um velho e tenebroso costume de sua aldeia: “E quanto ao antigo grande costume, não vejo nele o menor sentido. Preciso é de um novo grande costume, que devemos introduzir imediatamente: o costume de refletir novamente diante de cada nova situação.”

E é nesse sentido que a atuação do *dasein* é autêntica, há, na angústia - enquanto modo da disposição do *dasein* -, a abertura ao questionar-se acerca de sua existência, do sentido, ou seja, o *dasein* assume sua face de construtor que não se perde à inautenticidade de uma vida entregue à torrente mundanal, se quisermos falar com Adorno, à Indústria Cultural.

O angustiar-se abre, de maneira originária e direta, o mundo como mundo. Não é primeiro a reflexão que abstrai do ente intra-mundano para então só pensar o mundo e, em consequência, surgir a angústia nesse confronto. Ao contrário, enquanto modo da disposição, é a angústia que pela primeira vez abre o *mundo como mundo* [...] Na presença, a angústia revela o ser para o poder-ser mais próprio, ou seja, o *ser-livre para* a liberdade de escolher e acolher a si mesma. A angústia arrasta a presença para o *ser-livre para...* (*propensio in...*), para a propriedade de seu ser enquanto possibilidade de ser aquilo que já sempre é. A presença como ser-no-mundo entrega-se, ao mesmo tempo, à responsabilidade desse ser.⁷

Esse palco, que se constrói no ato mesmo de questionar-se acerca do seu *Ser* é que lho permite crescer a si a parte faltante de sua natureza incompleta. O cerne da questão, portanto, encontra-se na formulação da pergunta verdadeira, ela sim, conduzirá à existência autêntica

⁶ “Também para ele (*Arnold Gehlen*) o ser humano está aberto ao mundo, e não se adapta instintivamente a mundo-em-torno especial. Essa não- adaptabilidade diminuiria as chances de sobrevivência biológicas, se as carências não fossem compensadas de outras maneiras. O ser humano tem de realizar com cultura o que lhe falta como natureza. Ele tem de criar para si mesmo o mundo-em-torno que lhe sirva.” In, SAFRANSKI, Rudiger, *Heidegger – Um mestre da Alemanha entre o bem e o mal*, tradução Lya Luft, apresentação de Ernildo Stein, São Paulo, Geração Editorial, 2005, p. 201. Itálico nosso.

⁷ HEIDEGGER, Martin, *Ser e Tempo*, tradução revisada de Marcia Sá Cavalcante Schuback, Petrópolis, Editora Vozes: 2006, p. 254.

reclamada pelo *Dasein*. Neste sentido de reflexão, acompanhamos de perto os ensinamentos heideggerianos:

Visualizar, compreender, escolher, aceder a são atitudes constitutivas do questionar e, ao mesmo tempo, modos de ser de um determinado ente, *daquele* ente que nós mesmos, os que questionam, sempre somos. Elaborar a questão do ser significa, portanto, tornar transparente um ente – que questiona – em seu ser. Como modo de ser de um ente, o questionar dessa questão se acha essencialmente determinado pelo que nela se questiona – pelo ser. Designamos com o termo *presença* esse ente que cada um de nós mesmos sempre somos e que, entre outras coisas, possui em seu ser a possibilidade de questionar.⁸

O caos global, expresso no recrudescimento vertiginoso das contradições da modernidade – racionalismo x emotivismo, progresso x natureza, Ocidente x Oriente – não é tratado pelo Professor Safranski unicamente na perspectiva *macro* dos estudos correntes, mas como a causa de mudanças profundas na condição humana. No vórtice que engloba do desperdício incontrolável dos países desenvolvidos à carência imensurável dos Estados à margem do capitalismo, da exigência por direitos civis e liberdade de escolha nos países do Oriente islâmico ao aumento do terrorismo de Estado no Ocidente, pulula a questão que Safranski captura e nos oferece: *Quanta Globalização podemos suportar?*

2. Unidade, exterioridade e interioridade.

No forjar dessa pergunta ecoam os textos que o autor aponta como formadores da tradição filosófica que reflete sobre a relação entre o Indivíduo e o Todo. De Nietzsche a Hegel, passando por Rousseau e Marx e seu redimensionamento da interioridade e da exterioridade, a contos aborígenes e mitologia babilônica, expresso na história de Gilgamesh e o mito da origem, o mundo e o homem são revisitados em sua relação reflexiva e indissolúvel.

Uma das teses fundamentais do ensaio é a Globalização como uma busca humana pela unidade, constante desde seus primórdios como os mitos de criação demonstram. No mito da Torre de Babel isso fica muito claro. Ao mesmo tempo, a derrocada da Torre e a confusão das línguas mostram que a unidade humana em um ecumenismo secular é praticamente impossível. A verdadeira unidade residiria, então, em algo que transcende o próprio homem: Deus. As religiões universalistas retiraram muito de sua força política na negação da capacidade do homem em conviver sem a mediação onipotente da divindade. As forças racionalistas da modernidade substituem Deus como força transcendente pela ideia de humanidade. Se isso fica claro no ecumenismo indiossincrático que Nietzsche pregou para

⁸ *Ibidem.*,

logo abandonar, mais claro ainda fica na defesa kantiana de uma paz cosmopolita e no abraçar a humanidade do idealismo de Fichte. A Globalização como ideologia se alimenta dessas formas transcendentais. Seja a transcendência do olhar piedoso sobre o globo à beira do colapso ambiental ou a busca por uma humanidade que possa viver em paz, ou mesmo a transcendência existente na troca absoluta presente no dinheiro, que assim como Deus, se mostra essa *coincidentia oppositorum*, que une tudo em si, na lógica do equivalente, vista com força quase suprema na defesa do mercado global.

O que acontece aqui é que em meio a tantas exigências universais e transcendentais o indivíduo que insiste em se manter como tal e nega a se render às exigências globalizantes se vê deslocado e fora do tempo, em termos políticos, pode ser atacado inclusive como um inimigo da humanidade, como a condenação da resistência islâmica contra a ocidentalização é prova. Perspectivas distorcidas e ideologicamente implantadas sobre a condição humana e suas aspirações é o resultado de tudo isso. A maior parte das pessoas aprendeu a identificar a liberdade como algo animal e natural, que transcende a territorialidade, por exemplo. Tal identificação desconsidera, propositalmente, o fato de que os animais são totalmente territoriais, só existem e vivem dentro de um território. O que não possui lugar e identidade territorial é o capital, que pode circular em todas as formas em seu fluxo constante pelo mundo globalizado na troca monetária incessante⁹. Na exterioridade absoluta do mercado o indivíduo é visto somente como consumidor final, só importa enquanto consumidor final e as relações humanas só importam enquanto relações de troca, consumo, descarte. Marx já havia chamado atenção para essa força solapadora do capital:

Onde quer que tenha conquistado o poder, a burguesia destruiu todas as relações feudais, patriarcais, idílicas. Dilacerou impiedosamente os variegados laços feudais que ligavam o ser humano a seus superiores naturais, e não deixou subsistir de homem para homem outro vínculo que não o interesse nu e cru, o insensível “pagamento em dinheiro”. Afogou nas águas gélidas do cálculo egoísta os sagrados frêmitos da exaltação religiosa, do entusiasmo cavalheiresco, do sentimentalismo pequeno-burguês. Fez da dignidade pessoal um simples valor de troca e no lugar das inúmeras liberdades já reconhecidas e duramente conquistadas colocou a liberdade de comércio sem escrúpulos. Numa palavra, no lugar da exploração mascarada por ilusões políticas e religiosas colocou a exploração aberta, despuída, direta e árida.¹⁰

A Globalização se converte aqui numa forma de assegurar a expansão indefinida dos mercados. O mercado como instância líquida, para usar um termo caro a Bauman, como realidade transcendente, da troca infindável de tudo com tudo só encontra limites no fato de

⁹ BAUDRILLARD, Jean, *Simulacro e Simulação*, Lisboa, Ed. Relógio D'água: 2006

¹⁰ MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *Manifesto do Partido Comunista*, São Paulo, Martin Claret: 2000, p. 48.

não poder transcender a si mesmo e sua lógica inerente. O mercado não pode trocar a si mesmo:

A esfera econômica, esfera de todas as trocas, tomada em sua globalidade, não se troca com nada. Não há, em parte alguma, uma equivalência metaeconômica da economia, nada com o que trocá-la enquanto tal, nada com o que resgatá-la em um outro mundo. Ela está de alguma maneira insolvente, é de alguma forma insolúvel para uma inteligência global. Decorre, então, ela também, de uma incerteza fundamental.

Ela quer ignorar esse fato. Mas tal indeterminação induz no próprio cerne da esfera econômica, à flutuação de suas equações e de seus postulados e, finalmente, à sua deriva especulativa, na interação louca de seus critérios e elementos.¹¹

A esfera da comunicação global sofre do mesmo dilema insolúvel. Como ela impede a inexistência de atos não comunicativos, não existe nada que possa ultrapassá-la, transcendê-la, resgatá-la. Safranski chama atenção para esse fato:

Não vamos esquecer, entretanto, que não existe tal coisa com uma não-comunicação na rede de comunicação, pois uma não-comunicação também é um ato comunicativo. Todo mundo que tem um celular sabe disso: você sempre está lá, e cabe a você explicar o porquê de quando não está.¹²

O indivíduo se vê a mercê dessas forças totalizantes, que acabam inspirando elegias apaixonadas aos ideais de uma humanidade unida em torno de uma mesma aldeia global, onde celulares, *tablets*, satélites e telas de *led* trariam para perto aquilo que está longe. Essa televisão, que acaba se convertendo em uma tele-razão, ou mesmo em uma tele-ética, que deve abarcar tudo, a todo o momento, ao custo que for necessário. A defesa apaixonada das forças democratizantes que existiriam na internet, na obra de Antônio Negri e Michael Hardt é um exemplo disso. A internet seria um *locus* sem centro, horizontalizado, onde o controle da informação se tornaria virtualmente impossível. Essa ideia, certamente ingênua, ignora que, ainda que a informação circule de forma livre e horizontal – o que não é completamente verdade, uma vez que a maioria das pessoas conectadas são consumidores de mídia e informação eletrônica, não seus produtores e estão à mercê das instâncias de controle colocadas por esses produtores – ela carrega uma mesma gama de valores, e que a própria defesa da internet como democratizante acaba por desaguar numa filiação aos valores inerentes à rede de comunicação que nos engloba.

Uma das características dessa Globalização moderna é sua relação ambígua com a racionalidade. Ainda que em seus aspectos pontuais – como nas regras de mercado internacional, o crescimento cada vez maior do domínio das multinacionais, as tentativas de

¹¹ BAUDRILLARD, Jean, *A troca impossível*, Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira: 2002, p. 9-10.

¹² SAFRANSKI, Rüdiger, *Wieviel Globalisierung verträgt der Mensch?* Carl Hanser Verlag: 2003, p.111

universalização dos Direitos Humanos – ela se mostre fortemente racional, o seu resultado – a marginalização de economias locais, o recrudescimento da exploração dos trabalhadores nos países subdesenvolvidos e o aumento da xenofobia e da violência motivada por motivos étnicos e raciais – se apresenta totalmente irracional. Por exemplo, uma das consequências da crescente defesa dos direitos humanos é o aumento na violência e mesmo da crueldade de tratamento contra aqueles vistos como inimigos da humanidade. Uma vez que não querem pertencer a essa humanidade que ameaçam são considerados inumanos e tratados como tal.

Dessa forma, não é de se espantar que, em sua relação com o mundo globalizado, o indivíduo experimenta uma sensação de estraneidade que se converte em alienação. Como Rousseau ele se percebe perdido no Todo como em uma máquina de mentiras. Ao fim de tudo a promessa de uma humanidade pautada pela racionalidade e emancipação se revela ela mesma uma mentira:

A modernidade não é uma nau kantiana estável, cujo piloto conhece perfeitamente bem seu rumo. Estamos num mar desconhecido, e muitos de nós estão enjoados.¹³

Que o indivíduo precisa se defender das vagas desse mar desconhecido não há dúvida. Quanto maiores as exigências e ofertas da Globalização, maior a necessidade de escudos contra ela. Afinal de contas, assistimos ao fim das culturas autóctones, fagocitadas pela indústria cultural globalizada, ao individualismo convertido em hedonismo escapista, ao mesmo tempo em que uma exigência por culpa e remorso pela catástrofe ambiental nos “revela o fato de que nossas mentes assim como nossos corpos necessitam de proteção imunológica; não podemos deixar qualquer coisa entrar, apenas aquilo que podemos converter utilmente.” (capítulo 10)

3. Imune e auto-imune.

Como preservar o indivíduo em meio a um todo cada vez mais irracional e inapreensível? Será o indivíduo capaz de sobreviver ao naufrágio da própria individualidade no mar caudaloso dos mercados globais e da comunicação *full time*? Sua redução a consumidor final pode ser revertida? É possível criar fronteiras, membranas plasmáticas contra a entrada de todo o universo de imagens, sons e gostos que o Todo empurra a todo o momento? Em outras palavras, numa realidade onde a alienação é a regra, é possível se emancipar e se proteger do todo, criando limites e fronteiras para sua imposição?

¹³ MORRISON, Wayne, *Filosofia do Direito, dos gregos ao pós-modernismo*, São Paulo: 2006, p. 352.

Se essas dúvidas são constantes ao menos desde Rousseau e Marx e as respostas a elas são distintas pelo menos desde ambos não é exagero afirmar que o desequilíbrio da relação entre o todo e o indivíduo precisa passar por um redimensionamento. Safranski aponta a dificuldade que a busca por significado pelo indivíduo em meio à Globalização enfrenta. Enquanto projeto o indivíduo precisa se prender a um significado para a própria existência.

Mais uma vez os homens, desafiados pela dramaticidade da hora atual, se propõem a si mesmos como problema. Descubrem que pouco sabem de si, de seu “posto no cosmos”, e se inquietam por saber mais. Estará, aliás, no reconhecimento do seu pouco saber de si uma das razões desta procura. Ao se instalarem na quase, senão trágica descoberta do seu pouco saber de si, se fazem problema a eles mesmos. Indagam. Respondem, e suas respostas os levam a novas perguntas.¹⁴

No entanto, na selva da Globalização o excesso de significados sufoca e impede qualquer possibilidade do indivíduo encontrar ressonância em um significado real e duradouro. Em sua incapacidade de compreender a realidade global ele não consegue criar uma realidade própria.

Essa impossibilidade de criação de uma realidade própria está presente também na relação que o indivíduo estabelece com o tempo e o espaço. Não é mais o indivíduo que cria o seu tempo e seu mundo. Há como que uma histeria nessa relação com o tempo. O indivíduo não percebe seu existir – não representa -, daí há um desencadeamento que irá desembocar numa forma *zumbi* de inserção no mundo. A questão da relação do indivíduo com seu tempo, na realidade, inexistente. Não existe, pois, quando o indivíduo requer para si uma forma de existência que acompanhe a “evolução” global, essa acaba por ser vazia, ora, ao “correr” atrás do “menor tempo” para realizar a sua mais valia, o indivíduo perde mais uma vez a capacidade de se voltar a si mesmo, de refletir, de se espantar, de representar, portanto. Em lugar do caminhar aporético que re-cria a História e cria a história do indivíduo, os mais rápidos meios de transporte surgem e com eles pululam pelo globo um sem fim de “turistas” e quase nenhum “peregrino”, expressando-nos conforme conceitos de Bauman.

Entre a saída e a chegada existe uma espécie de túnel; o tempo que se passa nele deve deslizar como um vôo, e o ideal é que transcorra sem uma experiência que tenha algo a ver com o viajar mesmo [...] agora apenas se experimenta algo do caminho quando se chega. Quando se dirige muito depressa para qualquer lugar não está em nenhum lugar. Contam que os primitivos habitantes da Austrália que necessitavam viajar fazendo largas marchas a pé, antes de entrar no lugar de destino sentam-se algumas horas, para que a alma tenha tempo de chegar. Então, viajar era uma experiência e, por isso, o viajante chegava transformado. Hoje, pelo contrário, o que chega sendo o mesmo querará fazer também iguais os lugares onde chega.¹⁵

¹⁴ FREIRE, Paulo, *Pedagogia do Oprimido*, 48ª reimpressão, Paz e Terra, p. 31.

¹⁵ SAFRANSKI, Rüdiger

Safranski nos convida então a reforçar nosso sistema imunológico enquanto indivíduos, a abrir uma clareira dentro da selva globalizada para podermos nos contemplar em meio ao negrume do excesso de realidade totalizante. Poder imprimir o tempo do indivíduo dentro do tempo histórico se torna uma alternativa ao excesso de Globalização, que faz justamente o contrário, força o tempo histórico para dentro do tempo da vida do indivíduo:

Sob o signo da comunicação global, o tempo do mundo força seu caminho até dentro do tempo de vida do indivíduo. É como se o tempo do mundo devorasse o tempo de vida do indivíduo, como se esse último não mais importasse. Mas ele importa. No tempo da vida do indivíduo se decide tudo para cada um. Um absurdo geométrico – a saber, que o círculo maior se encaixe no círculo menor de uma vida individual sem despedaçá-lo – pode se realizar em termos de vida prática.¹⁶

O caminho para abrir uma clareira passa pelo reforço de uma plasticidade do indivíduo, de um resgate de uma formação e de uma educação estética. A questão é que essa não pode ser uma resposta ativa ou que solucione o problema mais amplo da relação do indivíduo com o Todo, uma vez que só possui sentido em sua forma defensiva, de proteção do indivíduo. A formação e a educação estética são respostas imunológicas, o crescimento de formas de defesa, muito mais do que isso não podem elas oferecer. O que deixa em aberto o problema do indivíduo e seu tempo em relação ao tempo histórico.

Aceitar o inesperado e o fato de que nossa história é só mais uma em meio a tantas outras histórias que formam o todo da História global é uma das formas que Safranski aponta para conseguirmos lidar com o peso de uma totalidade que pode se converter numa força opressora e angustiante. O *modus operandi* da cultura global, que nos impele a sempre estar à frente do tempo, capitaneando todas as novas ondas gera também a ilusão de que podemos moldar a História global como tentamos moldar a nossa própria história. Que podemos acompanhar seus passos, por mais largos que eles sejam.

Ao menos desde a modernidade essa identidade entre História e histórias é uma ideologia corrente. De fato, o progresso técnico e científico, visto como o caminhar da história, era identificado com o aperfeiçoamento moral do homem. Os homens se tornariam melhores à medida que progresso aumentasse. Essa era uma ideia comum a pensadores liberais e simpática mesmo a um pensador crítico como Marx. Mas o que resulta dessa identidade é somente o desencanto em que o homem se lança, como já diagnosticou Max Weber:

¹⁶ SAFRANSKI, Rüdiger, *Wieviel Globalisierung verträgt der Mensch?* Carl Hanser Verlag: 2003, p. 116.

Para o homem civilizado a morte não tem significado algum. Não o tem porque a vida individual do homem civilizado, situado num “progresso” infinito segundo seu próprio significado imanente, não deveria nunca chegar ao fim, pois há sempre mais um passo a ser dado para aquele que está em meio ao avanço do progresso. E nenhum homem que morre se encontra no ponto culminante que se situa no infinito. Abrão, ou algum camponês do passado, morreu “velho e satisfeito com a vida”, porque permaneceu no ciclo vital orgânico; porque sua vida, em termos de seu significado e no findar de seus dias, havia lhe dado o que a vida tem a oferecer, pois para ele não restava nenhum enigma que ele pudesse querer resolver; e desse modo, ele pôde ter o suficiente da vida. Por outro lado, o homem civilizado, colocado no meio do contínuo enriquecimento da cultura através das idéias, do conhecimento e dos problemas, pode tornar-se “cansado da vida”, mas não “saciado da vida”. Ele só aprende a parte mais ínfima daquilo que a vida do espírito está sempre a recriar, e aquilo que aprende é sempre alguma coisa provisória, não conclusiva; desse modo, a morte é para ele um acontecimento sem sentido. É uma vez que a morte não tem sentido, a vida civilizada enquanto tal tampouco o tem; através de sua própria “progressividade”, ela confere à morte a marca de sua falta de sentido.¹⁷

Por pautar a sua vida em uma temporalidade contra a qual ele não pode se impor o indivíduo civilizado se perde na corrente infinita do progresso. A selva em que ele se perde é também a selva do avanço e do progresso técnico. O *ser* para ele só se revela tecnicamente e até mesmo abrir clareiras em meio à selva se torna uma tarefa inglória porque lhe falta uma fórmula, um procedimento técnico para realizar isso.

A construção histórica do homem é um alerta a que não podemos furar. A relação dele com o mundo é algo que deve ser entendido em vias de uma espécie de co-pertença do homem ao mundo e deste naquele. A existência, assim, encontra-se numa dialética de criação em que a atuação do homem em face do mundo não é apenas uma relação alienada de construtor com o objeto, ao contrário, a criatura está no criador na mesma medida em que o criador se coloca na criatura. Só é possível o mundo a partir do homem e ao homem só é permitido existir a partir do mundo. Há uma necessária relação de reciprocidade que talvez possa ser encenada com a figura do arremessar uma bola na parede: a intensidade que a bola retorna é imediatamente proporcional à do arremesso.

Nesse sentido, criar o mundo é esculpir nossa segunda natureza, e uma existência autêntica requer as rédeas desse esculpir que é uma dialética infinda entre o eu e o todo. Relação que não anula o eu em face do todo, nem, tampouco, advoga uma existência individualista, monadal diríamos.

As possibilidades de cada um são correlatos potenciados das possibilidades dos outros, o ser dos outros a função potenciada do ser comunicado que recebe a assimilação de cada um de nós [...] É que só no intercâmbio existencial com os outros – no cultivo de projectos e valores que só ele permite, no desenvolvimento de possibilidades pessoais que ele suscita e estimula [...] na afirmação e robustecimento

¹⁷ WEBER, Max, From Max Weber, org. H. Gerth e C. Wright Mills, Londres, Routledge, *apud* MORRISON, Wayne, *Filosofia do Direito, dos gregos ao pós modernismo*, São Paulo, Martins Fontes: 2006, pág. 325.

da personalidade que só a dialéctica “eu-tu” determina, o ser da possibilidade humana vem à sua plena epifania.¹⁸

O eu real seria uma disposição dialogal que encontra ressonância de seu existir no todo e permite uma inserção – não aniquiladora - do todo em sua existência particular. A forma de existência, portanto, é relacional!

Partiendo de la moralidad, HEGEL ha puesto así de manifiesto el punto crucial de toda filosofía del Derecho y del Estado, el cual consiste en la unidad dialéctica, plena de tensión, de la vinculación objetiva y la libertad subjetiva. Todos los cometidos materiales objetivos le son planteados al individuo por la totalidad supraindividual: por la comunidad. En este sentido, el individuo queda referido a la comunidad también en su existencia moral y subordinado a ella. Al consagrarse, empero, el individuo a estos cometidos supraindividuales, al luchar por el conocimiento adecuado de su contenido y tomar a este por su propia obligación moral, aparece – para valernos de una hermosa imagen de MAX SCHELER-, “a las espaldas de lacto”, el valor moral de la persona, valor que solo pertenece a ésta, que la eleva sobre la condición de mero médio y la convierte en fin en sí misma. Comunidad e individuo son así miembros con valor próprio de una totalidad cuyos momentos se hallan condicionados entre sí. Ni la comunidad es todo y el individuo nada, como enseñaba el colectivismo, ni el individuo es todo y la comunidad mero aparato protector para él, como cree el individualismo, sino que ambos tienen una propia sustância, independiente frente al otro y no tomada de él. La comunidad formula al individuo los cometidos supraindividuales, mientras que, luchando por ellos y por la entrega de ellos, el individuo adquiere un propio valor ético, que no le es prestado por la comunidad, sino que le corresponde por su propio obrar. El individualismo y el colectivismo quedan así superados en este punto crucial de toda ética y toda filosofía social.¹⁹

O maior mérito do texto de Safranski se revela justamente no fato do autor não apresentar procedimentos ou respostas prontas para a questão da individualidade perdida em meio ao todo. Entre o “voltar-se para si mesmo” absoluto de Rousseau e o “mudar o mundo ao invés de interpretá-lo” de Marx²⁰ não existe uma melhor resposta, ambos levam a perigosas tautologias sociais e políticas. A interioridade de Rousseau projetada para o social está a um passo do totalitarismo, e a exterioridade de Marx a um passo do controle ideológico e social. Na interioridade absoluta ou na exterioridade absoluta não reside nenhuma alternativa real.

A formação (*Bildung*) está para Safranski da mesma forma que a *virtu* está para Maquiavel. O desenvolvimento da *virtu* em Maquiavel não impede a atuação da Fortuna, a força que domina o universo, mas pode minorar suas consequências. A formação pode criar fronteiras e limites internos que permitem ao indivíduo suportar o poder massificador da

¹⁸ CASTANHEIRA NEVES, António, *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito – ou as condições da emergência do Direito como Direito*, in, *Digesta Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua metodologia e outros*, volume 3º, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 22.

¹⁹ WELZEL, Hans, *Introducción a la Filosofía del Derecho – Derecho material y Justicia material*, Traducción del alemán por Felipe González Vicen, Editorial B de F Ltda, Montevideo – Buenos Aires, 2005, Julio César Faria – Editor, p. 240.

²⁰ MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *A ideologia alemã*, São Paulo, Martins Fontes: 2008. p. 103.

indústria cultural global. Obviamente a formação no sentido apontado aqui²¹ não consegue garantir que o indivíduo consiga lidar bem com as agruras de uma economia globalizada, por exemplo. Mas, contra aquilo que a Globalização converte em ideologia global, como na transformação do indivíduo em consumidor final, ou na exigência de que o mesmo viva sempre à frente da história e dos processos técnicos que surgem desde a modernidade a formação pode servir como escudo e filtro. A capacidade do indivíduo de se enxergar em meio ao Todo, como um caminhante que chega a uma clareira em meio à selva e pode identificar sua posição depende fortemente da formação. O problema está justamente no fato de que em uma realidade global dominada pela técnica e pela lógica econômica o treinamento (*Ausbildung*) ocupa a posição central que a formação deveria ocupar. Ao invés de escudos o indivíduo acaba desenvolvendo cadeias, prendendo-se a posições profissionais, reduzindo-se a uma engrenagem de toda a estrutura e incapaz de perceber isso. Hannah Arendt já chamava atenção para a transformação do *homo sapiens* em *animal laborans*, transformação que recrudescida pela prevalência do treinamento em relação à formação se converte em uma forte arma ideológica global.

4. BIBLIOGRAFIA.

ABBAGNANO, Nicola, *Dicionário de Filosofia*, tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi, São Paulo, Martins Fontes: 2007

BAUDRILLARD, Jean, *A troca impossível*, Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira: 2002.

BAUDRILLARD, Jean, *Simulacro e Simulação*, Lisboa, Ed. Relógio D'água: 2006.

CASTANHEIRA NEVES, António, *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito – ou as condições da emergência do Direito como Direito*, in, *Digesta Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua metodologia e outros*, volume 3º, Coimbra, Coimbra Editora: 2008.

CHARLES, Daniel. *Mikel Dufrenne et l'idée de Nature*. In: AAVV. *Vers une Esthétique sans entrave – mélanges offerts a Mikel Dufrenne*. Paris: PUF, 1975.

DUFRENNE, Mikel. *Le Poétique*. Paris: PUF, 1963.

DUFRENNE, Mikel. *Sublimation et Desublimation en art*. In: *Esthétique et Philosophie*. Tome III. Paris: éditions Klincksieck, 1988.

²¹ Em grego Παιδεία, formação tem um sentido pouco apreensível em português, que geralmente identifica essa palavra com formação profissional. *Bildung*, o termo alemão, consegue manter o sentido grego original mais perto, que se refere à ideia de construção de um caráter, uma personalidade, da própria pessoa, que passa pela educação, mas também pelo aprendizado moral, o desenvolvimento social, físico, etc.

FREIRE, Paulo, *Pedagogia do Oprimido*, 48ª reimpressão, Paz e Terra.

HEIDEGGER, Martin, *Ser e Tempo*, tradução revisada de Marcia Sá Cavalcante Schuback, Petrópolis, Editora Vozes: 2006.

MARCUSE, Herbert. *Arte e Revolução*. In: *Contra-Revolução e Revolta*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1973.

MARCUSE, Herbert. *A Dimensão Estética*. Lisboa: edições 70, 1986.

MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *A ideologia alemã*, São Paulo, Martins Fontes: 2008.

MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *Manifesto do Partido Comunista*, São Paulo, Martin Claret: 2000.

MORRISON, Wayne, *Filosofia do Direito, dos gregos ao pós modernismo*, São Paulo, Martins Fontes: 2006.

SAFRANSKI, Rudiger, *Heidegger – Um mestre da Alemanha entre o bem e o mal*, tradução Lya Luft, apresentação de Ernildo Stein, São Paulo, Geração Editorial: 2005

SAFRANSKI, Rüdiger, *Wieviel Globalisierung verträgt der Mensch?* Carl Hanser Verlag: 2003

WELZEL, Hans, Hans, *Introducción a la Filosofía del Derecho – Derecho material y Justicia material*, Traducción del alemán por Felipe González Vicen, Editorial B de F Ltda, Montevideo – Buenos Aires, 2005, Julio César Faria – Editor.

O abominável modismo intelectual no tocante ao Direito de Família, o esfacelamento das bases clássicas da família na “sociedade moderna” e a perda de vista da fidelidade jurídica e racional dos institutos

The horrible relaxation of Family Law, the loss of bases in classic family "modern society" and lost sight of allegiance and rational legal institutes

Hugo Rios Bretas¹

RESUMO: O autor nesse artigo remarará contra a maré de toda a sociedade e das vertentes hoje preponderantes entre os jurisconsultos do Direito de Família. O objetivo desse trabalho não é dizer se a mudança panorâmica das famílias, ou a pluralidade de famílias seriam condutas corretas ou incorretas. O objetivo é simplesmente identificar o papel, a perda de vista de um Estado Democrático de Direito e o esfacelamento das bases que envolveram, motivaram e inspiraram o Direito ao sedimentar classicamente a família.

Palavras-chaves: Direito de Família, modismo intelectual, casamento, bases

ABSTRACT: The author in this article had rowed against whole society and the targets prevalent today among jurists of Family Law. The desire of this study is not to say whether the change overview of families, or the plurality of families would be correct or incorrect behavior. The desire is simply to identify the role, losing sight of a democratic state and the lose of the bases involved, motivated and inspired the Right to build classically family.

Keywords: Family Law, Relaxation, Marriage, bases.

1. INTRODUÇÃO.

A família em toda a sua história já passou por inúmeras alterações estruturais. Deste modo, é possível constatar que novos paradigmas apareceram em relação a esta ordem de pertencimento. Já se passou por uma fase estritamente valorativa da figura do homem em detrimento da figura da mulher, estritamente concatenada, em períodos recentes, ao labor e a criação da prole. Nesta medida, aponta-se que esta fase já fora rompida no Brasil,

¹ Professor de Direito Civil e Empresarial da UNIPAC, PUC-MINAS E ESNOR. Professor de Direito Constitucional da FUNCESI. Professor da Pós-graduação da UNIPAC. Parecerista da Revista Brasileira de Estudos Constitucionais.

consagrando assim, de forma categórica, o princípio denominado igualdade entre os cônjuges. Redundando por certo, em uma simetria de direitos e deveres.

Venosa (2006) chega a relatar comportamentos tribais acerca da família, que chegam a legitimar procriações públicas. Sem ignorar também outras modalidades de família, cronologicamente, matriarcais e patriarcais.

Neste tocante, nesta linha introdutória, a família apresenta variabilidades ao longo do tempo. Nesse aspecto, há países que adotam em seus nortes abalizadores a permissibilidade da bigamia e poligamia, outros tantos o princípio da monogamia.

Dessa forma, nota-se que outro princípio que também tem exacerbada relevância para o debate, diz respeito ao princípio da multiplicidade familiar. E diante de tal princípio, averigua-se que o casamento não é considerado “conditio sine qua non” para significar uma família, conforme alguns teóricos afirmam. Em outros termos, existem famílias constituídas em hipóteses diversas ao casamento.

Nesta multiplicidade, a família moderna, em suas múltiplas formas de constituição, apresenta vital relevância para gerar estabilidade em quaisquer Estados. Uma vez que, a família, enquanto ordem de pertencimento, em que cada um de seus membros exerce uma determinada função, em convergência à Lacan(1987). Segundo este, a família representa um refúgio e um freio para dados atos atentatórios à sociedade.

Essa visão psicanalítica é digna de emoção e é capaz de demonstrar como é necessário blindar a família, como é necessário não artificializá-la.

Deste modo, é inequívoco que múltiplas famílias se amoldam a uma sociedade perversa, promíscua e sem freios. Todavia, não é possível afirmar que todas as formas são ideais, embora sejam comportamentos recorrentes e merecedores de tolerância.

Evidentemente, modernamente, houve um abalo estrutural familiar, se houver a comparação com outros períodos, contudo, pela necessidade de que o homem tem para viver em família, não se vê no futuro o fim da família moderna e sim a continuidade, esperando que esta exista com perfeita solidez e uma melhoria substancial. Resta saber se certos laços convivenciais representam uma família ou uma amizade estável ou outro vínculo diverso.

2. PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA.

2.1. Princípio da igualdade jurídica dos filhos.

É notório que o princípio da igualdade jurídica entre os filhos, historicamente, nem sempre fez parte dos horizontes do Direito de Família.

Na obra de Sílvio de Salvo Venosa, é perceptível que na época de promulgação do Código Civil de 1916, a Lei 3.071/1916 (BRASIL, 1995), algumas espécies de filhos são trabalhadas. Notadamente os filhos adulterinos, cuja origem se dá a partir de um concubinato impuro. Cite-se também os filhos incestuosos, germanos, unilaterais, adotivos e consanguíneos.

Conforme preceitua a Constituição Federal (BRASIL, 2008) e o Código Civil (BRASIL, 2008), não importará a ancestralidade dos filhos, a sua origem, a sua gênese. O que importa diz respeito ao caráter afetivo, alimentar, de solidariedade, que sempre devem fazer parte, ainda que de forma oblíqua, das relações paternas.

Em razão desse inelutável vínculo paterno, não poderá haver nenhum desequilíbrio substancial patrimonial entre os filhos e tampouco as disparidades flagrantes de tratamentos.

Nessa busca existem dispositivos normativos que preceituam a igualdade, nitidamente no âmbito sucessório. Ora, um pai não poderá doar a integralidade de seu patrimônio, posto que deve haver a reserva de uma parcela, considerada indisponível, em favor de seus herdeiros necessários. Os filhos, herdeiros legítimos, não poderão perceber díspares quinhões hereditários.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 2008)

Em estrita sintonia o artigo 1.596 do Código Civil:

“Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” (BRASIL, 2008)

2.2. Igualdade entre os cônjuges.

Pelo norte trazido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 2008), em sintonia com o vigente Código Civil (BRASIL, 2008), é legítimo proferir que o homem e a mulher são tratados de forma equânime, isto é, são iguais em direitos e deveres matrimoniais. Mas, alerta Fiúza (2008) que o legislador episodicamente dá

tratamento diferenciado em favor da mulher, para igualá-los, tendo em vista as especificidades, são diferenças naturais.

Por estes elementos, por estas diferenças naturais, acredita-se que é necessário levar em conta tais especificidades, e alguns instantes com o fito de igualar, criar dispositivos diversos aos homens e mulheres. E será exatamente com a consideração destas diferenças naturais, que será possível igualá-los.

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.” (BRASIL, 2008)

Maria Helena Diniz (2006) explana que o patriarcalismo, nos moldes clássicos, não mais merece prosperar. Aliás, a sucumbência do papel da mulher não é compatível aos tempos atuais. A mulher, não se restringe ao labor doméstico.

2.3.Diversidade de Sexos.

Importante ressaltar que apesar de o STF (ADI nº4.277 e ADPF nº132) já ter reconhecido a união estável homoafetiva, o Direito brasileiro ainda não trata do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo e tampouco a Constituição Federal. Conforme Sílvio de Salvo Venosa (2008), tal casamento é tido como inexistente, assim como quando o casamento for celebrado com a ausência de autoridade competente.

Em razão do exposto, inequivocamente a consequência do casamento entre pessoas do mesmo sexo consiste na inexistência.

2.4 Princípio do pluralismo familiar .

O princípio do pluralismo familiar é marcado pela complexidade. Este princípio tem como fundamento a amplitude no que toca o reconhecimento de distintas formas de família. Não tão somente a família em sua concepção clássica.

Importa deixar claro que a sociedade contemporânea perdeu de vista a saudável observância da multiplicidade familiar, isto é, trata-se de uma catastrófica e lamentável interpretação da afetividade. Em outros termos, em nome do afeto todas as modalidades de vínculo passam a ser reconhecidas como família.

Conclui-se que nem toda a manifestação de afeto e de eventual vínculo não pode significar uma família.

Recentemente, de forma teratológica, já houve o reconhecimento de famílias paralelas. Isto é, certas esferas jurisdicionais e sociais não respeitam e nem sequer sabem o que é família.

2.5. Princípio da liberdade.

O princípio da liberdade é por demais utópico, afinal ninguém é efetivamente livre, em razão da reserva do possível, em razão das ilimitadas necessidades, e de outros sensíveis elementos.

A partir desse princípio é cabível dizer que as pessoas decidirão constituir união estável ou mesmo o casamento. Assim como será livre a dissolução da união estável, ou mesmo a separação e o divórcio.

Por outro lado, romper ou apagar os efeitos advindos da relação familiar se mostra, a depender do caso concreto, impossível. Exemplo: José e Maria se casaram e tiveram um filho. Neste sentido, os cônjuges contraíram núpcias porque desejaram. Porém, as obrigações alimentícias em favor da prole não poderão ser elididas, pois a vontade não alcança a exoneração num caráter tão profundo.

Apenas para demonstrar a dimensão dos efeitos alimentícios que podem decorrer do casamento, aponte-se que, Segundo Silvio Rodrigues (2004), os alimentos são devidos por ascendentes, descendentes, irmãos os cônjuges e companheiros. A princípio é possível afirmar que os alimentos são devidos de ascendentes para descendentes, bem como dos descendentes aos ascendentes. Some-se também a este rol, o ex-cônjuge para o seu ex-cônjuge. As pessoas para com os seus parentes colaterais de segundo grau. Vale preponderar, de irmão para irmão. E o companheiro também tem este mister.

Para o entendimento dos casos em que são devidos os alimentos, invoca-se o pensamento de César Fiúza (2008), que afirma que os alimentos só serão justificados em caso de necessidade efetiva.

A liberdade ainda atinge outras vias, como a liberdade de escolha do regime, a mutabilidade de regimes, o planejamento familiar da existência ou não de prole. “a liberdade de regular por si as próprias ações ou, mais precisamente, de permitir a todos os indivíduos envolvidos em um comportamento comum determinar as regras daquele comportamento através de um entendimento comum.” (PERLINGIERI, 2002, p. 17).

A postura familiar no sentido de escolher a educação, a punição, os castigos, a opção religiosa, política, futebolística e outras, também diz respeito à liberdade no âmbito familiar.

2.6. Princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana deve ser interpretada em sintonia com a personalidade da pessoa humana.

Os direitos da personalidade podem ser interpretados como aqueles interligados a estrutura física, bem como intelectual do ser humano. A partir disto, interpretando segundo os preceitos constitucionais e até mesmo infraconstitucionais se pode apontar:

A imagem, a intimidade, a vida privada, a honra ou até a dignidade.

Com amparo no artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 2008), em seu inciso III, ao estabelecer como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. Desta forma, uma das razões existenciais da Constituição da República se trata do primado pela dignidade da pessoa humana. Condição sem a qual a base constitucional se mostrará abalada. Literalmente:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.(BRASIL, 2008)

Para Bretas e Fialho:

A Constituição Federal de 1988, em seu art.1º, inc. III, prevê que o Estado Democrático de Direito possui como fundamento a dignidade da pessoa humana. Trata-se de um princípio da mais indigitada relevância e que tem sido utilizado para fundamentar os mais diversos temas em nosso ordenamento jurídico. (BRETAS; FIALHO, p.1, 2010)

E prosseguem:

Com a repersonalização do direito civil, os valores existenciais ocupando lugar de destaque nas relações humanas, a dignidade humana surge, como o princípio vetor para dirimir situações inquietantes e conflitantes que permeiam a vida. (BRETAS; FIALHO,, p. 1, 2010)

3. CONCEITO DE FAMÍLIA.

Neste momento, um conteúdo de família pode ser aquele de Lacan (1987), segundo o qual, família é uma ordem em que cada um de seus membros exerce um papel fundamental. Ocorre que existem papéis típicos do pai e da mãe, e sua ausência ou confusão potencializa alguma mazela em face da família. Essa verificação permite aos interlocutores enxergar a visão imprescindível da família perante a sociedade

Soma Lacan (1987) família desempenha um papel inigualável. Entre os quais, a transmissão de cultura. Na mesma linha, a família é relevante para a prevenção dos instintos e até mesmo no desenvolvimento psíquico do homem.

Dalmo Dallari (2003) cita a família no sentido de reputar que esta representa um laço, uma ordem de pertencimento. Isto é, significa um importante grupo que o indivíduo faz parte e termina amoldando a sua mente, seus valores, sua moral, seus comportamentos, exemplos e referências. Inelutavelmente este é um conceito social de família.

Segundo Sílvio Rodrigues (2004) o conceito de família, em seu sentido restrito, compõe os pais e sua prole. Perceba-se que este conceito não observa outros tipos de parentes colaterais ou em linha reta. Trata-se, portanto, de um conceito clássico.

Por outro lado, o mesmo Sílvio Rodrigues (2004) ainda traz o conceito amplo. Conforme o qual, a família seria composta por todos os parentes consanguíneos, sobretudo.

Maria Helena Diniz (2006), na mesma linha conceitual ampla, pondera que a família é composta pelos parentes consanguíneos ou afins.

Paulo Nader (2011) ainda reflete que a família significa uma instituição social, amparada na solidariedade.

Por fim, o artigo 1.412, em seu parágrafo segundo, ainda dá a entender que a família poderia ter uma conotação amplíssima, atingindo os pais, os filhos e finalmente os empregados que atuam no âmbito doméstico em favor destes personagens.

Literalmente o suporte fático prevê:

Art. 1.412. O usuário usará da coisa e perceberá os seus frutos, quanto o exigirem as necessidades suas e de sua família.

§ 1º Avaliar-se-ão as necessidades pessoais do usuário conforme a sua condição social e o lugar onde viver.

§ 2º As necessidades da família do usuário compreendem as de seu cônjuge, dos filhos solteiros e das pessoas de seu serviço doméstico. (BRASIL, 2008)

4. DIREITO DE FAMÍLIA, MODISMO INTELLECTUAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Acredita-se que trabalhar esse artigo é absolutamente legítimo em um viés democrático do reconhecimento e de alteridade. Posto que, aparentemente, qualquer pronunciamento minimamente contrário às famílias paralelas, às distintas uniões é prontamente repudiado, a partir de estigmas como a “ortodoxia”.

Em verdade, o discurso das famílias multiformes entrou no cenário jurisdicional, a partir, de uma tese quase que inevitável de compreensão e aceitação, sem que para tanto

houvesse qualquer racionalidade no discurso. Isto é, clamo por igualdade quando verdadeiramente compreendo desigualdade, o que por si só elide, a compreensão de Aristóteles, citado por Bittar (2005) acerca da justiça na modalidade equidade, segundo a qual, há que se promover justiça no caso concreto, a partir do tratamento desigual dos desiguais e tratamento igual dos iguais.

Aqui não está a se propagar essa ou aquela modalidade totalmente abominável, pois a intenção é tão somente verificar que a revolução familiar, como toda a revolução exige, exige teses contrárias. Aliás, esse pensamento é salutar em um Estado Democrático de Direito e até mesmo em uma linguagem “Habermasiana”.

Abrir os horizontes para outros comportamentos é inelutável e salutar, todavia, outros comportamentos não legitimam a destruição das concepções contrárias.

O que mais se clama na ciência da Hermenêutica, a ciência da interpretação é o respeito aos argumentos contrários.

A má e modista interpretação da “não intervenção do Estado na autonomia privada”, é aterrorizante. Aliás, nem se sabe o que é autonomia privada. Segundo Michael Moore, isso é modismo intelectual, quando não se sabe os reflexos de um instituto, mas, segue-se uma “onda” de pensamentos supostamente predominantes. Isso é ridículo, isso é a perda de vista de uma fundamentação, e é propagar a burrice. Burrice que deve ser sempre rechaçada no Direito. Para Moore:

O “jargão, na maioria das vezes, é apenas o ornamento acrescentado a conclusões geralmente céticas a respeito do Direito, da crítica literária, da psicologia, da física, ou de praticamente qualquer coisa. É apenas a sua interpretação`desceu ao nível de conversa de coquetel, como nossa maneira preferida de expressar ceticismo metafísico ou epistemológico sobre alguma coisa, mas raramente serve para justificar tal ceticismo. Tudo isso é perturbador para aqueles de nós que se interessavam pela interpretação antes que ela se tornasse moda. Não é apenas a infelicidade que sentimos quando símbolos de nossa personalidade são apropriados pelas massas- como quando Os `hipiies` fizeram do `blue jeans´ um uniforme, ou quando os `yupiies´ fizeram dos BMWs um automóvel de status elevado. (MOORE, p.4, 2004)

A argumentação de que o Estado jamais pode intervir em qualquer esfera individual é um argumento desprovido de plausibilidade, que termina por repercutir no sentido de propagar, suavemente e covardemente, o Estado da anomia. O comodismo de boa parte da sociedade e as argumentações preguiçosas, maliciosas, sem qualquer sentido e vazias assustam qualquer juriconsulto minimamente sério. A sociedade criou um significado seguro em torno de questões fundamentais, como as cotas, as questões de cunho sexual, o Estado laico e outros institutos. Isto é, todos têm receio de se pronunciar no sentido de buscar um Estado verdadeiramente ideal e não falsamente ideal. Este receio se perfaz em razão de

represálias, de críticas torpes, de massacres da imprensa sensacionalista e pretenciosa, além de uma série de propósitos ocultos. Esse é um breve comentário que se aplica intensamente ao foco deste trabalho.

Por isso, o que se busca aqui é identificar a infidelidade às bases institucionais, a “imbecilização” do discurso, a antidemocratização desse fenômeno e a configuração da perda das bases clássicas da família. Ademais, a interpretação genuína, também de Michael Moore exige coerência, exige uma forma textual. Por exemplo, é possível fundamentar a aplicabilidade das teorias das pessoas naturais aos semoventes? Óbvio que não, uma vez que os animais têm natureza jurídica diversa à natureza do homem.

Mas, a busca do povo é receber um catálogo de incontáveis direitos, sem que para tanto exista qualquer análise acerca da legitimidade deste destino.

Hoje há um receio ou uma proibição tácita para se falar de assuntos considerados mais polêmicos, em razão do temor de incorrer em uma sanção decorrente e adjacente da discriminação ou preconceito. E isso é antidemocrático.

Há matérias constitucionais que salvagam a liberdade do homem, inclusive sob a égide verbal e discursal. Contudo, é ventilada a idéia de relativização dos direitos fundamentais, que deve sempre ser interpretada com cuidado. Ou seja, há uma liberdade relativa, segundo essa visão.

O Artigo 226 da Constituição Federal (BRASIL, 2008) é uma cláusula pétrea? Se cláusula pétrea for, como de fato é não poderia ser revogado ou desdido. Por isso, anote-se que a revogação poderá se dar expressamente ou tacitamente, segundo Tércio Sampaio, a revogação expressa se daria por conta do pronunciamento direto do legislador no sentido de que o texto outrora vigente não mais contemplará o texto legal, o que certamente não aconteceu. O artigo 226 assim dispõe:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” (BRASIL, 2008)

É possível identificar a repercussão material inerente ao artigo 226 da Constituição Federal, em razão da dicção constitucional, ao proferir que a família é a base da sociedade. Este é artigo:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º - 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. (BRASIL, 2008)

Na mesma busca, é inequívoco, pelo condão analítico classificatório da Constituição Federal, que este suporte está em estrita consonância ao artigo 5º da Constituição Federal, o que gera direta incidência nos limites materiais descritos no artigo 60, parágrafo 4º da Constituição Federal (BRASIL, 2008).

Talvez o grande óbice do Direito de Família seja a má interpretação do amor.

5. BASES CLÁSSICAS DA FAMÍLIA E SUAS FLEXIBILIZAÇÕES.

5.1. Bases da Família.

Como base da família cite-se primeiramente a forma, por intermédio do casamento, que significa um ato solene e público.

Em segundo plano, a indissolubilidade, rompida com a Lei 6.515/1977 (BRASIL, 1977)

Em outro plano, a diversidade de sexos. Segundo essa base, a formação familiar, notadamente a partir do casamento e da união estável se daria por intermédio de um homem e uma mulher, marido e esposa, companheiro e companheira.

Nota-se que nenhum desses pilares foi mantido. O único que permanece consiste na diversidade de sexos, no âmbito da forma. Isto é, é exigível a diversidade de sexos para a validade do casamento. Nota-se que se houver a afetação desse pilar, a plenitude da base da família clássica será rompida, razão pela qual, o direito de família não mais mereceria sequer a sua nomenclatura.

5.2. Casamento.

Casamento é o ato solene e público e certamente repercute como um dos atos mais belos de toda a humanidade.

Casamento, então, é um contrato e uma linda instituição ao mesmo tempo. É contrato, pois mostra a manifestação do sério e compromissado desejo de casar dos cônjuges até que a morte os separe, e que se formaliza por uma certidão de casamento (registrado no cartório de registro civil). E é instituição, pois ele cria um admirável laço de união, fidelidade e respeito recíprocos entre os cônjuges e seus eventuais filhos adotados ou de sangue.

O matrimônio não é apenas a formalização ou legalização da união sexual, mas a conjugação de matéria e espírito de dois seres de sexo diferente para atingirem a

plenitude do desenvolvimento de sua personalidade, através do companheirismo e do amor. (DINIZ, 2006, p. 42).

“é o casamento a mais importante e poderosa de todas as instituições de direito privado, por ser uma das bases da família, que é a pedra angular da sociedade”. (DINIZ, 2006, p. 41).

É certa a violação ao dever de fidelidade quando a conduta de um dos cônjuges configurar, por exemplo, um simples flerte com outra pessoa, mesmo que sem contato sexual. Assim, ausente também a fidelidade em casos em que o contato - ainda que não físico - com pessoa outra que não o cônjuge, como olhares lascivos, seja capaz de ofender a honra daquele com quem se casou, de maneira a importar em violação aos deveres do casamento, embora, em tais casos, não se possa falar em adultério. (BARBOSA; VIEIRA, 2008, p.93).

A pureza do casamento pode ser vista a partir de seus efeitos, notoriamente a partir da comunhão plena de vida.

No entanto, há que ser observado com cautela, a fim de que não haja banalização.

União plena, que pode ter uma conotação espiritual, econômica e corpórea.

“o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. (BRASIL, 2008)

5.3.Flexibilizações.

5.3.1.Forma .

União, portanto, é a união informal entre homem e mulher de cunho sentimental, sem qualquer prazo específico para a sua configuração, que tem efeitos patrimoniais e que segue os seguintes requisitos:

Necessário se faz o tratamento social de ambos os companheiros como se casados fossem com a unificação matrimonial. Outro indício da união estável é a residência no mesmo lar entre os companheiros. Assim como a repercussão patrimonial, isto é, certa confusão patrimonial entre os companheiros (um paga as contas do outro).

Seguindo as teorizações de César Fiúza, é possível constatar que os companheiros têm direitos recíprocos a logra alimentos, nos termos da lei 5.478 de 1968 (BRASIL, 1968), além dos direitos sucessórios, conforme o artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2008).

O direito de reconhecimento de que os bens logrados durante a união, a ambos pertencerá em condomínio, quando os bens logrados foram resultado do esforço comum. Como se não bastasse a qualquer instante qualquer um dos companheiros poderá requerer a conversão em casamento da união. Há teóricos que acreditam na concernência do direito de habitação, em favor do cônjuge sobrevivente, conforme o artigo 1.831 do Código Civil (BRASIL, 2008).

A Lei 8.971 do ano de 1994 (BRASIL, 1994), protegia tão-somente o denominado concubinato puro, união estável, vale dizer, protegia apenas aquelas pessoas divorciadas, solteiras, separadas judicialmente ou viúvos que, a grosso modo, comportavam-se como se casados fossem. Todavia, conforme elucida César Fiúza (2008) o Código Civil (BRASIL, 2008) permite a união estável entre pessoas solteiras, viúvas, etc. E a grande distinção diz respeito à possibilidade de pessoas separadas constituírem união estável legítima e reconhecida. Assim, a Lei 8.971 (BRASIL, 1994), conforme o visto, pode ser considerada revogada, naquilo que contrariar a mais nova lei, a lei 10.406 de 2002 (BRASIL, 2008).

Ademais, a Lei 8.971 (BRASIL, 1994) estipulava o tempo de 5 anos, para se configurar a união estável, sobretudo para legitimar eventuais vindicações de pensões ou até mesmo para fins de inscrição como segurado dependente.

Regra esta, que segundo Fiúza, fora tacitamente revogada pela lei 9.278 de 1996 (BRASIL, 1996).

Por outro lado, abordando acerca da lei 9.278 de 1996 (BRASIL, 1996), que por sua vez, regulamentou o artigo 226 da Constituição Federal (BRASIL, 2008), a reconheceu como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, o que caminhou em perfeita consonância no tocante ao Código Civil (BRASIL, 2008).

5.3.2. Dissolubilidade.

O casamento se extingue pela morte de um dos cônjuges, o que é óbvio, uma vez que a morte põe fim a qualquer tipo de relação; por apresentar algum defeito, quando não houver observância dos requisitos de validade a ele inerentes; pela separação judicial e pelo divórcio.

Carlos Roberto Gonçalves (2012) defende que o divórcio no Brasil foi introduzido no Brasil, por advento da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, aliás, em oposição à igreja. Antes da vigência desta norma o divórcio não rompia o vínculo matrimonial, tão somente com a Lei nº 6.015, de 26 de dezembro de 1977 (BRASIL, 1977) legitimou-se o divórcio, o fim do vínculo conjugal, em razão de fenômenos alheios a morte.

5.3.3 Formalidade para o divórcio.

O casal tem a opção de divorciar-se pela via judicial, via de regra, entretanto o ordenamento jurídico conforme a lei nº 11.441/2007 (BRASIL, 2007) concede aos cônjuges a faculdade de divorciar-se por meio administrativo, por via extrajudicial, por meio do cartório de registro notas, quando todos os interessados forem capazes e estejam de acordo com os

termos do ajuste dissolutório. Meio este, simples e rápido que pode ser realizado sem complicações, além de ser célere e econômico aos cônjuges.

O art. 3º da referida lei inseriu no Código de Processo Civil o art. 1.124-A, no qual preceitua os requisitos legais para concessão do divórcio ou separação, nota-se que com o advento da emenda há a desnecessidade de cumprimento do lapso temporal, ou seja, separação. Eis o teor do dispositivo:

Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

§ 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei. (BRASIL, 2008)

5.3.4 Lapso temporal.

Apesar de a EC 66/10 ter suprimido a exigência do lapso temporal de um ano de separação de fato ou medida cautelar de separação de corpos para a separação falência, bem como os dois anos da separação de fato ou medida cautelar para o divórcio direto, não houve revogação dos artigos 1.572 a 1.578 do Código Civil (BRASIL, 2008), mantendo esse instituto.

Assim, nos termos do art. 1.572, “qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.”(BRASIL, 2008)

Para César Fiúza:

A separação judicial não põe fim ao vínculo matrimonial, mas, tão somente, à sociedade conjugal. Não extingue, portanto, o casamento em sua inteireza.

A sociedade conjugal é a união estável entre os cônjuges, com vistas à vida comum. Esta termina com a separação judicial. Vínculo matrimonial é liame jurídico que transforma a sociedade em casamento. Esse elo é simbolizado, na prática, pelas alianças, se bem que não tenham elas qualquer valor legal. De toda forma, a separação judicial não dissolve esse vínculo jurídico entre os cônjuges, daí que não podem, por exemplo, casar-se novamente. (FIUZA, 2008, p. 961).

O art. 226, § 6º da CF/88 prevê que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. (BRASIL, 2012)

6. CONCLUSÃO.

A partir de todo o complexo estudo desenvolvido é compreensível que o legislador infraconstitucional e os atores do Direito vêm se portando de forma inconseqüente, a partir de um desvirtuamento da essência do Direito de Família.

Em verdade o Direito de Família, em razão da extrapolção interpretativa do afeto, mais parece um Direito do afeto e não Direito de Família.

O desvirtuamento é tão gravoso e temerário que já se perdeu de vista o bom senso, a tal ponto de criar um abismo de discussão e uma falsa blindagem em favor de fenômenos e institutos que não merecem tratamentos isonômicos.

O que se quer dizer é que o Estado Democrático de Direito deve a todos respeitar e a todos tolerar, contudo, em estrita proporção ao razoável. Não se deve igualar o que não igualável, e isso por si só, não destrói o acolhimento e o respeito.

O artigo 226 da Constituição Federal (BRASIL, 2008), sendo desrespeitado em decisões inconstitucionais autoritativas, termina por violar sobremodo a Constituição Federal. E as conseqüências naturais desse fenômeno é a necessidade premente de revogação da Constituição Federal, por se tratar de uma violação a um limite material constitucional.

O objetivo desse artigo não é deixar de tolerar e respeitar fenômenos sociais, posto que esses são por demais, existencialmente, merecedores de todo o respeito. O propósito, exclusivamente, é estampar as conseqüências constitucionais e acadêmicas decorrentes da “avalanche” modificativa das bases do Direito de Família. Mas, sobretudo o objetivo é deixar claro que o Estado Democrático de Direito jamais pode perder de vista um ideal.

Os fenômenos aqui trabalhados merecem reflexão, sob pena de os atores do direito se negarem ao terrível fenômeno da “imbecilização do direito” e do comodista modismo intelectual, que vêm assustadoramente contaminando a respeitosa comunidade acadêmica.

7. BIBLIOGRAFIA.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. In: ANGER, Anne Joyce (Org.). **Vade mecum BRASIL, Código Civil, lei 10.406/2002. Organização dos textos, notas remissivas, índices e Adendo Especial do Código Civil de 1916 por Livia Céspedes**, 59ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Lei número 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 de dezembro de 1994. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm > Acesso em 21 de julho de 2012.

BRASIL.; CAHALI, Yussef Said (Org.). **Código civil ; Código de processo civil ; Código comercial ; Legislação civil ; Processual civil e empresarial ; Constituição Federal**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

BRASIL. Lei número 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 de dezembro de 1977. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm > Acesso em 21 de julho de 2012.

BRASIL. Lei número 11.441, de 11 de janeiro de 2007. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 de janeiro de 2007. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11441.htm > Acesso em 22 de julho de 2012.

BRASIL. Lei número 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 de maio de 1996. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm > Acesso em 21 de julho de 2012.

BRASIL; CÓDIGO CIVIL (1916); OLIVEIRA, Juarez de. **Código civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

acadêmico de direito. São Paulo: Rideel, 2008.

BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de Filosofia do Direito: I. panorama histórico, II- tópicos conceituais. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BRETAS, Hugo Rios; FIALHO, Claudia. Sujeitos de direito - **Pessoas nascidas e pessoas**

por nascer. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em: <

<http://www.ambito->

[juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9232&revista_caderno=6](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9232&revista_caderno=6))

Acesso em 01 de outubro de 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**: volume 5: direito de família. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 12 ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008,

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: volume 6 : direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

LACAN, Jacques. Os complexos familiares, Jorge Zahar , Rio de Janeiro-RJ, 1987

MOORE, Michael. In: MARMOR, Andrei. **Direito e Interpretação: ensaios de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: volume 5 : direito de família. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. Trad.: Maria Cristina De Cicco. 3. ed., rev.e amp. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002..

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: volume 6 : direito de família. 28. ed. rev. e atual. / por Francisco José Cahal São Paulo: Saraiva, 2004

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: volume 6: direito de família. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VIEIRA, Cláudia Stein. Efeitos jurídicos pessoais do casamento. In: BARBOSA, Águida Arruda; VIEIRA, Cláudia Stein (Coord.). **Direito Civil**: direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MODELOS PENAIS CONTEMPORÂNEOS E SUA LEGITIMAÇÃO: DA DEFESA DO CIDADÃO À DEFESA DA SOCIEDADE, E O AVANÇO RUMO AO PASSADO

CONTEMPORARY CRIMINAL MODELS AND ITS LEGITIMACY: FROM CITIZENS PROTECTION TO SOCIAL DEFENSE, AND THE MOVING ON TOWARD THE PAST.

Ricardo Augusto de Araújo Teixeira¹

Resumo: O presente artigo visa apresentar alguns dos modelos penais de maior destaque na atualidade, mostrando a forma como se desenvolveram, bem como os questionamentos que possibilitam e que sobre eles recaem. O estudo aborda movimentos recentes e a evolução histórica da teoria do delito na tradição romano-germânica, a fim de mostrar as implicações que um tem em relação ao outro, bem como a necessidade de conhecer a todos, a fim de promover o contínuo desenvolvimento do sistema penal.

Palavras-chave: Direito penal; teoria do delito; movimentos penais.

Abstract: This paper aims to present some of the most remarkable criminal models these days, displaying how they were developed, and the questionings they've produced and also that they had to deal with. This study tackles recent movements as well as the historical evolution of the Criminal Law Theory in the Roman-german tradition, in order to show the implications that existis between them, and the need to be aware of them all, só that ít becomes possible to keep on developing the criminal system.

Key-words: Criminal Law; Criminal Theory; Criminal Movements.

¹ Mestre *magna cum laude* e doutorando em Direito Público pela PUC Minas. Professor de Direito Penal e Processual Penal da UNIPAC Itabirito e do Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix.

1. Modelos Penais.

1.1 Introdução.

Dos mais antigos sistemas normativos que se conhece, até os dias atuais, a principal demanda que se apresenta ao que hoje nomeia-se sistema jurídico diz respeito à estabilização das relações entre pessoas, notadamente quanto à garantia de que a vida humana não fique dependente exclusivamente da capacidade de seu titular de protegê-la. Embora o modelo de caos – de guerra de todos contra todos – seja, por óbvio, uma ficção, ele é apto a ilustrar este aspecto mais básico dos questionamentos que chegam ao sistema jurídico.

Se, durante muitos séculos, tal demanda foi respondida por um sistema normativo complexo², que envolvia diversas instituições e instâncias de controle dos membros dos grupos sociais, desde as Revoluções liberais do século XVIII - em que a razão passa a ser o elemento essencial de qualquer instituição pública -, o lidar com a face mais conflituosa das relações humanas recai no sistema jurídico, mais do que em qualquer outro.

É indiscutível que o direito não é único – e talvez nem mesmo o mais atuante – sistema de estabilização social; todavia, a ideia de que o Estado detém o monopólio do uso da força física, ideia esta que é elementar para as concepções contemporâneas ocidentais de Estado, põe em destaque o papel que o sistema jurídico terá em tais situações, e chama para ele a responsabilidade de responder às situações de conflito mais complicadas.

Em muitas e diversificadas situações a força física pública foi utilizada com finalidades hoje inaceitáveis. Desde o Iluminismo³, contudo, tem-se que a formalização do Direito Penal deve ter por objetivo, fundamentalmente, garantir o cidadão contra o uso ilegal

2 “Os valores que empolgam o poder político, são utilizados para justificar normas organizatórias e comportamentais. Somente no século XVIII o Direito apartou-se da Religião e da Ética. Este divórcio, que se acentuou nos séculos XIX e XX trouxe consequências muito importantes. (...) Pois bem, o que aconteceu foi o fato de a Religião perder normatividade legal, compensada por um acréscimo de metafísica jurídica transcendental. No entanto, as normas organizatórias comportamentais continuam a jorrar da Religião, da Ética e do Direito”. (COELHO, 2010, p.XXII).

3 Importante transcrever algumas advertências quando ao movimento iluminista: “O exagero publicitário generalizado em afetado nossa compreensão do movimento inicial da cultura política moderna, o Iluminismo setecentista, porque também ele tem sido amplificado de tal maneira que não seria reconhecido pelos homens que o criaram. Inicialmente irrigado com uns poucos *bons mots* em alguns salões parisienses, ele se tornou uma campanha para esmagar *l'infame*, uma marcha do progresso, um espírito da época, uma fé secular, uma visão de mundo a ser defendida, combatida ou transcendida, e a fonte de tudo o que era bom, mau e moderno, incluindo o liberalismo, o capitalismo, o imperialismo, o chauvinismo masculino, o federalismo mundial, o humanitarismo da Unesco e a Família Humana. Qualquer um que tenha contas a ajustar ou uma causa a defende começa pelo Iluminismo”. (DARNTON, 2005, p.17). Em seguida informa que: “Como todos os movimentos, ele teve um começo, um meio e, em alguns lugares, mas não em outros, um fim. Foi um fenômeno histórico concreto, que pode ser situado no tempo e circunscrito no espaço: Paris na primeira metade do século XVIII”. (DARNTON, 2005, p.18)

da força pelo Estado. Tal concepção, cujo marco mais notável pode ser identificado na publicação de *Dos Delitos e das Penas* pelo Marquês de Beccaria⁴, em 1764, no alvorecer do movimento iluminista, tem, com méritos e razão⁵, prevalecido desde então.

As ideias centrais de Cesare Bonesana (Marquês de Beccaria) consistem em humanizar e funcionalizar as sanções penais; trata-se da superação de um sistema de perseguição fundado em ideias não racionais, cujos objetivos, usualmente, eram a manutenção do *status quo*. O movimento de racionalização das instituições públicas, conseqüentemente a secularização do sistema jurídico, trará a ideia de que a sanção penal não deve ser trabalhada como instrumento de vingança coletiva, mas sim ter funções positivas, no sentido de se evitar o cometimento de novos delitos, e garantir uma situação de estabilidade em determinada comunidade.

Tais ideais, apresentados de forma elementar no referido ensaio (*Dos Delitos e das Penas*), tem sido o combustível e o referencial de praticamente todas as construções teóricas de direito penal no ocidente desde então. Tomando por base alguns ou todos os ideais estabelecidos por Bonesana, desenvolveram-se linhas de pensamentos como o *Garantismo* (ou *Minimalismo*) *Penal*, o *Abolicionismo*, o *Funcionalismo* – seja radical, seja moderado - e as teorias da pena que informaram o desenvolvimento da teoria do delito no século XX, desde o modelo causalista às versões mais elaboradas do *Finalismo*. Não é possível desconhecer Beccaria, nem não dar a ele o crédito devido.

O objeto do presente artigo será, portanto, uma apresentação ao modelos mais bem sucedidos de Direito Penal pós Iluminismo. O primeiro item detalhará as ideias do Marquês de Beccaria. Posteriormente haverá breve apresentação da Teoria do Delito – tal como desenvolvida ao longo do século XX -, seguida de apontamentos acerca de movimentos pontuais que, contudo, não podem ser olvidados se se pretende conhecer e repensar o sistema penal. Dentre tais movimentos serão destacados o *Garantismo Penal* – na forma dada por

4 “Por volta de 1750, filósofos com ideias semelhantes, vindos de outros lugares, haviam passado a pensar em si próprios como *philosophes*. Paris os atraía como um imã, e os parisienses os arregimentavam para a causa, contentes por receber o reforço de pensadores originais como Hume e Beccaria. (...) Apesar de ter sido tratado como celebridade em Paris, Beccaria correu de volta para Milão o mais rápido que pôde, e trocou a criminologia pela estética”. (DARNTON, 2005, p.21).

5 “O protesto contra os suplícios é encontrado em toda parte na segunda metade do século XVIII (...). É preciso punir de outro modo: eliminar essa confrontação física entre soberano e condenado (...). O suplício tornou-se rapidamente intolerável. Revoltante, visto da perspectiva do povo, onde ele revela a tirania, o excesso, a sede de vingança e o 'cruel prazer de punir'. Vergonhoso, considerado da perspectiva da vítima, reduzida ao desespero e da qual ainda se espera que bendiga lo céu e seus juízes por quem parece abandonada'. Perigoso de qualquer modo, pelo apoio que nele encontram, uma contra a outra, a violência do rei e a do povo. Como se o poder soberano não visse, nessa emulação de atrocidades, um desafio que ele mesmo lança e que poderá ser aceito um dia: acostumado a 'ver correr sangue', o povo aprende rápido que 'só pode se vingar com sangue’”. (FOUCAULT, 2007, p.63).

Luigi Ferrajoli - e o *Abolicionismo* – tal como formulado por Louk Hulsman. Na sequência, será tratada uma concepção em que o Direito Penal é igualmente tratado como forma de garantia do cidadão contra o Estado e como instrumento de política criminal, qual seja, o *Expansionismo Penal* – com a forma dada por Jesus-Maria Silva Sánchez. Numa segunda parte, serão discutidas as teorias que tentam explicar a origem e a legitimidade do uso da força pelo Estado e, junto delas – porque inseparável – algumas das teorias acerca da finalidade das penas (do Direito penal).

1.2. 1764 e a racionalização do uso da força pública: Dos Delitos e das Penas.

“É esse código sem forma, produto monstruoso de séculos mais bárbaros, que desejo examinar nesta obra. Ficarei limitado, contudo, ao sistema criminal, cujos abusos terei a ousadia de apontar aos encarregados de velar pela felicidade pública...” (BECCARIA, 2007, p.11). Essas são as palavras iniciais de Cesare Bonesana em sua crítica ao sistema criminal que chegou até a Europa do século XVIII.

Apresentam-se, textualmente, exemplos de barbáries ocorridas dentro dos sistemas penais⁶ de então, reflexo, segundo o autor, da legislação voltada para a proteção daqueles que detinham o poder. Ao longo do texto, porém, enfatiza-se a necessidade de repensar as funções da pena, seus modos de execução, sua racionalidade e sua justiça, de forma que exista, ao fim, proporção entre o crime e a pena. Referindo-se a Beccaria, afirma Enrique Bacigalupo

Os autores que formularam os princípios fundamentais do direito penal moderno tem uma preocupação comum com a superação da arbitrariedade reinante na prática penal e com a crueldade das penas que se aplicavam (ainda que muitas penas cruéis já tivessem caído em desuso). (BACIGALUPO, 1999, p.80, tradução nossa)⁷.

Na mesma linha é a apresentação feita por Fontan Balestra (1998)

Cesare BECCARIA, em seu livro *Dos Delitos e das Penas*, publicado pela primeira vez em 1764, expõe ideias críticas e reconstrutivas do sistema penal vigente. BECCARIA lança ali um anátema contra a pena de morte, contra as torturas e os

⁶ Sistema penal deve aqui ser lido de forma ampla, referindo-se, pois, não apenas a fase de aplicação de penas mesma, mas também à investigação e ao próprio processo penal.

⁷ No original: Los autores que formularon los principios fundamentales del derecho penal moderno¹²² tienen una preocupación común por la superación de la arbitrariedad reinante en la práctica penal y por la crueldad de las penas que se aplicaban (aunque muchas penas crueles y a habían caído en desuso).

procedimentos inquisitivos, e exige maior respeito com os direitos do homem por parte dos juízos criminais. (BALESTRA, 1998, p. 52, tradução nossa)⁸.

Um dos primeiros elementos sugerido como forma de garantir um sistema justo é o que hoje se denomina “princípio⁹ da legalidade¹⁰”, em sua forma mais elementar, a exigir que toda regra penal que apta a limitar a liberdade das pessoas seja oriunda do Legislativo, que tais leis penais sejam sempre genéricas, não sendo destinadas a nenhum grupo ou pessoa específica e que as punições estabelecidas não tenham aspecto de atrocidade.

Apesar da simplicidade da forma utilizada para apresentar a ideia de legalidade penal, o modelo proposto por Beccaria teve forte repercussão¹¹, o que pode ser demonstrado pela dimensão que sua proposta tomou, como, por exemplo, para Ferrajoli (2006, p.93), ao afirmar que a legalidade é “uma condição de validade ou de legitimidade das leis vigentes”. No mesmo sentido vai a afirmação de que a “hierarquia constitucional deste preceito é hoje indiscutível¹² (art. 25.1, CE¹³)” (BACIGALUPO, 1999, p.103).

A impessoalidade da lei como fonte de legitimidade do sistema penal, foi também vista como instrumento de prevenção da ocorrência de novos crimes; porém, o autor que aqui se analisa frisava sempre a necessidade da igualdade perante a lei, como forma de fortalecimento da mesma e, conseqüentemente, fonte de respeito por todos os “súditos”, o que teria o aspecto da prevenção da ocorrência dos delitos.

Desejais prevenir os crimes? Fazei leis simples e claras; (...) Que elas não favoreçam qualquer classe em especial; protejam igualmente cada membro da sociedade; tema-as o cidadão e trema apenas diante delas. O temor que as leis inspiram é saudável, o temor que os homens inspiram é uma fonte nefasta de delitos. (BECCARIA, 2007, p.102).

8 No original: Cesare BECCARIA en su libro *Dei delitti e delle pene*, publicado por primera vez en 1764, expone ideas críticas y reconstructivas del sistema penal vigente. BECCARIA la nza allí un anatema contra la pena de muerte, contra las torturas y los procedimientos inquisitivo, y exige mayor respeto por los derechos del hombre en los juicios criminales. (BALESTRA, 1998, p.52).

9 A questão do termo “princípio” é uma polêmica que, por ora, não será tratada. Aqui, o termo pode ser compreendido da forma mais comum com que se apresenta na literatura jurídica brasileira – de norma basilar –, ressaltando o fato de que, em momento adequado, o termo será rediscutido, a fim de viabilizar o aprofundamento das discussões deste trabalho.

10 Referido princípio tornou-se referencial em todo o Direito ocidental, inclusive na tradição da *Common Law*. Neste sentido, Kai Ambos: “No Common Law o princípio do *nullum crimen* é, em regra, entendido (apenas) em um triplo sentido, como princípio de irretroatividade, princípio de certeza e proibição de analogia.” (Ambos, 2004, p.43, tradução nossa). **No original espanhol:** *En el common law el principio del nullum crimen es, como regla, entendido (solamente) en un triple sentido como principio de irretroactividad, principio de certeza y prohibición de la analogía (...)*.

11 Para a repercussão na Europa e nos países de língua inglesa, inclusive quanto a influência de Beccaria sobre os *Founding Fathers* nos Estados Unidos, ver BESSLER, 2009.

12 No original, de onde foi traduzido livremente: “La jerarquía constitucional de este precepto es hoy en día indiscutida (art. 25.1, CE).”

13 NT: CE = Constituição da Espanha

Outro ponto central na obra em análise é a discussão envolvendo celeridade¹⁴ e proporcionalidade da pena. Beccaria tinha por certo que, determinante para o sucesso da sanção penal – entendido como sucesso tanto o caráter dissuasório quanto o da prevenção especial -, mais do que a gravidade da pena, é a certeza de que ela existirá, e a celeridade em sua aplicação. Assim, dizia ele, que “o rigor do suplício não é o que previne delitos com maior segurança, porém a certeza da punição” (2007, p.64). E, antes, “quanto mais rápida for a aplicação da pena e mais de perto acompanhar o crime, tanto mais justa e útil será”. (BECCARIA, 2007, p.61).

A atual situação da legislação brasileira mostra que, se não é possível demonstrar faticamente a certeza das proposições de Bonesana, é possível demonstrar a falsidade da concepção oposta, já que se pode observar hoje em *terrae brasilis* o que, segundo Luiz Luisi (2002), Francesco Carrara no século XIX nomeava *Nomorreia Penal*, ou seja, um uso desmedido, verdadeira inflação legislativa do Direito penal, que ameaça com penas cada vez mais altas, quantidades cada vez maiores de delitos, sem, no entanto, estar aparelhado para cumprir suas ameaças, que resultam em falsas promessas, ou, em termos mais jurídicos, impunidade. É de conhecimento público que o mais longo júri da história do Brasil, na esfera federal, durou cerca de dez anos. Lendo Beccaria, surge a pergunta: que utilidade tem a imposição de uma sanção penal dez anos após o fato?

Em suma, Beccaria atinge vigorosamente a tradição de uso do Direito Penal como instrumento de proteção de determinadas classes. Os ideais ali expostos permanecem vivos, pois nunca plenamente atingidos, especialmente – mas, não apenas – nos países de desenvolvimento tardio, onde, por vezes, interesses diversos fazem com que o próprio Estado solape direitos fundamentais de seus cidadãos, em prol de se viabilizar em determinados cenários políticos e/ ou econômicos.

Há, por certo, pontos em que a referida obra já não se adequa à realidade. Há, também, crenças – como a da supremacia do legislador, restando ao juiz a aplicação silogística da lei – que se mostraram inaptas a lidar com a complexidade da sociedade e seus sistemas.

14 Assim afirma Larry Alexander (2001) que “às vezes, no curso do encarceramento,, ou talvez ocasionalmente até mesmo entre o cometimento do crime e o julgamento, o criminoso passa por uma mudança de valores e personalidade tão radical que já não pode ser identificado com seu “eu” anterior, que cometeu o delito. Esta nova pessoa ainda mereceria a punição?” (tradução nossa). **No original:** *Sometimes in the course of lengthy imprisonment, and perhaps occasionally even in the time between his committing a crime and standing trial for it, the criminal undergoes such a radical change of values and character that he no longer can identify with the prior “self” who committed the crime. Does the “new man” still deserves the punishment that the prior self deserved?* (ALEXANDER, 2001, p. 4)

Todavia, o que restou atual, continua sendo importante referencial, até por demonstrar nossa incapacidade de efetivar direitos e garantias que, segundo melhor entendimento, ninguém, em sã consciência, pode negar verdadeiramente, a quem quer que seja.

1.3 A Teoria do Delito da tradição romano-germânica no século XX.

A dificuldade em conceituar e isolar o fato relevante para o Direito Penal culminou num sistema que produziu a compartimentação deste fato, promovendo a análise de suas partes, com as particularidades de cada uma delas, ao invés de se tentar desenvolver um grande e único conceito, apto da definir o que o moderno Direito Penal entende como fato relevante.

Embora nenhum esquema de análise tenha obtido unanimidade entre pensadores e legislações, é possível apontar fases mais ou menos bem definidas na evolução deste modelo de análise.

Antes de iniciar o estudo destes modelos, vale ressaltar quais os itens decisivos. Na essência, são os conceitos de “conduta” e de “culpabilidade” os mais centrais, seguidos pelos de “tipo” e “tipicidade”.

Os dois primeiros são mais importantes, pois traduzem os elementos fundamentais para um sistema penal pós iluminista. Conseguir identificar a conduta relevante para o Direito Penal, e, por consequência, quem foi por ela responsável, é o ponto de partida para qualquer sistema de persecução cujo resultado se baseie em fatos e comprovações, e não em elementos de fé ou mera autoridade. Já a culpabilidade, ou, como tem sido dito, o princípio da culpabilidade, é corolário da ideia de responsabilidade devida e justa de que falava Beccaria, pois estatui a impossibilidade de se punir sem comprovação da responsabilidade de fato¹⁵, sem demonstração do desvalor da conduta a ser julgada. No limite, o princípio da culpabilidade afasta automatismos, e humaniza a atividade do juiz, que não se limita mais a verificar a adequação do fato à norma, mas deve, também, proceder à uma análise completa do fato (e suas indissociáveis circunstâncias) a fim de certificar-se de que a responsabilização daquele determinado cidadão por aquele determinado fato é devida¹⁶.

15 Com a culpabilidade, o Direito Penal impõe limites ao poder soberano, descartando a responsabilidade objetiva pelo resultado e introduzindo a responsabilidade atrelada a um vínculo psicológico entre o sujeito e o fato punível, contribuindo para que a responsabilidade criminal se subjetivize e a autoridade penal pública se modere. Adota-se o homem como referência da intervenção punitiva. (MELLO, 2010, p.263).

16 Neste sentido, ensina Enrique Bacigalupo: “O princípio da culpabilidade exclui a legitimidade de toda pena que não tenha por pressuposto a culpabilidade do autor e que exceda a gravidade equivalente à mesma. Desta maneira, o princípio da culpabilidade se propõe a evitar que uma pessoa possa ser tida como meio para a

O início do modelo adotado na tradição romano-germânica se dá, portanto, com a repartição da ideia de crime em três elementos distintos, quais sejam, uma conduta legalmente delimitada (conduta típica), um aspecto de oposição, de contrariedade desta conduta à norma penal (antijuridicidade ou ilicitude) e, por fim, um elemento subjetivo, que demonstre a reprovabilidade do agir de determinada pessoa (culpabilidade).

A forma apresentada no parágrafo anterior tem sua primeira concretização no modelo que ficou conhecido como “sistema Liszt-Beling”, ou “sistema causalista”, ou ainda, “teoria clássica”.

Este sistema se caracterizava pela grande influência que sobre ele exercia o pensamento filosófico positivista. Em geral, era regido pelo já criticado princípio sistemático “objetivo-subjetivo”: o injusto objetivo e a culpabilidade subjetiva. (ZAFFARONI, 1981, p.32, tradução nossa)¹⁷.

Em linhas gerais, o sistema Liszt-Beling buscava a elaboração da ideia de injusto penal (fato típico e ilícito) de forma totalmente objetiva, em razão da inspiração racionalista decorrente das ciências naturais¹⁸ e seu “positivismo científico”¹⁹. Desta forma, o conceito de “conduta”, por exemplo, era limitado a um “acontecer causal”, desprovido de finalidades. Ensinava Hans Welzel que

Segundo ele, a ação é um processo puramente causal, que a vontade originou no mundo exterior (efeito da vontade), sem considerar se foi desejado ou apenas previsível (conteúdo da vontade). O conteúdo subjetivo da vontade é, para a ação, sem significação; o problema do conteúdo da consciência “se elimina do conceito de ação” e “é de importância apenas para o problema da culpabilidade”. (WELZEL, 1956, p.44, tradução nossa).

realização de algum fim, ou seja, se propõe a evitar a violação da dignidade da pessoa”. **No original:** *El principio de culpabilidad excluye la legitimidad de toda pena que no tenga por supuesto la culpabilidad del autor y que exceda la gravedad equivalente a la misma. De esta manera, el principio de culpabilidad se propone evitar que una persona pueda ser tenida por un medio para la realización de algún fin, es decir, se propone evitar la vulneración de la dignidad de la persona.* (BACIGALUPO, 1999, p.169).

17 **No original:** Este sistema se caracterizaba por la gran influencia que sobre él ejercía el pensamiento filosófico positivista. En general, se regía por el ya criticado principio sistemático “objetivo-subjetivo”: el injusto objetivo y la culpabilidad subjetiva. (ZAFFARONI, 1981, p.32).

18 *El método positivista, en cambio, “debe abstenerse de entrar en valoraciones éticas o de tener en cuenta las implicaciones en la realidad social de las normas”[^]. En un mimetismo fiel de los métodos propios de las ciencias de la naturaleza, el positivismo jurídico acaba por convertirse en normativismo formalista. Busca sólo la ligazón lógicoformal entre los conceptos jurídico-positivos, sobre cuya base, por inducción, quiere llegar al “sistema” conceptual, a la “construcción jurídica”.* (PUIG, 2003, p.189)

19 Também o direito teria como ideal a exatidão científica própria das ciências da natureza e deveria incondicionalmente a ele se submeter; de sorte que, do mesmo modo, o sistema do fato punível haveria de ser apenas constituído por realidades mensuráveis e empiricamente comprováveis, pertencessem elas à facticidade (objetiva) do mundo exterior ou antes a processos psíquicos internos (subjetivos). (DIAS, 1999, p.192).

Em outras palavras, obedecendo literalmente ao princípio sistemático objetivo-subjetivo, a análise da conduta relevante para o Direito Penal é feita de forma objetiva, desconsiderando, em absoluto, a questão da finalidade da conduta.

Toda análise de aspectos subjetivos (relacionados ao autor do fato) no sistema clássico²⁰ é realizado na “Culpabilidade”²¹, que, por sua vez, é compreendida como o vínculo psicológico que une o fato a seu autor. Tal variante restou conhecida como *Teoria Psicológica da Culpabilidade*; nela todo o aspecto subjetivo da conduta do agente imputável é verificada neste momento, buscando-se ligar a ação do agente ao resultado seja a título de dolo, seja a título de culpa. Ou seja, a *Culpabilidade* é composta por duas variantes, o dolo e a culpa. Não há, pois, nenhum juízo de valor acerca do fato punível²², verificando-se apenas sua existência e a possibilidade de atribuí-lo a seu autor.

A ideia de culpabilidade, tal como formulada por von Liszt tem o mérito inegável de afastar a responsabilidade penal objetiva, funcionando como mecanismo de humanização e racionalização do sistema penal. Todavia, há neste modelo, por certo, diversos pontos falhos, passíveis de críticas²³ que, de fato, foram feitas, o que forneceu argumentos para a formulação de novas teorias, que buscavam a superação do sistema clássico. Dentre os pontos mais vulneráveis da teoria psicológica da culpabilidade estão, em primeiro lugar, a incapacidade de lidar com algumas situações em que há dolo (intenção), mas não há responsabilização do agente – exemplo disso são as situações de coação moral irresistível ou obediência hierárquica a ordem não manifestamente ilegal -; em segundo lugar, o fato de que a negligência (culpa *stricto sensu*) é normativa, ou seja, trata-se de análise feita pelo julgador, e não pelo “autor” da negligência. Por fim, a existência de elementos subjetivos do tipo, como o especial fim de

20 A culpabilidade surgiu como categoria autônoma na teoria do delito, como instituto distinto da ilicitude no final do século XIX, notadamente com o pensamento de Franz von Liszt e sua teoria psicológica da culpabilidade, vinculada ao positivismo científico reinante na época. A concepção psicológica revestia-se de um caráter meramente formal, limitando-se a observar os vínculos psicológicos do autor com o fato, reconhecidos através da observação científica. (MELLO, 2010, p.265).

21 Quanto à vertente subjetiva do fato, ela se reduziria à verificação da culpabilidade. A ação típica e ilícita se tornaria em ação *culposa* sempre que fosse possível comprovar a existência, entre o agente e seu fato objetivo, de uma ligação psicológica – daí esta doutrina ter ficado conhecida como *concepção psicológica da culpabilidade* – susceptível de legitimar a imputação do fato ao agente a título de dolo (conhecimento e vontade de realização do fato) ou de negligência (deficiente tensão de vontade impeditiva de prever corretamente a realização do fato). (DIAS, 1999, p.193).

22 Para a teoria psicológica da culpabilidade esta é o liame, o vínculo ou o nexo psicológico que liga o agente ou pelo dolo ou pela culpa ao seu fato típico e antijurídico. Ela é vista num plano puramente naturalístico ou psicológico, desprovido de qualquer valoração e esgota-se na simples constatação da posição do agente perante sua própria conduta. (GOMES, 2001, p.43).

23 Uma concepção meramente psicológica da culpabilidade é assim uma concepção incolor, naturalística, fria, incapaz de adequar-se à rica casuística das situações para ver se é possível um juízo de reprovação e até que ponto. (GOMES, 2001, p.46).

agir existente em diversos tipos penais, impedem a aceitação de uma teoria em que todo o aspecto subjetivo está localizado na culpabilidade.

A teoria causalista é derrubada por diversos motivos. Além da insuficiência de seus conceitos, suas próprias bases teóricas foram objetos de ataque. O positivismo avalorativo sofreu diversas críticas²⁴, e, por consequência, todas as construções que nele se baseavam também se veem questionadas.

No campo específico da teoria do delito, pode-se identificar no surgimento da teoria normativa da culpabilidade um obstáculo insuperável à continuidade do sistema clássico.

Com o surgimento da teoria normativa da culpabilidade (Frank, 1907) e a introdução dos elementos subjetivos do tipo (1911) se constrói um novo esquema de delito que o concebe como uma individualização do ato proibido (conduta típica) e uma dupla desvalorização: do ato (antijuridicidade) e do autor (culpabilidade). (ZAFFARONI, 1981, p. 32, tradução nossa)²⁵.

Embora o desenho da teoria não tenha sofrido grandes mudanças²⁶, o conteúdo de cada um de seus elementos foi razoavelmente modificado. Em especial a culpabilidade, que deixa de se esgotar em dolo e culpa, e passa a ser compreendida como juízo de valor sobre o aspecto psicológico do fato punível.

A nova roupagem dada à teoria do delito ficou conhecida como sistema neoclássico ou neokantiano, e teve o mérito de acabar com a pretensão de se dar ao direito tratamento naturalista – aos moldes das ciências naturais –, e dar a ele roupagem de “ciência do espírito” (DIAS, 1999), colocando-o “numa zona intermediária entre aquele mundo e o do puro 'dever-ser', mais rigorosamente, num campo referencial, no mundo das referências da realidade aos valores, do ser ao dever-ser e, logo por aí, no mundo da *axiologia* e dos *sentidos*”. (DIAS, 1999, p.195).

Enquanto o conceito de conduta permaneceu inalterado – o que permitiu o reforço das críticas existentes à ideia de conduta sem finalidade –, o conceito de tipicidade passa a exigir um elemento de dano social. Todavia, a mudança mais radical está na culpabilidade, que

24 No início do século XX, o positivismo avalorativo entra em crise, e há uma mudança paradigmática no conceito de dignidade da pessoa humana, em face dos novos direitos sociais e econômicos que se acumulam aos direitos fundamentais clássicos. (...) Rompe-se com o paradigma da neutralidade axiológica própria do positivismo, pois a ordem jurídica é novamente vista como uma ordem de valores. (MELLO, 2010, p. 266-267).

25 No original: Con el surgimiento de la teoría normativa de la culpabilidad (Frank, 1907) y la introducción de los elementos subjetivos del tipo (1911) se construye un nuevo esquema del delito que lo concibe como una individualización del acto prohibido (conducta típica) y una doble desvaloración: del acto (antijuridicidad) y del autor (culpabilidad). (ZAFFARONI, 1981, p.32)

26 Com a descoberta dos elementos normativos do tipo e dos elementos subjetivos do injusto, o sistema causal-naturalista de Liszt-Beling primitivamente concebido sofreu profundo abalo. Mas é interessante notar que, apesar das novas descobertas, o sistema ainda sobreviveu em razão “da sua simplicidade didático-expositiva e das modificações que sofreu nesse tempo”. (GOMES, 2001, p.59)

é definida como um juízo de valor negativo (reprovabilidade) formulado contra quem – apesar de poder atuar conforme o direito - realiza um ato ilícito. Esta concepção é, geralmente, designada com a expressão “teoria normativa da culpabilidade”. (POZO, 1987, p.249, tradução nossa)²⁷.

Rompe-se, portanto, com a separação esquemática injusto objetivo, culpabilidade subjetiva. A culpabilidade deixa de ser apenas o aspecto subjetivo do fato punível, tornando-se o juízo de censura em relação à conduta do agente²⁸.

A teoria normativa da culpabilidade permite uma atuação mais sofisticada por parte do julgador, que passa a ter espaço para valorar o fato submetido a sua apreciação. Ela permite ao juiz individualizar a pena de forma mais eficiente, considerando aspectos pontuais e pessoais presentes no caso concreto, e não apenas avaliar os elementos previstos em lei, que, por definição, devem ser gerais e abstratos.

Apesar de suas relevantes contribuições, o sistema neoclássico foi objeto de críticas pois, nas palavras de Zaffaroni, consideram “que há um conceito jurídico-penal de ação distinto do conceito ôntico-ontológico”. (1981, p.33). Ou seja, manter o dolo distante da análise da conduta é um equívoco, pois toda conduta é, em regra, orientada a um resultado, de forma que, deixar a análise de tal orientação para o último elemento do delito é contraprodutivo. Outro aspecto que decorre desta mesma situação é a punição da forma tentada; ora, só há que se falar em punição da tentativa se existiu intenção (dolo) de realizar o ato. Assim, novamente, deixar a análise do dolo para o fim se mostra um inconveniente. Uma terceira crítica relevante diz respeito à diferenciação entre as formas culposa e dolosa dos delitos. Se se entende que – em razão do desvalor de cada forma – o quantum e as formas de punir devem ser diferenciadas, melhor seria que tal diferenciação ocorresse tão cedo quanto possível. Deixar para fazê-lo quando se chega ao terceiro elemento do delito, a culpabilidade, gera o risco de se perder muito tempo, vez que os requisitos de existência e punibilidade das formas dolosa e culposa são bastante distintos – no primeiro o foco está na intenção de

27 No original: La culpabilidad es definida como un juicio de valor negativo (reproche) formulado contra quien -a pesar de poder actuar conforme al derecho- realiza un acto ilícito. Esta concepción es, generalmente, designada con la expresión "teoría normativa de la culpabilidad". (POZO, 1987, p.249).

28 Frank constrói a culpabilidade como um fenômeno complexo, formado de elementos subjetivos e normativos, reunidos sob a denominação de reprovabilidade (que se confunde com a própria culpabilidade). Assim, partem dos seguintes pressupostos: a) dolo e culpa não esgotam a culpabilidade, embora sejam integrantes dela; b) a imputabilidade é elemento da culpabilidade; c) existem circunstâncias concomitantes que devem ser levadas em conta na graduação da culpabilidade. Desse modo, Frank construiu um conceito alternativo de culpabilidade, composto por três exigências básicas: imputabilidade, dolo e culpa e circunstâncias concomitantes. Esses três elementos foram por ele resumidos numa expressão breve, que, na falta de outra melhor, denominou reprovabilidade (*Vorwerfbarkeit*). (MELLO, 2010, p.268).

realizar a conduta vedada, enquanto no segundo é preciso verificar, de forma sintética, se houve violação objetiva de um dever objetivo de cuidado.

Tais críticas são a base da teoria finalista do delito, que irá superar de vez as concepções causalista e neoclássicas, e manter-se como predominante – ainda que com modificações e divergências doutrinárias e jurisprudenciais – até os dias atuais.

A teoria finalista do delito mantém o desenho estrutural utilizado desde o sistema Liszt-Beling, porém, neste momento há uma ruptura radical com o conteúdo dos referidos itens, a começar pelo conceito de conduta, que abandona a concepção causal, desconectada com a realidade, e encampa um conceito “ôntico-ontológico”, que reflete a forma como ela de fato existe, qual seja, finalisticamente orientada²⁹. “La acción humana es ejercicio de actividad final”, ensinaria Hans Welzel (2004, p.41), considerado criador da teoria finalista do delito.

Atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em função do fim, enquanto que o acontecer causal não está dirigido em função do fim, mas é a resultante causal da constelação de causas existentes em cada momento. A finalidade é, dito de forma figurada, “vidente”, a causalidade, “cega”. (WELZEL, 2004, p.41, tradução nossa³⁰).

Ao redefinir o conceito de conduta como atividade orientada a uma finalidade, Welzel inicia uma formulação muito mais consistente que as que a antecederam, pelo simples fato de refletir melhor a percepção comum.

A ideia de que a ação é finalisticamente orientada tem um efeito imediato, qual seja, o deslocamento do dolo para dentro da tipicidade, afinal, se a orientação da conduta é o ponto fulcral do fato punível, sua análise deve ocorrer no primeiro momento, sendo as demais etapas por ela condicionadas. Assim, o tipo deixa de ser totalmente objetivo, e passa a ter também partes subjetivas.

Contém o tipo um aspecto objetivo e outro subjetivo. Tipo objetivo de injusto é a ação de fato com o resultado eventual as eventuais condições e características do

29 Com a teoria finalista abandona-se o clássico conceito de ação (do sistema causal-naturalista) que a via como mero impulso mecânico, não se investigando o conteúdo da vontade; agora, a vontade passa a constituir a “espinha dorsal da ação” e é, nesta doutrina, o *núcleo do injusto pessoal do agir*. (GOMES, 2001, p.90).

30 No original: Actividad final es una actividad dirigida conscientemente en función del fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido en función del fin, sino que es la resultante causal de la constelación de causas existente en cada momento. La finalidad es, por ello -dicho en forma gráfica- "vidente", la causalidad. "ciega". (WELZEL, 2004, p.41).

autor; tipo subjetivo de injusto é o dolo com elementos subjetivos particulares de autoria. (WELZEL, 1956, p. 62, tradução nossa³¹).

A nova forma permite uma sequência de trabalho mais lógica. Constatada a inexistência do dolo, parte-se, imediatamente, para a verificação da existência dos requisitos da forma culposa; não estando presentes tais requisitos, conclui-se pela atipicidade da conduta, e dá-se por encerrada a tarefa do Direito Penal em relação àquele caso. Não há mais o risco do modelo antecedente, de que apenas após a análise da tipicidade e da antijuridicidade se conclui-se pela existência da forma culposa do delito, o que determinaria o retorno à tipicidade, a fim de verificar a presença dos requisitos desta modalidade de delito.

Tendo ocorrido o deslocamento do dolo e da culpa para o tipo, a culpabilidade, nos moldes causalistas, restaria vazia. Há, contudo, verdadeira reinvenção da mesma, que agora será normativa³². Pode-se, em suma, dizer que na teoria normativa pura - adotada pelo Finalismo de Welzel -, a culpabilidade é a reprovabilidade de quem, podendo agir conforme o Direito, opta pelo agir ilícito.

Culpabilidade é a reprovabilidade da resolução de vontade. O autor havia podido adotar, em lugar da resolução de vontade antijurídica – tanto se ela se dirige à realização dolosa do tipo, quanto se não se aplica a direção final mínima exigida -, uma resolução de vontade conforme a norma. Toda a culpabilidade é, portanto, culpabilidade da vontade. Só aquilo que depende da vontade do homem pode ser reprovado como culpável. (WELZEL, 2004, p. 126, tradução nossa³³).

Não obstante, a valoração do objeto não se confunde com o objeto da valoração. Assim como no sistema clássico havia um conteúdo da culpabilidade – dolo e culpa -, na teoria normativa pura também é possível identificar tal conteúdo, que será objeto do juízo de valor de quem observa o fato punível. Não há, todavia, unanimidade quanto aos elementos que a compõem, de forma que, conforme explica Luiz Flávio Gomes, “não há muita uniformidade entre os autores finalistas quando cuidam de apresentar os requisitos da culpabilidade”. (2001, p.93). Em seguida, informa que nem mesmo o próprio Welzel conseguiu “uniformidade no tratamento do assunto”.

31 Na versão espanhola: Contiene el tipo un aspecto objetivo y otro subjetivo. Tipo objetivo de injusto es la acción de hecho con el resultado eventual y las eventuales condiciones y características objetivas de autor; tipo subjetivo de injusto es el dolo con elementos subjetivos particulares de autoría. (WELZEL, 1956, p.62).

32 Vale ressaltar, com Claus Roxin, que “a opinião de que com a eliminação do dolo da culpabilidade e sua recondução ao tipo a responsabilidade se torna puro juízo de valor é absolutamente errônea”. **Na versão espanhola:** *Pues la opinión de que con la eliminación del dolo de la "culpabilidad" y su adscripción al tipo la responsabilidad se convierte en un "puro juicio de valor" es absolutamente errónea.* (ROXIN, 1997, p.797)

33 Na versão espanhola: Culpabilidad es la reprochabilidad de la resolución de la voluntad. El autor habría podido adoptar en lugar de la resolución de voluntad antijurídica -tanto si ésta se dirige a la realización dolosa del tipo, como si no aplica la dirección final mínima exigida una resolución de voluntad conforme con la norma. Toda culpabilidad es, pues, culpabilidad de la voluntad. (WELZEL, 2004, p.126).

Atualmente, o pensamento majoritário caminha no sentido da identificação de algumas categorias que integrariam a culpabilidade, até por não se encaixarem em nenhum dos demais elementos constitutivos do fato punível. Nas palavras de Claus Roxin,

(...) só restam na categoria da culpabilidade outros elementos que também condicionam e servem de fundamento à imposição de uma pena, mas que não pertencem sistematicamente à categoria do tipo de injusto. Me refiro concretamente à imputabilidade ou capacidade de culpabilidade, ao conhecimento da antijuridicidade e a alguns casos de situações de extrema necessidade reunidos sob o nome de “inexigibilidade de outra conduta”. (ROXIN, 1981, p.33, tradução nossa³⁴).

Entre os penalistas brasileiros, da mesma forma, é possível constatar alguma uniformidade, admitindo os mesmos elementos citados por Claus Roxin, vez que admitida a ideia de que “a estrutura do conceito de culpabilidade é constituída por um conjunto de elementos³⁵ capazes de explicar **porque** o sujeito é reprovado”. (SANTOS, 2006, p. 285).

Assim, resta concretizada a teoria do delito na versão que se apresenta dominante atualmente nos países da tradição romano-germânica. É preciso estar claro, contudo, que inúmeras discussões continuam ocorrendo, não havendo unanimidade nem mesmo no conceito de conduta penalmente relevante.

1.4 O Garantismo Penal.

O termo “Garantismo Penal” ganhou notoriedade com a obra “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal”, do jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli (2006). Embora ele não se apresente como autor da mesma, tal nomenclatura restou tão ligada a ele quanto a Teoria dos Sistemas é ligada à Niklas Luhmann, ou o “Princípio da Proporcionalidade” (*Verhältnismässigkeitsgrundsatz*) a Robert Alexy.

O modelo garantista, tal qual apresentado por Ferrajoli (2006), é o produto do desenvolvimento dos ordenamentos ocidentais, e, apesar de estar fundado em elementos que

34 Na versão espanhola: (...) sólo quedan en la categoría de la culpabilidad otros elementos que también condicionan y sirven de fundamento a la imposición de una pena, pero que no pertenecen sistemáticamente a la categoría del tipo de injusto. Me refiero concretamente a la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, al conocimiento de la antijuridicidad y a algunos casos de situaciones extremas de necesidad reunidos bajo el nombre de «no exigibilidad de otra conducta». (ROXIN, 1981, p.33)

35 Assim, a reprovabilidade concreta é formada e elementos intelectuais e volitivos, sendo a consciência real ou potencial da ilicitude o elemento intelectual da culpabilidade e a exigibilidade de obediência ao direito seu elemento volitivo. E os critérios jurídicos fundamentais da culpabilidade fluem diretamente das determinações antropológicas básicas do homem como ser atuante e conformador de seus impulsos. Dessa maneira, firmam-se como elementos da culpabilidade: a imputabilidade, a consciência efetiva ou potencial do injusto e a exigibilidade de comportamento distinto, os quais continuam sendo utilizados mesmo no início do século XXI. (MELLO, 2010, p.275).

permitem tomar caminhos muito diversos, apresenta-se, no fim das contas, como “um sistema coerente e unitário”. (FERRAJOLI, 2006, p. 38).

A unidade do sistema, (...), mediante sua formalização, depende, segundo meu modo de ver, do fato de que os diversos princípios garantistas se configuram, antes de tudo, como um esquema *epistemológico* de identificação do desvio penal, **orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade.** (FERRAJOLI, 2006, p.38) (grifo nosso).

Pode-se observar, desde já, que o foco do garantismo é a limitação do poder punitivo do Estado, pela via do controle das instituições do sistema penal, e da amplitude da legislação. A ideia de controle do sistema penal visa, no limite, certificar-se que as ideologias que informaram o surgimento do modelo garantista não produza outros resultados possíveis³⁶, que não os defendidos por Ferrajoli.

Uma variante da proposta é trazida por Jesus-Maria Silva Sanchez (1992), que apresenta o “neoclasicismo” como um modelo garantista que encontra reflexos inclusive no sistema norte-americano – lá, sob o nome *just-deserts-movements* -, e tem por objetivo, também, “submeter a controle o poder punitivo do Estado, exigindo do mesmo uma estrita vinculação aos princípios da previsibilidade, segurança jurídica, igualdade e estrita proporcionalidade³⁷” (SANCHEZ, 1992, p.35).

Em linhas gerais, é válido caracterizar o garantismo como um movimento que faz demandas tanto ao Direito Penal quanto ao Direito Processual Penal no sentido de que seus institutos prezem pela racionalidade, pela confiabilidade e pela razoabilidade (aqui empregada no sentido comum do termo). Ou seja, o desenvolvimento de tais ramos do Direito deve ser sempre pautado por estes ideais, de forma que não terminem por reproduzir modelos autoritários, totalitários ou irracionais, o que ocorreu com infeliz regularidade na história humana.

36 Neste sentido a afirmação de Ferrajoli (2006): Estes diversos filões, contudo, além de não serem filosoficamente homogêneos entre si, tampouco são univocamente liberais. Por exemplo, as filosofias utilitaristas podem fundamentar, como nas doutrinas da Escola Clássica italiana de Beccaria e Carrara, uma concepção de pena como mínima aflição necessária, mas também podem informar tecnologias penais autoritárias e antigarantistas, como as da prevenção especial ou as da defesa social, orientadas ao objetivo da máxima segurança possível. E o positivismo jurídico, se por um lado está na base do princípio da estrita legalidade, por outro também permite modelos penais absolutistas, caracterizados pela ausência de limites ao poder normativo do soberano (...) (FERRAJOLI, 2006, p37).

37 No original: *El neoclasicismo (conjunto de actitudes que en los Estados Unidos recibe la denominación de «just-deserts-theory» o «just-deserts-movement») pretende someter a control al poder punitivo del Estado, exigiendo del mismo una estricta vinculación a los principios de previsibilidad, seguridad jurídica, igualdad y estricta proporcionalidad”*. (SANCHEZ, 1992, p.35).

A base do modelo garantista está na formalidade/ confiabilidade da lei, ou, em outras palavras, na ideia da legalidade estrita (Direito Penal) que, segundo Ferrajoli (2006), terá como implicações a reserva legal na definição do que será considerado delito, e a garantia de que apenas fatos – e nunca “figuras subjetivas de status ou de autor” - serão definidos como penalmente relevantes. Já no âmbito processual, Ferrajoli (2006) fala em “estrita jurisdicionabilidade”, postulado que exige a verificabilidade das acusações³⁸ e sua comprovabilidade empírica³⁹.

Os fins do Direito Penal seriam, portanto, uma dupla proteção, ao cidadão vítima do delito, e ao autor do delito, já que cada um deles é a parte frágil num dado momento⁴⁰. Apesar de tal concepção ser, do ponto de vista ideológico, indiscutivelmente desejável, ela encontra obstáculos históricos para sua efetivação, vez que – e aqui o foco está principalmente, mas não apenas, no ordenamento brasileiro – nossa legislação penal foi elaborada, em seus diversos momentos, para proteger determinados grupos detentores de poder político e/ ou econômico⁴¹. O rompimento com esta lógica de utilização estratégica do Direito Penal exige uma série de mudanças na cultura jurídica do país, não dizendo respeito apenas ao perfil da legislação, mas, também, ao perfil dos “operadores” do sistema jurídico.

Em síntese:

Se os Códigos de 1830, 1890 e 1940 continham essa característica de proteção aos bens jurídicos de cariz (proto) liberal-individualista, parece razoável concluir que, a partir de 1988, deveria ter havido uma “virada” na legislação penal, na linha do que

38 Exemplo simples de violação à “verificabilidade da acusação” são os casos de heresia e bruxaria, julgados por tribunais confessionais no passado.

39 O elemento comprovabilidade empírica, como o próprio Ferrajoli (2006) dá a entender, é extremamente complexo. Sua aplicação “a ferro e fogo” inviabilizaria boa parte – senão toda – a persecução penal, já que, frequentemente, há elementos subjetivos do injusto que não são empiricamente comprováveis, mas apenas dedutíveis ou mesmo presumidos.

40 Assim afirma Ferrajoli: “É claro que, entendido desta maneira, o fim do direito penal não pode reduzir-se à mera defesa social dos interesses constituídos contra a ameaça representada pelos delitos. Dito fim supõe ainda a proteção do fraco contra o mais forte, tanto do fraco ofendido ou ameaçado pelo delito, quanto do fraco ofendido ou ameaçado pelas vinganças; contra o mais forte, que no delito é o delinquente e na vingança é a parte ofendida ou aqueles que com ela se solidarizam”. (tradução nossa). **Na versão espanhola:** *Es claro que, entendido de esta manera, el fin del derecho penal no puede reducirse a la mera defensa social de los intereses constituídos contra la amenaza representada por los delitos. Dicho fin supone más bien la protección del débil contra el más fuerte, tanto del débil ofendido o amenazado por el delito, como del débil ofendido o amenazado por las venganzas; contra el más fuerte, que en el delito es el delincuente y en la venganza es la parte ofendida o los sujetos con ella solidarios.* (FERRAJOLI, 1995, p.39)

41 Neste sentido: “Os órgãos que atuam nos distintos níveis de organização da justiça penal não representam nem tutelam interesses comuns a todos os membros da sociedade, senão, principalmente, interesses de grupos minoritários dominantes e socialmente privilegiados”. **Na versão espanhola consultada:** *Los órganos que actúan en los distintos niveles de organización de la justicia penal (legislador, policía, ministerio público, jueces, órganos de ejecución) no representan ni tutelam intereses comunes a todos los miembros de la sociedad, sino, prevalentemente, intereses de grupos minoritarios dominantes y socialmente privilegiados.* (BARATTA, 2004, p.301)

indica o constitucionalismo compromissório e social. Entretanto, não foi isso que ocorreu. (STRECK, 2009, p.327).

A passagem acima ilustra bem a posição aqui adotada, pois, se se admite a ideia de força normativa da Constituição (HESSE, 2009), deve-se admitir também que, ao menos gradualmente o legislador começará a legislar dentro do mesmo espírito informado pela Constituição, algo que é possível perceber através de algumas mudanças pontuais na legislação, como, aquelas que visam consolidar no processo penal brasileiro a característica de ser a prisão exceção, sendo regra a liberdade. Todavia, mais difícil é fazer de tais concepções parte dos valores e da prática dos profissionais do direito, especialmente aqueles que não se vem, nunca, no polo passivo da relação jurídico-penal. Streck, no mesmo texto, cita inúmeros exemplos de julgados em que fica patente a violação dos valores trazidos pela Constituição de 1988.

Poder-se-ia acrescentar ainda outros exemplos, como o caso de dois cidadãos condenados a 2 anos de reclusão por terem “subtraído”, das águas de um bucólico açude no interior do Estado Rio Grande do Sul, 9 peixes tipo “traíra”, avaliados em R\$7,50, ou do cidadão que ficou preso por ordem da justiça de Tubarão, SC, pelo período de 60 dias, por ter tentado furto R\$10,00, cuja cédula jamais foi encontrada; ou, ainda, do casal catarinense que ficou 46 dias preso preventivamente, por tentar furto um par de chinelos... (STRECK, 2009, p.325).

Por essas e outras uma das críticas que tem sido dirigidas ao modelo garantista (SANCHEZ, 1992) é que a defesa do respeito às garantias penais e processuais é insuficiente, sendo urgente “uma efetiva diminuição da intervenção penal, de sua redução ao estritamente necessário⁴²”.

Daí a versão contemporânea do Garantismo ser reformulada para ir além da racionalidade e da confiabilidade, cunhando-se a ideia de “Minimalismo penal”, que se inscreve num contexto de garantia de direitos humanos e de justiça social (BARATTA, 2004).

Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo da tutela das liberdades dos cidadãos frente ao atributo punitivo, mas também a um ideal de *racionalidade* e de *certeza*. Com isso resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos. (FERRAJOLI, 2006, p. 102).

42 No original: *Una de las críticas más fundadas que se le han dirigido al «neoclasicismo» es su limitación a los aspectos exclusivarriente formales, dejando de lado la cuestión de una efectiva disminución de la intervención penal, de su reducción a lo estrictamente necesario.* (SANCHEZ, 1992, p.37).

Em síntese, o *Minimalismo Penal* encampa a estrutura do garantismo e acrescenta uma dimensão de redução do âmbito de ação do Direito Penal. Leva-se a sério a Constituição, notadamente pela implementação do ideal de que a escolha das situações a serem tuteladas pelo sistema penal seja guiada pelas ideias de *ultima ratio*, intervenção penal mínima e subsidiariedade. Em outras palavras, deve-se atribuir prioritariamente aos demais ramos do direito, cujas sanções são menos graves à liberdade do cidadão, a tarefa de solucionar os conflitos que ocorrem no seio da sociedade, mas que não exigem, para um bom desfecho, atuação tão violenta por parte do Estado. Frise-se, novamente, que há uma barreira de difícil transposição, que é a formação histórica do Direito Penal como instrumento de proteção de classes dominantes. Não obstante, trata-se, efetivamente, de um modelo a ser incessantemente perseguido.

1.5 Abolicionismo Penal.

“Privar alguém de sua liberdade não é uma coisa à toa. O simples fato de estar enclausurado, de não poder mais ir e vir ao ar livre ou onde bem lhe aprouver, de não mais encontrar quem deseja ver – isto já não é um mal bastante significativo? O encarceramento é isso.” (HULSMAN; CELIS, 1993, p.61).

Entende-se por *abolicionismo penal* todo pensamento que considera inútil ou injustificável a intervenção estatal sobre condutas desviantes. (FERRAJOLI, 2006). Embora exista também aqui grande variedade de correntes de pensamento, a versão mais difundida no Brasil é a defendida por Louk Hulsman, que questiona a “possibilidade de desempenhar um papel de reativação pacífica do tecido social”, além de conceber a pena penal como “intolerável violência na vida das pessoas” (1993, 87). De fato, uma reação tão violenta como a pena privativa de liberdade, ainda principal sanção penal típica na maior parte do ocidente, se não alcança minimamente seus fins declarados, deve, no mínimo ser questionada.

A crítica se torna ainda mais contundente quando se atenta, novamente, à seletividade do sistema penal, que, como já apontado, historicamente recai sobre parcelas da população que se encontram em condições de inferioridade econômica/ educacional⁴³, o que as impede de se defender de forma adequada da ação estatal. E ainda, à expansão que ele –

43 Quando alguém fala que o Brasil é “o país da impunidade”, está generalizando indevidamente a histórica imunidade das classes dominantes. Para a grande maioria dos brasileiros – do escravismo colonial ao capitalismo selvagem contemporâneo – a punição é um fato cotidiano. Essa punição se apresenta implacavelmente sempre que pobres, negros ou quaisquer outros marginalizados vivem a conjuntura de serem acusados da prática de crimes interindividuais (furtos, lesões corporais, homicídios, estupro, etc). Porém essa punição permeia principalmente o uso estrutural do sistema penal para garantir a equação econômica. (...). (BATISTA, 1990, p.38-39).

sistema penal – tem tido recentemente⁴⁴, a fim de garantir o *status quo*, apesar de sua notável incapacidade de atingir seus fins declarados⁴⁵.

Um outro aspecto levantado por Hulsman (1993) é a estigmatização que o sistema penal produz, e que é objeto de estudos da Criminologia (*labelling approach*). A síntese da ideia é a seguinte: além de não conseguir realizar seus fins de reeducação, ressocialização, ou mesmo de simples neutralização do indivíduo que se mostra um risco à sociedade, o sistema prisional, ao “devolver” tal indivíduo para o convívio social, terá imprimido nele uma marca que jamais se apagará, qual seja, a condição de egresso do sistema prisional e toda a carga de significado que historicamente isso tem significado.

O sistema penal produz efeitos totalmente contrários ao que pretende um determinado discurso oficial, que fala em “favorecer a emenda do condenado”. O sistema penal endurece o condenado, jogando-o contra a “ordem social” na qual pretende reintroduzi-lo, fazendo dele uma outra vítima. (HULSMAN; CELIS; 1993, p.72).

A “marca” a que anteriormente se referiu é objeto de estudo da da criminologia a partir de uma *perspectiva interacionista* ou *labeling approach* ou *teoria do etiquetamento*, que, segundo Figueiredo Dias e Costa Andrade (1997), perturbou a criminologia tradicional com novas questões, referentes aos processos de criminalização, aos processos criminógenos e aos efeitos criminógenos da estigmatização causada pelo sistema penal. “O processo de etiquetamento induz que, a partir do momento em que o sujeito delinque, a sociedade já passa a estigmatizá-lo *delinquente*. Aquele que praticou o delito já começa a ser reconhecido por ele próprio como marginal”. (GRECO, 2005, p.53).

Retomando a questão do abolicionismo, tal ideia, nos dias de hoje, apresenta-se de certa forma utópica, vez que exigiria um modelo de controle social que nunca foi

44 (...) a adoção das medidas norte-americanas de limpeza policial das ruas e de aprisionamento maciço dos pobres, dos inúteis e dos insubmissos à ditadura do mercado desregulamentado só irá agravar os males de que já sofre a sociedade brasileira em seu difícil caminho rumo ao estabelecimento de uma democracia que não seja de fachada, quais sejam, “a deslegitimação das instituições legais e judiciárias, a escalada da criminalidade violenta e dos abusos policiais, a criminalização dos pobres, o crescimento significativo da defesa das práticas ilegais de repressão, a obstrução generalizada do princípio da legalidade e a distribuição desigual e não equitativa dos direitos do cidadão”. (WACQUANT, 2001, p.12)

45 Mas é preciso esclarecer: a análise da pena criminal não pode se limitar ao estudo das funções atribuídas pelo discurso oficial, definidas como funções *declaradas* ou *manifestas* da pena criminal; ao contrário, esse estudo deve rasgar o véu da *aparência* das funções *declaradas* ou *manifestas* na ideologia jurídica oficial, pra identificar as funções *reais* ou *latentes* da pena criminal, que podem explicar sua existência, aplicação e execução nas sociedades divididas em classes sociais antagônicas, fundadas da relação *capital/ trabalho assalariado*, que define a separação *força de trabalho/ meios de produção* das sociedades capitalistas contemporâneas. (...) No caso da pena criminal, as funções *declaradas* ou *manifestas* constituem o discurso oficial da teoria jurídica da pena; ao contrário, as funções *reais* ou *latentes* encobertas pelas funções *aparentes* da pena criminal, constituem o objetivo de pesquisa da teoria criminológica da pena. (SANTOS, 2006, p.452-453).

experimentado em grandes populações, especialmente populações heterogêneas como as do ocidente contemporâneo. Embora se tenha notícia de sistemas de punição alternativos, que, como sugere Hulsman (1993), atentam mais para a questão coletiva da restauração do conforto social do que para a questão individual de punir quem cometeu o ilícito, uma aceitação social de tal modelo dificilmente seria possível, conclusão a que se pode chegar pelo fato de que é de conhecimento geral a dificuldade que os sistemas de penas alternativas encontram para ser aceitos, mesmo quando lidam apenas com delitos não violentos. De todo jeito, a posição de Louk Hulsman é clara:

É preciso abolir o sistema penal. Isto significa romper os laços que, de maneira incontrolada e irresponsável, em detrimento das pessoas diretamente envolvidas, sob uma ideologia de outra era e se apoiando em um falso consenso, unem os órgãos de uma máquina cega cujo objeto mesmo é a produção de um sofrimento estéril. (HULSMAN; CELIS, 1993, p. 91).

Em síntese, o pensamento abolicionista – em suas diversas vertentes - defende a supressão do sistema penal ou pelo fato de não ter legitimidade para o que se propõe, ou pelo fato de não conseguir realizar minimamente as tarefas a que se propõe, ou por ambos os argumentos. Se sua implementação é praticamente impossível na atualidade, sua existência deve, no mínimo, funcionar como um alerta permanente de que é preciso continuar pensando e corrigindo os rumos do sistema penal, a fim de o aproximar de uma situação de eficiência e legitimidade.

1.6 O Expansionismo Penal.

Por “expansão” entende Silva Sánchez um complexo processo de avanço do Direito penal caracterizado não apenas pela generalizada agravamento das penas, mas, sobretudo, pela tendência crescente a utilizar o ordenamento punitivo como instrumento de gestão dos grandes problemas sociais – frente a seu tradicional papel preventivo de riscos individuais – com a conseqüente tipificação de numerosas condutas relacionadas a setores da vida comunitária até a pouco alheios à intervenção penal. (COPELLO, 2008, p.208, tradução nossa⁴⁶).

A ideia de expansão do Direito Penal decorre da complexificação do mundo moderno, fenômeno amplamente relatado pela sociologia, com destaque para as obras de Ulrich Beck,

46 No original: *Por “expansión” entiende Silva un complejo proceso de avance del Derecho penal caracterizado no sólo por una generalizada agravación de las penas, sino, sobre todo, por la tendencia creciente a utilizar el ordenamiento punitivo como instrumento de gestión de los grandes problemas sociales – frente a su tradicional papel preventivo de riesgos individuales – com la conseqüente tipificación de numerosas conductas relacionadas con sectores de la vida comunitaria hasta hace poco ajenos a la intervención penal; (...).* (COPELLO, 2008, p.208).

Niklas Luhmann, Anthony Giddens e Zigmund Bauman. Tem-se que com o desenvolvimento das relações sociais e sua internacionalização (ou globalização), há um aumento natural da quantidade e formas de condutas a serem regulamentadas pelo Direito, ou, ainda que não regulamentadas, que tem algum reflexo no mundo jurídico.

A complexificação das relações e sua impessoalização dificulta a solução de conflitos, em razão da ausência de referenciais morais e jurídicos a guiar os envolvidos. Diante desse cenário, Silva Sánchez (2002; 2008) faz uma análise que lida especificamente com os reflexos deste aumento de demanda no subsistema jurídico-penal. O diagnóstico é de fácil percepção; o desenrolar desta história, não.

A constatação é a que se pode imaginar: o surgimento de novas formas de interação social fez surgir novas formas de comportamento desviante e novos bens jurídicos merecedores ou carecedores de proteção por parte do Direito Penal⁴⁷. Apesar de iniciar seu texto deixando claro que se trata de um “manifesto” em favor do *direito penal mínimo*, Silva Sánchez irá debater a forma com que a expansão deve acontecer, e se há ou não, e se não houver, como passar a ter, legitimidade em tal expansão.

Se é preciso empregar o Direito penal como panacea para as perturbações sociais, deve fazê-lo elástico, de maneira que a precisão dos tipos e o rigor das formas processuais se dissolvam. Silva considera que esta dissolução é um mal, mas há que destacar que mostra uma absoluta compreensão frente a tendência a engrossar o Direito penal cada vez com mais tipos e que não quer – pelo menos, não apenas – censurar esta tendência como “perversão do legislador”; segundo este autor, há que partir de uma “verdadeira exigência social de mais proteção estatal (...)”. (JAKOBS, 2008, p.229, tradução nossa⁴⁸).

A obra em questão – *La expansión del Derecho penal* – teve considerável impacto na discussão acerca da modernização do Direito Penal. Ao considerar, por um lado, inadequada a postura daqueles que defendem a manutenção de um direito penal restrito aos bens jurídicos mais tradicionais, e por outro, descabida a ideia de flexibilização de garantias penais, tal como defendida por alguns dos funcionalistas sistêmicos, Silva Sánchez conseguiu de uma só vez

47 “(...) Há tempos que as grandes tendências da política criminal já não estão limitadas pelas fronteiras nacionais, e, ao menos desde os últimos vinte anos do século passado, tem se manifestado exigências e princípios de caráter transnacional, frequentemente de modo paralelo às correspondentes transformações das mesmas tipologias criminais de maior relevância. (...)”. (MILITELLO, 2008, p. 237-238, tradução nossa). **Na versão espanhola:** *hace tiempo que las grandes tendencias de la política criminal ya no están limitadas por las fronteras nacionales y, al menos desde la última veintena del siglo pasado, se han manifestado exigencias y principios de carácter transnacional, frecuentemente de modo paralelo a las correspondientes transformaciones de las mismas tipologías criminales de mayor relevancia (...)”.*

48 **No original:** *Si hay que emplear el Derecho penal como panacea para las perturbaciones sociales, debe haberse elástico, de manera que la precisión de los tipos y el rigor de las formas procesales se disuelvan. Silva considera que esta disolución es un mal, pero hay que destacar que muestra una absoluta comprensión frente a la tendencia a engrosar el Derecho penal cada vez con más tipos y que no quiere – por lo menos, no solamente – censurar esta tendencia como “perversión del legislador” (...).* (JAKOBS, 2008, p. 229).

desagradar a todos os defensores das posições mais extremas, mas, propor uma nova linha argumentativa que é mais fácil de ser defendida e implementada que as outras duas.

Silva Sánchez utiliza uma metáfora sobre velocidades do Direito Penal a fim de sintetizar causas e consequências, e identificar sua posição. Para ele, é possível repartir os modelos de Direito Penal existentes em três. O modelo chamado de *primeira velocidade* é a forma mais tradicional; há os bens jurídicos que historicamente foram protegidos pelo Direito Penal – tais como a vida, a liberdade, o patrimônio -, e há a pena privativa de liberdade como sanção típica. Entre fato criminoso e restrição da liberdade, há um processo penal com todas as garantias construídas ao longo dos tempos, fazendo com que o processo penal tenha mais aparência de garantia do acusado do que instrumento de aplicação da lei penal pelo Estado. O modelo dito de *segunda velocidade* diria respeito à face expansionista moderna; há novos bens jurídicos até então desconhecidos – ao menos para o Direito Penal -, e não há, em razão das próprias formas como essa demanda chega ao sistema penal, a possibilidade de haver pena privativa de liberdade ao fim do processo. Entre o injusto culpável e a sanção não restritiva de liberdade de locomoção, há um processo penal com menos garantias – já que a sanção final é branda -, e, por consequência, mais célere. Já a *terceira velocidade* diz respeito a um modelo em alguma medida semelhante⁴⁹ à primeira versão do *Direito Penal do Inimigo*, de Jakobs. Trata de um sistema voltado para condutas concebidas como especialmente danosas ou ameaçadoras à forma de sociedade ocidental. Para tais situações, há penas privativas de liberdade com duração maior que o comum, e um processo penal com menos garantias aos acusados, pois a gravidade do fato exige punição severa e rápida, pois é preciso informar – aos eleitores, principalmente - com urgência que algo à altura está sendo feito.

Silva Sánchez entende como legítima a demanda por um Direito penal de segunda velocidade, apesar da objeção de que, para a utilização das sanções existentes em tal situação, mais ágil seria a utilização de outros ramos do Direito, como o Civil, o Tributário e o Administrativo. Todavia, a opção pelo Penal, em tais novos casos, tem algumas compreensíveis razões⁵⁰.

49 “Em alguma medida semelhante”, pois Silva Sánchez deixa claro que, em sua concepção, toda forma de Direito Penal deve eleger fatos puníveis, e não pessoas puníveis, enquanto Jakobs opta exatamente por tentar identificar pessoas puníveis. Isto, por certo, será objeto de extensa discussão mais adiante.

50 “A opção política pelo Direito penal tem, segundo Silva Sánchez, vantagens não necessariamente ligadas à dureza das sanções: a força do mecanismo público de persecução e a dimensão sancionatória, uma maior neutralidade política (frente ao Direito administrativo) e a imparcialidade própria do jurisdicional. Tudo isso contribui para dotar a sanção penal, ainda que não privativa de liberdade, de uma força comunicativa e preventiva muito maior”. (DE LA CRUZ, 1999, p.786, tradução nossa). **No original:** *La opción política por el Derecho penal tiene, según Silva Sánchez, ventajas no necesariamente ligadas a la dureza de las sanciones: la fuerza del mecanismo público de persecución y la dimensión sancionatoria, una mayor neutralidad política*

Um dos argumentos para justificar que tais demandas recaiam sobre o Direito penal diz respeito à ausência de instâncias de controle moral. Numa sociedade muito heterogênea é difícil o surgimento de uma uniformidade ética e moral, o que produz o deslocamento da tarefa de “guia” de condutas para instâncias mais “neutras”, como o Direito. A “ausência de uma ética social mínima torna, de fato, imprevisível a conduta alheia e produz, obviamente, a angústia que corresponde ao esforço permanente de asseguramento fático das próprias expectativas, ou a constante redefinição das mesmas”. (SÁNCHEZ, 2002, p. 58).

O segundo argumento pode ser identificado com uma mudança na perspectiva social frente ao Direito Penal, decorrente da identificação da maioria social com as vítimas dos delitos. A demanda por maior sensação de segurança e as respostas rápidas que o sistema penal é capaz de dar fazem com que se abandone a ideia de um ramo do Direito cuja função primária é garantir o cidadão contra o *jus puniendi* estatal, e passe a prevalecer a ideia de que o Direito penal, deve ser “*la espada de la sociedad contra la delincuencia de los poderosos*”. (SÁNCHEZ, 2008, p.47).

O próprio Silva Sánchez reconhece a incapacidade do sistema penal em lidar com todas as demandas que este novo contexto traz, todavia, admite como legítimas tais pretensões, e defende que é razoável desenvolver “direitos penais distintos” para as situações identificadas como *primeira e segunda velocidades* do Direito penal.

Como já mencionado, a posição adotada pelo Catedrático da Universidade Pompeu Fabra é mais fácil de ser defendida do que as posições extremadas, seja no sentido de um *direito penal mínimo*, seja no sentido de um *direito penal máximo*. Não obstante, Silva Sánchez dedicou-se a esclarecer o porque das posições mais radicais serem de difícil sustentação. E é particularmente interessante a forma como ele aborda a ideia minimalista de um retorno a um direito penal mínimo focado na proteção de bens individuais e patrimoniais.

Com efeito, o Direito Penal liberal que certos autores pretendem reconstruir agora, na realidade nunca existiu como tal. Por um lado, porque em tal tal reconstrução se esquece da presença naquele de uma rígida proteção do Estado, assim como de certos princípios de organização social. Por outro lado, porque a rigidez das garantias formais que era possível observar não representava senão o contrapeso do extraordinário rigor das sanções imponíveis. (SÁNCHEZ, 2008, p. 165, tradução nossa⁵¹).

(frente al Derecho administrativo) y la imparcialidad propia de lo jurisdiccional. Todo esto contribuye a dotar a la sanción penal, aun sin ser privativa de libertad, de una fuerza comunicativa y preventiva mucho mayor.

51 **No original:** En efecto, el Derecho penal liberal que ciertos autores pretenden reconstruir ahora en realidad nunca existió como tal. Por un lado, porque en tal reconstrucción se olvida la presencia en aquél de una rígida protección del Estado así como de ciertos principios de organización social. Por otro lado, porque la rigidez de las garantías formales que era posible observar en él no representaba sino el contrapeso del extraordinario rigor de las sanciones imponibles. (SÁNCHEZ, 2008, p. 165).

Em síntese, não é possível avançar para o passado glorioso do Direito penal liberal que é mínimo em sua intervenção social, pois nunca existiu um sistema penal com essa feição um tanto quanto romantizada. Não há como discordar disso, especialmente após a reconstrução da legislação penal brasileira feita por Lenio Streck (2009), que ilustrou partes anteriores desde artigo.

A grande novidade no posicionamento de Silva Sánchez, porém, parece ser a aceitação da restrição de garantias em determinados casos, algo que, em geral⁵², não é bem visto pelos penalistas, especialmente – e neste ponto deveria haver unanimidade (infelizmente, não há) – quando se trata de reduzir garantias por questões utilitaristas⁵³, usualmente precedidas da especial atenção da mídia a um caso específico.

Quando alguém se propõe a discutir algo como uma teoria para o *Direito Penal de Emergência*, a relativização das garantias é um ponto incontornável, que deve ser objeto de profunda consideração.

1.7 Conclusão.

A teorização do sistema penal teve – continua tendo, e sempre terá – diversas faces. O objetivo aqui era tão-somente apresentar alguns dos mais influentes pensamentos do Direito penal.

Além das diferenças decorrentes das diversas concepções filosóficas, das diversas formas de relação entre Direito Penal e Política Criminal e dos diversos fins que são atribuídos à sanção penal, é preciso considerar, também, a possibilidade de se construir uma teoria penal a partir de uma nova teoria da sociedade. Esta é a razão pela qual o pensamento Funcionalista alemão contemporâneo não foi aqui abordado; ele pressupõe – em especial na versão de Günther Jakobs e a Escola de Bonn – mudanças tão significativas na perspectiva de base, da forma de ver a sociedade, que analisá-lo com os mesmos recursos utilizados para as linhas aqui apresentadas implicaria, inevitavelmente, incompreensão do que este movimento tem sido.

Apesar de tais diferenças, ter ciência da evolução aqui apresentada é fundamental, pois é possível aprender com os erros e críticas sofridos pelas demais formas de pensar o sistema

52 Bom exemplo em ROSA (2009).

53 Para uma sintética explicação acerca do utilitarismo em suas versões mais tradicionais, quais sejam, as de Jeremy Bentham e Stuart Mill, cf. Sandel (2011).

penal, a fim de se construir uma versão que seja aceitável (legítima) e eficiente no momento histórico em que é proposta, com todas suas características e peculiaridades.

Pode-se extrair aspectos cruciais de cada uma das vertentes apresentadas: os propósitos de confiabilidade e neutralidade de Beccaria, a impossibilidade de “objetivização” do Direito Penal demonstrada pela Teoria do Delito no século XX, a necessidade de se mudar para lidar com novas realidades, defendida por Jesús-María Silva Sánchez. Tudo isso deve ser considerado, por qualquer tentativa de inovar neste campo, a fim de não se propor algo insustentável desde a origem.

1.8 Bibliografia.

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 3ªed. Trad.Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ALEXANDER, Larry A. *The Philosophy of Criminal Law*. **Public Law and Legal Theory Working Papers**. San Diego, CA: University of San Diego School of Law, 2001.

AMBOS, Kai. *Common law y los disparos del muro: artículo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos*. Trad. Rodrigo Aldoney Ramirez. **Revista Isonomia**, n. 20, abril, 2004.

BACIGALUPO, Enrique. **Derecho Penal: parte general**. 2.ed. Buenos Aires: Jose Luis Depalma Editor, 1999.

BALESTRA, Carlos Fontán. **Derecho Penal: Introducción y parte general**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot Editora, 1998.

BARATTA, Alessandro. Principios de Derecho Penal Mínimo. *In: BARATTA, Alessandro, Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*», Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina, 2004, pp. 299-333.

BATISTA, Nilo. **Punidos e Mal Pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BESSLER, John D., *Revisiting Beccaria's Vision: The Enlightenment, America's Death Penalty and the Abolition Movement*. **Northwestern Journal of Law and Social Policy**, vol. 4, 2009.

BRUNO, Anibal. **Direito penal, parte geral, tomo 3º: pena e medida de segurança**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **A história da mitologia judaico-cristã: uma teoria sobre as religiões reveladas servida por uma antologia comentada de autores seletos**. São Paulo: Noeses, 2010.

COPELLO, Patricia Laurenzo. *La Protección penal de los derechos de los ciudadanos*. In: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **La expansión del Derecho penal: aspectos de la Política criminal em las sociedades postindustriales**. 2ªed. 2ª reimpressão. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2008.

DARNTON, Robert. **Os dentes falsos de George Washington: um guia não convencional para o século XVIII**. Trad. José Geraldo Couto. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

DE LA CRUZ, Alex Van Weezel. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la Política criminal em las sociedades postindustriales (Jesus-Maria Silva)*. In: **Revista Chilena de Derecho**. Vol. 26, n.3. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile Editora, 1999.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. 2ª reimpressão. Coimbra, PT: Coimbra Editora, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. El Derecho Penal Mínimo. in: RAMIREZ, Juan Bustos (Org). **Prevención y Teoría de la Pena**. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur, 1995.

_____. **Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal**. Trad. Perfecto André Ibañez; Affonso Ruiz Miguel; et all. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

_____. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavarez; Luiz Flávio Gomes. 2ª ed. Rev. Ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 34ª ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Erro de tipo e erro de proibição**. 5ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2005.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais de Direito Constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida; Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

JAKOBS, Günther. Editorial: Vittorio Klostermann. Original publicado em *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2004. Trad. Nuria Pastor Muñoz. In: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **La expansión del Derecho penal: aspectos de la Política criminal em las sociedades postindustriales**. 2ªed. 2ª reimpressão. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2008.

LUISI, Luiz. **Os Princípios constitucionais penais**. 2ªed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. A Evolução do Conceito de Culpabilidade e a moderna doutrina alemã. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, jan-jun, 2010.

MILITELLO, Vincenzo. Introdução à edição italiana. *In*: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **La expansión del Derecho penal: aspectos de la Política criminal em las sociedades postindustriales**. 2ªed. 2ª reimpressão. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2008.

POZO, José Hurtado. **Manual de Derecho Penal Peruano**. 2ªed. Lima: EDDILI Ed., 1987.

PUIG, Santiago Mir. **Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método**. 2ª ed. Montevideo/ Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2003.

ROSA, Alexandre Morais da. *Garantias Constitucionais – um discurso que não seduz*. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Org). **Constituição e Processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevención em derecho penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial REUS, 1981.

_____. **Derecho Penal: parte general. Tomo I**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Diaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editora Civitas, 1997.

SANCHEZ, Jesus-Maria Silva. **Aproximación al Derecho Penal contemporaneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992.

_____. **A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **La expansión del Derecho penal: aspectos de la Política criminal em las sociedades postindustriales**. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2008.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 4ª ed. Trad. Heloisa Matias; Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira Ed., 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *La ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos*. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Org). **Constituição e Processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2001.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal: parte general**. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

_____. **El nuevo sistema del Derecho Penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista.** Trad. José Cerezo Mir. Montevideo/ Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal: parte general.** Vol. III. Buenos Aires: EDIAR Editora, 1981.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS E ORIGEM DAS TEORIAS DA IMPUTAÇÃO

OBJETIVA

FONDO HISTÓRICO Y ORIGEN DE LAS TEORÍAS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Jose Carlos Henriques ¹

Rodrigo Ferreira²

Resumo: Pretende o presente artigo se aproximar das origens das modernas teorias da imputação objetiva que, atualmente, mais se desenvolvem no campo da dogmática penal. Neste sentido, o pensamento do movimento neokantista e, sobretudo, o de Hegel, são apontados como as contribuições mais significativas para se pensar o conceito de imputação, considerada a necessidade de se descobrirem critérios objetivos limitadores do juízo de atribuição. Deste modo, se já objetivamente uma conduta ou seu resultado não podem ser creditados a um certo sujeito agente, não haveria como prosseguir na pesquisa pelos elementos subjetivos da vontade. Firma-se a intuição de que, mesmo que se possam colher elementos, no pensamento antigo, acerca da atribuição, é com a modernidade que ocorre a busca por uma sua limitação objetiva, com a pesquisa de critérios suficientes para afastar, já de um ponto de vista objetivo, a responsabilidade do sujeito agente por determinadas condutas e resultados que não seriam obra sua, ao menos em totalidade.

Palavras Chaves: imputação objetiva, neokantismo, Hegel, Direito Penal.

Resumen: El paper visa hacer una aproximación a los orígenes de las teorías modernas de la imputación objetiva que, en la actualidad, se desarrollan más en el campo de la dogmática penal. En este sentido, las ideas del neokantismo y, especialmente, las de Hegel, son señaladas como los aportes más significativos a fin de pensar el concepto de imputación, una vez contemplada la necesidad de encontrar criterios objetivos de limitación del juicio de imputación. Por lo tanto, se excluido objetivamente una conducta o resultado, no se puede continuar con la búsqueda de los elementos subjetivos de la voluntad del agente. Mismo que existan elementos en el pensamiento antiguo, acerca de la asignación, es con la modernidad

¹ Mestre em Direito, mestre em Filosofia, Especialista em Direito Civil e em Direito Processual Civil, professor da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete - FDCL, do curso de direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito – UNIPAC-Itabirto e do curso de Filosofia, da Faculdade Arquidiocesana de Mariana – FAM.

² Especialista em Direito Público, professor do curso de direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito – UNIPAC-Itabirto.

que empieza la búsqueda de una limitación objetiva, con criterios de búsqueda suficientes para pronunciarse, objetivamente, acerca de la responsabilidad del agente individual, llegando a ciertos comportamientos y resultados que no son su obra, al menos en su totalidad.

Palabras Claves: Imputación objetiva, neokantianism, hegel, Derecho Penal.

1. Contribuições filosóficas do neokantismo e de Hegel para o debate em torno da temática da imputação.

Muito embora, no Brasil, as discussões suscitadas em torno do tema da imputação objetiva tenham, ainda hoje, um certo sabor de novidade, na Europa, os pressupostos e as bases conceituais de uma possível construção teórica sobre esta problemática, sobretudo no âmbito da doutrina penal, são debatidos desde, pelo menos, a primeira metade do século XX.

Os primeiros desenvolvimentos do moderno conceito de imputação objetiva, em âmbito filosófico, são devidos ao grande pensador alemão G. F. W. Hegel, ou pelo menos foram inspirados em seus ensinamentos, que encontraram acolhida nos meios jurídico-acadêmicos, mormente entre os penalistas.

Os mais valiosos trabalhos sobre o tema da imputação, no campo do direito em geral, foram obra de juristas posteriores a Hegel, devedores estes da tradição hegeliana, aliás, reconhecidamente. Por isto, acertado dizer que a base histórica e a fonte teórica da moderna teoria da imputação objetiva em direito penal, são filhas dos ensinamentos e teses hegelianas acerca do conceito de imputação.

Contudo, não se pode deixar de reconhecer a importância que, em um momento histórico não muito distante do aparecimento das contribuições teóricas de Hegel, o neokantismo representou para o desenvolvimento do conceito de imputação, aparecendo aquele movimento filosófico como um precursor do “espírito normativo” que passou a acompanhar as teorias jurídicas, construídas sob a inspiração da evolução filosófica do conceito de imputação.

Com efeito, ao contestar a validade exclusiva da perspectiva teórica desenvolvida, no âmbito das ciências naturais, para decifrar o fenômeno jurídico, tese tão ferrenhamente defendida nos lustros anteriores ao neokantismo, os herdeiros do pensamento kantiano revigoraram uma nova discussão: há ciências outras, no horizonte da cultura, as denominadas “ciências do espírito”, às quais se devem, dentre outras grandiosas tarefas, aquela de

promover a teorização da questão axiológica, decifrando o mundo construído dos valores que, no caso do direito, se manifesta em seu reconhecido caráter normativo.

Portanto, a repercussão da visão neokantiana, no campo do direito, é decisiva: não se refere o direito, como ciência, a fatos avalorados, ontologicamente descritivos, pré-jurídicos, mas refere-se a fatos sempre à luz de princípios valorativo-normativos. Eis porque, segundo cremos, as teses neokantistas contribuíram para que a ciência jurídica abandonasse o absolutismo explicativo anteriormente vigente, fruto da adoção do modelo científico pós-revolucionário, que aceitava como parâmetro científico quase intransponível o modelo metodológico-discursivo próprio das ciências naturais.

Numa palavra, o neokantismo, ao afastar a validade absoluta e exclusiva dos conhecimentos científico-naturalísticos, provocou um movimento de nova direção nos ventos que impulsionavam as velas da ciência do direito, inserindo seu objeto no campo das denominadas “ciências do espírito”, com todas as conseqüências históricas desta inserção, abrindo-se de vez a oportunidade para uma viragem da compreensão do direito como normatividade.

No campo do direito penal, sobretudo no que toca ao tema da tipicidade, a repercussão desta nova visão da ciência do direito, de feição neokantista, foi desestruturadora das anteriores e dominantes construções dogmáticas. Vivenciou-se, então, uma ruptura de paradigmas.

Para a construção dogmática própria do sistema penal causalista, firme na concepção de causa, advinda esta das ciências naturais, típica era a conduta que causou o evento penalmente relevante, é o dogma causalista.

Para os penalistas de inspiração neokantiana, fruto da visão valorativa da ciência do direito por eles professada, o preenchimento do tipo não se resume à solução da causalidade, da detectação da relação causal na ocorrência do fato. Exige-se seja a causalidade qualificada, decidindo-se esta em uma interpretação, normativamente conduzida. Nesta mesma perspectiva insistirão as doutrinas objetivistas: na necessidade de se qualificar a simples causação material.

Eis a viragem: no âmbito da dogmática penal, a partir desta visão essencialmente normativa trazida pelos neokantistas, procura-se rumo outro para decidir o juízo de atribuição da conduta ou do resultado a determinado autor, reconhecendo-se ser insuficiente, para tanto, a descoberta da mera causação material. Numa palavra: buscam-se meios mais aptos à definição do processo causal como causalidade típica.

Neste sentido, precisa a visão de Luís Greco quando afirma que é no contexto metodológico da superação do naturalismo, promovido pelo neokantismo, que surgem os primeiros esforços que podem ser reconhecidos como precursores da teoria da imputação objetiva.³

Apesar de, nos termos acima acenados, dever ser reconhecido o valor das doutrinas de inspiração neokantiana, que acabaram por levar à construção de novo paradigma de leitura da teoria do delito, foi com Hegel que, entre os modernos, se assentaram as bases filosóficas aptas a ensejar uma sistematização da matéria afeta ao conceito de imputação.

Se, com os neokantianos se levantou, mais uma vez, a bandeira da defesa da ciência do direito como ciência do espírito, valorativamente fundada e enraizada no seio da sociedade, histórica e culturalmente situada, é com Hegel que esta perspectiva dá seus frutos mais primorosos, sobretudo no que nos interessa: a teoria da imputação.

As teorias da imputação objetiva, em matéria penal, nasceram da preocupação dos teóricos no sentido de encontrar critérios limitadores da atribuição do injusto a um possível agente causador. Segundo nos parece, esta é devedora de uma inspiração hegeliana.

Com efeito, para Hegel, só poderá ser imputado ao sujeito o resultado se por ele se responsabilizou a vontade do agente, o juízo de imputação é teleológico, depende da vinculação à vontade do sujeito. Em passagem esclarecedora, Hegel define as bases do juízo de imputação, *in verbis* :

a vontade atuante no seu fim encontra, na medida em que o orienta para uma existência dada, a representação das circunstâncias [...]. Tem, por isso, a vontade o direito de só reconhecer como ação sua aquela que ela se representou e de, portanto, só se considerar responsável por aquilo que sabe pertencer às condições em que atuou, por aquilo que estava nos seus propósitos. O que apenas lhe pode ser imputado como erro da vontade constitui o direito de exame. Transportada para a existência exterior, a ação que se desenvolve em todos os seus aspectos segundo as suas relações com a necessidade exterior tem resultados diversos. Tais resultados, como produtos de que a ação é a alma, são seus, pertencem à ação, mas esta, ao mesmo tempo, como fim projetado na extrinsecidade, fica entregue às forças exteriores que lhe acrescentam algo de muito diferente daquilo que ela é para si e a desenvolvem em resultados longínquos e estranhos. Também aqui a vontade possui o direito de só perfilhar os primeiros resultados, pois só esses estavam nos seus propósitos.⁴

Compreende-se, então que, partindo da teoria da imputação, desenvolvida por Hegel, tenham as modernas teorias de imputação retomado vigor. Contudo, uma observação deve ser

³ GRECO, Luís. Teoria da imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. *passim*. Tradução e Introdução de Luís Greco.

⁴ HEGEL, W. Princípios da Filosofia do Direito. Lisboa: Guimaraes Editores, 1976. p. 143. Trad. Orlando Vitoriano.

feita. Segundo se pode ver da passagem citada, a preocupação hegeliana, ao teorizar os limites da imputação de um fato a um determinado agente, se dirige, com nítidas preferências, aos aspectos subjetivos da conduta. Caberia falar que, assim procedendo, Hegel vivificou a teoria da imputação, redefinindo os contornos do conceito de ação como responsabilidade da vontade do sujeito agente. Mas, como se vê, deu preferência teórica aos contornos subjetivos da imputação, restando não suficientemente tematizados os aspectos objetivos da atribuição.

O pressuposto filosófico basilar de que parte Hegel para decidir sobre a imputação é aquele firmado sobre a convicção de que o homem é ser diferenciado, ser livre, cuja liberdade é direcionada pela vontade racional. A liberdade exterioriza-se, para usarmos termos hegelianos, “é para fora de si”, por meio da vontade que a direciona neste seu externar-se.

Fácil perceber que a essência da ação humana, para Hegel “sua alma”, se situa na vontade daquele que age. Percebe-se, ainda, que nem todas as consequências de ações humanas são queridas, direcionadas pela vontade. A vontade, por sua vez, tem um referencial, que funciona como motor de sua direção: a finalidade racional. Só é imputável o que, movido pela vontade, corresponde à finalidade racional da ação realizada.

Bem se vê que também os adeptos do finalismo, no âmbito da dogmática penal, beberam as águas emanadas da fonte hegeliana e de forma bem intensa, já que Hegel dá inequívoca ênfase aos aspectos subjetivos da imputação, posição partilhada também pelos adeptos do sistema finalista.

O pensamento hegeliano acerca da temática da imputação, entretanto, comportou desdobramentos variados, o que historicamente possibilitou enriquecedora aplicação de seus conceitos ao campo do direito, em geral, e do direito penal, em especial.

Pensada a ação humana imputável como exteriorização da vontade regente de suas finalidades, nasce ampla problemática: dentre os desdobramentos das ações humanas, quais são advindos da vontade e quais não o são? Como atribuir uma ação a um sujeito? Os acontecimentos casuais, as consequências não direcionadas pela vontade, podem ser obras atribuíveis ao agente?

A resposta de Hegel é certa: só o que estiver contido, for conteúdo da vontade que, recordamos, opera a exteriorização da essencial liberdade do homem como agente, é que poderá ser atribuível a alguém, como obra própria de agente humano, sendo desprezado todo o concurso do acaso, que não pode receber a força direcionadora da vontade. Por isto, no que diz respeito à ação humana, conclui Hegel, “é acaso tudo aquilo que for estranho à vontade,

que não for conhecido.”⁵ Eis vasto campo de investigação sobre o qual se debruçarão as doutrinas objetivistas.

Como se vê, é preciosa a colaboração hegeliana para a construção de uma teoria geral da imputação e estas, direta ou indiretamente, não poderiam deixar de repercutir no campo da ciência jurídica, em que a problemática da imputação, a muitos títulos, é deveras central, mormente no campo próprio da dogmática penal.

Se Hegel revitalizou a problemática da imputação, como um todo, em ambiente filosófico, os desenvolvimentos posteriores de suas teses e provocações teóricas, desta feita em ambiente jurídico, conduziram os teóricos ao avanço de reflexões sobre a imputação objetiva, também na dogmática penal. À imputação subjetiva haviam se dedicado, com requintes de preferência, os defensores da dogmática finalista. À temática atinente aos aspectos objetivos da imputação se dedicarão os dogmáticos objetivistas, assim considerados os defensores das teorias da imputação penal objetiva.

Assim situada a questão da imputação, surgiu oportunidade histórica para o aparecimento, no âmbito da dogmática jurídico-penal, das chamadas teorias da imputação objetiva, que buscaram, a princípio, estabelecer critérios objetivo-negativos de atribuição de um injusto ao seu possível autor, apresentando-se como a sistematização de um conjunto de restrições que impediriam a imputação de uma determinada conduta ou de um certo resultado a um agente causador, fundando-se o juízo de imputação, sempre, de um ponto de vista objetivo.

Também aparecia a partir daí, e em razão mesmo desta nova perspectiva teórica, uma problemática especial dentro da teoria do tipo, descurada pelos sistemas anteriores e que merecia ser contemplada de perto, a teoria do tipo objetivo. Mais ainda, verificou-se ser necessário dar tratamento sistemático à imputação ao tipo objetivo. Gestavam-se, passo a passo, as condições históricas propícias para o surgimento do tratamento dogmático preferencial dado à elaboração de uma teoria geral da imputação objetiva.

Os frutos das premissas hegelianas serão colhidos, por primeiro, no que diz respeito à dogmática penal, pelo pensador Hardwig, também ele de nacionalidade alemã.

Neste sentido, claramente inspirando-se na teoria da imputação desenvolvida por Hegel, mas trazendo novas luzes de sua aplicação para o campo do direito penal, deve-se reconhecer que o primeiro esforço para a identificação de critérios de atribuição objetiva da conduta fora, de fato, realizado por W. Harwig, em obra datada de 1957, cujo título já traz a

⁵ HEGEL, W. Princípios da Filosofia do Direito. Lisboa: Guimarães Editores, 1976. p. 52. Trad. Orlando Vitoriano.

impostação da teoria da imputação como problema central do direito penal apontando, já àquela época, a necessidade de um desenvolvimento mais acurado da então recente e incipiente teoria da imputação.⁶

Uma peculiaridade a ser notada é que, anteriormente à edição desta obra de Hardwig, falava-se da imputação mais como critério de atribuição positiva de conduta, não como limites negativos de incidência de responsabilidade. Talvez esta a sua contribuição específica: situar a problemática da imputação no campo dos valores e possibilitar a exclusão da tipicidade, por meio de critérios negativos da relevância penal do processo de causação. Já aqui a mera causação não decide o juízo de imputação, superando-se, neste particular, o paradigma causal-naturalista.

Assentamos então que, em matéria penal, foi Hardwig que percebeu a relevância dos problemas postos por uma perspectiva de centralidade da teoria da imputação. Antes dele, a matéria tinha já sido objeto da atenção dos estudiosos, mas o tema era tratado, de preferência, do ponto de vista do direito privado.⁷

O tema da imputação, como atribuição de uma conduta ou de um resultado a determinado autor, muito interessou, aliás com prioridade histórica, ao direito civil. Sob este aspecto, podemos fazer recuar as origens de uma teoria da imputação objetiva, em ambiente jurídico, à dogmática do direito privado.

Datada de 1927, uma sugestiva obra de K. Larenz introduzia, no âmbito do direito privado moderno, a discussão sobre a imputação. Larenz buscava discutir os limites da imputação objetiva à luz da teoria da imputação desenvolvida pelo recitado filósofo alemão F. W. Hegel (1770-1831). A referida obra ostentava, já em seu título, a ideia de buscar em Hegel, em sua teoria da imputação, sustentáculo para a análise dos limites da imputação objetiva, no âmbito de reflexão da ciência jurídica.⁸

Na esteira das contribuições hegelianas, Larenz captou a tarefa específica de uma teoria da imputação: delimitar, no contexto geral da ação humana, o campo específico de atribuição das consequências de uma ação a um determinado sujeito agente. Pretendeu desincumbir-se desta árdua tarefa, aderindo a boa parte das teses hegelianas, mas estendendo

⁶ HARDWIG, Werner. **Die Zurechnung: ein Zentralproblem des Strafrechts**. Hamburg. 1957. A tradução do título da obra (*A Imputação: um problema central do direito penal*) já demonstra o *locus* privilegiado concedido pelo autor à teoria da imputação, elevando-se esta à condição de matriz central da construção dogmática jurídico-penal.

⁷ No sentido do texto, ver GRECO, op. cit. passim.

⁸ Karl Larenz. **Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung**. Leipzig. 1927. Em vernáculo, *Teoria da imputação de Hegel e os limites da imputação objetiva*.

o campo de abrangência do juízo de imputação a tudo aquilo que puder ser antevisto, considerados os limites de uma previsibilidade objetivamente fundada.⁹

Com isto, Larenz alça a previsibilidade objetiva a critério de imputação. Esta possibilidade de prever as decorrências da ação, para que esta seja imputável ao sujeito agente, não deve ser analisada em sua vertente subjetiva, somente, mas deve ser também considerada objetivamente. O ponto de referência para análise deste critério é o homem em abstrato, o ser racional, não o agente em concreto. Numa palavra, segundo as magistrais palavras de Luís Greco, “as consequências objetivamente previsíveis são, portanto, atribuíveis à pessoa, enquanto ser racional.”¹⁰ (grifado no original).

Em traços gerais, eis o caminho histórico percorrido, na idade moderna, pela teoria da imputação, consideradas suas raízes filosóficas e pensados seus iniciais desenvolvimentos no campo do direito.

2. Algumas controvérsias sobre as origens históricas do moderno conceito de imputação.

Restam alguns esclarecimentos quanto a possíveis recuos do conceito de imputação a tempos históricos anteriores ao pensamento hegeliano que, segundo defendemos, fora a fonte primordial dos desenvolvimentos modernos da teoria da imputação.

Não se pode negar que no pensamento de Platão e de Aristóteles podem ser colhidas ideias que guardam certa analogia com o conceito de imputação, tal como hoje é compreendido, considerado este enquanto capacidade de atribuição de uma determinada conduta, ou de um certo resultado a algum sujeito agente.

Ocorre que, insistimos, a moderna perspectiva da teoria da imputação tem suas raízes no pensar hegeliano. É claro que a perspectiva adotada por Platão e Aristóteles, guardados seus limites, são até hoje provocadoras e aptas a elucidar e a incitar o aprofundamento de questões ligadas à imputação. Mas, a aplicação do conceito ao campo do direito, orientada na direção normativo-axiológica, é devida aos esforços dos pensadores modernos, iniciando-se a partir dos aportes teórico-conceituais trazidos ao tema pelos filósofos neokantianos e, mais profundamente, por Hegel.

Como teoria da atribuição, ou seja, da procura de se estabelecerem critérios positivos que permitam afirmar que a determinado sujeito devem corresponder as consequências de

⁹ GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pp. 15 a 19.

¹⁰ GRECO, op. cit. p. 19.

uma ação, como obra sua, há quem faça recuar a origem da teoria da imputação à filosofia antiga. Cite-se, como exemplo, aqueles que querem ver na doutrina de Platão sobre a eleição que cada um faz acerca de seu destino, um embrião da teoria da imputação, no sentido de atribuição.¹¹

Há, ainda, quem insista na ideia de que deva ser buscado na concepção de virtude desenvolvida, sobretudo, por Aristóteles o germen inicial da teoria da imputação. Afirma-se que Aristóteles, ao apresentar a virtude como “disposição racional que conduz o homem a fazer bem sua tarefa”, teria concebido a noção de imputação como atribuição, no sentido acima apontado.¹²

Não entendemos correto o recuo da origem da moderna teoria da imputação às concepções de atribuição desenvolvidas por Platão ou Aristóteles. Isto considerando o sentido técnico que a palavra imputação conheceu após o advento da construção filosófica conceitual de matiz hegeliano.

Assim, mesmo que se possam colher em pensadores antigos critérios de atribuição da obra de um sujeito, certo que a concepção de atribuição, enquanto tentativa de se encontrarem critérios objetivos controladores da vontade e dos resultados da obra de um sujeito agente é tarefa moderna, que motivou o avanço das teorias da imputação objetiva.

Temos como certo ser necessário cuidado, no âmbito das construções científicas, para que não atribuamos conceitos modernos ou contemporâneos a pensadores antigos, como obra de sua responsabilidade e engenho intelectual. É sempre possível que, em tudo, neste sentido, colhamos entre os gregos algo que tenham dito. Verdade seja dita, nada mais errôneo que creditar, de forma extemporânea, conceitos de nosso tempo a pensadores que não tiveram como objeto a análise do conteúdo dos conceitos que a eles pretendemos atribuir. Se assim pudéssemos impunemente proceder, fácil seria reconhecer que ‘nada é novo sob o sol’, tudo é interpretação do que já se fez um dia, paródia ou paráfrase do que já fora inapelavelmente inventado antes de nós. Ao contrário, se o horizonte é novo, nova a paisagem, novo o intérprete, novos serão os conceitos ...

Numa palavra, quanto ao conceito moderno de imputação: é hermenêutica inautêntica introduzir nas concepções de Platão e Aristóteles esta noção conceitual indiscutivelmente

¹¹ TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 223.

¹² TAVARES, op. cit. p. 223. Ali é citado, em nota, texto da República de Platão (República, X 617 e) para fundamentar o recuo da origem da teoria da imputação à noção platônica de escolha do destino operada pelo indivíduo. Citam-se, com o mesmo propósito, textos de Aristóteles: Ética, II, 6, 106 a 122.

moderna, ou quem sabe somente contemporânea. Para além, em relação às implicações do conceito de imputação para o direito em geral e, em especial, para o direito penal, pouco diriam os textos daqueles filósofos. Dizem sim, muito e bem, sobre a teoria da ação humana, não de sua atribuição normativo-penal, mas de sua atribuição ao sujeito ético-politicamente considerado.

Acreditamos que, tanto os textos de Platão quanto os de Aristóteles, aqueles que comumente são invocados com o propósito de creditar-lhes a origem do conceito moderno de imputação têm, na economia do pensamento daqueles mestres, alcance muito maior que a mera atribuição de ações a seus autores, encartando-se no contexto do discurso ético e político, com amplas repercussões nestes precisos campos.

Seria uma hermenêutica extemporânea, indevida, atribuir a Platão ou a Aristóteles a criação de um conceito que, a toda prova é, no mínimo, produto da moderna reflexão ocidental. Naqueles pensadores, a problemática ética e a política são centrais e fundantes. Os textos destes memoráveis autores ocupam, na sistemática do pensamento antigo, um lugar cativo, diverso do destino que lhe é atribuído como fundador de uma teoria da imputação. Assim, não cremos possam aqueles célebres textos, sem reducionismos, se prestarem a instrumentalizações fora do campo especializado do discurso ético-político.

Além disso, sabido que o conceito de liberdade, do qual decorre o de atribuição, sob o ponto de vista ético-político, que é a ótica preferencial tanto de Platão quanto de Aristóteles, goza de maior amplitude do que o mesmo conceito aplicado ao mundo do direito. Daí a inadequação das transposições conceituais de um campo a outro do discurso, comportando esta indevida operação o risco de supor jurídico um conceito talhado para resolver problemáticas muito mais amplas, atinentes, como já se disse, ao mais amplo campo ético-político.

Em uma palavra, não podemos, então, sob pena de incorremos numa errônea exegese conceitual reducionista, recuar a origem da moderna teoria da imputação à concepção de atribuição como “escolha do destino”, concepção platônica, nem tampouco à noção aristotélica de virtude.

Tais noções, ao que nos parece, não foram talhadas para solucionar problemas jurídicos, nem mesmo as suas implicações e desenvolvimentos podem ser tidos como subsídios para fundamentar especificamente a teoria moderna da imputação objetiva, vez que o mundo ético mais pertine à variante subjetiva que à variante objetiva da conduta, e que as doutrinas platônico-aristotélicas, neste ponto, nada disseram sobre critérios limitadores objetivos de atribuição de responsabilidade, mote central das modernas teorias da imputação

objetiva. Perturbação da ordem dos conceitos é o que parece ocorrer se atribuirmos a filósofos antigos construções conceituais próprias das modernas teorias da imputação objetiva.

Como acima fora apontado, preferimos pensar que o conceito de imputação objetiva, já que sua origem pode ser vislumbrada fora do campo específico da ciência do direito, se firmou no campo da dogmática jurídica por obra dos pensadores modernos e contemporâneos, tendo nascido da necessidade de se criarem critérios objetivos aptos à limitação do abrangente campo de atribuição, tanto das ações livres quanto de seus resultados, a determinado sujeito agente.

Este o contexto teórico, firme-se essencialmente moderno, no qual se operou o surgimento do conceito de imputação, como atribuição.

Admitido que as normações jurídicas devem ser vistas como forma de controle social da liberdade individual, é preciso que se criem mecanismos que limitem a extensão de responsabilidades do sujeito quando a este, já *objetivamente*, não se possam atribuir os resultados decorrentes de suas ações: seja porque o sujeito agiu segundo os ditames normativos estabelecidos, seja porque outras tantas circunstâncias tornaram inevitável o desencadeamento de determinadas consequências de seus atos. Este o campo próprio em que se movimentam e se constroem as modernas teorias da imputação objetiva, enfrentando problemáticas essencialmente nascidas, no Ocidente, com o advento da modernidade.

Então, pelo menos na acepção moderna do termo, a teoria da imputação foi engendrada nos quadrantes da problemática moderna do direito e da filosofia e, suscitada antes por esta, veio a conhecer posterior desenvolvimento e sedimentação no campo próprio da dogmática jurídica.

Portanto, enquanto conceito afeto à ciência jurídica, o conceito de imputação é moderno, remontando às contribuições hegelianas, sobretudo.

3. Bibliografia

CANCIO MELIÁ, Manuel. *La exclusion de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (Imputación a la Víctima)*. In: AA.VV. *Estudios sobre la teoría de imputación objetiva*. Buenos Aires: AD-HOC, 1998.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal – Parte Geral*. Vol. I. São Paulo: Forense Editora, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. *Imputação objetiva: O que é isso?* Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em 21/05/2012.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. André Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JESUS, Damásio de. *A Doutrina Brasileira e a Teoria da Imputação – Alguns posicionamentos*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, acesso em 5 de outubro de 2001. Disponível em: www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm. Acesso em 3 de outubro de 2012.

JESUS, Damásio Evangelista. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

KÖSTER, Mariana Sacher de. *La evolución del tipo subjetivo*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

ORDEIG, Enrique Gimbernat, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramos Areces, 1990.

PRADO, Luís Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado – Uma Aproximação Crítica a seus Fundamentos*. São Paulo: RT, 2002.

REALI, Giovanni. ANTISERI, Dario. *História da Filosofia: De Spinoza a Kant*. Trad. Ivo Storniolo. Rev. Zolferino Tonon. São Paulo: Paulus, 2005.

REALI, Giovanni. ANTISERI, Dario. *História da Filosofia: Do Romantismo ao Empiriocriticismo*. Trad. Ivo Storniolo. Rev. Zolferino Tonon. São Paulo: Paulus, 2005.

ROXIN, Claus, *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Renovar: Rio de Janeiro, 2002. Tradução de Luís Greco.

ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Veja: Lisboa, 1998, 3. ed. Tradução

ROXIN, Claus. *Tem Futuro o Direito Penal?* In: Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 90, número 790, pp. 459 – 474. agosto/2001.

TERRAGNI, Marco Antonio, *Causalidad e imputación objetiva en la doctrina y la jurisprudencia Argentina*. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudência Penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

WELZEL, Hans, *Direito Penal*, Trad.Dr. Afonso Celso Resende. Campinas: Ed. Romana, 2003.

A REPRODUÇÃO ASSISTIDA ANALISADA SOB O PRISMA DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO

THE ASSISTED REPRODUCTION ANALYZED UNDER THE PRISM OF BIOETHICS AND BIOLAW

Iara Elias da Silva¹

Lívia Rosa Franco²

RESUMO: O presente artigo faz uma análise sobre a questão da Reprodução Assistida como sendo um dos temas que envolvem a Bioética e que relaciona-se com o Biodireito, que é um ramo do Direito que regulamenta as normas relacionadas a fatos da existência humana.

Palavras-chaveS: Bioética. Biodireito. Ética. Desenvolvimento Tecnológico. Dignidade da Pessoa Humana.

Abstract: This paper makes an analysis on the issue of assisted reproduction as one of the themes that involve Bioethics and that relates to the Biolaw, which is a branch of law that regulates the norms related to facts of human existence.

Keywords: Bioethics. Biolaw. Ethics. Technological Development. Dignity of the Human Person.

1- INTRODUÇÃO.

A Bioética e o Biodireito relacionam-se com o mundo atual, principalmente no que diz respeito à biotecnologia. As experiências e as práticas biomédicas tornam-se cada vez mais audaciosas e independentes, devido ao grande avanço tecnológico dos últimos séculos, envolvendo de forma expressiva o ser humano.

Com a aceleração do progresso científico e tecnológico dos últimos tempos, as pessoas passaram a questionar sobre assuntos que abrangem a sociedade moderna. Dentre estes

¹ Acadêmica do oitavo período do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Itabirito – Universidade Presidente Antônio Carlos / UNIPAC.

² Professora Adjunta de Direito Mineralário e Direito Ambiental I e II da UNIPAC Itabirito. Mestre em Teoria do Direito pela PUCMINAS.

assuntos pode-se citar a Clonagem, a Engenharia Genética, os Organismos Geneticamente Modificados (OGM), a Reprodução Assistida, a Eugenia, a Eutanásia, entre outros. Neste sentido, com o intuito de direcionar e de levantar respostas para esses questionamentos, surgiram a Bioética e o Biodireito. A primeira, como uma disciplina nova e que está em constante crescimento e discussão, abrangendo áreas como a medicina, a genética, a religião, as questões sociais, culturais, éticas, religiosas, científicas, dentre outras. A segunda, como um ramo do Direito que regulamenta as normas relacionadas à existência do homem e analisa a legislação brasileira, a fim de verificar como aqueles assuntos estão sendo tratados no ordenamento jurídico.

O homem, através da sua curiosidade característica, vive em uma constante atenção ao mundo ao seu redor, e busca por respostas aos seus diversos e incansáveis questionamentos. Fazendo uma volta por diversos tempos da história da humanidade, pode-se constatar que o ser humano vive nessa busca incessante pelo novo, e que não se contentará jamais com os resultados obtidos. Ele precisa, cada vez mais, conhecer e desvendar os ocultos mistérios da vida e da ciência.

2- ASPECTOS CONCEITUAIS DA BIOÉTICA.

De acordo com estudos realizados, o termo Bioética deriva-se de duas palavras gregas: “*Bio*”, que quer dizer vida, e “*Ethike*”, que significa ética. A Bioética pode ser definida como sendo o estudo sistemático de todas as dimensões da Moral (visão, decisão, conduta e normas morais), das ciências da vida e do cuidado com a saúde, que utiliza as metodologias éticas para a resolução dos problemas.

A preocupação com o modo de realização das práticas biológicas vem desde o surgimento da medicina e das primeiras técnicas científicas. Já na antiga Grécia, o médico e filósofo, Hipócrates, dedicava sua atenção para as questões éticas. O conteúdo de suas obras serviu de fundamento para o “Juramento de Hipócrates”, que, ainda hoje, costuma ser declarada pelos médicos recém-formados no dia da formatura.

Outrossim, pode-se citar, no século XX, algumas importantes situações que necessitaram da intervenção e avaliação da Ética no que diz respeito aos experimentos e tratamentos médicos. Por volta de 1961, o médico Scribner inventou um equipamento que realizava as mesmas funções do rim. Com o sucesso dessa invenção, a demanda pela procura do tratamento aumentou muito, superando as reais possibilidades de atendimento. Com isso, foi necessário decidir quem poderia realizar o tratamento e quem não poderia, ou seja, quem teria mais possibilidade de viver e quem morreria mais rápido. Diante dessa situação, foi

constituído um Comitê, em Seattle, no ano de 1962, para a tomada dessa decisão. Com esse comitê foi criado um procedimento para tomada de decisões. (FREIRE DE SÁ; TORQUATRO, 2009, p. 4).

Mais tarde, em 1966, o professor de anestesia da Universidade de Harvard, Henry Beecher, publicou um artigo onde demonstrava que 12% dos artigos médicos publicados em uma importante revista científica resultavam de pesquisas com métodos contrários à Ética. Viu-se, assim, a necessidade de criação de mecanismos para controle dessas pesquisas e tratamentos. (FREIRE DE SÁ; TORQUATRO, 2009, p. 4).

A população mundial também se deparou com o primeiro transplante de coração, realizado pelo cirurgião sul-africano, Christiaan Barnard. O transplante foi feito, primeiramente, com a retirada do coração ainda em funcionamento de um paciente com morte encefálica. Com essa cirurgia surgiram diversos questionamentos, como: quando uma pessoa pode realmente ser considerada morta? O momento da morte de um paciente deve ser determinado pela ciência ou pelo Direito? (FREIRE DE SÁ; TORQUATRO, 2009, p. 4-5).

Por último, pode-se citar o Caso Tuskegee, cidade do Alabama, nos Estados Unidos, que de 1932 a 1972 promoveu uma pesquisa sobre a sífilis e sua evolução natural, sem nenhum tipo de tratamento. Os voluntários, que por ventura eram todos negros, acreditaram cegamente que estavam recebendo tratamento médico, o que, na verdade, era uma mentira. Esses e muitos outros casos contribuíram muito para a criação e o desenvolvimento da Bioética. (FREIRE DE SÁ; TORQUATRO, 2009, p. 5).

No entanto, o termo Bioética ainda não era empregado no contexto dos fatos acima mencionados. A atribuição do termo Bioética dá-se ao cientista americano Van Rensselder Potter, que publicou, em 1971, o livro *Bioethics: bridge to the future*. Nesta obra Potter tratava do termo Bioética com um sentido ecológico, como sendo uma “ciência da sobrevivência” e não uma “ciência da vida”. (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2008, p.9).

Alguns meses depois, Andre Hellegers fundou o *Joseph and Rose Institute for the Study of Human Reproduction and Bioethics*, dando ao termo um sentido mais voltado para a ética das ciências da vida. (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2008, p.9).

Embora o termo Bioética tenha tido o seu apogeu em 1971, a preocupação Bioética é mais antiga do que se parece. Com o fim da guerra surgiu uma forte preocupação ética com as pesquisas e novas tecnologias, e com a maneira com que elas estavam sendo aplicadas. A sociedade em geral se espantou com a série de barbaridades cometidas pelos nazistas, que realizavam pesquisas com seres humanos sem nenhum fim terapêutico.

Foi nesse cenário que surgiu a Bioética. Pode-se falar que essa disciplina surgiu a partir dos debates sobre essas pesquisas com seres humanos, vindos à tona no período da Segunda Guerra Mundial, através do Código de Nuremberg, que, por meio do Tribunal de Nuremberg (1945-1946), condenou essas práticas desumanas. O Código de Nuremberg caracteriza-se como o primeiro indicador universal que trata da necessidade da aliança entre a pesquisa científica e o respeito pelo homem. (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2008, p. 23-24).

Hoje, o termo Bioética está muito presente nas instituições de ensino e pesquisa, e os comitês de ética tornaram-se obrigatórios naquelas pesquisas que envolvem seres humanos. Segundo Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves, a Bioética veio causar reflexões sobre o agir humano na sociedade, principalmente diante das novas descobertas e dos avanços tecno-científicos, podendo ser definida como:

(...) a disciplina que estuda os aspectos éticos das práticas dos profissionais da saúde e da Biologia, avaliando suas implicações na sociedade e relações entre os homens e entre esses e outros seres vivos. (FREIRE DE SÁ; TORQUATO, 2009, p. 06).

Nesse sentido, percebe-se que a Bioética é uma disciplina interligada às ciências biológicas e que surgiu para proporcionar um melhoramento na qualidade de vida e permitir a participação do homem na evolução biológica. Sendo que as pesquisas bioéticas implicam em debates morais, teológicos, sociológicos e políticos em relação à Ética e a Ciência, entre o saber-fazer tecno-científico e os valores que torneiam a vida humana em uma sociedade Democrática de Direito.

3- BIODIREITO.

Diante das inovações no campo científico, a figura do homem deixou de ser apenas um sujeito de direito e deveres, tornando-se um objeto de manipulações, um ser manipulado e manipulável. Em decorrência desse desenvolvimento biotecnológico nasceu, como um novo ramo do Direito, o Biodireito, vindo para estudar e criar novos parâmetros acerca dos assuntos relacionados à Bioética. O Biodireito é, portanto, um elo que liga a Bioética e o Direito.

Todas as intervenções científicas, biológicas e médicas que recaiam sobre a figura da pessoa humana e que possam, de qualquer forma, atingir e causar malefícios à vida e a integridade físico-mental do homem, devem seguir os preceitos éticos e não contrariar os Direitos Humanos. As mesmas práticas médicas que podem trazer benefícios ao homem podem também, conter riscos perigosos e imprevisíveis, sendo necessária uma maior atenção por parte desses profissionais, para que eles não ultrapassem os limites éticos impostos em favor da pessoa humana, da sua vida, da sua integridade e dignidade.

Neste contexto, cabe à Bioética a função de levantar os questionamentos, registrá-los, analisar as hipóteses de acerto e também de erro, e apontar as possibilidades de benefícios e malefícios que possam vir a ocorrer devido à prática indiscriminada, ilimitada e irregular de atos médicos e científicos.

Já ao Biodireito cabe a função de regulamentar o desenvolvimento científico e interpretá-lo à partir das normas do ordenamento jurídico. O Biodireito deve analisar as normas, bem como os critérios de decisão que trata sobre as inovações da biotecnologia.

Assim, o Biodireito pode ser definido como o ramo do Direito que dispõe sobre as relações jurídicas referentes à natureza jurídica do embrião, sobre a eutanásia, o aborto, os transplantes de órgãos e tecidos, a eugenia, genoma humano e a manipulação genética, sempre fundamentado nos preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana.

4- DOS DIREITOS HUMANOS.

Nos tempos atuais, apesar dos muitos movimentos em prol de um tratamento mais humano e igualitário do homem, ainda persistem atos contínuos que atentam contra a dignidade da pessoa humana. Nem o iluminismo, com sua base de liberdade e igualdade entre os povos, nem mesmo o Tribunal de Nuremberg, que condenou inúmeras práticas atentatórias à dignidade do homem em meio a Segunda Guerra Mundial, foram suficientes para resolver a questão do respeito ao ser humano. (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2008, p. 51).

Muito se fala na necessidade do respeito ao homem, porém, somente o falar não irá promover a dignidade humana. Esse falar deve ser seguido da conscientização sobre a real necessidade de respeito do ser humano e da prática desse respeito. (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2008, p. 52). O afrontamento da dignidade humana não é uma realidade apenas das guerras, das ditaduras ou de outros momentos históricos de massacre ao homem. Está presente também, principalmente, no dia a dia das pessoas.

O recém-nascido abandonado pela mãe no lixo, o aluno que entra em sala de aula atirando na professora e nos colegas, o político corrupto que ilude e engana o eleitor, o pai que abusa sexualmente do filho, o juiz que vende sua sentença por alguns milhões, todos esses e muitos outros são exemplos do homem ofendendo à sua própria dignidade e a dignidade do outro.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos trás a afirmativa de que todos os homens são iguais e livres em dignidade e direito, e que todos tem o direito de serem respeitados, assim como possuem o dever de respeitar o outro, promovendo um espírito de fraternidade e solidariedade. (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2008, p.53).

Neste sentido, a Bioética e o Biodireito andam juntos com os Direitos Humanos, zelando para que não ocorram eventuais injustiças contra a figura da pessoa humana, com a justificativa de que certas intervenções são necessárias para o bom desempenho do progresso científico destinado à humanidade.

Neste contexto, o Biodireito se torna um instrumento essencial para regular as questões da Bioética. Destarte, aquelas intervenções científicas que atinjam ou possam atingir a vida e ou a integridade física e mental do homem devem ser subordinadas aos preceitos éticos e nunca contrariar os Direitos Humanos.

No próximo capítulo tratar-se-á de um dos temas da Bioética, a Reprodução Assistida, que é formado por um conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, através da manipulação de gametas e embriões, a fim de analisar a sua regulamentação no Biodireito e a sua relação com os Direitos Humanos.

5- REPRODUÇÃO ASSISTIDA.

Os casos de mulheres que engravidam por outros meios de reprodução, que não seja o ato sexual, vêm de muito tempo atrás, inclusive da mitologia. O mito grego de Ates demonstra isso. Segundo este mito, Zeus teve um sonho que lhe provocou ejaculação e, o seu sêmen, ao cair na terra, gerou o hermafrodita Agstidis. Assim, os habitantes do Olimpo tomaram posse de Agstidis e o castraram. O membro decepado de Agstidis foi enterrado, e dele, nasceu uma amendoeira. A filha do rei Sangário, Nana, colheu uma amêndoa e a colocou em seu ventre. Dez meses depois, do ventre de Nana, nasceu Ates, por quem Agstidis, mais tarde, veio a se apaixonar. (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2008, p. 85).

Mitos como este demonstram que o homem, desde tempos mais remotos, pensou na possibilidade de fecundação diversa daquela obtida através do ato sexual. Com o avanço da biotecnologia e da biociência, e o surgimento das técnicas de fertilização artificial e inseminação assistida, aquilo que não se passava de apenas um sonho mítico, tornou-se uma realidade.

Porém, surgiram também questionamentos acerca dos valores morais e éticos dessas novas formas de surgimento da vida humana, ou seja, criaram-se dúvidas sobre os benefícios e malefícios, físicos e psicológicos, que as técnicas de reprodução assistida trazem para a vida do homem. Para analisar esse questionamentos, primeiramente é necessário definir o que é reprodução assistida.

A reprodução assistida é o conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando, principalmente, combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana. (RIBEIRO *apud* FREIRE DE SÁ; TORQUATO, 2009, p. 110).

As várias técnicas de Reprodução Assistida são consideradas formas de terapia e cura da infertilidade, o que, a rigor, não acontece, pois a não possibilidade de gerar um filho se mantém mesmo depois do emprego dessas técnicas. Segundo Freire de Sá e Torquato:

Para que se possa dimensionar a complexidade dos problemas jurídicos, parece útil considerar três aspectos das técnicas de reprodução assistida: a não dependência de relação sexual, o local onde se dá a fertilização e a interferência ou não de terceiro na efetivação da técnica. A reprodução humana em tais casos não decorre de contato sexual, embora “sexuada”, já que presentes os gametas masculino e feminino. No que tange à fertilização, há técnicas: intracorpóreas, isto é, em que a fecundação ocorre no interior do corpo da mulher, compreendendo as hipóteses de inseminação artificial; e extracorpóreas, nas quais a fecundação se dá em laboratório, caso da fertilização *in vitro*. (FREIRE DE SÁ; TORQUATO, 2004, p. 226).

A partir dos três aspectos mencionados vislumbra-se a possibilidade da participação de terceiros, que pode ocorrer nos casos de doação de gametas e úteros de “aluguel”. Assim, a origem do material fecundante pode ser através: inseminação artificial ou fertilização *in vitro* homóloga, quando há a utilização dos gametas do casal; fertilização *in vitro* heteróloga, quando os gametas, geralmente os masculinos, são doados por um terceiro, estranho ao casal.

Em meio a isso, as fertilizações *in vitro* acabam por originar os denominados embriões excedentes, que são aqueles concebidos dentro de laboratórios, mas que não chegam a ser implantados no útero da mulher, acabando por ser descartados. Esses embriões geram questionamentos jurídicos e éticos no que tange a sua natureza humana e, até mesmo, a sua destinação.

No Brasil, a primeira Fertilização *In Vitro* (FIV) que obteve resultado positivo foi realizada por Milton Nakamura, que em seu livro *Inseminação Artificial Humana* apresenta, até chegar nos estágio atual, três frases do progresso da biotecnologia e medicina sobre essas técnicas de reprodução. (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2008, p. 86).

A primeira fase foi caracterizada pelas técnicas de inseminação em peixes, elaboradas por L. Jacobi (século XVIII). Em 1755, o biólogo italiano Lazzaro Spallanzani se destacou por meio da fecundação em mamíferos. Já em 1799, o médico e biólogo inglês John Hunter obteve bons resultados na fecundação por inseminação assistida em seres humanos. Em meados do século passado o médico francês Girault, de 30 tentativas em seres humanos,

obteve sucesso em 9 delas. Por último, em 1890, o Dr. Dickinson já usava em larga escala as técnicas de inseminação assistida. (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2008, p. 86).

Na segunda fase destaca-se, em 1953, a descoberta da estrutura em hélice do DNA, que deu origem à Genética Molecular e é conhecida como o marco inicial da Engenharia Genética. Essa descoberta foi feita pelos geneticistas ingleses James B. Watson e Francis H. C. Crick. (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2008, p. 86).

A terceira e última fase, mais precisamente em 1978, foi marcada pelo nascimento, na Inglaterra, do primeiro “bebê de proveta”, que recebeu o nome de Louise Brown. O nascimento de Louise simbolizou o êxito da Fertilização Artificial (Fertilização *In Vitro*). (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2008, p. 87).

A reprodução de seres humanos fora do útero materno acarretou em debates e questionamentos jurídicos e éticos que se vêm presentes até a atualidade. Os estudiosos começaram a temer sobre o que poderia acontecer, quais os problemas que poderiam surgir, com a produção de um feto dentro de um tubo de ensaio.

Roger Abdelmassih, na obra *Tudo por um bebê – o que a ciência pode fazer para ajudar você a realizar seu sonho*, considera que, atualmente, vivemos na “Era da Tecnologia”, que seria a quarta fase do progresso da biotecnologia e da medicina. Essa fase caracteriza-se pela micromanipulação de gametas, que vem ajudando na solução de limitações físicas que envolvem as partes no processo produtivo. A cada dia, novas técnicas são criadas ou melhoradas, como é o caso da Injeção Intracitoplasmática de Espermatozóide (ICSI), que pode reverter a esterilidade masculina advinda da vasectomia. (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2008, p. 88).

5.2. Técnicas de Reprodução Assistida.

Atualmente, existem várias técnicas de reprodução assistida, que variam de acordo com o tipo de infertilidade do casal. Destacam-se alguns tipos de reprodução, quais sejam: inseminação artificial intrauterina, a fertilização *in vitro* (FIV), a transferência tubária de gametas e embriões, a transferência de gametas para as trompas (GIFT), a transferência intratubária de 48 zigoto (ZIFT) e a Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI). (FREIRE DE SÁ; TORQUATO, 2004, p.110-111).

Os avanços científicos possibilitam tanto intervenções na constituição genética dos embriões quanto à realização de um pré-diagnóstico, anterior à implantação dos mesmos no útero. Desta forma, permite-se uma melhor seleção dos embriões que serão utilizados na fertilização.

A fertilização é dividida em homóloga, que é obtida por meio de material genético do próprio casal, e heteróloga, que utiliza gametas de um doador, geralmente anônimo. A fertilização homóloga não é alvo de muitas discussões morais e jurídicas, e de críticas, uma vez que, por não depender de intervenção de terceiros, é aceita como um serviço prestado pela medicina ao indivíduo. Não é o que acontece com a fertilização heteróloga, que causa grandes polêmicas na sociedade.

A grande polêmica que gera em torno da fertilização heteróloga é questão da paternidade e/ou maternidade, uma vez que não existe liame genético entre os filhos e os pais. Desta forma, apesar das críticas direcionadas à técnica, o ordenamento jurídico brasileiro atualmente valoriza a paternidade sócio-afetiva, sendo assim, o convívio diário e os laços afetivos supririam a falta do elemento biológico.

5.3. A Inseminação Assistida e a Fertilização “In Vitro”.

Em primeiro lugar é necessário ressaltar a diferença entre Reprodução Assistida e Engenharia Genética. Embora ambas sejam técnicas de reprodução, a primeira tem por objetivo o desejo de ter filhos, enquanto que a segunda consiste nas técnicas de manipulação e alteração da estrutura do material genético. (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2008, p. 88).

A Reprodução Assistida (RA) divide-se em dois tipos, quais sejam: a Inseminação Assistida ou a Fertilização Assistida. Para SAUWEN, Regina Fiuza e HRYNIEWICZ, Severo:

A técnica de Inseminação Assistida é relativamente simples e consiste na introdução do esperma na vagina, por meio de uma cânula. É a técnica mais antiga, que teve um longo processo de desenvolvimento e não causou grandes polêmicas desde que foi desenvolvida. Geralmente, a inseminação é feita por causa da impotência masculina ou incompatibilidade sexual entre os cônjuges ou, ainda, por problemas de qualidade do esperma (mobilidade ou morfologia anormal), *In Totum*, pode-se considerar a IA como um auxílio dentro do processo natural de fecundação humana. (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2008, p. 89).

Na Reprodução Assistida o processo é o mesmo que ocorre na reprodução natural. Assim, o óvulo poderá ou não ser fecundado, o mesmo que ocorre na reprodução natural, após a relação sexual.

Com a banalização da Reprodução Assistida alguns questionamentos foram levantados. Alguns deles seriam: o direito do homem interferir nos processos naturais de procriação; a inseminação *post mortem*, que acontece quando a inseminação é feita com sêmen congelado do doador já falecido; inseminação em mulheres solteiras em casais de homossexuais, entre outras.

Esses questionamentos provocam polêmicas jurídicas e também religiosas na sociedade. No âmbito jurídico, uma polêmica que a inseminação pode provocar é a seguinte: uma jovem solteira decide ser mãe e solicita a um rapaz que ceda seu esperma para que seja feita a inseminação. Após a realização da inseminação, passado algum tempo, a jovem mãe, com dificuldades financeiras, resolve ajuizar ação de investigação de paternidade, representando o menor, contra o cedente do esperma, alegando que o rapaz também manifestou o desejo à paternidade. Sem ter nenhum documento que comprovasse o seu não desejo de ser pai e a doação feita, o cedente é submetido a exame de DNA, cujo resultado comprovou a paternidade do jovem. Não existindo normatização a respeito, a questão fica à espera do bom senso do julgador. (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2008, p. 90).

Já na Fertilização Assistida, ou Fecundação “*In Vitro*”, melhorou a técnica de congelamento de embriões e tornou possível o congelamento de espermatozoides. Nesse sentido:

A técnica da Fertilização Assistida ou “*In Vitro*” consiste em retirar, normalmente por laparoscopia, um ou vários óvulos de uma mulher – sua produção é, geralmente, provocada por estimulação hormonal – e colocá-los em um meio nutritivo. Em seguida, aos óvulos, reúne-se o esperma. Com a fecundação, após horas ou até dois dias, o óvulo é colocado no útero da mulher. Se ocorrer a nidificação (adesão ao útero), a gravidez segue seu ritmo normal. (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2008, p. 90-91).

A Fertilização Assistida teve seu êxito com o nascimento de Louise Brown, em julho 1978. Essa técnica foi possível devido a melhorias da Inseminação Assistida e, especialmente, através da possibilidade de congelamento de espermatozoides. A Fertilização Assistida possibilitou o congelamento de embriões, tornando possível que uma mulher que deseja ser mãe possa encomendar a um laboratório que um embrião congelado seja introduzido em seu útero.

5.4 Outras Técnicas de Reprodução Assistida.

A técnica de *Gamete Intrafallopian Transfer* (GIFT) é usada em mulheres com infertilidade sem causa determinada ou em razão da presença de leve endometriose. Nesse procedimento, “o óvulo e os espermatozoides selecionados após a coleta são reunidos em um mesmo cateter e imediatamente transferidos para a trompa, ambiente natural da fecundação.” (OLMOS *apud* FREIRE DE SÁ; TORQUATO, 2004, p. 111).

Já no método *Zygote Intrafallopian Transfer* (ZIFT), a primeira divisão do zigoto, que dará origem ao embrião, acontecerá dentro da trompa, seu ambiente natural. Ali, as células passarão a multiplicar-se, enquanto o embrião em formação caminhará em direção ao útero. (OLMOS *apud* FREIRE DE SÁ; TORQUATO, 2004, p. 111).

Outra técnica de reprodução assistida é a Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI), também conhecida como micro manipulação do óvulo. Nesta o espermatozoide é introduzido diretamente no óvulo através de uma agulha. Segundo Olmos:

Sua utilização recente inclui até mesmo alguns casais que eram considerados estéreis em razão das baixíssimas quantidades de espermatozoides produzidas pelo parceiro ou da falta de mobilidade dos gametas masculinos para impulsionar a entrada no óvulo. (OLMOS *apud* FREIRE DE SÁ; TORQUATO, 2004, p. 111).

É possível observar que, as muitas possibilidades provenientes das técnicas de reprodução assistida promovem opiniões diversas, mas que precisam ser amadurecidas por meio de um diálogo aberto. As divergências de opiniões ocorrem tanto no meio jurídico, quanto no filosófico e religioso.

5.5. Testes Genéticos e Seleção Embrionária.

Em momento anterior à implantação do embrião no útero, é possível a realização de testes para a obtenção de um diagnóstico que possibilita a escolha dos embriões a serem implantados. Este diagnóstico também pode ser realizado após a implantação e, caso seja detectada alguma anomalia, pode-se recorrer à Terapia Gênica.

Esses testes genéticos podem trazer benefícios como a prevenção da transmissão hereditária de doenças, e a detecção de moléstias antes da apresentação dos sintomas. Casais que apresentem histórico de doença com componentes genéticos podem recorrer à fertilização *in vitro*, mesmo não apresentando problemas de fertilidade, para que conheçam o perfil dos embriões e selecionem àquele que não tenha o gene patológico.

Este ato de selecionar embriões gera grandes discussões, uma vez que isso significa descartar aqueles que não atendem aos padrões específicos, atentando contra princípios como o da igualdade e da vida. Por outro lado, tem-se a visão de que, disponíveis os meios de se evitar a transmissão da doença, caracterizaria negligência dos pais não utilizá-los, sendo que é dever dos pais cuidar da saúde dos filhos.

6- A REPRODUÇÃO ASSISTIDA E O NOVO CÓDIGO CIVIL.

Em se falando de personalidade e titularidade, tanto o Código Civil de 1916 quanto o de 2002, diferenciam três categorias, quais são: pessoa natural, nascituro e prole eventual.

Por pessoa natural entende-se todo indivíduo possuidor de direitos e obrigações. Segundo o Código Civil, o nascimento com vida caracteriza o início da personalidade, garantindo direitos ao nascituro. Em se tratando de prole eventual, que é todo ente humano

que pode ainda vir a ser concebido e que possui capacidade testamentária passiva, o Código Civil admite a aquisição de bens por testamento, pois:

A prole eventual constitui ente humano que pode vir a ser concebido. É o ente humano futuro. O Código Civil brasileiro admite a aquisição de bens por testamento por pessoa não nascida que o testador designe, cujo genitor ou genitores estejam vivos no momento da abertura da sucessão, bem como a doação à filiação futura, efetuada em contemplação de casamento a se realizar. (FREIRE DE SÁ; TORQUATO, 2004, p. 112).

Neste sentido, o Direito Brasileiro reconhece, de certa forma, as pessoas naturais, o nascituro e a prole eventual, porém, em relação ao embrião a hermenêutica jurídica brasileira ainda é muito deficiente.

O Código Civil de 2002 trata de forma assistemática a situação do embrião humano, prevendo certa presunção de filiação aos embriões frutos de inseminação artificial homóloga ou heteróloga, mas sem regular a matéria no que diz respeito ao Direito Sucessório. O artigo 1.597 do Código Civil de 2002, que trata das presunções de filiação, dispõe:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
 I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
 II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
 III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
 IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
 V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Os incisos III, IV e V tratam da presunção de filiação do embrião humano. O primeiro prevê que os filhos frutos de inseminação artificial homóloga presumem-se concebidos na constância do casamento, o segundo trata da presunção de filiação dos embriões excedentários, vindos de inseminação homóloga, e o terceiro da presunção de filiação daqueles filhos nascidos de inseminação heteróloga, com concordância do marido. Neste último caso, a filiação é garantida através da assinatura de um “Termo de Consentimento Livre e Esclarecido”, que estabelece a paternidade e impõe a responsabilidade pela criação, assistência e educação.

Ainda no Brasil, não existe lei específica que regule a fertilização assistida. A Resolução nº 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, apenas resolve parte dos conflitos existentes nesta área, limitando-se exclusivamente aos interesses dos médicos.

7. CONCLUSÃO.

A Bioética é uma ciência em processo de formação, que apresenta um amplo e diversificado campo de atuação, abrangendo desde segmentos das áreas científicas até as religiosas.

Com as transformações sociais e o desenvolvimento da biotecnologia e da medicina, a sociedade contemporânea deparou-se com a necessidade de criação de ciências e normas que regulem e estabeleçam limites às ações que interferem na vida humana. E é neste contexto que surge a Bioética e o Biodireito, visando à formalização do processo e a resolução das questões levantadas.

A tentativa de alcance de uma solução normativa eficaz para esses questionamentos intensifica-se cada vez mais, diante da velocidade de desenvolvimento da ciência e biotecnologia.

As questões relativas à reprodução assistida são de grande importância face à omissão legislativa do ordenamento jurídico e a insegurança das pessoas envolvidas, tais como, médicos, doadores, e beneficiários em geral. A Resolução nº 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, não é suficiente para resolver todas essas questões, sendo necessária, por esse motivo, a instituição de novos meios para solução dos conflitos.

8- BIBLIOGRAFIA.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

FABRIZ, Daury César. **Bioética e direitos fundamentais: a Bioconstituição como paradigma ao Biodireito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FRANCO, L. R., ANDRADE JUNIOR, G.S., MARTINS, M. R. O Patrimônio Mínimo como Paradigma do Estado Democrático de Direito na Perspectiva da Dignidade da Pessoa Humana In: **6º Seminário de Pesquisa e Iniciação Científica da Universidade Fumec**, 2008, Belo Horizonte.

FRANCO, L. R., TAVARES, F. H., BOMTEMPO, T. V., DIAS, T. V., DINALI, D. J., DOMINGUES FILHA, M. E. M., GODINHO, R. L., LIBRELON, K. F., PÁDUA, C.B.M.P, RESENDE, V. H. S., Silva Couto, C.P, SILVA, M. F. **Bioética e Biodireito**. VirtuaJus (PUCMG). , v.8, p.1 - 38, 2009.

FRANCO, L. R., TAVARES, F.H. Legislación Brasileña en Derecho de la Salud y de Bioética. In: **Libertad de Conciencia y Derecho Sanitario en España y Latinoamérica**.

Madrid: Editorial Camares, 2010.

FRANCO, L. R. Direito objetivo e direito subjetivo In: **Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito**. 1 ed. São Paulo : Ltr, 2011, v.1, p. 122-124.

TRAVESSONI GOMES, A., FRANCO, L. R. **Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito**. São Paulo: Ltr, 2011, v.1. p.422.

FRANCO, L. R., **BIOÉTICA E BIODIREITO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO À LUZ DA TEORIA DISCURSIVA**. 2011. 94f. Dissertação (Mestrado em Teoria do Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

FRANCO, Livia Rosa *et al.* Bioética e Biodireito. **Revista Síntese de Direito de Família**, v.13, p.110-140, 2011.

FRANCO, Livia Rosa. A relação do Direito Ambiental com a Bioética. **Revista Diké**. Itabirito, vol. 4, ano 3, p. 13-22, 1º semestre de 2012.

FRANCO, Livia Rosa; ANTUNES, Renan Carlos; MARQUES, Fernando Cristian. O Meio Ambiente como um Direito Humano. **Revista Diké**. Itabirito, vol. 4, ano 3, p. 59-71, 1º semestre de 2012.

GOLDIM, José Roberto. A Evolução da Definição de Bioética na Visão de Van Rensselaer Potter 1970 a 1998. **Revista HCPA**, Porto Alegre, p. 86-92, 2006.

HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. **O Direito “in vitro”: da Bioética ao Biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JUNGERS, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

LEPARGNEUR, Hubert. **Bioética, novo conceito: a caminho do consenso**. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

PESSINI, Leo. Introdução à edição brasileira. In: BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

PESSINI, Léo. Bioética: das origens à prospecção de alguns desafios contemporâneos. **O mundo da saúde**, São Paulo, v. 29, n. 3, p. 305-324, jul./set. 2005.

REICH, W.T. (editor), **Encyclopedia of Bioethics**. vol. I, New York: Macmillan, 1978.

REICH, W.T. (editor), **Encyclopedia of Bioethics**. rev. ed., New York: Macmillan, 1995.

Roy, D. **La Biomédecine aujourd'hui et l'homme de demain**. Point de départ et direction de la bioéthique, 1979.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Horizonte: Del Rey, 2009.

O DIREITO DO TRABALHO EM FACE À FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS – AVANÇO OU RETROCESSO?

LABOR LAW AND FLEXIBILIZATION - ADVANCEMENT OR REGRESSION?

Amanda Helena Azeredo Bonaccorsi¹

Fernanda Diniz Caixeta²

Gracielle Auxiliadora dos Santos Colen³

Resumo: O presente trabalho teve como objetivo realizar o estudo sistematizado da flexibilização das normas trabalhistas, bem como apontar se sua concretização e ampliação no Brasil representariam um avanço ou um retrocesso. Foi analisada a evolução do direito do trabalho e seu panorama histórico, ainda, princípios basilares do Direito do Trabalho, a Constituição da República de 1988 e seus impasses diante do tema, a conjuntura social e econômica brasileira, além de terem sido tratados alguns conceitos indispensáveis para o estudo do tema. O trabalho resultou num estudo imparcial para analisar se a concretização da flexibilização representaria um avanço ou retrocesso, dentro do cenário jurídico brasileiro, o que tornou ainda mais complexo a demonstração do tema proposto. Ante o exposto no trabalho, conclui-se que a flexibilização, nos moldes também já experimentados em outros países, representa um retrocesso aos direitos trabalhistas essenciais duramente adquiridos pelo trabalhador ao longo da história. O que se verifica é que o Brasil precisa inovar.

Palavras-chaves: Trabalho. Capitalismo. Flexibilização. Desregulamentação. Sindicalismo. Direito do Trabalho.

Abstract: This work has the goal to make a systematic study about the labor rules flexibilization, and also to indicate if its enforcement and expansion in Brazil would be an improvement or a regression. The Labor Law evolution and its historic prospect have been analyzed here. Also, Labor Law fundamental principles, the social and economic Brazilian situation, plus, some essential concepts for the study were managed. It was

¹ Mestre e especialista em Direito do Trabalho. Professora de Direito Material e Processual do Trabalho da UNIPAC – Itabirito. Professora de Direito Civil III e VI da FPL. Professora de Direito Civil da PMMG.

² Especialista em Direito do Trabalho. Analista Judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 3 Região.

³ Graduada em Direito pela PUC/MINAS. Assessora parlamentar da Assembléia Legislativa de Minas Gerais

equally necessary a review of 1988 Federal Constitution and its embarrassment faced with the theme. The dissertation resulted in an impartial study in order to analyze if the enforcement's flexibilization would represent an improvement or a regression, which became within the Brazilian legal scenario even more complex the suggested theme demonstration. As exposed in this work, it concludes that the flexibilization, as already experienced in other countries, represents a regress for workers rights hardly acquired throughout the history. It is clear to verify that Brazil needs to innovate.

Key words: Work. Capitalism. Flexibilization. Deregulation. Syndicalism. Labor Law.

1 INTRODUÇÃO

É notória a atual divergência doutrinária que trata da flexibilização das normas trabalhistas, por muitos considerada um avanço e por outros um retrocesso.

A exposição do tema nos remonta a uma reflexão mais profunda, qual seja, a preocupação com o trabalhador. Cabe uma análise minuciosa se as consequências da flexibilização seriam benéficas ou não àquele.

O vínculo trabalhista, considerado por alguns excessivamente formalista, tem sido criticado e culpado pelo crescimento da falta de emprego. Sobre essa perspectiva, apresenta-se a flexibilização não só como uma solução, mas como uma necessidade. Porém, grande parte da doutrina considera que a flexibilização seria apenas um meio de beneficiar os donos dos meios de produção, e, nesta concepção, quem pagaria pela crise econômica seria o empregado.

A flexibilização não é apenas uma teoria existente nos manuais de Direito do Trabalho, existe em alguns países e já podemos encontrar aspectos até mesmo na nossa Constituição da República de 1988. É papel da doutrina dar toda atenção ao tema, devido a sua importância e principalmente devido às consequências que flexibilização causará ao trabalhador e portanto à toda sociedade.

Contudo, verificaremos no transcorrer do trabalho a que pé está esta discussão e quais os fundamentos jurídicos que a motivam, analisando o contexto histórico de lutas e desafios enfrentados pelo Direito do Trabalho, bem como o atual cenário de globalização, buscando observar se a flexibilização das normas trabalhistas representaria um avanço ou retrocesso.

Para tanto, exige-se apresentar a evolução do Direito do Trabalho, sua relação com a economia e seus princípios. Ao longo do trabalho cabe analisar a flexibilização como solução ao desemprego e o problema da informalidade das relações trabalhistas atuais. Somente a partir daí, pode-se analisar se a flexibilização apresenta-se como um avanço ou como um retrocesso.

2 ORIGEM E EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

2.1 Importância do trabalho desde a antiguidade

É errôneo o entendimento de que o trabalho só ganhou atenção intelectual durante a Revolução Industrial. Este já sofreu tentativa de explicação desde a mitologia grega, tamanha sua importância. Nessa fase o conhecimento era expresso através de mitos e lendas. O primeiro filósofo a tentar dar significado ao trabalho humano foi Hesíodo⁴. Segundo ele, Prometeu roubou o fogo do Olimpo e criou o homem. Os Deuses irritados decidiram se vingar enviando-lhe uma mulher cheia de virtudes e encantos, chamada Pandora. Porém, deram a ela uma caixa que nunca deveria ser aberta e contaram lá haver maravilhas. Curiosa, Pandora abriu a caixa e dela surgiram todos os dons da terra e também guerras, doenças, misérias e principalmente a morte. A partir daí o homem precisou trabalhar para garantir sua própria subsistência. Assim, o filósofo atribuiu à mulher a culpa da existência do trabalho. Para ele o homem ficou abandonado, entretanto, livre para fazer valer sua justiça e pensar por si mesmo.

Muito se discute se para Hesíodo o trabalho é uma forma de liberdade ou castigo para o homem. Segundo ele, o trabalho fazia o homem independente e o desejo à riqueza impulsionava ao trabalho. Também seria uma decadência experimentada pelo homem, pois com o surgimento da raça humana o trabalho se tornou necessário.

Quando os mitos deram lugar à Filosofia Pré-Socrática o trabalho voltou a sofrer indagações, dessa vez não quanto ao seu surgimento, e sim quanto à sua finalidade. Atenas tornou-se o centro da vida social e política da Grécia. Está é época em que se considera haver maior florescimento da democracia.

Platão, um dos principais filósofos gregos, considerava que o trabalho aprisionava o homem às coisas sensíveis, impedindo-o de alcançar o inteligível. O filósofo deveria dedicar-se exclusivamente ao ócio, pois este era essencial à sabedoria.

⁴Hesíodo foi um poeta da Grécia antiga, nascido no fim do século VIII a.c.

Defendia que somente o verdadeiro filósofo iria aos céus, desprezando todos os trabalhadores. (RUSSEL, 1969).

Aristóteles, como a maioria dos filósofos da época, comungava da mesma opinião de Platão em relação ao trabalho. Porém, inovou classificando as atividades humanas em categorias, sendo que somente o gosto cultivado era uma forma superior, reservada aos homens livres. Achava qualquer trabalho manual próprio dos escravos. (RUSSEL, 1969).

O trabalho só é visto como digno no Cristianismo, assim surge à ideia de dignidade humana e fraternidade, que se estende a todos os homens, portanto ao trabalhador. Agora, o ócio é que era visto negativamente. A igreja embora declarada escravagista teve papel fundamental na dignificação do trabalho. A escravidão passa por mudanças, principalmente por influência de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, ambos não condenavam a escravidão, mas consideravam necessário o tratamento digno para com os escravos.

Tamãha importância, o trabalho é discutido até mesmo na religião, na Bíblia já era considerado um castigo, pois Adão só teve que trabalhar porque Eva comeu a maçã. Seu significado no latim é *tripalium*, que era considerado um instrumento de tortura de três paus. (MARTINS, 2005, p.37)

No próximo tópico estudaremos o panorama histórico do surgimento do Direito do Trabalho e sua evolução. Perceberemos que assim com Hesíodo dedicou-se a questionar se o trabalho libertava ou aprisionava, hoje o que se questiona é se a relação formal de trabalho seria uma proteção, forma do trabalhador alcançar sua dignidade, ou uma limitação, impedindo o crescimento da economia, considerando a formalidade da relação de emprego empecilho à livre contratação. Com o Neoliberalismo muitos clamam pela flexibilização do Direito do Trabalho. Entretanto, a hipossuficiência atual do trabalhador é clara e nos padrões do atual sistema capitalista cabe analisar se é possível flexibilizar ou se podemos estar retroagindo no processo de reconhecimento da importância do trabalho digno no meio social.

2.2 Panorama histórico do surgimento do Direito do Trabalho

Na sociedade pré-industrial predominou a escravidão, que se caracterizava pela ausência de direitos. O Império Romano teve sua mão de obra de maioria escrava. Eles eram vistos como coisa, estavam dentro do direito de propriedade.

Já no Feudalismo surgiu a servidão. A economia era predominantemente agrária, aqui já se reconhecia a natureza de pessoa ao servo e não mais de coisa. O servo, apesar de sua situação precária, não era escravo. (BARROS, 2008, p.58).

Em troca de proteção e terra em que pudessem trabalhar os servos prestavam serviços ao senhor feudal, entretanto não eram livres e tinham que pagar pelo uso da terra. Os nobres não trabalhavam e o trabalho ainda era visto como sendo desprezível.

No século XI houve um movimento militar cristão que partiu da Europa para conquistar a terra santa, Jerusalém. Este movimento, chamado Cruzadas, quebrou o isolamento do sistema feudal, propiciando o aumento das relações comerciais. A Europa passou a viver várias transformações e dentre os séculos XI e XII surgiu uma nova classe social, a burguesia. Já no fim do século XV o feudalismo estava totalmente enfraquecido, dando lugar efetivamente à burguesia.

Com o desenvolvimento da burguesia, o comércio passou a ser feito em feiras, surgindo em meio ao século XII as corporações de ofício, que eram associações artesanais com o intuito de produção de mercadorias para o comércio. Caracterizavam-se pela hierarquia e a técnica era dominada pelo mestre. A relação se dava entre o mestre, os companheiros e os aprendizes. Os mestres eram os proprietários da oficina, os companheiros eram os trabalhadores e recebiam salário e os aprendizes aprendiam a profissão. O trabalhador podia se desvincular do mestre quando quisesse, entretanto havia uma forte hierarquia.

A crise do sistema artesanal se intensificou com o surgimento da Revolução industrial, criando-se a ideia de individualismo que representou um marco histórico no mundo e nas relações de trabalho. Neste sentido estabelece Maurício Godinho Delgado:

O elemento nuclear da relação empregatícia (trabalho subordinado) somente surgiria, entretanto, séculos após a crescente destruição das relações servis. De fato, apenas já no período da Revolução Industrial é que esse trabalhador seria reconectado, de modo permanente, ao sistema produtivo, através de uma relação de produção inovadora, hábil a combinar liberdade (ou melhor, separação em face dos meios de produção e seu titular) e subordinação. Trabalhador separado dos meios de produção (portanto juridicamente livre), mas subordinado no âmbito da relação empregatícia ao proprietário (ou possuidor, a qualquer título) desses mesmos meios produtivos – eis a nova equação jurídica do sistema produtivo dos últimos dois séculos. (DELGADO, 2008, p. 85)

2.2.1 Marco histórico – Revolução Francesa

No Liberalismo predominava o capital, o Estado não intervinha diretamente nas relações trabalhistas. Havia uma grande preocupação com a defesa da propriedade privada. As regras eram ditadas de acordo com o interesse dos donos dos meios de produção, eram eles que decidiam quanto e como as pessoas iriam trabalhar. Com a busca descabida pelo lucro e vantagem os trabalhadores foram extremamente explorados, gerando um sentimento geral de revolta e ruptura com aquele sistema. Assim entende Karl Marx:

O processo de trabalho, quando ocorre como processo de consumo de força de trabalho pelo capitalista, apresenta dois fenômenos característicos. O trabalhador trabalha sob o controle do capitalista, a quem pertence seu trabalho. O capitalista cuida em que o trabalho se realize de maneira apropriada e em que se apliquem adequadamente os meios de produção, não se desperdiçando matéria-prima e poupando-se o instrumental de trabalho, de modo que só se gaste deles o que for imprescindível à execução do trabalho. Além disso, o produto é propriedade do capitalista, não do produtor imediato o trabalhador. (MARX, 1988, p. 204)

Entretanto, foi com a Revolução Industrial que se iniciou a transformação do trabalho em emprego, daí veio a ideia de trabalho que temos hoje. Com as reivindicações dos trabalhadores e a pressão socialista, se deram vários movimentos, sendo o mais conhecido o Cartismo, que tinha como intuito a criação de leis que protegessem o trabalhador. O manifesto comunista de Karl Marx e Frederich Engels se tornou um símbolo da luta dos trabalhadores. (GONÇALVES, 2007, p.31).

A Revolução Industrial trouxe mudanças nas relações de trabalho. Com o surgimento de novas ideologias o Estado passou de Liberal para Social, com a Revolução Industrial os trabalhadores passaram a trabalhar em troca de salários, há uma maior necessidade de intervenção do Estado nas relações laborais. Começa a haver uma proteção do Estado ao hipossuficiente, o trabalhador. Porém foi com o fim da 1ª Guerra Mundial que surgiram normas de proteção em várias constituições pelo mundo. (MARTINS, 2005, p 42).

Assim, após passar por vários contextos e históricos, o trabalho se tornou livre e remunerado. O trabalhador sofreu explorações desmedidas, o que fomentou um sentimento de revolta. As revoltas durante a Revolução Industrial foram um marco, nascia ali à ideologia do que um dia seria o Direito do Trabalho.

O trabalho no capitalismo passou a ser visto como necessário para o crescimento econômico, e mais, ele inseria o trabalhador no mercado, aumentando a acumulação de riquezas.

A tutela jurídica surge sempre que há um bem jurídico a ser protegido, a criação do Direito do Trabalho foi resultado de um processo de reconhecimento do trabalho como meio de alcançar a dignidade humana, reconhecendo sua função social.

2.2.2 Surgimento do Direito do Trabalho no Brasil

O Direito do trabalho não nasce de um dia para o outro, nem é importado de outros Estados como se faz com as mercadorias, necessário se faz analisar os contextos históricos e sociais que o moldam em cada sociedade.

A Constituição promulgada em 1824, não demonstrava efetiva preocupação com questões sociais. Trazia em seu escopo apenas a abolição às corporações de ofício no Brasil. (GONÇALVES, 2007, p. 141).

Em 1871 a Lei do Ventre Livre estabeleceu que os filhos de escravos nasciam livres, o que representou um grande passo para a busca da liberdade e o fim da escravidão, que representaria um marco na história do Direito do Trabalho no Brasil. Assim se posiciona Maurício Godinho Delgado:

Em um país de formação colonial, de economia essencialmente agrícola, com um sistema econômico construído em torno da relação escravista de trabalho – como o Brasil até fins do século XIX, não cabe se pesquisar a existência desse novo ramo jurídico enquanto não consolidadas as premissas mínimas para a afirmação socioeconômicas da categoria básica do ramo jus trabalhista, a relação de emprego. Se a existência do trabalho livre (juridicamente livre) é pressuposto histórico-material para o surgimento do trabalho livre (juridicamente livre) é pressuposto histórico-material para o surgimento do trabalho subordinado (e, conseqüentemente, da relação empregatícia), não há que se falar em ramo jurídico normatizador da relação de emprego sem que o próprio pressuposto dessa relação seja estruturalmente permitido na sociedade enfocada. Desse modo, apenas a contar da extinção da escravatura (1888) é que se pode iniciar uma pesquisa consistente sobre a formação e consolidação histórica do Direito do Trabalho no Brasil. (DELGADO, 2008, p. 105).

A partir de 1891 já existiam leis ordinárias que regulamentavam trabalho de menores e outros temas. Com o fim da Primeira Guerra Mundial e por influência européia havia no mundo uma corrente de pensamentos em prol dos direitos

trabalhistas. Porém, foi a Constituição de 1934 a primeira a tratar do Direito do Trabalho especificamente no Brasil. O que não quer dizer que inexistia qualquer forma de relação de emprego no país, como observa Maurício Godinho Delgado:

Ressalte-se que não se trata de sustentar que inexistisse no país, antes de 1988, qualquer experiência de relação de emprego, qualquer experiência de indústria ou qualquer traço de regras jurídicas que pudessem ter vínculo, ainda que tênue, com a matéria que, futuramente seria objeto do Direito do Trabalho. Trata-se, apenas, de reconhecer que, nesse período anterior, marcado estruturalmente por uma economia do tipo rural e por relação de produção escravista, não restava espaço significativo para o florescimento das condições viabilizadoras do ramo jus trabalhista. (DELGADO, 2008, p. 106).

Outro grande marco na trajetória do surgimento do Direito do Trabalho no Brasil foi o Golpe de Getúlio Vargas, pois foi nesta fase que surgiu a Constituição de 1937 que tinha um caráter extremamente corporativista. Coloca em seu art. 136 o trabalho como um dever social, sendo um bem que o Estado deve proteger. (BARROS, 2008, p.72).

Logo após o surgimento da justiça do trabalho, em 1939 foi criada a CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas) através do Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943 que representou uma grande evolução ao Direito do Trabalho no Brasil. Assim, houve a união dos direitos trabalhistas em um único diploma. O texto foi sancionado pelo então presidente Getúlio Vargas e vigora até os dias atuais.

Já nas Constituições de 1946 e 1967 novos princípios são assegurados, preservando as diretrizes democráticas previstas na Constituição de 1937 e inovando ao criar novas normas protetoras.

A Constituição da República de 1988 inicia efetivamente o período democrático no Brasil. Como o fim do regime militar em 1985 havia um grande clamor pela mudança e pela efetiva proteção ao direito do trabalhador. Ocorreram várias mudanças, como destaca Antônio Fabrício de Matos Gonçalves:

Das mudanças ocorridas na Carta Maior podemos destacar: ela igualou o empregado urbano e rural; regulamentou a questão do avulso e da empregada doméstica; estendeu a estabilidade da gestante; passou o aviso prévio para trinta dias; criou a multa fundiária e extinguiu a velha indenização

complementar. Regulamentou ainda o direito de greve e as questões sindicais. (GONÇALVES, 2007, p. 152)

E acrescenta, dando o panorama política da época:

O projeto neoliberal instala-se no Brasil no ano de 1990, com a ascensão do presidente Fernando Collor de Mello, que começou a tentar flexibilizar a legislação. Em 1995, inicia-se o governo do sociólogo Fernando Henrique Cardoso, que consolida as reformas iniciadas pelo presidente Collor. (GONÇALVES, 2007, p. 153)

O Brasil é jovem em seu processo de evolução do Direito do trabalho. Em 1917 surge a Constituição do México, que foi a primeira a estabelecer normas trabalhistas e em 1919 o Tratado de Versalhes prevê a criação da Organização Internacional do Trabalho, enquanto isso somente na Constituição de 1937 se identifica caráter corporativista no Brasil. Enquanto em vários países o Direito do Trabalho surgiu como fruto de reivindicações das classes trabalhistas, aqui ele foi imposto pelo governo.

Sabemos que o Direito do Trabalho não nasceu pronto, está em constante construção. O Brasil passou por várias fases e continua em busca de seu equilíbrio, buscando dar ao trabalhador condições dignas e que ao mesmo tempo incentivem o crescimento social e econômico do país.

3 PRINCÍPIOS BASILARES AO DIREITO DO TRABALHO

3.1 Conceito

O termo princípio tende a levar a uma ideia de início, fonte ou origem. Em termos jurídicos vão muito além, uma vez que são proposições gerais, direcionando e induzindo a formação e interpretação de normas jurídicas. Estão inseridos no ordenamento jurídico e estão ligados à ideia de ideal. (DELGADO, 2010, p. 14).

Os princípios têm suma importância tanto na fase de criação quanto na fase de elaboração da norma trabalhista, são eles que dão coerência ao sistema jurídico. Apresentam-se não só como norteadores, mas também como fonte supletiva do direito.

3.2 Principais princípios Constitucionais do trabalho

3.2.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é sem dúvida um dos mais importantes princípios elencados pela Constituição da República de 1988. A primeira constituição a mencioná-lo no Brasil foi a de 1946. Eleva o ser humano no mais alto nível de importância dentro da sociedade, elencando uma teia de proteção à sua dignidade.

Em regra, é do trabalho que o homem tira seu sustento. Assim, dentre outros fatores, o trabalho dá condições de vida digna ao indivíduo, desta forma percebemos a importância deste princípio para o Direito do Trabalho e do trabalho para exercício desta garantia constitucional. O Direito do Trabalho busca reconhecimento da condição humana no mercado de trabalho. A só pode ser exercida em um sistema que prioriza a dignidade humana do trabalhador. Neste sentido coloca-se o professor Maurício Godinho Delgado:

Tudo isso significa que a ideia de dignidade não se reduz, hoje, a uma dimensão estritamente particular, atada a valores imanentes à personalidade e que não se projetam socialmente. Ao contrário, o que se concebe inerente à dignidade da pessoa humana é também, ao lado dessa dimensão estritamente privada de valores, a afirmação social do ser humano.. (DELGADO, 2010, p. 40).

A dignidade da pessoa humana como regra constitucional é recente, tem sido objeto das constituições modernas, sendo reconhecida como imprescindível para o desenvolvimento social. Sabemos que a dignidade humana não é alcançada apenas pelo reconhecimento, prescinde de atitudes e valorização e é inegável o papel do trabalho nesta conquista. Trata-se de um princípio que se sobrepõe a todo o ordenamento jurídico, como observamos:

Importa considerar, neste contexto, que, na condição de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem constitucional, razão pela qual se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica-valorativa. (SARLET, 2007, p. 119).

A dignidade da pessoa humana tem status de princípio, fundamento e objetivo do Estado brasileiro. Trata-se de um valor supremo, que norteia e condiciona todo o ordenamento jurídico pátrio, desde sua elaboração até sua interpretação e aplicação.

Uma vez sendo garantido constitucionalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, não há como prevalecer um sistema trabalhista desregulamentado. E caso se efetive um sistema flexibilizado, ele não poderá transpor tal garantia, será sempre limitado por este princípio.

3.2.3 Princípio da valorização do trabalho

No atual cenário mundial, onde prevalece o capitalismo, o trabalho valorizado é aquele juridicamente protegido, ou seja, o emprego. Não é surpresa que até mesmo no sistema capitalista se busque a valorização do trabalho, pois sem ele não haveria mercado consumidor. O trabalho é garantia de sobrevivência, é ele que insere o trabalhador no mercado e no meio social. Deste modo, o objetivo deste princípio é valorizar o trabalho regulado. (DELGADO, 2010, p. 34).

Valorizar o trabalho não é só garantir que não prevaleça sua ausência, é, principalmente dar condições para que o trabalho seja formalizado, que cumpra as formalidades legais, sendo estabelecido com emprego. Somente desta forma o trabalhador é valorizado, ganha segurança jurídica e pode contribuir para o desenvolvimento social.

3.4 Principais princípios específicos do Direito do Trabalho

3.4.1 Princípio da proteção

O Direito do Trabalho é resultado de um processo histórico em que a desigualdade existente entre o 'patrão' e o trabalhador gerava exploração desmedida. Esta desigualdade ainda existe, e seria ilusão acreditar que com a regulamentação existente ela estaria sanada. Assim se fundamenta o princípio da proteção, veio como o intuito de proteger o trabalhador, que dentre as partes do contrato de trabalho se apresenta como hipossuficiente. (RODRIGUEZ, 2000, p.85).

A relação empregatícia é naturalmente conflituosa, há um notório desequilíbrio. Isto ocorre porque o trabalhador é o hipossuficiente da relação, ele depende do labor para sobreviver e o mercado conta com uma reserva de trabalhadores para substituí-lo caso haja necessidade. Assim, submete-se à necessidade do empregador, para isso existe a lei, para regular tal situação evitando a exploração descabida.

Neste sentido, o princípio da proteção se estabelece por meio de uma teia protetora, visando à redução da desigualdade existente entre empregado e empregador.

3.4.2 Princípio da norma mais favorável

De acordo com o princípio da norma mais favorável, deve o operador do Direito do Trabalho fazer prevalecer a norma mais favorável ao trabalhador em três dimensões, quais sejam: quando a norma é elaborada, na interpretação e quando houver conflito entre normas estabelecendo uma hierarquia. (DELGADO, 2010, p 76).

Nota-se o caráter peculiar do Direito do Trabalho, pois quebra-se com este princípio a ordem lógica hierárquica existente no direito em geral. O topo da pirâmide será a norma mais favorável ao trabalhador. Entretanto, este princípio sofre limitação, uma delas é a que deve observar a situação da coletividade de trabalhadores interessados e não de um trabalhador isolado. (RODRIGUEZ, 2000, p.124-127).

3.4.3 Princípio da Imperatividade das normas trabalhistas

No Direito do Trabalho não prevalece a autonomia da vontade, como ocorre em regra no Direito Civil, prevalece a imperatividade das normas trabalhistas. Isso ocorre porque o trabalhador é hipossuficiente na relação empregatícia, e, ressalvadas as parcelas de indisponibilidade relativa, não tem condições de negociar os direitos trabalhistas de forma direta com seu empregador. Assim, em regra, as normas trabalhistas são inafastáveis.

Assim, prevalece à impossibilidade do empregado abdicar voluntariamente de vantagens concedidas pelo direito trabalhista, o que ocorre para sua própria proteção. O que não significa uma exclusão completa da autonomia da vontade privada, apenas lhe impõe limite. (ROCHA, 2005, p. 29).

3.4.4 Princípio da inalterabilidade contratual lesiva

O princípio da inalterabilidade contratual lesiva adveio do Código Civil, contudo sofreu alterações ao se incorporar no Direito do Trabalho. No Direito Civil as o contrato deveria ser cumprido e não poderia ser alterado sem a anuência da outra parte. No

Direito do Trabalho admite-se a possibilidade do contrato ser alterado para beneficiar o trabalhador, ficando ressalvada a hipótese de prejudicá-lo. Assim o risco do empreendimento é do empregador, e não do empregado. Neste sentido preceitua o artigo 468 da CLT:

Art. 468 – Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia. (BRASIL, 2009).

Contudo, questões polêmicas se estabelecem, visto que até mesmo a Constituição da República de 1988 prevê a possibilidade de redução do salário em convenção ou acordo coletivo. Ressalva-se que tal dispositiva não dá direito as partes para reduzirem o salário, tal medida deve ser feita em negociação pelo sindicato.

4 CAPITALISMO E GLOBALIZAÇÃO

4.1 Conceito

4.1.1 Capitalismo

Entende-se o capitalismo como sendo um sistema econômico, onde oferta, preço e demanda são a base para que se alcance do lucro, os meios de produção são privados e a distribuição de renda é feita em sua maioria pelas empresas, através do salário de seus funcionários. Assim, não é difícil perceber que o capitalismo vai para além do setor econômico, influenciando em toda a sociedade.

Em um panorama mundial várias teorias tentam definir o que é o capitalismo, entretanto se destacam dentre elas a de Max Weber e Karl Marx, como explica Afrânio Mendes Catani:

A primeira corrente busca explicar o capitalismo através de fatores externos à economia. Para M. Weber, o capitalismo se constitui a partir da herança de um modo de pensar as relações sociais (as econômicas aí compreendidas) legada pelo movimento da Reforma na Europa: do protestantismo de Lutero e mais ainda do calvinismo. A ideia principal neste modo de pensar refere-se à extrema valorização do trabalho, de prática de uma profissão (vocação) na busca da salvação individual. A criação de riquezas pelo trabalho e poupança seria um sinal de que o indivíduo pertenceria ao grupo dos “predestinados”. (CATANI, 1995, p.7).

Já quanto à segunda corrente, de acordo com os fundamentos de Karl Marx continua:

A segunda corrente, partindo de uma perspectiva histórica, define capitalismo como sendo um determinado modo de produção de mercadorias, gerando historicamente desde o início da Idade Moderna e que encontrou sua plenitude no intenso processo de desenvolvimento industrial inglês, ao qual se chamou Revolução Industrial. Por modo de produção entende-se tanto o modo pelo qual os meios necessários à produção são apropriados, quanto as relações que se estabelecem entre os homens a partir de suas vinculações ao processo de produção. Por esta perspectiva, capitalismo significa não apenas um sistema de produção de mercadorias, como também um determinado sistema no qual a força de trabalho se transforma em mercadoria e se coloca no mercado como qualquer objeto de troca. (CATANI, 1995, p.8).

Em uma percepção moderna o Capitalismo é visto como um sistema econômico, ligado à acumulação de capital. Passando por três fases, a primeira chamada fase comercial ou pré-capitalista, depois capitalismo industrial e no século XX veio a fase do capitalismo financeiro movida pelos efeitos da globalização.

4.1.2 Globalização

Com a expansão dos meios de transporte e comunicação dos países do mundo no final do século XX, a globalização se caracteriza como um dos processos de integração econômica, social, cultural e política. Trata-se de uma forma que permite ao capitalismo maiores mercados para os países centrais. O professor Maurício Godinho Delgado conceitua:

Globalização ou globalismo corresponde à fase do sistema capitalista, despontada no último quartel do século XX, que se caracteriza por uma vinculação especialmente estreita entre os diversos subsistemas nacionais, regionais ou comunitários, de modo a criar como parâmetro relevante para o mercado a noção de globo terrestre e não mais, exclusivamente, nação ou região. A globalização traduz-se não somente como fase do capitalismo, mas, também, como processo, à medida que tende a afetar, hoje, de maneira direta ou indireta, as realidades econômicas (e, ainda, sociais, políticas e culturais) nos diversos segmentos da terra. Fase e processo que demarcam significativamente o presente período vivido pelo sistema econômico-social gestado nos séculos XVII e XVIII na Europa ocidental, atingindo, de um modo ou de outro, as diversas sociedades e economias nacional ou regionalmente estruturadas ao longo do mundo. (DELGADO, 2007, p.12).

É aparente o reflexo da globalização no âmbito do trabalho. Cada vez mais as legislações de outros países são comparadas as internas, modelos estrangeiros são sugeridos como forma de resolver problemas internos, o mundo converge entre si, e foi com essa convergência que veio a ideia de flexibilização.

4.2 O trabalho e a acumulação de capital

Não é novidade que o trabalho movimenta o capitalismo, é através dele que se dá a produção de mercadorias, e é com o salário destes mesmos trabalhadores que elas são consumidas.

O preço de uma mercadoria, dentre outros fatores, é estipulado de acordo com a quantidade de trabalho nela empregado. Assim, no capitalismo o trabalho passa também a ser uma mercadoria. O trabalhador não tem escolha, vende sua força de trabalho em troca de sua sobrevivência. (MARX, 1988).

A existência satisfatória do proletariado é uma busca utópica dentro da sociedade capitalista, pois há uma concentração dos meios de produção nas mãos de uma minoria. Assim, a relação entre trabalhador e empregador, tende naturalmente a ser conflituosa. De um lado temos a busca pelo lucro e de outro o desejo melhorias de condições de trabalho e melhorias salariais.

Na Revolução Industrial, prevalecia a acumulação diante de qualquer direito do trabalhador, o que importava era o lucro. Hoje, a busca pelo lucro e pela acumulação de riquezas continua sendo o principal objetivo do mercado, contudo não pode se sobrepor aos direitos e garantias trabalhistas. Neste sentido se coloca Maurício Godinho Delgado:

É chegado o momento de conferir-se ao Direito do Trabalho, no Brasil, seu papel fundamental, histórico, seu papel promocional da cidadania. Afinal, este ramo jurídico é um dos principais instrumentos de exercício das denominadas ações afirmativas de combate à exclusão social, com a virtude de também incentivar o próprio crescimento da economia do País. (DELGADO, 2007, p. 143).

4.2.1 Encargos sociais como entrave ao crescimento econômico

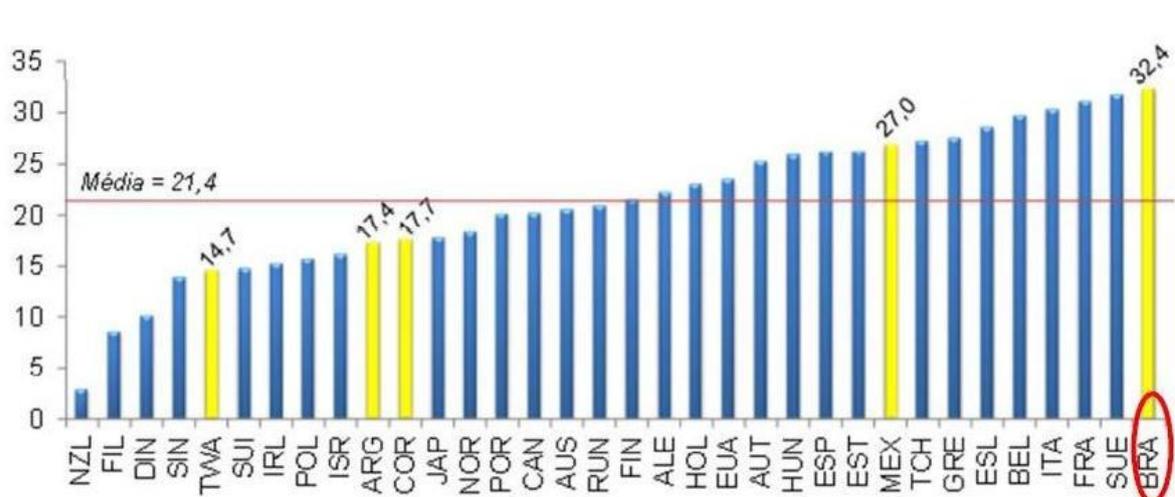
É claro o estreito vínculo entre salários, empregos e economia. Observa-se que o mercado e as políticas econômicas impostas pelo governo influenciam diretamente na

vida da sociedade. Muitos economistas afirmam que uma política que permita às empresas obter maior lucro cria maiores condições para aumento de vagas e logo redução do desemprego. (NASCIMENTO, 2006, p. 181).

A teia de proteção que o Estado dá aos trabalhadores tem sido demasiadamente criticada e vista por muitos como entrave ao crescimento econômico. Assim, estaria onerando excessivamente o custo da classe empresarial ao contratar um empregado. O que resultaria no crescimento da informalidade e do desemprego.

Encargos trabalhistas ou sociais acabam por onerar o custo total do trabalho, e, conseqüentemente, os custos de produção de bens e serviços. Segundo relatório da FIESP o Brasil tem ocupado o topo dentre os países pesquisados, conforme se observa no gráfico abaixo:

Gráfico 1 – Encargos trabalhistas (% custo da mão de obra industrial) – 2011



Fonte: BLS. Elaboração: DECOMTEC/FIESP, 2011

É inegável o importante papel da empresa na sociedade, ela conduz o país ao crescimento, gera empregos e acaba por promover a dignidade humana. Sua principal finalidade é a obtenção do lucro, apresentando-se os encargos trabalhistas como um entrave a obtenção do mesmo. Contudo, aqueles que defendem a flexibilização das normas trabalhistas afirmam que não se trata apenas de lucro, mas sim de dar maiores possibilidades de crescimento e conseqüentemente criação de postos de trabalho.

Para Jean Michel Servais, não é mais possível negar a necessidade de adaptação do Direito do Trabalho diante da atual conjuntura mundial:

[...] no atual debate sobre o futuro do trabalho torna-se cada vez mais claro que as políticas sociais e as instituições que são seus instrumentos devem adaptar-se a mercados mais abertos, mais competitivos, a uma organização da produção e dos serviços cada vez mais complexos, mais segmentados e remodelados pelas novas técnicas. Quem, por exemplo, pode colocar em dúvida a necessidade de ajustar as regras de direito (do trabalho) às novas formas de fabricação e de transformação dos bens materiais e de prestação de bens imateriais à nova economia, compreendida em um sentido amplo? A questão não é de saber se, mas como. (SERVAIS apud NASCIMENTO, p. 181, 2006.

A globalização econômica aumentou a competição entre as empresas, há uma busca pela redução de custos. Não podemos negar que a CLT é de 1946 e que nesta época existia outro cenário interno e mundial. Clamam pela flexibilização como um dos meios de resolver problemas e trazer avanços. Hoje, muitos consideram os encargos trabalhistas entrave ao crescimento, enquanto outros o enxergam como meio de proteção ao trabalhador.

Neste entrave entre economia e encargos trabalhistas encontra-se o pensamento liberal renovado, estabelecendo o primado do mercado econômico, querendo se sobrepor à proteção estatal. Assim, se criaria condições favoráveis ao investimento privado, trazendo mais empregos e desenvolvimento, para isso alegam ser necessária a redução dos encargos trabalhistas. A noção central do trabalho e do emprego dificulta e inviabiliza o reinado do mercado econômico. O que se observa é que a hegemonia capitalista que fomenta a desconstrução do primado do trabalho e do emprego na era contemporânea. Entretanto, é importante reconhecer que mais importante do que o trabalho, é ele em sua modalidade regulamentada, ou seja, o emprego. (DELGADO, 2006, p. 21 e 28).

4.2.2 Novas formas de imperialismo

O processo de globalização trouxe a expansão de mercados e junto novas formas de imperialismo. Nele, o que predomina não é a expansão de território, e sim a de mercado. Para alcançar este objetivo a globalização serve de meio para aproximar culturas, influenciar ideias e criar novas. No mundo em maioria capitalista, um Estado tenta se sobrepor ao outro, buscando maximizar suas riquezas.

Existe uma tendência ao Estado menos centralizador, o Direito do Trabalho se vê obrigado a se adaptar na nova ordem mundial. Com as novas formas de

imperialismo o mercado está aberto, empresas multinacionais pressionam por menores encargos trabalhistas, é o mercado do “quem dá menos”.

Na atualidade quem dita às regras não são mais os monarcas, e sim o mercado. Está posto o novo imperialismo, com ele surgem novas correntes de pensamento, dentre elas o direito do trabalho mínimo, flexibilização e desregulamentação das normas trabalhistas, dentre outras. A ordem está dada, cabe a cada nação resistir ou adequá-la ao seu direito interno.

5 FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS

5.1 Conceito

Definir flexibilização é tarefa complexa e complicada, já que o termo é usado em diversos sentidos. Ao extremo há os que defendam “flexibilização” ser sinônimo de “desregulamentação”, o que representaria o fim da norma protetora, o sistema ficaria a cargo de estabelecer as condições do contrato trabalhista. Outros defendem que é preciso garantir o mínimo de direitos trabalhistas, porém dar maiores possibilidades de negociação entre as partes envolvidas no pacto *jus laboral*. Assim, em termos gerais, flexibilizar seria dar maior maleabilidade aos limites que regem a relação trabalhista.

Oscar Ermida Uriarte conceitual flexibilização:

Em termos gerais e no âmbito do Direito do Trabalho, a flexibilidade pode ser definida como eliminação, diminuição, afrouxamento ou adaptação da proteção trabalhista clássica, com a finalidade – real ou pretensa – de aumentar o investimento, o emprego ou competitividade da empresa. (URIARTE, 2002, p.9).

Com já foi dito, conceituar flexibilização é tarefa complicada e delicada, principalmente porque dentro do tema existem três principais correntes doutrinárias, e, em cada uma delas podemos encontrar uma acepção de flexibilização.

A primeira corrente é conhecida como flexibilista, nela identifica-se que o Direito do Trabalho passa por fases, sendo que no primeiro momento busca-se direitos trabalhistas, depois existe o momento de se exaltar e promover o direito do trabalho e na terceira fase prioriza-se uma adaptação aos fatos, o que é feito por meio de norma coletiva. Assim, flexibilizar neste sentido seria adaptar as normas trabalhistas de acordo com a fase econômica. (ROCHA, 2005, p. 65).

Na corrente antiflexibilista a flexibilização seria um retrocesso na conquista dos direitos trabalhistas, haveria uma piora da hipossuficiência do trabalhador. Assim, em termos gerais, para esta corrente a flexibilização se apresenta como uma forma de prejudicar o trabalhador em prol da busca pelo aumento de capital. (ROCHA, 2005, p. 66).

Já para a corrente semiflexibilista deve haver autonomia coletiva. Portanto, flexibilizar seria adotar uma norma legal estabelecendo regras básicas e o restante seria definido por acordos ou convenções coletivas. (ROCHA, 2005, p. 67).

5.1.1 Flexibilização x desregulamentação

Flexibilização e desregulamentação por muitas vezes tem sido usadas erroneamente como sinônimos, entretanto cada instituto traz suas peculiaridades.

Na desregulamentação há uma supressão na participação do Estado nos direitos trabalhistas, a negociação seria individual ou coletiva, trata-se de um meio radical. Já na flexibilização há uma diminuição da intervenção do Estado, porém ela continua existindo para garantir os direitos básicos e a dignidade do trabalhador. Seria possível negociar direitos trabalhistas com concessões bilaterais.

Para o professor Amauri Mascaro Nascimento, desregulamentação se refere ao direito coletivo do trabalho, não se aplicando ao direito individual do trabalho. Já flexibilização está ligada ao direito individual. (NASCIMENTO, 2006, p.159).

Diferencia os dois institutos, Sérgio Pinto Martins:

Desregulamentar significa desprover de normas heterônomas as relações de trabalho. Na desregulamentação o Estado deixa de intervir na área trabalhista, não havendo limites na lei para questões trabalhistas, que ficam a cargo da negociação individual ou coletiva. Na desregulamentação a lei simplesmente deixa de existir. Na flexibilização, são alteradas as regras existentes, diminuindo a intervenção do Estado, porém garantindo um mínimo indispensável de proteção ao empregado, para que este possa sobreviver, sendo a proteção mínima necessária. A flexibilização é feita com a participação do sindicato. Em certos casos, porém, é permitida a negociação coletiva para modificar alguns direitos, como reduzir salários, reduzir e compensar jornada de trabalho, como ocorre nas crises econômicas. (MARTINS, 2004, p. 26-27).

Feita a distinção entre os dois institutos, faz-se importante ressaltar que o intuito deste trabalho é analisar se uma possível efetivação da flexibilização das normas trabalhistas traria um avanço ou um retrocesso ao Direito do Trabalho brasileiro. Por óbvio que uma desregulamentação das relações trabalhistas representaria um total retrocesso nas conquistas dos trabalhadores dentro das relações de trabalho, se apresentando como meio radical que penalizaria apenas o empregado.

Afinal, a desregulamentação apresenta-se como um desprestígio ao Direito do Trabalho, a qual segue apenas a tendência capitalista de acumulação de riquezas. Assim, reduzir-se-ia ao mínimo o valor da força de trabalho, e, na verdade, o que se deve buscar é uma renovação do Direito do Trabalho para readequá-lo à atual conjuntura social, não seu afastamento. (DELGADO, 2006, p.136).

5.2 Flexibilização como solução ao desemprego

Um dos principais argumentos dos defensores da flexibilização é que ela poderia minimizar ou até solucionar o desemprego. Com a flexibilização haveria uma redução do custo do trabalho, necessariamente um aumento do lucro, assim aumentariam os postos de trabalho devido a uma elevação da produção.

Desemprego leva necessariamente à ideia de falta de trabalho, ligada à população ativa que está a procura de emprego sem sucesso. O desemprego foi classificado em quatro formas, quais sejam: cíclico, estacional, friccional e estrutural.

Por desemprego estacional entende-se um determinado momento econômico, chamado de recessão, no qual verifica-se um aumento do desemprego, é aquele em que há um desequilíbrio passageiro entre oferta e demanda.

O desemprego para Marx, seria uma consequência do processo de acumulação de capital, e os desempregados exerceriam papel de reguladores das taxas de salário, e ainda, das taxas de lucro dos capitalistas. (MARX, 1988).

Na modalidade friccional estabelece-se o desemprego como sendo a falta de acordo entre o empregador e o sindicato patronal.

A forma mais discutida e grave de desemprego é a estrutural, ocorre devido à mudanças nas formas de tecnologia de produção, há um aumento da mecanização ou automação. Ou ainda, pode ocorrer mudanças nos padrões de demanda dos consumidores fazendo surgir novas necessidades, e portanto novas profissões. Assim,

uma minoria especializada fica beneficiada, enquanto uma maioria ficaria desempregada. (SANDRONI, 1999, p.168).

O sistema capitalista se apresenta como um dos fatores que deram ensejo à crise estrutural, assim se coloca o professor Maurício Godinho Delgado:

A conjuntura do sistema econômico, social e político capitalista, ao longo do último quartel do século XX, propiciou a realização de importantes acontecimentos e tendências de notável impacto no mundo do trabalho. A concentração de tais tendências e acontecimentos em curto período histórico fez brotar diagnóstico bastante generalizado a respeito da presença de irremediável crise estrutural no tocante ao trabalho e ao emprego na atualidade do capitalismo. (DELGADO, 2006, p.34)

É notório que o mundo mudou, e que a ordem econômica hoje é outra. O Direito do Trabalho vem sendo pressionado a se adaptar devido à nova realidade e a trazer soluções para o desemprego. Para Arion Sayão Romita:

Diante desses problemas inseridos no seio do mercado de trabalho pela ação traumática das inovações tecnológicas, a solução que com mais frequência se tem proposto é a desregulamentação das condições de trabalho. Não há dúvida de que o progresso tecnológico deve provocar algumas reformas seletivas das práticas de trabalho, mas não se pode aceitar como válida a tese de que a regulação possa construir fonte irrecusável de rigidez e que a desregulação seja a melhor solução, máxime naquelas hipóteses em que ela própria, a regulação contribua para o aumento da produtividade e proteja os trabalhadores. No particular, a contratação coletiva, mercê a participação negocial dos sindicatos representativos, pode desempenhar um papel relevante (regulação negociada). (ROMITA, 1997)

A classe empregadora afirma que os custos do trabalho, é elevado devido aos encargos sociais e que isto representa um entrave à maior oferta de empregos. Prejudicando o crescimento da economia e fomentando a mão de obra informal. Foi com o advento do crescente desemprego que surgiu na Europa ideias de flexibilização e rejeição à rigidez das normas trabalhistas.

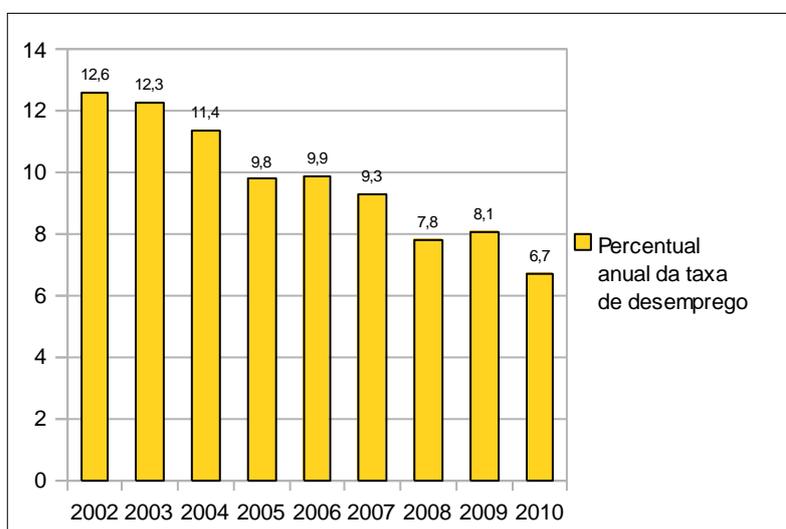
Para estudiosos com José Pastore a flexibilização se apresenta como solução para os conflitos econômicos ligados ao trabalho da modernidade:

A flexibilização do nosso quadro legal é urgente e necessária. A CLT foi formulada para um economia fechada e sem concorrência. A realidade atual é o inverso disso. A flexibilidade para contratar, descontratar e remunerar a mão-de-obra é tão essencial quanto o crescimento e a boa qualidade do trabalho. A CLT está doente. Ela sofre de fadiga institucional. Afinal, trabalhou por mais de 50 anos e faz jus a uma digna aposentadoria. (PASTORE, 1998, p.253).

Segundo o Dieese (Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos) em 2010 foram gerados 765 mil ocupações, entretanto ingressaram no mercado de trabalho apenas 347 mil pessoas, o que levou à saída de 418 mil pessoas da condição de desempregado.

A flexibilização tem sido apresentada como principal meio de combate ao desemprego, entretanto as taxas no Brasil vem caindo a anos, mesmo com um sistema rígido de normatização trabalhistas. Podemos identificar queda nos níveis de desemprego desde 2002, de acordo com pesquisas do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística):

Gráfico 2 – Gráfico da Taxa de Desemprego Anual – 2002-2010



Fonte: Elaborada pela autora com base em dados do IBGE

O controle da inflação e políticas públicas de incentivo à renda e desenvolvimento econômico realizadas nos últimos anos, tem se mostrado eficientes na redução do desemprego, pois é notória sua diminuição.

Assim não há como negar o papel das políticas econômicas e sociais no combate ao desemprego, não sendo a flexibilização única forma de redução da falta de postos de trabalho no Brasil.

5.2.1 A flexibilização de normas trabalhistas no Direito Comparado

O Direito não é isolado, o ordenamento jurídico brasileiro tem constantes relações com ordenamentos estrangeiros e acaba por sofrer influências, seja por

inspiração ou de forma direta, como o que acontece na produção normativa da OIT (Organização Internacional do Trabalho). Não há dúvida de que a ideia de flexibilização é importada da Europa, o que não significa dizer que seu estudo não é legítimo no Brasil, pois percebemos sua necessidade devido ao contexto social e econômico presente.

Em 1973 o Chile em seu Código do Trabalho, flexibilizou os direitos trabalhistas ao dar maior poder do empregador em alterar as funções do empregado, os horários e o local de trabalho. Ainda, acabou com a dupla indenização na dispensa, como a reintegração do empregado ao emprego por ato judicial. (NASCIMENTO, 2006, p.152).

A Argentina, no ano de 1991, deu início ao seu processo de flexibilização, com promessa de redução do desemprego e consequente desenvolvimento econômico. Com a Lei nº 24.013/91 houve flexibilização dos contratos de trabalho. Contudo, a promessa de crescimento não se cumpriu, o que houve foi um aumento significativo do desemprego, como se posiciona Uriarte citado por Gonçalves:

A Argentina. O presidente Alfonsín, todos vocês devem lembrar, entregou o governo para o presidente Menem, no ano de 1990, com uma hiperinflação horrorosa. Vocês todos lembram disso, não é mesmo: O que ninguém diz é que, nesse momento a taxa de desemprego na Argentina era de 6%, o que, em termos históricos, equivale a pleno emprego. Era uma taxa muito baixa de desemprego. No ano de 1991, começa o processo de flexibilização trabalhista na Argentina, para melhorar o emprego, a competitividade etc., e o desemprego aumentou para 20%. Recém-começou a diminuir no ano de 1997, curiosamente quando esses contratos temporários foram eliminados.(URIARTE apud GONÇALVES, 2007, p. 122).

O processo de flexibilização na Espanha se mostra interessante, devido ao fato de guardar semelhanças com o processo histórico do Brasil, já que como aqui passou por um regime político autoritário e adotava o contrato de trabalho por prazo indeterminado e estabilidade no emprego. Porém, o que se verificou durante este processo foi o aumento do desemprego. Assim, após passar por um processo flexibilizador fracassado, a Espanha tende atualmente a proteger o trabalhador. (GONÇALVES, 2007, p. 123 e 124).

Podemos identificar processos flexibilizantes em vários países, foi com a lei nº 1/86 o Panamá aumentou a duração do contrato de experiência, diminuiu o adicional de horas extras e mudou os salários. Na Colômbia houve em 1990 redução das horas extras e reconceituação do salário. Já o Equador em 1991 restringiu à atividade sindical e à autotutela. (NASCIMENTO, 2005, p.153).

Antônio Fabrício de Matos Gonçalves se posiciona:

O fenômeno da flexibilização é fruto da conjuntura econômica, com base na economia de mercado, que se justifica com a pretensão de preservação das empresas e aumento do número de postos de trabalho, em decorrência da redução de direitos dos trabalhadores. Ocorre que as experiências já realizadas em vários países do mundo – como a Argentina e a Espanha – mostraram ser infundados os argumentos. (GONÇALVES, 2004, p.269)

O estudo do processo de flexibilização em outros países se faz necessário para analisar as consequências do mesmo e suas implicações, por óbvio que não deve o Brasil copiar modelos já experimentados, pois cada estado guarda suas peculiaridades e teve um processo histórico diferente.

5.3 Constituição frente à flexibilização

Quanto à estabilidade uma Constituição pode ser classificada como imutável, rígida, flexível ou semirrígidas. No Brasil a Constituição da República de 1988 é considerada rígida, pois pode ser alterada apenas por um processo legislativo diferenciado, solene e dificultoso. Os direitos sociais, previstos na Constituição da República de 1988, têm finalidade de promover a igualdade social e melhorar as condições do hipossuficiente. Assim, o trabalhador subordinado passa a ter a proteção constitucional. (SILVA, 2010, p. 40).

Em vários artigos, dentre eles o art. 7º, o legislador elenca direitos constitucionais dos trabalhadores e mostra a importância da valorização do trabalho. Portanto, diante de uma constituição protetiva e de difícil alteração existe um claro limite constitucional à flexibilização, o que ocorre são tentativas de flexibilizar normas infraconstitucionais, como ocorreu com o Projeto de Lei nº 5.483 de 2001 que analisaremos ainda neste estudo.

Contudo, mesmo nossa Constituição da República de 1988 tendo caráter rígido permite negociação entre as partes interessadas quanto à redução dos salários, compensação de jornadas e turnos ininterruptos de revezamento. Assim, de certa forma o art. 7º incisos VI, XIII e XIV permitem, respectivamente, de certa forma a flexibilização. Discute-se a possibilidade de redução do salário, porém na Constituição da República de 1988 é garantido o salário mínimo aos trabalhadores. Assim, a regra do

art. 468 da CLT que determina a irredutibilidade do salário, tem sido entendida apenas no limite do salário mínimo. (GONÇALVES, 2007, p. 181-183).

5.3.1 Limites materiais impostos pela Constituição à flexibilização

No Brasil, mesmo diante do mundo globalizado e com regras ditadas pelo mercado há uma notável proteção ao trabalhador. Mesmo com tendências flexibilizadoras na Constituição da República de 1988, prevalecem direitos trabalhistas, principalmente os indisponíveis.

Arion Sayão Romita dispõe sobre os limites à flexibilização:

Os direitos fundamentais dos trabalhadores (portanto, direitos indisponíveis em caráter absoluto, insuscetíveis de renúncia, mesmo em sede coletiva), são os seguintes: direitos da personalidade, liberdade ideológica, liberdade de expressão e de informação, igualdade de oportunidades e de tratamento, não discriminação, idade mínima de admissão no emprego, salário mínimo, saúde e segurança do trabalho, proteção contra a despedida injustificada, direito ao repouso (intervalos, limitação da jornada, repouso semanal remunerado e férias), direito de sindicalização, direito de representação dos trabalhadores e sindical na empresa, direito à negociação coletiva, direito à greve, direito ao ambiente de trabalho saudável. (ROMITA, 2007, p. 409).

No atual ordenamento jurídico brasileiro não há como prevalecer um sistema trabalhista totalmente desregulamentado, visto que várias normas protetoras estão previstas na Constituição da República de 1988. Possível se faz imaginar um sistema flexibilizado, entretanto, mesmo este teria que obedecer limites.

5.4 Atual cenário brasileiro

O Direito do trabalho é, sem dúvida, instrumento de civilização, que protege, possibilitando condições dignas de trabalho. Assim, é usado em várias democracias como meio de integração social e distribuição de renda. Com a Constituição da República de 1988 o sistema jurídico brasileiro ganha prestígio dá início, efetivamente, a uma nova era para o Direito do Trabalho. Contudo, o direito do trabalho enfrenta

desafios, como o desemprego, e, principalmente a informalidade. Neste sentido, se coloca o professor Maurício Godinho Delgado:

O que se demonstra é que o Brasil ainda não enfrentou seu grande desafio, que tem maior abrangência e impacto social do que qualquer outro: assegurar efetivamente ao Direito do Trabalho, em face do diagnóstico de ser baixíssimo aqui (menos de 30%) o percentual de integração das pessoas na sociedade econômica pela via civilizatória desse ramo jurídico especializado. (DELGADO, 2006, p.142).

O trabalho informal é um grande desafio, é entendido como aquele que não estabelece vínculos ou benefícios ao trabalhador, popularmente se diz que é aquele “sem carteira assinada”.

No ano de 2010 a taxa de desemprego era de 6,7%, no entanto a taxa de trabalhadores informais no Brasil chegou a 33,1% em 2004 e caiu para 28,2 em 2009, segundo dados do IBGE, o que se pode verificar é um crescimento da taxa de emprego formal e o conseqüente declínio das ocupações informais. No entanto, a taxa ainda é extremamente preocupante e deve ser observada com cuidado. (IPEA/IBGE, 2010).

5.1.2 Desafios do Direito do Trabalho em face à flexibilização

O mundo muda, a globalização deu impulso às relações mercantis e representou uma mudança na ordem econômica e social. O trabalho tem grande influência sobre a economia e o Direito do Trabalho tem sofrido críticas e sua rigidez tem sido culpada pelo desemprego e informalidade.

A CLT é anterior a Constituição da República de 1988 e precisa em alguns aspectos ser revista. O principal desafio do Direito do Trabalho atualmente é encontrar uma maneira fomentar a formalização das relações de trabalho, dar impulso ao crescimento das empresas, porém sem sacrificar o trabalhador. A flexibilização se apresenta com a promessa de resolver estes impasses, ocorre que se tornou uma decepção em muitos países em que foi implantada. Sabemos que é preciso fazer algo, porém os modelos existentes não se enquadram em nosso contexto social, o Brasil precisará inovar se quiser uma solução.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou demonstrar que a flexibilização é apresentada como solução aos conflitos e divergências entre o capital e os direitos trabalhistas. Dessa

forma, antes de se adotar qualquer opinião, se fez necessário analisar os dois lados para averiguar as reais consequências de se alargar os parâmetros flexibilizadores já existentes.

Verificamos que a flexibilização vem sendo tratada na doutrina com bastante controvérsia, por tratar-se de tema ligado ao trabalho, portanto a toda a sociedade. Doutrinadores e economistas se posicionam de maneira diversa sobre o assunto.

Para os que defendem a flexibilização o vínculo trabalhista excessivamente formalista seria o culpado pelo crescimento da falta de emprego, sobre essa perspectiva, apresenta-se a flexibilização não só como uma solução, mas como uma necessidade.

Porém, ao analisar dados o resultado da flexibilização em outros países, bem como as taxas de desemprego e informalidade no Brasil, percebemos que um sistema flexibilizado nos moldes dos já existentes, seria apenas um meio de beneficiar os donos dos meios de produção, nesta concepção quem pagaria pela crise econômica seria o empregado. Não há dúvida que é preciso mudar, a CLT é ultrapassada e precisa de reformas, contudo o Brasil ainda precisa descobrir seu caminho, e não copiar os modelos fracassados já existentes.

No Brasil, como analisamos, já existem normas flexibilizadoras na Constituição da República de 1988, efetivar este sistema flexibilizado é possível, desde que se crie padrões de acordo com as características sociais brasileiras e não apenas siga os já existentes. Ademais, flexibilizar pode não ser a única saída, medidas de fomento social que visem educação, distribuição de renda e incentivos fiscais tem se mostrado, de certa forma, eficientes no combate ao desemprego e ao informalismo laboral.

Há ainda, os que defendam a desregulamentação das normas trabalhistas, acreditando que representaria um avanço, ou seja, uma adaptação ao sistema capitalista globalizado. Porém, este argumento se mostra falido, pois do ponto de vista histórico representa um retrocesso, na medida em que dispõe dos direitos trabalhistas, duramente conquistados pelos trabalhadores ao longo do tempo.

Se hoje, com o Direito do Trabalho forte e protetivo, muitos trabalhadores continuam sendo explorados e manipulados por empregadores, imaginemos a situação em um sistema totalmente flexibilizado nos moldes já experimentados. Claro que existem exceções, porém não podemos esquecer que a hipossuficiência do trabalhador brasileiro é latente, ele tem não só uma relação de trabalho com o empregador, mas também de dependência. É através do seu trabalho que ele garante sua sobrevivência e de sua família.

É fato que o novo sistema deu certo em outros países, entretanto, cada sociedade tem uma história e um contexto social próprio. No nosso modelo não há espaço para a flexibilização como foi feita na Espanha e na Argentina, por exemplo, sob pena de retroagirmos privando o trabalhador do mínimo de dignidade. Assim, para que não haja injustiças, e para que sejam coibidos abusos, deve prevalecer sempre o caráter protetivo do Direito do Trabalho. O Brasil precisa inovar, criando meios de fomentar o desenvolvimento, sem sacrificar o trabalhador.

7. Bibliografia

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário acadêmico de direito**. 5. ed. São Paulo: Método, 2008.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008.

BRASIL. **Código civil**. de 2002. **Código civil**. 56. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. **Consolidação das leis do trabalho**. 36. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

CATANI, Afrânio Mendes. **O que é capitalismo**. 34. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. **A teoria do Direito do Trabalho mínimo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 49, 1 fev. 2001. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/1142>>. Acesso em: 3 set. 2011.

FEDERAÇÃO DAS INDUSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Encargos trabalhistas sobre folha de salários e seus impactos no Brasil e no mundo**. São Paulo: FIESP, 2011.

FERRAZ, Fábio. **Evolução Histórica do Direito do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/estudantesdireito/anhembimorumbi/fabioferraz/evolucaohistorica.htm>> Acesso em: 13 out. 2011.

FILAS, Rodolfo Capón; PAIVA, Mário Antônio Lobato de Paiva. **A mundialização do direito laboral. O retorno high tech ao feudalismo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2187>>. Acesso em: 21 set. 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego – Entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução**. 1. ed. São Paulo. LTR, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo. LTR, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 3. ed. São Paulo. LTR, 2010.

GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos. **Flexibilização Trabalhista**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

HESÍODO. **Os trabalhos e os dias**. Tradução de Mary de Camargo Neves Lafer. São Paulo: Iluminuras, 1989.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa da taxa de desemprego**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisas.php>>. Acesso em: 18 out. 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1455&id_pagina>. Acesso em 18 out. 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários à CLT**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 21. ed. São Paulo. Atlas, 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2004.

MARX, Karl. **O Capital**. 3. ed. São Paulo. Nova Cultural, 1988, v. 1.

MORAES, Alexandre de. **Direito Consitucional**. 24. ed. São Palo: Atlas, 2009.

MORAIS, Maria Christina Filgueira de. **A flexibilização trabalhista como consequência da atual conjectura econômica mundial**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2005, 27 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12133>>. Acesso em: 10 out. 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: LTR, 2002.

OLIVEIRA, Sueli Alves de. **O benefício da flexibilização do Direito do Trabalho para a ordem econômica brasileira atual**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2885, 26 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19194>>. Acesso em: 22 set. 2011.

PASTORE, José. **Flexibilização dos mercados de trabalho e contratação Coletiva**. 1. ed. São Paulo: LTR, 1994.

PASTORE, José. **Desemprego tem cura?**. 1. ed. São Paulo: LTR, 1998.

ROCHA, Marcelo Oliveira. **Flexibilização do Direito do Trabalho – Negociado e Legislado**. 1. ed. São paulo. LZN, 2005.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTR, 2000.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTR, 2007.

ROMITA, Arion Sayão. **Globalização da economia e Direito do Trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTR, 1997.

RUSSEL, Bertrand. **História da Filosofia Ocidental**. Livro Primeiro, 3ª ed. Tradução de Brenno Silveira. São Paulo, Companhia Editora Nacional: 1969.

SANDRONI, Paulo. **Novíssimo dicionário de economia**. 1. ed. São Paulo. Best Seller, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. 6º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. 33. ed. Brasil: Malheiros, 2010.

SOUZA, Marcius Cruz da Ponte. **Neoliberalismo e globalização: reflexos no direito do trabalho**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2231, 10 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13300>>. Acesso em: 22 set. 2011.

Estatuto da Cidade: a difícil aplicabilidade da usucapião especial coletiva

The Statute of the City: the hard applicability of legal instruments to promote collective land regularization

Luana Xavier Pinto Coelho¹

Resumo: O artigo aborda a complexidade de aplicação do instituto urbanístico criado pelo Estatuto da Cidade, a usucapião especial coletiva urbana, oriundo de lacunas legais e pouca enforceabilidade. Sendo um instituto que visa assegurar a segurança na posse de milhares de famílias vivendo em situação de irregularidade nas cidades brasileiras, permitindo a regularização fundiária, contém requisitos materiais e processuais que desconsideram a realidade que se pretende regular. Discute-se, ao comentar os dispositivos da lei 10.257/2001 que regulamenta esta espécie de usucapião, as falhas e problemas que as exigências normativas impõem a utilização de tal instrumento urbanístico pelos possíveis beneficiários. O estudo aponta que é necessário maior aprofundamento teórico e interdisciplinar pelos estudiosos do direito urbanístico, de forma a garantir maior efetividade ao Estatuto da Cidade, propondo a revisão de incorreções na legislação que representem entrave à efetivação dos princípios que a norma visa regulamentar.

Palavras-chave: usucapião especial coletiva, direito à moradia, função social da propriedade, efetividade

Abstract: The article discusses the complexity in implementing the urban collective adverse possession, a legal institute created by the Statute of the City, due to regulatory gaps and enforceability problems. This institute aims to ensure security of tenure for thousands of families living in irregular land in Brazilian cities, allowing land regularization, however this juridical tool contains substantive and procedural requirements that ignore the reality it intends to regulate. It is argued that problematic regulatory requirements present on the Law n. 10.257/2001 imposed for the use of such

¹ Professora de Direito da UNIPAC-Itabirito. Mestre em Cooperação Internacional e Desenvolvimento Urbano pela Universidade TUD Darmstat, Alemanha, e UPMF-IUG Grenoble, França. Especialista em Direito Constitucional. Pesquisadora do Projeto “Cidade e Alteridade: convivência multicultural e justiça urbana” da UFMG.

urban instrument inhibits its use by potential beneficiaries. The study points out the need for deeper theoretical and interdisciplinary understanding of urban law to ensure greater effectiveness to the Statute of the City. It also proposes the revision of regulatory inaccuracies which represent obstacles to the fulfillment of constitutional principles that the rule is intended to regulate.

Key-words: special collective adverse possession, right to housing, social function of property, effectiveness

1. NOVA POLÍTICA URBANA DO ESTATUTO DE CIDADE

A promulgação da Lei n. 10.257 em 2001, conhecida como Estatuto da Cidade, inovou o cenário jurídico nacional, concretizando princípios constitucionais previstos no título “Da Política Urbana” da Carta Magna, com a criação de instrumentos e mecanismos que dariam efetividade a uma nova política urbana nacional.

Princípios antes de contorno pouco preciso e de conteúdo inexplorado, ganharam substância com a edição da lei federal, tais como os princípios da função social da cidade e função social da propriedade urbana. Este último sendo um tanto quanto mais conhecido e debatido que aquele, mas que aqui também ganha mecanismos para maior efetivação.

A função social da propriedade passa a ser compreendida a partir da política de planejamento urbano delineada no plano diretor de cada cidade:

(...) esses instrumentos urbanísticos têm forte inspiração na ideia, central para o novo Direito Urbanístico brasileiro, de que o direito de propriedade urbana não tem seu conteúdo definido pelo proprietário do terreno e de que é o interesse público e as funções sociais da cidade que conformarão os contornos do exercício desse direito. Essa regulação pública acerca do direito de propriedade não apenas limita-o administrativamente, mas atinge-o em sua essência e redefine-o, retirando-lhe qualquer autonomia ou caráter absoluto. (Alfonsin 2002)

Percebe-se por todo o processo de construção de tal legislação (desde a inclusão do título “Da Política Urbana” na constituição de 1988, objeto de conquista de movimentos populares) e os amplos debates que precederam sua edição, corroboram para seu significativo teor sociopolítico, com carga principiológica também expressiva, própria das reivindicações de movimentos sociais por luta pela moradia e reforma urbana, em especial.

O Estatuto da Cidade tenta preencher uma lacuna legislativa no tocante à administração da cidade e ser instrumento de reforma urbana. Mas o que exatamente isto significa? Os problemas urbanos, principalmente aqueles dos grandes centros, são

conhecidos por todos os brasileiros: cidades superlotadas, imensa desigualdade social, assimetria na prestação e acesso a serviços públicos, parte expressiva da população vivendo em condições degradantes de miserabilidade humana. E qual a obrigação do Estado perante a escassez de moradia, de serviços urbanos básicos como saneamento e educação, perante tais cenas de miséria indignas à condição humana? Por muito tempo legou-se a iniciativa privada ou ao mercado o fornecimento de certas necessidades básicas, como a moradia. Entendia-se (e ainda há muitos que assim o entendem) que não seria papel do Estado garantir certos direitos sociais, mas que este deveria atuar de forma controladora, inibindo a formação de novas áreas de ocupação irregular (favelas), que seriam o foco da miséria urbana.² Fato é que, o trabalho de prevenção (se é que a repressão pode ser assim entendida), não poderá resolver uma realidade fática, consolidada e duradoura, das cidades brasileiras. O discurso do *ilegal* ou *irregular* não mais justifica o descaso do governo com as populações de baixa renda que, por motivos vários, formam as favelas das grandes cidades.³ Ademais, o fenômeno das ocupações fundiárias irregulares, historicamente, não é uma prerrogativa das populações de baixa renda, basta estudar a situação da grilagem de terras pelo país.

O fato é que o alto custo de vida nas cidades grandes impossibilita que trabalhadores assalariados (mínimo nacional) possam viver na *cidade formal* e, desta forma, todas as distorções na ocupação do solo são consequência natural do estágio de desigualdade, especialmente econômica, vivenciado pela nossa sociedade, somado ao déficit do Estado em prover serviços essenciais⁴.

O Estatuto da Cidade, ao traçar diretrizes para o uso e gestão do solo urbano, leva em consideração essa cidade das desigualdades, com todas as distorções existentes no uso e gozo das facilidades que a cidade oferece. Portanto, o estatuto visa resguardar direitos daqueles que vivem uma realidade fática, que são parte essencial do sistema

² O autor defende que “não se pode admitir, por outro lado, que, a pretexto de adaptar o direito à realidade, se pretenda legitimar a ocupação irregular do solo urbano” (Pinto 2011). Posição da qual discordamos, pois o Direito, neste caso, agiria de forma a não efetivar os direitos sociais, e sim como simples instrumento de manutenção da atual situação de desigualdade no uso do solo urbano.

³ É imperativo reforçar que processos migratórios do campo para cidade, ocasionados pela atração da cidade em ofertar serviços e emprego, é um fenômeno global. Contudo, diferentemente da lenta urbanização visualizada na Europa durante a Revolução Industrial, os países em desenvolvimento estão vivendo um processo acelerado de urbanização que não acompanha a oferta por serviços no espaço urbano, o que tem sido identificado como processos de “urbanização da pobreza”.

⁴ A ausência de programas habitacionais no Brasil não fornece alternativas de moradia à população de baixa renda. Os poucos programas habitacionais existentes são ineficientes e repetem erros básicos, como fornecimento de casas sem acesso a serviços básicos ou a emprego. Como será discutido com mais acuidade em momento posterior deste artigo, o direito a moradia está longe de ser compreendido como tendo conteúdo somente no objeto físico *casa*, pois garantir moradia é tarefa bem mais complexa.

urbano, mas são ignorados - ou eram até a edição da referida lei - pelo Direito nacional. Seu significado como instrumento jurídico é de caráter revolucionário, como bem explica Betânia Alfonsin:

Para o Direito brasileiro, o significado é tão ou mais importante: rompemos com a tradição de regulação do direito de propriedade pela matriz do liberalismo jurídico clássico adotado pelo Código Civil e o alcance da novidade revoluciona o Direito Público Brasileiro, dando um vigoroso corpo ao ramo do Direito Urbanístico. (Alfonsin 2002)

Após onze anos de sua promulgação, o Estatuto da Cidade ainda carece de estudos, práticos e teóricos, que lhe garantam maior efetivação. Vários dos mecanismos ali inseridos são ou de complexa implementação - o que prescinde de grande esforço técnico-político -, ou de viés exclusivamente político - uma vez que devem estar inseridos na política de planejamento urbano. Estes dois fatores têm diferido o processo de concretização da política urbana tal qual idealizada no Estatuto.

Sem querer abordar todos os aspectos controversos encontrados no Estatuto da Cidade, este artigo irá centrar a análise no instituto da usucapião especial coletiva. Sendo um dos mecanismos que busca realizar a função social da propriedade urbana e, sobretudo, promover a regularização fundiária, esta espécie de usucapião criada pela nova legislação apresenta-se ainda de complexa execução. Interpretações equivocadas do instituto e apego a preciosismos burocráticos próprios da prática civilista podem pôr por terra a possibilidade de sua aplicação prática. O estudo deste instituto aqui se propõe a tentar promover uma interpretação legislativa que se coadune com o espírito da lei, ou seja, que garanta a concretização dos princípios constitucionais que a lei visa regulamentar.

2. DA USUCAPIÃO ESPECIAL COLETIVA: BREVE INTRODUÇÃO AO INSTITUTO.

A usucapião especial para fins de moradia não é inovação do Estatuto da Cidade, sendo já detalhadamente descrita na própria Constituição Federal de 1988. Sua forma coletiva, porém, é espécie inédita.

Dita o art. 10 da Lei n. 10.257/2001 que:

As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

Do conceito legal já se podem extrair os requisitos materiais para requisição da usucapião coletiva:

1) *ser a ocupação em terreno maior que 250 m²*, considerando que a metragem de 250 m² é o limite para a usucapião individual, qualquer terreno que exceda tal extensão já é passível de ser usucapido coletivamente, ou seja, por dois ou mais possuidores.

2) *Ocupação por população de baixa renda*, a legislação aqui não aponta critérios para aferir o que é baixa renda. Portarias ministeriais, contudo, indicam critérios de baixa renda para diversos programas sociais⁵. Resta saber se, no momento de instruir a demanda coletiva, será necessário prova desta circunstância.

3) *Ocupação para fins de moradia*, este requisito exclui a possibilidade de usucapião para aqueles detentores de pequenos comércios ou imóveis para locação, o que é muito comum em tais aglomerados. O terreno objeto da ação de usucapião especial deve ser comprovadamente utilizado como moradia pelos requerentes e suas famílias.

4) *Posse ininterrupta e sem oposição*, critério este comum a outras espécies de usucapião, onde a posse deve ser mansa e pacífica, além da permanência temporal.

5) *Impossibilidade de identificar os terrenos ocupados por cada possuidor*, se fosse possível tal identificação, não seria necessário fazer a demanda coletivamente, este requisito portanto justifica a própria existência do instituto, já que a grande densidade das ocupações irregulares são um dos grandes entraves para seu processo de regularização fundiária.

6) *Não ser possuidor de outro imóvel urbano ou rural*, requisito também comum ao usucapião especial individual, tem fins claros de assegurar o direito à moradia àqueles que não o possam realizar de outra forma, evitando beneficiar outros que não se enquadrem em tal situação.

Dos requisitos materiais elencados supra já se podem inferir uma séria de entraves para proposição da demanda coletiva, tendo em vista a realidade prática das aglomerações urbanas de população de baixa renda. Contudo, cada um destes entraves

⁵ O Programa do Governo Federal Minha Casa Minha Vida, por exemplo, determina como baixa renda uma renda familiar de até R\$ 1.395,00. Já o Ministério do Desenvolvimento Social estipula que será considerado baixa renda para fins de constar no cadastro único de programas sociais “as famílias de baixa renda que são aquelas com renda familiar mensal per capita de até meio salário mínimo e as que possuam renda familiar mensal de até três salários mínimos”. (Ministério do Desenvolvimento Social 2012)

será analisado detalhadamente em seguida, pois nos detemos aqui a descrever o instituto.

A lei também elenca requisitos processuais próprios para a demanda coletiva. O primeiro deles refere-se aos legitimados⁶ a propor a ação de usucapião especial, previsto no art. 12. Além dos possuidores em estado de comosse, podem ainda intentar a demanda como substituo processual, a associação de moradores da comunidade, regularmente constituída, desde que explicitamente autorizada pelos representados. Prevendo a possibilidade de substituo processual, a lei deixa claro que sua legitimidade depende da autorização de **todos** os representados de forma **explícita**, ou seja, todos eles deverão expressar sua vontade em documento de representação.

Será ainda obrigatória a intervenção do Ministério Público (art. 12 § 1º) em todas as ações de usucapião especial urbana, seja ela individual ou coletiva. E o rito na ação judicial de usucapião especial de imóvel urbano a ser observado é o sumário (art. 14).

Dispõe o art. 13 que a usucapião especial de imóvel urbano poderá ser invocada como matéria de defesa. Aliás, na pendência da ação de usucapião especial urbana, ficam sobrestadas quaisquer outras ações, petições ou possessórias, que venham a serem propostas relativamente ao imóvel usucapiendo (art.11).

As consequências da sentença que reconhece a demanda coletiva são, inicialmente, 1) sua validade como título para registro no cartório de registro de imóveis, para o qual a lei prescreve gratuidade (art. 12 § 2º); 2) a determinação de fração ideal igual de terreno a cada possuidor, que poderá ser diferente contanto que exista acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas (art. 10 § 3º); e 3) a constituição de condomínio especial.

O condomínio especial, sua natureza jurídica e seu funcionamento, restam obscuros. O tratamento legal é sucinto e pouco elucidativo, criando grande problema para a compreensão do instituto, já que este é o resultado final da sentença que reconhece a demanda coletiva. Sendo, assim, seu objeto final, o condomínio especial deveria ter sido abordado com mais acuidade.

Segundo a lei, art. 10 §4º, o condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção. Tal extinção somente poderia ocorrer no caso de sobrevir

⁶ Tramita no Congresso Nacional projeto de lei (PLS 49/09) que altera o Estatuto da Cidade para incluir o Ministério Público e a Defensoria Pública entre as partes legítimas que podem propor a ação de usucapião especial coletiva urbana.

execução de urbanização posterior à constituição do condomínio, mesmo assim pendente de deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos.

Sobre a administração do condomínio, o Estatuto da Cidade não entra em pormenores, somente dispõe sobre o quorum necessário às deliberações relativas à administração do condomínio especial, que devem ser tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes (art. 10 § 5º).

Após introduzir, sucintamente o instituto da usucapião especial coletiva, passamos a análise crítica dos requisitos legais e das lacunas deixadas pela legislação, demonstrando como estes podem comprometer sua utilização pelas populações cujo instituto visa amparar.

3. DISSONÂNCIAS ENTRE AS EXIGÊNCIAS LEGAIS E A REALIDADE URBANA BRASILEIRA.

3.1 Requisitos materiais.

3.1.1. Finalidade única de moradia.

O primeiro problema ou entrave trazido pela legislação identificado neste estudo diz respeito à possibilidade de requisição da usucapião especial coletiva se a área for ocupada somente para fins de moradia. Esta exigência legal pode inviabilizar o uso deste instituto por desconsiderar a realidade que pretende “proteger”.

Difícilmente em um aglomerado urbano de população de baixa renda, áreas de ocupação irregulares são compostas somente de moradias. Vários moradores possuem também um comércio ou prestam serviços. Tais atividades não somente representam sua fonte de renda e de sua família, como abastece a própria população local dos produtos e serviços ali ofertados⁷.

Ou seja, temos aqui uma exigência legal que não corresponde à realidade fática, que pode dificultar enormemente a mobilização da população, em especial detentores de comércios, para promoção da demanda coletivamente. Fato este que restringe em grande monta os possíveis beneficiários deste instrumento legal.

⁷ Populações estas que, sendo de baixa renda, se ainda tiverem que se locomover grandes distâncias para fazerem compras, comprometem ainda mais sua situação de vulnerabilidade. Estudos realizados na cidade de Belo Horizonte demonstram que a remoção de pequenos comércios em intervenções de urbanização que preveem somente o reassentamento habitacional tem provocado impacto negativo nas comunidades reassentadas, que precisam percorrer grandes distâncias para fazer compras, além da perda do vínculo de confiança geralmente existente entre a população local e as pequenas vendas.

Pretendendo resguardar o direito à moradia, o legislador detém uma compreensão errônea do que este direito significa ou qual seja seu conteúdo. O conteúdo de direito à moradia tem sido desenvolvido através de estudos em outras disciplinas do conhecimento, tais como urbanismo, antropologia, geografia e sociologia, no âmbito dos estudos urbanos, mas ainda pouco explorado pelo ramo do Direito. A relatoria especial das Nações Unidas para o Direito à Moradia identifica que o conteúdo deste direito está muito além da ideia de quatro paredes e um teto. Para a relatora da ONU, o direito à moradia adequada pressupõe: segurança da posse; **disponibilidade de serviços**, infraestrutura e equipamentos públicos; custo acessível; habitabilidade; não discriminação e priorização de grupos vulneráveis; localização adequada; e adequação cultural. (Rolnik 2012)

A desvalorização do aspecto cultural do espaço construído reflete nas políticas públicas de habitação social, que tendem a serem construções homogêneas, padronizadas, simplesmente “plantadas” onde quer que se localize o programa habitacional. Na efetivação do direito à moradia no Brasil ainda é flagrante a falta de entendimento acerca do conteúdo adequado deste direito, em especial na atuação prestacional do Estado voltada à concretização do direito para grupos socialmente excluídos.

David Harvey em seu livro *Social Justice and the City* já alertava para o fato que as políticas públicas que visam influenciar o sistema urbano devem conciliar as estratégias de design ou direcionadas a forma espacial (local dos objetos, como casas, vias, plantas etc) com medidas que influenciam o processo social que vigora nas cidades. Somente assim, para o autor, seria possível alcançar resultados sociais coerentes. Harvey, contudo, constata que estamos longe de conseguir conciliar estes dois aspectos nas intervenções urbanas e indica duas razões para tanto. A primeira ele aponta como inerente a complexidade do próprio sistema urbano e, como segunda razão, a tradição acadêmica míope da monodisciplinaridade, enquanto o sistema urbano implora pelo tratamento interdisciplinar. (Harvey 2009, 50)

Percebemos, portanto, que ao adotar uma visão simplista e restritiva do direito à moradia, excluindo da proteção legal outros usos da propriedade urbana (comercial, locação ou serviços) pela população de baixa renda, os dispositivos normativos que prescrevem a usucapião especial coletiva estão retirando de seus destinatários a possibilidade de aceder à moradia adequada, ou seja, aquela que não somente garante um teto, mas também o acesso a serviços e, principalmente, à renda. Pois como dito

anteriormente, sem acesso à renda e à possibilidade de suprir os custos da habitação, indiretamente está se tolhendo o acesso ao próprio direito à moradia.

3.1.2 Não possuir outro imóvel urbano ou rural.

Tal como no caso acima, acerca dos moradores que possuem comércios, será o fato de moradores serem possuidores de imóvel rural ou de outro imóvel urbano destinado à locação. Isto porque a situação diversa dos moradores de uma mesma porção de terreno poderá ser elemento complicador na demanda coletiva, já que alguns dos possuidores não fariam jus a postular com os demais.

Para além disso, há também a chance de um possuidor ser proprietário de imóvel rural, mas em tal localidade ou em tal circunstância que exatamente o levou a migrar para cidade. Ou seja, a propriedade rural pode estar localizada em região onde seu cultivo produtivo ou lucrativo seja impossível e, portanto, gerando a própria situação de vulnerabilidade e pobreza de seu proprietário. Sabe-se que grande porção da população de ocupações irregulares das grandes cidades brasileiras é oriunda de zonas rurais do país.

O possuidor de outro imóvel urbano, da mesma forma, poderia configurar como aquele morador que destina imóvel à locação e, com tal atividade, produz sua renda familiar. Assim, impedir que este demande coletivamente a usucapião de imóvel em locação inviabiliza sua participação na demanda coletiva, pois sua aceitação implica na extinção de sua fonte de renda.

Percebe-se, portanto, que tais critérios não poderiam ser absolutos. A lei deveria prever uma associação de critérios, tal como levar em consideração a renda familiar, para evitar a exclusão do rol de beneficiários de pessoas que verdadeiramente fariam jus à demanda coletiva. Pois, como dito, ser possuidor de outro imóvel não é, necessariamente, fator que retira aquele possuidor da situação de vulnerabilidade social ou como pessoa de “baixa renda”.

3.2 Requisito processual: representatividade via associação ou adesão de todos os possuidores.

Como explicitado acima, são legitimados a propor a usucapião coletiva os possuidores em estado de comosse ou a associação de moradores, sendo que em ambos os casos é essencial a autorização de cada um dos interessados. Veja que a concessão de anuência expressa por todos os possuidores pode representar requisito processual que

leve a quase total inaplicabilidade da demanda coletiva em grandes aglomerados informais. Isto por dois motivos: a um, a possível heterogeneidade entre os possuidores (no mesmo terreno pode haver aqueles que não fazem jus a demanda, como possuidores de comércio ou imóvel em locação) e entre os lotes (tamanhos e ocupações variados) pode ser fator complicador de consenso unânime necessário; a duas, a utilização de substituto processual via associação de moradores depende da existência de uma entidade que detenha boa representatividade perante os moradores e legitimidade - o que está sujeito de uma relação de confiança. A dificuldade desta tarefa decorre do simples fato que qualquer desconfiança nos representantes da associação de moradores pode romper sua legitimidade e comprometer todo o processo.

Veja que a consequência prática desta exigência (anuência expressa de todos os possuidores) restringe a possibilidade de uso do instrumento da usucapião especial coletiva à pequenos aglomerados ou a pequenos grupos de possuidores, uma vez que em qualquer outra escala, a complexidade natural de tais ocupações já inviabiliza a coordenação diante das diversidades e dissidências. Afinal, como se faria a regularização fundiária de um terreno quando há ilhas em seu interior não passíveis de serem usucapidas coletivamente? Poderia ocorrer a regularização de forma não uniforme e descontínua?

3.3 Condomínio especial: resultado final da demanda coletiva.

Instituto que necessita de estudo mais detalhado é a figura do condomínio especial, que surge como consequência da sentença que reconhece a posse coletiva. Como dito anteriormente, o Estatuto da Cidade não se ateve a dispor de pormenores sobre o funcionamento ou extinção deste condomínio especial, o que gera inúmeras dúvidas e possíveis errôneas interpretações.

O primeiro grande equívoco interpretativo, que já vem sendo cometido por alguns juristas ao comentar tal dispositivo⁸, é aquele que leva o aplicador do direito a utilizar o instituto do condomínio previsto no art. 1.314 e seguintes do Código Civil analogamente ao condomínio especial do Estatuto da Cidade.

(...) a própria sentença constitui um condomínio, entre os co-proprietários, para a administração das partes comuns do terreno, ou seja, como será a utilização e limpeza das vielas, dos becos, das praças ou de outros espaços comuns. Dentro de cada residência (barraco ou pequenas casas de alvenaria), o proprietário exerce plenamente seus poderes. Assim, as deliberações do

⁸ (Ferraz 2006), (Olimpio s.d.).

condomínio irão incidir apenas sobre as áreas comuns e outros temas de interesse da coletividade de moradores. (Olimpio s.d.)

Ora, tal entendimento é absurdo! Estes moradores não detêm mais direito a serviços públicos básicos como limpeza urbana ou recuperação de vias públicas, instalação de luz etc? Ou seja, leva-se ao absurdo de imaginar que a regularização da propriedade pela via coletiva afasta destes moradores direitos que todos os cidadãos urbanos possuem, até que ocorra a urbanização? E se tal urbanização nunca ocorrer ou ocorrer após longos anos? O condomínio especial é uma forma de co-propriedade, mas nunca uma forma de privatização do espaço urbano de forma que intervenções localizadas pelo poder público passem a ser proibidas.

O problema quanto à responsabilidade pelas áreas comuns não pode ser resolvido pela legislação civilista, pois tais institutos não têm qualquer relação que autorizem tal analogia. Há aqui, novamente, que evocar o espírito da lei para compreender que este processo não pode vir a prejudicar os beneficiários, ou seja, isto não pode significar que os condôminos são os únicos responsáveis pela preservação ou manutenção de áreas comuns (vias, praças, ruas, becos), que são na verdade áreas públicas (o que uma futura urbanização confirmará) e devem ser mantidas pelo poder público.

Há de se ter em conta que as áreas que podem vir a ser objeto de tal ação não estão em estágio inicial de formação, até mesmo porque um dos requisitos processuais é o decurso do tempo. Desta forma, na atual situação brasileira nestes casos, é provável que já exista na área alguma interferência no poder público, como a construção de rede de esgoto ou iluminação, ou até mesmo a presença de postos de saúde ou escolas. Tais serviços deverão ser mantidos normalmente pelo Poder Público, sob pena de o resultado da ação coletiva de usucapião vir a ter efeitos negativos para as populações que o Estatuto da Cidade intencionava proteger, pois já vivem em situação de extrema vulnerabilidade e desprovidos de inúmeros de seus direitos constitucionais de cidadãos.

Outro problema que se visualiza na constituição do condomínio especial, é no que diz respeito à titularidade de terrenos individuais. A sentença que reconhece a demanda e constitui condomínio especial apto a registrar no cartório de registro de imóveis, determina a cada possuidor uma fração ideal igual, que não necessariamente condiz com as dimensões do terreno. Para que os terrenos sejam individualizados deve ser feito acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas.

Tal situação nos defronta com dois problemas de ordem prática: a viabilidade de se fazer um acordo entre os condôminos delimitando os lotes, uma vez que é critério

para a própria propositura da ação a “impossibilidade de identificar os terrenos ocupados por cada possuidor”; e uma possível incompatibilidade entre normas urbanísticas locais (ex: lei de Uso e Ocupação do Solo Urbano) que delimita a dimensão mínima do lote urbano. Fica a pergunta: se o possuidor, ao final da divisão da fração ideal, possuir lote inferior ao limite determinado em norma municipal, poderá fazer o registro? Se a lei não nos dá a resposta, resta-nos concluir que além de todas as exigências já estudadas, as áreas usucapidas coletivamente ainda deverão estar em zoneamento urbano que possibilite flexibilização de regras urbanísticas convencionais (como estar em área de Zeis – Zona de especial interesse social).

É fácil prever, ademais, a dificuldade de convencer possuidores – cada um com diferentes situações de posse – em aceitar um condomínio especial onde todos tenham fração igual. No caso do acordo entre eles para determinar as frações diferenciadas, resta o problema de ordem técnica de fazê-lo, se for impossível determinar o terreno ocupado por cada possuidor.

A lei também silencia sobre a possibilidade de transferência de titularidade pelos condôminos no condomínio especial, ou seja, uma vez formada a propriedade coletiva fica a dúvida acerca da possibilidade de transferência pelos titulares (venda, doação etc) das frações que lhe couberam. Sabe que a mobilidade, própria da vida urbana, gera situações onde um coproprietário necessite transferir a titularidade da parte que lhe cabe. Nestas situações a melhor interpretação legislativa leva a conclusão que decisões desta natureza devem ser deliberadas pelos condôminos, desde que respeitado o quórum do art. 10, §5º (maioria dos presentes), pois encontram-se na esfera de administração do condomínio especial.

Ainda acerca do condomínio especial, outra lacuna ou imprecisão legislativa é concernente a sua extinção. O §4º determina que o condomínio especial não é passível de extinção, salvo em uma única circunstância, que é a superveniência de processo de urbanização, desde que submetida a aprovação de dois terços dos condôminos. Entretanto, a lei não explicita o que ocorre com a titularidade da propriedade, nem quem é competente para deliberar sobre o processo de transferência desta após o processo de urbanização.

Sabe-se que os processos de urbanização são promovidos e executados pelo governo municipal e, na maior parte das vezes, há arbitrariedade no reconhecimento da titularidade de áreas de ocupação irregular, áreas estas que são exatamente o que a usucapião especial coletiva objetiva abranger. Vê-se então que a ausência de uma

descrição quanto ao procedimento de transferência da titularidade da propriedade com a extinção do condomínio especial pode gerar conflito de interesses. Cabe, portanto, fazer a interpretação deste dispositivo tendo em vista o bem jurídico que o Estatuto da Cidade visa proteger, que é o direito a moradia, além da efetivação da função social da propriedade.

4. Conclusão.

Por todo o discutido, é possível concluir que não é sem motivos que no Brasil, mesmo após onze anos de edição da Lei n. 10.257/2001, tantos entraves ainda se apresentem, tanto para a população interessada quanto para o Poder Judiciário, para o reconhecimento de uma demanda de usucapião especial coletiva urbana.

Apesar de o Estatuto da Cidade ter representando grande avanço no Direito brasileiro, rompendo com a tradição privatista de compreensão da propriedade urbana e introduzindo conceitos inovadores como a função social da cidade, este conjunto normativo apresenta ainda lacunas e imprecisões que merecem estudo detido por parte dos estudiosos do Direito, de forma a garantir sua efetiva aplicabilidade. Como argumentado ao longo deste artigo, alguns dos instrumentos de direito urbanístico previstos no Estatuto da Cidade são, por vezes, de difícil aplicação, carecem de correspondência com a realidade que a lei pretende regular.

O Direito Urbanístico é ainda carente de estudos que levem em conta aspectos interdisciplinares da situação analisada que captem a complexidade do fenômeno urbano. Não há como avançar na disciplina se nos ativermos estagnados na euforia pela conquista legislativa, quando há ainda muito que se fazer para conseguir dar efetividade ao Estatuto da Cidade em toda sua potencialidade, como norma transformadora da realidade urbana. Não há como negar, como já foi afirmado, que o estatuto vem preencher uma lacuna legal e, portanto, sua importância como instrumento de reforma urbana não há como ser questionado. Contudo, a realidade está cheia de exemplos e outros ramos do conhecimento estão repletos de estudos apontando para as limitações das regulações jurídicas em atender as demandas reais da população urbana, inclusive o próprio Estatuto da Cidade.

A complexidade em implementar a usucapião especial coletiva, objeto de análise neste trabalho, assim como as complicações que podem surgir pelo rigor legislativo em sua utilização, não são particularidades deste instituto, mas também se encontram presentes em vários outros instrumentos do Estatuto da Cidade (a concessão de uso especial para fins de moradia apresenta contornos semelhantes). Ademais, alguns dos

instrumentos urbanísticos podem vir a ser utilizados com desvio de finalidade, sem atender ao objetivo de reforma urbana – entenda-se como redução das desigualdades no uso da cidade e a promoção do uso sustentável – que foi o fim maior da edição da referida norma.

O Direito necessita, sob pena de pairar no mundo da ilusão, de ver a realidade que pretende regular. Não há como conceber as normas como um “dever ser” completamente desconectado do “ser”. Se o objetivo de instrumentos urbanísticos como a usucapião especial coletiva é garantir segurança da posse a milhares de famílias vivendo e ocupações irregulares nas cidades brasileiras e garantir o direito à moradia, cabe ao Direito compreender, primeiramente, o que é o próprio direito à moradia e quais os elementos que o compõe, sob pena de, ao querer resguardá-lo, esvaziá-lo por completo. Como argumentado, garantir moradia é muito mais que fornecer casa, pois para que o cidadão tenha acesso aos meios de manter a casa (objeto físico) precisa de renda, acesso a serviços essenciais a si e a sua família, ou seja, acesso aos meios de garantir sua sobrevivência digna.

5. Bibliografia.

ALFONSIN, Betânia de Moraes. Dos instrumentos da política urbana. In: *Estatuto da Cidade Comentado*, por Liana Portilho Mattos, 107-129. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DALLARI, Adilson Abreu, e Sérgio Ferraz. *Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2006.

FERRAZ, Sérgio. Usucapiao Especial (arts. 9º a 14). In *Estatuto da Cidade: Comentários à lei federal n. 10.257/2001*, by Adilson Abreu Dallari and Ferraz Sérgio, 138-152. São Paulo: Malheiros, 2006.

HARVEY, David. *Social Justice and the City*. Athens: The University of Georgia Press, 2009.

OLIMPIO, Daniel Lobo. Artigos. *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte*. <http://www.mp.rn.gov.br/download/artigos/artigo08.pdf> (acesso em 5 de Agosto de 2012).

PINTO, Victor Carvalho. *Direito Urbanístico: Plano diretor e direito de propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROLNIK, Raquel. *Direito à moradia*. 2012. http://direitoamoradia.org/?page_id=46&lang=pt (acesso em 05 de Julho de 2012).

Ministério do Desenvolvimento Social. *Inclusão no Cadastro Único*. 2012. <http://www.mds.gov.br/falemds/perguntas-frequentes/bolsa-familia/cadastro-unico/beneficiario/cadunico-inclusao> (acesso em 4 de Outubro de 2012).

Cautelaridade: discussões teóricas em torno da efetivação das medidas de urgência¹

Cautelaridad: discusiones acerca de la eficacia de las medidas processales urgentes

Paulo Márcio de Castro Cesar²

Resumo: Tratando-se de modalidade especial de atuação jurisdicional, a tutela cautelar apresenta características próprias que a definem, no direito brasileiro e no direito comparado, como uma prestação diferenciada da jurisdição. Muito embora, em medida, o caráter cautelar da tutela jurisdicional deva obedecer a um regime especial de necessidade e de urgência, verifica-se que, tanto no Brasil, como em diversos outros ordenamentos, a interpretação do direito tem conduzido a uma sempre maior admissão de medidas cautelares, mesmo que tais medidas não guardem consonância com os critérios definidores da cautelaridade. Este quadro tem se intensificado e, por isto, na medida em que modifica o próprio conceito de cautelaridade, suscita debates intensos na doutrina e na prática dos tribunais. Pretende-se aqui apresentar algumas discussões sobre esta importante problemática, sobretudo a partir da indicações oferecidas pelo renomado jurista brasileiro Ovídio A. Baptista da Silva.

Palavras Chaves: Direito Processual Civil; Cautelaridade; Medidas Processuais.

Resumen: Como se trata de un tipo especial de acción jurisdiccional, las características de la tutela cautelar se definen, en el derecho brasileño y comparado, como un ejercicio específico de la jurisdicción. Aunque, aceptado el carácter de específica protección judicial, las medidas de precaución deben obedecer las reglas especiales de necesidad y urgencia. Pero, en el Brasil, como en muchos otros países, la interpretación de la ley ha dado lugar a un ingreso cada vez más alto de medidas de precaución, incluso si estas medidas no se mantienen consistentes con los criterios que definen la precaución. Este marco se ha intensificado y, por lo tanto, en la medida en que cambia el concepto

1 O presente paper é originário de discussões empreendidas na linha de pesquisa “O Processo na Construção do Estado Democrático de Direito”, integrante do programa de pós-graduação em direito, mantido pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, na disciplina Teoria da Efetividade do Processo, dirigida pela Dra. Flaviane de Magalhães Barros, no segundo semestre letivo do ano de 2012.

2 Advogado militante. Especialista em Direito Processual pelo IEC-PUCMINAS. Professor no Curso de Graduação em Direito da UNIPAC-Itabirito. Coordenador do Núcleo de Práticas Jurídicas da UNIPAC-Itabirito.

mismo de precaución plantea un intenso debate en la doctrina y en la práctica de los tribunales. La intención es presentar una discusión sobre este tema tan importante, basado en las indicaciones ofrecidas por el renombrado jurista brasileño Ovidio A. Baptista.

Palabras Claves: Derecho de Proceso Civil. Cautelaridad. Medidas Processales.

Introdução.

De acordo com Ovídio Araújo Baptista da Silva³, é a tutela cautelar uma modalidade especial de tutela jurisdicional, concebida a partir de uma compreensão do processo de índole eminentemente *declarativa*, dominado por um exacerbado princípio dispositivo, tendo por característica principal a circunstância de ser ela uma forma especial de proteção jurisdicional de *simples segurança*, equivalente a uma forma de tutela preventiva e *não satisfativa* do pressuposto e provável direito material ou processual a que se presta auxílio judicial. (SILVA, 2009, p. 03)

Embora anteriormente fosse utilizada a expressão ‘medidas preventivas’ para indicar o que hoje se denomina medidas cautelares, é de se ver que a locução ‘processo cautelar’ foi introduzida em nosso Direito por influência da doutrina italiana, e permitiu, via de consequência, a distinção entre ações e medidas de *simples segurança* de outras igualmente preventivas que não chegam a ser cautelares ou que ultrapassem os limites da simples cautelaridade. (SILVA, 2009, p. 04)⁴

Inobstante o crescente interesse despertado pelo Processo Cautelar, sobretudo na França e na Itália, é de se ver que seu uso indiscriminado vem gerando certa apreensão diante do desenvolvimento exagerado e absorvente assumido pelas formas sumárias de tutela jurisdicional, frequentemente não-cautelares, que se utilizam do procedimento cautelar, o que acaba por desvirtuá-lo, nos dizeres de Liebman. (SILVA, 2009, p. 04-05)

³ Ovídio Araújo Baptista da Silva (1929-2009). Nascido em São Borja/RS, bacharelou-se em Direito pela UFRGS em 1954. Livre-Docente e Doutor em 1977. Foi Professor Titular de Direito Processual Civil na mesma instituição. Exerceu atividade docente em diversas instituições, bem como se notabilizou pela autoria de inúmeras obras de Processo Civil. (Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/imortal.asp?id=20>)

⁴ Pontes de Miranda sempre dera preferência ao vocábulo ‘cautelar’, embora empregasse a palavra ‘preventiva’ com o mesmo significado. Nos sistemas europeus e latino-americanos de descendência espanhola, usa-se o vocábulo *cautelar* para designar as *ações de segurança*. Os antigos juristas lusitanos empregavam a expressão ‘procedimentos de segurança’ para designar as ações cautelares, sendo aquela a denominação mais adequada e correta.

Aliás, surpreende o exagerado crescimento da denominada ‘tutela cautelar inominada’, paralelamente ao decréscimo verificado nas formas típicas e tradicionais de tutela cautelar. Um relatório elaborado pelo Professor Picardi mostra que, na Itália, a utilização dos *provvedimenti d’urgenza*, em geral com *função antecipatória* da futura sentença de mérito, cresce constantemente, a ponto de fazer acreditar na tese de que eles acabarão por transformar-se numa espécie de *giustizia octroyée*, sem previsão legal, outorgada segundo critérios puramente discricionais do próprio juiz, enquanto as estatísticas indicam um pronunciado declínio das formas tradicionais de tutela cautelar.

Na França, mais por razões de ordem prática que doutrinária o que se tem visto é a prevalência da chamada *jurisdiction des referees*, jurisdição de urgência, em que tudo é decidido em caráter provisório. Esse fenômeno tem absorvido uma porção significativa da jurisdição comum, por meio de procedimento sumário e urgente, resultando na prolação de medidas de cunho satisfativo, e não raramente, superando-o.

Tal medida não exclui de apreciação nenhuma matéria, sendo admitida a adoção de *medidas restitutórias* nos interditos e inclusive a concessão de provisionais atípicas, como foi o caso da provisão alimentar concedida a uma anciã, vítima de um acidente rodoviário. Esse foi um típico caso de prestação de tutela jurisdicional *satisfativa antecipada*. (SILVA, 2009, p. 06)

Contudo, de bom alvitre são as considerações feitas por Roger Perrot, ao recomendar cautela no uso da jurisdição de urgência, pois tal instituto está bem longe de se tornar uma “panacéia” dos males institucionais da administração da justiça. Ademais, o juiz não pode oferecer qualquer vantagem processual aos litigantes senão a custa do outro, ou como bem disse Calamandrei, a liminar surge de um correspondente sacrifício processual. Dessarte, avulta como contrapostas as exigências de *segurança* e *efetividade* para os direitos submetidos ao Poder Judiciário, de formação ainda anacrônica. Mas, o problema fundamental do Direito Processual Civil, nascido no seio do liberalismo europeu do século XIX, resente-se das deformações causadas pelas “correntes” formalistas que tanto o distanciaram da realidade social. (SILVA, 2009, p. 07)

A ação (sumária) cambiária é a grande responsável pelo deslumbramento com o processo cautelar, enquanto técnica de sumarização processual. Mas que em certo ponto traz um nefasto efeito aos responsáveis pela construção do mundo moderno, a saber, “os homens de negócio”, porquanto os *processos sumários* não podem oferecer a segurança que seria desejável, já que a redução da lide sempre deixa margem a uma demanda subsequente que ameaça o resultado prático da primeira demanda. Nesse ponto emerge

a superioridade do Procedimento Ordinário, pois esta permite a *plenariedade* da demanda judicial e, por conseguinte, o atendimento às exigências e valores do individualismo liberal do século XIX, quais sejam: liberdade individual do demandado (a quem se assegura a plena defesa) e segurança absoluta do vencedor contra as futuras investidas do vencido. (SILVA, 2009, p. 08)

Contudo, esse conflito entre efetividade e segurança, aguçou-se em meio à moderna sociedade de massa, cujo convívio com diferentes ideologias, concepções de vida, interesses e exigências antagônicas forçaram-na a tornar-se pluralista. (SILVA, 2009, p. 08-09)

1. A ação cautelar como forma de tutela preventiva.

Sob a influência dos ensinamentos de Carnelutti, a corrente majoritária de teóricos aceita o entendimento de que a tutela cautelar insere-se no gênero da *tutela preventiva*. Isso porque mencionado autor dividiu os processos cautelares em *inibitórios*, *restitutórios* e *antecipatórios*. Essa concepção contribuiu para que outros dois conceitos polêmicos e ambíguos se inserissem na teoria da ação cautelar, a saber: o conceito de tutela cautelar *restitutória* e o de tutela *antecipatória*. Calamandrei chegou a tratar essa última como cautelar e talvez seja por isso, que uma respeitável parcela dos estudiosos do direito defendam que a essência da tutela cautelar seja sua índole *antecipatória*. (SILVA, 2009, p. 09).

Por sua vez, Humberto Theodoro Júnior distingue tutela cautelar e entrega *provisória* e *antecipada do pedido* (excluindo as liminares possessórias do campo da cautelaridade); enquanto Galeno Lacerda inclui todas as liminares no domínio das medidas cautelares. Em outras palavras, enquanto para o jurista italiano a sentença possessória final de mérito que encerrasse a ação de reintegração de posse seria uma provisão cautelar *restitutória*, o mestre gaúcho tem por cautelar apenas a liminar interdital, com sua função mais *antecipatória* do que restitutória.

A concepção predominante de tutela cautelar a define como instrumento de *proteção da atividade jurisdicional*, segundo os ensinamentos de Chiovenda, o qual considerava a ação cautelar, não como um direito da parte e sim como um *direito do Estado*, criado para preservar a utilidade e adequação da função jurisdicional. Foi a partir dessa ideia, de que se valem também Carnelutti e Calamandrei, que Theodoro Júnior afirmou que o processo principal “serve à tutela do direito”, enquanto o processo cautelar “serve à tutela do processo”. (SILVA, 2009, p. 10)

Mas o único ponto de relevância para a correta conceituação da *tutela de simples segurança*, que seria a determinação da eficácia da sentença que julga procedente a ação cautelar, de modo a descobrir as peculiaridades que a fazem distinta das formas jurisdicionais satisfativas, é a ausência de eficácia declaratória capaz de produzir coisa julgada material, elemento presente na ação condenatória, mas que se mostra incompatível com a *provisoriedade* atribuída ao provimento cautelar, que, antes de tudo, significa prevenção. (SILVA, 2009, p. 11)

Nesse sentido, ainda que a ação cautelar seja considerada mandamental, não ostentará a coisa julgada material, porquanto nela o magistrado decide com base num juízo de verossimilhança. Em outras palavras, se num procedimento de jurisdição voluntária o magistrado, pelo exame das provas carreadas pelo autor, reconhece que o tutor fora negligente, e por conseguinte, o destitui da função, terá havido reconhecimento da conduta negligente, mas não conhecimento, a ponto da declaração tornar-se incontrovertível numa futura demanda judicial. (SILVA, 1997, p. 183-184)

2. Processo cautelar e processos sumários.

É preciso esclarecer a confusão que se faz entre as medidas processuais de cunho preventivo que não são verdadeiramente cautelares; as que embora ostentem função cautelar, vão além, *satisfazendo por antecipação* o direito da parte; e, finalmente, as autênticas medidas cautelares que *protegem sem satisfazer*. Tal análise foi feita por Cristofolini, partindo precisamente do exame que fazia dos processos de acerto com prevalente função executiva da classificação chiovendiana, cujo exemplo mais conhecido é o processo de injunção, no direito brasileiro, mais conhecido como processo de tipo monitório. (SILVA, 2009, p. 12)

Com efeito, o provimento judicial que *satisfaz* a pretensão ou o direito subjetivo afirmado pela parte, e não se limita a assegurar determinada situação jurídica é bem diferente da tutela de simples segurança prestada pela sentença cautelar, que não satisfaz, mas assegura a futura satisfação de um direito pretendido pelo requerente.

Desde os idos da Idade Média, dois conceitos fundamentais eram utilizados pelos juristas na solução da distinção traçada no presente momento e que são aproveitados até os dias de hoje: *damnum irreparabile* e de *periculum in mora*. Este último se refere a *certas causas* que por algum motivo (urgência, relevância etc.) recomendam um processo sumário. Já a primeira diz respeito a um elemento ocasional de risco de dano iminente, capaz de ocorrer em qualquer causa.

Ao se tutelar com base no *periculum in mora*, extirpava-se do procedimento ordinário todas as formalidades tornadas inúteis; já nos casos de proteção contra o *damnum irreparabile*, a tutela consistia na outorga de uma garantia jurisdicional contra um estado emergencial, surgido em razão de circunstâncias extraordinárias que exigiam a proteção do direito sem a satisfação antecipada.

Mas, trazendo aos dias atuais os conceitos de que se vale a doutrina moderna para conceituar a tutela cautelar (*fumus boni iuris e periculum in mora*), percebe-se que tais categorias não definem, absolutamente, a cautelaridade. A uma, porque a primeira é pressuposto genérico para todo e qualquer tipo de procedimento que autorize a *cognição sumária*. A duas, porque a ideia de *periculum in mora* ainda que autorize o encurtamento do procedimento em virtude da *aceleração procedimental* que ora se busca, tal procedimento continua ordinário. (SILVA, 2009, p. 15)

No entanto, o que irá diferenciar o processo cautelar dos processos sumários é a possibilidade ou não de *duplicação* de lides na prestação da tutela processual. Em outras palavras, a medida jurisdicional tomada para evitar a ocorrência de um dano iminente, típico da tutela cautelar, pode não satisfazer a pretensão principal, mas assegurar o êxito da demanda, como por exemplo: seqüestro da coisa litigiosa na ação reivindicatória. Nesse caso, estamos diante de uma tutela cautelar, pois o seqüestro não se insere na lide reivindicatória como um de seus elementos. Já aqueles casos em que o “bem da vida” deve ser antecipado em virtude do *periculum in mora*, uma vez que o credor não pode esperar – por exemplo: ação de alimentos – estaremos diante de um processo sumário, já que a satisfação foi antecipada, compondo o provimento, ainda que provisório, os elementos da referida ação.

3. Execução provisória e inibitória.

É de se ver que tanto a aceleração da tutela final executória, quanto seu respectivo expediente contrário, cuja meta é a anulação dos efeitos de imediata realização do Direito, conhecida por tutela inibitória, podem ser adotadas com base no mesmo princípio e sob o mesmo fundamento de *periculum in mora*, sendo suficiente para demonstrar que nenhuma das tutelas em questão corresponde a uma demanda verdadeiramente cautelar. (SILVA, 2009, p. 17)

Por muito tempo, a sentença e a coisa julgada foram conceitos interdependentes e simultaneamente realizados, uma vez que o recurso de apelação só apareceu como criação da prática judiciária no Direito imperial. Em outras palavras, a *res deducta*

transformava-se em *res iudicata* pelo julgamento, mas, com a possibilidade de impugnação do provimento de primeiro grau, a coisa julgada passou a depender da confirmação da sentença pelos órgãos da jurisdição superior.

Mas os problemas concernentes à execução provisória tiveram origem no Direito medieval, quando a essa altura, então deveras comprometido com os valores da nascente civilização mercantil, em pleno limiar da Idade Moderna, já se exigia instrumentos jurisdicionais adequados e compatíveis com os anseios econômicos e sociais. Com efeito, a dinâmica do vetusto processo romano-canônico (asfixiado em seu formalismo) e a proliferação de recursos dotados de efeito suspensivo soavam incompatíveis com as exigências do já intenso e crescente comércio mediterrâneo.

Nesse sentido, o processo sumário surgiu como uma forma de antecipar a satisfação do direito perseguido pelo demandante, de tal modo que a *técnica de sumarização* atende à necessidade de obviar a *demora* na obtenção da sentença, evitando a morosidade natural do procedimento ordinário. E a execução provisória é expediente técnico antecipatório da execução, já que antecipa provisoriamente os efeitos da sentença que julga os pedidos procedentes.

Àquelas ações em que há restrição à cognição ordinária de modo a se conferir *antecipação da execução*, Chiovenda denominou-as de *declarações com prevalente função executiva*, cuja técnica processual tem por finalidade a rápida produção do título executivo.

O que caracteriza o processo monitorio é a circunstância de ser o *mandatum* liminar emitido sob uma cognição sumária e sem a prévia audiência da parte demandada, cuja inércia diante da emissão do preceito mandamental, transforma a sentença liminar em título executivo. Se porém, impugna o demandado, opondo as eventuais exceções de que dispõe, a ordem se transforma em mera citação e o processo se desenvolve como um processo ordinário.

Nesse sentido, o processo injuncional ou monitorio se sustenta em dois princípios, a saber: a) o da sumariedade da cognição; e b) a outorga antecipada da eficácia própria da sentença final, pois se o réu não se defender e a decisão liminar transitar em julgado, transforma-se em sentença condenatória.

Portanto, tanto os processos monitorios quanto os cautelares são espécies do gênero *processos sumários* por conterem limitações no campo de investigação probatória, e sob o prisma de que não observam o procedimento ordinário podem ser classificados como *procedimentos especiais*.

Contudo, diferente dos procedimentos monitórios cujas demandas são *eleitas antecipadamente* pelo legislador a se submeterem a um tratamento diferenciado, as demandas cautelares definem-se por responder a um estado de perigo e urgência não previsto *pelo legislador*, capaz de pôr em risco a incolumidade de uma situação de direito material, ou mesmo o direito processual, passando sempre sob o crivo do magistrado que mediante seu poder geral de cautela, deverá avaliar a ocorrência da *situação perigosa*, na análise do caso concreto. (SILVA, 2009, p. 23)

Ademais, não se pode confundir a tutela cautelar com as medidas jurisdicionais *antecipatórias*, enquanto formas de execução provisória, pois aqueles que não o fazem, jamais estarão aptos a distinguir a jurisdição cautelar e a jurisdição satisfativa.

Interessante arrematar esse tópico trazendo a lume a experiência do direito comparado, ao suprimir o *numerus clausus* dentre as hipóteses em que se permite a execução provisória, pois nos sistemas europeus é comum a outorga ao julgador de faculdade em conceder execução provisional à própria sentença, sempre que a seu juízo o direito reconhecido na sentença esteja em risco em razão da demora.

Porém, a execução provisória difere da tutela cautelar uma vez que aquela visa *proteger a própria atividade jurisdicional*, mediante a antecipação da tutela pretendida pelo demandante. Já a tutela cautelar, não tem por objetivo a proteção da função jurisdicional, mas da parte que não poderia ser satisfatoriamente tutelada por meio da jurisdição ordinária.

Por fim, é de se ver que tanto a execução provisória quanto o mecanismo inibidor dos efeitos da antecipação dos efeitos da tutela operam os mesmos elementos de uma única demanda. Ao passo que a tutela cautelar não faz parte da demanda relativa ao direito acautelado. Por essa razão, não podem ser confundidas.

4. Autonomia da tutela cautelar.

O autor esclarece que de acordo com Calamandrei

“a tutela cautelar pode ser mais facilmente definida por sua finalidade (antecipação dos seus efeitos da providência principal), do que propriamente através de sua ontologia (qualidade declarativa e executiva)”. (CALAMANDREI, apud SILVA, 2009, p. 34)

Essa qualidade de antecipar os efeitos da providência principal está acima dos interesses individuais, é um interesse coletivo, visando garantir um bom funcionamento da administração da justiça, *“sendo uma medida de polícia judiciária necessária para*

garantir a columbia do processo, muito mais do que interesse da parte” (BARROS; MACHADO, 2011, p. 14-15).

Assim, a ação cautelar será considerada como “meras ações”, diferentemente das ações verdadeiras (principais), tendo em vista que a tutela jurisdicional cautelar será prestada sem a certificação de algum direito que servisse de fundamento pela sentença, utilizado no interesse do estado e não no interesse individual. As tutelas cautelares são um instrumento para defender os direitos subjetivos e garantir a eficácia do provimento principal.

Assevera o autor da obra seminarizada que existem três pressupostos que contribuíram diretamente para a concepção moderna de autonomia da tutela cautelar.

O primeiro foi à necessidade de outorgar aos juízes, dos sistemas derivados do direito romano-canônico, um poder de *imperium* que eles não dispunham. Esse pressuposto induziu Calamandrei a “*dizer que a tutela cautelar corresponderia a de uma guardiã da atividade jurisdicional*”. (SILVA, 2009, p. 35).

A formação do processo de conhecimento é uma simples versão moderna do procedimento romano privado da *actio*, onde não há lugar para as jurisdições imperativas (*imperium*), que eram reservadas ao pretor romano.

Baptista da Silva esclarece a diferença entre a origem do direito continental europeu e o direito de sistema *commom law*:

- “*se nos fosse lícito comparar a herança recebida do Direito Romano pelo Direito continental europeu, através do Direito Canônico, como o sistema da commom law, diríamos que os ingleses conceberam seus magistrados à imagem do praetor, enquanto o sistema do Direito Civil fê-los segundo o sistema o modelo do iudex que, como se sabe, não passa de um simples cidadão romano, investido nas funções de julgador, porém despido de qualquer poder de império de que apenas o praetor desfruta*”. (SILVA, 2009, p. 39).

Portando, Baptista da Silva conclui que

“*o ‘processo de conhecimento’ descende diretamente da actio, enquanto a tutela cautelar provém dos interdicta romanos, de modo que o resultado do primeiro haverá de corresponder a uma setentia, de um iudex privado, impotente para realizar a sanção que a sentença condenatória, segundo Liberman, apenas aplica, porém não realiza.*” (SILVA, 2001, p. 40).

Segundo pressuposto é de que a verdadeira jurisdição é apenas declaratória. Onde o juiz possa estabelecer, em procedimento probatório exauriente, a verdade dos

fatos, declarando ao final, na sentença de mérito, o direito das partes. Neste momento surge a dependência da tutela cautelar, que por não ter força de coisa julgada, deverá fazer parte de uma lide de maior amplitude para legitimar a coisa julgada.

Esse entendimento exclui o processo cautelar do âmbito do processo de conhecimento, visto que este pressupõe a composição da lide com o resultado final da coisa julgada (definitiva), declarando o direito às partes. Já o processo cautelar não tem o condão de coisa julgada, não ocorrendo à verdadeira cognição jurisdicional. Assim, a existência de uma lide, onde o processo cautelar é um instrumento de sistematização provisória da lide, para que no final ocorra uma decisão no processo de conhecimento.

Para Baptista da Silva, a jurisdição cautelar e a jurisdição voluntária não há uma decisão definitiva da lide, não produzindo sentenças com coisa julgada material, podendo ter novo exame em demanda subsequente. Contudo, isso não impede de dizermos que a sentença cautelar seja definitiva, tendo em vista que a própria doutrina entende que o conceito de definitividade da sentença é um provimento que encerra uma determinada demanda.

Podemos concluir então que

“somente poderá haver decisão, segundo essa doutrina singular, quando o provimento judicial compuser definitivamente a lide, de onde se conclui que a sentença cautelar não contém decisão em sentido próprio, não passando, portanto, de uma simples sistematização provisória da lide”. (SILVA, 2001, p. 40).

Partindo da lição de Kant, poderemos determinar o terceiro pressuposto. Kant observou que o direito é uma relação interpessoal, posto que não poderá ter uma relação jurídica entre uma pessoa e uma coisa. Essa pessoalização do direito real trouxe como consequência a universalização da sentença condenatória, com sua impotência executiva. Essa universalização solidificou o predomínio da *actio* sobre os juízos interditais, aumentando o sentido privado da jurisdição.

Nesse sentido, o processo declarativo que, além de se sujeitar-se rigidamente ao princípio dispositivo, ainda universalizou a ordinaryidade, ao consagrar a exclusividade da ação condenatória, transferindo para um processo autônomo posterior todas as formas de tutela executória (SILVA, 2001, p. 41).

Conclui então o autor que

“se para Calamandrei, as medidas cautelares não se contrapõem ao processo de cognição e a de execução – por sua substância, ou pela qualidade de seus efeitos, dado que os provimentos cautelares podem ter conteúdo de cognição ou de

execução - de ambas as funções (principal) se distingue em virtude da finalidade para a qual foram criadas, enquanto providências destinadas a assegurar a eficácia daquelas duas formas de atividades jurisdicionais.” (SILVA, 2001, p. 42).

5. Segurança da execução e execução para segurança.

Segundo Baptista da Silva, a execução provisória no Direito Brasileiro é limitadíssima e só admissível em casos expressos, devidamente previstos na legislação, enquanto nos sistemas europeus a tendência se orienta no sentido de transformar todo o instituto da execução provisória em benefício condicionado apenas a apreciação do magistrado, que deverá conceder sempre que a urgência justifique a antecipação da eficácia executória.

Nos sistemas jurídicos europeus a execução provisória se orienta no sentido oposto do direito brasileiro. Enquanto aqui há uma regra taxativa que não admite exceções prevendo os casos em que caberá execução provisória, lá regra é a possibilidade de executar-se provisoriamente a sentença segundo os critérios de oportunidade e conveniência, avaliados pelo juiz e não em circunstâncias impostas pela lei.

Existem alguns casos em que a própria lei assinala os casos de concessão de execução provisória tal qual nosso Direito. Mas a tendência moderna aponta justamente para a outorga dos poderes ao arbítrio do juiz para a cláusula de concessão da execução provisória, em qualquer demanda, desde que lhe pareça que a recusa da realização imediata do direito reconhecido na sentença possa causar ao autor vitorioso um dano irremediável.

A suspensão da execução provisória só ocorrerá na instância superior se houver motivos graves que desaconselhem a execução imediata da sentença sujeita a recurso.

As questões mais controvertidas diziam respeito ao limite de discricionariedade do magistrado, quando se verificasse o *periculum in mora*, pois consistia em mera faculdade o juiz conceder ou não a execução provisória.

Outro problema verificado diz respeito à natureza do provimento jurisdicional que concede a antecipação da eficácia sentencial, com fundamento no *periculum in mora*. Outorgando a sentença o benefício da execução imediata, essa antecipação da eficácia executiva, quando determinada pela urgência e não pela natureza da causa, permaneceria como execução ou transformar-se-ia em provimento cautelar?

Segundo Chiovenda, toda execução provisória concedida pelo juiz, sem este estar obrigado por lei a fazer, deixaria de ser execução para se transformar em medida cautelar. Mas, de acordo com Baptista da Silva, ter-se por cautelar a *execução urgente*, ampliando os limites por cláusulas genéricas, acabaria suprimindo o instituto, transformando em um passe de mágica, em medidas cautelares.

Visando explicar o erro, o autor esclarece: -

“O erro, em verdade nem chega a ser jurídico. Trata-se de um inoculável equívoco gramatical, cometido pelo grande jurista. Realmente, quando dizemos que a execução é urgente, determinado pelo pericolo nel ritardo, estamos a qualificar a execução, de modo que seria um grave erro supor que o adjetivo utilizado pudesse destruir o substantivo que ele deveria apenas, qualificar. Se tiver uma execução normal e outra excessivamente morosa, por certo terei duas execuções, nunca uma execução e uma medida cautelar. A urgência por si só não seria capaz de caracterizar a cautelaridade. Como diria Satta, verifica-se em tal caso, uma confusão entre “provimento de urgência” e “urgência de provimento”, o primeiro cautelar, porém decididamente executivo o último”. (SILVA, 2001, p. 47).

O autor cita também a diferença que Calamandrei faz do que ele chama de segurança da execução e execução para segurança. De acordo com o autor a relação de instrumentalidade que liga a medida cautelar ao provimento definitivo é o que distingue este instituto do instituto da predominante função executiva. Este nasce com a esperança de que não ocorra uma providência posterior que lhe impeça de se converter em definitivo. Aquele espera uma providência posterior definitiva, sem ter a vontade de se converter em definitivo, sendo assim, destinado em desaparecer por falta do objeto.

Esclarece também que, para essa linha de doutrinadores, as medidas cautelares podem antecipar os efeitos decisórios ou efeitos executivos, desde que não antecipe a própria decisão. A única limitação dos provimentos cautelares seria a impossibilidade de os mesmos conterem antecipações da providência decisória final.

Analisando esses ensinamentos, o autor discorda dessa parte da doutrina, dizendo que tutela cautelar, antes de mais nada, deverá ser apenas cautelar, sem realizar antecipação dos direito acautelados. Esclarece que não considera os alimentos provisórios e a reintegração de posse do empregado que foi despedido injustamente, como cautelares, tendo em vista que tudo que importe em realizações, ainda que por tempo limitado, do direito que se deveria conceder proteção, deixa de ser mera cautelaridade e passa a ser tutela satisfativa, sob alguma forma de execução provisória. Para o autor, qualquer antecipação do efeito da sentença que se der em virtude do *periculum in mora*, então esta espécie de execução provisória qualifica-se como

execução para segurança, ou seja, execução urgente, que não obstante ser urgente, conserva a natureza de tutela executória.

Corroborando com essa distinção, Flaviane de Magalhães Barros e Felipe Daniel Amorim Machado ensinam que

“as tutelas de urgência antecipatórias possuem como características a satisfatividade, ou seja, atingem o bem da vida pretendido no processo principal, o fato discutido no mérito da causa. Logo, a mais importante diferença que caracteriza a cautelaridade da tutela antecipada é que ela não é satisfativa”. (BARROS; MACHADO, 2011, p. 14)

Nesse sentido, não podemos dizer também que todas as liminares são cautelares, visto que a liminar antecipa uma eficácia própria da futura sentença de procedência, sendo portanto, um ato do processo, provocando apenas uma inversão nas fases ordinárias. E para que possamos ter como cautelares as liminares, deveriam ter o requisito de *periculum in mora* apreciado em todos os casos, mas muitas delas não preenchem esse requisito.

O autor concluiu seu ensinamento dizendo que “foi através da identificação conceitual entre execução provisória urgente (execução para segurança) e tutela cautelar (apenas segurança de uma futura execução) que o direito italiano livrou-se de seus compromissos ideológicos com a doutrina francesa, que sempre demonstrou aversão pelo reconhecimento de poderes discricionários aos magistrados, aos quais – pelo modelo liberal emergente da revolução francesa – deveriam limitar-se a produzir jurisdição declaratória”. (SILVA, 2001, p. 66).

6. Direito substancial de cautela.

Chiovenda consagrou a ação cautelar como *autônoma* e, posteriormente, Calamandrei identificou esta autonomia no *procedimento* cautelar. A doutrina reconhece a existência de uma *função* cautelar. Assim, a autonomia da tutela cautelar é vista como *função* ou então como *procedimento*.

Entretanto, o que o autor se propõe a investigar é se existe, ou não, um *direito material à segurança*, a ser instrumentalizado pelo processo.^b Calamandrei define a tutela cautelar simplesmente pela sua *instrumentalidade*, ou seja, apenas pela *função* que as medidas cautelares desempenham.

Galeno Lacerda e Calmon de Passos afirmam que não se pode negar a existência de um direito subjetivo material à segurança, mas dele não cuida a função cautelar, pois esta tem por fim a tutela do processo, não do direito subjetivo.^b Para o autor, os

funcionalistas não admitem que a finalidade da tutela cautelar seja a de proteger um direito material à segurança, cuja existência muitos deles até admitem.

Ovídio Baptista afirma que as ações de conhecimento ou de execução não são competentes nem adequadas a tutelar essa pretensão à segurança, diante de uma situação de ameaça de dano irreparável ao direito que ela expressa.

Para ele, o Estado, com o monopólio da jurisdição, sempre que a urgência reclamar uma resposta imediata, terá que optar por proteger o direito aparente, cuja averiguação exaustiva é impossível, ou, caso contrário, terá que reconhecer que aquele direito fora lesado ou destruído, em virtude da demora natural inerente à atividade jurisdicional.

Afirma, ainda, que a pretensão de direito material à segurança é elemento inerente ao fenômeno jurídico e, por isso mesmo, não deve ser buscada no Direito Processual, como também não o devem ser as demais pretensões de direito material, mas sim no direito constitucional.

Defende que a resistência da doutrina processualista em reconhecer e aceitar a existência de um direito substancial de cautela decorre do fato da sentença cautelar não fazer coisa julgada, pois essas decisões mais ordenam do que julgam.

Para ele, é preciso admitir uma forma de proteção jurisdicional a um direito apenas suposto, sem que a sentença o declare existente.

Assim, o que impede o reconhecimento de uma forma de tutela jurisdicional de simples aparência é o arraigado pressuposto de que a função do processo deva necessariamente conduzir à coisa julgada material; ou então que sua finalidade seja a de compor definitivamente a lide, resultados que nunca serão alcançados no processo cautelar.

7. Primeiro pressuposto: sumariedade da cognição.

A demanda cautelar é sumária sob dois aspectos: sob o ponto de vista material e sob o ponto de vista procedimental, diante da urgência, incompatível com a cognição exauriente do procedimento ordinário.

Diz o autor que somente será possível a invocação do pressuposto “iminência de dano irreparável” ao interesse para cuja proteção se invoca a tutela cautelar, se for possível demonstrar a urgência de uma resposta jurisdicional que a ordinariade não seria capaz de oferecer.

O juízo de simples verossimilhança para cuja proteção se invoca a tutela de segurança é pressuposto e limite desta modalidade especial de atividade jurisdicional, pois a proteção cautelar não pressupõe somente a simples aparência do direito a ser tutelado, mas exige que ele não apareça ao julgador como uma realidade evidente e indiscutível.

Caso contrário, a resposta jurisdicional não deverá mais ser a tutela de simples segurança, mas alguma forma de tutela definitiva e satisfativa.

Afirma que esta luta constante no processo contra o tempo, este anseio pela efetividade, é que determinam o crescimento não só das tutelas cautelares, mas das outras formas de tutelas sumárias não cautelares, ou seja, das tutelas urgentes.

Conclui dizendo que toda medida cautelar, adotada sob o signo da urgência, sustenta-se necessariamente num juízo de simples verossimilhança, traduzido em cognição sumária, mas nem todas as formas de cognição sumária serão, só por isso, cautelares, pois o *fumus boni iuris*, embora indispensável à tutela cautelar, não é exclusivo desta espécie de proteção jurisdicional.

8. Segundo pressuposto: iminência de dano irreparável.

Em questão de tutela cautelar, o que se busca é o tratamento processual dessa pressão temporal determinada pela urgência.

A sumariedade da cognição (*fumus boni iuris*) é, em verdade, determinada pela situação de dano iminente a que se encontra exposto o *direito provável* a ser protegido pela tutela cautelar. Para o autor, é esta emergência de dano iminente que determina e condiciona os demais pressupostos.

O *periculum in mora* equivaleria, portanto, ao risco de dano iminente.

Afirma o autor que o conceito de *periculum in mora* como pressuposto para a tutela cautelar está há muito superado, diante da distinção existente entre uma medida cautelar e uma outra provisão de natureza satisfativa, concedida como medida antecipatória, que corresponda à execução provisional urgente, fundada no *periculum in mora*.

Cita como exemplo deste equívoco doutrinário o entendimento de que o art. 653 de nosso CPC contemple uma hipótese de verdadeiro *arresto* e não uma *penhora* antecipada. Se isto fosse correto diz o autor, “teríamos de admitir que o credor que promove a execução – naturalmente amparado por um título executivo – terá direito à penhora...salvo se ocorrer necessidade de proceder-se a essa *penhora urgente*. Neste

caso, ele não poderá mais penhorar, mas apenas arrestar para que, num momento subsequente, lhe seja restituído o direito à penhora!”

Por isso, o autor defende que a *iminência de dano irreparável* é pressuposto da medida cautelar, ao invés de considerar o *periculum in mora*, pois este sugere a ideia de *antecipação da tutela satisfativa*, e isto não passaria de execução provisória.

9. Terceiro pressuposto: a temporariedade.

O autor afirma que a tutela cautelar deve ser temporária em dois sentidos:

porque deve durar enquanto dure a *situação de perigo* a que esteja exposto o interessado tutelado;

a sentença que a contém jamais poderá adquirir a *indiscutibilidade* que torna permanente a coisa julgada material.

Entretanto, diz que esta *temporariedade*, própria da tutela cautelar, necessita ser distinguida entre o que seja *temporário* e aquilo que seja *provisório*.

Para tanto, o autor cita Lopes da Costa: “os andaimes são temporários, mas não são provisórios. Eles devem permanecer até que o trabalho exterior de construção do prédio seja ultimado. ‘São, porém, definitivos, no sentido de que nada virá substituí-los’. Essa temporariedade, no entanto, difere do modo como o desbravador dos sertões se serve da barraca onde acampa, até que possa construir uma habitação definitiva. A barraca, neste caso, desempenha uma função provisória, posto que será substituída pela habitação definitiva. ‘O provisório é sempre trocado por um definitivo’”.

Afirma, ainda, que o provisório somente poderá ser substituído pelo definitivo se houver entre ambos, como observou Calamandrei, uma identidade de seus efeitos, de modo que o provisório *tenha a mesma natureza do definitivo*, pelo qual haverá de ser “trocado”, isto é, se for uma antecipação do definitivo!

Mas, além disso, o autor ressalta que há outro aspecto ainda mais importante que caracteriza a *temporariedade* exigida para a tutela assecurativa: a de que ela seja em si mesma temporária e igualmente o seja *em seus efeitos*.

Conclui dizendo que os provimentos cautelares devem ter duração limitada no tempo, tanto no plano jurídico (normativo) como em seus *efeitos fáticos*.

10. Quarto pressuposto: a situação cautelanda.

O autor define a *situação cautelanda* como um *interesse juridicamente protegido*, mas não reconhecido pela ordem jurídica como um direito subjetivo. É o que

se dá na ação civil pública em defesa do meio ambiente, do consumidor, e de outros interesses supra-individuais ou, ainda, na ação popular.

A *situação cautelanda* pode ser identificada, pois, tanto como um direito, pretensão ou ação nascidos do campo do direito material, quanto com as categorias análogas nascidas do direito processual.

11. Quinto pressuposto: sentença mandamental.

O autor diz ser impossível a construção de uma teoria coerente da tutela de simples segurança sem a prévia aceitação da categoria das ações e sentenças mandamentais.

Para ele, a tutela cautelar exige um provimento que seja, ao mesmo tempo, jurisdicional, incapaz de produzir coisa julgada e *definitivo*, no sentido de corresponder a uma particular espécie de tutela jurisdicional que se completa com uma sentença que encerra a relação processual, como qualquer sentença de mérito e, mesmo assim, não declare a existência do direito assegurado, de modo que se forme sobre este ponto coisa julgada material.

Em síntese: uma sentença que contenha mais ordem do que julgamento, mas império do que cognição, enfim, onde o magistrado mais ordene do que julgue.

Entretanto, adverte o autor, se a sentença mandamental é a única expressão jurisdicional capaz de comportar a tutela cautelar, nem todas as sentenças desta classe, que ofereçam proteção contra o dano iminente, poderão ser incluídas na classe das sentenças cautelares.

Para ele, o *dano irreparável* nem sempre obtém resposta jurisdicional através de um provimento cautelar. Ele pode ser evitado, pelo menos, por outros dois instrumentos processuais:

- a) através de um simples expediente recursal, não existente em nosso Direito;
- b) através de uma ação satisfativa, como o mandado de segurança.

A sentença cautelar, portanto, além de ter a *mandamentalidade* como sua eficácia preponderante, deve, ao mesmo tempo, conter a eficácia declaratória em grau de intensidade tão reduzida que não lhe seja possível a aquisição da estabilidade própria da coisa julgada material, que a sentença cautelar não pode possuir.

Assim, nem toda *tutela urgente* pode ser definida como cautelar, mas todas elas, sejam cautelares ou não, devem ser postas no sistema jurídico como remédios extraordinários, para situações especiais.

12. Bibliografia.

BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel de Amorim. *Prisão e medidas cautelares: nova reforma do processo penal – lei n.º 12.403/2011*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do Processo Cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do Processo Cautelar*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

**AÇÃO DE EXECUÇÃO OU CUMPRIMENTO DE SENTENÇA: AS
CONSEQUÊNCIAS DO ERRO DO CREDOR NA ESCOLHA DO
PROCEDIMENTO NO QUE DIZ RESPEITO ÀS POSSIBILIDADES DE
DEFESA DO DEVEDOR**

**ENFORCEMENT ACTION OR EXECUTION OF SENTENCE: THE
CONSEQUENCES OF ERROR IN CHOOSING THE LENDER'S
PROCEDURES WITH RESPECT TO THE DEBTOR'S ABILITY TO DEFEND
ITSELF**

Matheus Adolfo Gomes Quirino¹

Resumo: Trata-se de estudo de caso concreto em que sentença arbitral foi executada como título extrajudicial. A análise é feita especialmente sobre as formas de defesa que o devedor poderia utilizar para a arguição do erro do procedimento, sem prejudicar exame de pedido de decretação da nulidade da sentença arbitral.

Abstract: This is real case study in which the arbitral sentence was demanded as an extrajudicial title. The analysis is specifically about ways of defense that the debtor could use to argue the error procedure, without harming the exam for declaration of invalidity of the arbitral sentence.

Palavras-chave: Direito processual civil – Execução de título judicial e extrajudicial – Sentença arbitral – Mecanismos de defesa – Erro de procedimento – conseqüências.

Keywords: Civil procedural law – Enforcement of judicial and extrajudicial title – Arbitral Ruling – Defense mechanisms – Error procedure – consequences.

¹ Professor de Direito Empresarial da Unipac-Itabirito. Advogado. Mestre em Direito Empresarial. Pós-graduado em direito processual. Ex-procurador do Município de Itabira. Bacharel em Direito pela UFMG.

1. Introdução

O presente trabalho debruça-se na análise superficial de um caso concreto, surgido neste ano de 2012 e ainda não solucionado pelo Poder Judiciário mineiro.

Trata-se de uma ação de execução de quantia certa contra devedor solvente que tramita perante uma das Varas Cíveis da Comarca de Belo Horizonte.

O título que embasa tal ação de execução é uma sentença arbitral: um título executivo judicial, portanto.

Todavia, a ação de execução foi proposta nos moldes do Livro II do Código de Processo Civil, como se o título que a embasa fosse de origem extrajudicial. Tal fato confunde e prejudica sobremaneira a confecção da correta peça de defesa.

E o caso em análise ainda possui a particularidade de que o devedor, executado, buscava a decretação de nulidade da sentença arbitral, fato que traz ainda mais particularidades às possibilidades de defesa.

Sem nenhuma pretensão no sentido de esgotar o tema ou determinar se as escolhas tomadas no caso concreto foram as corretas, propusemo-nos a trazer este estudo de caso para verificar o quanto um simples erro de escolha de procedimento implica nas formas de defesa, mormente quando o objetivo final buscado não é o simples insucesso no pleito executivo, mas sim a possibilidade de decretação da nulidade do título executivo que o embasa.

Para tanto, o núcleo do presente trabalho inicia-se com a explicação do caso concreto, para posteriormente apontar as conseqüências do erro da escolha para a confecção da defesa e elaboração do pleito anulatório, bem como as saídas possíveis para cada caso.

2. O caso concreto.

Tramitou perante Câmara de Arbitragem um procedimento arbitral em que seu demandante buscava fosse a ali demandada condenada por descumprimento de contrato firmado entre eles.

Dentre outras disposições, tal contrato impunha à demandada do procedimento arbitral – que no pacto fora contratada para prestar serviço para o contratante e demandante – uma série de obrigações a serem adimplidas, sob pena de multa.

O contrato possuía, também, cláusula compromissória, instituída nos moldes do

que dispõe a legislação.

O procedimento arbitral foi instalado e seguiu seu curso.

Ao final, o árbitro único acolheu parte dos pedidos do demandante e condenou a demandada a lhe pagar multas contratuais, além de reparações decorrentes da obrigação que reconheceu parcialmente inadimplida.

No prazo da lei, a parte a demandada, condenada no procedimento arbitral, apresentou pedido de esclarecimentos da sentença arbitral em que alegava que parte do litígio levado a exame pela justiça privada não fora decidido, apontando uma série de fatos e argumentos que, inobstante argüidos no procedimento, não foram objeto de exame do sentenciante.

O sentenciante respondeu ao pedido de esclarecimentos. Entretanto, no sentir da condenada, os pontos omissos não foram examinados, padecendo a sentença arbitral do vício de não ter solucionado todo o litígio levado a exame da justiça privada².

No entretanto, dada a irrecorribilidade da sentença arbitral, a irresignação da condenada só poderia ser expressada no Poder Judiciário, em ação cível que fosse manejada para se alcançar a decretação da nulidade da sentença arbitral ou a elaboração de novo laudo.

O artigo 32 da Lei 9.307, de 23 de Setembro de 1996, dispõe acerca das hipóteses de nulidade da sentença arbitral:

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nulo o compromisso;

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

O condenado pela arbitragem entendeu que a sentença arbitral se enquadraria na hipótese de nulidade do inciso V do artigo 32 da lei da arbitragem; a mesma lei também determina o prazo e forma em que essa decretação de nulidade pode ser buscada no Poder Judiciário:

² Sentir expressado em novo pedido de esclarecimento, rejeitado.

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido:

I - decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII;

II - determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses.

§ 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.

Entretanto, dentro do prazo nonagesimal para o manejo da ação e antes de ter ajuizado a ação própria, a requerida foi citada para responder à ação de execução da sentença arbitral.

Caso o processo executivo tivesse sido elaborado corretamente, bastaria ao executado apresentar, junto com sua defesa, a argüição de nulidade da sentença arbitral, pois o tem seria normalmente examinado. Entretanto, não o foi.

E é neste ponto que surge o tema que interessa a este estudo: apesar de não qualificar na petição inicial a execução como uma ação de execução de título extrajudicial, o credor inegavelmente optou por este rito do Livro II do CPC, visto que, além de literalmente delimitar na qualificação das partes que o exequente apresentava a ação de execução *com fundamento nos artigos 646 e seguintes do Código de Processo Civil*, ainda expressamente requereu:

Isto posto, requer a citação da Executada, na pessoa de seu representante legal, para pagar no prazo de 03 (três) dias, o valor total do débito, devidamente corrigido e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do artigo 406, (SIC) do Código Civil Brasileiro, c/c o artigo 161, (SIC) do Código Tributário Nacional, custas judiciais e honorários advocatícios a serem arbitrados por Vossa Excelência, que serão reduzidos à metade no caso de pagamento, sob pena de penhora em não o fazendo, requerendo desde já o Exequente para esta hipótese, (SIC) o bloqueio judicial de ativos financeiros existentes em nome da Executada, em valor correspondente ao montante total da dívida, através do sistema BACEN-JUD.

O problema que surgiu decorre do fato de que a sentença arbitral é não é título executivo extrajudicial, mas sim título executivo judicial, a teor do que dispõe o artigo 475-N do CPC.

No ordenamento jurídico brasileiro impera o princípio da tipicidade das medidas executivas notadamente em relação à ação de execução por quantia certa. Na lição de

José Miguel Garcia Medina, por tal princípio, que prepondera nas ações de execução por quantia certa, a esfera jurídica do executado só pode ser afetada por formas executivas taxativamente estipuladas na norma instrumental e que sejam seguidas conforme cada caso, a fim de possibilitar ao demandado algum grau de previsibilidade acerca dos modos de atuação executiva³ e, por óbvio, de defesa.

Ainda impera o princípio da adequação, apontado, nas palavras de Araken de Assis, como o meio executório predisposto que se mostrar idôneo a atuar compulsoriamente para alcance do objeto reclamado.

No entanto, tais princípios foram desrespeitados.

3. As consequências do erro de procedimento para o executado e a dificuldade do manejo da defesa.

Conforme ensina Cândido Rangel Dinamarco, recebem o nome de título os fatos aos quais o ordenamento jurídico confere aptidão a tornar adequada cada espécie de processo e de provimento jurisdicional⁴.

Não resta dúvida que a sentença arbitral é título executivo. E mais: não resta dúvida que é título executivo judicial e, como tal, pode ser objeto de excussão através do Poder Judiciário. É a letra da lei instrumental, o artigo 475-N, do CPC.

No entretanto, a ação de execução foi apresentada pelo rito do Livro II do Código de Processo Civil, e não pelo rito do cumprimento de sentença

O que poderiam causar aparente confusão seriam as mudanças ocorridas a partir da pequena reforma do código de processo civil, que teve como principal objetivo a simplificação da execução de sentenças judiciais, notadamente com a criação dos artigos 475-A a 475-R do CPC e revogação da execução de título judicial como processo autônomo.

A Lei 11.232, de 22 de Dezembro de 2005, ao estabelecer a fase de cumprimento da sentença no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, mudou sensivelmente a sistemática de excussão fundada em títulos judiciais.

Atualmente é incabível o manejo de ação de execução de título judicial; o cumprimento de sentença passou a ser fase do processo de conhecimento.

³ MEDINA, 2008, págs. 48/49.

⁴ DINAMARCO, 2002, pág. 430.

No entanto, nos processos expropriatórios fundados em sentença arbitral, há o que Humberto Theodoro Júnior denomina de procedimento especial (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 597).

Isto porque o cumprimento da sentença arbitral não é precedido de uma fase de conhecimento realizada no próprio Poder Judiciário estatal. Como consequência, o devedor não é intimado, através de advogado já constituído nos autos, para pagar a dívida fixada na decisão privada. É a lição do processualista:

As decisões proferidas em juízo arbitral e as relativas à homologação da sentença estrangeira, no entanto, podem retratar obrigações líquidas. Nessas hipóteses, não há procedimento de liquidação no juízo da execução. A eventual atualização da dívida será feita por memória de cálculo preparada pelo credor, ao requerer a execução, no juízo cível competente. Como naquele juízo não correu processo condenatório, ao iniciar a execução, o devedor será citado primeiro para pagar em 15 dias a quantia devida. Depois de transcorrido dito prazo, sem o adimplemento, é que se expedirá o mandado de penhora e avaliação (art. 475-N c/c art. 475-J, *caput*)⁵.

A utilização do procedimento cumprimento de sentença para a excussão da sentença arbitral é, pois, ato que se impõe. Segundo Nelson Nery Júnior:

Para a sistemática do CPC, têm a mesma força e eficácia os títulos executivos judiciais e extrajudiciais. O *título executivo extrajudicial* enseja ação de execução direta, que se processa de acordo com o Livro II do CPC (Processo de Execução). O *título executivo judicial* enseja ação de execução direta, não pelo procedimento formal do Livro II do CPC, mas pelo instituto do *cumprimento da sentença*, criado pelo CPC 475-I *et seq.* (L.11232/05), de procedimento mais célere e informal, que equivale à denominada execução *lato sensu*, que se efetiva com a simples intimação para cumprir o comando que emerge da sentença condenatória. Em suma: com o advento da reforma processual trazida pela L 11232/05, duas são as formas de se ajuizar ação de execução: a) *título judicial*: cumprimento de sentença (CPC 475-I); e b) *título extrajudicial*: execução do Livro II do CPC (Processo de Execução), mas de acordo com o já mencionado instituto do cumprimento de sentença (CPC 475-I), frise-se novamente, mais célere e informal, este procedimento tem natureza de ação. A diferença está apenas na simplificação *procedimental* empreendida pela reforma trazida pela L 11232/05. Portanto, o cumprimento da sentença tem de ser fundado em títulos executivos judiciais (*nulla executio sine titulo* – CPC 618-I), que se encontram enumerados no CPC 475-N⁶.

Este procedimento especial é também admitido por Freddie Diddier Jr. *et alia*, que ensinam:

A sentença arbitral é, também, título executivo judicial (CPC, art. 475-N, IV). Por tratar-se de título produzido fora do juízo estatal, perante o qual será executado, é preciso instaurar um *processo autônomo para sua execução*, devendo o executado ser *citado*, e não intimado, para o cumprimento da decisão (e a citação é ato pessoal;...)⁷.

⁵ THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 597.

⁶ NERY JÚNIOR, 2010, p. 779.

⁷ DIDDIER Jr *et alia*. 2012, pág. 169.

O dilema decorrente do erro na escolha do procedimento adequado – de execução de título extrajudicial, quando deveria ter sido manejado cumprimento de sentença – apresenta-se com problemática multifacetada para o devedor, senão vejamos.

O primeiro ponto de fácil verificação do prejuízo suportado pelo devedor por conta do erro do credor toca o patrimônio daquele.

Isto porque, ao admitir a execução da sentença arbitral como se de título extrajudicial fosse, o Poder Judiciário mineiro causou ao devedor prejuízo correspondente a 10 (dez por cento) do valor cobrado, que foi o percentual fixado pelo juízo belorizontino para pronto pagamento da dívida⁸.

Ora, em cumprimento de sentença não há a fixação de honorários para pronto pagamento, o que implica em não incidência deste acréscimo fixado, neste caso, em 10% (dez por cento).

E que não se diga que inexistente prejuízo pelo fato do artigo 475-J do Código de Processo Civil estabelecer nos mesmos 10% (dez por cento) sobre o valor da dívida a multa pelo não cumprimento espontâneo da obrigação.

Porque de fato há diferenças: enquanto no cumprimento de sentença o devedor só se sujeitará à multa de 10% (dez por cento) caso seja intimado para pagar a condenação e não o faça, na execução de título extrajudicial o acréscimo de honorários – neste caso fixado em 10% (dez por cento) – ocorre antes mesmo de o devedor ser citado para pagar a dívida executada.

Vale dizer, resumidamente, que em cumprimento de sentença, se o devedor é provocado pelo Poder Judiciário para quitar seu débito e assim o faz, livra-se da possibilidade de acréscimo de dez por cento sobre sua dívida.

Já no caso de execução de título extrajudicial, se o devedor é provocado pelo Poder Judiciário para quitar seu débito e assim o faz, ele não se livra da certeza de acréscimo de sobre sua dívida, pois no momento em que recebe a provocação do juízo estatal os honorários já estarão fixados; poderá, tão-somente, diminuí-los pela metade, caso opte pelo pronto pagamento.

Mas, além do prejuízo material exposto, o erro na escolha do procedimento adequado atinge o devedor especialmente no que diz respeito aos mecanismos de defesa que poderia utilizar. É o que ensina Humberto Theodoro Júnior:

⁸ Percentual arbitrado nos autos.

após a reforma do CPC, duas são as vias de resistência à execução: os embargos e a impugnação. Os primeiros são oponíveis à execução fundada em título extrajudicial, e a última à execução (ou cumprimento) da sentença.⁹

Nessa sistemática, enquanto a defesa em cumprimento de sentença, denominada impugnação, deve ser apresentada pelo devedor em prazo a contar de penhora, a defesa apresentada em execução de título extrajudicial – denominada embargos do devedor – é processo incidental que deve ser apresentado em prazo a contar de simples citação e juntada, independentemente de penhora.

E a execução de sentença arbitral como se título extrajudicial fosse é procedimento notadamente inadequado, que implica em prejuízo até à apresentação de defesa.

Isto porque, e apenas para ilustração, note-se que apesar de se tratar de uma sentença arbitral, tanto estaria errada a apresentação de impugnação (art. 475-J, par. 1º, CPC) em face de uma execução ajuizada nos moldes dos artigos 646 e seguintes do CPC, quanto estaria também equivocada a apresentação de embargos contra a execução de sentença arbitral.

4. A dificuldade no pleito anulatório.

Se o erro do credor na eleição do procedimento acarreta prejuízo ao devedor no que diz respeito à dúvida quanto à forma da defesa, pior se mostra a situação do executado no que diz respeito a sua manifesta vontade de argüir a nulidade da sentença arbitral, senão vejamos.

Por força do que dispõe o parágrafo 3º do artigo 33 da Lei de Arbitragem, tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileiras admitem a possibilidade de argüição de nulidade de sentença arbitral em sede de defesa contra a sua execução.

O texto original daquele parágrafo terceiro determina que a decretação da nulidade da sentença arbitral poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.

No entanto, esta disposição é anterior à reforma do CPC que extinguiu a execução de título judicial, sendo certo que tal hipótese deve ser lida como em impugnação de cumprimento de sentença arbitral.

E a nulidade da sentença arbitral é matéria que deve ser analisada no campo

⁹ THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 177.

meritório da resposta do devedor.

Ocorre que, no caso prático em exame, tal faculdade não poderia ser exercida.

Isto porque é dever inarredável do impugnante – que neste caso também poderia abroquelar-se como embargante – argüir em preliminar o erro na escolha do procedimento executório por parte do credor.

No entanto, deste fato advém outra ameaça, qual seja a do acolhimento da matéria preliminar.

Isto porque, apesar de em tese ambicionada pela defesa – em impugnação ou embargos – a admissão da preliminar de inépcia da inicial traria um efeito colateral não pretendido, qual seja a extinção da execução sem julgamento do mérito.

Mas por que não pretendido?

Porque a extinção da execução sem julgamento do mérito implicaria em extinção do feito sem exame da argüição de nulidade da sentença arbitral que é, por óbvio, matéria de mérito.

Nesta hipótese, a extinção da execução sem exame de mérito implicaria em uma vitória manca, pois determinaria o fim da execução mal manejada – e um êxito temporário, mas teria como consequência indireta a manutenção da sentença arbitral, contra a qual a argüição de nulidade não seria examinada.

5. As saídas possíveis para a defesa do devedor.

O executado poderia, no caso em estudo, apresentar sua defesa contra a ação executiva através de embargos à execução.

Veria a favor desta opção o fato de que se trata de ação de execução de quantia certa contra devedor solvente, manejada de acordo com o Livro II do Código de Processo Civil.

E, como tal, nesta espécie de execução a resposta do devedor se dá através de embargos à execução – ou embargos do devedor, processo distribuído por dependência dos autos da execução, da qual é ação incidental.

O devedor também poderia ousar apresentar impugnação nos moldes do que dispõe o artigo 475-L do Código de Processo Civil, sob o argumento de que seria essa a defesa certa a ser instrumentalizada pelo devedor de sentença arbitral.

Também poderia lançar como argumento em favor da admissibilidade de impugnação o fato deste mecanismo de defesa ser isento de custas de distribuição, dado

o fato de não ser manejado via ação incidental, mas sim por simples petição.

Na hipótese em estudo, que trata de cumprimento de sentença arbitral, se corretamente ajuizada a ação excussória, não haveria a hipótese de apresentação de embargos à execução, mas sim de simples impugnação, que não demandaria o pagamento de custas.

E penalizar o devedor com a imposição do dever de pagar custas, justificando-a com base em erro da parte *ex adversa* é, no mínimo, injusto.

Entretanto, a saída escolhida pelo executado foi a interposição de exceção de pré-executividade. Assim foi lançado na peça:

A execução trata-se ação expropriatória em que o suposto credor escolheu o rito executivo de título extrajudicial, dos artigos 652 e seguintes do CPC, que determinam a citação do devedor para pagar o débito no prazo de 3 dias, acrescido de honorários advocatícios que requereu fossem arbitrados e assim este juízo o fez, sem qualquer ressalva do excepto.

No entanto, a sentença arbitral não é título EXTRAJUDICIAL, eis que figura expressamente no rol do artigo 475-N do CPC.

Entretanto, o ora excepto – exequente na ação executiva – ajuizou execução de título extrajudicial, em procedimento absolutamente inadequado de expropriação, que impede até a apresentação da correta defesa.

Apenas para ilustração do raciocínio exposto, note-se que apesar de se tratar de uma sentença arbitral tanto estaria errada a apresentação de impugnação (art. 475-J, par. 1º, CPC) em face de uma execução ajuizada nos moldes dos artigos 652 e seguintes, quanto estaria também equivocada a apresentação de embargos contra a execução de sentença arbitral.

O erro é tão crasso que impede a apresentação da defesa correta, qual seria a impugnação, e implicará na extinção da execução por falta de condição da ação executiva e inépcia da inicial.

No caso em tela, o excepto não utilizou o procedimento processual correto, elegendo a via inadequada da execução de título extrajudicial, maculando de maneira inarredável todo o processo.

6. As saídas possíveis para a arguição da nulidade da sentença arbitral.

Quaisquer das formas de defesa porventura escolhidas pelo devedor [embargos à execução, exceção de pré-executividade ou impugnação] lhe trariam um problema maiúsculo: ele não poderia, pelas razões já expostas no item 4, *supra*, sujeitar-se à hipótese de argüir a nulidade de sentença arbitral como matéria de mérito nenhuma espécie de defesa que tivesse em preliminar o questionamento da aptidão da petição inicial da execução de sentença arbitral como de título executivo extrajudicial.

Isto porque, como já asseverado, hipotética e provável acolhida da preliminar de inépcia da peça inicial da execução de sentença arbitral manejada como ação de execução de título extrajudicial implicaria na extinção do feito sem julgamento do mérito.

Importante observar, neste ponto, que é fator decisivo na construção de toda a argumentação da defesa o fato de que a devedora busca a anulação da sentença arbitral.

Isto porque, caso não existisse tal súplica, qualquer saída que implicasse em extinção do feito sem julgamento do mérito seria exitosa para o devedor, que veria a pretensão de expropriação de seu patrimônio fracassar.

Mas, no caso sob exame, o devedor busca mais que o simples insucesso do credor na execução: ele pretende questionar o próprio título executivo, através de ação que decreta a nulidade do título exequendo.

Dado o fato de que na exceção de pré-executividade escolhida para defesa não há exame de mérito ou instrução profunda, mas tão somente análise de matéria que o juízo poderia conhecer de ofício, o devedor optou por questionar a higidez da sentença arbitral através de ação incidental, mormente porque se via no lapso nonagesimal para ajuizamento de tal ação.

Melhor saída porque, inobstante implicar na criação de mais um processo, é a única em que o litigante admite com relativa certeza a possibilidade de ver seu pleito de nulidade efetivamente examinado.

7. Conclusão.

Parece-nos, pelo menos no que diz respeito à ação de execução proposta, que tal lide padece de erro insanável: a inicial é inepta por absoluta incompatibilidade entre o procedimento eleito e o título executado, que causa severos prejuízos ao devedor, notadamente de cunho material – com imposição de honorários advocatícios indevidos – e de cunho processual – com a ameaça de não ver examinado seu pleito anulatório.

Apesar da possibilidade de apresentação da defesa através de embargos à execução, a opção pela exceção de pré-executividade parece-nos adequada, especialmente porque estanca a possibilidade de perpetuação do erro processual. Apenas a título de exemplo, eventual apresentação de embargos implicaria em continuidade de procedimento incorreto – do Livro II do CPC, e apresentação de impugnação parecer-nos-ia solução ainda mais heterodoxa, pois importaria em mesclar processo de conhecimento e de execução nos mesmos autos, em sequencia logicamente invertida.

Quanto à vontade da executada de buscar a decretação de nulidade da sentença arbitral, não vemos outra saída para que o litigante pudesse ao menos vislumbrar seu

exame pelo Poder Judiciário senão através de distribuição de ação incidental efetivamente realizada, dado o risco de acolhimento de preliminar de inaptidão da via executiva eleita, fosse tal matéria apresentada em embargos do devedor, da impugnação ou da exceção de pré-executividade.

8. Bibliografia.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 29 set. 2012.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 set. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em: 29 set. 2012.

BRASIL. Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 dez. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111232.htm>. Acesso em: 29 set. 2012.

DIDDIER Jr. Freddie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Refael. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. 5. 4. ed. Salvador: Editora Jus PODIVM, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de direito processual civil, volume 2: teoria geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução. 4. ed. São Paulo, Atlas, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. rev., ampl. e atual. até 17.2.2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A reforma da execução do título extrajudicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de execução e cumprimento de sentença**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2009.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR NA ESFERA TRABALHISTA

CIVIL RESPONSIBILITY EMPLOYER IN LABOR LAW

Mirella Karen de Carvalho Bifano Muniz¹

Fernanda Diniz Caixeta²

Resumo: O presente artigo trata da responsabilidade civil do empregador nas relações de emprego, considerando o descumprimento dos deveres contidos no contrato individual de trabalho. A análise enfoca a responsabilidade do sócio levando em consideração o tipo de sociedade e a questão do regime de bens para os sócios casados, além de verificar também a responsabilidade civil quando se trata de empregador configurando o grupo econômico.

Palavras-chave: Responsabilidade civil – empregador – relação de emprego.

Abstract: This paper is concerned with the liability of the employer in the employment relationship, considering the breach of obligations contained in the contract of employment. The analysis focuses on the business partner's responsibility, considering the type of society and the married business associate's property regime, and also check the liability of the economic group.

Keywords: Liability - employer - employment relationship.

1. Introdução.

Responsabilidade civil pode ser conceituada como o dever jurídico de responder pelas consequências decorrentes de uma ação ou omissão que viola o direito e causa dano a outrem decorrentes do ato ilícito praticado.

A responsabilidade civil está regulada pelos arts. 186 e 927 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

¹ Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/MG. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes. Professora Universitária de cursos de graduação e pós graduação. Analista Judiciária Do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

² Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes. Analista Judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

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.

Art. 927: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Francisco Amaral propõe que:

A expressão “responsabilidade civil” pode compreender-se em sentido amplo ou em sentido estrito.

Em sentido amplo, tanto significa a situação jurídica em que alguém se encontra de ter de indenizar outrem quanto a própria obrigação decorrente dessa situação, ou, ainda, o instituto jurídico formado pelo conjunto de normas e princípios que disciplinam o nascimento, conteúdo e cumprimento de tal obrigação. Em sentido estrito, designa o específico dever de indenizar nascido de fato lesivo imputável a determinada pessoa. É civil porque a relação se estabelece entre particulares, deixando-se ao direito administrativo o problema da responsabilidade do Estado, pelos danos resultantes do funcionamento dos serviços públicos. (AMARAL, 2006, p. 545)

Pablo Stolze e Pamplona Filho (2011, p. 51) asseveram que: “a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas”.

Para que se configure o ato ilícito e haja o dever de indenizar é necessária a conjugação dos seguintes elementos: conduta humana, dano, nexos causal e dolo ou culpa.

O descumprimento dos deveres contidos no contrato individual de trabalho gera a reação jurídica correspondente à hipótese, inclusive a de reparação do dano acaso caracterizado.

Responsabilidade trabalhista é o dever de reparar o dano moral ou patrimonial causado por uma das partes do contrato de trabalho. No presente trabalho será analisado a responsabilidade do empregador caso haja o descumprimento das obrigações trabalhistas.

2. Conceito de empregador.

Consoante o artigo 2º da CLT, “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”.

Maurício Godinho Delgado (2011, p. 390) conceitua empregador como “a pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado que contrata a uma pessoa física a prestação de seus serviços, efetuados com pessoalidade, onerosidade, não-eventualidade e sob sua subordinação”

Para Alice Monteiro de Barros (2009, p. 372) “empregador é a pessoa física, jurídica ou o ente que contrata, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços do empregado, assumindo os riscos do empreendimento econômico”.

Para alguns doutrinadores, como Valetin Carrion, Evaristo de Moraes Filho e os já citados Alice Monteiro de Barros e Maurício Godinho Delgado, é equivocada a conceituação de empregador como “empresa”, por estar juridicamente incorreto, levando-se em consideração os conceitos civilistas atribuídos à empresa e ao estabelecimento.

Sendo assim, pode-se considerar à luz do artigo 966 do Código Civil vigente, empresa como a atividade econômica exercida profissionalmente pelo empresário, organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços.

Já o estabelecimento é o complexo de bens (corpóreos e incorpóreos) organizados para o exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária (art. 1142 do CC).

Como bem explica, Vólia Bomfim,

A atividade (empresa) é exercida por um sujeito (o empresário), que geralmente viabiliza o exercício da atividade por meio de um complexo de bens, que é denominado de estabelecimento ou fundo de comércio. Assim, estabelecimento é o conjunto de bens que o empresário reúne para a exploração de sua atividade econômica. (CASSAR, 2009, p. 340)

De acordo com Maurício Godinho Delgado (2011, p. 390), “na verdade, empregador não é empresa – ente que não configura, obviamente, sujeito de direitos na ordem jurídica brasileira. Empregador será a pessoa física, jurídica ou ente titular da empresa ou estabelecimento”.

Entende-se que o legislador ao utilizar o vocábulo “empresa” pretendeu, apenas, diferenciar que o contrato de trabalho não é firmado com a pessoa física do empresário, mas sim com a pessoa jurídica. Além disso, o legislador protegeu o empregado das

variações das pessoas que exploram o empreendimento e das manobras fraudulentas que visem impedir a aplicação da lei trabalhista.

Nesse mesmo sentido, Maurício Godinho Delgado,

De fato, a eleição do termo empresa tem o sentido funcional, prático, de acentuar a importância do fenômeno da despersonalização da figura do empregador. Ao enfatizar a empresa como empregador, a lei já indica que a alteração do titular da empresa não terá grande relevância na continuidade do contrato, dado que à ordem justralhista interessaria mais a continuidade da situação objetiva da prestação de trabalho empregatício ao empreendimento enfocado, independentemente da alteração de seu titular. É o que resultará preceituado nos arts. 10 e 448 da mesma CLT. (DELGADO, 2011, p. 391)

Diante do exposto, independentemente do termo utilizado para designar o empregador, pode-se afirmar que não há uma qualidade especial atribuída por lei a pessoas físicas ou jurídicas para emergirem como empregadores. Basta que, se utilizem da força de trabalho empregaticamente contratada.

Com relação ao §1º do art. 2º da CLT, equiparam-se ao empregador, para efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

Há, também, algumas críticas a este dispositivo, no sentido de que, na verdade, as entidades especificadas no referido parágrafo primeiro configuram-se como empregadores típicos e não empregadores por equiparação ou extensão legal.

3. Responsabilidade do empregador

O empregador sempre deverá responder pelas dívidas trabalhistas em relação aos seus empregados. Sendo esta sociedade empresária, a obrigação de efetuar o pagamento dos direitos trabalhistas, é primeiramente, da pessoa jurídica, pois, uma de suas características é possuir patrimônio próprio e distinto dos seus sócios, todavia, há casos em que seu patrimônio é dilapidado ou insuficiente para pagá-las. Nesse caso, os empregados poderiam ficar desprotegidos, caso não fossem estendidas as obrigações da empresa para os seus sócios, o que será tratado a seguir.

Maurício Godinho Delgado sustenta que:

A responsabilidade pela quitação das verbas trabalhistas deriva, a princípio, da posição assumida, pelo empregador, na relação jurídica empregatícia, compondo o pólo passivo dessa relação. Essa a norma geral e recorrente do Direito do Trabalho, que não foge, assim, da conduta geral também

prevalecente no restante do Direito: o devedor principal (na hipótese justrabalhista, o empregador), integrante direto da relação jurídica entre as partes e beneficiário principal e imediato de seus efeitos, é que responde pelas obrigações resultantes dessa relação. (DELGADO, 2011, p. 467)

4. Responsabilidade do sócio.

Pessoas jurídicas são entidades que o ordenamento jurídico confere personalidade, capacitando-as a serem sujeitos de direitos e deveres. Sendo assim, a lei concedeu personalidade própria para a pessoa jurídica que não se confunde com a de seus criadores. Ocorre que, em determinadas situações, não obstante a pessoa jurídica se distinga de seus membros, admite a ordem jurídica, a responsabilização do sócio pelas dívidas assumidas pela empresa. Significa a descaracterização da personalidade jurídica do ente societário ou extensão da responsabilidade pelo pagamento dos débitos da empresa aos seus sócios para impedir o abuso do direito, portanto a possibilidade da penhora dos bens particulares dos sócios pelas dívidas da empresa que não dispõe mais de patrimônio suficiente para o pagamento dos débitos trabalhistas.

O Código de Processo Civil estabelece no art. 592, inciso II que ficam sujeitos à execução os bens do sócio, nos termos da lei. E o art. 596 do mesmo dispositivo complementa que “os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade”.

A CLT é omissa quanto à possibilidade da desconsideração da pessoa jurídica. Entretanto, o § único do art. 8º da CLT determina que o direito comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho, naquilo que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

O Direito do Consumidor se aproxima do Direito do Trabalho por seu caráter protecionista em relação ao hipossuficiente e teoria da desconsideração da pessoa jurídica é acolhida pelo CDC, art. 28, ao pronunciar que nos casos de abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, falência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração, os sócios podem ser chamados a responder,

Utiliza-se, também, como fonte subsidiária o Código Tributário Nacional, art. 135, VII, ao dispor que na impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que foram responsáveis, os sócios, no caso de liquidação da sociedade,

O Código Civil, art. 50, declara que “em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

Verifica-se, portanto, que há várias normas no direito comum que podem ser utilizadas de forma subsidiária para fundamentar a desconsideração da personalidade jurídica. Ocorre que, no Direito do Trabalho não há a necessidade de se comprovar os requisitos presentes nas normas do Código de Defesa do Consumidor ou do Código Civil, já que a fraude vem sendo presumida, na forma do art. 9º da CLT, pois se houve condenação do empregador (sociedade) foi porque este cometeu uma ilegalidade trabalhista. Não havendo patrimônio suficiente da sociedade, a desconsideração da pessoa jurídica é o próximo passo.

EMENTA: AGRAVO DE PETIÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTAR. LEI N 6.830/80. Aplicação da Lei n. 6.830/80, que possibilita a desconsideração da pessoa jurídica e a penhora dos bens particulares dos sócios, nos termos do artigo 899 da Consolidação das Leis do Trabalho. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na Justiça do Trabalho se dá na sua vertente objetiva, na qual se dispensa a verificação de violação ao contrato ou abuso de poder, bastando a ausência de bens por parte da pessoa jurídica para que se inicie a execução contra o patrimônio dos sócios.

(TRT-4ª Região – Agravo de Petição 0127900-35.2005.5.04.0751 – Data de Publicação: 28/07/2011 – Relator: Des. Clóvis Fernando Santos)

EMENTA: AGRAVO DE PETIÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. A inexistência de bens da executada, por si só, já autoriza o redirecionamento da execução contra seus sócios, forte na teoria objetiva da desconsideração da personalidade jurídica.

(TRT-4ª Região – Agravo de Petição 0182600-61.2007.5.04.0404 – Data de Publicação: 24/11/2010 – Relator: Des. André Reverbel Fernandes)

EMENTA: DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA SOCIEDADE. EVOLUÇÃO DO INSTITUTO. Evoluiu-se a visão que se tinha sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade. Se antes, para sua caracterização, era indispensável a prova da ocorrência da fraude ou do abuso de direito, e só assim restava ela aplicável (Lei 3.708/19), hoje, com o surgimento de novos institutos jurídicos (CTN, LEF, CDC), mais dilargadas passaram a ser as hipóteses de seu cabimento, inclusive com a atribuição do ônus da prova da sua inaplicabilidade transferindo-se da pessoa do credor, para a do devedor. Questões que envolvam créditos de natureza trabalhista, os seguintes fatores dão a nova visão do instituto: o caráter alimentar destes créditos, que por todos os ângulos recebem tratamento diferenciado e de supremacia frente aos

demais(1); o princípio da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, seja em sua concepção prevista no art. 10, da Lei 3.708/19, seja também pela regra do art. 28, caput, e seu parágrafo 5o., da Lei 8.078/90(2); o art. 135, do CTN(3); e o princípio da imputação exclusiva do risco da atividade econômica ao empregador(4), todos de aplicação subsidiária às execuções trabalhistas, segundo art. 889/CLT c/c art. 4o, inc. V, parágrafos 2o. e 3o., da Lei 6.830/80.

(TRT-3ª Região – Agravo de Petição 723/00 – Data de Publicação: 19/07/2000 – Relator: Des. Emerson José Alves Lage)

EMENTA: DEVIDO PROCESSO LEGAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. FASE DE CONHECIMENTO. O devido processo legal nada mais representa a não ser a própria obediência ao procedimento previsto em lei para a tomada desta ou daquela medida. Assim, a desconsideração, no processo de execução ou no cumprimento da sentença, da personalidade jurídica da sociedade, não representa qualquer ofensa aos princípios supracitados, porquanto se está concedendo toda a chance de reação aos interessados e, mais, em decisão, essa que se profere agora, entregando a mais plena prestação jurisdicional. A jurisprudência trabalhista autoriza a aplicação da teoria da despersonalização da personalidade jurídica (disregard of legal entity), quando verificada a ausência de bens suficientes para o pagamento das obrigações trabalhistas contraídas pela sociedade, prevista no Decreto n. 3.708/1919, ficando os sócios responsáveis pelo débito original da pessoa jurídica se, de alguma forma, a prestação laborativa do empregado tenha se revertido em seu benefício. Assim, se ao tempo do contrato de trabalho do reclamante o segundo reclamado figurava e ainda figura como sócio-proprietário da primeira reclamada, fato incontroverso, é também contra este que a execução dever ser dirigida, inexistindo, ainda, a necessidade da comprovação de fraude ou má gestão, excesso de mandato ou dissolução irregular. É na inadimplência da pessoa jurídica, deixando à margem aquele que contribuiu com a força de trabalho para a consecução dos objetivos econômicos, que precipuamente reside essa possibilidade. E a consagração legal repousa, serena, no artigo 50 do Código Civil de 2002, bem como no artigo 28 da Lei n. 8.078 de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). Destarte, é possível, senão essencial, que os sócios sejam chamados a responder pelas obrigações sociais contraídas pela sociedade, não havendo óbice para que ocorra a inclusão do sócio do empregador no pólo passivo da ação desde a fase de conhecimento. Aliás, esta é útil, ficando a questão relacionada à responsabilidade que lhe foi atribuída definitivamente dirimida e a matéria não mais poderá ser discutida na fase de execução. Recurso empresarial a que se nega provimento.

(TRT-3ª Região – Recurso ordinário 00894-2008-044-03-00-1 – Data de Publicação: 14/02/2009 – Relator: Des. Júlio Bernardo do Carmo)

É importante frisar que a responsabilidade dos sócios será sempre subsidiária, de acordo com o art. 596, CPC. Ou seja, em primeiro lugar, devem ser executados os bens da sociedade, diante da preferência de ordem imposta pela lei.

A responsabilidade do sócio dependerá do tipo de sociedade.

Nas sociedades em que a participação do sócio se dá com responsabilidade ilimitada, ele responde, solidariamente com a sociedade, pelo cumprimento das obrigações trabalhistas. É o que ocorre nas sociedades de fato e nas sociedades em nome coletivo.

No que diz respeito à sociedade de responsabilidade limitada, a jurisprudência trabalhista já ampliou a responsabilização do sócio-gerente aos demais sócios, independentemente de terem participação na gestão, baseando-se nos artigos 186 e 927 do Código Civil. Uma vez desconsiderada a personalidade jurídica, todos os sócios serão responsáveis pelos créditos trabalhistas.

Nesse sentido, Ari Pedro Lorenzetti afirma que:

É nas sociedades limitadas onde a teoria da desconsideração tem aplicação mais ampla, uma vez que pode alcançar todos os integrantes da sociedade e não apenas seus dirigentes. Tal possibilidade deve-se da sociedade, e não apenas seus dirigentes. Tal possibilidade deve-se ao fato de as relações entre a sociedade e os sócios e destes entre si, no caso, serem bem mais estreitas do que nas sociedades de capital.

Isso possibilita que a responsabilidade seja estendida inclusive aos sócios que não participam da administração societária, pois os que a exercem não o fazem apenas em nome próprio, senão por força da confiança que desfrutam perante os demais companheiros. Assim, mesmo os sócios que não ocupam cargo gerencial não se podem dizer estranhos à administração, uma vez que o dirigente, no exercício dessa função, não passa de representante dos demais sócios. Essa a razão pela qual determinou o Código Civil fossem aplicadas subsidiariamente aos administradores as regras relativas ao mandato (art. 1.011, §2º). Se o gerente se desvia de suas obrigações, a responsabilidade também recai sobre os que o escolheram, conferindo-lhes poderes de direção. Não se pode admitir que o bom êxito aproveite aos demais sócios e, em caso de fracasso, as conseqüências sejam transferidas aos trabalhadores, eis que estes não têm nenhuma participação na gestão empresarial. (LORENZETTI, 2003, p. 214-215)

RESPONSABILIDADE DE SÓCIO MINORITÁRIO. LIMITAÇÃO À COTA-PARTE. IMPOSSIBILIDADE. Compondo o agravante o quadro societário da executada, mesmo na condição de sócio-minoritário, deve o referido sócio arcar também com a satisfação da execução trabalhista, sob pena de impingir-se ao empregado os riscos do negócio. Dessa forma, torna-se irrelevante não ter sido gerente da empresa ou ter cota-parte social minoritária, por aplicação dos arts. 592 e 596 do Código de Processo Civil - CPC, do art. 50 do Código Civil de 2002, bem como do princípio da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, oriundo do art. 28 da Lei n. 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor - CDC.
(TRT-12ª Região – Agravo de Petição 01692-2005-052-12-00-0 – Data de Publicação: 10/09/2009 – Relator: Des. Maria Aparecida Caetano)

EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO MINORITÁRIO. Não deve ser limitada a responsabilidade do sócio, ainda que minoritário, à sua participação societária quando verificada a insuficiência do patrimônio da sociedade e aplicada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada.
(TRT-12ª Região – Agravo de Petição 05018-2003-039-12-85-5 – Data de Publicação: 20/10/2010 – Relator: Des. Graciano R. B. Petrone)

RECURSO DE REVISTA. PROCESSO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA. PENHORA SOBRE BEM DE SÓCIO. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. Partindo da

premissa de que os créditos trabalhistas, ante a natureza alimentar de que são revestidos, são privilegiados e devem ser assegurados, a moderna doutrina e a jurisprudência estão excepcionando o princípio da responsabilidade limitada do sócio, com fulcro na teoria da desconsideração da personalidade jurídica de forma que o empregado possa, verificada a insuficiência do patrimônio societário, sujeitar à execução os bens dos sócios individualmente considerados. Incurrida afronta à norma constitucional.

(TST – Recurso de Revista – 02549-2000-012-05-00 – Data de Publicação: 19/02/2002 – Relator: Helena Sobral Albuquerque)

Em relação às sociedades anônimas para haver a desconsideração da personalidade jurídica, exige-se a evidência de gestão fraudulenta, para que a responsabilização se configure. Isso porque, ao contrário das limitadas, nas anônimas nem sempre os gestores têm ampla liberdade de ação.

A maioria da jurisprudência defende que, sendo a sociedade anônima de capital fechado, esse tipo societário se aproxima da sociedade limitada, podendo, portanto, atingir todos os seus acionistas.

Mais uma vez, utilizando os ensinamento de Ari Pedro Lorenzetti,

Assim, perante o Direito do Trabalho, da mesma forma que o sócio quotista responde pelos atos da sociedade, ainda que não tenha ocupado a posição de gerente, nas sociedades anônimas fechadas, os demais sócios também respondem pela condução dos destinos da empresa, ainda que não tenham atuado como diretores. Em qualquer caso, deve-se repartir o risco do empreendimento entre todos os sócios, independentemente de sua posição no contrato ou estatuto social. Se é isso o que ocorre hoje nas sociedades limitadas, o mesmo deve valer em relação às companhias fechadas. A diferença entre as duas formas societárias é apenas aparente (formal), sendo idêntica a realidade subjacente. Assim, a conferir-se tratamento privilegiado aos acionistas da companhia fechada, os mais espertos não hesitarão em adotar essa forma societária para eximir-se de qualquer responsabilidade. Com isso, continuarão desfrutando das mesmas vantagens, sem correr qualquer risco.

Em relação às companhias abertas, como regra, a desconsideração da personalidade jurídica alcança apenas os sócios controladores e administradores. O poder de controle pode decorrer tanto da detenção da maioria das ações com direito a voto como do acordo de acionistas. Acerca da responsabilidade dos acionistas controladores para com os empregados da companhia é expressa a Lei n. 6.404/76 (art. 116). (LORENZETTI, 2003, p. 221-222)

Maurício Godinho Delgado pondera que:

A jurisprudência trabalhista diferencia a posição do sócio administrador e/ou controlador de *sociedade por cotas de responsabilidade limitada* (segundo o novo CCB, *sociedade limitada*: art. 1.052) daquele *que ocupa posição semelhante na sociedade anônima*. A natureza algo dúbia da primeira modalidade societária (*sociedade por cotas*), que transita entre as tipologias *sociedade de pessoas versus sociedade de capital*, permite que ela confira ampla liberdade (e, assim, responsabilidade) a seus gestores e controladores –

o que nem sempre se verifica nas sociedades estritamente de capital (como a S/A). Nesse contexto fático-jurídico, mantém-se a tendência jurisprudencial de *não* estender a mesma conduta responsabilizatória automática acima indicadas para os gestores e controladores de sociedades anônimas: no caso das S/As é necessária evidência probatória de que houve gestão fraudulenta ou ilícita. (DELGADO, 2011, p. 471)

A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades anônimas pode ser verificada nas decisões descritas abaixo:

EMENTA: SOCIEDADE ANÔNIMA. RESPONSABILIDADE PESSOAL DOS ACIONISTAS. A jurisprudência trabalhista há muito já se consolidou acerca da possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica no caso de sociedade limitada, com responsabilização inclusive de sócios minoritários, com pequena participação social, visando impedir a consumação de fraudes e abusos de direito cometidos através da sociedade. A controvérsia permanece no tocante às sociedades anônimas, cujos acionistas muitas vezes vêm-se livres de qualquer responsabilidade trabalhista em razão, unicamente, da figura societária escolhida, o que foge à razoabilidade. Cabe verificar especialmente se a sociedade anônima é aberta ou fechada, pois o Código Civil de 2002 aproximou bastante o funcionamento da sociedade limitada ao da sociedade anônima de capital fechado, praticamente inexistindo razão para diferenciá-las no tocante à responsabilidade dos sócios e acionistas. Agravo de petição provido para reconhecer a responsabilidade pessoal e subsidiária dos sócios de sociedade anônima fechada, constituída de apenas três acionistas.

(TRT-3ª Região – Agravo de Petição 0125600-67.2007.5.03.0037 – Data de Publicação: 10/09/2009 – Relator: Des. Heriberto de Castro)

EMENTA: SOCIEDADE ANÔNIMA - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - SÓCIOS DIRETORES - O artigo 28, §5º, do CDC c/c artigo 50 do CC, subsidiariamente aplicáveis ao processo trabalhista por força dos artigos 8º e 769 da CLT, não excepcionam o fenômeno da desconsideração da personalidade jurídica em relação a qualquer tipo de sociedade. Assim, se a personalidade da pessoa jurídica constituir obstáculo ao cumprimento das obrigações devidas por ela, a desconsideração será possível, à luz dos precitados dispositivos legais. Em se tratando de sociedade anônima, a jurisprudência trabalhista tem se firmado no sentido de se atribuir a responsabilidade subsidiária somente ao sócio que seja gerente ou controlador. No caso vertente, cuida-se de sociedade anônima de capital fechado, com apenas 04 integrantes, o que atrai a responsabilização subsidiária deles, mormente em face da semelhança da companhia com a sociedade constituída por quotas de responsabilidade limitada.

(TRT-3ª Região – Agravo de Petição 0107200-21.2009.5.03.0106 – Data de Publicação: 02/08/2010 – Relator: Des. Jorge Berg de Mendonça)

Outro ponto importante a ser destacado é que a retirada, exclusão ou morte do sócio, não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores. Essa obrigação, segundo o artigo 1.032 do Código Civil se limita há até dois anos após averbada a resolução da sociedade ou a alteração contratual da sua retirada, porém já há julgados desconsiderando esse prazo, já que o ex-sócio se beneficiou do serviço prestado pelo empregado na época em que ainda fazia parte da empresa.

O autor Ari Pedro Lorenzetti defende o respeito ao prazo de dois anos previsto no Código Civil:

Introduziu, entretanto, o novo Código Civil uma limitação à responsabilidade , só podendo ser invocada até dois anos após a averbação da saída do sócio. Assim, passados dois anos de sua saída, o sócio não pode mais ser cobrado pelas obrigações relativas ao período em que integrava a sociedade. Tal regra constitui fator de segurança e estabilidade, permitindo que o sócio tenha certeza de que não será mais cobrado em relação a fatos anteriores. Essa norma também se aplica aos direitos trabalhistas, uma vez que o legislador não traçou distinção ou privilégios quanto à natureza dos créditos. (LORENZETTI, 2003, p. 228)

Em relação aos sócios retirantes, segue entendimento dos Tribunais Regionais do Trabalho:

EMENTA: RESPONSABILIDADE DOS EX-SÓCIOS. DÉBITOS TRABALHISTAS. ARTS. 1003 E 1032 DO CÓDIGO CIVIL. Os artigos 1.003 e 1.032 do Código Civil dispõem sobre a responsabilidade dos sócios retirantes perante as obrigações de natureza civil. Com relação aos débitos trabalhistas da empresa, a responsabilidade do sócio retirante não se esgota após dois anos de sua saída da sociedade, tendo em vista as peculiaridades da ação trabalhista que visa resguardar direitos de natureza alimentar. Se os sócios retirantes se beneficiaram do resultado da prestação de serviços da trabalhadora, o que se verificou no caso em tela, não há como se admitir que tais ex-sócios sejam responsáveis por atos praticados apenas por dois anos após sua saída, mormente se referido ato foi uma contratação laboral pactuada enquanto eles integravam o quadro social. Assim, não pode o empregado/hipossuficiente, que não participou do lucro, ser responsabilizado pelo risco do empreendimento. A parte que utilizou dos serviços prestados pelo empregado no curso do contrato e auferiu benefícios desta força de trabalho é quem deve assumir os riscos do negócio, ou seja, o ônus do prejuízo, ressalvado o respectivo direito de regresso. Os direitos de natureza trabalhista subsistem até mesmo à dissolução da empresa, nos termos do artigo 449 da CLT, sendo inequívoca a responsabilidade dos agravantes pelas obrigações trabalhistas inadimplidas, conforme acima fundamentado, inexistindo qualquer limite temporal. (TRT-3ª Região – Agravo de Petição 01052-2007-038-03-00-4 – Data de Publicação: 22/04/2009 – Relator: Des. Marcelo Lamego Pertence)

EMENTA: EXECUÇÃO DO SÓCIO CEDENTE OU RETIRANTE. AJUIZAMENTO DA AÇÃO DEPOIS DE TRANSCORRIDOS MAIS DE DOIS ANOS DA AVERBAÇÃO DA ALTERAÇÃO CONTRATUAL. IMPOSSIBILIDADE. Como bem se sabe, uma vez insolvente a pessoa jurídica, respondem os seus sócios pelas dívidas por ela contraídas, em face da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, plenamente aplicável ao Processo do Trabalho, em que os créditos têm natureza alimentícia e, ainda, em face da proteção ao empregado hipossuficiente. Outrossim, é certo que o sócio cedente responde, solidariamente, perante a sociedade e terceiros pelas obrigações que tinha como sócio até 02 (dois) anos depois de averbada a alteração contratual, atinente ao seu afastamento, a teor do parágrafo único do art. 1.003 do Código Civil Brasileiro. Como, no caso específico dos autos, a retirada do sócio, ora Executado, ocorreu de forma regular, com transferência total de suas quotas do capital social da empresa para os sócios remanescentes, tendo

sido a alteração contratual devidamente averbada perante a Junta Comercial respectiva, em data muito anterior (quase oito anos) ao ajuizamento da ação, resta nitidamente afastada a responsabilidade do sócio retirante, o que se faz em nome do princípio da segurança jurídica que deve pautar os atos jurídicos praticados pelas partes.

(TRT-3ª Região – Agravo de Petição 0018000-87-2006-5-03-0112 – Data de Publicação: 16/11/2009 – Relator: Des. Márcio Ribeiro do Valle)

EMENTA: RESPONSABILIDADE DO SÓCIO RETIRANTE.

Demonstrado que integrava a sociedade à época do contrato de trabalho do exequente, o ex-sócio da executada deve responder pelos créditos devidos ao trabalhador. Agravo de petição provido.

(TRT-12ª Região – Agravo de Petição 0034400-24.2002.5.04.0102 – Data de Publicação: 03/08/2011 – Relator: Des. José Felipe Ledur)

EMENTA: RESPONSABILIDADE DE EX-SÓCIOS. Não havendo prova da existência de bens da empresa executada suficientes para o pagamento do débito trabalhista, é cabível a penhora de bem de sócio integrante da sociedade executada, ao tempo de vigência do contrato de trabalho. Diante de situações como essa, o princípio da autonomia da pessoa jurídica, que não é absoluto, relativiza-se e pode ser derogado, tanto para imputar responsabilidade da sociedade a sócio ou ex-sócio, como no caso *sub judice*, quanto para conferir à sociedade qualidade humana do sócio. Limitação da responsabilidade que se impõe, frente ao disposto no artigo 1.032 do Código Civil.

(TRT-12ª Região – Agravo de Petição 0034400-24.2002.5.04.0102 – Data de Publicação: 20/10/2010 – Relator: Des. Ione Salin Gonçalves)

Por fim, informa-se que o cônjuge daquele que compõe sociedades empresárias pode responder frente ao débito trabalhista, no caso da desconsideração da personalidade jurídica, caso não haja comprovação cabal de que a atividade empresarial não trouxe aproveitamento para a família do sócio responsável.

Ou seja, em grande parte das decisões analisadas a meação do cônjuge não-partícipe da sociedade empresária estará livre de constrição judicial desde que haja comprovação suficiente de que, apesar de casados, cada um dos cônjuges possuía economia própria e que, dessa forma, a atividade societária não trouxe proveito direto para o benefício da família.

Nesse norte, apresentam-se ementas de decisões prolatadas pelos Tribunais Regionais do Trabalho, *in verbis*

EMENTA: EMBARGOS DE TERCEIRO - PENHORA - MEAÇÃO - SEPARAÇÃO DE FATO - NÃO COMPROVAÇÃO - "In casu", registre-se que o fato de a agravante ter opostos embargos de terceiro, afirmando que se encontra separada de fato do executado não tem o condão de afastar a constrição judicial havida. A certidão de casamento anexada aos autos indica que a agravante, Sra. Marina Levi Ribeiro Lima, contraiu núpcias em 22-12-1964, com o Sr. Marcelo Ribeiro Lima, executado no processo principal, em regime de comunhão de bens. Saliente-se que a exclusão de sua meação

dependeria de prova cabal de que a dívida de seu cônjuge não teria sido contraída em benefício da família. A presunção em contrário se firma no fato de ser a agravante casada no regime de comunhão de bens desde 1964, o que implica reconhecer, quanto a esses bens, participação nos riscos assumidos pelo cônjuge (executado). A responsabilidade patrimonial da agravante por dívida firmada pelo executado deriva da presunção de que, participando os cônjuges das vantagens comuns, devem igualmente participar dos encargos. Não é razoável nem jurídico que, em uma sociedade, um dos sócios participe de todos os ganhos e que o mesmo não ocorra em relação aos prejuízos. Presunção relativa que, por óbvio, admite prova em contrário a cargo da embargante de terceiro, a qual, no entanto, não foi produzida.

(TRT-3ª Região – Agravo de Petição 01162-2008-081-03-00-9 – Data de Publicação: 11/02/2009 – Relator: Des. Taísa Maria Macena de Lima)

EMENTA: PENHORA DE IMÓVEL DO CASAL. COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. MEAÇÃO. No regime de comunhão universal de bens, os direitos e obrigações se comunicam, nos termos do art. 1667 do CC, presumindo-se que as dívidas foram contraídas em benefício do casal. No caso dos autos, a agravante tinha o ônus de comprovar sua independência financeira e que o trabalho prestado pelo agravado não reverteu em benefício da família, mediante os lucros da empresa (da qual seu cônjuge era sócio), ônus do qual não se desincumbiu. Sendo assim, entende-se que a agravante deve responder com sua parte ideal para a satisfação do débito trabalhista do agravado, razão pela qual não há falar em resguardo da meação.

(TRT-12ª Região – Agravo de Petição 0034400-24.2002.5.04.0102 – Data de Publicação: 03/08/2011 – Relator: Des. Marcelo Gonçalves de Oliveira)

EMENTA: AGRAVO DE PETIÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA DE IMÓVEL DO SÓCIO-GERENTE RESERVA DE MEAÇÃO. ÔNUS DE PROVA. ART. 3º DA LEI 4.121/62.

Pretensão da viúva do sócio em resguardar a meação que não se admite, no caso concreto, porque evidenciado que dependia e se beneficiou da atividade do marido na constância da sociedade conjugal em regime de comunhão universal de bens. Incumbe ao cônjuge do executado que busca excluir a meação sobre o bem penhorado provar que a dívida não foi contraída em benefício da família. Adoção de precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Penhora mantida. Agravo de Petição desprovido.

(TRT-12ª Região – Agravo de Petição 0001052-13.2010.5.04.0303 – Data de Publicação: 13/07/2011 – Relator: Des. Flavio Portinho Sirangelo)

5. Responsabilidade do grupo econômico.

5.1 Conceito.

De acordo com a CLT (art. 2º, §2º), “sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas”.

Dispõem também o art. 3º, §2º da Lei 5.889/73 “sempre que uma ou mais empresas, embora tendo cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada

uma sua autonomia, integrem grupo econômico ou financeiro rural, serão responsáveis solidariamente nas obrigações decorrentes da relação de emprego.

Alice Monteiro de Barros conceitua grupo econômico como:

Um conglomerado de empresas que, embora tenham personalidade jurídica própria, estão sob o controle administrativo ou acionário de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de outra atividade econômica, sendo solidariamente responsáveis para os efeitos da relação de emprego (art. 2º, §2º, da CLT). (BARROS, 2009, p. 385)

Para Maurício Godinho Delgado,

O grupo econômico aventado pelo Direito do Trabalho define-se como a figura resultante da vinculação justralhista que se forma entre dois ou mais entes favorecidos direta ou indiretamente pelo mesmo contrato de trabalho, em decorrência de existir entre esses entes laços de direção ou coordenação em face de atividades industriais, comerciais, financeiras, agroindustriais ou de qualquer outra natureza econômica. (DELGADO, 2011, P. 397)

Grupo econômico é a reunião de empresas para a exploração de atividades de natureza econômica.

5.2 Caracterização.

A Lei de Sociedades Anônimas (art. 266) dispõe que as relações entre sociedades serão estabelecidas por convenção do grupo, mas cada sociedade conservará personalidade e patrimônios distintos. Considera constituído o grupo a partir da data do arquivamento, no registro do comércio, da convenção do grupo (art. 271). Mas existem grupos de fato.

O Código Civil (art. 1.097) dispõe sobre sociedades coligadas, assim consideradas aquelas que, em suas relações de capital, são controladas, filiadas ou de simples participação.

Esses conceitos, no entanto, são insuficientes para o Direito do Trabalho, no qual considera que as empresas integrantes do grupo devem manter uma relação entre si: para alguns, uma relação de dominação entre a empresa principal e as empresas subordinadas; para outros, não há necessidade dessa configuração, bastando uma relação de coordenação entre as diversas empresas sem que exista uma em posição predominante.

Mozart Victor Russomano, citado por Alice Monteiro de Barros distingue essas duas situações:

A primeira delas é a forma tradicional do consórcio; pressupõe uma organização piramidal em cujo vértice situa-se uma empresa líder (*holding*), detendo um poder de comando, direção, vigilância ou controle sobre as demais empresas participantes do grupo, que se tornam lideradas. Nesse caso, o grupo caracteriza-se pelo controle unificado, sendo sua forma mais comum a participação acionária majoritária da empresa principal, no capital de cada uma das empresas secundárias.

O autor mencionado anteriormente, admite também uma segunda forma de grupo econômico instituído sem a existência da empresa líder e de empresas lideradas, mas com todas as empresas dispostas horizontalmente, no mesmo plano, exercendo, reciprocamente, controle ou vigilância e participando todas de um empreendimento global. Nesse sentido há também pronunciamento jurisprudencial. (BARROS, 2009, p. 386)

Entende-se que o critério de coordenação seja melhor, tendo-se em vista a finalidade do instituto, que é a garantia da solvabilidade dos créditos trabalhistas.

Reconheça-se, no entanto, que ganha preferência a teoria da unidade de direção que pressupõe uma empresa líder e as demais sujeitas a essa liderança. É o critério adotado pela CLT, art. 2º, §2º, ao dispor que haverá o grupo sempre que uma ou mais empresas, tanto embora cada uma delas tenha personalidade jurídica própria, estiverem sob direção, controle ou administração de outra.

Lapidar o ensinamento de Maurício Godinho Delgado:

A segunda vertente considera, porém, que a verificação da simples relação de *coordenação interempresarial* atende ao sentido essencial vislumbrado pela ordem justalabalhista. A própria informalidade conferida pelo Direito do Trabalho à noção de grupo econômico seria incompatível com a idéia de se acatar a presença do grupo somente à luz de uma relação hierárquica e assimétrica entre os seus componentes. A par disso, se a intenção principal do ramo jus-trabalhista foi ampliar a garantia incidente sobre os créditos obreiros, não há por que restringir-se a figura do grupo econômico em função de um aspecto que é, em substância, irrelevante do ponto de vista dos contratos empregatícios firmados. De todo modo, essa ampliação também potenciará a prerrogativa de utilização pelos membros do grupo da prestação de trabalho pactuada com o mesmo trabalhador.

Assim, para alguns, haverá o grupo quando entre as empresas houver um controle acionário. Para outros, basta o grupo de fato para que se caracterizem as obrigações atribuídas pela lei às diversas empresas.

Importante ressaltar que as empresas pertencentes ao grupo econômico possuem personalidade jurídica própria. Caso as empresas integrantes do grupo não fossem independentes e autônomas uma perante as outras não seria possível a exigência do grupo porque a perda da independência e autonomia provocaria um fenômeno jurídico de integração entre todas, formando uma só unidade e não um grupo. Portanto, a

unificação da empresa tem o efeito de fazer desaparecer o grupo e este só existe quando as empresas são separadas e cada qual tiver a sua personalidade jurídica.

No mesmo sentido Alice Monteiro de Barros afirma que:

Cumprido, inicialmente, examinar uma questão de extrema relevância e que diz respeito à formação do grupo econômico. Este pressupõe unidade diversificada, ou seja, o uno com pluralidade de elementos, residindo, aí o traço que o distingue da fusão e da incorporação, que constituem a concentração na unidade. A concentração e o grupo econômico são fenômenos importantes para a produção, tanto no regime empresarial pertencente ao setor público, como ao setor privado. (BARROS, 2009, p. 385-386)

Por fim, esse grupo será de empresas, o que exclui outros tipos de empregadores não constituídos sob a forma de empresa, como as associações de direito civil, os profissionais liberais empregadores, as entidades sem fins lucrativos, instituições de beneficência, os entes da administração pública etc. O grupo tem como característica primeira a sua natureza econômica.

A propósito, Maurício Godinho Delgado:

A ordem justralhista delimita claramente o tipo de sujeito de direito que pode compor a figura do grupo econômico aventado pela CLT e Lei n. 5.889/73. O componente do grupo não pode ser *qualquer* pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado; não se trata, portanto, de qualquer empregador, mas somente certo tipo de empregador, diferenciado dos demais em função de sua *atividade econômica*. Surge aqui o primeiro requisito dessa figura tipificada do Direito do Trabalho (composição por entidades estruturadas como *empresas*). (DELGADO, 2011, p. 398-399)

Ressalte-se, porém, que este entendimento não é unânime na doutrina, havendo quem entenda a possibilidade de formação de grupo econômico de profissionais liberais, fundações e instituições beneficentes, de forma excepcional.

5.3 Responsabilidade por verbas trabalhistas.

Não resta dúvida de que a lei trabalhista (art. 2º, §2º, CLT) instituiu a responsabilidade solidária entre as empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, pelas dívidas trabalhistas de cada uma delas perante os seus respectivos empregados. Portanto, havendo grupo econômico, os empregados das diversas empresas do grupo estão mais bem garantidos, uma vez que seus créditos trabalhistas podem ser respondidos por outra empresa do grupo, mesmo que para ela não tenham trabalhado, e que será responsabilizada a título de coobrigada ao lado da devedora principal

Há certa controvérsia na doutrina a respeito do tipo de solidariedade aplicável ao grupo econômico. Há quem defenda que a solidariedade é exclusivamente passiva, ou seja, a responsabilidade das empresas pertencentes ao grupo se refere apenas aos débitos trabalhistas. Por outro lado, a maior parte da doutrina e da jurisprudência entende que a solidariedade existente entre as empresas é passiva e ativa, caracterizando a figura do empregador único, isto é, as pessoas jurídicas do grupo podem utilizar da prestação de serviços de um mesmo empregado sem configurar mais de um contrato de trabalho. Entendimento este confirmado pela Súmula n. 129 do TST.

Maurício Godinho Delgado aponta os efeitos da responsabilidade dual:

Desde que se acolha a tese da solidariedade ativa (além da incontroversa solidariedade passiva), alguns importantes efeitos justralhistas podem se verificar quanto a determinado empregado vinculado ao grupo econômico. Citem-se, ilustrativamente, alguns desses potenciais efeitos: a) ocorrência da *accessio temporis*, isto é, a contagem do tempo de serviço prestado sucessivamente às diversas empresas do grupo; b) possibilidade de veiculação da temática de equiparação salarial em face de empregados de outras empresas do grupo – caso configurados, evidentemente, os demais pressupostos do art. 461 da CLT; c) pagamento de um único salário ao empregado por jornada normal concretizada, ainda que o obreiro esteja prestando serviços concomitantemente a distintas empresas do grupo (Súmula 129, TST); d) natureza salarial dos valores habituais recebidos de outras empresas do grupo por serviços prestados diretamente a elas (com o conseqüente efeito expansionista circular dos salários); e) extensão do poder de direção empresarial por além da específica empresa em que esteja localizado o empregado – com o que se autorizaria, a princípio, a transferência obreira de uma para outra empresa do grupo, respeitadas as limitações legais quanto à ocorrência de prejuízo (art. 468, CLT). Ressalte-se que, mesmo no caso de grupo econômico, a transferência de localidade sempre exigirá real necessidade do serviço – Súmula 43, TST -, submetendo-se, ainda, às demais regras do art. 469 da CLT. (DELGADO, 2011, p. 404)

Por fim, cabe-se registrar que com o cancelamento da Súmula n. 205 do TST não mais se exige que para o componente do grupo responder pela dívida, em execução trabalhista, deva constar do processo de conhecimento, ou seja, do título judicial. Desde que se faça na execução, a prova da existência do grupo, caberá a responsabilização solidária.

Em relação ao grupo econômico, citam-se os seguintes acórdãos para elucidar a matéria:

EMENTA: GRUPO ECONÔMICO: CONFIGURAÇÃO E RESPONSABILIDADE. É entendimento cogente em nosso ordenamento jurídico que a existência do grupo econômico independe da administração, controle ou fiscalização por uma empresa líder, podendo o conglomerado atuar, antes, no mesmo plano e com igual participação no empreendimento. Esta interpretação coaduna inteiramente com a norma basilar de proteção ao

direito do hipossuficiente, que não pode ficar à mercê de discussões estéreis acerca da responsabilidade societária ou interpretação literal de dispositivo de lei, devendo sobrepujar, sempre, a realidade conjuntural e econômica da sociedade. Assim, basta que estejam presentes os elementos de integração interempresarial disciplinados no art. 2º, parágrafo 2º, da CLT, e comprovado que as empresas atuam no mesmo ramo de atividade e têm identidade de quadro societário, evidenciando-se as estreitas relações mantidas entre as empresas, devendo ser mantida a decisão que reconheceu a responsabilidade solidária das componentes do grupo econômico pelo adimplemento do crédito trabalhista, não se olvidando que são consideradas empregadoras únicas.

(TRT-3ª Região – Agravo de Petição 00130-2009-080-03-00-0 – Data de Publicação: 20/07/2009 – Relator: Des. Fernando Antônio Viégas Peixoto)

EMENTA: GRUPO ECONÔMICO - CONFIGURAÇÃO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Há muito, a doutrina e a jurisprudência brasileiras se firmaram no sentido de que basta a mera coordenação entre as empresas, para a configuração do grupo econômico. Isso dá em razão da redação do artigo 3º, § 2º, da Lei n. 5.889/73, que, de forma expressa, admite a formação do grupo econômico mesmo quando cada uma das empresas guarde sua autonomia. A Constituição da República de 1988 equiparou os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, não havendo hoje nem sequer distinção quanto ao prazo prescricional, não havendo razão para se exigir a subordinação de uma empresa a outra, na relação de emprego urbana, e mera coordenação das empresas rurais. Portanto, independentemente da atividade desenvolvida pelas empresas, a verificação de relação de coordenação entre elas configura a existência de grupo econômico, para os efeitos trabalhistas, importando na responsabilidade solidária de todas elas.

(TRT-3ª Região – Recurso Ordinário 0066400-76.2009.5.03.0032 – Data de Publicação: 22/10/2010 – Relator: Des. Manuel Cândido Rodrigues)

EMENTA: REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO. GRUPO ECONÔMICO. Não há qualquer óbice legal para o redirecionamento da execução para outra empresa integrante do mesmo grupo econômico, ainda que não tenha integrado a lide na fase de cognição, quando ineficaz a execução contra a empregadora. Tampouco que este reconhecimento somente ocorra na fase de execução, quando configurada a ocorrência do instituto nos mesmos moldes do disposto no art. 2º, §2º, da CLT. Esse é o entendimento que vem prevalecendo neste Tribunal, inclusive pelo cancelamento da Súmula nº 205 do TST, o que veio a reforçar essa tese.

(TRT-4ª Região – Agravo de Petição 0041200-08.2001.5.04.0004 – Data de Publicação: 14/10/2010 – Relator: Des. Marcelo Gonçalves de Oliveira)

EMENTA: GRUPO ECONÔMICO - CARACTERIZAÇÃO - Ao estabelecer que todas as empresas componentes do grupo econômico são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes dos contratos de trabalho celebrados por qualquer delas, pretendeu o parágrafo 2o. do art. 2o. da CLT garantir a solvabilidade dos créditos trabalhistas. Assim, embora falando em empresa principal e subordinadas, a relação entre elas existente não precisa ser, necessariamente, de dominação, bastando uma simples relação de coordenação horizontal entre as empresas. A Lei n. 5.889/73, que regula o trabalho rural, bem mais recente do que a CLT, ampliou o conceito de grupo econômico adotado pelo parágrafo 2o. do art. 2o. da CLT, para nele incluir a possibilidade de sua existência por simples coordenação entre as empresas, estabelecendo em seu art. 3o., parágrafo 2o., que "sempre que uma ou mais empresas, embora tendo cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda

quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico ou financeiro rural...". A tese adotada por aqueles que sustentam ser necessária a relação de dominação através do controle, direção ou administração da empresa principal sobre as filiadas, baseada principalmente na interpretação literal do parágrafo 2o. do art. 2o. da CLT, está envelhecida e não mais atende plenamente àquela finalidade social de garantia dos créditos trabalhistas.

(TRT-3ª Região – Recurso Ordinário 17738/00– Data de Publicação: 02/12/2000 – Relator: Des. Luiz Otavio Linhares Renault)

6. Conclusão.

À guisa de encerramento, conclui-se que, também no Direito do Trabalho, a regra geral sobre a responsabilidade civil é a subjetiva, ou seja, aquela decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposos, além da necessidade da presença dos demais requisitos tais como o dano e o nexo causal.

Em relação à responsabilidade da empresa, ela sempre ocorrerá caso haja o descumprimento das obrigações trabalhistas.

O sócio também poderá ser atingido caso a empresa não apresente patrimônio suficiente para o cumprimento de sua obrigação, lembrando que a responsabilidade, nesse caso, será sempre subsidiária, caracterizada pelo seu caráter sucessivo, só podendo ser invocada pelo credor caso o cumprimento da obrigação pelo responsável principal se torne inviável, sem êxito.

O responsável subsidiário pode exigir que sejam atingidos primeiros os bens do devedor principal se indicar bens deles, desde que livres e desembaraçados. Sendo os bens indicados suficientes para quitar a dívida toda, não será alcançado pela execução. Caso contrário, terá de arcar com as consequências do adimplemento do remanescente.

Ao contrário da responsabilidade estabelecida para o grupo econômico, a qual se caracteriza como solidária, de acordo com o estabelecido pelo art. 2º, parágrafo segundo da CLT.

A responsabilidade solidária é a vinculação de vários sujeitos à satisfação de uma obrigação jurídica, permitindo ao credor escolher de qual ou quais devedores pretende obter, total ou parcialmente, a prestação a que tem direito.

O responsável solidário não pode afastar a pretensão do credor comum sob a alegação de que existem outras pessoas igualmente responsáveis, ou pelo fato de haver co-responsáveis com mais bens do que ele, garantindo-se, assim, o recebimento dos seus créditos pelo empregado, que é a parte hipossuficiente da relação trabalhista.

7. Bibliografia.

AMARAL, Francsico. **Direito Civil – Introdução**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2009.

BELMONTE, Alexandre Agra. **Curso de Responsabilidade Trabalhistas: danos morais e patrimoniais nas relações de trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2009.

BELMONTE, Alexandre Agra. **Intuições Civas no Direito do Trabalho: parte geral, obrigações, responsabilidade civil e contratos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASSAR, Volia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 3 ed. Niterói: Impetus, 2009.

DALEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Responsabilidade e as relações do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

LORENZETTI, Ari Pedro. **A responsabilidade pelos créditos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2003.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Responsabilidade objetiva e subjetiva do empregador: em face do novo Código Civil**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2003.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. Doutrina e Jurisprudência. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribuanis, 2007.

**A AUTONOMIA PRIVADA E O REGIME OBRIGATÓRIO
DE SEPARAÇÃO DE BENS DO MAIOR DE SETENTA ANOS.**

**UNA AUTONOMIA PRIVADA E O RÉGIMEN OBRIGATÓRIO
DE SEPARACIÓN DE BENS DO MAIOR DE SETENTA ANO.**

Leandro Henrique Simões Goulart¹

Resumo: O presente trabalho tem como escopo principal demonstrar o desrespeito que vem sendo cometido perante a Constituição Federal ao ser estabelecido que os maiores de setenta anos devem, obrigatoriamente, se casar pelo regime de separação de bens. Pretende-se, ainda, ressaltar que a idade não pode ser encarada como critério objetivo de incapacidade, não podendo prevalecer sobre a autonomia privada.

Palavras-chave: Casamento. Incapacidade. Maiores de Setenta Anos. Princípio da Igualdade. Regime de Bens.

Resumen: El presente trabajo es la falta de respeto ámbito espectáculo principal que se está cometiendo en contra de la Constitución Federal que establece que los mayores de setenta años necesariamente debe casarse con el régimen de separación de bienes. El objetivo es también observar que la edad no puede ser visto como una medida objetiva de la discapacidad, no puede prevalecer sobre la autonomía privada.

Palabras claves: el matrimonio. Discapacidad. Edad setenta años. Principio de Igualdad. Sistema de bienes.

¹ Bacharel em Direito pela PUC/MG – Especialista em Processo Civil pela UNI-BH - Mestrando em Direito pela FUMEC – Professor de Processo Civil do Centro Universitário Newton Paiva e da UNIPAC – Universidade Presidente Antônio Carlos – Professor Orientador do Centro de Exercício Jurídico da Newton Paiva – CEJU - Advogado

1 - PRINCÍPIO DA IGUALDADE.

O conceito de igualdade trouxe posições diversas na doutrina. Para os nominalistas, a igualdade não possui significado no mundo real, tratando-se apenas de um nome. Já os idealistas afirmam a necessidade de haver um igualitarismo absoluto entre todos (SILVA, 2010).

Para Rousseau, há dois tipos de igualdade. A igualdade natural ou física, que advém da natureza, saúde, idade e qualidades de cada ser humano. A igualdade moral ou política, que é estabelecida mediante convenção entre os homens, de acordo com privilégios pré-fixados (SILVA, 2010).

Aristóteles relaciona os vocábulo igualdade e justiça, transmitidos pela idéia de dar a cada um o que é seu. Trata-se assim de igualdade formal, de modo que seria correto tratar de maneira diferenciada o senhorio e os escravos. Isto ocorre porque escravos não seriam semelhantes ao senhorio, o que justificaria a desigualdade sem causar injustiça. É assim que Charles Perelman citado por José Afonso da Silva (2010, p.213) define igualdade formal: “é um princípio de ação, segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma.”

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade em seu sentido formal, ao dispor em seu art. 5º que todos são iguais perante a lei, sem qualquer tipo de distinção. Ao contrário do que defendia Aristóteles, o dispositivo constitucional objetiva eliminar tratamentos desiguais e privilégios concedidos arbitrariamente (SILVA, 2010). Contudo, o que se observa é que tal dispositivo constitucional por si só não equaliza todos, como afirma Marnoco e Souza citado por José Cretella Júnior (1992):

[...] a igualdade perante a lei, quer dizer, em face dela, não há nobres nem plebeus, clérigos nem leigos, cristãos nem judeus. Todos os indivíduos, quaisquer que sejam seus títulos, a sua riqueza e a sua classe social, estão sujeitos à mesma lei civil, penal, financeira e militar. Em paridade de condições, ninguém pode ser tratado excepcionalmente, e, por isso, o direito de igualdade não se opõe a uma diversa proteção das desigualdades naturais por parte de cada um.

Deve-se analisar tal disposição de maneira extensiva, buscando não somente a igualdade perante a lei, mas também a igualdade material. O que se aspira é que a proteção estatal a todos concedida se dê de forma igualitária, de modo que se trate

igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade. (MELLO, C., 1999, p.10). Neste sentido, afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1986, p.581):

O princípio da isonomia oferece, na sua aplicação à vida, inúmeras e sérias dificuldades. De fato, conduziria a inomináveis injustiças se importasse em tratamento igual para os que se acham em desigualdade de situações. A justiça que reclama tratamento igual para os iguais pressupõe tratamento desigual para os desiguais. Ora, a necessidade de desigualar os homens em certos momentos, para estabelecer, no plano do fundamental, a sua igualdade, cria problemas delicados que nem sempre a razão humana resolve adequadamente.

Deste modo a igualdade somente seria desrespeitada se o critério para determinar a desigualdade fosse advindo de arbitrariedades ou utilizado para finalidades diversas não abrangidas pelo Direito (CANOTILHO, 2003).

O princípio da igualdade deve ser apreciado em três planos distintos.

Inicialmente, deve ser observado pelo legislador, que deve criar uma lei igual para todos, e não criar direitos e deveres diferentes para pessoas em iguais condições, como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p.10):

A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.

Para que sejam elaboradas leis diversas que não causem discriminação, estas devem ser fundamentadas e o critério definidor de desigualdade necessita ser genericamente aceito, não se tratando de critério meramente subjetivo. Para que isto ocorra, deve-se recorrer ao princípio da proporcionalidade, à medida que os meios utilizados devem ser proporcionais e compatíveis com os fins almejados (MORAES, 2006).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p.21), alguns critérios devem ser seguidos para que a norma discriminadora esteja em conformidade com o princípio da igualdade e, conseqüentemente, em conformidade com a Constituição Federal. Deste modo, deve-se apreciar o critério adotado, a justificativa para que ele seja capaz de diferenciar os cidadãos e sua compatibilidade com os preceitos constitucionais.

No que tange ao critério de diferenciação, este não pode ser definido por tempo indeterminado e de modo absoluto, ou seja, de modo a proteger situação única e atingir apenas uma pessoa. Isto poderia ser evitado se a norma possuísse existência futura, vez que abrangeria um número de pessoas naquela situação. Assim, deve ser respeitado o caráter geral da lei, devendo a norma visar à pessoa futura e indeterminada (MELLO, C., 1999, p.25).

Ademais, o critério diferenciador deve residir na pessoa ou situação, não devendo ser apreciado o critério alheio a estas.

A necessidade de justificativa para que haja discriminação reside no fato de que não se pode discriminar as pessoas aleatoriamente. Ou seja, “a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita” (MELLO, C., 1999, p.39). Para que a discriminação seja constitucional, deve haver uma justificativa plausível, razoável e racional, ela deve guardar um nexó lógico com o critério adotado. Assim, ao vedar a diferenciação em razão do sexo, por exemplo, o caput do art. 5º da Constituição vedou a discriminação por si só, a discriminação quando inexistente justificativa lógica (MELLO, C., 1999, p.17).

Por fim, a discriminação deve estar em conformidade com os interesses constitucionais. Deste modo, não se pode depreciar ou valorizar algo de modo a contrariar a Constituição. Assim afirma Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p.43): “[...] não é qualquer fundamento lógico que autoriza a desequiparar, mas tão só aquele que se orienta na linha de interesses privilegiados na ordenação jurídica máxima.”

Em segundo plano, deve ser observado pelos aplicadores do Direito, como afirmava Anschütz citado por Canotilho (2003, p.426) “as leis devem ser executadas sem olhar às pessoas”. O magistrado, ao determinar o Direito aplicável ao caso concreto deve agir em conformidade com a Constituição e não aplicar a lei conforme a classe social ou a raça.

Em terceiro plano, deve ser observado pelos particulares. Estes não podem a mero arbítrio discriminarem ou excluírem outrem em razão de raça ou cor. O vendedor pode valer-se de sua autonomia privada para não vender ao mau pagador, não podendo, no entanto, deixar de ofertar seus produtos ao comprador negro, por exemplo.

Em todos os planos, o desrespeito ao princípio da igualdade implicaria em desobediência aos preceitos constitucionais, de modo que no primeiro e no segundo caso tratar-se-ia de flagrante inconstitucionalidade e no último caso poderia haver responsabilização civil e/ou penal.

2 - AUTONOMIA PRIVADA.

Autonomia, originada do grego, deriva de “autós”, que é próprio, individual e de “nomía”, que significa conhecer, administrar. Tem-se como sentido correto da palavra a faculdade de se autogovernar (RODRIGUES in FIÚZA, 2007, p.3).

Inicialmente, para compreender a evolução histórica da autonomia, necessário se faz diferenciar autonomia da vontade de autonomia privada.

Autonomia da vontade é a liberdade que o indivíduo tem de tomar decisões e se autogovernar. Possui caráter psicológico, como aponta Francisco Amaral Neto citado por Roberta de Faria (in FIÚZA, 2003, p.25):

A autonomia da vontade pode ser entendida, então, como princípio pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Tem conotação mais subjetiva, psicológica.

A autonomia da vontade é assim a liberdade que se tem de escolher com quem irá contratar e como será o contrato, atendendo as necessidades de cada um dos contratantes, vez que o contrato deriva da vontade das partes (PLANIOL apud FIÚZA in FIÚZA, 2003, p.25).

Já autonomia privada é a liberdade que o cidadão tem de tomar decisões em conformidade com o ordenamento jurídico vigente, ou seja, é uma faculdade de se autogovernar que é limitada pelas normas vigentes. Ainda segundo Francisco Amaral Neto citado por Roberta de Faria (in FIÚZA, 2007, p.61):

A autonomia privada apresenta-se, por outro lado, como poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, ou seja, o poder de criar, **nos limites legais**, normas jurídicas. Tem uma conotação mais objetiva, concreta e real. (Grifo nosso).

A autonomia privada consiste também na liberdade de contratar, mas desde que o contrato seja compatível com o ordenamento jurídico.

A consolidação do princípio da autonomia da vontade deu-se com a evolução do comércio e a facilitação de transações individuais. Baseando-se na doutrina individualista do século XVIII, tinha como característica a supervalorização do ser humano (FARIA in FIÚZA, 2007, p.56). Deste modo, o indivíduo era a causa final de

tudo, derivando dele as normas (AMARAL NETO apud RODRIGUES in FIÚZA, 2007, p.56).

A não intervenção estatal na esfera privada predominante no Estado Liberal propiciava o individualismo, que por sua vez fortalecia a autonomia da vontade. Isto ocorria devido ao fato de que tal Estado tinha como base a justiça, liberdade e igualdade formal, não importando se tais ideais estavam de fato sendo concretizados. Este Estado era mero garantidor das relações sociais, visto, à época, como um mal necessário (FIÚZA in FIÚZA, 2003, p.25). Deste modo, a realização do interesse privado seria a concretização do interesse público (ALMEIDA GUILHERME apud RODRIGUES in FIÚZA, 2007, p.57). Neste sentido afirma Francisco Amaral Neto citado por Roberta de Faria (in FIÚZA, 2007, p.57):

A autonomia da vontade revelou-se, àquela época, como produto e como instrumento de um processo político e econômico baseado na liberdade e na igualdade formal, com positivação jurídica nos direitos subjetivos de propriedade e de liberdade de iniciativa econômica.

Com a Primeira Guerra Mundial e a Constituição de Weimar de 1919, surgiu o Estado Social de Direito. O Estado Liberal havia entrado em crise devido ao excesso de liberdade e a ausência do Estado. O paradigma de não intervenção estatal foi então substituído pelo paradigma do Estado interventor, como afirmam André Rüger e Renata Rodrigues (in FIÚZA, 2007, p.6):

Porém, a pretensão de absolutidade da vontade foi responsável pelo surgimento de severas desigualdades e desequilíbrios sociais, fazendo cair por terra postulados de igualdade formal e da não intervenção estatal. A história mostrou ao homem como o exagero da autonomia da vontade não se compatibilizava com as verdadeiras e essenciais necessidades sociais, em que deveres de reconhecimento e respeito mútuo assinalam as relações de interdependência que surgem no seio da sociedade.

As relações privadas passaram a ser maculadas pelo dirigismo contratual, de modo que a autonomia da vontade foi substituída pela autonomia privada. Ao contrário do Estado Liberal, havia agora uma prevalência do interesse social sobre o individual. O Estado passou a participar ativamente das relações entre particulares, dando início à garantia dos direitos sociais, sendo por isso chamado de Estado de Bem-Estar Social. A justiça formal não era mais suficiente, preponderando a justiça material (FARIA in FIÚZA, 2007, p.57).

Ressalta-se que a autonomia continuou existindo, mas não nos moldes anteriores. Agora ela deveria obedecer aos preceitos estatais, ou seja, ao ordenamento jurídico, estando em consonância com ele.

Ocorre que um Estado extremamente paternalista também não era o modelo procurado, entrando em crise na década de 70 (ANDRADE JÚNIOR, 2010, p.238).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 houve consolidação do Estado Democrático de Direito, que é baseado na soberania popular (SILVA, 2010, p.119). Houve ainda a constitucionalização do Direito Civil, na qual as normas civilistas passaram, mais do que nunca, a serem interpretadas em conformidade com a Constituição (FIÚZA in FIÚZA, 2003, p.29). Ineficaz seria um dispositivo civilista se não fosse lido à luz da Constituição Federal.

Diante disso, a autonomia privada advinda do Estado Social de Direito também deveria respeitar os parâmetros constitucionalmente estabelecidos, como afirma César Fiúza (in FIÚZA, 2003, p.32): “[...] a chamada constitucionalização do Direito Civil. As normas fundamentais, os valores e princípios constitucionais atuam como convergentes. É a partir deles que se deve interpretar toda norma jurídica, inclusive os Códigos”.

Ao analisar a evolução histórica da autonomia, percebe-se que no primeiro momento da história ela foi prestigiada de modo a ser utilizada sem limites, acima até mesmo das leis. Contudo, esse paradigma entrou em crise, pois o excesso de liberdade de uns acabou por chocar-se com o excesso de liberdade de outros. Isto ocorreu porque não havia um Estado interventor para restaurar a ordem e, conseqüentemente, concretizar o interesse público.

Diante dessa crise, optou-se por um Estado extremamente interventor que iria supostamente atender a todos os anseios sociais através de seu dirigismo. Contudo, tratava-se de uma utopia, motivo pelo qual não demorou haver nova crise.

Dessa vez foi necessária não uma mudança radical de paradigma, mas a adaptação daquele vigente. A Constituição trouxe consigo normas que devem ser aplicadas em todo e qualquer âmbito do Direito. E assim foi ajustada a autonomia privada. Hodiernamente não há que se falar em autonomia da vontade. Fala-se em uma autonomia que acima de tudo está de acordo com os preceitos da Constituição. É uma autonomia na qual prevalece a liberdade de escolha do cidadão, desde que essa escolha não vá contra o que dispõe o ordenamento jurídico, sob pena de inconstitucionalidade e ilicitude.

Contudo, a constitucionalização não retirou da autonomia privada sua importância. Esta prevalece, sendo a vontade isenta de vícios, requisito do negócio jurídico, por exemplo. Uma vez ausente ou viciada a declaração de vontade, inexistente ou ineficaz será o negócio jurídico (GAGLIANO, 2003, p.329). Neste sentido afirma Marcos Bernardes de Mello (1998, p.119): “[...] a exteriorização da vontade consciente constitui elemento nuclear do suporte fático do ato jurídico ‘lato sensu’”.

Assim, no Estado Democrático de Direito, “o povo é o principal destinatário do Direito” (ANDRADE JÚNIOR, 2010, p.230). Para que não haja novamente crises como no Estado Liberal e no Estado Social, deve haver uma congruência de interesses do Estado e do povo. Não se pode retirar a autonomia, retirar do povo a possibilidade de escolha. Contudo, não se pode deixar que esta autonomia governe o Estado, pois os interesses individuais nem sempre convergem para o mesmo fim que o interesse público.

3 . CASAMENTO.

3.1 Conceito.

O casamento data dos primórdios da humanidade. Antes de ser reconhecido juridicamente, era reconhecido como base da sociedade, pois através dele se originava a família.

Com a crise vivida pela família com a Revolução Industrial, no qual a mulher assumiu os postos de trabalho, e com a Revolução Sexual, esta instituição deixou de ser o pilar máximo do Direito Civil, que tem agora como base o ser humano e sua dignidade (FIÚZA in FIÚZA, 2003, p.28).

Hodiernamente, não é mais necessária a celebração do casamento para a constituição da família. Contudo, tal instituto não perdeu sua importância. Para César Fiúza (2007, p.947) o casamento é o alicerce da família.

O casamento vem se modificando de acordo com a mudança de mentalidade da sociedade, o que traz dificuldades à doutrina para elaborar-lhe uma definição precisa. Assim, Maria Berenice Dias (2009, p.141) afirma que casamento é “o ato de celebração do matrimônio como a relação jurídica que dele se origina, a relação matrimonial. O sentido da relação matrimonial melhor se expressa pela noção de comunhão de vidas, ou de comunhão de afetos”. Segundo César Fiúza (2007, p.947), casamento é “[...] a união

estável e formal entre homem e mulher, com objetivo de satisfazer-se e amparar-se mutuamente, constituindo família”.

Há ainda na doutrina, discussões acerca da natureza jurídica do casamento. Para uns é tido como instituição, devido às regras e imposições legais determinadas a partir de sua celebração. Para outros é uma espécie de contrato de adesão, vez que os efeitos e normas são previamente estabelecidos pela lei, e não fixados pela vontade das partes (DIAS, 2009, p.145).

Há quem defenda ainda que se trata de um contrato *sui generis*, no qual são aplicadas disposições especiais, e não as disposições dos negócios patrimoniais. Tendo em vista que é um negócio jurídico bilateral não regido pela teoria dos negócios jurídicos, mas sim pelo Direito de Família, existem doutrinadores que afirmam se tratar de um negócio de direito das famílias (DIAS, 2009, p.145).

A respeito do tema há ainda três correntes. Para a corrente individualista o casamento é um contrato de vontades convergentes para obtenção de fins jurídicos. Para a corrente institucional existem normas imperativas que aderem aos cônjuges. E, por fim, a corrente eclética acredita que em sua formação o casamento possui aspecto de contrato, mas em seu conteúdo possui aspecto de instituição (DIAS, 2009, p.144).

O Código Civil em nenhum de seus artigos trouxe a definição do que seria o do casamento. Em contrapartida, baseou-se na igualdade constitucional, ao determinar que o casamento estabelece a comunhão plena de vidas, sendo iguais os direitos e deveres dos cônjuges (art. 1511 do CC).

Deste modo, o Código Civil cuidou de estabelecer as conseqüências da vida matrimonial. Assim, estabeleceu em seu art. 1565 que “pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família” (BRASIL, 2002).

Isto ocorre porque, uma vez alterados os estados civis de solteiros para casados, surge a comunhão plena de vidas, nascendo com ela direitos e deveres. Estes irão influir não apenas na vida íntima e pessoal dos cônjuges, mas irão promover alterações em sua condição social e no modo como são identificados por terceiros (DIAS, 2009, p.144).

3.2 Capacidade para o Casamento.

O Código Civil, em seu art. 1517, estabelece a idade mínima necessária para a celebração do casamento. É a chamada idade núbil, no qual os nubentes devem possuir

dezesseis anos (DIAS, 2009, p.150). Entretanto, para que possa haver vínculo conjugal nesta idade é necessária a autorização de ambos os pais ou representantes legais. Se houver divergência quanto à autorização dos pais (parágrafo único do art. 1517 do CC), estes poderão recorrer ao juiz em busca de uma solução (art. 1631, parágrafo único do CC).

A autorização para formação do vínculo conjugal dos relativamente incapazes pode ser revogada pelos pais ou representantes legais até a celebração do casamento (art. 1518 do CC). Se não for dada a autorização, pode-se acionar o Judiciário, que suprirá a ausência de consentimento quando injusta (art. 1519 do CC).

Uma vez celebrado o casamento sem o consentimento previsto no art. 1517 do CC, os nubentes deverão adotar o regime de separação de bens por força do art. 1641, III do CC. Segundo Maria Berenice Dias (2011), trata-se de uma punição injustificada, vez que a ausência de consentimento dos pais foi injustificada, sendo suprida judicialmente.

A lei traz duas hipóteses nas quais é possível a celebração do casamento de menores de dezesseis anos sem a autorização dos pais. Segundo o art. 1520 do CC, isto é possível quando for para evitar a imposição ou cumprimento de pena criminal, ou em caso de gravidez.

A celebração do casamento, para evitar a imposição ou o cumprimento da pena, ocorria quando a mulher estuprada casava-se com o seu agressor. Nesta hipótese, o Código Penal previa que o agente estava isento de pena. Contudo, tal dispositivo foi banido do Código, não havendo previsão correspondente.

No que tange ao casamento em virtude de gravidez, verifica-se que não é uma hipótese muito utilizada. Isto porque com a inserção da mulher na sociedade e a mudança de mentalidade da população, o casamento não é mais a única forma de constituir a família. Hodiernamente, a mulher solteira que engravida não é vista como um tabu, como ocorria nas décadas passadas.

Assim, apesar de existir previsão legal na qual não é necessário atingir a idade núbil para o casamento, tais hipóteses são pouco utilizadas.

O casamento realizado sem a plena capacidade de uma das partes pode ensejar nulidade, como dispõe o art. 1548 do CC. Se houver, por exemplo, vício na vontade que levou à celebração do casamento ou incapacidade para manifestar o consentimento, este será passível de anulabilidade, nos termos do art. 1550 do CC.

4 - REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS.

Assim como nos dois regimes acima, para adoção do regime de separação convencional de bens também é necessária a realização do pacto antenupcial (DIAS, 2005, p.232). É um regime no qual cada cônjuge possui seus bens separadamente, independente da data e forma de aquisição (art. 1687 do CC). Acerca dos bens adquiridos mediante junção de esforços, deverá determinar o pacto antenupcial (FIÚZA, 2007, p.963).

Rolf Madaleno (in DIAS, 2002, p.179) afirma que para a doutrina, tal regime representa, na verdade, a “[...] ausência de um regime patrimonial, caracterizado justamente pela existência de dois patrimônios separados”. Dessa forma, há que se falar na coexistência de dois patrimônios: o do marido e o da mulher.

Ocorre que, apesar da incomunicabilidade do patrimônio dos cônjuges, permanece vigente a obrigação de sustento e manutenção da casa. Deste modo, caberá aos cônjuges, na proporção de suas possibilidades, de seus rendimentos e bens, realizarem o orçamento da casa (art. 1688 do CC). É o que Maria Berenice Dias (2005, p.232) entende por manutenção do dever de mútua assistência, que, segundo ela, existe independente da disposição dos bens.

Este dever de assistência mútua somente pode não existir quando assim for estabelecido previamente no pacto antenupcial (art. 1688 do CC).

Nos casamentos onde não for afastada pelo pacto antenupcial a hipótese do art. 1688 do CC, as dívidas contraídas para manutenção da casa são de responsabilidade solidária dos cônjuges, como dispõem os arts. 1643 e 1644 do CC (DIAS, 2005, p.232).

Quando os cônjuges optarem por tal regime, desnecessária a outorga conjugal para alienar e onerar bens, como dispõe o *caput* do art. 1647 do CC.

Outra hipótese de adoção do regime de separação de bens é quando a lei prevê que, obrigatoriamente, este deve ser o regime adotado. É o que acontece nas hipóteses do art.1641 do CC, que são: quando os cônjuges inobservarem a cláusula suspensiva da celebração do casamento; no casamento de maiores de setenta anos e no casamento daqueles que, para celebração, dependerem de suprimento judicial.

Nas hipóteses supracitadas, não é considerada a vontade dos nubentes. Estes não têm a possibilidade de escolher qual regime de bens irão adotar, vez que este é imposto pela lei, sendo desnecessária a elaboração de pacto antenupcial. E é por isso que este regime é chamado de separação legal de bens.

Os cônjuges atingidos pela separação legal são vedados de contratar sociedade entre si ou com terceiros, como disposto no art. 977 do CC. Para Maria Berenice Dias (2005, p.233), o que o legislador busca é “evitar a possibilidade de entrelaçamento de patrimônios”.

Contudo, o propósito de total incomunicabilidade do patrimônio buscado pela lei não tem sido alcançado. Isto porque a súmula 377 do STF diz: “No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

A justificativa da edição da súmula consiste em evitar o enriquecimento ilícito por um dos cônjuges. É o que afirma o enunciado do STF citado por Maria Berenice Dias (2005, p.233): “a interpretação exata da súmula é no sentido de que, no regime de separação legal, os aquestos comunicam-se pelo simples fato de terem sido adquiridos na constância do casamento, não importando se resultaram, ou não, do esforço comum.

Aplicando a súmula 377 do STF, há o patrimônio de cada um dos cônjuges, que são os bens adquiridos ou recebidos em herança ou doação antes do casamento, e o patrimônio em comum dos cônjuges, que é aquele adquirido na constância do casamento. O patrimônio considerado comum não depende da demonstração de que foi adquirido por meio de esforços comuns.

Deste modo, o regime de separação legal acabou por assemelhar-se, em alguns aspectos, com o regime de comunhão parcial de bens.

Para Maria Berenice Dias, se provado que o patrimônio comum é fruto de esforços de ambos os cônjuges, a súmula 377 do STF também pode ser aplicada ao regime de separação convencional (DIAS, 2005, p.232).

5 . DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO REGIME OBRIGATÓRIO DE SEPARAÇÃO DE BENS.

5.1 A Evolução dos Idosos na Sociedade.

Segundo o Dicionário Aurélio (1999), idoso é “quem tem bastante idade, velho”. Esse conceito surgiu no final do século XVIII. Nesta época, idoso se assemelhava a degeneração e decadência (SOUSA, 2004, p.165). Contudo, nas sociedades tradicionais o envelhecimento era sinônimo de saber, decorrente de todo o conhecimento acumulado ao longo da vida. Deste modo, a existência do idoso na sociedade era vista como um prestígio para todos (SECO, 1994, p.11).

A partir da Revolução Industrial, o cenário dos idosos se viu alterado. Os idosos não representavam a força de trabalho necessária naquela época. Desta forma, eles não conseguiram acompanhar a evolução da sociedade como os jovens, se tornando, por isso, sinônimo de fraqueza (SOUSA, 2004, p.166).

Na sociedade contemporânea o idoso era esquecido. O que se objetivava é que os próprios idosos se esquecessem deles mesmos, e assim não cobrassem nada de ninguém (FOGAÇA apud SOUSA, 2004, p.166).

O idoso era visto como sinônimo de doença, vez que se encontrava em declínio físico, moral, psicológico, econômico e estético (SMITH apud SOUSA, 2004, p.167). Os idosos eram vistos como inválidos, sendo um peso para família. O que o tempo lhes destinava era o asilo (SOUSA, 2004, p.167).

Com a promulgação da Constituição Federal, o idoso adquiriu proteção especial, sendo da família, da sociedade e do Estado “o dever de assegurar ao idoso a participação na comunidade, defendendo sua dignidade, bem-estar, bem como garantindo o direito à vida” (DIAS, 2005, p.409).

Com a edição da Lei 10.441 de 2003 foi elaborada uma definição mais precisa para a palavra ‘idoso’: pessoa com idade igual ou superior a 60 anos. Tal lei ampliou a proteção aos idosos, reconhecendo suas necessidades especiais.

Hodiernamente, o idoso que possui conhecimento e ocupa um cargo profissional é tido como objeto de reconhecimentos sociais. Contudo, quando ele não possuir nada disso, será objeto de homenagens em virtude de características afetivas.

Segundo Ana Maria Viola de Sousa (2004, p.168), a atividade profissional termina aos setenta anos. Contudo, a aposentadoria não garante ao idoso as mesmas condições de vida que seus rendimentos lhe garantiam. Assim, os idosos se vêem obrigados a permanecer ou retornar ao mercado de trabalho. Neste sentido afirma Fernanda Paula Diniz (2011, p.21):

Percebe-se também que, no Brasil, em decorrência da melhor saúde dos idosos e do desenvolvimento tecnológico, é cada vez menor o número de deficiências (seja mentais ou físicas) e maior o número de idosos vivendo sozinhos (o que traz repercussões importantes no Direito, como, especialmente, no Direito de Família). Todavia, ainda maior é o número de idosos integrados à família, em sua grande maioria auxiliando, economicamente, os demais membros.

Com as evoluções sociais e tecnológicas, os idosos viram-se diante da dificuldade no aprendizado de novas técnicas. Eles procuraram então, a Universidade da Terceira Idade, em busca de novos aprendizados, melhoria da auto-estima e como forma de reinserção social (SOUSA, 2004, p.169).

Diante da possibilidade de reinserção social, os idosos passaram a aproveitar as benesses da vida (SÁ in FIÚZA, 2007, p.76). Assim como buscaram novos aprendizados, passaram a reinventar sua sexualidade. Não é porque não ocupam o posto mais importante da família, como acontecia antigamente, que têm que se entregar a solidão. É cada vez maior o número de idosos que namoram ou se casam, como afirmam Ana Carolina Teixeira e Maria de Fátima de Sá (in FIÚZA, 2007, p.81):

Por outro lado, mesmo não estando economicamente produtiva, há que se reconhecer que a *terceira idade* vem melhorando sua qualidade de vida por meio da valorização desta etapa, reinventando a sexualidade e investindo na afetividade. Ter mais de sessenta anos não significa subdesenvolvimento afetivo, muito pelo contrário, pois a afetividade tem-se fortalecido e ganhado novas formas de amar. O próprio idoso vem se conscientizando do seu valor, participando na atuação das garantias dos próprios direitos, envolvendo-se nos processos de construção e reivindicação dos mesmos.

Assim, apesar da idade avançada, os maiores de setenta anos permanecem aptos a fazer suas próprias escolhas. A incapacidade física que pode surgir em decorrência da idade não implica em incapacidade mental.

5.2 Critério Objetivo para Determinação da Incapacidade.

O art. 1517 do CC determina que são capazes para celebrar o casamento os maiores de dezesseis anos, devidamente autorizados pelos pais ou representante legal enquanto não atingida a maioridade. Assim, o legislador não estabelece uma idade máxima em que é possível a celebração do casamento.

O Código Civil, em seus arts. 3º e 4º, respectivamente, estabelece acerca da incapacidade absoluta e da incapacidade relativa. Assim, dispõe que são absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos, aqueles que não possuem discernimento para prática dos atos em virtude de enfermidade ou deficiência mental e aqueles que transitoriamente não puderem exprimir sua vontade. Prevê ainda, que são relativamente incapazes: os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais,

viciados em tóxicos e aqueles que tiverem discernimento reduzido em virtude de deficiência mental; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo e os pródigos.

Diante da análise desses dispositivos legais, percebe-se que o legislador estipulou a idade na qual se inicia a capacidade. Contudo, não há previsão legal da idade na qual se encerra ou altera a capacidade. Para que isto ocorra, é necessária realização de perícia médica e posterior informação ao juiz, que deverá decidir sobre a questão (DIAS, 2011). Entretanto, quando da leitura do art. 1641, II do Código Civil, percebe-se exatamente o contrário.

O art. 1641, II do CC prevê que os maiores de setenta anos que desejarem se casar deverão, obrigatoriamente, adotar o regime de separação legal de bens. O que o legislador faz é atribuir a idade como critério designador de incapacidade.

Ressalta-se que, diante dessa disposição, tal incapacidade não é atribuída a todos os idosos, mas somente aos maiores de setenta anos.

Diante da evolução da sociedade e até mesmo dos idosos com mais de setenta anos, pode-se dizer que se trata de um dispositivo preconceituoso. É o que afirma Rolf Madaleno (in DIAS, 2002, p.178): “Em face do direito à igualdade e à liberdade ninguém pode ser discriminado em função do seu sexo ou da sua idade, como se fossem causas naturais de incapacidade civil”.

Como mencionado em tópico anterior, os idosos não mais representam a parcela excluída da sociedade. Diante da proteção constitucional que lhes é concedida, eles vêm deixando claro o lugar que ocupam na sociedade. E este lugar, não é mais o de incapazes.

Para Semy Glanz (2005), o que esse dispositivo objetiva é evitar a perda dos bens dos idosos, vez que eles são mais suscetíveis de enganar. Todavia, para verificar a alteração sofrida na realidade dos idosos, basta olhar ao redor. No ramo do Direito, os mais renomados juristas, como Humberto Theodoro Júnior, são idosos. Eles continuam trabalhando, dando palestras e participando ativamente e ludicamente da sociedade, deixando claro a capacidade que têm de tomarem suas próprias decisões.

Os idosos continuam tomando decisões e praticando os demais atos da vida civil normalmente. Um exemplo disso é o casamento. Se eles são incapazes para determinar o regime de bens que irão adotar, como não são incapazes para a celebração do casamento?

Apesar da evolução ocorrida com a promulgação da Constituição e, posteriormente com a edição do Estatuto do Idoso, o Código Civil não abandonou por completo os dispositivos preconceituosos. Um exemplo disso é o art. 1641, II do CC, que vem carregado de preconceito injustificado contra os maiores de setenta anos.

5.3 Da Violação da Autonomia Privada e do Direito à Liberdade.

Segundo César Fiúza, com a constitucionalização do Direito Civil, seu pilar atual de sustentação é a dignidade da pessoa humana.

Diz-se que os pilares de sustentação do Direito Civil, família, propriedade e autonomia da vontade deixaram de sê-lo. O único pilar que sustenta toda a estrutura é o ser humano, a dignidade da pessoa, sua promoção espiritual, social e econômica. Este pilar está, por sua vez, enraizado na Constituição (FIÚZA in FIÚZA, 2003, p.29).

Para que a dignidade da pessoa humana se concretize plenamente, deve-se valer da autonomia privada. Isto porque se o ser humano não tiver a possibilidade de se autogovernar, de tomar suas próprias decisões, ele nunca será livre. E não sendo livre, não há como se falar em existência de dignidade humana.

Assim, à medida que o art. 1641, II do CC retira dos idosos com mais de setenta anos a possibilidade de decidir questões intrínsecas ao seu casamento vai contra a dignidade humana estabelecida no texto constitucional, tratando-se de um dispositivo com teor inteiramente inconstitucional, como afirma Fernanda Paula Diniz (2011, p.132):

Tal restrição, convenhamos, é manifestamente inconstitucional, pois fere o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que comporta uma intervenção na vida íntima do indivíduo, limitando a sua autonomia privada – o que não condiz com a principiologia do Estado Democrático de Direito.

Com a inserção de tal previsão na legislação civil, o legislador retirou dos idosos com mais de setenta anos a autonomia privada.

Como mencionado no capítulo 3, a autonomia privada consiste na capacidade que o cidadão tem de se autogovernar, de fazer suas próprias escolhas, desde que elas estejam em conformidade com a legislação vigente.

Um exemplo do exercício da autonomia privada é a escolha do regime de bens a ser adotado quando da formação do vínculo conjugal. É o que afirma Arnaldo Wald (2004, p.103):

Em virtude do princípio da autonomia da vontade garante-se aos cônjuges a máxima liberdade na escolha do regime que considerarem preferível, podendo as partes aceitar um regime típico com a regulamentação legal existente, ou modificá-lo de acordo com as suas conveniências, desde que não sejam violadas as normas imperativas referentes aos fins do casamento e à estrutura da família. Podem, assim, os interessados adaptar às suas necessidades o regime de bens que lhe parecer mais conveniente.

Consistindo a autonomia privada na possibilidade de tomar decisões em conformidade com o ordenamento jurídico, verifica-se que os idosos com mais de setenta anos jamais poderão se casar com um regime de bens diferente da separação.

Isto porque, se assim procederem estarão ofendendo a legislação vigente. E para que a autonomia privada seja exercida, ela não pode ir contra o que dispõe a legislação vigente.

Ao inserir um dispositivo que, preconceituosamente determina que os maiores de setenta anos devem aderir ao regime de separação legal de bens ao se casarem, o legislador retira deles a possibilidade de determinarem os aspectos íntimos de sua vida conjugal, qual seja o aspecto patrimonial.

5.4 Da Violação do Princípio da Igualdade.

O Código Civil de 1916 obrigava, em seu art. 258, II, a utilização do regime de separação legal no casamento de homens com mais de sessenta anos e mulheres com mais de cinquenta anos. Posteriormente, o Código Civil de 2002 alterou a exigência, vez que homens e mulheres com mais de sessenta anos deveriam aderir a tal regime (CANUTO, 2004, p.62).

Em 2011, o art. 1641 II do CC sofreu uma alteração. Atualmente, os homens e mulheres maiores de setenta anos devem casar-se sob o regime de separação legal de bens.

Com a equiparação da idade do homem e da mulher trazida pelo art. 1641, II do Código Civil de 2002, o legislador supostamente atendeu o que diz o princípio da igualdade: colocou homens e mulheres em pé de igualdade.

Contudo, o desrespeito ao princípio da igualdade permaneceu evidente. Se os nubentes se casarem aos sessenta e nove anos serão absolutamente capazes para decidir qual o regime de bens melhor lhes convém. Contudo, se esperarem mais um ano para se casarem, já não são mais capazes de definir como será a divisão do patrimônio com a formação do vínculo conjugal.

Segundo o princípio da igualdade, a lei deve dispensar tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p.12):

O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrigadas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos.

Contudo, para que seja dispensado tratamento desigual aos desiguais, estes devem possuir, em conformidade com o que dispõe a Constituição Federal, bem como em conformidade com os princípios da igualdade e da proporcionalidade, critério hábil a diferenciá-los dos demais.

No que tange à separação obrigatória de bem dos maiores de setenta anos, inexistente critério hábil a diferenciar tais idosos do resto da população. Isto porque a idade, como já mencionado, não pode servir como critério atribuidor de incapacidade e, conseqüentemente, discriminador.

O que o legislador busca é a proteção do patrimônio dos idosos, e não a proteção dos idosos em si, que permanecem vítimas de preconceitos.

Assim, a alteração de idade promovida pelo legislador de nada valeu. O princípio da igualdade continua não sendo efetivado e os preceitos constitucionais permanecem ignorados. É o que afirma Maria Berenice Dias (2011): "A restrição à escolha do regime de bens foi reconhecida como clara afronta ao cânone constitucional de respeito à dignidade, além de desrespeitar os princípios da igualdade e da liberdade consagrados como direitos humanos fundamentais".

Para que o princípio da igualdade fosse efetivamente respeitado, a autonomia privada dos idosos deveria ser respeitada, assim como é a dos demais cidadãos, cabendo a eles decidir qual o regime de bens melhor lhes atende.

5.5 Súmula 377 do STF.

Diante da expressa afronta à Constituição Federal que o art. 1641, II do CC representa, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 377, que diz: “No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

O que a súmula fez foi alterar o regime de bens imposto àqueles que se encontram nas hipóteses previstas no art. 1641 do CC. Assim, a obrigatoriedade passou a ser do regime de separação legal para o regime de comunhão parcial.

Maria Berenice Dias (2011), ao citar o voto do ministro Carlos Alberto Menezes Direito, afirma que se comunicam os bens adquiridos na constância do casamento, não sendo necessário para isto, que sejam fruto de esforço comum do casal.

Deste modo, a interpretação da súmula é no sentido de evitar o enriquecimento ilícito de um dos cônjuges, como mencionado no item 5.6.

Ao editar tal súmula, o STF não solucionou o problema de inconstitucionalidade que carrega o art. 1461, II do CC. Os princípios da igualdade e da autonomia da vontade continuam sendo desrespeitados. O que a súmula fez foi dar a possibilidade dos idosos com mais de setenta anos compartilharem parte do seu patrimônio com o seu cônjuge.

Na realidade, pode-se dizer que a súmula não resolveu o problema, mas apenas o amenizou.

6. CONCLUSÃO.

O Estado atua perante os idosos com excessivo dirigismo contratual, mitigando sua autonomia privada ao impedi-los de definir o aspecto econômico do casamento.

Ao fixar o regime de bens dos maiores de setenta anos o legislador utiliza de um critério objetivo para declará-los incapazes. No entanto, eles praticam inúmeros outros atos que carecem de capacidade sem intervenção de ninguém. A vedação consiste apenas na escolha do regime de bens.

O que a lei propõe é a proteção patrimonial, e não a proteção de valores como liberdade e igualdade. Assim, o idoso sem família, que decidiu se casar após os setenta anos não tem direito de optar por compartilhar seus bens com seu cônjuge.

O idoso, assim como a sociedade, evoluiu. No entanto, o art.1647, II do CC não acompanhou essa evolução. Trata-se de um dispositivo preconceituoso e que viola a Constituição Federal em todos os seus termos.

Deste modo, o que se propugna é pela não aplicação deste dispositivo, bem como pela declaração de sua inconstitucionalidade, em prol dos direitos fundamentais dos idosos.

7. BIBLIOGRAFIA.

ANDRADE JÚNIOR, Gualter de Souza. *Autonomia Privada: Perspectiva do Estado de Direito Democrático*. 2010. 358 f. Dissertação (Doutorado em Direito Privado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 09 jan 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. *Contradição no Regime de Separação Absoluta de Bens*. Revista Brasileira de Direito de Família, ano VI, nº. 26, out/nov de 2004. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988, volume I*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

DIAS, Maria Berenice. *Amor não tem idade*. Disponível em: <www.mariaberenice.com.br/uploads/5_-_amor_n%E3o_tem_idade.pdf> Acesso em: 18 set 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual do Direito das Famílias*. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5ªed rev atual ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Fernanda Paula. *Direitos dos Idosos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio: O Dicionário da Língua Portuguesa, século XXI*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. 6ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1986.

FIÚZA, César. *Direito Civil: Curso Completo*. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FIÚZA, César. *Crise e Interpretação no Direito Civil da Escola da Exegese às Teorias da Argumentação* in FIÚZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira Naves. *Direito Civil: Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FIÚZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira Naves. *Direito Civil: Atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. V. 1 Parte Geral. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

GLANZ, Semy. *A Família Mutante: Sociologia e Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MADALENO, Rolf. *Do regime de bens entre os cônjuges in DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família e o Novo Código Civil.* 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.* 3ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência.* 8ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 119.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família Contemporâneo: doutrina, jurisprudência, direito comparado, interdisciplinariedade.* Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PERELMAN, Charles. *De La justice in Justice et raison*, p. 26 *apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 33ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de Família.* 28ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 29ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 33ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUSA, Ana Maria Viola de. *Tutela Jurídica do Idoso: a Assistência e a Convivência Familiar.* Campinas: Editora Alínea, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp> Acesso em: 18 set 2011.

WALD, Arnaldo. *O Novo Direito de Família*. 15ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

Uma Teoria da Justiça: Breve análise do pensamento rawlsiano e de suas críticas *

A Theory of Justice: Brief analysis of rawlsian thought and its critics

Daniel Veiga Ayres Pimenta **

RESUMO: O presente artigo busca, sem a pretensão de exaurir as discussões sobre o tema, apresentar uma análise crítica do pensamento rawlsiano acerca da justiça. Partindo-se, para tanto, de uma exposição holística da obra do filósofo estadunidense. Para, posteriormente, apresentar as principais críticas tecidas a seu respeito. Críticas, estas, que foram matrizes impulsionadoras da evolução que a teoria rawlsiana apresentou desde a publicação da célebre obra *Uma teoria da justiça* até à formulação de todos os artigos que terminariam por proporcionar a estruturação do livro *O liberalismo político*.

PALAVRAS-CHAVE: Uma teoria da justiça; John Rawls; Robert Nozick; Ronald Dworkin Amartya Sen.

ABSTRACT: This article aims to, without the pretension to exhaust the discussions on the topic of this subject, present a critical analysis of the Rawlsian thinking about Justice. For this purpose, it begins by the holistic exhibition of the work developed by this american philosopher to subsequently present the main criticism about it. Critics which were the matrices of the evolution of the Rawlsian theory since the publication of the famous work "A theory of Justice" until the formulation of the all papers which provided the structure of the book "The political Liberalism".

* Este trabalho corresponde, com pequenas adaptações, em sua grande maioria formais, ao relatório de pesquisa apresentado à disciplina de Ciências Políticas, ministrada pelo Professor Doutor Miguel Nogueira de Brito no ano letivo de 2010/2011, como requisito essencial para a obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Políticas, Especialidade em Ciências Jurídico-Ambientais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

* * Advogado; Professor do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário do Leste de Minas Gerais – UNILESTEMG; Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2008); Especialista em Direito, Impacto e Recuperação Ambiental pela Universidade Federal de Ouro Preto/Fundação Gorceix (2010); Especialista em Ciências Jurídico-Ambientais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2011), Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas, Especialização em Ciências Jurídico-Ambientais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

KEYWORDS: A Theory of Justice; John Rawls; Robert Nozick; Ronald Dworkin; Amartya Sen.

1. Introdução: Prolegômenos acerca da justiça

Os problemas que envolvem a determinação de uma concepção e do papel da justiça em uma sociedade é um instigante tema de estudo. Contudo, definir uma correta ideia do justo¹ nunca foi uma tarefa fácil. Afinal, grande parte das pessoas enxergam o problema como sendo uma questão pura e simples de intuição. Fato, este, que acaba por proporcionar o surgimento de concepções que, partindo de um posicionamento egoísta, se relacionam unicamente com a noção do que *nos é devido*. Esquecendo-se, portanto, de levar em consideração aquilo que *nós devemos*. E, por isso, é mais fácil relacionarmos nossas experiências pessoais com uma compreensão de injustiça do que, propriamente, com uma percepção de justiça².

Além disso, a conceituação e compreensão do que vem a ser o justo pode partir de dois posicionamentos distintos e, por vezes, excludentes. Isto porque, a justiça pode ser entendida como a “qualidade daquilo que está em conformidade com o que é direito”(NALINI, 2008. p.13) ou como sendo um princípio moral. Logo, não restam dúvidas de que a tarefa em questão é repleta de complexidades e, conseqüentemente, é desafiadora. Contudo, apesar de problemas serem encontrados em qualquer um dos posicionamentos adotados como caminho a ser trilhado rumo à formulação de uma concepção da ideia de justiça. A grande discussão, centra-se em se estabelecer uma aceção uníssona da mesma como princípio moral, e que sirva de norte para a construção de uma sociedade justa. E, é justamente esta dificuldade de se alcançar uma conceituação e compreensão unívoca, que fez com que diversas correntes filosóficas enveredassem pelo tortuoso caminho rumo à instauração de uma noção do justo³.

Neste sentido, estabelecendo um convite à reflexão “acerca do justo e do injusto das instituições sociais”(MATTOS, 2005. p.05), “retomando a racionalidade no julgamento dos valores”(ALCÂNTRA, 2010. p.92) e entendendo que a justiça é a maior e mais importante virtude para a estruturação de uma sociedade pautada na igualdade,

1 Aqui uso a palavra justo como sendo sinônimo de justiça.

2 Corroborando com este posicionamento ver: NALINI, José Renato. *Justiça*. Editora Canção Nova. Coleção Valores. São Paulo. 2008. p.09 ss.

3 Neste sentido ver: ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de Filosofia do Direito*. 5ª Edição. São Paulo. Editora Atlas. 2007. p. 463.

pluralismo e tolerância⁴, surge, no século XX, o pensamento do neo-contratualista kantiano John Bordley Rawls. Que, a partir da publicação de sua obra *Uma teoria da justiça*, tenta responder as principais questões que envolvem o problema referente ao estabelecimento de uma concepção de justiça como sendo um princípio moral.

Para tanto, utilizando-se do artifício do contrato social, da posição original, do véu de ignorância e do consenso sobreposto, Rawls, consegue estabelecer um procedimento construtivista capaz de fornecer os princípios necessários para uma boa compreensão do justo e, principalmente, para a instauração da justiça como sendo um princípio moral que, obtido através de um consenso, seria univocamente aceito e capaz de estabelecer uma sociedade constitucionalmente bem ordenada e equânime. Sendo assim, consegue o filósofo estadunidense desbravar o complicado campo de estudo que envolve o estabelecimento de uma ideia de justiça e, com isso, sua teoria passa a ser considerada um clássico da filosofia política do século XX. Tornando-se, assim, alvo de inúmeras críticas e uma leitura obrigatória a todos os que pretendem entender as nuances que envolvem a concepção do justo.

De tal forma, sem a pretensão de exaurir as discussões sobre o tema e ciente da importância que o pensamento rawlsiano possui dentro da filosofia contemporânea, apresentar-se-á uma análise de sua teoria partindo-se de uma exposição holística da obra para, depois, explicitar os pontos que julgo serem os mais importantes para uma boa compreensão do objeto de estudo. E, por fim, será apresentada uma breve exposição das críticas que, ao meu ver, foram as principais impulsionadoras da evolução que a teoria do filósofo estadunidense apresentou desde a publicação da célebre obra *Uma teoria da justiça* até à formulação de todos os artigos que terminariam por proporcionar a estruturação do livro *O liberalismo político*.

2. A Teoria da Justiça Rawlsiana.

John Bordley Rawls (1921-2002) foi, sem sombras de dúvidas, um dos maiores filósofos políticos do século XX. Sua obra *Uma teoria da justiça* motivou, e ainda motiva, rígidos e calorosos debates sobre as questões que envolvem a concepção e

4 Para uma boa compreensão do pensamento rawlsiano recomendo a leitura de: RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. Revisão Técnica e da Tradução Álvaro de Vita. 3ª Edição. Martins Fontes Editora. São Paulo. 2008.; RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. Revisão da Tradução por Álvaro de Vita. 2ª edição. São Paulo. Editora Ática. 2000. ;e, RAWLS, John. *Justicia como Equidad*. Selección, traducción e presentación de Miguel Ángel Rodilla. Editora Tecnos. Madrid. 1999.

promoção da justiça em uma sociedade democrática. Fato, este, que a colocou em posição de destaque fazendo com que fosse considerada “*uma das obras mais importantes no aspecto filosófico da moral e da política do século passado*” (ZVIRBLIS, 2009. p.07). Relevância que se deve, dentre outros motivos, ao fato de voltar a colocar a teoria contratualista no centro das atenções e, além disso, transferir o foco do estudo político-filosófico do *poder* para a *justiça*. Tendo, por isso, sido considerada a fonte propulsora de uma grande transformação no pensamento filosófico anglo-saxão⁵.

A importância desta obra assenta bases, ainda, no fato de ser um marco que representa a modificação do pensamento da teoria política de extração da filosofia analítica. Além disso, trata-se de uma teoria que, elaborada sobre pilares contratualistas, acaba por fornecer uma alternativa à doutrina utilitarista^{6 7}. Alternativa, que, segundo Rawls, é procurada devido à fragilidade que o utilitarismo possui para servir de base às instituições da democracia constitucional⁸.

A proposta rawlsiana centra-se na ideia de conseguir juntar em uma teoria as razões que nos motivam a adotar uma determinada concepção de justiça política e social⁹. Para, assim, conceber uma justiça capaz de especificar termos equitativos de cooperação social para uma sociedade democrática¹⁰. De tal forma, “os desafios com que se depara Rawls são articular princípios informadores da estrutura básica da sociedade (capazes de proporcionar o justo procedimento almejado), por um lado, e conceber os termos motivacionais que possibilitariam a estabilidade das instituições” (SOARES, 2008. p.108). Logo, ambicionava “encontrar uma base comum de justificação do justo, com fundamento em uma visão política liberal” (MÖLLER, 2006. p. 18). Afinal, para filósofo estadunidense, a grande questão encontra-se na obtenção de uma igual distribuição de recursos entre os membros de uma comunidade política¹¹.

5 Neste sentido ver: MÖLLER, Josué Emílio. *A justiça como equidade em John Rawls*. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre. 2006. p.21.

6 No intuito de explicitar o que vem a ser a doutrina utilitarista, Miguel Nogueira de Brito afirma: “Na sua formulação mais simples, o utilitarismo é uma teoria moral que sustenta que os actos moralmente devidos são aqueles que produzem a maior felicidade para os membros de um sociedade. (...)” (BRITO, Miguel Nogueira de. *As andanças de Cândido: Introdução ao pensamento político do século XX*. Edições 70. Lisboa. 2009. p.16.)

7 Neste sentido ver: MÖLLER, Josué Emílio. *A justiça...*, cit., p.21; RAWLS, John. *Uma teoria...*, cit. p. XVII.

8 Sobre o tema ver: RAWLS, John. *Uma teoria...*, cit., p. XXXVI.

9 Neste sentido ver: RAWLS, John. *Uma teoria...*, cit., p. XIX.

10 Neste sentido ver: RAWLS, John. *Uma teoria...*, cit., p. XX.

11 BRITO, Miguel Nogueira de. *As andanças de Cândido...*, cit., p.40.

Busca, portanto, proporcionar a resolução de três problemas centrais, quais sejam: 1) qual a concepção de justiça política e social mais adequada para uma sociedade democrática justa; 2) como os arranjos institucionais podem auxiliar na promoção e realização da concepção de justiça; e 3) como proporcionar uma adequada estabilidade normativa das estruturas de uma sociedade democrática alicerçada sob os princípios de justiça¹². Sendo assim, intrigado pelas diversas questões que envolvem a promoção do justo, busca em sua teoria solucionar o “problema de realização da justiça em uma sociedade democrática caracterizada pelo fato do pluralismo e pelo valor da tolerância”(MÖLLER, 2006. p.17).

Para tanto, entende a justiça como sendo “a virtude primeira das instituições sociais”(RAWLS, 2008. p.04), cujo o objeto principal “é a estrutura básica da sociedade, ou, mais precisamente, o modo como as principais instituições sociais distribuem os direitos e os deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social”(RAWLS, 2008. p.08). Afinal, segundo seu pensamento, uma sociedade justa é aquela em que suas instituições tratam seus membros de forma moralmente equitativa¹³. Neste sentido, objetivando promover a estabilidade da sociedade democrática, faz uso de um contrato social hipotético que, firmado em condições ideais e respeitando a liberdade e igualdade de todos os indivíduos, promoverá a escolha unânime de princípios capazes de gerir de forma justa a coexistência humana¹⁴.

A partir do acordo firmado na posição original surgem os princípios de justiça. Princípios, estes, que tratarão da liberdade (Princípio da Liberdade - primeiro princípio), das escolhas institucionais (Princípio da Diferença ou Critério Maximin - primeira parte do segundo princípio), da equidade distributiva e da eficiência global (Princípio da Justa Igualdade de Oportunidades - segunda parte do segundo princípio)¹⁵. Com isso, Rawls, busca criar um sólida estrutura de justificação da concepção de justiça abordada em sua teoria. Além disso, através da abordagem adotada para a obtenção da solução dos problemas supracitados a teoria rawlsiana acaba por demonstrar que a equidade é um núcleo essencial para uma correta concepção do justo. Proporcionando, também, o

12 Neste mesmo sentido ver: RAWLS, John. *Uma teoria...*, cit., p. XXXII.

13 Neste sentido ver: RAWLS, John. *Uma teoria...*, cit. p. XXI.

14 Sobre o mesmo assunto ver: MÖLLER, Josué Emílio. *A justiça...*, cit., p.19.

15 Para uma boa explicação da aplicação dos princípios da justiça ver: SEN, Amartya. *A Idéia de Justiça*. Tradução Nuno Castello-Branco Bastos. Revisão Madalena Requiça. Edições Almedina. Coimbra. 2010. p. 105 ss.

enriquecimento da noção de racionalidade, bem como da importância da liberdade e equidade para as estruturas sociais¹⁶.

Por fim, é importante anotar que, Rawls, buscava localizar um consenso moral, ligado a valores políticos, capaz de abordar e apresentar soluções para questões que envolvem a igualdade socioeconômica, bem como a justiça distributiva¹⁷. Logo, a teoria da justiça rawlsiana manifesta-se como uma proposta capaz de nortear o surgimento e funcionamento de uma sociedade democrática constitucional bem ordenada¹⁸. Entendida, esta, como sendo uma sociedade que, regida por uma concepção comum de justiça, se organiza em torno da promoção do bem dos indivíduos que a constituem¹⁹.

2.1. Breve análise dos pontos centrais da teoria rawlsiana da justiça como equidade.

Inicialmente fez-se uma exposição superficial e genérica da teoria rawlsiana da justiça. Exposição realizada no intuito de proporcionar uma visão holística da doutrina por ora analisada. Para, assim, facilitar a compreensão dos pontos nodais que serão, a partir de agora, analisados. Contudo, é importante observar que a visão por ora apresentada não visa exaurir e, muito menos, negar importância aos demais aspectos abordados pelo filósofo americano em sua obra. Trata-se, apenas, de uma exposição que, extraindo e analisando os pontos que se julga centrais, busca proporcionar uma boa compreensão da teoria analisada como objeto central do presente artigo. Sendo assim, passa-se à análise destes.

2.1.1. O Contratualismo em John Rawls.

A teoria do contrato social, ou contratualismo, é um pensamento segundo o qual a sociedade possui origens em um pacto realizado entre os indivíduos que a compõe²⁰.

16 Neste sentido ver: SEN, Amartya. *A Idéia de...*, cit., p.109 ss.

17 Sobre esse assunto ver: RAWLS, John. *Uma teoria...*, cit., p. XXX.

18 Corroborando com esta posição ver: MÖLLER, Josué Emílio. *A justiça...*, cit. p.20.

19 Neste mesmo sentido ver: ZVIRBLIS, Alberto Antônio. *John Rawls: Uma...*, cit. p.14.

20 Neste sentido ver: TRINDADE, Ubiratan. *Justiça Distributiva: Um leitura da obra de John Rawls*. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade do Vale do Rio Sinos e disponível em www.dominiopublico.gov.br . 2008. p. 41 ss.

Teoria que surge, primeiramente, com os pensadores gregos, romanos e germânicos²¹. Sendo que, inicialmente, “o contrato, que por causa de sua forma também se chama “capitulação por escolha”, recorda ao senhor que os poderes não se originam nem dele mesmo, nem de um “direito divino” somente, mas estão vinculados à concordância dos súditos”(HÖFFE, 2001. p.398).

Entretanto, apesar de a origem das discussões sobre a existência de um contrato social remontar ao pensamento dos filósofos gregos²², a supracitada corrente filosófica só obtém contornos e conceitos definitivos ao longo dos séculos XVII e XVIII. Período no qual surgem importantes representantes²³ deste pensamento. Representantes, estes, que, apesar do esforço empregado, não foram capazes de proporcionar uma delimitação clara e protegida de eventuais mal-entendidos. Fato que, originando inúmeras críticas ao contratualismo, acaba por implicar no esquecimento desta corrente teórica ao longo do século XIX²⁴. De tal forma, o pensamento contratualista, sucumbindo às críticas, acaba por ficar “adormecido” durante um longo período devido à crise das teorias jusnaturalistas. Crise motivada pelo surgimento de doutrinas historicistas e utilitaristas²⁵.

O renascimento do contratualismo só ocorre, de forma definitiva, no século XX. Ressurgimento que tem no filósofo estadunidense John Rawls o seu grande responsável. Afinal, ao colocar a estrutura básica de uma sociedade democrática como sendo fruto de um contrato social, a teoria rawlsiana da justiça, recoloca o pensamento contratualista em um lugar de destaque na filosofia contemporânea²⁶. Para tanto, usando do artifício do contrato social acaba por generalizar e elevar a teoria contratualista tradicional a um nível superior de abstração. Neste sentido, substituí a ideia do pacto social por uma

21 Sobre esse tema ver: HÖFFE, Otfried. *Justiça Política: Fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado*. Tradução de Ernildo Stein. Editora Martins Fontes. São Paulo. 2001. p.397 ss.

22 Conforme ensina Otfried Höffe os primeiros sinais do contratualismo “surgem no âmbito da teoria convencionalista da sociedade dos sofistas; mais tarde, o motivo retorna em Epicuro, Lucrecio, Cícero e Ulpiano. Platão, no Críton (50a-52d), faz o Sócrates condenado à morte falar de um contrato silencioso que os cidadãos assumem com a pólis, na qual viviam e trabalhavam, contrato que lhe vedava a ele Sócrates se livrar da pena da morte por fuga. E na sua filosofia tardia (Nomoi, 684a), Platão lembra já aquele contrato de dominação que representa, na Idade Média e no começo da Modernidade, um papel importante, a saber, aquele realizado entre o príncipe e os estamentos, em meio a uma dada ordem de direito e de Estado, a realidade feudal, estabelecendo direitos e deveres próximos do respectivo senhor. (...)” (HÖFFE, Otfried. *Justiça Política: Fundamentação...*, cit., p.398.)

23 A teoria contratualista possui como seus maiores representantes, por exemplo, Althusius, Grotius, Hobbes, Spinoza, Locke, Pufendorf, Wolff, Rousseau, Kant e, mais recentemente, Rawls e James Buchanan.

24 Neste sentido ver: HÖFFE, Otfried. *Justiça Política: Fundamentação...*, cit., p.397 ss.

25 Para uma melhor compreensão ver: MÖLLER, Josué Emílio. *A justiça...*, cit., p.29 ss.

26 Sobre o tema ver: MÖLLER, Josué Emílio. *A justiça...*, cit. p.29 ss.

posição original (situação inicial). Posição, esta, que partindo de restrições procedimentais busca alcançar um consenso original no que diz respeito aos princípios de justiça²⁷.

Diante das alterações implementadas, o contratualismo rawlsiano, adquire peculiaridades que, apesar de sua matriz fortemente kantiana, o distingue da doutrina clássica. Isso porque, na teoria da justiça como equidade o contrato social, firmando bases sob um status de igualdade moral, passa a ser um acordo hipotético realizado em condições ideais a onde todos são livres e iguais. E, além disso, volta a sua atenção para as questões relacionadas à justiça das instituições, ao invés de estudar as origens do poder estatal²⁸. Logo, o objetivo do contrato social (posição original) rawlsiano não é proporcionar o surgimento de uma sociedade, muito menos nortear a criação de uma forma específica de governo. Mas sim, estabelecer princípios de justiça capazes de possibilitar a estruturação de uma sociedade democrática bem ordenada. Princípios, estes, que, determinados a partir de um consenso decorrente da deliberação entre indivíduos livres, iguais e despreocupados com a promoção de seus interesses pessoais (não egoístas), representam os cânones definidores das condições fundamentais de sua associação²⁹.

Para tanto, no intuito de alcançar os princípios de justiça capazes de nortear a estrutura básica de uma sociedade democrática bem ordenada, os indivíduos que se encontram na situação hipotética inicial não são influenciados por questões pessoais particulares. Influência, esta, que é “bloqueada” através de um “véu de ignorância” que os envolve. Sendo assim, estes representantes ideais, desconhecem sua classe social, inteligência, capacidades naturais, raça e geração a que pertencem, bem como quaisquer informações que lhes dê condição de objetivar um resultado que produza um benefício próprio³⁰.

De tal forma pressupõe-se que:

“as partes na situação original são iguais. Isto é, todos têm os mesmos direitos no processo da escolha dos princípios; todos podem fazer propostas, apresentar razões para sua aceitação, e assim por diante. É óbvio que a finalidade dessas condições é representar a igualdade entre os seres humanos

27 Sobre o tema ver: MÖLLER, Josué Emílio. *A justiça...*, cit., p.39 ss. Ver também: RAWLS, John. *Uma teoria...*, cit., p. 03.

28 Sobre o assunto ver: GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça depois de Rawls: Um breve manual de filosofia política*. Tradução Alonso Reis Freire. Revisão da Tradução Elza Maria Gasparotto. Editora Martins Fontes. São Paulo. 2008. p. 13 ss.

29 Neste sentido ver: RAWLS, John. *Uma teoria...*, cit. p. 13-14.

30 Sobre o tema ver: GARGARELLA, Roberto. *As Teorias...*, cit., p. 21-22. Ver também: MÖLLER, Josué Emílio. *A justiça...*, cit., p.39 ss.

como pessoas morais, como criaturas que têm uma concepção do próprio bem e estão capacitadas a ter um senso de justiça. Considera-se que o fundamento da igualdade é a similaridade nesses dois aspectos. Os sistemas de fins não são classificados segundo seu valor, e presume-se que cada pessoa tem a capacidade necessária para entender quaisquer princípios adotados e agir em conformidade com eles. Junto com o véu de ignorância, essas condições definem os princípios da justiça como aqueles que pessoas racionais interessadas em promover seus interesses aceitariam em condições de igualdade, quando não há ninguém que esteja em vantagem ou desvantagem em razão de contingências naturais ou sociais.”(RAWLS, 2008. p.23)

Sendo assim, “a posição original é, pode-se dizer o status quo apropriado e, assim, os consensos fundamentais alcançados nela são equitativos”(RAWLS, 2008. p.15). Logo, a deliberação e o seu resultado são equânimes e dotados de imparcialidade. Necessário anotar que, apesar de pressupor a natureza social dos seres humanos, no pacto rawlsiano os indivíduos já são parte de uma sociedade civil. De tal forma, trata-se de representantes ideais dos cidadãos e não, como erroneamente se pode vir a supor, membros de uma sociedade natural que deliberam em busca do seu ingresso em um grupo social bem ordenado^{31 32}.

2.1.2. A Posição Original e o Véu da Ignorância.

A teoria da justiça rawlsiana, respeitando sua matriz contratualista, emerge de uma condição inicial a onde representantes ideais de uma sociedade democrática bem ordenada deliberam, de forma livre e igual, no intuito de escolherem os princípios norteadores da justiça. Situação denominada de posição original que, servindo de pilar a toda a estrutura do pensamento proposto pelo filósofo estadunidense, é entendida como sendo a “interpretação filosoficamente preferida”(RAWLS, 2008. p.21) de uma circunstância de escolha inicial³³. Logo, trata-se do “status quo inicial apropriado para garantir que os acordos fundamentais nele alcançados sejam equitativos”(RAWLS, 2008. p.21). De tal forma, no intuito de proporcionar a obtenção de consensos equitativos, a posição inicial tem como característica principal ser dotada de condições amplamente aceitas nas quais as partes envolvidas são racionais, iguais, desinteressadas

31 No intuito de evitar a repetição terminológica a expressão “grupo social bem ordenado” é utilizada aqui como sendo sinônimo de “sociedade civil”.

32 Corroborando com esse posicionamento ver: MÖLLER, Josué Emílio. *A justiça...*, cit., p.39 ss. Ver também: REIS, Rachel Seoane. *John Rawls – Aspectos gerais de sua teoria da justiça*. Relatório de Teoria do Direito Público e Privado do curso de Mestrado em Ciência Jurídico-Criminais da Universidade de Lisboa. 2009. Lisboa. p.11-12;

33 Para uma melhor compreensão ver: RAWLS, John. *Uma teoria...*, cit., p. 21 ss.

e livres de qualquer contingência que possa ocasionar discórdia ou o aparecimento de preconceitos³⁴. Trata-se de um estado hipotético ideal que busca “configurar um procedimento equitativo, de modo que quaisquer princípios acordados nessa posição sejam justos”(RAWLS, 2008. p.165-166).

Neste sentido, a fim de garantir a prevalência das características necessárias, Rawls, lança mão de um mecanismo capaz de “bloquear” a influência de qualquer fator que possa vir a intervir e prejudicar a manutenção das condições ideais da posição original. Mecanismo denominado de “véu de ignorância”. Trata-se de um artifício que, impondo “barreiras” aos fatores externos, acaba por fazer com que os representantes ideais desconheçam, na situação inicial, o seu *status social*, sexo, raça, capacidades naturais, projeto racional de vida e a concepção do bem. Garantindo, assim, que as partes possuam apenas um ténue entendimento do bem, um sentido de justiça e a predisposição à buscar os chamados bens primário³⁵. Sendo assim, tais indivíduos conhecem apenas os “fatos genéricos que afetem a escolha dos princípios de justiça”(RAWLS, 2008. p.167).

Percebe-se, assim, que o véu de ignorância é extremamente importante para a sustentação da posição original e do resultado das deliberações que ali têm lugar. Isto porque, o supracitado mecanismo garante a relevância das informações disponíveis e impede que situações pessoais exerçam influência na escolha dos princípios de justiça. Proporcionando, com isso, “a escolha unânime de uma concepção de justiça em especial”(RAWLS, 2008. p.171) e garantido a imposição de limites ao conhecimento, sem os quais as questões que envolvem a negociação na posição original seriam insolúveis³⁶. Por fim, é importante salientar que “a posição original é uma situação puramente hipotética”(RAWLS, 2008. p.146) que não “pretende explicar a conduta humana, a não ser na medida em que ela tenta interpretar nossos juízos morais e nos ajuda a interpretar nosso senso de justiça”(RAWLS, 2008. p.146).

2.1.3. Os Dois Princípios de Justiça Rawlsianos.

34 Neste sentido ver: RAWLS, John. *Uma teoria...*, cit., p. 17 e 23.

35 Sobre o véu da ignorância ver: RAWLS, John. *Uma teoria...*, cit., p. 165 ss.; BRITO, Miguel Nogueira de. *As andanças de Cândido...*, cit., p.42 ss.; ZVIRBLIS, Alberto Antônio. *John Rawls: Uma teoria...*, cit., p.61 ss.; TURRA, Bruno da Costa. *A justiça entre gerações*. Relatório apresentado à disciplina de Filosofia de Direito do Mestrado em Ciências Jurídico-Econômicas. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 2007. Lisboa. p.13 ss., e MÖLLER, Josué Emílio. *A justiça...*, cit., p.47 ss.

36 Neste sentido: RAWLS, John. *Uma teoria...*, cit., p. 171.

A posição original se estrutura e organiza na busca de um consenso unânime sobre quais serão os princípios capazes de estabelecer uma concepção de justiça aplicável aos fundamentos básicos da sociedade e aptos a ordenar as suas principais instituições³⁷ sociais afim de proporcionar um esquema único de cooperação³⁸. Trata-se, portanto, de princípios deduzidos através de um procedimento construtivista e que podem estabelecer formas eficientes de propiciar uma justiça equânime no seio de uma sociedade democrática bem ordenada e caracterizada pelo pluralismo e pela tolerância³⁹. Sendo assim, Rawls, entende que irão emergir da posição inicial dois princípios de justiça aplicáveis à estrutura básica da sociedade e eficientes na promoção de uma justa atribuição de direitos e deveres, bem como na distribuição das vantagens sociais e econômicas⁴⁰. O primeiro diz que “cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para todos”(RAWLS, 2008. p.376)⁴¹. Já o segundo princípio, expõe que:

“as desigualdades econômicas e sociais devem ser dispostas de modo a que tanto: (a) se estabeleçam para o máximo benefício possível dos menos favorecidos que seja compatível com as restrições do princípio de poupança justa, como (b) estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades” (RAWLS, 2008. p.376)⁴².

De tal forma, o primeiro princípio, estabelece a igualdade de liberdades fundamentais (Princípio da Liberdade). E, o segundo, determina a igualdade de oportunidades de acesso a cargos e posições (Princípio da Justa Igualdade de Oportunidades), bem como uma distribuição equitativa de riqueza e renda (Princípio da Diferença). Distribuição, esta, que não necessita ser matematicamente igual mas,

37 Por instituição, Rawls, entende “um sistema público de normas que define cargos e funções com seus direitos e deveres, poderes e imunidades. Essas normas especificam que certas formas de ação são permissíveis e outras, proibidas; e estipulam certas penalidades e defesas, e assim por diante, quando ocorrem transgressões. (...)” (RAWLS, John. *Uma teoria...*, cit., p. 66)

38 Sobre o assunto ver: RAWLS, John. *Uma teoria...*, cit., p. 65 ss.

39 Corroborando com esse posicionamento ver: MÖLLER, Josué Emílio. *A justiça...*, cit., p.65 ss.

40 Sobre o assunto ver: RAWLS, John. *Uma teoria...*, cit., p. 73 ss

41 A formulação condiz com a concepção original do primeiro princípio exposta em *Uma teoria da Justiça*. Contudo, a mesma sofreu modificações passando a ser adotada em *O liberalismo político* da seguinte forma: “Toda pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades fundamentais iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para todos.” (RAWLS, John. *O Liberalismo...*, cit., p. 345.)

42 A formulação condiz com a concepção original do segundo princípio exposta em *Uma teoria da Justiça*. Contudo, a mesma sofreu modificações passando a ser adotada em *O liberalismo político* da seguinte forma: “As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições. A primeira é que devem estar vinculadas a cargos e posições abertas a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e segunda é que devem redundar no maior benefício possível para os membros menos privilegiados da sociedade.” (RAWLS, John. *O Liberalismo...*, cit., p. 345.)

obrigatoriamente, deve ser vantajosa, ao mesmo tempo, a todos os membros da sociedade.

Importante observar que tais princípios estão intimamente ligados e são ordenados segundo uma ordem de prioridade lexical resultante de uma “maior ou menor resistência à introdução de discriminações ou desigualdades no seu seio”(BRITO, 2009. p.46). Ordem, esta, que atribui prioridade ao Princípio da Liberdade. Sendo assim, “a existência de uma liberdade máxima para cada pessoa que se submeta à possibilidade de uma liberdade similar para todos tem a precedência sobre outras considerações, incluindo as relativas à equidade econômica e social”(SEN, 2010. p.106). Logo, “as liberdades de que todos podem gozar não poderão ser violadas com fundamento, por exemplo, no incremento da riqueza ou do rendimento, ou numa melhor distribuição dos recursos econômicos entre as pessoas”(SEN, 2010. p.106). Interessante observar que é essa primazia atribuída ao primeiro princípio que garante, dentro da teoria rawlsiana, uma promoção e proteção efetiva das liberdades fundamentais. Contudo, é salutar anotar que essa preferência não é absoluta. Isto porque, a inexistência de condições sociais capazes de promover e garantir o desenvolvimento e exercício das liberdades autoriza uma inversão na prioridade lexical. Percebe-se, portanto, que tal inversão só é permitida no intuito de corrigir graves distorções capazes de ameaçar a própria existência e manutenção da sociedade democrática. Afinal, “a ausência de condições propícias à efetivação das liberdades indica a existência de fatores que ameaçam a própria integridade e estabilidade associativa”(MÖLLER, 2006. p.69).

Além da mitigação que a inversão da prioridade lexical pode ocasionar ao primeiro princípio da justiça. Este, ainda pode sofrer uma ponderação no intuito de compatibilizar o exercício das liberdades fundamentais por diferentes indivíduos. Ponderação que ocorrerá no intuito de evitar que a satisfação total da liberdade de alguém signifique uma completa negação das liberdades de outros cidadãos⁴³ ⁴⁴. Para tanto, a compatibilização do campo de ação das diversas liberdades fundamentais ocorrerá através da imposição de limites capazes de adequar o seu exercício de forma a restringir o seu alcance para, assim, permitir a coexistência com outras liberdades.

43 A constatação da necessidade de aplicar uma forma de mitigação ao Princípio da Liberdade proporcionou uma reformulação do mesmo. Reformulação, esta, que Rawls concretizou através da substituição da expressão “*direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades*” por “*direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades*”. Alteração, esta, que nos é apresentada em sua obra ***O Liberalismo Político***.

44 Para uma boa compreensão das alterações realizadas no Princípio da Liberdade recomendo: MÖLLER, Josué Emílio. ***A justiça...***, cit., p.70 ss.

Contudo, é necessário observar que tais limites não podem comprometer a concretização de uma liberdade, devem, apenas, garantir que a sua efetivação seja capaz de coexistir com a satisfação das demais.

O segundo princípio da justiça, a partir da instauração de mecanismos capazes de fomentar uma igual distribuição dos bens primários⁴⁵ e regular as desigualdades sociais, busca proteger, promover e efetivar a cooperação social e a igualdade democrática. Neste sentido, instaura-se os Princípios da Diferença (primeira parte do segundo princípio) e da Justa Igualdade de Oportunidades (segunda parte do segundo princípio). O Princípio da Diferença⁴⁶ é um mecanismo que, aplicado primariamente à estrutura básica da sociedade, busca garantir uma distribuição igualitária dos bens primários. Neste intuito, atuando como um “princípio redistributivo prudente”(BRITO, 2009. p.47), visa proporcionar, ao menos, uma repartição capaz de permitir uma melhoria do bem-estar de todos os membros da sociedade, especialmente dos menos favorecidos. Já o Princípio da Justa Igualdade de Oportunidades, visando eliminar a influência de fatores eticamente arbitrários, ataca a injustiça das desigualdades imerecidas⁴⁷ objetivando “assegurar a todos os indivíduos os mesmos direitos legais de acesso a todas as posições sociais privilegiadas”(MÖLLER, 2006. p.74), bem como garantir uma igualdade de ingresso aos cargos disponíveis. Sendo assim, o segundo princípio de justiça, sem a pretensão de eliminar todas as contingências sociais que sejam inevitáveis à manutenção do desenvolvimento de uma sociedade democrática bem ordenada, busca impor limites e garantir a efetivação de ajustes capazes de mitigar as desigualdades acumuladas ao longo do processo social para, assim, instituir uma sociedade que promova a realização de esforços construtivos por parte de seus cidadãos.

Salutar anotar que os princípios de justiça correspondem a uma parte especialmente importante de uma concepção geral do justo segundo a qual “todos os valores sociais – liberdades e oportunidades, renda e riqueza, e as bases sociais do auto-respeito – devem ser distribuídos de forma igual, a não ser que uma distribuição

45 Para Rawls os bens primários são representados pelas liberdades, riquezas, oportunidades, rendimentos e saúde. Trata-se, portanto, das liberdades fundamentais.

46 O Princípio da Diferença é denominado pelos economistas de *critério maximim*. Contudo, em observância ao posicionamento de John Rawls não utilizarei a referida denominação. Afinal, “*o critério maximin costuma ser entendido como uma regra de escolha em situações de grande incerteza, ao passo que o princípio de diferença é um princípio de justiça. Não é recomendável usar o mesmo nome para duas coisas tão diferentes.*”(RAWLS, John. *Uma teoria...*, cit., p. 101.).

47 Entende-se por desigualdades imerecidas a diferença na distribuição inicial dos bens primários ocasionada por contingências naturais ou sociais arbitrarias e fora do âmbito de atuação dos indivíduos.

desigual de um ou de todos esses valores seja vantajosa para todos”(RAWLS, 2008. p.75).

2.1.4. A Mudança do Pensamento Rawlsiano: Universalismo, Pluralismo e o “Consenso Sobreposto”.

A teoria rawlsiana da justiça como equidade pode ser dividida em duas fases. A primeira tem seu ponto máximo em 1971 com a publicação da célebre obra *Uma teoria da justiça*⁴⁸. A segunda fase compreende diversos artigos que terminam por dar origem ao livro *O liberalismo político*. Importante observar que, apesar de ser possível perceber de forma clara uma mutação no pensamento do filósofo estadunidense, na essência, a sua teoria permanece inalterada. Continuando, assim, a consolidar suas bases em volta dos dois princípios da justiça. Isto porque, as alterações incidem, na verdade, sob a justificação, abrangência e limites de sua justiça como equidade. Mudanças que, dentre outros motivos, são oriundas de uma rejeição da ideia de uma “epifania” (“iluminismo”) reveladora da doutrina filosófica capaz de demonstrar o que é certo e o que é errado. Com isso, Rawls, passa a reconhecer a existência de alguns fatos⁴⁹ que, necessariamente, devem ser considerados quando da construção de uma concepção de justiça como equidade.

De tal forma, na segunda fase de seu pensamento, passa a enveredar em uma busca incessante no intuito de eliminar de sua teoria características que julgava serem extremamente universalistas. Passando, portanto, a considerar a existência de um pluralismo razoável, bem como de seus efeitos sob a concepção de justiça. E, a partir de então, objetiva demonstrar que partindo-se da noção de existência de um “pluralismo

48 Trata-se do único livro publicado por John Rawls. As demais publicações, mesmo quando agrupadas de forma a adquirir o formato de um livro, são coletâneas de artigos, aulas, palestras e ensaios de autoria deste importante filósofo estadunidense.

49 “(...). Entre tais fatos, podemos citar os seguintes: a enorme variedade de “doutrinas abrangentes” existentes; o fato de que a única forma de garantir o permanente respaldo geral a uma dessas doutrinas abrangentes é por meio do uso opressivo da força estatal; o fato de que um regime democrático, para ser duradouro, deve contar com o livre e voluntário apoio de seus cidadãos politicamente ativos; e a convicção de que “a cultura política de uma sociedade democrática razoavelmente estável em geral contém, pelo menos de modo implícito, certas idéias intuitivas fundamentais a partir das quais é possível elaborar um concepção política da justiça”.” (GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça...*, cit., p. 227-228)

razoável” de concepções do bem pode-se emergir um conceito de justiça capaz de ser aplicado de forma efetiva⁵⁰.

Em suma, ao longo da primeira fase de seu pensamento vê-se instituída uma crença segundo a qual uma teoria da justiça capaz de gerar sua própria sustentação deve possuir plausibilidade filosófica e respostas capazes de garantir a elaboração de doutrinas abrangentes. Enquanto isso, na segunda fase, Rawls, reconhece que anteriormente havia desconsiderado a existência do pluralismo razoável e de uma pluralidade de concepções do bem⁵¹. Sendo assim, para ter uma compreensão global da teoria da justiça como equidade é necessário entender o contratualismo rawlsiano, os dois princípios de justiça, os artifícios da posição original e do véu da ignorância, bem como a novel concepção do consenso sobreposto. Os quatro primeiros requisitos já foram analisados. Passa-se, portanto, a avaliar o quinto e último requisito.

Primeiramente é importante observar que o “novo” Rawls busca eliminar ou, pelo menos, superar os conflitos originados através do pluralismo de doutrinas existentes. Para, assim, perceber quais são as características necessárias para proporcionar o aparecimento de um acordo, amplo e profundo, capaz de englobar princípios e concepções individuais, bem como da sociedade⁵². Para tanto, passa a entender e defender que as divergências morais são resultado de um exercício normal e conscientemente livre da razão humana. E, por isso, uma correta concepção de justiça deve buscar seu arcabouço estrutural em princípios e juízos morais, bem como em questões que envolvem a cultura política e características das democracias ocidentais⁵³. Neste intuito, a teoria passa a ser apresentada, na segunda fase do pensamento do filósofo estadunidense, como instauradora de uma concepção política de justiça. Noção que continua a se referir à estrutura básica da sociedade sem, contudo, se estender às normas que ditam condutas pessoais ou anseios e ideais de vida⁵⁴. E, que tem como características principais a limitação do objeto do qual se ocupa, independência de

50 Para uma melhor compreensão do tema ver: GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça...*, cit., p. 223 ss. e BRITO, Miguel Nogueira de. *As andanças de Cândido: Introdução...*, cit., p.54 ss.

51 Neste sentido ver: BRITO, Miguel Nogueira de. *As andanças de Cândido: Introdução...*, cit., p.55.

52 Corroborando com este posicionamento ver: GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça...*, cit., p. 229 ss.

53 Sobre o tema ver: BRITO, Miguel Nogueira de. *As andanças de Cândido: Introdução...*, cit., p.54 ss.

54 Neste sentido ver: GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça...*, cit., p. 229 ss.

outras doutrinas abrangentes⁵⁵ e elaboração segundo as ideias políticas implícitas em uma sociedade democrática constitucional⁵⁶.

Diante disso, objetivando alcançar uma concepção de justiça aceita por todos os membros de uma sociedade democrática e buscando dar estabilidade à sua teoria, Rawls, propõe a instauração de um novo recurso: o “consenso sobreposto” (overlapping consensus). Artífício, este, que engloba a crença na possibilidade de existência de uma “sociedade pluralista, estável, justa e garantidora da unidade democrática”(TRINDADE, 2008. p.33-34). De tal forma, equacionando “a visão política de justiça e a visão abrangente razoável de cada um”(DIANA, 2006. p.30-31), o “consenso sobreposto” busca proporcionar a obtenção dos acordos necessários para garantir a estabilidade de uma sociedade democrática constitucional. Acordos, estes, que terão por base um conceito de justiça política estruturado sobre fundamentos intrínsecos à sociedade e aos indivíduos que dela fazem parte⁵⁷.

Por fim, é importante anotar que a estabilidade rawlsiana não implica em, estabelecendo sanções, criar formas de impor a aceitação de determinada concepção aos que a rejeitam. Trata-se, na verdade, de uma justificação, alicerçada sob a legitimação política, que apela para a razão individual no intuito de alcançar a razão pública. Para, assim, estabelecer a solução das diferenças morais e políticas⁵⁸.

3. As Críticas à teoria da justiça de John Rawls.

A teoria rawlsiana, além de voltar a colocar a visão contratualista como sendo um dos centros das atenções da filosofia contemporânea, proporcionou uma mudança na forma de pensar o contrato social, a justiça e a sociedade. Instituído, assim, alterações importantes no pensamento anglo-saxão e adquirindo uma relevância ímpar dentre as mais recentes teorias filosóficas do século XX. Em contrapartida, juntamente com a relevância surgem as críticas. E, por isso, a justiça como equidade torna-se vítima dos mais variados questionamentos, os quais originam-se das mais diversas correntes teóricas político-filosóficas. De tal forma, a obra rawlsiana passa a ser criticada pelo

55 Entende-se como doutrinas abrangentes o utilitarismo, o kantismo, o cristianismo, entre outras.

56 Para uma boa compreensão do tema ver: GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça...*, cit., p. 229 ss.; BRITO, Miguel Nogueira de. *As andanças de Cândido: Introdução...*, cit., p.54 ss. e, ZVIRBLIS, Alberto Antônio. *John Rawls: Uma teoria...*, cit., p.109 ss.

57 Corroborando com este posicionamento ver: TRINDADE, Ubiratan. *Justiça Distributiva...*, cit., p. 33 ss.

58 Neste sentido: DIANA, Andrea Regina da Silva. *Uma defesa da...*, cit., p.31.

Liberalismo Conservador, Comunitarismo, Marxismo, Republicanismo, Feminismo e, até mesmo, por autores adeptos ao Liberalismo Igualitário.

Contudo, as principais críticas encontram sustentação em três argumentos centrais, quais sejam: 1) a existência de características que a transforma em uma teoria incapaz de se adequar perfeitamente ao pensamento liberal (“insuficiência liberal”); 2) a existência de características que o transforma em um pensamento incapaz de transmitir e respeitar os principais ideais igualitários (“insuficiência igualitária”); e, 3) a existência de características que instituem uma impossibilidade de adequação à realidade de uma sociedade democrática. Sendo assim, acreditando que as críticas supracitadas são capazes de transmitir os pontos centrais dos debates em torno da teoria da justiça como equidade, e sem negar importância aos demais críticos, analisar-se-á as interpelações propostas por Robert Nozick, Ronald Dworkin e Amartya Sen.

É o que se passa a fazer.

3.1. Robert Nozick e suas críticas à insuficiência das características liberais da teoria da justiça como equidade⁵⁹.

Robert Nozick (1938-2002), que assim como Rawls era professor da Universidade de Harvard, foi o autor das principais e mais duras críticas à teoria da justiça como equidade. Sendo assim, considerando que o pensamento rawlsiano não se enquadra perfeitamente em uma teoria liberal, apresenta ideias que representam uma oposição direta, bem como uma resposta do liberalismo conservador ao igualitarismo. Neste sentido, refutando a ideia de que o ativismo das instituições fundamentais do Estado voltado a garantir a igualdade de distribuição dos bens primários entre as pessoas é uma das características essenciais de uma sociedade justa, defende a existência de um Estado mínimo preocupado unicamente em proteger os indivíduos contra as diversas formas de uso ilegítimo da força, bem como a respaldar o cumprimento dos contratos entre os membros de tal sociedade^{60 61}.

59 Para uma boa compreensão do pensamento de Robert Nozick, bem como de suas críticas à teoria da justiça como equidade rawlsiana, recomendo a leitura da obra: NOZICK, Robert. *Anarchy, State and Utopia*. Basic Books. Nova York. 1974

60 Sobre o assunto ver: GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça...*, cit., p. 33 ss.

61 Paulo Otero, corroborando com esse posicionamento, afirma que “em alternativa a um modelo político de justiça social baseado na ideia de redistribuição da riqueza, segundo o esquema rawlsiano de igualdade democrática patrocinada por um Estado interventor, Robert Nozick, criticando o socialismo excessivo de Rawls que conduz ao Estado-Providência, propõe um modelo de “Estado mínimo”, permitindo, deste modo, e à luz de uma proposta de base Kantiana, cada pessoa viver a sua

Para tanto, em sua principal obra, *Anarquia, Estado e Utopia*, busca demonstrar as vantagens do Estado mínimo e, objetivando refutar as doutrinas anarquistas e igualitárias, defende uma sociedade estruturada sob características capazes de permitir que cada indivíduo viva segundo as normas das doutrinas abrangentes que melhor lhe aprouver. Exigindo, apenas, que cada pessoa saiba respeitar os direitos dos demais membros que compõe a sociedade⁶².

Importante observar que a teoria de Nozick se aproxima muito da rawlsiana ao afirmar a existência de alguns direitos fundamentais básicos e invioláveis, bem como ao inadmitir uma aplicação do princípio da utilidade de forma a permitir o sacrifício de alguns indivíduos com o fim de proporcionar o benefício da maioria. Sendo assim, trata-se, como também ocorre com a teoria da justiça como equidade, de um pensamento que adota características oriundas da doutrina kantiana⁶³. Contudo, ao contrário de John Rawls, a teoria da justiça proposta por Nozick baseia-se nos títulos legítimos de propriedade⁶⁴. Fato que dá origem a duas importantes diferenças entre igualitaristas e libertários. A primeira, parte da ideia de que o Estado deve atuar de forma a impedir qualquer meio de interferência nos direitos básicos⁶⁵ de cada um dos indivíduos membros da sociedade. Não existindo, em contrapartida, nenhuma espécie de obrigação que determine a necessidade de garantir a promoção e proteção dos meios necessários para que as pessoas possam realizar os seus planos de vida. De tal forma, uma das principais distinções entre as teorias se encontra na importância, lugar e significado conferido às “liberdades positivas”⁶⁶.

A segunda diferença refere-se à questão da autopropriedade. Isto porque, para o liberalismo igualitário as capacidades naturais de cada indivíduo são imerecidas. Assim sendo, não representam um motivo para que os mesmos recebam qualquer tipo de recompensa ou punição por parte da sociedade. Logo, nem os talentos naturais, nem os seus frutos são de propriedade exclusiva de determinado indivíduo. Por isto, trata-se de questão de justiça que estas pessoas mais afortunadas disponibilizem os seus serviços aos desafortunados⁶⁷. Para Nozick, contudo, isso seria uma violação ao princípio da autopropriedade. Violação que representa a instituição de uma nova forma de

vida como um fim e nunca como um meio.” (OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. Volume I. Editora Almedina. Coimbra. 2007. p. 453.)

62 Ver: GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça...*, cit., p. 33 ss.

63 Ver: GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça...*, cit., p. 33 ss.

64 Ver: BRITO, Miguel Nogueira de. *As andanças de Cândido: Introdução...*, cit., p.82 ss.

65 Entende-se como direitos básicos a vida, a propriedade etc.

66 Ver: GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça...*, cit., p. 33 ss.

67 Ver: GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça...*, cit., p. 33 ss.

escravidão. E, além disso, é capaz de originar um desprezo à dissociabilidade das pessoas, bem como instituir um direito parcial de propriedade sobre os outros indivíduos⁶⁸. Cumpre observar que Nozick não se opõem à noção de igualdade. Rejeita, na verdade, toda e qualquer forma de impor a igualdade. E, assim, considera que normas com este intuito são moralmente contestáveis e já nascem destinadas ao fracasso. Afinal, a liberdade é incompatível com o princípio da diferença e com todo o princípio distributivo e, por isso, não aceita qualquer norma igualitária⁶⁹.

3.2. Ronald Dworkin e suas críticas à insuficiência das características igualitárias da teoria da justiça como equidade.

Inicialmente é muito importante observar que as concepções rawlsianas e de Ronald Dworkin, apesar de diferentes, possuem fortes pontos de interseção. Pontos que refletem em um compartilhamento de diversos pressupostos básicos e que fazem com que a proposta dworkiana seja vista, por muitos, como um aperfeiçoamento da visão rawlsiana⁷⁰. Sendo assim, é necessário anotar que a concepção de Dworkin do liberalismo igualitário se estrutura sob algumas ideias básicas. Ideias, que, guardadas as devidas proporções, também são acatadas pelo pensamento de John Rawls e podem ser resumidas da seguinte forma: 1) existe uma diferença entre personalidade e circunstância que deve ser considerada para fazer com que os indivíduos sejam responsabilizados por seus gostos e ambições; 2) o igualitarismo deve refutar medidas subjetivistas individuais como medida de igualdade; 3) a justiça é uma questão de recursos iguais; e, 4) o liberalismo igualitário relaciona-se com a noção de tolerância e, por isso, um Estado igualitário deve ser abster de recompensar ou punir por questões éticas⁷¹.

No que se refere às distinções pode-se, inicialmente, afirmar que Ronald Dworkin, ao contrário de Robert Nozick, enxerga a justiça como equidade como sendo um teoria incapaz de satisfazer todas as exigências do pensamento igualitário. Por isto, suas objeções direcionam-se a demonstrar que o pensamento rawlsiano peca ao atribuir de forma errônea responsabilidades aos indivíduos. O erro, segundo Dworkin, encontra-

68 GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça...**, cit., p. 33 ss.

69 Neste sentido ver: GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça...**, cit., p. 44 ss. e, BRITO, Miguel Nogueira de. *As andanças de Cândido: Introdução...*, cit., p.79 ss.

70 GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça...**, cit., p. 65 ss.

71 Para uma melhor compreensão ver: BRITO, Miguel Nogueira de. *As andanças de Cândido: Introdução...*, cit., p.65 ss. e, GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça...**, cit., p. 65 ss.

se no fato de que os princípios de justiça da teoria de John Rawls atribuem às pessoas responsabilidade por acontecimentos que fogem ao seu campo de atuação. E, em contrapartida, não os responsabiliza por situações e decisões que realmente se encontram sob o seu controle⁷². Fato, este, que faz com que a teoria da justiça como equidade seja vista como sendo “insensível demais aos dons próprios de cada pessoa, e não suficientemente sensível às ambições de cada um”(GARGARELLA, 2008. p.67). E, por isto, Dworkin, sugere um modelo de regulação dividido em duas partes: 1) a realização de um leilão hipotético de recursos impessoais⁷³ e 2) depois permite-se aos indivíduos uma nova parcela igual de meios capazes de lhe proporcionar a aquisição de novos bens no intuito de lhes garantir a persecução de seus ideais de vida, bem como a contratação de seguros para assegurar condições de enfrentar eventuais situações futuras de desvantagens⁷⁴. Importante observar que o leilão inicia-se em uma situação na qual todas as pessoas têm capacidades iguais de adquirir os bens licitados e é repetido quantas vezes forem necessárias para garantir que todos fiquem satisfeitos com os recursos adquiridos e, principalmente, assegurar que ninguém cobice os lotes alheios. Estágio, no qual terá sido superado os problemas relacionados à inveja (“teste da inveja”)⁷⁵.

Satisfeito o teste da inveja, inicia-se a segunda fase do modelo ideal dworkiano. Fase, esta, que objetiva proporcionar a solução dos problemas oriundos de uma desigual distribuição dos recursos pessoais⁷⁶. Desigualdade que não foi solucionada ao longo do processo de leilão devido à impossibilidade de inclusão destes recursos no quadro de objetos a serem leiloados⁷⁷. De tal forma, Dworkin, procura eliminar as arbitrariedades ocasionadas por questões que envolvem a maior ou menor sorte de cada indivíduo, bem como garantir que cada um suporte os resultados produzidos por suas opções pessoais. Sendo assim, buscando nortear uma política corretamente igualitária e estruturando o seu pensamento sobre os princípios do individualismo ético e da responsabilidade

72 Neste sentido ver: GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça...**, cit., p. 64.

73 Entende-se por recursos impessoais, por exemplo, as propriedades e máquinas.

74 Para uma melhor compreensão das questões envolvem o leilão hipotético proposto por Dworkin ver: BRITO, Miguel Nogueira de. *As andanças de Cândido: Introdução...*, cit., p.67 ss. e, GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça...**, cit., p. 65 ss.

75 Para uma melhor compreensão das questões envolvem o leilão hipotético proposto por Dworkin ver: BRITO, Miguel Nogueira de. *As andanças de Cândido: Introdução...*, cit., p.67 ss. e, GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça...**, cit., p. 65 ss.

76 Entende-se por recursos pessoais a saúde, os atributos físicos e intelectuais.

77 Para uma melhor compreensão das questões envolvem o leilão hipotético proposto por Dworkin ver: BRITO, Miguel Nogueira de. *As andanças de Cândido: Introdução...*, cit., p.67 ss. e, GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça...**, cit., p. 65 ss.

peçoal, apresenta um teoria da justiça como igualdade responsável como sendo uma solução às inadequações da proposta rawlsiana.

3.3. Amartya Sen e a crítica à inadequação da teoria da justiça como equidade à uma sociedade democrática real.

Para poder analisar as críticas propostas por Amartya Sen à teoria da justiça como equidade é necessário perceber que, apesar das divergências, o vencedor do prêmio nobel de economia reconhece a influência do pensamento rawlsiano sob a filosofia moral e política do século XX, bem como sob o seu próprio entendimento de justiça. E, por isto, considera que os conceitos básicos identificados por John Rawls servem de norte para a sua teoria⁷⁸. Diante disto, inclina-se a considerar que a teoria rawlsiana original introduz imensuráveis contribuições capazes de proporcionar a compreensão dos diversos aspectos que circundam a concepção de justiça. Mas, mesmo assim, afirma existir diversas razões capazes de demonstrar que tal teoria deva ser abandonada. Por isto, propõem-se a fazer uma avaliação dual da teoria da justiça como equidade. Avaliação que leva em conta as contribuições⁷⁹ e as deficiências da mesma⁸⁰. Neste intuito, em um primeiro momento, busca chamar nossa atenção para o fato de que existem no mundo injustiças que são completamente remediáveis⁸¹. E, assim sendo, identificar quais injustiças são superáveis é um ponto central para qualquer teoria da justiça⁸². Fato que o faz apontar quatro diferenças primordiais entre o seu pensamento e as teorias da justiça contemporâneas.

Em primeiro lugar, Sen, afirma apresentar uma teoria da justiça em sentido lato que visa demonstrar como dar mais forças à justiça e, também, eliminar as injustiças. Logo, ressalta, que o seu pensamento não se desenvolve em torno da busca da natureza de uma justiça perfeita, mas sim, objetiva estabelecer critérios que possam indicar o caminho a ser percorrido para que uma sociedade possa se tornar o mais justa

78 Ver: SEN, Amartya. *A Idéia de...*, cit., p. 97-98.

79 Tendo em vista que o presente relatório propõem-se a analisar a teoria rawlsiana, bem como as críticas que lhe foram dirigidas por Nozick, Dworkin e Sen. Não abordarei as questões que Amartya Sen aponta como sendo contribuições positivas do pensamento rawlsiano à filosofia moral e política contemporânea. Sendo assim, tratarei apenas das críticas que o ganhador do prêmio nobel de economia direciona à John Rawls.

80 Ver: SEN, Amartya. *A Idéia de...*, cit., p. 105

81 Ver: SEN, Amartya. *A Idéia de...*, cit., p. 09.

82 Ver: SEN, Amartya. *A Idéia de...*, cit., p. 10.

possível⁸³. Em segundo lugar, afirma que uma teoria da justiça que tenha como objetivo servir de norte para a racionalidade prática não pode buscar, apenas, caracterizar como devem ser as sociedades justas. Mas sim, deve tentar apresentar formas de redução das injustiças e meios de promoção da justiça⁸⁴.

Em terceiro lugar, sustenta que “é possível existirem diferentes razões de justiça, cada uma delas conseguindo sobreviver ao teste de um escrutínio crítico e cada uma delas conduzindo, ainda assim, a conclusões diferentes”(SEN, 2010. p.12). Por fim, em quarto lugar, afirma que, ao contrário do que pensam os autores responsáveis pelas principais teorias da justiça modernas, os problemas que envolvem a manifestação da injustiça surgem em grande parte como a materialização de transgressões comportamentais e, não como sendo fruto de insuficiência institucional de uma sociedade democrática⁸⁵. Afinal, “a justiça está ligada à maneira como vai correndo a vida que as pessoas vivem e não apenas à natureza das instituições que as rodeiam”(SEN, 2010. p.13).

Com base nestas primeiras críticas, Sen, tenta esboçar um panorama geral das limitações que circundam todos os pensamentos que se organizam a partir da aplicação do artifício contratualista. E, termina por concluir que a falha principal das teorias da justiça contemporâneas encontra-se na busca incessante por uma “justiça perfeita”. Isto porque, para o supracitado autor, mesmo que se consiga infringir fortes mudanças estruturais e existenciais nas chamada “injustiças remediáveis”, ainda assim, não nos será possível alcançar a utopia da “justiça perfeita”⁸⁶.

Partindo destes pontos iniciais, Amartya Sen, busca estruturar uma teoria que não objetiva apresentar a definição de quais seriam os princípios de justiça ideais para a obtenção de instituições perfeitamente justas. Mas sim, um pensamento que, embasado na realidade de uma sociedade democrática, busca apontar os avanços e retrocessos da justiça⁸⁷. De tal forma, contrariando o pensamento rawlsiano, abandona o institucionalismo transcendental⁸⁸. E, alerta para a inviabilidade de um consenso de todos acerca da natureza de uma “sociedade justa” chamando a atenção para o fato de que a análise das questões que envolvem a justiça não devem estar centradas

83 Ver: SEN, Amartya. *A Idéia de...*, cit., p. 11 ss.

84 Ver: SEN, Amartya. *A Idéia de...*, cit., p. 11 ss.

85 Ver: SEN, Amartya. *A Idéia de...*, cit., p. 11 ss.

86 Ver: SEN, Amartya. *A Idéia de...*, cit., p. 11 ss.

87 Ver: SEN, Amartya. *A Idéia de...*, cit., p. 16, 17 e 46.

88 Corrente teórica que estrutura o seu pensamento objetivando identificar e caracterizar instituições ideais, perfeitamente justas.

unicamente na escolha de regras e instituições ideais. Contudo, não descarta a importância que o aspecto institucional exerce na busca do justo e combate à injustiça⁸⁹. Constata, portanto, que a realidade de uma sociedade ultrapassa as questões unicamente institucionais e, por isso, a busca pela justiça deve considerar a vida efetivamente realizável em seu seio. Logo, o objeto principal da justiça é afastar as injustiças e não, como pensava Rawls, estabelecer a estrutura básica de uma sociedade democrática perfeitamente justa⁹⁰.

Com isso, demonstra que a teoria da justiça como equidade, apesar das boas intenções que a cercam e da eloquência com que Rawls expõem os seus argumentos, é extremamente reducionista quanto à relevância das questões que envolvem a justiça e, conseqüentemente, incapaz de apresentar-se como algo que possa ser concretamente aplicado à sociedade real, seja em nível global ou local. Além disso, acompanhando o pensamento de Herbert Hart, Sen, chama a atenção para o fato de que a prioridade exacerbada que a teoria da justiça como equidade fornece à liberdade é, apesar de poder ser superada sem necessitar de ir de encontro aos pontos essenciais do pensamento rawlsiano, um sério problema. Isto porque, a prioridade supramencionada acaba por fazer com que a teoria rawlsiana, mesmo depois das alterações efetivadas em *O liberalismo político*, negue a necessária importância a problemas que, em uma sociedade real, seriam de maior relevância e influenciariam em uma efetiva manifestação das liberdades. Afinal, “por que motivo deveríamos encarar a fome, as carestias e a privação de cuidados médicos como algo necessariamente menos importante do que toda e qualquer espécie de liberdade pessoal?”(SEN, 2010. p.113)

Outro problema envolve, segundo Amartya Sen, a relação entre o princípio da diferença e os bens primários. Pois, o posicionamento rawlsiano, ao julgar as questões relativas a uma igualdade de oportunidades, aparenta desconsiderar a diferença de capacidade que os indivíduos possuem de converter os mesmos bens primários em uma vida boa. Isto porque, por exemplo, “com um nível igual de rendimento e de outros bens primários, uma pessoa deficiente ou incapacitada poderá fazer muito menos do que um ser humano que, do ponto de vista físico, seja, ou esteja, inteiramente apto”(SEN, 2010. p.114).

Continuando, aponta como sendo outro problema o fato de a teoria da justiça como equidade acabar por proceder a uma simplificação extrema do exercício de juntar

89 Ver: SEN, Amartya. *A Idéia de...*, cit., p. 16, 17, 46, 47 e 48.

90 SEN, Amartya. *A Idéia de...*, cit., p. 59 ss.

a promoção e execução dos princípios da justiça com o comportamento real das pessoas dentro de uma sociedade concreta. Desconsiderando, portanto, o fato de que uma teoria que visa proporcionar que uma escolha social acarrete na consecução de uma justiça social não pode negar a existência de uma relação entre as instituições sociais e o comportamento individual de cada uma das partes envolvidas⁹¹.

Além disso, observa que os artifícios do “véu de ignorância” e da “posição original” acabam por implicarem em uma imparcialidade fechada. Procedimento que, apesar de proporcionar às pessoas serem livres de interesses e objetivos próprios, materializa-se em juízos imparciais aplicáveis somente a membros de uma determinada nação, comunidade política ou povo. Logo, o contratualismo rawlsiano, e todo o método que dele decorre, acaba por ocasionar uma desconsideração de questões que possuam relevância dentro de uma perspectiva global. Fato, este, que acaba por impossibilitar uma adequação da teoria da justiça como equidade às exigências do mundo globalizado contemporâneo⁹².

Em suma, conclui-se que Sen critica e demonstra que o pensamento rawlsiano, apesar de toda a evolução ocorrida desde a publicação da obra *Uma teoria da justiça* até o surgimento do livro *O liberalismo político*, não se preocupa de forma substancial com a realidade e, por isso, restringe-se ao ponto de não apresentar possibilidade de ser efetivamente aplicado a uma sociedade democrática real. Permanecendo, assim, “preso” em uma busca incessante e utópica de uma justiça política e social estruturada em cima de instituições perfeitamente justas e pouco aplicável às questões da vida real.

4. Considerações Finais.

O presente artigo buscou introduzir e analisar os pontos centrais do pensamento rawlsiano. Para, assim, permitir uma compreensão que, atenta às críticas e à evolução da teoria da justiça como equidade, proporcionasse a obtenção de uma visão holística do posicionamento adotado pelo filósofo estadunidense desde a publicação da obra *Uma teoria da justiça* até às modificações introduzidas em todos os artigos que deram origem ao livro *O Liberalismo Político*. Neste sentido, buscou-se apresentar as bases essenciais da visão de John Rawls. E, por isso, explicitou-se as questões referentes ao

91 Ver: SEN, Amartya. *A Idéia de...*, cit., p. 115 ss.

92 Ver: SEN, Amartya. *A Idéia de...*, cit., p. 120,121 e 183 ss.

contratualismo rawlsiano, à posição original, ao véu de ignorância, aos dois princípios de justiça e, por fim, sobre o consenso sobreposto.

Com isso, objetivou-se tornar possível demonstrar que Rawls buscava encontrar respostas para os problemas acerca da concepção e realização da justiça, bem como proporcionar uma teoria capaz de ser uma alternativa ao, até então dominante, utilitarismo. Busca, esta, que ocasionou a modificação do foco dos estudos da filosofia política contemporânea do *poder* para a *justiça* e fez ressurgir, como centro das atenções, a teoria contratualista. De tal forma, Rawls, acaba por instigar calorosos debates acerca da concepção e promoção da justiça em uma sociedade democrática caracterizada pela equidade, pluralismo, tolerância e promoção do bem. Passando, assim, a adquirir inúmeros adeptos, bem como críticos.

Críticos, estes, que surgem a partir das mais diversas correntes do pensamento político-filosófico contemporâneo. Fato que motivou a abordagem daqueles que, ao nosso ver e sem negar importância aos demais críticos, representam os principais e mais relevantes questionamentos à teoria da justiça como equidade. Para tanto, buscou-se expor o posicionamento de Robert Nozick, Ronald Dworkin e Amartya Sen e, assim, apresentar os argumentos que sustentam as críticas sobre a insuficiência liberal, insuficiência igualitária e impossibilidade de aplicação do pensamento rawlsiano às sociedades democráticas reais. Buscou-se, assim, demonstrar não apenas as críticas. Mas, principalmente, chamar a atenção para a real existência de falhas no pensamento rawlsiano, como por exemplo a desconsideração de questões que envolvam uma perspectiva global. Falhas, estas, que, apesar da humildade com que John Rawls recebia às críticas e da evolução experimentada pela teoria da justiça como equidade, não foram completamente sanadas.

Contudo, conclui-se que tais problemas não são capazes de abalar a sua importância. Afinal, permanece o mérito de instituir um posicionamento teórico muito bem estruturado e apto a proporcionar a elucidação de um método construtivista de determinação de princípios. Princípios, estes, capazes de originar uma concepção político-social de justiça que sirva como meio de promoção de uma sociedade democrática justa e, conseqüentemente, equânime⁹³.

93 Corroborando com este posicionamento ver: MÖLLER, Josué Emílio. *A justiça...*, cit., p.105 ss.

5. Bibliografia.

A) Manuais, Monografias e Artigos

ALCÂNTRA, Leandro Alejandro Gomide. *Justiça Distributiva e Teoria Moral – Uma abordagem sobre as vertentes utilitaristas e deontológicas de Peter Singer e de John Rawls*. In. Matrizes dos Conceitos de Justiça. Editora Letras Jurídicas. 1º Edição. São Paulo. 2010. p.83 a 106.

ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de Filosofia do Direito*. 5ª Edição. São Paulo. Editora Atlas. 2007.

BRITO, Miguel Nogueira de. *As andanças de Cândido: Introdução ao pensamento político do século XX*. Edições 70. Lisboa. 2009.

FILHO, Vladimir Brega; POZZOLI, Lafayette (Coord). *Matrizes dos Conceitos de Justiça*. Editora Letras Jurídicas. 1º Edição. São Paulo. 2010.

GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça depois de Rawls: Um breve manual de filosofia política*. Tradução Alonso Reis Freire. Revisão da Tradução Elza Maria Gasparotto. Editora Martins Fontes. São Paulo. 2008.

HÖFFE, Otfried. *Justiça Política: Fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado*. Tradução de Ernildo Stein. Editora Martins Fontes. São Paulo. 2001.

MÖLLER, Josué Emílio. *A justiça como equidade em John Rawls*. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre. 2006.

NALINI, José Renato. *Justiça*. Editora Canção Nova. Coleção Valores. São Paulo. 2008.

NOZICK, Robert. *Anarchy, State and Utopia*. Basic Books. Nova York. 1974

OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. Volume I. Editora Almedina. Coimbra. 2007.

RAWLS, John. *Justicia como Equidad*. Seleção, tradução e apresentação de Miguel Ángel Rodilla. Editora Tecnos. Madrid. 1999.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. Revisão Técnica e da Tradução Álvaro de Vita. 3ª Edição. Martins Fontes Editora. São Paulo. 2008.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. Revisão da Tradução por Álvaro de Vita. 2 edição. São Paulo. Editora Ática. 2000.

REIS, Rachel Seoane. *John Rawls – Aspectos gerais de sua teoria da justiça*. Relatório de Teoria do Direito Público e Privado do curso de Mestrado em Ciência Jurídico-Criminais da Universidade de Lisboa. 2009. Lisboa.

SEN, Amartya. *A Idéia de Justiça*. Tradução Nuno Castello-Branco Bastos. Revisão Madalena Requixa. Edições Almedina. Coimbra. 2010.

TURRA, Bruno da Costa. *A justiça entre gerações*. Relatório apresentado à disciplina de Filosofia de Direito do Mestrado em Ciências Jurídico-Econômicas. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 2007. Lisboa.

B) Artigos, Dissertações e Periódicos Digitais

DIANA, Andrea Regina da Silva. *Uma defesa da razão pública no liberalismo político de John Rawls*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Filosofia da Universidade de Brasília. Disponível em www.unb.br . 2006.

MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. *Um debate entre John Rawls e Jurgen Habermas*. In Revista Eletrônica Virtuajus. Ano 4. Número 1. Julho de 2005. Disponível em: http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2005/Docentes/PDF/Um%20debate%20entre%20john%20rawls%20e%20jurgen%20habermas.pdf

SOARES, Mauro Victoria. *Democracia, Deliberação e Razão Pública: Recomendações igualitárias para a democracia liberal*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 108. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-08102008-153312/pt-br.php>.

TRINDADE, Ubiratan. *Justiça Distributiva: Um leitura da obra de John Rawls*. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade do Vale do Rio Sinos e disponível em www.dominipublico.gov.br . 2008.

ZVIRBLIS, Alberto Antônio. *John Rawls: Uma teoria da justiça e o liberalismo*. Tese de doutorado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo disponível em www.dominipublico.gov.br . São Paulo. 2009.

REVISTA DIKÉ
Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do
Curso de Direito da Unipac-Itabirito

Chamada de Artigos

O Conselho Editorial da Revista DIKÉ, faz saber que se encontra aberta a oportunidade para remessa de artigos a serem submetidos a análise para eventual futura publicação na edição de número 6 da Revista DIKÉ, referente ao segundo semestre do ano de 2012.

Normas para os colaboradores

Para possível inclusão na próxima edição, os artigos devem ser enviados por correio eletrônico para os e-mails: ramon_mapa@yahoo.com.br, jcarloshen@yahoo.com.br, antunesdireito@gmail.com, bernardogbn@yahoo.com.br; até o dia 03 de Abril de 2013. A Revista tem publicação semestralmente por meio eletrônico, estando disponível em endereço da World Wide Web, inserido no site da Unipac-Itabirito.

Devem-se seguir, obrigatoriamente, as seguintes normas de publicação:

- Os artigos enviados deverão ser inéditos. Artigos já publicados não serão submetidos ao Conselho Editorial, nem serão objeto de parecer.
- Todo e qualquer artigo enviado à Revista será submetido ao Conselho Editorial, cabendo a este um juízo sobre a sua publicação. Apenas os autores dos artigos selecionados serão comunicados sobre a aceitação dos textos, os demais, se o quiserem poderão se informar junto aos órgãos de expediente da revista, pelos e-mails acima indicados, caso não sejam contatados no prazo de dois meses da remessa do texto.
- Os artigos deverão conter obrigatoriamente no cabeçalho: a) título em português e em uma língua estrangeira, admitidas: francês, espanhol e inglês; b) resumo de no máximo 250 palavras em português e na mesma língua estrangeira escolhida para o título; e c) no máximo 7 palavras-chave em português e na mesma língua estrangeira escolhida. O texto deverá conter entre 15 e 25 laudas.
- Os artigos devem ser elaborados em Word, mínimo de 10 (dez) e máximo de 25 (vinte e cinco) páginas, com texto digitado em espaçamento 1,5, em *Times New Roman*, corpo 12, formatados em folha A 4, com margens: esquerda e superior de 3 centímetros e inferior e direita de 2 centímetros .

- As notas explicativas devem ser postas no rodapé do texto, numeradas em seqüência e em corpo 10 (justificado). A primeira nota deve trazer um breve currículo do autor, ligando-se ao seu nome no cabeçalho do texto.
- Citações: se menores que três linhas, serem inseridas diretamente no texto, entre aspas, com indicação do autor, ano e página (modelo autor/data); se maiores que três linhas, devem ser destacadas com recuo à esquerda com 4 centímetros , em corpo 10, com indicação do autor, ano e página. (modelo autor/data)
- As referências bibliográficas ou outras deverão vir no final do texto, de acordo com as normas da ABNT. As referências serão compostas pelos textos efetivamente citados no artigo. Demais referências devem ser colocadas sob o título “bibliografia”.
- DIKÉ: Revista de Direito, Filosofia e Política do Curso de DIREITO da Unipac-Itabirito *poderá* alterar formalmente os originais a fim de adaptá-los às normas acima elencadas, bem como proceder à revisão ortográfica e gramatical necessária, sem prévio aviso. Artigos que precisarem de adequações de conteúdo serão reencaminhados aos autores para correção, que deve se realizar no prazo impreterível de 3 (três) dias.
- A publicação da Revista se dará por meio eletrônico.
- Os textos são de inteira responsabilidade dos seus autores, não refletindo a opinião do Conselho Editorial, do Curso de Direito da Faculdade de Ciências de Saúde e Jurídica da UNIPAC Itabirito e nem da própria instituição, de modo que a Revista e os seus Conselheiros não assumem qualquer responsabilidade pelas opiniões presentes nos artigos.

A Revista agradece a seus colaboradores e coloca-se à disposição para sanar quaisquer dúvidas através dos e-mails elencados acima.

Aguardamos a participação de todos.

At.

Conselho Editorial da Revista DIKÉ