Diké

ISSN 2178-3519

Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política
do Curso de Direito da Unipac Itabirito



V.6, 2 semestre 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 6, 2º 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).

Editores Responsáveis:
José Carlos Henriques, Ramon Mapa da Silva, Bernardo G. B. Nogueira, Douglas Cristian de Lima 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.

Emails:ramon_mapa@yahoo.com.br;jcarloshen@yahoo.com.br;bernardogbn@yahoo.com.br; douglas.cristian@r7.com;antunesdireito@gmail.com; diretoriaitabirito@unipac.br.

Sumário

Editorial

Apresentação

HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA TEORÍA PRAGMÁTICA DEL DERECHO.....8
(Rubén Alberto Duarte Cuadros)

RUMO À CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA PRAGMÁTICA DO DIREITO.....33
(Ruben Alberto Duarte Cuadros,Jose Carlos Henriques)

EL PROBLEMA ÉTICO DEL PODER.....57
(Jaime Alberto Ángel Álvarez)

O PROBLEMA ÉTICO DO PODER.....67
(Jaime Alberto Ángel Álvarez, Bernardo G.B. Nogueira)

FUNDAMENTOS DO *IUS PUNIENDI* MODERNO.....77
(Ricardo Augusto de Araújo Teixeira)

A PRESCINDIBILIDADE DO PREQUESTIONAMENTO NAS MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL.....92
(Leandro Henrique Simões Goulart)

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E A CRISE DE LEGITIMIDADE DO PODER: REFLEXÕES A PARTIR DA EXPERIÊNCIA DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO.....116
(Luana Xavier Pinto Coelho)

REUNIÃO DE PROCESSOS E PRERROGATIVA DE FORO: ACERCA DE UMA CONTROVÉRSIA NO PROCESSO PENAL.....137
(José Carlos Henriques,Rodrigo Ferreira)

VÍCIO OCULTO, GARANTIA E VIDA ÚTIL NO DIREITO DO CONSUMIDOR.....154
(Matheus Adolfo Gomes Quirino)

ENSAIOS PROPEDÊUTICOS ACERCA DE UMA PRINCIPIOLOGIA ATINENTE AO IDOSO.....164
(Hugo Rios Bretas)

BREVES APONTAMENTOS SOBRE A DESERDAÇÃO.....183
(Raphael Furtado Carminate)

FONTES DO DIREITO: UM PARADIGMA ESTANQUE?.....198
(Bernardo G.B. Nogueira,Zoraide S. Castro)

PROLEGÔMENOS PARA UMA TEORIA TRÁGICA DA JUSTIÇA:
O Direito e a Justiça na obra de Friedrich Nietzsche.....209
(Ramon Mapa da Silva)

A CUMULATIVIDADE DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE NO ATUAL DIREITO BRASILEIRO.....228
(Débora Caroline Pereira da Silva,Daniela Lage Mejia Zapata)

O DIREITO ÀS FÉRIAS PROPORCIONAIS AO EMPREGADO DISPENSADO POR JUSTA CAUSA.....248
(Erenífia Ágata Saraiva Nunes,Daniela Lage Mejia Zapata)

O *jus postulandi* e os órfãos jurídicos na justiça do trabalho.....263
(Dimas de Abreu Melo,Camila Luiz de Assis)

O MERCADO DE TRABALHO DA MULHER E AS AÇÕES AFIRMATIVAS ATRIBUINDO-LHES TRATAMENTO ESPECIAL.....275
(Mirella Karen de Carvalho Bifano Muniz)

PADRÕES AMBIENTAIS (Tarcisio Henriques Filho) 285

CHAMADA DE ARTIGOS PARA A 7ª EDIÇÃO 324

EDITORIAL

A revista Diké chega à sua sexta edição recheada de novidades muito animadoras para todos aqueles que, de fato, querem estender seu olhar para além do Direito enquanto ciência casuística, mas para um Direito cheio de interfaces e que se constrõem, no mover da história e nas mudanças das relações políticas e económicas, marca registrada de nossa contemporaneidade.

Nesta edição teremos o privilégio da leitura de dois artigos de autoria dos professores Jaime Alberto Ángel Álvarez e Rubén Alberto Duarte Cuadros, ambos da Universidade Livre de Bogotá, e, obviamente excelentes traduções dos mesmos.

Além da novidade supra citada, contamos nesta edição com um grande número de artigos que permeiam muitas searas do Direito, sendo de proveito para todos aqueles que anseiam por pensar o Direito e não apenas "operá-lo".

Faz-se urgente um olhar mais abrangente para o universo jurídico. Entendê-lo como parte de um todo social, visto que, o Direito não um fim em si mesmo, mas uma expressão ideológica de um tempo, de um contemporáneo desafiador e provocador.

Seria um exagero pensar que a atual edição da Revista Diké apresentará todas as respostas necessárias a este tempo, sequer as perguntas são, em sua plenitude, conhecidos por nós, mas nos cabe o dever de olhar mais uma vez para o fenómeno jurídico e, a cada olhar, tranformá-lo para a atenção das demandas em que a sociedade hoje evoca o pensar jurídico de uma maneira crítica e isenta de preconceitos e visões pré-fabricadas.

Boa leitura e que esta revista te faça pensar críticamente sobre pelo menos um dos temas aquí dialogados e que este diálogo com você, caro leitor, produza frutos permanentes em sua vida e no reflexo da mesma na sociedade. Pois, onde há sociedade ali existe o Direito.

Douglas Cristian de Lima Silva

APRESENTAÇÃO

Com este volume da Revista Diké atingimos a contagem de seis edições.

Desde os primeiros passos, muitas conquistas se apresentaram.

De maneira especial, sabemos agora que, no Sistema de Classificação de Periódicos, Qualis, de responsabilidade da CAPES, nos encontramos contemplados com uma tripla classificação. Em direito, mantemos C, em História, B5 e, em Filosofia, B5.

A tríplice classificação bem corresponde aos propósitos multidisciplinares do periódico.

Comparando nossas potencialidades, interesses e esforços, de se reconhecer que atingimos um elevado nível em nossas publicações.

De fato, a revista Diké mantém sua periodicidade semestral, rigorosamente. Tem cumprido uma agenda de trabalho multidisciplinar, o que possibilitou a tríplice classificação por parte dos órgãos de gestão e controle de periódicos. Além disto, Diké tem sido instrumento certo para a divulgação da produção científica, entre nós, figurando como oportunidade de publicação para os docentes e, agora, paulatinamente, abrindo-se ao incentivo das publicações discentes, em intercâmbio constante com outras instituições.

Releva observar que, neste número VI da revista Diké, comparecem dois textos escritos por estrangeiros, colombianos, que foram objeto das conferências proferidas pelos professores Rubén Cuadros e Jaime Ángel, por ocasião da realização do I ENCONTRO DE FILOSOFIA CONSTITUCIONAL LATINO-AMERICANA, evento de responsabilidade do Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito. Os textos constam da revista no original e, também, em traduções autorizadas pelos autores, efetivadas por dois docentes da Unipac-Itabirito. Prova, uma vez mais, da disposição do Curso de Direito e de seu instrumento de divulgação científica, a revista Diké, no sentido de promover o intercâmbio institucional e a troca de experiências docentes, nacional e internacionalmente.

Por fim, neste volume, como sempre intenta a revista, há multiplicidade de temas e multidisciplinaridade, já que comparecem textos muito variados, abrangendo assuntos afetos a diversos ramos do direito, desde a dogmática à filosofia e teoria do direito.

Esperamos manter nossos propósitos, à altura das expectativas de nossos leitores, alunos e professores.

Agradecimento especial a todos aqueles que, de alguma maneira, fizeram da Revista Diké o que ela, até o momento, tem sido e representado para o Curso de Direito.

Lembrança especial aos professores Ramon Mapa da Silva e Bernardo Gomes Barbosa Nogueira que, juntamente com o subscrevente, idealizaram e conduziram a produção deste periódico, nele acreditando, mesmo quando era ainda uma mera promessa e um laivo de utopia.

Do mesmo modo, nossos agradecimentos ao aluno Renan Antunes que colaborou na diagramação de volumes anteriores e, da mesma maneira, desde já, ao aluno Douglas Silva que, a partir desta edição, passa a atuar na diagramação dos textos.

A coordenação do curso de direito e a direção da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito se sentem orgulhosos, uma vez mais, ao disponibilizarem para o público acadêmico e demais interessados o novo volume, o sexto, de sua revista Diké.

José Carlos Henriques

Editor responsável

HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA TEORÍA PRAGMÁTICA DEL DERECHO[1]

Rubén Alberto Duarte Cuadros[2]

INTERLUDIO.

> "Una nueva verdad es siempre una especie de guión, un suavizador de transiciones. La antigua opinión concordará con el nuevo hecho a condición de mostrar un mínimo de conmoción, un máximo de continuidad. Consideramos que una teoría es verdadera en proporción a su éxito para resolver este "problema de máxima y mínima". Pero el éxito en resolver este problema es, ante todo, cuestión de aproximación (aquí es donde se confronta con el "compromiso" de Quine). Y decimos que tal teoría lo resuelve, en conjunto, más satisfactoriamente que tal otra, pero éste hace referencia a nosotros mismos y cada individuo subrayará diversamente sus preferencias. Hasta cierto punto, por lo tanto, todo es aquí plástico". [3]

1. Planteamiento General Del Problema.

Se tomarmos, como ponto de partida, dois dos autores que mais influenciaram na reformulação do direito em geral, este crédito deve ser concedido, sem dúvida, aos teóricos Herbert Hart e Ronald Dworkin. Aqui, estes serão tomados a partir de uma postura crítica a respeito de suas metodologias, o que nos conduz, a princípio, a fixar a análise na compreensão do que pretendem ser suas propostas na teoria jurídica. Isto nos permite, de um lado, contextualizar as discussões ainda vigentes na tradição anglo-americana e, de outro, enfrentar o desafio de sua incorporação à tradição Hispano-americana.

Na obra de Hart, *O Conceito de Direito*, e na obra de Dworkin *O Império da Justiça*, segundo parece, o que sempre buscaram foi reformular ou reconstruir uma

---

[1] Conferencia para exponer el día 10 de noviembre, en el I Congreso Internacional de Filosofía, Ética y el Derecho (Brasil).

[2]Filósofo y Abogado, Especializado en Derecho Penal y Criminología, Universidad Libre, Magister en Filosofía de la Pontificia Universidad Javeriana, Candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Decano de la Facultad de Filosofía Universidad Libre, Profesor e Investigador Universitario.

[3] JAMES, William. *Pragmatismo*. Buenos Aires: Aguilar, 1973. P. 35. Ver também em PUTNAM, Hilary. O Pragmatismo: um debate aberto. Barcelona: Gedisa, 1999. P. 30. As notas serão conservadas, como no original vez que, na maioria dos casos, não traduções e/ou publicações das obras citadas, no Brasil. Ademais, as citações serão traduzidas sempre seguindo o texto espanhol apresentado pelo autor, mantendo-se, na íntegra, os destaques que dele constar.

teoria jurídica, capaz de apresentar um nível de resistência à tradição dos *Critical Legal Studies*, ao *Realismo Jurídico*, ao *Jusnaturalismo* e, inclusive, ao *positivismo* de matiz colorido conservador, suscitando-se um quadro de discussões que merece ser esclarecido. Para tal fim, buscaremos confrontar as diferenças existentes na tradição jurídica de forte cunho kelseniano e, ainda, mostrar a discussão sustentada contra o movimento *Critical Legal Studies*.

Autores como Jeremias Bentham, Hans Kelsen e Norberto Bobbio influenciaram de maneira significativa na tradição formal do direito, contribuindo para forjar uma concepção padrão da teoria jurídica de colorido europeu continental. Para efeito da presente investigação, será tomado como pressuposto teórico o paradigma, em desconstrução do positivismo, situação que permite descobrir o sentido da mutação que sofreu o sistema formal do direito, nas últimas décadas. Em acordo com que acima foi dito, o professor César Rodríguez afirma o seguinte:

> …la exclusión del pensamiento crítico de la teoría jurídica hispanoamericana ha hecho que la herencia realista se desplace a la sociología jurídica, disciplina que ha ganado considerable vigor en los últimos años en España y, sobre todo, en Latinoamérica. ***De esta forma, existe en nuestro medio un notorio desfase entre la práctica jurídica y social, de una parte, y el pensamiento y las influencias intelectuales dominantes en el ámbito de la teoría y la dogmática jurídicas, de otra***. En efecto, mientras que la fragmentación, la desigualdad y el predominio de la fuerza caracterizan en mayor o menor medida las sociedades y el derecho hispanoamericano, el discurso teórico continúa elaborando las nociones clásicas del formalismo jurídico, esto es, la coherencia del derecho y la neutralidad judicial. Igualmente, en tanto que el tránsito hacia el modelo norteamericano de control de constitucionalidad genera un creciente activismo judicial, la teoría y la dogmática tienden a insistir en la separación clásica de poderes y en la distinción liberal entre el derecho y la política[4].

Y agregare que quizás el desfase entre realidad social y teoría jurídica a la que alude el profesor César Rodríguez, presuma es un desequilibrio epistemológico en la construcción social de la realidad, en atención a las diferencias observables entre sociedades, en razón de lo que en ellas se da por establecido como conocimiento; en nuestro caso, "del conocimiento jurídico de corte positivista", que determino un tipo de cultura jurídica y judicial, la que aún quizás, asumimos de modo implícito y a-críticamente[5].

---

[4] RODRÍGUEZ, César. Estudio Preliminar del Texto. KENNEDY, Duncan. Libertad y Restricción en la Decisión Judicial. Bogotá: Siglo del Hombre, 1999. P. 32. Notas Editoriales Diego Eduardo López Medina.

[5] BERGER, Peter L. y LUCKMANN, Tomas. La Construcción Social de la Realidad. Buenos Aires: Amorrortu, 2006. PP. 7-33. En este texto se abunda en la argumentación, de las diferencias y desfases que subsisten entre culturas, respecto a lo que se establece en ellas por realidad y conocimiento.

Lo inusitado de nuestra tradición jurídica, fue el excesivo culto al positivismo o formalismo jurídico, hecho que eliminó la posibilidad crítica de asumir paradigmas jurídicos distintos, -el realismo entre ellos- y haber supuesto la eliminación del -iusnaturalismo de corte racionalista antropológico-, que forjó el desconocimiento de otras formas de concebir el derecho, y de paso, la imposibilidad de responder de manera más efectiva a las realidades sociológicas, históricas, culturales y a los contenidos éticos y políticos en los que esta comprometida la teoría jurídica. En éste sentido, el compromiso asumido en la actualidad, consiste en lograr la incorporación de elementos fácticos o empíricos emanados de la realidad social y política, circunscrita a los contextos históricos y culturales en las que operan las teorías jurídicas orientadas a la solución de conflictos sociales.

El desocultar categorías que configuran la tradición formalista del derecho, está relacionada con factores como la "coherencia", "la integridad" y "la neutralidad judicial", "la seguridad jurídica" fundadas en la aplicación irrestricta de la ley; y la separación de poderes entre el agente creador de derecho y el operador judicial, entre otros, son algunos ejemplos sobre los que se fundamentó el positivismo. Lo anterior hizo posible que se generaran algunos mitos que nos impiden aún ver las implicaciones de estos presupuestos comprensivos de la teoría de corte europeo continental de estirpe francés, que determinó en un corpus teórico la eliminación de fuentes del derecho y el acenso inusitado de la ley en el estudio del derecho. En Latinoamerica y por supuesto en Colombia, esta tradición se centró básicamente en la exégesis del sistema legislado, normado y codificado, que forjó una racionalidad formal e interna como fuente privilegiada de la comprensión de lo que debería ser el "Derecho". Así, se garantizó la construcción dogmática de la completitud y coherencia del sistema jurídico, y presumió de modo acrítico la neutralidad política, ética y moral del sistema de adjudicabilidad del derecho por parte del sistema judicial.

El profesor Antonio Enrique Pérez Luño, escribía en el año de 1996 para la Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, un artículo intitulado "Seguridad Jurídica", en el que señalaba con nostalgia, cómo se ha puesto en riesgo el sistema positivo de derecho, al poner en entre dicho la seguridad jurídica, que él considera como el más alto valor ganado por los ilustrados y contractualistas del siglo XVIII. Recordemos que en la configuración del Estado Moderno, éste se concibe como Estado de Derecho legislado y positivizado, con el propósito de garantizar constitucionalmente la división de poderes, en el que un agente es creador y otro aplicador del derecho, previendo la neutralidad de

adjudicabilidad del derecho ordenado por el legislador. El profesor Perez Luño lo argumenta de la siguiente manera:

> la seguridad jurídica es un valor extremadamente ligado a los Estados de Derecho que se concreta en exigencias objetivas de: corrección estructural (formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico) y corrección funcional (cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos de su aplicación). Junto a esa dimensión objetiva, la seguridad jurídica se presenta, en su acepción "subjetiva", encarnada por la certeza del Derecho, como la proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales de la seguridad objetiva. Respecto a las condiciones de corrección estructural suelen aducirse las siguientes: a) lex promulgata; b) lex manifiesta; c) lex plena; d) lex estricta; e) lex previa; f) lex perpetua. La certeza del Derecho, supone la faceta subjetiva de la seguridad jurídica, se presenta como la proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva. Para ello se requiere la posibilidad del conocimiento del derecho por sus destinatarios. Gracias a esa información, realizada por los adecuados medios de publicidad, el sujeto de un ordenamiento jurídico debe poder saber con claridad y de antemano aquello que le está mandado, permitido o prohibido. En función de ese conocimiento, los destinatarios del Derecho pueden organizar su conducta presente y programar expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad. La certeza representa la otra cara de la seguridad objetiva: su reflejo en la conducta de los sujetos del Derecho[6].

Observemos que desde una posición conservadora, como la del profesor Pérez Luño, quien no es el único en advertir que es necesario mantener el viejo esquema de categorías del positivismo ganadas en la modernidad, bajo el supuesto que son plena garantía de razonabilidad y certidumbre de lo que es y debe ser el derecho. El argumento lo sustenta en una concepción estructural funcional, vista desde dos perspectivas que considera el autor, son el fundamento del sistema jurídico: por una parte, el elemento "objetivo de corrección estructural (formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico, por parte exclusivamente del legislador) y corrección funcional (cumplimiento del derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos de su aplicación, es decir, por el poder judicial)"7, que es común a toda la tradición del formalismo y positivismo de corte europeo continental y latinoamericano, reducido en las categorías y supuestos que:

a) La ley es manifiesta (lex manifiesta), significando con ello, que la ley es comprensible, que ella elude expresiones ambiguas, equívocas u oscuras que puedan confundir a los destinatarios. Así, se parte de la premisa, que la claridad normativa tipifica unívocamente los supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas derivadas del

[6] PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. La Seguridad Jurídica. *"El Derecho y la Justicia"* en Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Edición de Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2000. PP. 481-492.
[7] Ibídem. P. 483.

acto legislador, con lo que de paso, evita la discrecionalidad de los órganos encargados de aplicar el derecho; b) La ley es plena (lex plena), con esta categoría siempre se ha pretendido plantear la hipótesis discutible hoy, de la completitud del sistema jurídico, entendido éste como uno de los principios inmanentes a la comprensión del positivismo y o formalismo jurídico, expresado en el hecho de que no existe conducta permitida o prohibida por el ordenamiento que no esté previamente contenida en el mismo; así, se presume la inexistencia de vacíos o lagunas dentro del sistema normativo, bajo el presupuesto, de que siempre existirá una solución con arreglo a la ley, a los casos que se presentan dentro de la sociedad y la convivencia ciudadana; c) La ley es estricta (lex stricta), este concepto o categoría de presumir la ley de obligatorio cumplimiento y acatamiento estricto, está vinculado a la concepción de división de poderes, que prevé la generalidad y abstracción de la ley promulgada por el parlamento, como reserva de privilegio del poder del legislador que determina la jerarquía de prelación de la ley y el estatus de las fuentes del derecho que se subordinan a ésta.

Al respecto y en un artículo que escribí en el año 2005, presenté algunos argumentos contra está postura, del privilegio del poder del legislador, del privilegio de la ley y de la división de poderes, que en mi entender es uno de los grandes prejuicios sustentados desde el siglo XVIII, cuyo origen lo debemos a los ilustrados y de la que como una temible carga, pareciese que nos fuera imposible abandonar y como un aguijón se mantiene en toda reflexión que gira en torno del derecho.

> César de Becaria habrá de decir: "no hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común, que propone por necesario consultar el espíritu de la ley", para él la interpretación judicial es un atentado a la certidumbre que debe ofrecer el derecho y en otro sentido es un dique o compuerta abierta a las opiniones, intereses y predilecciones de los jueces. Montesquieu afirmara: "es propio de la naturaleza de la constitución, que los jueces sigan la letra de la ley". Y de un modo más radical Max Wold dirá: "preferimos la ley del más estúpido de los legisladores, que la del más sabio de los jueces; es preferible una mala ley de la mano del legislador que una buena de la mano del juez", con lo anterior, se señala la exigencia de un positivismo jurídico a ultranza o formalismo radical, en el sentido que la ley obliga al juez a su aplicabilidad y se le hace la exigencia a su estricto cumplimiento, en cuanto no le es permitido hacer consideraciones de índole axiológica o predicamentos éticos, filosóficos o sociológicos, etc.[8].

d) La ley es previa (lex previa), este supuesto o categoría de exigir la existencia previa de la ley, es quizá uno de los conceptos mejor elaborados por los ilustrados como Cesar de Becaria, que ha tenido como finalidad, el garantizar uno de los puntos cruciales del positivismo jurídico para construir el principio de la seguridad jurídica,

[8] DUARTE CUADROS, Rubén Alberto. La Discrecionalidad en Sede Judicial. Revista de Derecho Nueva Época. Bogotá, D. C.: Universidad Libre. Número 24, Año XI, Junio 2005. PP. 113-128

entendido éste, en la preexistencia de la ley para garantizar la previsibilidad del comportamiento social contenido en el sistema legal; y por último, f) La ley es perpetua (lex perpetua), con esta categoría de perpetuidad de la ley, en un mundo que vertiginosamente se ha trocado en cambiante, pero cambiante perpetuo, no es posible precisamente fundamentar en serio la inmovilidad de la ley, como base intrínseca para garantizar la supuesta seguridad jurídica, de la que nostálgicamente añora el profesor Pérez Luño en la predica que sólo un sistema legal y positivo es garantía plena de certeza jurídica.

El profesor Pérez Luño, por el contrario, niega todo intento de introducir dentro del corpus jurídico positivo, teorías como las producidas en las tres últimas décadas del siglo pasado, proveniente de la corriente hermenéutica, más conocida como uso alternativo del derecho, de la que por ejemplo, Luigi Ferrajoli para el derecho penal, se ha constituido en uno de los defensores más significativos con su teoría del garantismo jurídico y judicial y hoy extendida a una teoría de los Derechos Fundamentales y al Constitucionalismo de Principios. Esta concepción ha propendido por una interpretación y aplicación alternativa del derecho, al privilegiar los intereses de los más desfavorecidos en una sociedad. A continuación, veamos una consideración que hace del movimiento Critical Legal Studies y de la tradición de corte angloamericana:

> Lo que supuso para la doctrina europea continental el uso alternativo en la década de los setenta, lo ha supuesto para la anglosajona, en particular para la norteamericana, el movimiento denominado Critical Legal Studies. Se trata de un conjunto de teorías *indefinidas* en su *identidad*, a tenor de una irónica observación, sus acólitos se reúnen en Conferencias cuyo propósito incluye decidir lo que es el propio movimiento; *heterogéneas* en sus *presupuestos*, entre los que se incluyen el realismo jurídico norteamericano, el marxismo jurídico, la teoría crítica de la sociedad de la Escuela de Frankfur, el postmodernismo cultural…; y *contradictorias* en sus *objetivos*. Así mientras los más proclives a la teoría crítica pretenden ofrecer una visión global "*desmitificadora*" de las funciones del Derecho en la sociedad, los más influidos por la mentalidad postmoderna optan por análisis locales dirigidos a la "*deconstrucción*" de determinados discursos y categorías jurídicas. Pese a esa disparidad teórica, en el terreno que aquí nos incumbe cabe apuntar como rasgo común a estas doctrinas su prolongación, animada de una teoría progresista análoga al uso alternativo del Derecho de las tesis del realismo jurídico norteamericano en orden a: la indeterminación lingüística del Derecho, el consiguiente e inevitable protagonismo de la función judicial en la producción normativa, y la también inevitable politización de los argumentos normativos que, lejos de obedecer a premisas lógico-formales, responden a opciones ideológicas con su carga de contingencia e irracionalidad[9].

[9] PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. La Seguridad Jurídica. *"El Derecho y la Justicia"* en Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Edición de Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta. Madrid: Editorial Trotta. S.A. 2000. P. 488.

En este nivel de la discusión, nos encontramos en el dilema de presentar dos argumentos contrapuestos: el primero, hace énfasis en que sólo un sistema fundado en la ley, es fuente de privilegio para la comprensión del derecho, y garantía suprema del orden institucional del Estado moderno y la sociedad; las bondades que se derivan de asumir esta postura, se traduce en un reparto del poder y garantías de los derechos. El segundo argumento, pone de manifiesto, que esta tendencia positivista, se constituyó precisamente en la fuente de la más prolongada injusticia realizada a la sociedad, en la medida en que se conoce e incluso desde el sentido común de los ciudadanos, que la ley ha sido causante de no pocas violaciones del sistema de derechos, ganados en procesos históricos, sociales y políticos; y que esta misma ley, oculta bajo el principio de abstracción, neutralidad legal y legislativa estructuras de poder que enmascaran los procesos de reivindicación y adjudicabilidad de los derechos fundamentales.

Frente a los anteriores argumentos señalados por el profesor Pérez Luño, quien suele ubicarse dentro de una tradición positivista radical, se corre el riesgo de concluir que en efecto, el formalismo jurídico es la única opción posible del derecho; de otra parte, si llegáramos a concluir que todo intento de repensar el derecho y deconstruirlo es la tarea de unos irracionales y contingentes pensadores que producen teorías disímiles y contradictorias, es desconocer las nuevas preocupaciones que giran en torno a problemas como la "justicia", la "igualdad", el "pluralismo", las "defensas raciales", "culturales" y de "género", como auténticos valores y principios que superan cualquier inclinación a los cultos de la ley y del Estado clásico liberal de derecho, fundado en torno a la legalidad como la única medida posible de organización social. El problema ha llegado a tal grado de complejidad, que nos ha dividido y nos separa ya en nuestras propias opciones de pasar de problemas teóricos a problemas de carácter vital, en el que se han comprometido vidas enteras de entusiastas transformadores de la visión de lo que sea hoy el Derecho.

Bajo el presupuesto de los anteriores argumentos, la hipótesis de trabajo, consiste en dar cuenta de las mutaciones que se han producido al interior de la teoría jurídica contemporánea, en cuanto, parece que hoy es insostenible una teoría formal del derecho, si está no es capaz de dar cuenta de los elementos empíricos o fácticos propios de una concepción realista del derecho, y a la vez, vincular a estas dos teorías elementos que provienen de una tradición más antigua, como es el caso del iusnaturalismo; que obliga para satisfacer la hipótesis, asumir por lo menos, el punto de vista del

iusnaturalismo de corte antropológico racional, como lo ha expuesto en su teoría del derecho Kant, en la Metafísica de las Costumbres. En este aspecto, se advierten dos posturas entre los teóricos del derecho: unos que apelan a la tradición del positivismo, de la dogmática jurídica y las tradiciones anejas; y de otra parte, los provenientes de distintas vertientes, como los teóricos críticos del derecho, los que reclaman orígenes y tradiciones diversas de tipo continental y angloamericano, y en preferencia los pertenecientes al Movimiento Critical Legal Studies. El profesor Pérez Lledó, define a estos últimos en los siguientes términos:

> CLS es un movimiento formado por un conjunto enormemente heterogéneo de autores, que utilizan soportes teóricos y metodologías muy diversas, que se ocupan de una serie variadísima de problemas pertenecientes a múltiples campos de estudio, y que ofrecen soluciones y sostienen posturas a menudo dispares e incluso contradictorias entre sí. La palabra "*popurrî*" ha sido utilizada por más de un autor para caracterizar peyorativamente el movimiento. Un popurrí en el que la crítica "desde la izquierda" a la doctrina jurídica liberal dominante se lleva a cabo incorporando continuamente disciplinas consideradas distintas del Derecho (como la ciencia política, la filosofía, la ética, la psicología, la teoría social, la antropología, la historiografía o la crítica literaria) y recurriendo a tradiciones del pensamiento jurídico, social, político y filosófico tan diversas como el realismo jurídico americano, el neomarxismo (especialmente en la versión de la Escuela de Frankfur), el postestructuralismo, la teoría feminista, el psicoanálisis, o el existencialismo. Esta diversidad, atacada por sus críticos, es sin embargo celebrada por los propios integrantes del movimiento como un logro positivo que ha de ser protegido e incluso estimulado. "Critigal Legal Studies – señala Fitzpatrick y Hunt (eds., 1987, p. 1) – busca proporcionar un ambiente en que un tipo de estudio radical y comprometido pueda desarrollarse en la diversidad, sin aspirar a imponer una teoría o un método (*correcto)*". La diversidad es tal que ha llegado a decirse que tiene poco sentido hablar de la postura de CLS acerca de cualquier asunto: "el movimiento como tal no tiene posición alguna; sólo la tienen individuos concretos que se identifican con el movimiento" (Beck, 1988, p. 433)[10].

A este nivel de presentación de la problemática, es importante aclarar por rigor metodológico y asumir también hipotéticamente, que sólo existen dos caminos posibles para configurar una teoría jurídica: el primero, que nos conduce a instalarnos en la tradición del positivismo, del formalismo y/o de la dogmática jurídica, cuya contribución más plausible se refleja en que el Derecho es producto del Estado, y en el que la interpretación del sistema se fija de modo inmanente, es decir, a partir de la existencia positiva de un corpus legislado como expresión de la manifestación de la voluntad del poder legislativo; un segundo camino, nos conduce a un proyecto de "deconstrucción reconstructiva" del derecho, que se funda en análisis externos y previos de configuración del derecho, es decir, en una analítica que muestra que éste no es

[10] PÉREZ LLEDÓ, Juan A. El Movimiento Critical Legal Studes. Madrid: Tecnos. 1996. P. 34.

exclusivamente el corpus legislado, sino que es la expresión de categorías de diversa índole, que pasan por aspectos básicos de comprensión epistemológica, sustentados en juicios y "conceptos fundamentales de verdad y objetividad, realidad y referencia, validez y racionalidad"11. Habermas ya ha previsto esta preocupación, al señalar que el derecho incorpora elementos sociales, políticos, históricos, culturales y éticos, los que producen un plus que supera el sistema positivo de contenido legal.

El asumir hipotéticamente esta presentación del problema, no debe ser considerado como un proyecto de reduccionismo epistemológico; por el contrario, se pretende acotar las instancias de reflexión de lo que es el derecho, es decir, pensar que en el primer camino a seguir, se encontrarían los teóricos que configuran una teoría homogénea o estándar del derecho, de corte positivista. En el segundo camino, estarían ubicados los teóricos del derecho que poseen una visión crítica o heterodoxa, configurada por distintas posturas intelectuales, preocupados por reflexionar entorno a problemas, como la realidad en la que habitan las proposiciones jurídicas, la relevancia de la realidad sociocultural y los fundamentos éticos y morales en los que el sistema de normas se debe comportar.

Podría pensarse que la adopción de estas dos vías es simplificadora, pero por el contrario, se advierten permanentes interrelaciones y pugnas entre "ortodoxos y heterodoxos" del derecho, provenientes de distintas vertientes como el realismo jurídico americano, el neomarxismo de vertiente Frankfortiana, el postestructuralismo, el pluralismo jurídico, el multiculturalismo, las teorías de genero y las raciales, el psicoanálisis, el pragmatismo, o el existencialismo. Se presupone la adopción de un modelo epistemológico comprensivo, que permita señalar las diferencias sobre la realidad del derecho, con la adopción del modelo habermasiano, que mediante el "uso pragmático universal del lenguaje", propenda por la construcción de la realidad en la que habitarían las proposiciones jurídicas. Al respecto podemos señalar:

> La realidad con la que confrontamos nuestras oraciones no es una realidad *"desnuda"*, sino que ella misma está ya siempre impregnada lingüísticamente. La experiencia con la que controlamos nuestros supuestos está estructurada de forma lingüística e incrustada en contextos de acción. Tan pronto como reflexionamos sobre la pérdida de alguna certeza ingenuamente asumida ya no podemos encontrar ninguna clase de enunciados básicos que se legitimen *"por sí mismos"*, es decir, ningún *"principio"* indudable más allá del lenguaje, ninguna experiencia evidente más acá de las razones. El concepto semántico-deductivo de fundamentación se nos queda corto; las cadenas de fundamentación retornan a los contextos

[11] HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002. P. 9.

> de los que habían partido. La verdad de un enunciado parece que sólo puede ser garantizado por su coherencia con otros enunciados ya aceptados[12].

Los procesos de mutación en la comprensión del derecho han llegado a tal punto, que no se puede reducir a una única visión posible, sino que por el contrario, nos exige un proceso de fundamentación en la que se buscaría "refundir y refundar" múltiples visiones en las que habitan los enunciados jurídicos13 y en los que su verdad o corrección validada, parece que sólo puede ser garantizada por su coherencia con otros enunciados aceptados, bien sea por las tradiciones jurídicas de corte europeo continental o la tradición angloamericana que hoy de modo inconsciente aún para muchos, se encuentra refundida y merece ser refundada, es decir, circunscribirla a nuevos modos de esclarecimiento de la comprensión jurídica.

Para el desarrollo de esta iniciativa de esclarecimiento y comprensión jurídica, se ha privilegiado el modelo epistémico de la "pragmática formal o universal de Habermas"14, en cuanto permite señalar rupturas paradigmáticas de los enunciados jurídicos, que no se agotan en la ley, sino que amplía su espectro de configuración comprensiva en las creaciones culturales y contextuales, las que se dan en el mundo de la vida. Esta postura, asumida desde tiempo atrás por el pragmatismo, Habermas la amplia de manera epistémica, mediante la incorporación de recursos lingüísticos en el sentido que: "ningún "principio" indudable más allá del lenguaje, ninguna experiencia evidente más acá de las razones"15. En este punto puede advertirse un encuentro de Habermas, en lo relacionado con la tesis del pragmatismo señalada desde Hilary Putnam, a saber:

---

[12] HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002. P. 47.

[13] Sobre las distintas visiones en las que habitarían los enunciados jurídicos que presumiblemente pretenden ser aceptados como verdaderos y/o válidos, presento el siguiente argumento que amplia nuestro horizonte comprensivo sobre lo que puede ser el derecho desde la mediación lingüística de sus proposiciones "los pragmáticos tenían razón en opinar que no existe una relación única entre todas las proposiciones verdaderas y la realidad, *y que las proposiciones verdaderas están conectadas a la realidad en una increíble multiplicidad de formas diferentes, ya que continuamente estamos creando nuevos tipos de lenguaje*. Este era el punto de vista de Wittgenstein, y constituye la expresión de un pragmático genuino". Ver. PUTNAM. Hilary. El Pragmatismo – Un Debate Abierto. Barcelona: Gedisa, S.A. 1999. P. 42. Nota del Texto No. 26.

[14] "La *pragmática formal* toma en Habermas el nombre de pragmática universal, y en la filosofía de Apel el de pragmática trascendental, no sin razón. Habermas rehúsa utilizar en este título el adjetivo "trascendental" por temor a que los resultados de las ciencias sean hasta tal punto formalmente diversos de los de la filosofía que resulte imposible una colaboración entre ambos saberes, de suerte que llega afirmar en ocasiones el carácter falible de los enunciados de su pragmática, en el sentido de que son hipótesis comprobables, al parecer empíricamente. Apel, por su parte, señalará con su pragmática trascendental la diferencia de *método, del tipo de enunciados* y de modo de *comprobación* entre la filosofía y las ciencias que, precisamente por ser diferentes pueden colaborar, cosa que no ocurriría si fueran idénticos". Ver. APEL, Kart-Otto. Teoría de la Verdad y Ética del Discurso. Introducción de Adela Cortina. Barcelona: Paidós Ibérica, S.A. 1998. PP. 11-12.

[15] HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002. P. 47.

> los pragmáticos tenían razón en opinar que no existe una relación única entre todas las proposiciones verdaderas y la realidad, *y que las proposiciones verdaderas están conectadas a la realidad en una increíble multiplicidad de formas diferentes, ya que continuamente estamos creando nuevos tipos de lenguaje*. Este era el punto de vista de Wittgenstein, y constituye la expresión de un pragmático genuino[16].

Aquí, nos encontramos ya en la posibilidad de ofrecer desde Habermas y Putnam, una salida en la que podamos resolver los dilemas suscitados entre lo que hemos definido como concepciones ortodoxas y heterodoxas del derecho, que puedan resolver las contradicciones producidas entre el positivismo, el realismo y el iusnaturalismo; en el sentido de ir perfilando una comprensión "pragmática del derecho", definida en términos lingüísticos, que presuma una realidad fundada en las practicas de los sujetos poseedores de lenguaje y acción, que en el mundo y en procesos intersubjetivos hacen valer sus concepciones de vida con presupuestos racionales.

2. Habermas Y El Problema Del Realismo Después Del Giro Lingüístico Pragmático[17].

El modelo expositivo privilegiado para sustentar la hipótesis sugerida, está enmarcada en lo que podemos entender como los elementos epistemológicos, basada en la obra "Verdad y Justificación" de Habermas, texto que él ha definido como un recorrido sobre cuestiones de filosofía teórica, que había abandonado desde "Conocimiento e Interés". Manifiesta además que su trabajo de la pragmática del lenguaje realizado desde la década de los años 70, "no se sostendría sin los conceptos fundamentales de verdad y objetividad, realidad y referencia, validez y racionalidad".[18] Con ello quiere asegurar una hermenéutica interpretativa del desarrollo de su quehacer filosófico de la pragmática formal o universal del lenguaje, de la que se fundamenta su teoría de la acción comunicativa. Veamos cómo lo expone Habermas:

> Esta teoría se apoya sobre un concepto de entendimiento (Verstandigung) con un alto contenido normativo, opera con pretensiones de validez resoluble discursivamente y con presuposiciones pragmático – formales de "mundo" y remite la comprensión de los actos de habla a las condiciones de su aceptabilidad racional.[19]

Con lo anterior, se quiere señalar un valor singular para la interpretación del derecho contemporáneo, en cuanto remite de modo particular a la hermenéutica de

[16] PUTNAM, Hilary. El Pragmatismo – Un Debate Abierto. Barcelona: Gedisa, S.A. 1999. P. 42. Nota del Texto No. 26.
[17] HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002. Introducción. PP. 9-62.
[18] Ibídem. P. 9.
[19] Ibídem. P.9.

cualquier teoría jurídica con pretensiones de validez resolubles de modo discursivo y racional. Estos presupuestos pragmáticos del lenguaje, sólo son posibles de ser encontrados en el mundo de la vida en contextos de acción racionalmente normativos. Según Habermas, la pragmática formal contribuía inicialmente a la formulación de una teoría de la acción comunicativa y de paso, a una teoría de la racionalidad. De estos aspectos no se había ocupado desde los años 70, ahora se propone hacer una formulación de filosofía teórica, pero nos recuerda que en los contenidos de su teoría de la acción comunicativa,

> No se ha guiado ni por el interés de la metafísica del ser del ente, ni por el interés de la epistemología por el conocimiento de hechos y objetos, ni tan sólo por el interés de la semántica por la forma de las aserciones". Afirma además que "la importancia que adquirió el giro lingüístico no tienen para él ninguna relación con estas cuestiones tradicionales de la filosofía[20].

En atención a lo anterior, Habermas, al precisar el contenido de su trabajo filosófico, señala que la pragmática formal era el fundamento de la construcción de una teoría social crítica, capaz de abrir el camino para una concepción de carácter moral, jurídico y político, concebida como una teoría del discurso. Desde esta comprensión, puede decirse que dicho trabajo giró en torno al desarrollo de la razón práctica, a la manera como la entendió Kant21. La estrategia adoptada por Habermas ha sustentado cierta parcialidad en su desarrollo hasta ahora, que pretende corregir, mediante los artículos recogidos en el texto "Verdad y Justificación". Cabe señalar que este texto es el producto de trabajos reunidos de los años de 1996 a 1998, que le ha permitido tomar en consideración puntos de vista del pragmatismo, como los ha expuesto Hilary Putnam22. En este orden de ideas, el punto de apoyo se da a partir de Habermas, quien

---

[20] Ibídem. P.9.

[21] "….Hay, a pesar de todo, otra faceta del pensamiento de Kant, un aspecto que se conecta inmediatamente con el pragmatismo, y que podríamos llamar *la primacía de la razón práctica*. De los estudios de Kant, surge en forma notoria que gran parte de su trabajo tiene una directa inspiración política e incluso una aplicación política. Hasta la noción central de la "autolegislación" descrita por Kant en su segunda *Crítica* y en la *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* estaba, después de todo, directamente inspirada en Rousseau; y, en la época de Kant, la idea de que una sociedad se rigiera por una unión libre de ciudadanos "autolegislantes" era verdaderamente revolucionaria"…. "Para Kant, la idea de la primacía de la razón práctica se extiende incluso hasta la filosofía misma. Sostiene que no se puede construir una imagen moral tratando de probar, a priori, que existen juicios de valor verdaderos. La célebre estrategia kantiana consiste, precisamente, en hacer lo contrario (aunque algunos filósofos actuales, como Bernard Williams, suelen olvidarse de ello cuando critican a Kant)". Ver. PUTNAM, Hilary. El Pragmatismo – Un Debate Abierto. Barcelona: Gedisa, S.A. 1999. PP. 64-65.

[22] PUTNAM, Hilary. Nació en Chicago en el año de 1927. Enseñó lógica matemática en la Facultad de Filosofía de Harvard (Massachussetts), y contribuyó con numerosas obras a los debates en torno a la filosofía de la mente; Ha sido además un permanente animador del pragmatismo y estudioso agudo de Charles Sanders Peirce, William James y John Dewey.

tiene la pretensión de responder desde una postura filosofíco-teórica, a dos cuestiones fundamentales que se señalan a saber:

> Por una parte se trata de la cuestión ontológica del naturalismo: cómo puede compatibilizarse la normatividad –inevitable desde el punto de vista del participante – de un mundo de la vida estructurado lingüísticamente y en el que nosotros, en tanto que sujetos capaces de lenguaje y acción, nos encontramos "siempre ya" con la contingencia de un desarrollo natural e histórico de las formas socioculturales de vida. Por otra parte se trata de la cuestión epistemológica del realismo: cómo tiene que conciliarse el supuesto de un mundo independiente de nuestras descripciones e idéntico para todos los observadores con la idea – que hemos aprendido de la filosofía del lenguaje – de que tenemos vedado un acceso directo- y mediado lingüísticamente – a la realidad "desnuda"[23].

En lo concerniente a la pregunta ontológica del naturalismo y lo epistemológico del realismo, que aquí nos interesa relevar para la teoría del derecho contemporáneo, Habermas señala que se ocupará de resolverlas desde la pragmática formal del lenguaje que ha desarrollado hasta el presente, en tanto, procura dar cuenta del trasfondo existente del giro pragmatista en la teoría del conocimiento. En principio, Habermas quiere mostrar cómo el giro pragmatista ha transformado la problemática trascendental de Kant; en lo sucesivo tratará de mostrar, cómo esta transformación afecta las condiciones ideales del conocimiento posible, en referencia a la arquitectónica de la teoría entre el mundo y lo intramundano. Al acercarnos a este problema, el que es preciso esclarecer, en cuanto de él dependerá el asegurar un conocimiento que se pueda predicar al margen del tiempo y en nuestro caso para la teoría del derecho.

3.La Problemática Transcendental Después Del Pragmatismo.

Es un hecho reiterado el considerar que la problemática transcendental "no tiene que ver tanto con los objetos, sino con nuestro modo de conocimiento de los objetos, en la medida en que éste debe ser posible a priori"24. Es decir, debemos entender lo anterior, como la posibilidad reconstructiva de las condiciones de carácter universal y necesario bajo las cuales un objeto -en nuestro caso el derecho- puede ser constituido como experiencia y conocimiento de un sujeto25. Ahora bien, luego del avance del pragmatismo y de las criticas por éste realizadas a las categorías kantianas, no se trataría

[23] HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002. P. 10. La cursiva es mía, me interesa relevar el mundo posible de la realidad como construcción teórica, mediada lingüísticamente de modo pragmático y presentar para la comprensión de la realidad jurídica los contextos de acción espacio-temporales de carácter socio-cultural e históricos.
[24] Ibídem. P. 20.
[25] KANT, Inmanuel. Crítica de la Razón Pura. México: Porrúa, S.A. 1987. Analítica Trascendental. PP. 64-104.

ahora de ver las condiciones de posibilidad del conocimiento y de la experiencia posibles, fundadas en la autorreflexión de una subjetividad situada más allá del tiempo y el espacio, sino de entender, cómo las prácticas encarnadas en un mundo mediado lingüísticamente, son orientadoras de las prácticas y resultados esperados de modo racional.

El mundo del derecho estaría constituido así, en nuestras prácticas jurídicas y judiciales mediadas de modo lingüístico. Con esto se quiere señalar que el objeto del conocimiento no son las experiencias posibles de un sujeto que produce juicios a través de un análisis trascendental allende del tiempo. Este análisis trascendental, pretende señalar los rasgos más profundos o invariantes que se repiten en la multiplicidad histórica de las formas de vida que se han perfilado social y culturalmente. Ello permite mantener los planteamientos transcendentales produciendo la posibilidad de una investigación que sin abandonar dicha comprensión amplié el horizonte cognitivo, pero incorporando una comprensión pragmática de la realidad guiada por contextos normativos construidos intersubjetivamente.

Bajo la perspectiva del pragmatismo, la experiencia y el conocimiento han de entenderse como un producto de las prácticas y de los procesos de aprendizaje que se dan, o tienen lugar en el mundo de la vida a dos niveles que se corresponden metodológicamente y se distinguen en posturas comprensivas y de observación. Así, la experiencia es analizada desde la perspectiva de un actor que participa en el mundo de la vida en plexos de acción o contextos intramundanos26, que permiten la verificación que representan las acciones guiadas por la experiencia. No se trata entonces, de una experiencia obtenida por un proceso subjetivo del sujeto cognoscente, con fundamento en la facultad de la sensibilidad que pretendía tener un acceso directo o inmediato a un mundo que le era dado27. Así, puede decirse, que a partir del giro lingüístico, un acceso a la realidad nos es vedada, en tanto, nos es imposible acceder a una realidad que ya no este mediada lingüísticamente, y por lo tanto es interpretación o hermenéutica de sentido.

Ahora bien, esta imposibilidad de tener un acceso directo, por medio de la sensibilidad del sujeto cognoscente que se dirigía a un mundo que le era dado, nos

[26] Entiéndase por contextos intramundanos, contextos intersubjetivos mediados lingüísticamente en el mundo de la vida, realizados por las prácticas y las experiencias en plexos de acción social, cultural, política, jurídica, ética y moral, etc., en la que los sujetos portadores de lenguaje actúan en el mundo mediándolo lingüística e intersubjetivamente como actores y no como meros observadores.

[27] KANT, Inmanuel. Crítica de la Razón Pura. México: Porrúa. S.A. 1987. Analítica Trascendental. PP. 64-104.

remite entonces a pensar que la sensibilidad de acceso al mundo ha de ser diferente, como consecuencia de la mediación lingüística, que ha de cambiar las bases de toda experiencia posible, como consecuencia del conocimiento que ha de ser adquirido. Desde la concepción pragmática, el conocimiento se produce "a partir del procesamiento inteligente de los desengaños y fracasos experimentados realizativamente"[28]. Así, una teoría del conocimiento deberá en consecuencia explicar el proceso de aprendizaje que se constituye en problemática, con base en las expectativas que arrastra toda acción en términos realizables. En este punto, las prácticas que se producen en un mundo ya mediado lingüísticamente, o que han tejido una forma de vida, adquieren un estatuto epistémico de riqueza incomparable, en tanto, todo aspecto del mundo de la vida está expuesto a la problematización y prácticas distintas que contribuyen a la solución de problemas. A propósito, Habermas precisa lo siguiente:

> La dimensión epistémica penetra todos los ámbitos no epistémicos de la acción, de tal manera que la problemática trascendental debe extenderse y abarcar las estructuras que sostienen el mundo de la vida.[29]

El mundo de la vida, según la concepción pragmática de Habermas, es concebido y mediado lingüísticamente; este mundo encarna distintos tipos de acción que son guiados por reglas sociales y no sociales. Estas reglas, constitutivas de prácticas comunes, regulan las relaciones entre los actores o sujetos capaces de lenguaje y acción. Esta relación óntica de las prácticas cotidianas, con este sustrato material que las sostiene, es sin duda distinta de la relación semántica que el hablante establece, a través de un enunciado, con algo en el mundo objetivo.[30]

Los actos realizados en el mundo de la vida son guiados por reglas; así, nuestras intervenciones aún siendo instrumentales, o que tienen la pretensión de influir estratégicamente, pueden fracasar, en tanto puede ocurrir que no dominamos correctamente la regla, o la utilizamos incorrectamente. El fracaso se constituye en el aspecto más significativo, en tanto, todo error constructivo delata significativamente una carencia de conocimiento empírico fiable, "y ello es así por cuanto en la normatividad de las reglas que guían la acción instrumental – controlada por el éxito se refleja la validez de nuestro saber respecto a algo en el mundo objetivo"31. Podemos aprender del

---

[28]

[29] Ibídem. P. 23.
[30] Ibídem. P. 24.
[31] Ibídem. P. 25.

mundo de la vida, en proporción a las resistencias que experimentamos de modo realizativo. Es preciso pensar que la realidad nos opone resistencias, y en la medida que exponemos discursivamente estas oposiciones, aprendemos. Puede decirse entonces, que aprendemos de las pretensiones de validez de otros participantes en el discurso.

> El "salto" desde la acción al discurso, significa que los recursos que ofrece el mundo de la vida pueden movilizarse, en toda su amplitud, para el procesamiento cognitivo de los problemas que se plantean en el trato práctico con el mundo.[32]

En la apreciación epistemológica a partir de Habermas, se puede precisar cómo los sujetos implicados en sus prácticas, han de referirse desde sus contextos u horizontes de vida a algo del mundo objetivo. En el mundo del Derecho, por ejemplo, éste se nos presenta como algo mediado, de una parte, lingüísticamente, y de otra, como existencia normativa mediante reglas que guían nuestras acciones y tienen la pretensión de validez en nuestro saber, como algo existente en el mundo de la vida de modo objetivo, es decir:

> El cual, ya sea en un contexto de comunicación o de intervención, presupone como un mundo existente de modo independiente e idéntico para todos ellos. Esta presuposición pone de manifiesto la facticidad de los desafíos y las contingencias que provocan y, al mismo tiempo, limitan las rutinas del pensamiento y de la acción.[33]

Se puede deducir que esta arquitectura del mundo de la vida y mundo objetivo, está mediada por un dualismo metódico como se señaló, entre lo compresivo del mundo (el comprender) y lo observable del mundo (el observar). Este punto específico, Kant lo aclaro teóricamente, estableciendo para ello la distinción clásica entre conocimiento trascendental y conocimiento empírico.

> Mientras que, como observadores, nos referimos "desde fuera" – por decirlo así – a un objeto en el mundo, las prácticas guiadas por reglas propias del mundo de la vida sólo se abren a la comprensión hermenéutica de un participante que ha adoptado una actitud realizativa. El saber intuitivo de cómo se sigue una regla y de qué significa vulnerar una regla posee un carácter normativo; un carácter normativo del que no puede dar cuenta una observación limitada a regularidades empíricas.[34]

Así, se presenta un doble problema, en tanto se plantea un posible peligro en la objetividad del conocimiento y la confusión entre el mundo y lo intramundano (intersubjetividad). Aquí, hay que tener en cuenta los argumentos de Putnam, en el sentido, que la búsqueda de objetividad en el conocimiento, exige revisar nuestros

[32] Ibídem. P. 25.
[33] Ibídem. P.26.
[34] Ibídem. P. 26.

presupuestos cognitivos, como forma de acceder al conocimiento. Esta idea se construye mediante la apuesta de destrascendentalizar a Kant y pragmatizarlo, sin perder la dualidad epistémica prevista por él, y ahora en Habermas, vistas como el comprender y el observar:

> En Razón, Verdad e Historia, he utilizado el término "argumento trascendental" exactamente en este sentido, un sentido que no está, como se podría pensar, en contraste con mi posición falibilista y antifundacionalista. En ese libro me he servido de un argumento de ese tipo para afirmar la existencia de una noción no relativista de la verdad, pero con eso no intento desarrollar otra cosa que una investigación sobre nuestras presuposiciones. Ciertamente, Kant consideraba tales investigaciones como una fuente de conocimientos a priori; un tipo de conocimiento según el cual ciertas cosas (verdad sintética a priori en la primera *Crítica*, verdad a priori de la razón práctica en la segunda, hasta ideales a priori relativos al sentimiento en la tercera) son necesariamente verídicas. No obstante, creo que Kant estaba desorientado, aunque de manera incomprensible, al sostener que la filosofía puede llegar a conclusiones a priori, a conclusiones inmutables e infalibles. Pero echaríamos por la borda lo que es cierto en Kant junto con lo que es erróneo si descartáramos la idea según la cual, en filosofía, se hacen necesarias indagaciones sobre nuestras presuposiciones. Mi crítica hacia el relativismo se basa en que en un atento examen indica que una posición de este tipo no existe en realidad.[35]

Desde Kant y para el caso, pasando por Putnam y Habermas, se puede advertir la necesidad de mantener un concepto de lo trascendental, pero entendido en términos pragmáticos, es decir, que por una parte, se supere todo tipo de relativismos sobre la veracidad de las proposiciones que versan sobre la realidad, y por otra parte, entender que toda proposición sobre la realidad es fundada desde lo lingüístico, como acceso mediado o interpretación del mundo de la vida en la que los participantes actúan intersubjetivamente. De este modo se hace necesario ganar en objetividad para el conocimiento.

4. Realismo Sin Representacionismo.

Luego de cerciorarnos de los pasos precedentes, producidos por la serie de explicaciones en términos de filosofía trascendental, podemos decir que el pragmatismo de corte kantiano, se constituye en la respuesta más convincente, en tanto, podemos dar cuenta del paso de la filosofía de la conciencia a la filosofía del lenguaje. A propósito dirá Habermas:

> Pero cuando el pragmatismo trascendental se une a un naturalismo débil -con lo que esto significa de primado genético de la naturaleza ante la cultura- se hace obligada una concepción epistemológica realista. Únicamente la presuposición realista de un mundo objetivo accesible intersubjetivamente puede hacer compatible la prioridad *epistémica* del horizonte del mundo de la

[35] PUTNAM, Hilary. El Pragmatismo – Un Debate Abierto. Barcelona: Gedisa, S.A. 1999. PP. 112-113.

> vida –articulado lingüísticamente y que no podemos traspasar– con la prioridad *ontológica* de una realidad independiente del lenguaje que impone limitaciones a nuestras prácticas.[36]

A este nivel de argumentación, Habermas nos recuerda que si se llegase a tomar la decisión de pensar el mundo como algo constituido por objetos o bien por proposiciones, tendría graves consecuencias para la ontología, la teoría del conocimiento y los correspondientes conceptos de la verdad. Aquí se hace necesario hacer algunas consideraciones, en tanto las prácticas de las conductas guiadas por reglas, sobre las cuales nos es posible entendernos, arrastra una confiada familiaridad con las generalidades existentes en un mundo de la vida, que se haya estructurado normativamente mediante reglas.

Por esto, la participación en dichas prácticas da lugar a una consideración de realismo conceptual, del que debe precaverse de creer que el mundo se halle articulado proposicionalmente, porque caería en la sospecha de la crítica metafísica de estar traspasando las fronteras de aquello que esta ya mediado y sólo es capturado mediante el análisis lingüístico de acceso al mundo, es de por sí interpretación o hermenéutica fundada en el trato mismo y de modo pragmático del mundo visto intersubjetivamente.

Entre una suposición realista de un mundo estructurado proposicionalmente, y un nominalismo que concibe el mundo como la totalidad de los objetos individualizados espacio–temporalmente, respecto a los cuales podemos enunciar hechos, se refleja la distinción metódica entre, el acceso hermenéutico del participante a un mundo de la vida intersubjetivamente compartido, en primera instancia, y por otra parte, la actitud objetivante que adopta el observador cuando a medida que interactúa con lo que le sale al encuentro en el mundo lo somete a hipótesis de prueba. Con esto queremos decir, que el realismo gramatical y el realismo conceptual están constituidos a la medida de un mundo de la vida en cuyas prácticas participamos y de un horizonte del cual no podemos salir. Al respecto Habermas precisará:

> El concepto de *"referencia"* debe explicar la forma en la que hay que armonizar la prioridad ontológica de un mundo objetivo concebido nominalístamente *con la prioridad epistémica del mundo de la vida articulado lingüísticamente*. Para poder entender el fáctum trascendental del aprendizaje en un sentido realista, la prioridad epistémica no debe absorber la prioridad ontológica.[37]

[36] Ibídem. PP. 40-41.
[37] Ibídem. P. 43. La cursiva es mía.

Aparece aquí un nuevo enfoque que posibilita aproximarnos a una comprensión del sentido y significado del *realismo ontológico* y del *realismo epistémico* concebido, en términos, de la pragmática lingüística a saber;

> La práctica lingüística debe posibilitar por una parte la referencia a aquellos objetos independientes del lenguaje sobre los cuales enunciamos algo. Por otra parte, la suposición pragmática de un mundo objetivo sólo puede ser una *anticipación conceptual de carácter formal*, a fin de poder asegurar a distintos sujetos – y no solamente a un círculo determinado de hablantes pertenecientes a la misma comunidad espacio – temporal – un sistema común de referencias posibles a unos objetos que existen independientemente de nosotros y que son identificables en términos de espacio y tiempo.[38]

Como se ha expuesto, la comunicación lingüística y cualquier actividad de carácter finalista (teleológico), se entrelazan en la suposición de un mismo concepto formal de mundo, el mundo objetivo sobre el que los hablantes se entienden en horizontes de comprensión sobre el mundo de la vida y en el que los actores intervienen, es el mismo mundo para todos. Así, en esta búsqueda de objetividad y realidad del mundo, que es el mismo para todos y del que ha recibido críticas Habermas, que considero faltan a la objetividad ganada al pragmatizar el mundo de la experiencia de los actores y observadores, que en procesos prácticos y en horizontes de comprensión sobre el mundo de la vida y de modo racional se pueden entender; y como lo advierte Putnam, se esclarecen los puntos de referencia que deben ser los mismos en el tiempo y el espacio para todos. Al respecto presento, un contra argumento a la visión de Habermas y Putnam, que en principio colocaría en riesgo la construcción en está investigación de una *teoría pragmática del derecho*.

> Aunque HABERMAS puede indicar que las pretensiones de verdad, vistas de un modo pragmático, siempre son tratadas dialogalmente y *en tanto* no dejan el campo del lenguaje. Pero dialogar al mismo tiempo es hablar *sobre algo* y en esa medida existe una referencia previa al lenguaje, a la que puede acudirse para la definición del concepto de la verdad. HABERMAS entre tanto ha modificado su posición y en nuevos trabajos ha reconocido expresamente la referencia fáctica, el "aguijón realista", en el concepto de la verdad. Según él, el concepto discursivo de la verdad debería ser modificado para poder hacerle justicia a las connotaciones ontológicas que nosotros ligamos a la "percepción de los hechos". Es un hecho que aserciones con capacidad de certeza pueden fracasar frente a la resistencia del mundo objetivo, y es tan sólo una concesión verbal de HABERMAS a su concepción anterior, cuando no menciona al mundo objetivo, sino que habla del *"mundo objetivo reconocido como idéntico por todos los participantes"*. Si durante el intento de parqueo nosotros nos metemos en un espacio demasiado estrecho,

[38] Ibídem. P. 44.

> lo hacemos entre los automóviles allí dispuestos, no entre los reconocidos comunitariamente como otros vehículos.[39]

Este contra argumento de Ulfried Neumann contra Habermas, en el criterio de esta investigación no es afortunado, porque se desconoce que la realidad no es posible de ser pensada como se ha expuesto en su desnudez, sino que la realidad misma sólo es posible, en su mediación lingüística fundada en reglas que son las mismas para todos en procesos de intersubjetividad, que exigirá siempre que en el parqueo de un automóvil que se realice en cualquier tiempo y espacio y en un mundo posible, se hará con el uso de las mismas reglas de modo pragmático. Es decir, no es posible al parecer, la existencia de objetos que no comporten un sistema común de referencias posibles, aunque existan independientemente de nosotros, deben ser identificados en términos de espacio y tiempo de modo pragmático lingüístico.

Así, los actores y observadores, están en contacto permanente con los objetos en la práctica cotidiana mediada por reglas. Por esto, puede decirse que las referencias semánticas que los participantes en la comunicación establecen a través de enunciados, están ya enraizados en las prácticas y están por supuesto, garantizadas en términos realizativos e incluso aunque las proposiciones semánticas se vuelvan problemáticas. En síntesis, queda superado a través del realismo, toda presuposición a una filosofía de la conciencia y se garantiza, el nivel ontológico de una realidad que se presenta ya mediada lingüísticamente, y en la que se asegura el dualismo metodológico del comprender por parte de los participantes en la comunicación y el observar por parte del observador. En esta medida se da respuesta a la problemática presentada por el realismo después del giro lingüístico pragmático y se le responde a Neumann, en el sentido, que el recurso que él pide, de ir a los objetos mismo de la *realidad,* es puro representacionismo y desconoce así el giro lingüístico pragmático ganado ya.

Ahora bien, al asegurar por una parte, un mundo realista ontológico con prioridad epistémica, aseguramos así una actitud interna pragmática intersubjetiva, sobre la cual se ha ganado con la mediación lingüística la accesibilidad al mundo, en contextos de apertura significativa como participantes o actores de un mundo mediado ya por reglas, de las que podemos dar cuenta comprensivamente de modo realizativo, en contextos de cotidianidad compartidos a través de la praxis sociocultural, histórica, jurídica, ética y política; y de otra parte, el mundo es apertura desde una perspectiva

[39] NEUMANN, ULFRIED. La Pretensión de Verdad en el Derecho. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia. 2006. PP. 23-24.

externa como observadores y del que podemos entendernos proposicionalmente en el mundo de los objetos, que son independientes del lenguaje, pero los podemos enunciar de modo pragmático o intersubjetivo, en tanto, permanecemos en contacto con este mundo en nuestras prácticas cotidianas, en un sistema común de referencias posibles a unos objetos que existen independientemente de nosotros y que son identificables en términos de espacio y tiempo.

Al arribar a este punto de pensar en un realismo sin representación y mediado lingüísticamente, podemos acceder a una línea de interpretación que desde Hilary Putnam puede ser revisada a partir de su *"realismo pragmático",* y vincularlo con la pragmática del lenguaje de Habermas, en los siguientes términos:

> Putnam parte también de la idea de que las distancias entre los distintos paradigmas o marcos teóricos pueden salvarse mediante una suposición pragmática común. La suposición de un mundo de objetos que existen con independencia de sus descripciones y que se hayan relacionados según determinadas leyes, juega el papel de un a priori sintético para la práctica inductiva de la investigación científica y para toda elaboración de teoría que proceda en términos experimentales. Bajo esta premisa puede ponerse en marcha una interacción circular pero, a su vez, ampliadora del saber; una interacción entre, por un lado, conceptos teóricos fundamentales *abridores* de mundo y, por otro, procesos de aprendizaje dentro de un mundo ya preinterpretado.[40]

En este contexto, también es oportuno precisar que desde una concepción pragmática de corte kantiano y como lo hemos ya analizado desde Putnam y Habermas, es claro que nuestra capacidad de acceso al conocimiento no puede realizarse con independencia de nuestra capacidad lingüística y a la vez, con nuestra capacidad de acción. Al respecto, podemos observar que,

> como sujetos cognoscentes nos encontramos siempre ya en el horizonte de nuestras prácticas cotidianas en el mundo de la vida. Lenguaje y realidad están mutuamente entreverados de un modo para nosotros insoluble. Toda experiencia está impregnada de lenguaje, de modo que resulta imposible un acceso a la realidad que no esté filtrado lingüísticamente. La comprensión de este hecho constituye un motivo muy fuerte para atribuir a las condiciones intersubjetivas de la interpretación y el entendimiento lingüístico el papel trascendental que kant había reservado para las condiciones subjetivas necesarias de la experiencia objetiva. En lugar de la subjetividad trascendental de la conciencia aparece la intersubjetividad detrascendentalizada del mundo de la vida.[41]

Con la incorporación de estas precisiones en la presente investigación, se ha propuesto como línea de argumentación, sostener que el pragmatismo se constituye en una vía de exploración, para la construcción de una interpretación jurídica que pueda resolver los dilemas suscitados desde finales del siglo XX y la respuesta a una teoría del

[40] HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002. P. 45.
[41] Ibidém. P. 40.

derecho que se ha mutado y en la que el positivismo jurídico, el realismo clásico y el iusnaturalismo, pueden ser consideradas en sí mismas, como teorías insuficientes para resolver de modo satisfactorio, la complejidad de un mundo de la vida mediado lingüísticamente, y en la que los sujetos de acción y lenguaje no ven satisfechas sus expectativas de justicia y adjudicabilidad del derecho. La sociedad actual, reclama la satisfacción de contenidos ontológicos vistos desde la maximización de la visión antropológica de la dignidad humana, como principio básico de sostenibilidad de los regímenes jurídico y políticos de las democracias participativas, en las que los sujetos reclaman espacios de acción y participación política que configuren condiciones de vida digna.

Así, el pragmatismo se constituye en un vía que puede resolver de modo teórico y práctico los dilemas suscitados entre el formalismo jurídico, el realismo y el iusnaturalismo, en tanto, podemos resolver de modo pragmático las diferencias teóricas que se suscitan entre tales concepciones del derecho moderno. Ahora bien, si presuponemos que el derecho como objeto de investigación existe con independencia de las descripciones que ya se han realizado de él, y lo asumimos como referencia, tal como lo entiende Putnam, y en tanto es el mismo objeto, debe hallarse relacionado según leyes, que han de jugar el papel de un a priori sintético.

Esto conduce a pensar, que en toda práctica de investigación que realicemos del derecho en el tiempo y el espacio, y del que podamos entendernos a pesar de las diferencias teóricas, comporta como consecuencia, enfatizar, que desde el pragmatismo es posible construir una interpretación jurídica, si asumimos de modo resolutivo las diferencias de método en su análisis como se ha determinado.

Bibliografia.

APEL, Kart-Otto. Estudios Éticos. Buenos Aires: Distribuciones Fontamara, S.A. 2004.

APEL, Kart-Otto. Teoría de la Verdad y Ética del Discurso. Barcelona: Ediciones Paidós / I.C.E.-U.A.B. 1998.

BERGER, Peter. L. y LUCKMANN, Thomas. La Construcción Social de la Realidad. Buenos Aires-Madrid: Amorrortu Editores. 2006.

DWORKIN, Ronald. M. El Imperio de la Justicia. Barcelona: Editorial Gedisa, S.A. 1988.

DWORKIN, Ronald. M. HART, Herbert. La Decisión Judicial. Bogotá, D.C.: Siglo del Hombre Editores. 2005.

DWORKIN, Ronald. M. La Filosofía del Derecho. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica. 1980.

DWORKIN, Ronald. M. Los Derechos en Serio. Barcelona: Editorial Ariel, S.A. 1989. Traducción de Marta Guastavino.

DWORKIN, Ronald. M. La Justicia con Toga. Madrid: Marcial Pons-. 2007. Traducción de Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno.

GARZÓN, Ernesto. y LAPORTA, Francisco. Editores. El Derecho y la Justicia. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2000.

HABERMAS, Jürgen. Aclaración a la Ética del Discurso. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2000.

HABERMAS, Jürgen. El Occidente Escindido. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2006.

HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2001.

HABERMAS, Jürgen. Fragmentos Filosófico-Teológicos. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 1999.

HABERMAS, Jürgen. Más Allá del Estado Naciona. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 1998.

HABERMAS, Jürgen. Tiempo de Transiciones. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2004.

HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002.

HART, H. L. A. El Concepto de Derecho. Buenos Aires: Abeledo – Perrot. 1998.

KANT, Immanuel. Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres. Barcelona: Editorial Ariel, S.A. 1999.

KANT, Immanuel. La Metafísica de las Costumbres. Barcelona: Ediciones Altaya, S.A. 1993.

KANT, Manuel. Critica de la Razón Pura. México: Editorial Porrúa, S.A. 1987.

KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Buenos Aires: Editorial Universitaria Eudeba. 2008.

KELSEN, Hans. ¿Qué es la Justicia? México, D.F.: Distribuciones Fontamara, S.A. 2001.

KELSEN, Hans. Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho. México, D.F.: Distribuciones Fontamara, S.A. 1999.

KENNEDY, Duncan. Libertad y Restricción en la Decisión Judicial. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores. 1999.

NEUMANN, Ulfried. La Pretensión de Verdad en el Derecho. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. 2006.

PERÉZ LLEDO, Juan A. El Movimiento Critical Legal Studies. Madrid: Editorial Tecnos, S.A. 1996.

PUTNAM, Hilary y HABERMAS, Jürgen. Normas y Valores. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2008.

PUTNAM, Hilary. El Desplome de la Dicotomía Hecho–Valor y otros ensayos. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S.A. 2004.

PUTNAM, Hilary. Representación y Realidad. Barcelona: Editorial Gedisa, S.A. 2000.

PUTNAM, Hilary. El Pragmatismo – Un Debate Abierto. Barcelona: Editorial Gedisa, S.A. 1999.

PUTNAM, Hilary. La Herencia del Pragmatismo. Buenos Aires: Editorial Paidós Ibérica, S.A. 1997.

PUTNAM, Hilary. Razón, Verdad e Historia. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.). 2006.

PUTNAM, Hilary. Las Mil Caras del Realismo. Buenos Aires: Editorial Paidós Ibérica, S.A. 1994.

RAWLS, John. La Justicia como Equidad. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S.A. 2002.

RAWLS, John. Teoría de la Justicia. México: Fondo de Cultura Económica. 1997.

ROSS, Alf. Sobre el Derecho y la Justicia. Buenos Aires: Editorial Universitaria Eudeba. Traducción de Genaro R. Carrió. 2006.

ROSS, Alf. El Concepto de Validez y Otros Ensayos. Buenos Aires: Distribuciones Fontamara, S.A. 2001.

TWINING, William. Derecho y Globalización. Bogotá, D.C.: Siglo del Hombre Editores. 2003

RUMO À CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA PRAGMÁTICA DO DIREITO [1]

Ruben Alberto Duarte Cuadros [2]
Bernardo G.B. Nogueira[3]
Jose Carlos Henriques [4]

INTERLÚDIO

> "Uma nova verdade é sempre uma espécie de roteiro, um suavizador de transições. A antiga opinião concordará com o novo fato sob a condição de mostrar um mínimo de choque, um máximo de continuidade. Consideramos que uma teoria é verdadeira na proporção de seu êxito para resolver este "*problema de máxima e mínima*". Mas, o êxito em resolver este problema é, principalmente, questão de aproximação (aqui é onde se confronta com o "compromisso de Quine). E dizemos que tal teoria o resolve, no todo, mais satisfatoriamente do tal outra, mas com isto fazemos referência a nós mesmos e cada indivíduo salientará diversamente suas preferências. Até certo ponto, portanto, tudo aqui é plástico." [5]

1. Abordagem Geral Do Problema:

Se tomarmos, como ponto de partida, dois dos autores que mais influenciaram na reformulação do direito em geral, este crédito deve ser concedido, sem dúvida, aos teóricos Herbert Hart e Ronald Dworkin. Aqui, estes serão tomados a partir de uma postura crítica a respeito de suas metodologias, o que nos conduz, a princípio, a fixar a

[1] Conferência realizada no dia 13 de novembro, no I Encontro de Filosofia Constitucional Latino-americana, evento promovido pelo Curso de Direito, da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito-MG, Brasil. A presente tradução, autorizada pelo autor, foi realizada pelo professor José Carlos Henriques, docente no curso de direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito-MG e no Curso de Direito da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete, FDCL.

[2] Filósofo e advogado, Especializado em Direito Penal e Criminologia, Universidad Libre, Magister em Filosofia pela Pontifícia Universidad Javeriana, Candidato a Doutor em Direito pela Universidad Externado da Colômbia, Decano da Faculdade de Filosofia Universidad Libre, Professor e Investigador Universitário.

[3] Professor do curso de direito do Centro Universitário Newton Paiva; Professor do curso de direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito; Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (tradutor do original).

[4] Mestre em direito e filosofia, especialista em Direito Civil e Processual Civil, professor na Unipac-Itabirito e FDCL. Tradução autorizada pelo autor, para publicação.(tradutor do original).

[5] JAMES, William. *Pragmatismo*. Buenos Aires: Aguilar, 1973. P. 35. Ver também em PUTNAM, Hilary. O Pragmatismo: um debate aberto. Barcelona: Gedisa, 1999. P. 30. As notas serão conservadas, como no original vez que, na maioria dos casos, não traduções e/ou publicações das obras citadas, no Brasil. Ademais, as citações serão traduzidas sempre seguindo o texto espanhol apresentado pelo autor, mantendo-se, na íntegra, os destaques que dele constar.

análise na compreensão do que pretendem ser suas propostas na teoria jurídica. Isto nos permite, de um lado, contextualizar as discussões ainda vigentes na tradição anglo-americana e, de outro, enfrentar o desafio de sua incorporação à tradição Hispano-americana.

Na obra de Hart, *O Conceito de Direito*, e na obra de Dworkin *O Império da Justiça*, segundo parece, o que sempre buscaram foi reformular ou reconstruir uma teoria jurídica, capaz de apresentar um nível de resistência à tradição dos *Critical Legal Studies*, ao *Realismo Jurídico*, ao *Jusnaturalismo* e, inclusive, ao *positivismo* de matiz colorido conservador, suscitando-se um quadro de discussões que merece ser esclarecido. Para tal fim, buscaremos confrontar as diferenças existentes na tradição jurídica de forte cunho kelseniano e, ainda, mostrar a discussão sustentada contra o movimento *Critical Legal Studies*.

Autores como Jeremias Bentham, Hans Kelsen e Norberto Bobbio influenciaram de maneira significativa na tradição formal do direito, contribuindo para forjar uma concepção padrão da teoria jurídica de colorido europeu continental. Para efeito da presente investigação, será tomado como pressuposto teórico o paradigma, em desconstrução do positivismo, situação que permite descobrir o sentido da mutação que sofreu o sistema formal do direito, nas últimas décadas. Em acordo com que acima foi dito, o professor César Rodríguez afirma o seguinte:

> (...) a exclusão do pensamento crítico da teoria jurídica hispano-americana fez com que a herança realista se deslocasse para a sociologia jurídica, disciplina que ganhou considerável vigor nos últimos anos na Espanha e, sobretudo, na América Latina. ***Desta forma, em nosso meio, existe uma notória lacuna entre a prática jurídica e a social, de um lado, e entre o pensamento e as influências intelectuais dominantes no âmbito da teoria e da dogmática jurídicas, de outro.*** De fato, enquanto a fragmentação, a desigualdade e o predomínio da força caracterizam, em maior ou menor medida, as sociedades e o direito hispano-americano, o discurso teórico continua elaborando as noções clássicas do formalismo jurídico, isto é, a coerência do direito e a neutralidade judicial. Do mesmo modo, enquanto a passagem para o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade gera um crescente ativismo judicial, a teoria e a dogmática tendem a insistir na separação clássica dos poderes e na distinção liberal entre o direito e a política. [6]

[6] RODRÍGUEZ, César. *Estudio Del Texto*. KENNEDY, Duncan. *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial*. Bogotá: siglo del Hombre, 1999. P. 32. Notas Editoriales Diego Eduardo López Medina.

De se acrescentar que, talvez, a lacuna entre realidade social e teoria jurídica, a que alude o professor César Rodríguez, faz presumir um desequilíbrio epistemológico na construção social da realidade, em atenção às diferenças observáveis entre sociedades, em razão do que nelas se dá por estabelecido como conhecimento; no nosso caso, *"do conhecimento jurídico de colorido positivista"*, que determinou um tipo de cultura jurídica e judicial, que ainda talvez, assumimos de um modo *implícito* e acriticamente. [7]

O inusitado de nossa tradição jurídica foi o excessivo culto ao positivismo ou formalismo jurídico, fato que eliminou a possibilidade crítica de se assumirem paradigmas jurídicos distintos, - o realismo entre eles – e o ter suposto a eliminação do jusnaturalismo de colorido racionalista antropológico, o que ocasionou o desconhecimento de outras formas de conceber o direito e, de passagem, a impossibilidade de responder, de maneira mais efetiva, às realidades sociológicas, históricas, culturais e aos conteúdos éticos e políticos, com os quais se encontra comprometida a teoria do direito. Neste sentido, o compromisso assumido, na atualidade, consiste em alcançar a incorporação de elementos fáticos ou empíricos, emanados da realidade social e política, circunscrita aos contextos históricos e culturais em que operam as teorias do direito, orientadas no sentido da solução de conflitos sociais.

O descobrir categorias que configuram a tradição formalista do direito está relacionado a fatores como a "coerência", "a integridade" e "a neutralidade judicial", "a segurança jurídica", fundadas na aplicação irrestrita da lei; e a separação de poderes entre o agente criador do direito e o operador judicial, dentre outros, são alguns exemplos sobre os quais se fundou o positivismo. Isto tornou possível que fossem gerados alguns mitos, que nos impedem, ainda, de ver as implicações destes pressupostos compreensivos da teoria de matiz europeu continental, de origem francesa, que determinou, em um *corpus* teórico, a eliminação de fontes do direito e a ascensão inusitada da lei no estudo do direito. Na América Latina e, evidentemente, na Colômbia, esta tradição se centrou, basicamente, na exegese do sistema legislado, normatizado e codificado, que engendrou uma racionalidade formal e interna como fonte privilegiada da compreensão do que deveria ser o "Direito". Assim, se garantiu a construção

[7] BERGER, Peter L. y LUCKMANN, Tomas. La Construcción Social de la Realidad. Buenos Aires: Amorrortu, 2006. PP. 7-33. Neste texto, é abundante a argumentação acerca das diferenças e lacunas que subsistem entre culturas, que nelas se estabelecem em razão da realidade e do conhecimento.

dogmática da completude e coerência do sistema jurídico e se presumiu, de modo acrítico, a neutralidade política, ética e moral do sistema de adjudicabilidade do direito por parte do sistema judicial.

O professor Antonio Enrique Pérez Luño escrevia, no ano de 1996, para a Enciclopédia Iberoamericana de Filosofia, um artigo intitulado *"Segurança Jurídica",* no qual assinala, com nostalgia, como foi posto em risco todo o sistema positivo de direito, ao colocar em risco a segurança jurídica, que ele considera como o mais alto valor adquirido pelos iluministas e contratualistas do século XVIII. Recordemos que, na configuração do Estado Moderno, este é concebido como Estado de Direito legislado e positivado, com o propósito de garantir, constitucionalmente, a divisão de poderes, Estado em que um é o agente criador e outro o aplicador do direito, prevendo-se a neutralidade de adjudicabilidade do direito ordenado pelo legislador. Sobre isto, o professor Perez Luño argumenta da seguinte maneira:

> A segurança jurídica é um valor extremamente ligado aos Estado de Direito, que se concretiza em exigências objetivas de: correção estrutural (formulação adequada das normas do ordenamento jurídico) e correção funcional (cumprimento do Direito por seus destinatários e, especialmente, pelos órgãos de sua aplicação). Junto a esta dimensão objetiva, a segurança jurídiica se apresenta, em sua acepção "subjetiva", encarnada pela certeza do Direito, como a projeção, nas situações pessoais, das garantias estruturais e funcionais da segurança objetiva. Acerca das condições de correção estrutural podem ser aduzidas as seguintes: a) lex (lei) promulgada; b) lex clara; c) lex completa; d) lex estrita; e) lex prévia; f) lex perpétua. A certeza do Direito supõe o lado subjetivo da segurança jurídica, se apresentando como projeção da segurança objetiva, nas situações pessoais. Para isto, se requer a possibiliadade do conhecimento do direito por seus destinatários. Graças a esta informação, realizada pelos adequados meios de publicidade, o sujeito de um ordenamento jurídico deve poder saber, com clareza e de antemão, aquilo que lhe está ordenado, permitido ou proibido. Em função deste conhecimento, os destinatários do Direito podem organizar sua conduta presente e programar expectativas para sua atuação jurídica futura, sob pautas razoáveis de previsibilidade. A certeza representa a outra face da segurança objetiva: seu reflexo na conduta dos sujeitos do Direito. [8]

Observemos que, a partir de uma posição conservadora, como a do professor Pérez Luño, ele não é o único a advertir sobre a necessidade de se manter o velho esquema de categorias do positivismo adquiridas na modernidade, sob o fundamento de que são plena garantia de razoabilidade e certeza do que é e deve ser o direito. O argumento se funda em uma concepção estrutural funcional, vista a partir de duas

[8] PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La Seguridad Jurídica*. *"El Derecho y la Justicia"* en Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Edición de Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2000. PP. 481-492.

perspectivas consideradas pelo autos como fundamento do sistema jurídico: por um lado, o elemento "*objetivo de correção estrutural* (formulação adequada das normas do ordenamento jurídico, por parte exclusivamente do legislador) e *correção funcional* (cumprimento do direito por seus destinatários e, especialmente, pelos órgãos de sua aplicação, isto é, pelo poder judiciário)"[9], que é comum a toda a tradição do formalismo e positivismo de matiz europeu continental e latino-americano, reduzido às seguintes categorias e pressupostos:

a) A lei é clara (*lex manifiesta*), significando com isto que a lei é compreensível, que ela escapa de expressões ambíguas, equívocas ou obscuras, que podem confundir os destinatários. Assim, se parte da premissa de que a clareza normativa tipifica univocamente os fundamentos de fato e as conseqüências jurídicas derivadas do ato legislador, com o que, de passagem, se evita a discricionariedade dos órgãos encarregados de aplicar o direito; b) A lei é completa (*lex plena*), com esta categoria sempre se pretendeu colocar a hipótese, hoje discutível, da completude do sistema jurídico, entendido este como um dos princípios imanentes à compreensão do positivismo e/ou formalismo jurídico, expresso no fato de que não existe conduta permitida ou proibida pelo ordenamento que não esteja nele previamente contida; assim, presume-se a inexistência de vazios ou lacunas dentro do sistema normativo, ao fundamento de que sempre existirá uma solução, com apoio na lei, para os casos que ocorrem na sociedade e na convivência dos cidadãos; c) A lei é estrita (*lex stricta*), neste conceito ou categoria, que presume seja a lei de cumprimento obrigatório e acatamento estrito, está vinculado à concepção de divisão de poder, que prevê a generalidade e abstração da lei promulgada pelo parlamento, com reserva de privilégio do poder de legislador, que determina a hierarquia da prioridade da lei e o *status* das fontes do direito, que à lei se subordinam.

Neste sentido, em um artigo que escrevi em 2005, apresentei alguns argumentos contra esta postura, o privilégio do poder do Legislativo, o privilégio da lei e da separação dos poderes, que na minha opinião é um dos grandes enganos sustentados desde o século XVIII, cuja origem devemos aos iluministas e que, como um fardo terrível, parece que somos incapazes de abandonar e como um aguilhão permanece em qualquer discussão que gira em torno da lei.

[9] Ibidem. P. 483.

> [...] César de Beccaria vai dizer:" não há nada tão perigoso como o axioma comum, que propõe como necessário consultar o espírito da lei ", a interpretação judicial, para ele, é um ataque contra a certeza que o direito deve oferecer e, em outro sentido, é um dique ou comporta aberta às opiniões, interesses e preferências dos juízes. Montesquieu afirmou: "é da natureza da Constituição, que os juízes sigam a letra da lei." E, de um modo mais radical, Max Wold dirá: "prefiro a lei do mais estúpido dos legisladores, do que a do mais sábio dos juízes, é preferível a uma lei ruim da mão do legislador do que uma boa da mão do juiz", com o acima exposto, observa-se a exigência do positivismo jurídico extremo ou formalismo radical, no sentido de que a lei obriga o juiz a sua aplicabilidade, fazendo exigência no sentido de seu estrito cumprimento, enquanto não é permitido ao juiz fazer considerações de índole axiológica ou de juízos éticos, filosóficos ou sociológicos, etc. [10]

d) A lei é anterior (*lex previa*), este pressuposto ou categoria de exigir a existência prévia da lei, é talvez um dos melhores conceitos desenvolvidos por César de Beccaria, que tinha como finalidade o garantir um dos pontos cruciais do positivismo jurídico, para a construção do princípio da segurança jurídica, entendido este, na pré-existência da lei, para assegurar a previsibilidade do comportamento social contido no sistema legal; e, finalmente, f) A lei é perpétua (*lex perpétua*), com esta categoria de perpetuidade da lei, em um mundo que se transforma vertiginosamente, estando em mudança perpétua, não é possível, seriamente, fundamentar a imobilidade da lei, como base intrínseca para assegurar a suposta segurança jurídica, pela qual o professor Perez Luño anseia nostalgicamente, ao defender que somente um sistema legal e positivo é garantia de segurança jurídica.

O Professor Pérez Luño, no entanto, nega qualquer tentativa de entroduzir, no corpus jurídico positivo, teorias como as que foram produzidas nas últimas três décadas do século passado, provenientes da corrente hermenêutica, mais conhecidas como *uso alternativo do direito* que, por exemplo, Luigi Ferrajoli aplica ao direito penal, tornando-se um dos defensores mais significativas com a sua teoria de garantismo jurídico e judicial, tendo agora se esxtendido a uma teoria dos direitos fundamentais e para um Constitucionalismo de princípios. Esta concepção se estendeu para uma interpretação e aplicação alternativa do direito, ao privilegiar os interesses dos mais desfavorecidos na sociedade. Em seguida, vejamos uma consideração que faz do movimento *Critical Legal Studies* e da tradição de matiz anglo-americano:

> O que foi base para a doutrina europeia continental do uso alternativo na década de setenta, prestou-se também para a anglosaxônica,

[10] DUARTE CUADROS, Rubén Alberto. La Discricionalidade em Sede Judicial. Revista de Derecho Nueva Época. Bogotá, D. C.: Universidad Libre. Nùmero 24. Año XI, Junio 2005. PP. 113-128.

> principalmente a norte americana, o chamado movimento *Critical Legal Studies*. Trata-se de um conjunto de teorias *indefinidas* em sua *identidade*, de acordo com uma observação irônica, seus acólitos se reúnem em Conferências cujo propósito inclui decidir o que é o próprio movimento, *heterogêneas* em seus *pressupostos*, entre os quais inclui o realismo jurídico norte americano, o marxismo jurídico, a teoria crítica da sociedade da escola de Frankfurt, o posmodernismo cultural...; e *contraditórias* em seus objetivos. Assim, enquanto os mais inclinados à teoria crítica pretendem oferecer uma visão global "*desmistificadora*" das funções do direito na sociedade, o mais influenciados pela mentalidade pós-moderna optam por análises locais dirigidas à "*desconstrução*" de determinados discursos e categorias jurídicas. Apesar dessa disparidade teórica, no campo que nos interessa aqui, cabe apontar como traço comum a estas doutrinas seu prolongamento, animada por uma teoria progressista análoga ao uso alternativo do Direito da tese do realismo jurídico norte americano em ordem a: a indeterminação linguística do Direito, o consequente e inevitável protagonismo da função judicial na p rodução normativa, e a também inevitável politização dos argumentos normativos que, longe de obedecer a premissa lógico-formais, respondem a opções ideológicas com sua carga de contingência e irracionalidade.[11]

Nesse nível de discussão, estamos diante do dilema de apresentar dois argumentos opostos: o primeiro enfatiza que apenas um sistema baseado na lei, é uma fonte privilegiada para a compreensão do direito e garantia suprema da ordem institucional do Estado moderno e da sociedade; os benefícios que derivam desta postura se traduzem em uma repartição do poder e das garantias dos direitos. O segundo argumento enfatiza que esta tendência positivista se constituiu, precisamente, na fonte da mais prolongada injustiça verificada na sociedade, na medida em que se conhece e, inclusive, a partir do senso comum dos cidadãos, que a lei foi causa de não poucas violações ao sistema de direitos, conquistados em processo históricos, sociais e políticos; e que esta mesma lei esconde, sob sua abstração, a neutralidade legal e legislativa das estruturas de poder, que mascaram os processos de reivindicação e afirmação dos direitos fundamentais.

Diante desses argumentos delineados pelo professor Pérez Luño, que geralmente está localizado dentro de uma tradição positivista radical, corre-se o risco de concluir que, de fato, o formalismo legal é a única opção possível para o direito; por outro lado, chegássemos a concluir que qualquer tentativa de repensar o direito e desconstruí-lo é tarefa de um contingente pensadores irracionais, que produzem teorias díspares e contraditórios, é ignorar as novas preocupações giram em torno de questões como a

[11] PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. La Seguridad Jurídica. *"El Derecho e la Justicia" en* Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Edición de Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta. Madrid: editorial Trotta. S. A. 2000. P. 488.

"justiça", "igualdade", o "pluralismo", o "defesas raciais"," culturais" e de "gênero", como os verdadeiros valores e princípios que superam qualquer inclinação aos cultos da lei e do clássico Estado liberal de direito, fundado em torno da legalidade como a única medida possível de organização social. O problema atingiu tal grau de complexidade que nos divide e nos separa em nossas próprias opções de passar de problemas teóricos a problemas de caráter vital, nos quais se comprometem vidas inteiras de entusiastas transformadores da visão do que seja, hoje, o direito.

Partindo do pressuposto dos argumentos acima, a hipótese de trabalho é explicar as mudanças que ocorreram no interior da teoria jurídica contemporânea, já que parece que, hoje, é insustentável uma teoria formal de direito, se esta não for capaz de dar conta dos elementos empíricos ou factuais próprios de uma concepção realista do direito e, ainda, vincular a estas duas teorias elementos que têm origem em uma tradição mais antiga, como é o caso do jusnaturalismo; que se obriga, para satisfazer a hipótese, a assumir; ao menos o ponto de vista do jusnaturalismo de matiz antropológico racional, tal como foi exposto pela teoria do direito de Kant, na *Metafísica dos Costumes.* A este respeito, duas posições são observadas entre os teóricos do direito: os que apelam para tradição do positivismo, da dogmática jurídica e tradições a ela ligadas e, por outro lado, aqueles que partem de outras vertentes, como os teóricos críticos do direito, que reivindicam origens e tradições diversas de tipo continental e anglo americano e, de preferência, os pertencentes ao *Critical Legal Studies*. Professor Pérez Lledó, define estes últimos, nos seguintes termos:

> CLS é um movimento formado por um conjunto incrivelmente diversificado de autores, que utilizam suportes teóricos e metodologias muito diversas, que se ocupam de uma série variadíssima de problemas pertencentes a múltiplos campos de estudo, e que oferecem soluções e sustentam posturas freqüentemente díspares e, inclusive, contraditórias entres si. A palavra "*popourri*" tem sido utilizada por mais de um autor para caracterizar, pejorativamente, o movimento. Um *popourri* em que a crítica "de esquerda" à doutrina jurídica liberal dominante se efetiva incorporando, continuamente, disciplinas consideradas distintas do Direito (como a ciência política, a filosofia, a ética, a psicologia, a teoria social, a antropologia , a historiografia ou a crítica literária) e recorrendo a tradições do pensamento jurídico, social, político e filosófico tão diversas como o realismo jurídico americano, o neo-marxismo (especialmente na versão da escola de Frankfurt), o pós-estruturalismo, a teoria feminista, a psicanálise, ou o existencialismo. Esta diversidade, atacada por seus críticos é, no entanto, celebrada pelos próprios integrantes do movimento como uma conquista positiva, que deve ser protegida e, até mesmo, incentivada. "Critical Estudos Jurídicos - assinala Fitzpatrick e Hunt (eds., 1987, p 1.) - visa proporcionar um ambiente no qual um tipo de estudo radical e comprometido possa se

> desenvolver, na diversidade, sem procurar impor uma teoria ou um método (*correto*)". A diversidade é tal que se chegou a dizer que tem pouco sentido falar da posição de CLS sobre qualquer assunto: "o movimento, como tal, não tem posição alguma; apenas a possuem determinados indivíduos concretos, que se identificam com o movimento" (Beck, 1988 , p. 433). [12]

Neste nível de apresentação do problema, é importante esclarecer por rigor metodológico e também assumir hipoteticamente, que há apenas dois caminhos possíveis para estabelecer uma teoria jurídica: o primeiro, que leva a nos estabelecermos na tradição do positivismo, formalismo e/ou dogmática jurídica, cuja contribuição mais plausível é reflete no fato de que o direito é produto do Estado, e no fato de que é nele que a interpretação do sistema é definida de modo imanente, isto é, a partir da existência de um corpus positivo legislado, como expressão da manifestação da vontade do poder legislativo; um segundo caminho nos conduz a um projeto de "*desconstrução reconstrutiva*" do direito, que se baseia em análises externas e prévias de configuração do direito, ou seja, é uma analítica que mostra que este não é exclusivamente o corpus legislado, mas que é a expressão de categorias de índole diversa, que passam por aspectos básicos de compreensão epistemológica, sustentados por juízos e "*conceitos fundamentais da verdade e da objetividade, realidade e referência, validade e racionalidade.*"[13] Habermas fez previsão desta preocupação, ao assinalar que o direito incorpora elementos sociais, políticos, históricos, culturais e éticos, o que produz um plus que excede o sistema positivo de conteúdo legal.

O assumir, hipoteticamente, esta apresentação do problema, não deve ser considerado como um projeto de reducionismo epistemológico; ao contrário, pretende-se com isto definir as instâncias de reflexão sobre o que seja o direito, isto é, pensar que no primeiro caminho a seguir se encontrariam os teóricos que elaboram uma teoria homogênea ou *standart* do direito, de matiz positivista. No segundo caminho, estariam localizados os teóricos do direito que adotam uma visão crítica ou heterodoxa, moldada por diferentes posições intelectuais, preocupados em refletir sobre problemas, como a realidade em que se encontram as proposições jurídicas, a relevância da realidade sócio-cultural e os fundamentos éticos e morais nos quais se deve inserir o sistema de normas.

Alguém poderia pensar que a adoção dessas duas vias é simplista, mas, pelo contrário, apontam-se as permanentes interrelações e conflitos "*ortodoxos e*

---

[12] PÉREZ LLEDÓ, Juan A. El Movimiento Critical Legal Studies. Madrid: Tecnos. 1996. P 34.
[13] HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002. P. 9.

heterodoxos" do direito, provenientes de diferentes vertentes como o resalismo jurídico americano, o neomarxismo de vertente Frankfurtiana, o pós-estruturalismo, o pluralismo jurídico, o multiculturalismo, as teorias de gênero e as raciais, a psicanálise, o pragmatismo e o existencialismo. Pressupõe-se a adoção de um modelo epistemológico abrangente, que permita apontar as diferenças sobre a realidade do direito, com a adoção do modelo habermasiano, que através do "*uso pragmático universal da linguagem*", avance para a construção da realidade na qual habitariam as proposições jurídicas. A este respeito, podemos assinalar:

> A realidade com a qual confrontamos nossas orações não é uma realidade "*nua*", mas ela mesma é sempre já impregnada linguisticamente. A experiência com a qual controlamos nossas premissas está estruturada de forma linguística e incrustada em contextos de ação. Tão logo refletimos sobre a perda de alguma certeza ingenuamente assumida já não podemos encontrar qualquer tipo de enunciados básicos que se legitimem "*por si mesmos"*, ou seja, nenhum "*princípio*", indubitável para além da linguagem, nenhuma experiência evidente para aquém das razões. O conceito semântico-dedutivo de fundamentação se nos apresenta curto, as cadeias da fundamentação retornam aos contextos dos quais havia partido. A verdade de um enunciado parece que somente pode ser garantido por sua coerência com outros enunciados já aceitos. [14]

Os processos de transformação na compreensão do direito chegaram a tal ponto que não se pode reduzir a uma única visão possível, mas, ao contrário, exigem de nós um processo de fundamentação no qual se buscaria "refundir e refundar" múltiplas visões nos quais habitariam os enunciados jurídicos[15] e nos quais sua verdade ou correção validada, parece que só pode ser garantida por sua coerência com outro enunciados aceites, seja aderindo às tradições jurídicas da Europa continental ou à tradição anglo-americana que hoje, de modo inconscientemente ainda para muitos, se encontra *refundida* e merece ser *refundada*, isto é, circunscrita a novos modos de esclarecimento da compreensão jurídica.

Para o desenvolvimento desta iniciativa de esclarecimento e compreensão jurídica, se privilegiou o modelo epistêmico da "*pragmática formal ou universal de*

[14] HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002. P. 47

[15] Sobre as diferentes visões nas quais habitariam os enunciados jurídicos que, presumivelmente, pretendem ser aceitos como verdadeiros e/ou válidos, apresento o seguinte argumento que amplia nosso horizonte compreensivo sobre o que pode ser o direito, a partir da mediação lingüística de suas proposições "os pragmáticos tinham razão em sustentar que não existe uma relação única entre todas as proposições verdadeiras e a realidade, *e que as proposições verdadeiras estão conectadas à realidade em uma incrível multiplicidade de formas diferentes, já que continuamente estamos criando novos tipos de linguagem.* Este era o ponto de vista de Wittgenstein, e constitui a expressão de um pragmático genuíno" Ver. PUTNAM. Hilary. El Pragmatismo – Um debate Abierto. Barcelona: Gedisa, S.A. 1999. P. 42. Nota Del Texto No. 26.

Habermas"[16], na medida em que permite assinalar rupturas paradigmáticas dos enunciados jurídicos, que não se esgotam na lei, mas que ampliam seu espectro de configuração compreensiva nas criações culturais e contextuais, aquelas que se dão no mundo da vida. Esta posição, assumida há algum tempo pelo *pragmatismo*, Habermas a amplia de maneira epistêmica, através da incorporação de recursos lingüísticos, no sentido de que: "*nenhum princípio indubitável para além da linguagem, nenhuma experiência evidente para aquém das razões*".[17] Neste ponto, se pode notar um encontro de Habermas com a tese do pragmatismo, conforme assinalada por Hilary Putnam:

> Os pragmáticos estavam certos ao dizer que não existe uma relação única entre todas as proposições verdadeiras e realidade, e que as proposições verdadeiras estão conectadas à realidade em uma incrível multiplicidade de forma diferentes, já que continuamente estamos cirando novos tipos de linguagem. Este era o ponto de vista de Wittgenstein, e constitui a expressão de um pragmático genuíno. [18]

Aqui, nos encontramos já na possibilidade de oferecer, a partir de Habermas e Putnam, uma saída na qual possamos resolver os dilemas suscitados entre o que definimos como concepções *ortodoxas e heterodoxas* do direito, que podem resolver as contradições produzidas entre o positivismo, o realismo e o jusnaturalismo; no sentido de ir perfilando uma compreensão "*pragmática do direito*", definida em termos lingüísticos, que suponha uma realidade fundada nas práticas dos sujeitos possuidores de linguagem e ação que, no mundo e nos processos intersubjetivos, fazem valer suas concepções de vida, com pressupostos racionais.

2. HABERMAS E O PROBLEMA DO REALISMO DEPOIS DO GIRO LINGUÍSTICO-PRAGMÁTICO [19].

[16] "A *pragmática formal* toma em Habermas o nome de pragmática universal, e na filosofia de Apel o de pragmática transcendental, não sem razão. Habermas recusa utilizar, neste tema, o adjetivo "transcendental" por temer que os resultados das ciências sejam até tal ponto formalmente diversos daqueles da filosofia que resulte impossível uma colaboração entre ambos os saberes, de sorte que chega a afirmar, em certas ocasiões, o caráter falível dos enunciados de sua pragmática, no sentido de que são hipóteses comprováveis, ao que parece, empiricamente. Apel, por sua vez, assinala com sua pragmática transcendental a diferença de *método, do tipo de enunciados* e de modo de c*omprovação* entre a filosofia e as ciências que, precisamente por serem diferentes, podem colaborar, coisa que não ocorreria se fossem idênticas" Ver. APEL. Karl-Otto. Teoría de Verdad y Ética del Discurso. Introducción de Adela Cortina. Barcelona: Paidós Ibérica, S.A. 1998. PP. 11-12.

[17] HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002. P. 47

[18] PUTNAM. Hilary. El Pragmatismo – Um debate Abierto. Barcelona: Gedisa, S.A. 1999. P. 42. Nota Del Texto No. 26.

[19] HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002. Pp. 9-62.

O modelo de exposição privilegiado para apoiar a hipótese sugerida, está indicado no que podemos entender como os elementos epistemológicos, baseado na peça "*Verdade e Justificação*" de Habermas, texto que ele definiu como um apanhado sobre quetões de filosofia teórica, que havia abandonado desde "*Conhecimento e Interesse*". Manifesta, ainda, que seu trabalho da pragmática da linguagem, realizado desde a década de 70, "*não se sustentava sem os conceitos fundamentais de verdade e objetividade, realidade e referência, validade e racionalidade."*[20] Com isto quer garantir uma hermenêutica interpretativa do desenvolvimento de sua atividade filosófica da pragmática formal ou universal da linguagem, na qual se fundamenta sua teoria da ação comunicativa. Vejamos como o expõe Habermas:

> Esta teoria se apóia sobre um conceito de entendimento (Verständigung), com um alto conteúdo normativo, opera com pretensões de validade resolúvel discursivamente e com pressuposições pragmático-formais de "mundo" e remete a compreensão dos atos da fala às condições de sua aceitação racional. [21]

Com isto, queremos apontar um valor singular para a interpretação do direito contemporâneo, na medida em que ela remete, em particular, à hermenêutica de qualquer teoria jurídica com pretensões de validade resolúveis de modo discursivo e racional. Estes pressupostos pragmáticos da linguagem somente são possíveis de serem encontrados no mundo da vida em contextos e ação racionalmente normativos. Segundo Habermas, a pragmática formal contribuía inicialmente para a formação de uma teoria da ação comunicativa e, aliás, para uma teoria da racionalidade. Destes aspectos não se ocupava desde os anos 70, pretende agora fazer uma formulação de filosofia teórica, mas nos recorda que nos conteúdos e sua teoria da ação comunicativa.

> Não foi não guiado nem pelo interesse da metafísica de ser do ente, nem pelo interesse da epistemologia pelo conhecimento de fatos e objetos, nem tão somente pelo interesse da semântica pela forma das asserções". Afirma ainda que "a importância que adquiriu a virada lingüística não tem, para ele, qualquer relação com essas questões tradicionais da filosofia. [22]

Em resposta a isso, Habermas, para especificar o conteúdo de seu trabalho filosófico, assinala que a pragmática formal era o fundamento da construção de uma teoria social crítica, capaz de abrir o caminho para uma concepção de caráter moral, jurídico e político, concebida como uma teoria do discurso. A partir desta compreensão, se pode dizer que este trabalho girou em torno do desenvolvimento da razão prática, tal

[20] Ibidem. P. 9.
[21] Ibidem. P. 9.
[22] Ibidem. P. 9.

como a compreendia Kant.[23] A estratégia adotada por Habermas sofreu algum preconceito no seu desenvolvimento até agora, o que ele pretende corrigir, por meio dos artigos recolhidos no texto "*Verdade e Justificação*". Note-se que este texto é o produto de trabalhos recolhidos dos anos de 1996-1998, o que lhe permitiu tomar em consideração pontos de vista do pragmatismo, tal como expostos por Hilary Putnam.[24] Nesse sentido, o ponto de apoio se dá a partir de Habermas, que tem a pretensão de responder, a partir de um postura filosófico-teórica, a duas questões fundamentais, identificadas da seguinte forma:

> Por um lado, trata-se da questão ontológica do naturalismo: como poderia compatibilizar-se a normatividade, - inevitável do ponto de vista do participante – de um mundo de vida lingüisticamente estruturado e no qual nós, enquanto sujeitos capazes de fala e ação, nos encontramos "já sempre" com a contingência de desenvolvimento natural e histórico das formas sócio-culturais de vida. *De outro lado trata-se da questão epistemológica do realismo: como é possível conciliar o curso de um mundo independente de nossas descrições e idêntico para todos os observadores com a ideia - que aprendemos da filosofia da linguagem – de que nos é vedado um acesso direto e mediado linguisticamente – à realidade "nua"*. [25]

Quanto à questão ontológica do naturalismo e o epistemológico do realismo, que aqui nos interessa apreender para a teoria do direito contemporâneo, Habermas observa que se ocupará de resolvê-las a partir da pragmática formal da linguagem que ele desenvolveu até o presente, enquanto procura dar conta do fundo existente do giro pragmatista na teoria do conhecimento. Em princípio, Habermas quer mostrar como a virada pragmática transformou a problemática transcendental de Kant; em seguida tenta mostrar como esta transformação afeta as condições ideais do conhecimento possível,

---

[23] ".... Há, apesar de tudo, outra faceta do pensamento de Kant, um aspecto que se conecta imediatamente com o pragmatismo, e que poderíamos chamar *a primazia da razão prática*. Dos estudos de Kant surge, de maneira notória, que grande parte de seu trabalho tem uma direta inspiração política e, inclusive, uma aplicação política. Até a noção central da "autolegislação", descrita por Kant em sua *Crítica* e na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* estava, afinal, diretamente inspirada em Rousseau; e, na época de Kant, a idéia de que uma sociedade se regeria por uma união livre de cidadãos "autolegislantes" era verdadeiramente revolucionária" ... "Para Kant, a idéia de primazia da razão prática se estende, inclusive, até a filosofia mesma. Sustenta que não se pode construir uma imagem moral buscando provar, a priori, que existem juízos de valor verdadeiros. A célebre estratégia kantiana consiste, precisamente, em fazer o contrário (embora alguns filósofos atuais, como Bernard Williams, costumem se esquecer disto quando criticam Kant)". PUTNAM. Hilary. El Pragmatismo – Um debate Abierto. Barcelona: Gedisa, S.A. 1999. PP. 64-65.

[24] PUTNAM, Hilary. Nasceu em chicago no ano de 1927. Lecionou lógica matemática na Faculdade de Filosofia de Havard (Massachussetts), e contribuiu com numerosas obras para os debates em torno da filosofia da mente. Foi ainda um permanente entusiasta do pragmatismo e estudioso agudo de Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey.

[25] HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002. P. 10. Os destaques em itálico são meus, me interessa perceber o mundo possível da realidade como construção teórica, mediada lingüisticamente de modo pragmático e apresentar para a compreensão da realidade jurídica os contextos de ação espácio-temporais de caráter sócio-cultural e históricos.

em referência à arquitetônica da teoria entre o mundo e o intramundano. Ao chegarmos a este problema, é preciso esclarecê-lo, uma vez que disto dependerá o assegura um conhecimento que possa predicar à margem do tempo e, no nosso caso, para a teoria do direito.

3. A Problemátia Transcendental Após O Pragmatismo.

É um fato comum considerar que a problemática transcendental "*não tem a ver tanto com objetos, mas com o nosso modo de conhecimento de objetos, na medida em que este deve ser possível a priori*".[26] Ou seja, devemos entender isso, como a possibilidade de reconstrução das condições universais e necessárias sob as quais um objeto – no nosso caso, o direito – pode ser constituído como experiência e conhecimento de um sujeito.[27] Porém, após a descoberta do pragmatismo e das críticas por ele feitas às categorias kantianas, não se trataria, agora, de alcançar as condições de possibilidade do conhecimento e da experiência possíveis, fundadas na auto-reflexão de uma subjetividade situada para além do tempo e no espaço, mas de compreender como as práticas encarnadas no mundo linguisticamente mediado são orientadoras das práticas e resultados racionalmente esperados.

O mundo do direito estaria constituído assim, em nossas práticas jurídicas e judiciais, mediadas de modo linguístico. Com isto, se quer ressaltar que o objeto do conhecimento não são as experiências possíveis de um sujeito que produz juízos através de uma análise transcendental além do tempo. Esta análise transcendental pretende marcar as características mais profundas ou invariantes que se repetem na multiplicidade histórica das formas de vida, que se formaram social e culturalmente. Isto permite manter as aproximações transcendentais produzindo a possibilidade de uma investigação que, sem deixar de lado esta compreensão, amplie horizonte cognitivo, porém incorporando uma compreensão pragmática da realidade, guiada por contextos normativos intersubjetivamente construídos.

Sob a perspectiva do pragmatismo, a experiência e o conhecimento devem ser entendidos como um produto das práticas e dos processos de aprendizagem que ocorrem, ou têm lugar, no mundo da vida em dois níveis, que metodologicamente se correspondem e se distinguem no que diz respeito às posturas de compreensão e de

[26] Ibidem. P. 20.
[27] KANT, Inmanuel. Crítica de la Razón Pura. México: Porruá. S.A. 1987. Analítica Trascendental. PP. 64-104.

observação. Assim, a experiência é analisada a partir da perspectiva de um ator envolvido no mundo da vida, em plexos de ação ou contextos intramundanos,[28] que permitem a verificação que representam as ações orientadas pela experiência. Não se trata, então, de uma experiência obtida por um processo subjetivo do sujeito cognoscente, com base na faculdade da sensibilidade, que pretendia ter um acesso direto e imediato ao mundo que lhe seria dado.[29] Assim, se pode dizer que, a partir da virada linguística, um acesso à realidade nos é vedado, assim como nos é impossível alcançar uma realidade que já não esteja linguisticamente mediada e, portanto, é interpretação ou hermenêutica de sentido.

Porém, essa impossibilidade de ter um acesso direto, por meio da sensibilidade do sujeito congnoscente, que se dirigiria a um mundo que lhe seria dado, nos remete, então, a pensar que a sensibilidade de acesso ao mundo há de ser diferente, como consequência da mediação lingüística, que há de modificar as bases de toda experiência possível, como consequência do conhecimento que há de ser adquirido. A partir da concepção pragmática, o conhecimento se produz "*a partir do processamento inteligente dos desenganos e fracassos experimentados realizativamente*."[30] Assim, uma teoria do conhecimento, portanto, explicar o processo de aprendizagem que se mostra problemática, com base nas expectativas, que arrastam cada ação em termos realizáveis. Neste ponto, as práticas que se produzem no mundo já mediado lingüisticamente, o que tenham tecido uma forma de vidas, adquirem um estatuto epistêmico de riqueza incomparável, assim como todo aspecto do mundo da vida esta exposto à problematização e às práticas distintas, que contribuem para a solução de problemas. A propósito, Habermas precisa o seguinte: A dimensão epistêmica permeia todos os âmbitos não epistêmicos da ação, de tal maneira que a problemática transcendental deve estender-se e abarcar as estruturas que sustentam o mundo da vida. [31]

O mundo da vida, segundo a concepção pragmática de Habermas, é concebido e mediado lingüisticamente; este mundo encarna distintos tipos de ação que são guiados por regras sociais e não sociais. Estas regras, constitutivas de práticas comuns, regulam as relações entre os atores ou sujeitos de linguagem e ação. Esta relação ôntica das

[28] Entenda-se por "contextos intramundanos" contextos intersubjetivos mediados linguisticamente no mundo da vida, realizados por práticas e por experiências em plexos de ação social, cultural, política, jurídica, ética e moral, etc., nas quais os sujeitos capazes de linguagem atuam no mundo, mediando-o linguística e intersubjetivamente como atores e não como meros observadores.
[29] KANT, Inmanuel. Crítica de la Razón Pura. México: Porruá. S.A. 1987. Analítica Trascendental. PP. 64-104.
[30] HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002. P. 22.
[31] Ibidem. P. 23.

práticas cotidianas, com este substrato material que as sustenta é, sem dúvida, distinta da relação semântica que o falante estabelece, por meio de um enunciado, com algo no mundo objetivo. [32]

Os atos praticados no mundo da vida são orientados por regras; assim, nossas intervenções mesmo que sejam instrumentais, ou tenham a pretensão de influenciar estrategicamente, podem falhar, assim como pode ocorrer que não dominemos corretamente a regra, ou a usemos de forma incorreta. O fracasso se constitui no aspecto mais significativo, assim como todo erro construtivo denota, significativamente, a falta de um conhecimento empírico confiável. "*e isto é assim porque na normatividade das regras que orientam a ação instrumental - controlada pelo êxito se reflete a validade do nosso saber a respeito de algo no mundo objetivo*".[33] Podemos aprender do mundo da vida, na proporção da resistência que experimentamos de modo realizativo. É preciso pensar que a realidade nos opõe resistências e, na medida em que expomos discursivamente essas oposições, aprendemos. Pode-se dizer, então, que aprendemos com as pretensões de validade de outros participantes no discurso.

> O "salto" da ação para o discurso significa que os recursos oferecidos pelo mundo da vida podem ser mobilizados, em toda a sua amplitude, para o processamento cognitivo dos problemas que se colocam no trato prático com o mundo.[34]

Na avaliação epistemológica a partir de Habermas, se pode precisar como os sujeitos implicados em suas práticas hão de se referir, a partir de seus contextos ou horizontes de vida, a algo no mundo objetivo. No mundo do direito, por exemplo, isto se nos apresenta como algo mediado, de um lado, linguisticamente e, de outro, como existência normativa mediante regras que orientam nossas ações e têm a pretensão de validade em nosso saber, como algo existente no mundo da vida de modo objetivo, ou seja:

> Qualquer um, seja em um contexto de comunicação ou de intervenção, pressupõe um mundo existente de modo independente e idêntico para todos. Esta pressuposição põe de manifesto a faticidade dos desafios e as contingências que provocam e, ao mesmo tempo, limitam as rotinas do pensamento e da ação.[35]

---

[32] Ibidem. P. 24.
[33] Ibidem. P. 25.
[34] Ibidem. P. 25.
[35] Ibidem. P. 26.

Pode-se deduzir que esta arquitetura do *mundo da vida e do mundo objetivo* está mediada por um dualismo metódico como foi observado, entre a compreensão do mundo (o compreender) e observável do mundo (o observar). Este ponto específico Kant o esclareceu teoricamente, estabelecendo a distinção para tanto a distinção clássica entre o conhecimento transcendental e conhecimento empírico.

> Embora, como observadores, queremos nos referir "de fora" - por assim dizer - a um objeto no mundo, as práticas orientadas por regras próprias do mundo da vida somente se abrem para a compreensão hermenêutica de um participante que tenha adotado uma atitude realizativa. O saber intuitivo de como se segue uma regra e do que significa violar uma regra possui um caráter normativo; um caráter normativo do qual não pode dar conta uma observação limitada a regularidades empíricas. [36]

Assim, se apresenta um duplo problema, bem como se coloca um possível perigo na objetividade do conhecimento e na confusão entre o mundo e o intramundano (intersubjetividade). Aqui, temos de levar em conta os argumentos de Putnam, no sentido de que a busca de objetividade no conhecimento exige revisar nossos pressupostos cognitivos, como forma de aceder ao conhecimento. Esta ideia se constrói mediante a aposta em destrascendentalizar o pensamento de Kant e pragmatizá-lo, sem perder dualidade epistêmica prevista por ele, e agora em Habermas, vista como o compreender e o observar:

> [...] Em Razão, Verdade e História, utilizei o termo "argumento transcendental" exatamente nesse sentido, um sentido que não está, como se poderia pensar, em contraste com a minha posição falibilista e antifundacionalista. Neste livro, me servi de um argumento deste tipo para afirmar a existência de uma noção não-relativista da verdade, porém, com isto, não pretendo desenvolver outra coisa senão uma investigação sobre nossas pressuposições. Certamente, Kant considerava tais investigações como uma fonte de conhecimento a priori; um tipo de conhecimento segundo o qual certas coisas (verdade sintética a priori, na primeira *Crítica*; verdade a priori da razão prática, na segunda; até ideais a priori relativos ao sentido, na terceira) são necessariamente verídicas. No entanto, creio que Kant estava desorientado, embora de maneira incompreensível, ao sustentar que a filosofia pode chegar a conclusões a priori, a conclusões imutáveis e infalíveis. Mas jogaríamos fora o que é certo em Kant juntamente com o que é errado se descartássemos a ideia segundo a qual, em filosofia, se fazem necessárias indagações sobre nossas pressuposições. Minha crítica acerca do relativismo se baseia no fato de que um atento exame indica que uma posição deste tipo não existe na realidade. [37]

A partir de Kant e para o caso, passando por Putnam e Habermas, se pode notar a necessidade de manter um conceito de transcendental, mas entendido em termos pragmáticos, isto é, de um lado, que se ultrapasse todo o tipo de relativismo sobre a

[36] Ibidem. P. 26.
[37] PUTNAM. Hilary. El Pragmatismo – Um debate Abierto. Barcelona: Gedisa, S.A. 1999. PP. 112-113.

veracidade das proposições que versam sobre a realidade, e por outro lado, entender que toda proposição sobre a realidade é fundada a partir doa linguístico, como o acesso mediado e interpretação do mundo da vida no qual os participantes atuam intersubjetivamente. Deste modo se faz necessário ganhar em objetividade para o conhecimento.

4. Realismo Sem Representacionismo.

Após nos aproximarmos dos passos precedentes, alcançados por uma série de explicações em termos de filosofia transcendental, podemos dizer que o pragmatismo, de matiz kantiano, se constitui como a resposta mais convincente, assim como podemos dar conta da passagem da filosofia da consciência à filosofia da linguagem. A propósito dirá Habermas:

> Mas, quando o pragmatismo transcendental se une a um naturalismo fraco – com isto indicando a primazia genética da natureza em face da cultura – se faz necessária uma concepção epistemológica realista. Somente a hipótese realista de um mundo objetivo acessível intersubjetivamente pode conciliar a prioridade epistêmica do horizonte do mundo da vida - articulado linguisticamente e o qual não podemos passar - com a prioridade ontológica de uma realidade independente da linguagem, que impõe limitações a nossas práticas. [38]

Neste nível de argumentação, Habermas nos lembra que, se se chegasse a tomar a decisão de pensar o mundo como algo constituído por objetos ou proposições, teríamos graves consequências para a ontologia, a teoria do conhecimento e para os correspondentes conceitos da verdade. Aqui é necessário fazer algumas considerações acerca das práticas das condutas guiadas por regras, sobre as quais nos é possível compreender, que arrastam uma confiada familiaridade com generalidades existentes no mundo da vida, estruturado normativamente mediante regras.

Por isto, a participação em tais práticas dá lugar a uma consideração de realismo conceitual, do qual se deve precaver em acreditar que o mundo se encontra articulado proposicionalmente, porque se cairia na suspeita da crítica metafísica de estar ultrapassando as fronteiras daquilo que está já mediado e somente é apreendido mediante análise linguística de acesso ao mundo, é por si mesmo interpretação ou hermenêutica, fundada no trato mesmo e de modo pragmático do mundo visto intersubjetivamente.

---

[38] Ibidem. P. 40-41.

Entre uma suposição realista de um mundo proposicionalmente estruturado, e um nominalismo que concebe o mundo como a totalidade de objetos individualizados no espaço e no tempo, acerca dos quais podemos afirmar fatos, se reflete a distinção metódica entre acesso hermenêutico do participante a um mundo da vida intersubjetivamente compartilhado, em primeira instância e, por outro lado, a atitude objetivante que adota o observador quando interage com o que lhe vem ao encontro no mundo e o submete a hipótese de prova. Com isto queremos dizer que o realismo gramatical e o realismo conceitual estão constituídos à medida de um mundo da vida, de cujas práticas participamos e de um horizonte do qual não podemos sair. A respeito Habermas precisará:

> O conceito de "referência" deve explicar a maneira pela qual há de ser harmonizada a prioridade ontológica de um mundo objetivo, concebido nominalisticamente, *com prioridade epistêmica do mundo da vida linguisticamente articulado*. Para poder compreender este factum transcendental da aprendizagem em um sentido realista, a prioridade epistêmica não deve absorver a prioridade ontológica. [39]

Aparece aqui uma nova abordagem que nos permite aproximar a compreensão do sentido e da importância do realismo ontológico e realismo epistêmico, concebido em termos de pragmática linguística, ou seja;

> A prática linguística deve possibilitar, de um lado, a referência a aqueles objetos independentes da linguagem sobre os quais enunciamos algo. Por outro lado, a suposição pragmática de um mundo objetivo somente pode ser uma antecipação conceitual de caráter formal, a fim de poder assegurar a diferentes sujeitos – e não somente a um círculo determinado de falantes pertencentes à mesma comunidade espácio-temporal – um sistema comum de referência possível a certos objetos, que existem independentemente de nós e que são identificáveis em termos de espaço e tempo. [40]

Como exposto, a comunicação linguística e qualquer atividade de caráter finalista (teleológico), estão interligados na hipótese de um mesmo conceito formal de mundo, o mundo objetivo sobre o qual os falantes se entendem em horizontes de compreensão do mundo da vida, no qual os atores estão envolvidos, é o mesmo mundo para todos. Assim, nesta busca pela objetividade e realidade do mundo, que é o mesmo para todos, pelo que Habermas tem sido criticado, considero faltar a objetividade, recuperada ao pragmatizar o mundo da experiência dos atores e observadores, em

[39] Ibidem. P. 43. Destaques em itálico são meus. (Nota do Autor).
[40] Ibidem. P. 44.

processos práticos e em horizontes de compreensão do mundo da vida, podendo ser compreendidos de modo racional e, como adverte Putnam, se esclarecem os pontos de referência que devem ser os mesmos no tempo e no espaço, para todos. A este respeito apresento um argumento contrário à visão de Habermas e Putnam que, em princípio, colocaria em risco a construção de uma *teoria pragmática do direito.*

> Muito embora Habermas pode indicar que as pretensões de verdade, vistas de um modo pragmático, sempre são tratadas dialogalmente e, *como tal*, não abandonam o campo da linguagem. Mas dialogar, ao mesmo tempo, é falar *sobre algo* e nesta medida existe uma referência prévia à linguagem, à qual devemos recorrer para formar a definição do conceito de verdade. HABERMAS, entretanto, mudou sua posição e, em novos trabalhos, reconheceu expressamente a referência factual, o "aguilhão realista", no conceito de verdade. Segundo ele, o conceito discursivo de verdade deveria ser modificado para fazer justiça às conotações ontológicas que atribuímos à "percepção dos fatos." É um fato que asserções com capacidade de certeza podem fracassar frente à resistência do mundo objetivo, e é tão somente uma concessão verbal de HABERMAS a sua concepção anterior, quando não menciona o mundo objetivo, mas fala do *"mundo objetivo reconhecido como idêntico por todos os participantes.*" Se, durante uma tentativa de estacionamento, vamos temos que entrar em um espaço muito estreito, o fazemos entre os carros ali dispostos, não entre aqueles comunitariamente reconhecidos como outros veículos. [41]

Este contra-argumento de Neumann Ulfried contra Habermas, para a abordagem desta pesquisa é lamentável, porque se desconhece que a realidade não é possível de ser pensada, como se expôs, em sua nudez, mas que a realidade mesma somente é possível, em sua mediação linguística, fundada em regras que são as mesmas para todos, em processos de intersubjetividade, que exigirá sempre que o estacionamento de um automóvel, que se realize em qualquer tempo e espaço e em um mundo possível, se dará com o uso das mesmas regras, de modo pragmático. Ou seja, não é possível, aparentemente, a existência de objetos que não comportem um sistema comum de referências possíveis, embora existam independentemente de nós, devem ser identificados em termos de espaço e tempo, de modo linguístico pragmático.

Assim, os atores e observadores, estão em constante contato com os objetos na prática cotidiana, mediada por regras. Por isto, pode-se dizer que as referências semânticas que os participantes estabelecem na comunicação por meio dos enunciados, estão já enraizadas nas práticas e estão, certamente, garantidas em termos realizativos e, inclusive, ainda que as proposições semânticas de tornem problemáticas. Em suma, fica superada, através do realismo, toda pressuposição de uma filosofia da consciência e se

[41] NEUMAN, ULFRIED. La Pretensión de Verdad em el Derecho. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia. 2006. PP 23-24.

garante, em nível ontológico, uma realidade que se apresenta já mediada linguisticamente, e na qual se assegura o dualismo metodológico do compreender, por parte dos participantes na comunicação, e do observar por parte do observador. Nesta medida, se dá reposta à problemática apresentada pelo realismo depois da virada linguístico-pragmática e se responde à objeção de Neumann, no sentido de que o recurso que ele exige, de ir aos objetos mesmo da realidade, é puro representacionismo e desconhece, assim, a virada linguístico-pragmática já conquistada.

Entretanto, ao assegurar, por um lado, um mundo realista ontológico, com prioridade epistêmica, com isto asseguramos uma atitude interna pragmática intersubjetiva, sobre a qual se conquistou, com a mediação linguística, a acessibilidade ao mundo, em contexto de abertura significativa, como participantes ou atores de um mundo já mediado por regras, das quais podemos dar conta compreensivamente, de modo realizativo, nos contextos cotidianos compartilhados por meio da práxis sociocultural, histórica, jurídica, ética e política; e, por outro lado, o mundo é abertura a partir de uma perspectiva externa, como observadores, e do que podemos entender proposicionalmente sobre o mundo dos objetos, que são independentes da linguagem, porém podemos enunciá-los de modo pragmático ou intersubjetivo, e como tal, permanecemos em contato com este mundo, em nossas práticas cotidianas, em um sistema comum de referências possíveis a certos objetos, que existem independentemente de nós e que são identificáveis em termos de espaço e tempo.

Ao chegar a este ponto, de pensar em um realismo sem representação e mediado linguisticamente, podemos acessar uma linha de interpretação que, a partir de Hilary Putnam, pode ser revista a partir de seu "*realismo pragmático*", com vinculação à pragmática de Habermas, nos seguintes termos:

> [...] Putnam também parte da ideia de que as distâncias entre os diferentes paradigmas ou marcos teóricos podem ser salvos através de uma suposição pragmática comum. A suposição de um mundo de objetos, que existem independentemente de suas descrições e que se encontram relacionados de acordo com certas leis, desempenha o papel de um a priori sintético para a prática indutiva da investigação científica e para toda elaboração de uma teoria que proceda em termos experimentais. Sob este pressuposto se pode colocar em marcha uma interação circular, mas, por sua vez, ampliadora do saber; uma interação entre, por um lado, conceitos teóricos fundamentais *abridores* de mundo e, por outro, processos de aprendizagem dentro de um mundo já pré-interpretado. [42]

[42] HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002. P. 45.

Neste contexto, também é necessário esclarecer que, a partir de uma concepção de matriz kantiana e como já analisamos a partir de Putnam e Habermas, é claro que a nossa capacidade de acesso ao conhecimento não pode ser realizada com independência de nossa capacidade linguística e, simultaneamente, com independência de nossa capacidade de ação. Neste sentido, podemos constatar que,

> [...] Como sujeitos cognoscentes nos encontramos sempre já no horizonte de nossas práticas cotidianas no mundo da vida. Linguagem e realidade estão mutuamente interligadas de uma maneira insolúvel para nós. Toda experiência está impregnada de linguagem, de modo que se torna impossível um acesso à realidade que não esteja filtrada linguisticamente. A compreensão deste fato constitui um motivo muito forte para atribuir às condições intersubjetivas de interpretação e ao entendimento linguístico o papel transcendental que Kant havia reservado para as condições subjetivas necessárias da experiência objetiva. Em lugar da subjetividade transcendental da consciência aparece a intersubjetividade destranscendentalizada do mundo da vida. [43]

Com a incorporação destas precisões na presente investigação, foi proposta como linha de argumentação sustentar que o pragmatismo se constitui como uma via de exploração, para a construção de uma interpretação jurídica que possa resolver os dilemas suscitados desde finais do século XX e a resposta a uma teoria do direito que se transformou e na qual o positivismo jurídico, o realismo clássico e o jusnaturalismo podem ser considerados, em si mesmos, como teorias insuficientes para resolver, de modo satisfatório, a complexidade de um mundo da vida mediado linguisticamente, e na qual os sujeitos de ação e linguagem não vêm satisfeitas suas expectativas de justiça e adjudicabilidade do direito. A sociedade atual reclama a satisfação de conteúdos ontológicos, vistos a partir da maximização da visão antropológica da dignidade humana, como princípio básico de sustentabilidade dos regimes jurídicos e políticos das democracias participativas, nas quais os sujeitos reclamam espaços de ação e participação política, que configurem condições de vida digna.

Desta forma, o pragmatismo se constitui como uma via que pode resolver, de modo teórico e prático, os dilemas suscitados entre o formalismo jurídico, o realismo e o jusnaturalismo, e assim podemos resolver, de modo pragmático, as diferenças teóricas suscitadas entre tais concepções do direito moderno. Entretanto, se pressupomos que o direito, como objeto de investigação, existe com independência das descrições que já se fizeram dele, e tomarmos isto como referência, tal como faz Putnam, e como sendo o

[43] Ibidem. P. 40.

mesmo objeto, deve estar ordenado segundo leis, que hão de desempenhar o papel de um a priori sintético.

Isto leva a pensar que, em toda prática de investigação que realizemos do direito, no tempo e no espaço, e do que dele possamos compreender, apesar das diferenças teóricas, comporta como consequência, enfatizar que, a partir do pragmatismo, é possível construir uma interpretação jurídica, se assumirmos, de modo resolutivo, as diferenças de método em sua análise, como já foi indicado.

Bibliografia.

APEL, Kart-Otto. Estudios Éticos. Buenos Aires: Distribuciones Fontamara, S.A. 2004.

APEL, Kart-Otto. Teoría de la Verdad y Ética del Discurso. Barcelona: Ediciones Paidós / I.C.E.-U.A.B. 1998.

BERGER, Peter. L. y LUCKMANN, Thomas. La Construcción Social de la Realidad. Buenos Aires-Madrid: Amorrortu Editores. 2006.

DWORKIN, Ronald. M. El Imperio de la Justicia. Barcelona: Editorial Gedisa, S.A. 1988.

DWORKIN, Ronald. M. HART, Herbert. La Decisión Judicial. Bogotá, D.C.: Siglo del Hombre Editores. 2005.

DWORKIN, Ronald. M. La Filosofía del Derecho. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica. 1980.

DWORKIN, Ronald. M. Los Derechos en Serio. Barcelona: Editorial Ariel, S.A. 1989. Traducción de Marta Guastavino.

DWORKIN, Ronald. M. La Justicia con Toga. Madrid: Marcial Pons-. 2007. Traducción de Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno.

GARZÓN, Ernesto. y LAPORTA, Francisco. Editores. El Derecho y la Justicia. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2000.

HABERMAS, Jürgen. Aclaración a la Ética del Discurso. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2000.

HABERMAS, Jürgen. El Occidente Escindido. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2006.

HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2001.

HABERMAS, Jürgen. Fragmentos Filosófico-Teológicos. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 1999.

HABERMAS, Jürgen. Más Allá del Estado Naciona. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 1998.

HABERMAS, Jürgen. Tiempo de Transiciones. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2004.

HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002.

HART, H. L. A. El Concepto de Derecho. Buenos Aires: Abeledo – Perrot. 1998.

KANT, Immanuel. Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres. Barcelona: Editorial Ariel, S.A. 1999.

KANT, Immanuel. La Metafísica de las Costumbres. Barcelona: Ediciones Altaya, S.A. 1993.

KANT, Manuel. Critica de la Razón Pura. México: Editorial Porrúa, S.A. 1987.

KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Buenos Aires: Editorial Universitaria Eudeba. 2008.

KELSEN, Hans. ¿Qué es la Justicia? México, D.F.: Distribuciones Fontamara, S.A. 2001.

KELSEN, Hans. Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho. México, D.F.: Distribuciones Fontamara, S.A. 1999.

KENNEDY, Duncan. Libertad y Restricción en la Decisión Judicial. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores. 1999.

NEUMANN, Ulfried. La Pretensión de Verdad en el Derecho. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. 2006.

PERÉZ LLEDO, Juan A. El Movimiento Critical Legal Studies. Madrid: Editorial Tecnos, S.A. 1996.

PUTNAM, Hilary y HABERMAS, Jürgen. Normas y Valores. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2008.

PUTNAM, Hilary. El Desplome de la Dicotomía Hecho–Valor y otros ensayos. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S.A. 2004.

PUTNAM, Hilary. Representación y Realidad. Barcelona: Editorial Gedisa, S.A. 2000.

PUTNAM, Hilary. El Pragmatismo – Un Debate Abierto. Barcelona: Editorial Gedisa, S.A. 1999.

PUTNAM, Hilary. La Herencia del Pragmatismo. Buenos Aires: Editorial Paidós Ibérica, S.A. 1997.

PUTNAM, Hilary. Razón, Verdad e Historia. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.). 2006.

PUTNAM, Hilary. Las Mil Caras del Realismo. Buenos Aires: Editorial Paidós Ibérica, S.A. 1994.

RAWLS, John. La Justicia como Equidad. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S.A. 2002.

RAWLS, John. Teoría de la Justicia. México: Fondo de Cultura Económica. 1997.

ROSS, Alf. Sobre el Derecho y la Justicia. Buenos Aires: Editorial Universitaria Eudeba. Traducción de Genaro R. Carrió. 2006.

ROSS, Alf. El Concepto de Validez y Otros Ensayos. Buenos Aires: Distribuciones Fontamara, S.A. 2001.

TWINING, William. Derecho y Globalización. Bogotá, D.C.: Siglo del Hombre Editores. 2003.

EL PROBLEMA ÉTICO DEL PODER

Jaime Alberto Ángel Álvarez*

Gracias al legado de la sociología política, la antropología política y la filosofía política, hoy sabemos que desde los albores de los estudios políticos, la ética y la política surgieron íntimamente asociados, a tal punto que escindirlos teóricamente resulta, cuanto menos, extraño. Sin embargo, desde un punto de vista práctico, visualizar la política desde la ética, nos adentra en un entramado de redes de relación que dificulta las cosas, fundamentalmente porque en el mundo de las decisiones que se toman en el Estado las múltiples consideraciones éticas que se tienen que tener en cuenta, resultan muchas veces inoperantes. Como asegura el profesor de Ética y Filosofía Política de la Universidad de Salamanca, Enrique Bonete:

> Plantearse hoy el problema de las intrincadas relaciones de la política con la ética nos sumerge en uno de los laberintos más complejos de la filosofía práctica; no sólo por constituir una constante de su historia –y por ello mismo problema irresuelto–, sino también por las implicaciones políticas que su discusión conlleva.[1]

Infortunadamente en la actualidad un importante número de investigadores de los estudios políticos no aceptan de buena manera la existencia de presupuestos deontológicos para explicar los fenómenos políticos. Los más escépticos frente a esta manera de explicar la cosa política han sido los positivistas lógicos, los relativistas morales y los deterministas. Estos críticos niegan el hecho de que los actores políticos o los tomadores de decisiones públicas realicen elecciones morales coherentes, niegan sentido a los presupuestos éticos, niegan que los principios y valores se deriven lógicamente de los acontecimientos que se suceden en el mundo de la política y hasta llegan al extremo de descalificar a raja tabla el pensamiento moral en sí mismo. Para nosotros, en cambio, no tomarse en serio esta relación, no afirmar la abierta entrada e

* Filósofo de la Universidad de la Salle, Especialista en Docencia Universitaria de la Universidad del Rosario, Magíster en Estudios Políticos de la Pontificia Universidad Javeriana y candidato a doctor en Estudios Políticos de la Universidad Externado de Colombia. Se desempeña como profesor investigador de la Facultad de Derecho y de la Facultad de Filosofía de la Universidad Libre en la Línea de investigación en Filosofía y Teoría Política. Es profesor de Ética en los posgrados de la Facultad de Administración de Empresas de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Colombia. Esta reflexión forma parte de sus estudios doctorales en Estudios Políticos de la Universidad Externado de Colombia.
(correo: jaimeinv@yahoo.es)

[1] BONETE PERALES, Enrique (Coord.). La política desde la ética. Historia de un dilema. Barcelona: Proyecto A ediciones, 1998, p. 7.

influencia de la ética en la vida de los asuntos públicos, podría estar comprometiendo el futuro de la democracia en los Estados actuales y particularmente en el Estado colombiano, escenario donde la corrupción campea en todos las instituciones y en el que la democracia ha sido puesta incontables veces en duda. Es por ello que este estudio quiere volver a relacionar estos dos elementos, que se podría expresar a través de la siguiente ecuación:

Política = f (ética)

Esta relación surgió en las primeras sociedades civilizadas atadas a redes de parentesco que, a la postre, fueron determinantes para la consolidación de las primeras formas o antecedentes de los Estados, en los que los individuos se relacionan en forma dinámica, con el propósito de ser sujetos de las diferentes formas de organización social e instituciones públicas nacientes que se van consolidando, como la familia, el clan, la gens, la tribu, la fratría, la confederación de tribus, hasta las ciudades-estado. Esta condición de sujeto público, no les impide a los individuos conservar su propia personalidad e individualidad. El crecimiento de la producción y de la productividad de bienes materiales, en estas primeras formas de organización social, generaron el escenario propicio para la formación de nuevos grupos sociales. La relación de la persona con el Estado moderno deviene en momentos claramente diferenciados históricamente; pero en un momento originario, en el que se establecen particulares relaciones de poder dentro de las ciudades-estado, la ética aparecerá como una variable dependiente de las relaciones políticas, sociales y religiosas:

Ética (VD) = f (política/social/religiosa) (VI)

Durante la Edad Media, el concepto de ética estuvo indisolublemente ligado al concepto de moral cristiana, que condicionó el problema de la responsabilidad ética del poder político a la existencia de un tribunal ubicado por sobre los poderes seculares en disputa, un Dios, un tribunal de procedencia divina ante el cual los poseedores del poder tienen que responder[2]. Esto en sí mismo, desde nuestra perspectiva, resulta bastante problemático, toda vez que redujo el espectro de la ética a los principios dictados por la tradición judeo-cristiana encarnada en la Iglesia Católica, que presentó un modelo de

[2] RITTER. Gerhard. El problema ético del poder. Madrid: Revista de Occidente, 1972, p. 15.

sociedad y de ser humano, de acuerdo con el orden divino prestablecido e impuesto, fundamentado en los escritos sagrados. ¿En qué estriba el problema?, en que la materialización de tal modelo de sociedad, producto de una equivocada hermenéutica de la ética judeo-cristiana, por parte de la institución que la encarnaba, abocó a la humanidad a grandes desastres históricos, tales como el atraso científico, la persecución indiscriminada de inocentes y, en general, la represión de cualquier tipo de diferencia, situación, que al volverse intolerable, condujo al intento de separar el poder divino (Iglesia) del poder humano (Estado), a través de las revoluciones liberales que, al establecer límites al ejercicio del poder de los gobernantes, dieron un vuelco total a la historia y separaron de tal forma la moral religiosa de la razón de Estado, que dicha separación llevó consigo la fractura de cualquier tipo de ética al ejercicio de las actividades públicas.

Antes, en el mundo precristiano, podemos encontrar en Antígona de Sófocles (496a.C.-406a.C.), el enfrentamiento entre la ética de origen divino presentadas por Antígona y la ética presente en la decisiones políticas presentadas por Creonte. De hecho, Antígona exige que las decisiones políticas sean sometidas a las leyes sagradas, por suponerlas leyes universales, absolutas y superiores a las leyes de origen humano[3].

Con el tiempo, a lo largo del devenir histórico que llegará hasta los tiempos de la globalización, esta relación entre ética y política será cada vez más compleja, tendremos que considerar un mayor número de variables independientes, lo que complejiza la ecuación:

Ética (VD) = f
(política/social/religiosa/geografía/cultura/violencia/ideologías/Medios de comunicación, economía) (VI)

Volvamos a decirlo, el dinamismo y el desarrollo histórico de las sociedades comenzó a marcar la diferencia y la autonomía entre ética y política, pero desde nuestra perspectiva, los intentos por hacer perder su conexidad, que se encuentran presentes en las teorías políticas posteriores a los tiempos clásicos, fueron en vano. Aristóteles, en la "Ética a Nicómaco" y en "Política", logra conceptualmente diferenciarlas e implicarlas, al mismo tiempo; son dos componentes de un mismo programa de investigación sobre

[3] SÓFOCLES. Antígona. Madrid: Editora Nacional, 1977.

la virtud y la justicia[4], en los que Aristóteles conduce estos elementos de la ética al universo de las instituciones políticas y las leyes de la ciudad-estado. La radical diferenciación es posterior. En una poderosa defensa de los ideales éticos del Estado y siguiendo a su maestro Platón, asegura Aristóteles:

> la ciudad no es la comunicación del lugar, ni el no inferirse agravios unos a otros, ni tampoco por causa del dar y recibir. Bien que de necesidad han de atravesarse estas cosas entre los ciudadanos; pero no porque se hallen estas cosas es por eso ciudad, sino que aquélla es comunidad bien vivir, hecha de casas y familias por causa de la vida perfecta y bastante para sí misma; lo cual no puede realizarse no morando todos en un mismo lugar y entre sí juntando matrimonios…[5]

Aristóteles no aceptará dos dimensiones en la vida del hombre que operen en forma independiente, por ello la identificación completa entre ética y política, pues no conviene ni en la teoría ni en la práctica tal separación. Precisamente, el sujeto en la acción práctica que ofrece la participación de los asuntos de la ciudad-estado y en la contribución al ordenamiento social, desarrolla sus cualidades morales y sus virtudes, esto es, la ética política es la ética personal, el bien de la ciudad es el mismo bien del sujeto y los dos bienes se regulan a partir de la razón. [6]

Ya Platón había vivido en una experiencia propia y dramática la tensión sobre la que trabajamos aquí, entre política real y ética. En su juventud tuvo que presenciar la muerte trágica de su maestro Sócrates. Antes de beber el mortal veneno, argumentó que era preferible padecer de injusticia por parte de los políticos y de la sociedad que cometer un acto de injusticia y, evocando la virtud y la justicia, Sócrates defiende tal padecimiento, pues eso lo hace un hombre virtuoso, al obedecer la ley de su ciudad, mientras que obrar injustamente lo hace injusto. El intento teórico de Platón no es otro que reconciliar y armonizar la felicidad con la justicia y, en términos prácticos, crear un precedente que evite que casos de injusticia evidente, como el que realizó Atenas con su gran maestro, se repitan. Es precisamente en este momento donde advertimos que se hace necesaria la conciliación entre ética y política, en la utopía socrática y platónica del Estado justo, en el que una Constitución, que ha sido creada por hombres ilustrados y justos, también encargados de su cuidado y de su hermenéutica, redactada bajo el

[4] En Aristóteles se identifican la virtud y la justicia con la vida buena. La ética aristotélica es preferiblemente una ética fundamentada en la virtud, por lo que en nuestro estudio se entenderá, a diferencia de otros enfoques, como ética de las virtudes.

[5] ARISTÓTELES. Política. Barcelona, ediciones Orbis, S.A., 1985. Libro Tercero, 1280b-1281ª, p. 140. (Traducción de Pedro Simón Abril de 1584). Importante aclarar que para Aristóteles, en sus últimos estudios, los ideales éticos del Estado son las estabilidad y la seguridad, ya no la vida perfecta y suficiente, producto de sus investigaciones comparativas de las constituciones antiguas y vigente en su momento histórico.

[6] ARISTÓTELES. Ética a Nicómaco. Madrid: Alianza editorial, 2001, Libro primero.

modelo ontológico de las ideas, al crear normas perfectas y teniendo fundamento en lo filosófico y en los filósofos, actúan, ellos y la Constitución como garantes de una norma que es vinculante y segura para todos los ciudadanos.

Pero ¿por qué la figura de Sócrates resulta tan importante en este problema? Digámoslo claramente, para los atenienses la figura de Sócrates siempre resultó extraña, probablemente por ser el líder de una verdadera revolución en la historia del pensamiento, que no se centraba precisamente en los problemas del mundo físico, como venía siendo la costumbre en ese primer momento de nacimiento de la filosofía, de superación del mito por la razón. Sócrates focalizó sus reflexiones en el problema del hombre, esto es muy importante, pues lo que le interesa no es la naturaleza, sino la condición humana con ayuda de la razón y de la lógica y con ello los problemas de la ciudad-estado y los problemas morales implicados en sus relaciones:

> Sócrates se pasaba los días conversando, caminando por las calles de Atenas y debatiendo con cualquiera que se encontraba. Con más de cincuenta mil personas que se hallaban atrapadas en las murallas de Atenas, se sentía como pez en el agua. Una de las cosas asombrosas de Sócrates es que lo podemos considerar como el primer fanático de lo urbano; amante de la ciudad, hace de la vida en ella una de sus principales preocupaciones. Sócrates se pasaba la vida cuestionando los principios que los atenienses tenían acerca de sus vidas, de lo que pensaban que era correcto, lo que era bueno o malo y se sentía a gusto cuestionando los convencionalismos de la época. Esto es típico de Sócrates, utilizar la razón y la lógica para analizar el mundo de una manera inédita. Por la obra de Platón, sabemos que Sócrates insistía en que uno debe tomar todas sus decisiones basándose en su propia noción de lo que es bueno y malo, de lo que es correcto y lo que es incorrecto. Para él, esta libertad de pensamiento era primordial.
> El principio de Sócrates, acerca de cuestionar la sociedad en que vivía, tenía un propósito práctico y real. Se rehusó a ceder ante cualquier presión y luchó por su cuenta. Así planteó lo que su conciencia y su razón le decía que era lo correcto.[7]

Platón ve que los filósofos, por ser los hombres más virtuosos y más proclives a tomar decisiones justas, son los que, mediante el ejercicio de un gobierno meritocrático, pueden hacer del Estado el escenario en el que se encuentran en armonía la política y la ética:

> Terminé por adquirir el convencimiento con respecto a todos los Estados actuales, de que están, sin excepción, mal gobernados; en efecto, lo referente a su legislación no tiene remedio sin una extraordinaria reforma, acompañada además de suerte para implantarla. Y me vi obligado a reconocer, en alabanza de la verdadera filosofía, que de ella depende el obtener una visión perfecta y total de lo que es justo, tanto en el terreno político como en el privado, y que no cesará en sus males el género humano hasta que los que son recta y verdaderamente filósofos ocupen los cargos públicos, o bien los que ejercen

[7] ÁNGEL ÁLVAREZ, Jaime Alberto y otros. Problemas de la filosofía del Derecho, la política y la argumentación jurídica. Bogotá: ediciones Universidad Libre, Facultad de Filosofía, 2010, p. 117.

> el poder en los Estados lleguen, por especial favor divino, a ser filósofos en el auténtico sentido de la palabra.[8]

Es aquí donde comienza a problematizarse nuevamente este asunto, ya desde la Antigüedad y con repercusiones ineludibles mucho tiempo después en la modernidad. Mientras que Platón propone subordinar la política a la ética, la fórmula de los sofistas había sido subordinar la ética a la política. Esta disyuntiva entre ética y política no cabe en el mundo helénico, pero en la madurez de la obra de Aristóteles ya estará tímidamente expresada.

Ahora bien, el problema ético del poder surge con las transformaciones espirituales y sociales que se generaron en el Renacimiento concretadas en las revoluciones a diferentes niveles: político, económico, religioso y científico. En el primer caso, con las monarquías expansivas; en el segundo, con la revolución comercial; en el tercero, con la reforma protestante; y en el cuarto caso, con la aparición de una época de grandes descubrimientos sobre las leyes presentes en el mundo físico. El paradigma de una visión de mundo centrada en Dios (teocentrismo) es paulatinamente superado. Ahora es el momento de la razón, que en principio descubre la individualidad, que le va a permitir al hombre del Renacimiento reinventar el orden social sobre la base de los postulados de la ciencia.

El Renacimiento es la época en que se descubre con vigor la polémica presente en la filosofía moral que acompaña el tema del poder político. El asunto se resuelve en dos direcciones, por un lado Nicolás Maquiavelo (1469-1527) en El príncipe[9] y posteriormente durante la modernidad, Thomas Hobbes (1588-1679) en el Leviatán[10], defienden la idea de separación entre la razón de Estado y los juicios morales y, por otro lado Erasmo de Rotterdam (1467-1536) en su obra La educación del príncipe cristiano[11] y Thomas Moro (1478-1535) en Utopía[12] concilian esta relación. Los primeros racionalizan en forma unilateral la realidad propia del Estado, bajo el argumento muy defendido desde entonces de razón de Estado escindido de la racionalidad moral; los humanistas Erasmo y Moro consideran absurda esta separación, bajo la tesis de que el Estado moderno se ha cimentado sobre la base de la injusticia social, para lo cual proponen nuevos modelos de organización racional de la sociedad, fundamentados en

[8] PLATÓN. Cartas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1970. Carta VII, 326 a/b.
[9] MAQUIAVELO, Nicolás. El príncipe. Barcelona: ediciones Orbis, 1985.
[10] HOBBES, Thomas. Leviatán. México: Fondo de cultura económica, 1982.
[11] DE ROTTERDAM, Erasmo. Educación del príncipe cristiano. Madrid: Editorial Tecnos, 2007. (Esta obra fue publicada originalmente en 1516)
[12] MORO, Thomas. Utopía. Madrid: editorial Planeta, 2003. (Esta obra fue publicada originalmente en 1516)

una postura normativa de la razón que involucre al mismo tiempo los intereses privados con los intereses públicos, resolviendo esta dicotomía y tensión tradicional. Lo interesante de la postura de Erasmo y Moro, en la forma como pensamos defender este problema, son la alerta y la atención que debemos prestar al hecho de que el poder que se ejerce en el Estado no es de ningún modo éticamente neutral y como ellos lo advierten, ese poder político no se auto legitima. Es necesario acabar con la injusticia y la arbitrariedad que procede del ejercicio del poder derivado de los regímenes monárquicos, hay que apelar al ordenamiento normativo de carácter racional para ponerles fin a las arbitrariedades del absolutismo[13]. Estos pensadores reclaman al gobernante las virtudes de la magnanimidad, la templanza, la honestidad, deben evitar la avaricia, la arrogancia o la ira y advierten que la conservación del orden político no debe ser excusa para hacer mal a alguien, según lo concibe la moral cristiana.

En este mismo período encontramos las ideas renovadas de Maquiavelo, que fija nuevos paradigmas fundamentalmente enfocados a superar el paradigma de la ética cristiana que dificultan los objetivos, las estrategias y el mantenimiento del orden y del poder del gobernate. Puede considerarse la postura de Maquiavelo como un verdadero giro en el enfoque de las acciones políticas, por cuanto encuentra una forma de superar la dicotomía moral que se había establecido: la divina (ética cristiana) y la racional (ética platónico-aristotélica), para llegar a una concepción realista y pragmática de las acciones políticas que pone en duda el hecho de que hay que obedecer políticamente a ciertos criterios morales. La ética tiene sentido en el ámbito de lo privado, pero no de lo público, asegurará.

A la postre, los Estados absolutistas se cristalizaron, las ideas de Erasmo, Moro y Bacon se impusieron y fueron defendidas por la clase burguesa en ascenso, tanto en Francia, Inglaterra como en los Estados Unidos, a través de la Revolución Puritana, en un comienzo y posteriormente en la Revolución Francesa y la Revolución de los Estados Unidos, cuando los valores morales de la libertad, la igualdad y la fraternidad (solidaridad), se convirtieron en el estandarte de esas luchas políticas.

Desde nuestra perspectiva, el problema aquí suscitado, que plantea una tensión entre la realidad política y los ideales éticos, tiene un momento importante en la historia

[13] Desde ya suponemos que los críticos de nuestra forma de tratar este problema lo harán bajo el argumento de que estos filósofos de la política se sitúan en una postura utópica. No hay que olvidar y resaltar el hecho de que los trabajos teóricos de Erasmo y Moro podrían considerarse dos de las más grandes obras del Renacimiento.

del pensamiento: la Ilustración[14]. La figura del Parlamento genera las condiciones y el escenario dentro del cual se cristaliza el proyecto republicano de una representación política bajo la modalidad democráticamente restringida. La figura institucional del Parlamento es muy importante, pues de acuerdo con la cultura política anglosajona, allí se reconcilian los intereses colectivos defendidos por el Estado con los intereses de los particulares. Mediante un pacto social los individuos se reconcilian unos con otros, que no es un simple negocio, este contrato trasciende al bien común, subordinando lo privado a lo público. Esta importancia de lo público sobre lo privado será posteriormente definitiva en la propuesta política del socialismo para determinar las relaciones de poder en el Estado.

SÍNTESIS.

Las tensiones entre ética y política están allí, como ha quedado evidenciado. La propuesta nuestra, en todo caso, no ve nefasta esta tensión, al contrario, defendemos la idea de que ésta puede resultar beneficiosa tanto para la política como para la ética. Dejemos planteada la pregunta general de nuestra investigación de otra manera: ¿cuáles son los límites y las posibilidades reales de cuestionar desde la ética las relaciones de poder que se dan en el Estado? En forma más específica esta investigación intenta encontrar respuesta a varias preguntas sobre las que girará la discusión de nuestro programa de investigación: ¿bajo qué principios y valores éticos se sustentan las decisiones políticas?, desde una perspectiva estrictamente normativa desde la que se considera esta reflexión y en torno al problema de la justicia redistributiva y de la libertad, ¿cuál es la importancia ética relativa de la libertad y la igualdad?, ¿cuál es el fundamento moral que justifica la existencia de políticas públicas destinadas a materializar una determinada concepción de la igualdad socialmente sustantiva?, ¿las políticas públicas respetan las libertades y la autonomía de los individuos y son compatibles con el pluralismo?[15]

La tesis sobre la que trabajamos en nuestro programa de investigación es que existe una dicotomía y una tensión entre la libertad de conciencia y la decisión política general, dicotomía que se hace evidente en razón a que en la mayoría de decisiones

[14] Especialmente en la mentalidad de Emmanuel Kant.
[15] GLASER, Daryl. La teoría normativa. En: MARSH, David y STOKER, Gerry (Editores). Teoría y métodos de la ciencia política. Madrid: Alianza editorial, 1997. P. 34.

tomadas desde el sistema político Estado se violentan los intereses de los sujetos en sus decisiones personales, se hace caso omiso de la conciencia individual. Podemos agregar, siguiendo a Weber, que al sistema político no le interesa la ética de las convicciones, sólo le interesa la ética de la responsabilidad.

Hemos tratado en forma resumida el problema ético del poder. Un lector crítico y animado en estos temas podrá reclamar otros matices de este recorrido problemático y esta tensión entre el ser y el deber ser. Le damos la razón. Sin embargo, estos autores fueron escogidos intencionalmente, pues desde ellos podemos encontrar, desde nuestra perspectiva, las más importantes síntesis o paradigmas de la relación que tiene la ética con respecto a la política. Por supuesto el espectro de perspectivas teóricas se nos amplía al momento de ofrecer respuestas a esta cuestión.

El pensamiento de la filosofía política griega considera una ética política racional, racionalidad que orienta su pensamiento y sus experiencias en el universo de la política, produciendo una reducción de la dimensión ética de carácter personal a la vida sociopolítica, la ética personal prácticamente desaparece.

Salvo Maquiavelo, el mundo judeocristiano durante la edad media y el renacimiento considera la ética desde una visión divina y por ello las decisiones políticas se toman a partir de lo que llamaríamos una ética política bíblica, valorando las decisiones desde una perspectiva propia de la ética cristiana. Una construcción teórica de la ética política que nos permita valorar la democracia en Colombia, en Brasil o en cualquier otro escenario, tendrá que considerar esto que no es sino el punto de partida de nuestro programa de investigación.

Bibliografía.

ÁNGEL ÁLVAREZ, Jaime Alberto y otros. Problemas de la filosofía del Derecho, la política y la argumentación jurídica (Coord.). Bogotá: ediciones Universidad Libre, Facultad de Filosofía, 2010.

ARISTÓTELES. Ética a Nicómaco. Madrid: Alianza editorial, 2001.

ARISTÓTELES. Política. Barcelona, ediciones Orbis, S.A., 1985.

BONETE PERALES, Enrique (Coord.). La política desde la ética. Historia de un dilema. Barcelona: Proyecto A ediciones, 1998.

DE ROTTERDAM, Erasmo. Educación del príncipe cristiano. Madrid: Editorial Tecnos, 2007.

GLASER, Daryl. La teoría normativa. En: MARSH, David y STOKER, Gerry (Editores). Teoría y métodos de la ciencia política. Madrid: Alianza editorial, 1997.

HARTO DE VERA, Fernando. Ciencia Política y Teoría Política contemporáneas: una relación problemática. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

HOBBES, Thomas. Leviatán. México: Fondo de cultura económica, 1982.

MAQUIAVELO, Nicolás. El príncipe. Barcelona: ediciones Orbis, 1985.

MARSH, David y STOKER, Gerry (Editores). Teoría y métodos de la ciencia política. Madrid: Alianza editorial, 1997.

MORO, Thomas. Utopía. Madrid: editorial Planeta, 2003.

PLATÓN. Cartas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1970. Carta VII, 326 a/b.

RITTER. Gerhard. El problema ético del poder. Madrid: Revista de Occidente, 1972.

RUBIO CARRACEDO, José. Paradigmas de la política: Del Estado justo al Estado legítimo. Barcelona: Anthropos; Universidad de Málaga, 1990.

SÓFOCLES. Antígona. Madrid: Editora Nacional, 1977.

VARGAS-MACHUCA, Ramón. La filosofía política como teoría política normativa. Madrid: Revista Española de Ciencia Política. Núm. 8, abril de 2003.

O PROBLEMA ÉTICO DO PODER

Jaime Alberto Ángel Álvarez*
Bernardo G.B. Nogueira**
José Carlos Henriques**

Graças ao legado da sociologia política, a antropologia política e a filosofia política, hoje sabemos que desde a aurora dos estudos políticos, a ética e a política surgiram intimamente associadas de tal maneira que separá-las teoricamente, resulta, quando pouco, estranho. No entanto, em um ponto de vista prático, visualizar a política a partir da ética, nos coloca em um emaranhado de relações que dificulta as coisas, fundamentalmente porque no mundo de decisões que se tomam no Estado as múltiplas questões éticas que devem ser levadas em conta, muitas vezes resultam inoperantes. Como assegura o professor de Ética e Filosofia Política da Universidade de Salamanca, Enrique Bonete:

> Plantearse hoy el problema de las intrincadas relaciones de la política con la ética nos sumerge en uno de los laberintos más complejos de la filosofía práctica; no sólo por constituir una constante de su historia –y por ello mismo problema irresuelto–, sino también por las implicaciones políticas que su discusión conlleva.[1]

De maneira infeliz atualmente um importante número de investigadores de estudos políticos não aceitam com bons olhos a existência de pressupostos deontológicos para explicar os fenômenos políticos. Os mais céticos sobre essa maneira de perceber as coisas têm sido os positivistas lógicos, os relativistas morais e os deterministas. Estes críticos negam o fato de que os atores políticos ou os responsáveis pelas decisões públicas realizem eleições morais coerentes, negam sentidos aos pressupostos éticos, negam que os princípios e valores derivem logicamente que acontecem no mundo da política e chegam ao extremo ao qualificarem como tábua rasa

* Filósofo de la Universidad de la Salle, Especialista en Docencia Universitaria de la Universidad del Rosario, Magíster en Estudios Políticos de la Pontificia Universidad Javeriana y candidato a doctor en Estudios Políticos de la Universidad Externado de Colombia. Se desempeña como profesor investigador de la Facultad de Derecho y de la Facultad de Filosofía de la Universidad Libre en la Línea de investigación en Filosofía y Teoría Política. Es profesor de Ética en los posgrados de la Facultad de Administración de Empresas de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Colombia. Esta reflexión forma parte de sus estudios doctorales en Estudios Políticos de la Universidad Externado de Colombia.
(correo: jaimeinv@yahoo.es)
** Tradutores do original em língua espanhola.
[1] BONETE PERALES, Enrique (Coord.). La política desde la ética. Historia de un dilema. Barcelona: Proyecto A ediciones, 1998, p. 7.

o pensamento moral em si mesmo. Para nós, ao contrario, não levar a sério esta relação, não afirmar a entrada aberta e a influencia da ética na vida dos assuntos públicos, poderia comprometer o futuro da democracia nos Estados atuais e particularmente no Estado colombiano, cenário ainda a corrupção está em todas as instituições e no qual a democracia tem sido colocada incontáveis vezes em dúvida. Por isso este estudo quer voltar a relacionar estes dois elementos, que poderia expressar-se através da seguinte equação:

Política = f (ética)

Esta relação surgiu nas primeiras sociedades civilizadas atadas a redes de parentesco que, posteriormente, foram determinantes para a consolidação das primeiras formas ou antecedentes aos Estados, nas quais os indivíduos se relacionam de maneira dinâmica, com o propósito de serem sujeitos das diferentes formas de organização social e instituições públicas nascentes que se vão consolidando, como a família, o clã, as gentes, a tribo, a pátria, a confederação de tribos, até as cidades-estado. Esta condição de sujeito público, não impede os indivíduos de conservarem sua própria personalidade e individualidade. O crescimento da produção e a produtividade de bens materiais nestas primeiras formas de organização social geraram o cenário propício para a formação de novos grupos sociais. A relação da pessoa com o Estado moderno se dá de maneira claramente distinta historicamente; mas em um momento originário, em que se estabelecem relações particulares de poder dentro das cidades-estado, a ética aparecerá como uma variável dependente das relações políticas, sociais e religiosas:

Ética (VD) = f (política/social/religiosa) (VI)

Durante a Idade Média, o conceito de ética esteve indissoluvelmente ligado ao conceito de moral cristã, que condicionou o problema da responsabilidade ética do poder político à existência de um tribunal colocado sobre os poderes seculares em disputa, um Deus, um tribunal de procedência divina ante o qual os detentores do poder têm que responder. Em nossa perspectiva, esta questão, em si mesma, apresenta-se de maneira problemática toda vez que reduzo o reflexo da ética aos princípios ditados pela tradição judaico-cristã encarnada na Igreja Católica, que apresenta um modelo de sociedade e de ser humano, em acordo com um ordenamento divino, preestabelecido e imposto, fundamentado nos escritos sagrados. E em que se funda o problema? , que a

materialização desse modelo de sociedade, produto de uma equivocada hermenêutica da ética judaico-cristã, por parte da instituição que encarnava trouxe à humanidade grandes desastres históricos, tais como o atraso científico, a perseguição indiscriminada de inocentes, e em geral a repreensão de qualquer tipo de diferença, situação que ao ver-se intolerável, conduziu à ideia de separação do poder divino (Igreja) do poder humano (Estado), através das revoluções liberais que, ao estabelecer limites ao exercício do poder dos governantes, deram uma nova face para a história e separaram de tal maneira a moral religiosa da razão de Estado, que esta cisão trouxe consigo a ruptura de qualquer tipo de ética no exercício das atividades públicas.

Antes, no mundo pré-cristão, podemos encontrar na Antígona de Sófocles (496 a.C. – 406 a. C.), o enfrentamento entre a ética de origem divina apresentada por Antígona e a ética presente nas decisões políticas apresentadas por Creonte. De fato, Antígona exige que as decisões políticas sejam submetidas às leis sagradas, por supor que elas sejam leis universais, absolutas e superiores às leis de origem humana[2].

Com o tempo, através do devir histórica que chegará até os tempos da globalização, esta relaçao entre ética e política será cada vez mais complexa, teremos que considerar um maior número de variáveis independentes, o que torna mais complexa a equação:

Ética (VD) = f

(política/social/religiosa/geografía/cultura/violencia/ideologías/Medios de comunicación, economía) (VI)

Voltemos a dizer, o dinamismo e o desenvolvimento histórico das sociedades começou a marcar a diferença e a autonomia entre ética e política, no entanto, em nossa perspectiva, as tentativas por retirar sua conexão, que se encontram presentes nas teorias políticas posteriores aos tempos clássicos, foram em vão. Aristóteles, em sua "Ética a Nicômaco" e na "Política", tenta conceitualmente e ao mesmo tempo, diferenciá-las e implicá-las; sao dois componentes de um mesmo programa de investigação sobre a virtude e a justiça, no qual Aristóteles conduz estes elementos da ética ao universo das instituições políticas e às leis da cidade-estado. A radical diferença é posterior. Em uma poderosa defesa dos ideais éticos do Estado e seguindo seu mestre Platão, assegura Aristóteles:

> la ciudad no es la comunicación del lugar, ni el no inferirse agravios unos a otros, ni tampoco por causa del dar y recibir. Bien que de necesidad han de atravesarse estas cosas entre los ciudadanos; pero no porque se hallen estas

[2] SÓFOCLES. Antígona. Madrid: Editora Nacional, 1977.

> cosas es por eso ciudad, sino que aquélla es comunidad bien vivir, hecha de casas y familias por causa de la vida perfecta y bastante para sí misma; lo cual no puede realizarse no morando todos en un mismo lugar y entre sí juntando matrimonios…[3]

Aristóteles não aceitará duas dimensões na vida do homem que operem de maneira independente, por isto a identificação completa entre ética e política, pois não convém nem à teoria e nem à prática tal separação. Precisamente, o sujeito na ação prática e na participação dos assuntos da cidade-estado e na contribuição da ordem social, desenvolve suas qualidades morais e suas virtudes, isto é, a ética política é a ética pessoal, o bem da cidade é o mesmo bem do sujeito e os dois bens se regulam a partir da razão.[4].

Já Platão viveu em uma experiência própria e dramática a tensão sobre a qual trabalhamos aqui, entre política real e ética. Em sua juventude teve que presenciar a norte trágica de seu mestre Sócrates. Antes de beber o mortal veneno, argumentou que era preferível padecer de injustiça por parte dos políticos e da sociedade a cometer um ato de injustiça e, invocando a virtude a justiça, Sócrates defende tal padecimento, pois isto o torna um homem virtuoso, ao obedecer a lei de sua cidade, ao contrario, se trabalhar injustamente o faria injusto. A intenção teórica de Platão não é outra que reconciliar e harmonizar a felicidade com a justiça e, em termos práticos, criar um precedente que evite que casos de insjutiça evidente, com a que se realizou em Atenas com seu grande mestre sejam repetidas. É precisamente neste momento que advertimos que se faz necessária uma conciliação entre ética e política, na utopia socrática e platónica do Estado justo, no qual uma Constituição, que fora criada por homens ilustrados e justos, também encarregados de cuidá-la e também de sua hermenêutica, redigida sob o modelo ontológico das ideias, assim ao criar normas perfeitas e tendo fundamento filosófico e nos filósofos, atuam, eles e a Constituição como garantes de uma norma que é vinculante e segura para todos os cidadãos.

Mas, porque a figura de Sócrates é tão importante neste problema? Digamos claramente, para os atenienses a figura de Sócrates sempre foi estranha, provavelmente por ser ele líder de uma verdadeira revolução na história do pensamento, que não se centrava precisamente nos problemas do mundo físico, como vinha sendo o costume

---

[3] ARISTÓTELES. Política. Barcelona, ediciones Orbis, S.A., 1985. Libro Tercero, 1280b-1281ª, p. 140. (Traducción de Pedro Simón Abril de 1584). Importante aclarar que para Aristóteles, em seus últimos estudos, os ideiais éticos do Estado são a estabilidade e a segurança, a vida perfeita e virtuosa já não é o suficiente, produto de suas investigações comparativas das constituiçoe antigas e vigentes em seu momento histórico.

[4] ARISTÓTELES. Ética a Nicómaco. Madrid: Alianza editorial, 2001, Libro primero.

nesse primeiro momento do nascimento da filosofia, de superação do mito pela razão. Sócrates focou suas reflexões no problema do homem, isto é muito importante, pois o que lhe interessa não é a natureza, mas sim a condição humana com ajuda da razão e da lógica e com eles os problemas da cidade-estado e os problemas morais implicados em suas relações:

> Sócrates se pasaba los días conversando, caminando por las calles de Atenas y debatiendo con cualquiera que se encontraba. Con más de cincuenta mil personas que se hallaban atrapadas en las murallas de Atenas, se sentía como pez en el agua. Una de las cosas asombrosas de Sócrates es que lo podemos considerar como el primer fanático de lo urbano; amante de la ciudad, hace de la vida en ella una de sus principales preocupaciones. Sócrates se pasaba la vida cuestionando los principios que los atenienses tenían acerca de sus vidas, de lo que pensaban que era correcto, lo que era bueno o malo y se sentía a gusto cuestionando los convencionalismos de la época. Esto es típico de Sócrates, utilizar la razón y la lógica para analizar el mundo de una manera inédita. Por la obra de Platón, sabemos que Sócrates insistía en que uno debe tomar todas sus decisiones basándose en su propia noción de lo que es bueno y malo, de lo que es correcto y lo que es incorrecto. Para él, esta libertad de pensamiento era primordial.
>
> El principio de Sócrates, acerca de cuestionar la sociedad en que vivía, tenía un propósito práctico y real. Se rehusó a ceder ante cualquier presión y luchó por su cuenta. Así planteó lo que su conciencia y su razón le decía que era lo correcto. [5]
>
> Platão vê que os filósofos, por serem homens mais virtuoso e mais inclinados a tomarem decisões justas, são os que, mediante o exercício de um governo meritocrático, podem fazer do Estado o cenário em que se encontrem em harmonia e política e a ética:
>
> Terminé por adquirir el convencimiento con respecto a todos los Estados actuales, de que están, sin excepción, mal gobernados; en efecto, lo referente a su legislación no tiene remedio sin una extraordinaria reforma, acompañada además de suerte para implantarla. Y me vi obligado a reconocer, en alabanza de la verdadera filosofía, que de ella depende el obtener una visión perfecta y total de lo que es justo, tanto en el terreno político como en el privado, y que no cesará en sus males el género humano hasta que los que son recta y verdaderamente filósofos ocupen los cargos públicos, o bien los que ejercen el poder en los Estados lleguen, por especial favor divino, a ser filósofos en el auténtico sentido de la palabra. [6]

É aqui onde começa a se problematizar novamente este assunto, já desde a Antiguidade e com repercussões iniludíveis muito tempo depois na modernidade. Enquanto Platão propõe subordinar a política à ética, a fórmula dos sofistas havia sido subordinar a ética à política. Este separação entre ética e política não cabe no mundo helénico, mas na maturidade da obra de Aristóteles esteve timidamente expressa.

Porém, o problema ético do poder pode surgir com as transformações espirituais e sociais que se geraram no Renascimento e foram concretizadas nas revoluções em diferentes níveis: político, económico, religioso e científico. No primeiro caso, com as

---

[5] ÁNGEL ÁLVAREZ, Jaime Alberto y otros. Problemas de la filosofía del Derecho, la política y la argumentación jurídica. Bogotá: ediciones Universidad Libre, Facultad de Filosofía, 2010, p. 117.
[6] PLATÓN. Cartas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1970. Carta VII, 326 a/b.

monarquias expansivas; em segundo, com a revolução comercial; e em terceiro, com a reforma protestante; e em quarto caso, com a aparição de uma época de grandes descobrimentos sobre as leis presentes no mundo físico. O paradigma de uma visão de mundo centrada em Deus (teocentrismo) é paulatinamente superado. Agora é o momento da razão, que em principio descobre a individualidade, e que permite ao homem do Renascimento reinventar a ordem social fundada em postulados da ciência.

O Renascimento é a época que se descobre com vigor a polémica presente na filosofia moral que acompanha o tema do poder político. O assunto se resolve em duas direções, por um lado Nicolau Maquiavel (1469-1527) em O Príncipe, e posteriormente durante a modernidade, Thomas Hobbes (1588-1679) com o Leviatã, defendem a ideia de separação entre razão de estado e juízos morais e, por outro lado Erasmo de Rotterdam (1467-1536) em sua obra La educación del príncipe cristiano[7] e Thomas Moro (1478-1535) na Utopía[8], conciliam esta relação. Os primeiros racionalizam de forma unilateral a realidade própria do Estado sob o argumento muito defendido desde então, da razão de estado cindida da racionalidade moral; os humanistas Erasmo e Moro consideraram absurda esta separação; com a tese de que o Estado Moderno fora fundado em uma injustiça social, propõem novos modelos de organização racional da sociedade, fundamentados em uma postura normativa da razão que envolva ao mesmo tempo os interesses privados com os interesses públicos, resolvendo esta dicotomia e tensão tradicional. O interessante na postura de Eramos e Moro, na forma como pensamos defender este problema, são o alerta e a atenção que devemos prestar ao fato de que o poder que se exerce no Estado não é de nenhum modo eticamente neutro e como advertem, ese poder político não se autolegitima.

É necessário acabar com a injustiça e a arbitrariedade que procede do exercício do poder derivado dos regimes monárquicos, há que apelar ao ordenamento normativo de caráter racional para por fim às arbitrariedades do absolutismo[9]. Estes pensadores reclamam para o governante as virtudes da magnificência, a temperança, a honestidade, devem evitar a avaria, a arrogancia ou a ira e advertem que a conservação do

[7] DE ROTTERDAM, Erasmo. Educación del príncipe cristiano. Madrid: Editorial Tecnos, 2007. (Esta obra fue publicada originalmente en 1516)

[8] MORO, Thomas. Utopía. Madrid: editorial Planeta, 2003. (Esta obra fue publicada originalmente en 1516)

[9] Desde já supomos que os críticos de nossa forma de tratar este problema o farão sustentando o argumento de que estes filósofos da política se situam em uma postura utópica. Não há que se esquecer e ressaltar que o fato de que os trabalhos teóricos de Erasmo e Moro poderiam ser considerados duas das maiores obras do Renascimento.

ordenamento político não debe ser desculpa para fazer mal a alguém, segundo concebe a moral cristã.

Neste mesmo período encontramos as ideias renovadas de Maquiavel, que fixa novos paradigmas fundamentalmente enfocados na superação do paradigma da ética cristã que dificulta os objetivos, as estratégias e a manutenção da ordem e do poder do governante. A postura de Maquiavel pode ser considerada como uma verdadeira mudança no enfoque das ações políticas, pois encontra uma forma de superar a dicotomia moral que se havia estabelecido: a divina (ética cristã) e a racional (ética platônico-aristotélica), para chegar a uma concepção realista e pragmática das ações políticas que põem em dúvida o fato de que há que obedecer politicamente a certos critérios morais. A ética tem sentido no âmbito do privado, mas no âmbito público não se assegurará.

Posteriormente, os Estados absolutistas se cristalizaram e as ideias de Erasmo, Moro e Bacon se impuseram e foram defendidas pela classe burguesa em ascensão, tanto na França, Inglaterra como nos Estados Unidos, através da Revolução Puritana, em um começo e posteriormente na Revolução Francesa e na Revolução dos Estados Unidos, quando os valores morais da liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), converteram-se em estandartes destas lutas políticas.

Em nossa perspectiva, o problema aqui suscitado, que propõe uma tensão entre a realidade política e os ideais éticos, tem um momento importante na história do pensamento: a Ilustração[10]. A figura do Parlamento cria as condições e o cenário dentro do qual se cristaliza o projeto republicano de uma representação política sob a modalidade democrática restrita. A figura institucional do Parlamento é muito importante, pois de acordo com a cultura política anglo-saxônica, ali reconciliam-se os interesses coletivos defendidos pelo Estado com os interesses dos particulares. Mediante um pacto social os indivíduos se unem uns com os outros, o que não significa um simples negócio, este contrato transcende ao bem comum, subordinando o privado ao público. Esta importância do público sobre o privado será posteriormente definitiva na proposta política do socialismo para determinar as relações de poder no Estado.

Síntese.

As tensões entre ética e política estão postas, como resta evidenciado. Nossa proposta, em todo caso, não entende esta tensão como sendo algo nefasto, ao contrario,

[10] Especialmente no pensamento de Emmanuel Kant.

defendemos a ideia de que esta pode ser benéfica tanto para a política como para a ética. Deixamos colocada a pregunta geral de nossa investigação de outra maneira: Quais são os limites e as possibilidades reais de questionar a partir da ética as relações de poder que se realizam no Estado? De maneira mais específica esta investigação procura encontrar respostas a varias perguntas sobre as quais irá girar a discussão de nosso programa de investigação: Sob quais princípios e valores éticos se sustentam as decisões políticas? A partir de uma perspectiva estritamente normativa desde a qual consideramos esta reflexão, e em torno do problema da justiça distributiva e da liberdade, qual a importância ética relativa à liberdade e à igualdade?, qual o fundamento moral que justifica a existência de políticas públicas destinadas a materializar uma determinada concepção de igualdade socialmente substantiva?, As políticas respeitam as liberdades e a autonomia dos indivíduos e são compatíveis com o pluralismo?[11]

A tese sobre a qual trabalhamos em nosso programa de investigação é que existe uma dicotomia e uma tensão entre a liberdade de consciência e a decisão política geral, dicotomia que fica evidente em razão de que na maioria das decisões tomadas no sistema político do Estado, violentam os interesses dos sujeitos em suas decisões pessoais, não levando em consideração a consciência individual. Podemos agregar, seguindo Weber, que ao sistema político não interessa a ética das convicções, só interessa a ética da responsabilidade.

Tratamos em forma resumida o problema ético do poder. Um leitor crítico e animado nestes temas poderá reclamar outras matrizes deste recorrente problema e esta tensão entre o ser e o dever ser. Reconhecemos e damos a ele razão. No entanto, estes autores foram escolhidos intencionalmente, pois a partir deles podemos encontrar, em nossa perspectiva, as mais importantes sínteses ou paradigmas da relação da ética em face da política. Nesse sentido, o espectro de perspectivas teóricas é ampliado no momento de oferecer respostas a esta questão.

O pensamento da filosofia política grega considera uma ética política regional, racionalidade que orienta seu pensamento e suas experiências no universo da política, produzindo uma redução da dimensão ética de caráter pessoal à vida sócio-política, a ética pessoal praticamente desaparece.

---

[11] GLASER, Daryl. La teoría normativa. En: MARSH, David y STOKER, Gerry (Editores). Teoría y métodos de la ciencia política. Madrid: Alianza editorial, 1997. P. 34.

Salvo Maquiavel, o mundo judeu-cristão durante a idade-média e o renascimento considera a ética a partir de uma visão divina e por isso as decisões políticas são tomadas a partir do que chamaríamos uma ética política bíblica, valorando as decisões um uma perspectiva própria da ética cristã. Uma construção teórica da ética política que nos permita valorar a democracia na Colômbia, no Brasil ou em qualquer outro cenário, terá que considerar este que não é senão o ponto de partida de nosso programa de investigação.

Bibliografía.

ÁNGEL ÁLVAREZ, Jaime Alberto y otros. Problemas de la filosofía del Derecho, la política y la argumentación jurídica (Coord.). Bogotá: ediciones Universidad Libre, Facultad de Filosofía, 2010.

ARISTÓTELES. Ética a Nicómaco. Madrid: Alianza editorial, 2001.

ARISTÓTELES. Política. Barcelona, ediciones Orbis, S.A., 1985.

BONETE PERALES, Enrique (Coord.). La política desde la ética. Historia de un dilema. Barcelona: Proyecto A ediciones, 1998.

DE ROTTERDAM, Erasmo. Educación del príncipe cristiano. Madrid: Editorial Tecnos, 2007.

GLASER, Daryl. La teoría normativa. En: MARSH, David y STOKER, Gerry (Editores). Teoría y métodos de la ciencia política. Madrid: Alianza editorial, 1997.

HARTO DE VERA, Fernando. Ciencia Política y Teoría Política contemporáneas: una relación problemática. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

HOBBES, Thomas. Leviatán. México: Fondo de cultura económica, 1982.

MAQUIAVELO, Nicolás. El príncipe. Barcelona: ediciones Orbis, 1985.

MARSH, David y STOKER, Gerry (Editores). Teoría y métodos de la ciencia política. Madrid: Alianza editorial, 1997.

MORO, Thomas. Utopía. Madrid: editorial Planeta, 2003.
PLATÓN. Cartas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1970. Carta VII, 326 a/b.

RITTER. Gerhard. El problema ético del poder. Madrid: Revista de Occidente, 1972.

RUBIO CARRACEDO, José. Paradigmas de la política: Del Estado justo al Estado legítimo. Barcelona: Anthropos; Universidad de Málaga, 1990.

SÓFOCLES. Antígona. Madrid: Editora Nacional, 1977.

VARGAS-MACHUCA, Ramón. La filosofía política como teoría política normativa. Madrid: Revista Española de Ciencia Política. Núm. 8, abril de 2003

FUNDAMENTOS DO *IUS PUNIENDI* MODERNO

FOUNDATIONS OF MODERN JUS PUNIENDI

Ricardo Augusto de Araújo Teixeira[1]

Resumo: O direito penal pós-iluminismo ainda não encontrou bases adequadas. O presente artigo objetiva demonstrar como todas as tentativas pré-funcionalistas de justitficação do Direito Penal sofrem de vícios que não podem ser superados. Abordaremos as teorias absolutas e relativas, bem como a justificação na tradição anglosaxônica que, partindo de premissas diversas, chega a resultados semelhantes à nossa tradição romano-germânica.

Palavras-chave: Direito Penal. Teorias da Pena. Direito de Punir.

Abstract: The post-iluminism Criminal Law has not yet found its proper foundations. This paper aims to show how every single pre-functionalist attempt to justify contemporary Criminal Law has flaws that can not be overcome. We will deal with both absolute and relative theories, as well as the justifications within the anglo-saxan tradition, that departs from quiet peculiar premisses, but has very similar outcomes with the roman-germanic tradition.

Key-word: Criminal Law. Sanction Theory. Right to Punish.

1.Introdução.

Um dos mais controversos temas na teoria penal contemporânea é a justificação do poder-dever de punir seus próprios cidadãos que é atribuído ao Estado. Os ideais de racionalidade que dominam as ciências desde as revoluções do século XVIII colocam os pensadores do Direito Penal em uma situação desconfortável, pois, não havendo mais fundamentações de cunho religioso, resta um verdadeiro vazio no lugar onde deveria estar a base do Direito Penal moderno.

1 Mestre *Magna cum Laude* e doutorando em Direito Público pela PUC Minas. Professor de Direito Penal na UNIPAC Itabirito.

2. Fundamentos Do Direito De Punir E Suas Finalidades.

Uma vez superadas as doutrinas de justificação que atribuíam à sanção penal funções que hoje recaem na moral e na religião, o Direito Penal, como um todo, torna-se carente de fundamentos. Como não é possível manter um ramo do direito sem que se possa justificar sua existência[2], essa tornou-se, provavelmente, a mais controversa das questões que se apresentam aos teóricos do Direito Penal.

> Legitimar punição é difícil. A punição é, em princípio, ilegítima; ao punir seus membros, o Estado atinge as mesmas pessoas que ele deveria proteger, interferindo nos direitos que ele próprio deveria garantir, em nome de garanti-los. (DUBBER, 2004, p. 1, tradução nossa[3]).

Pode-se afirmar, seguindo a síntese de Fontán Balestra, que "quatro são as ideias fundamentais ao redor das quais giram todas as teorias: retribuição, prevenção, correção e defesa". (BALESTRA, 1998, p. 87, tradução nossa[4]). A análise de cada uma destas vertentes mostra-se essencial ao que aqui se pretende por dois motivos. O primeiro, é mostrar que as críticas feitas ao funcionalismo sistêmico, linha aqui assumida, em geral não se sustentam, pois comuns – porque inevitáveis – a todas as concepções de Direito Penal. O segundo, e mais importante, é que, explicitando cada uma destas vertentes, que surgiram desde a busca pela racionalidade do direito, será possível mostrar que uma teoria penal construída a partir da Teoria dos Sistemas de matriz luhmaniana não compartilha com os mesmos ideais, padecendo, todavia, de uma mesma fragilidade, frequentemente destacada por seus críticos, qual seja, a possibilidade de ser má utilizada por aqueles que têm a autoridade para tanto.

Em resumo, o objetivo neste momento é dar uma visão geral das justificações do Direito Penal moderno, e mostrar em que medida tais construções e suas críticas guardam pontos em comum com o pensamento penal, sistêmico ou não.

Cabe ressaltar, desde já, que questionar a estrutura punitiva e suas justificações não é, em si, nenhuma novidade. Todavia, a continuidade destas mesmas estruturas

---

2. Posicionamento diverso é encontrado na doutrina clássica brasileira: "Para o jurista propriamente dito, o que é a pena e quais as suas características é questão que se resolve precisamente nos termos do Direito positivo. Não pede o jurista justificação para o Direito. Toma o sistema jurídico e as suas implicações como uma realidade que existe e exerce a sua função normativa prescindindo de qualquer indagação de legitimidade. A Filosofia é que opõe a essa posição empírica uma exigência de justificação racional, que acompanha toda construção jurídica, do mesmo modo que outras instituições sociais, e faz transpor as conclusões da sua atividade especulativa ao domínio do Direito." (BRUNO, 2009, p.11).

3**. No original**: *Legitimating punishment is hard. Punishement, after all, is prima facie illegitimate; in punishing its constituents, the state harms the very people it is supposed to protect, by interfering with the very rights of claims to guarantee, in the name of garanteeing them*. (DUBBER, 2004, p.1).

4**. No original**: *Cuatro son las ideas fundamentales alrededor de las cuales giran todas las teorías: retribución, prevención, corrección y defensa.*(BALESTRA, 1998, p.87).

indicam que a crítica precisa continuar, já que, no geral, o *status quo* segue intacto. Um bom exemplo de análise crítica da questão foi a realizada por Otto Kirchheimer, integrante da chamada primeira geração da Escola de Frankfurt. Comentando seu livro *Pena e Estrutura Social*, Maíra Rocha Machado e José Rodrigo Rodriguez (2008) destacam que Kirchheimer partiu da constatação de que é a prisão – ou melhor dizendo, já era naquela época, e continua ainda sendo, o que por si só deveria causar alguma estranheza – a "sanção de referência do sistema[5]", e a ela são atribuídas as funções[6] de retribuição e prevenção, sem contudo considerar de forma séria os impactos que ela tem sobre a vida dos envolvidos, ou sua capacidade de realizar tais funções.

> Nesse registro, podemos dizer que as teorias da pena contribuem para naturalizar a punição no interior do sistema criminal. Desde a formulação teórica de suas funções, em meados do século XVIII, atribuímos à pena a possibilidade de transformar indivíduos e sociedades, sem qualquer esforço para demonstrar o impacto que a pena de prisão tem em pessoas e sociedades concretas e em períodos históricos determinados. É contra essa concepção que *Pena e estrutura social* se volta. (MACHADO; RODRIGUEZ, 2008, p.123).

Feitas tais considerações, parece estar fora de dúvidas que as sanções penais, bem como a relação entre sanção e justificação continuam a demandar reflexão. É o que se propõe neste momento.

Primeiramente serão tratadas as teorias retributivas e as teorias utilitárias, bastante recorrentes no pensamento penal brasileiro, e na tradição romano-germânica. Em seguida o tema será apresentado também a partir da tradição anglosaxônica.

3. TEORIAS RETRIBUTIVAS.

As teorias ditas retributivas ou absolutas são aquelas cujo fundamento é visto "na justa retribuição, na retribuição justa do mal injusto, causado pelo criminoso". (YAROCHEWSKY, 2005, p.173). Há algumas variedades de teorias retributivas, a

5. O que queremos dizer com "sanção referência do sistema"? Em que pese a existência de outras penas, como a pena de multa, a pena de morte e, em alguns sistemas jurídicos, as penas restritivas de direitos, a pena privativa de liberdade é a mais utilizada. Ela permite que se calcule a gravidade do delito em razão de um determinado tempo, durante o qual a pessoa acusada de sua prática deverá permanecer fora do convívio social. (MACHADO; RODRIGUEZ, 2008, p.121).

6. (…) a prisão como sanção de referência do sistema penal cumpre tradicionalmente duas funções principais. Uma é a de punir o culpado pelo seu ato. A ideia é *retribuir*, causar um mal a alguém que, com sua conduta, causou um mal a uma pessoa ou à coletividade abstratamente considerada. A outra é punir para evitar que a mesma pessoa volte a cometer o mesmo ato ou, ainda, para evitar que as demais pessoas, ao verem a punição desta, não pratiquem atos similares. A ideia é *dissuadir*, tentar impedir que tais atos ocorram no futuro. O direito penal chama isso, curiosamente, de *prevenção*. (MACHADO; RODRIGUEZ, 2008, p.122.)

depender de sua origem, pois há doutrinas absolutas de origem religiosa, moral e jurídica. (BALESTRA, 1998). Todas as variantes, contudo, partem da ideia de que quem culpavelmente cometeu ações ou omissões, consideradas erradas, merece punição. (ALEXANDER, 2001).

Para melhor compreender como tais fontes diversas influenciam resultados diversos dentro da mesma "linhagem" (qual seja, a das teorias absolutas), parece necessário estar clara a forma de funcionamento das sanções morais e religiosas.

> (…) O típico da Moral é entrar no íntimo do homem, introjetar-se, atuar sobre a consciência, trabalhar a ideia do bem e do mal, elevar ou atormentar o espírito. É, contudo, subjetivismo puro, relação do homem consigo mesmo, com a sua consciência (que não nasceu com o homem, foi-lhe imposta pelo grupo onde nasceu e foi educado). (…) Mas a sanção moral é interior. Preocupa-se com as intenções e pune com o remorso. Suas cadeias são as da alma. (COELHO, 2010, p. XXVI).

A justificativa moral da retribuição, de acordo com seus defensores, é algo essencial da natureza humana, que entende que o mal deve ser punido, assim como o bem deve ser recompensado. (BALESTRA, 1998). Sua formulação filosófica mais elegante se deu com a ideia do *imperativo categórico* kantiano[7]. Assim, seria obrigação moral punir quem violou seus deveres.

Já a lógica das sanções religiosas é um tanto diversa:

> As religiões trabalham para obter comportamentos desejáveis e coibir os indesejáveis, com um sistema de recompensa *post mortem*. Se me comporto bem, ganho o céu; se me comporto mal, destino-me ao inferno, embora exista a possibilidade de redenção no purgatório ou então pela repetição de vidas. (…) O preço da sobrevida é uma vida regrada por suas normas no mundo, aqui e agora. São formidáveis sistemas normativos e repressores. (COELHO, 2010, p. XXVI).

A sistemática da punição religiosa (judaico-cristã, pelo menos) é direta. Alguns comportamentos são previamente vedados, e quem desrespeita tais normas deve ser punido por ter violado os preceitos divinos. Tendo *Deus* criado todas as coisas, é então fundamento suficiente para qualquer norma comportamental.

Vale notar que o ponto de coincidência entre os sistemas moral e religioso e o jurídico é o fato de que a responsabilidade pressupõe a liberdade. No sistema moral de

7. "A lei jurídica se apresenta como uma versão do imperativo categórico, especializada na fundamentação de deveres aos quais está ligado o uso da força. Se, por um lado, ele (o imperativo) exige, na sua configuração moral, que se aja segundo máximas que também podem ser desejadas com sua validade legal, por outro lado, ele se torna, na sua configuração jurídica, princípio de reconhecimento do direito: 'qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal'". (KERSTING, 2009, p.163).

matriz kantiana, a injustiça da ação – que implicará em responsabilização – é o fato de ela não poder coexistir se ações similares forem realizadas por outras pessoas. No sistema religioso judaico-cristão, apesar de se conceber um Deus onipresente e *todo-poderoso*, permite-se à pessoa optar por seguir seus regramentos ou não, devendo contudo, ao final, arcar com as consequências de sua escolha. Esta lógica, que precede o Direito moderno, se mantém inalterada.

> Nós homens somos livres e por isso também responsáveis por nossas ações ou omissões. Disso ninguém duvida. Por isso, alguém que cometeu um fato penalmente relevante, mas não tem consciência de seu agir, não será penalizado. Ser livre significa saber o que se faz, e não ser compelido por ninguém a fazer. (VOSSENKUHL, 2011, p. 22, tradução nossa[8]).

Resta, portanto, expor a doutrina absoluta de caráter efetivamente jurídico, cuja versão mais difundida é aquela - formulada por Hegel – em que o Estado é compreendido de forma sistêmica, tendo por objetivo a manutenção da ordem estabelecida. Quando alguém, com sua conduta, causa uma ruptura em tal ordem, a sanção penal é imposta, com objetivo de realizar uma "compensação jurídica". (BALESTRA, 1998). Esta compensação é alcançada negando, com a pena, a negação da vontade geral – que é o fato criminoso -, de acordo com o método dialético hegeliano. (PUIG, 2003).

As doutrinas retributivas seguem uma lógica voltada para o passado. Elas são, na formulação de Sêneca, *quia peccatum*, e não tem sua legitimidade condicionada a finalidades extrapunitivas. (FERRAJOLI, 2006). Ou seja, não se indaga se a pena atingiu objetivos de qualquer sorte. Ela, pena, justifica-se em razão do que foi feito no passado.

Vale agora, a fim de aprofundar o entendimento, observar algumas das críticas feitas às teorias absolutas da pena. A principal – e das mais interessantes - é a objeção apresentada por Luigi Ferrajoli, referindo-se tanto à versão kantiana quanto à versão hegeliana:

> Na base de ambas, como observou Morris Ginsberg, existe uma obscura mas radicada crença na existência de um certo nexo necessário entre culpa e punição. Com efeito, trata-se da sobrevivência de antigas crenças mágicas que derivam de uma confusão entre direito e natureza, vale dizer, a ideia da pena como restauração ou remédio, ou a reafirmação de uma ordem natural violada, ou ainda daquela religiosa do contrapasso e da purificação do delito

8 **No original**: *Wir Menschen sind frei und deswegen auch für unser Tun und Lassen verantwortlich. Daran zweifelt niemand. Deswegen wird jemand, der eine Straftat beging, aber nicht wusste, was er tat, auch nicht bestraft. Frei sein heisst wissen, was man tut, und von niemand zu seinem Tun gezwungen zu sein*. (VOSSENKUHL, 2011, p. 22)

> por meio do castigo, ou aquelas igualmente não razoáveis da negação do direito por parte do erro e da simétrica reparação deste pelo direito. (…) Em todos os casos essa distinção primordial da justiça penal é filosoficamente absurda. Assim sendo, continua insuperada a óbvia objeção extraída de Platão de que "o que foi feito não pode ser desfeito (…). (FERRAJOLI, 2006, p. 237)

A objeção acima apresentada parece partir da ideia de racionalidade que se tornou elemento indissociável dos sistemas jurídicos posteriores às revoluções liberais do século XVIII[9]. Afinal, punir simplesmente para retribuir é, de fato, violência sem sentido. Se a reação ao ato não irá produzir efeitos benéficos, ou ao menos mitigar efeitos maléficos, a retribuição torna-se apenas uma resposta violenta à violência. Como tal resposta é dada pelo Estado – que detém monopólio da força -, e tem, portanto, custos compartilhados pelos cidadãos, a lógica do "pune-se porque pecou" não se mostra mais aceitável. No mesmo sentido é a objeção apresentada por Fontán Balestra (1998), para quem o racional se realiza visando um fim. Faltando um fim a ação, ela carece de fundamento, daí será chamada irracional. "De tal forma, a inexistência de um fim tira a razão da lei". (BALESTRA, 1998, p.88, tradução nossa[10]).

Outra crítica apresentada, é que as doutrinas absolutas pressupõem uma infalibilidade que se justifica apenas na perspectiva religiosa, mas não na jurídica, havendo, portanto, que se ter em conta que se trata de uma diferença essencial entre as concepções de justiça divina e humana. "Não tomar em consideração levar-nos-ia a uma presunção de infalibilidade na justiça humana, que não se coaduna com a ideia de que o homem é falível". (BALESTRA, 1998, p.88, tradução nossa[11]).

Por tudo isso, as concepções absolutas tais como apresentadas, não são compatíveis com o Direito moderno, menos ainda com os ideais que compõem o conteúdo jurídico do Estado Democrático de Direito.

4. Teorias Relativas.

9 Embora, a bem da verdade, a proposta do Iluminismo de estabelecer um padrão de racionalidade tenha falhado. É a lição de Alasdair MacIntyre: "Entretanto, os pensadores do Iluminismo, assim como seus sucessores, mostraram-se incapazes de entrar em acordo sobre quais eram precisamente os princípios que seriam considerados irrecusáveis por todas as pessoas racionais. Um tipo de resposta foi dado pelos autores da *Encyclopédie*, um segundo por Rousseau, um terceiro por Bentham, um quarto por Kant, um quinto pelos filósofos escoceses do senso comum e seus discípulos franceses e americanos. A história subsequente não diminui a extensão de tal divergência. Pelo contrário, ela tem se ampliado. Consequentemente, o legado do Iluminismo é a provisão de um ideal de justificação racional que se mostrou impossível atingir. É daí principalmente que decorre a inabilidade, dentro de nossa cultura, de unir convicção e justificação racional. (...)". (MACINTYRE, 1991, p.17).

10 **No original**: *De tal suerte, la inexistencia de un fin quita la razón a la ley.*.(BALESTRA, 1998, p. 88)

11 **No original:** *No tomarla en cuenta nos llevaría a una presunción de infalibilidad en la justicia humana, que no se concilia con la idea de que el hombre es falible*. (BALESTRA, 1998, p.88).

Tendo em visa a insustentabilidade das doutrinas absolutas a partir dos ganhos de racionalidade do movimento iluminista, teorias relativas – também chamadas utilitaristas[12] – foram desenvolvidas a fim de legitimar o Direito Penal, compatibilizando-o com o novo paradigma de Direito.

> O utilitarismo, ao menos na medida em que exclui as penas socialmente inúteis, é pressuposto necessário de qualquer doutrina penal sobre os limites da faculdade punitiva do Estado. Não por casualidade é um elemento constante e essencial de toda a tradição liberal. (FERRAJOLI, 1995, p.258-259, tradução nossa[13]).

A ideia comum às diversas doutrinas relativas é que elas são justificadas por seus fins, que irão variar entre prevenção e reeducação, ou alguma variação disso, a depender da linha adotada. Assim, para as teorias utilitaristas, "a razão de ser da pena está na necessidade de segurança social, a que ela serve como instrumento de prevenção do crime". (YAROCHEWSKY, 2005, p.175). Vale ressaltar que, de acordo com o pensamento utilitarista, a punição deve ser executada pelo Estado, pois, sendo ele "deliberativo e imparcial, está mais qualificado a determinar qual a justa (ou apropriada) punição e a infligi-la de modo mais eficiente a quem mereça". (HAREL, 2007, p.2632, tradução nossa[14])

É possível fazer uma primeira divisão destas correntes entre aquelas que propõem a pena como instrumento da prevenção geral, e aquelas adeptas da proposta da prevenção especial. O objetivo, em ambos os casos, é utilizar a pena como meio de evitar a ocorrência de crimes no futuro. No primeiro caso – geral -, o público-alvo da medida é a coletividade; no segundo – especial -, o objetivo é impedir que o sujeito ativo, agora condenado, volte a cometer delitos. Os mecanismos preventivos também são variados. Se a técnica utilizada for a intimidação, o desestímulo ao cometimento de delitos realizado através da pena, então, está-se diante da prevenção negativa, seja ela

---

12. Segundo Abbagnano, "o utilitarismo é uma corrente do pensamento ético, político e econômico inglês dos séculos XVIII e XIX". E continua ensinando que o utilitarismo "substitui a consideração do fim, derivado da natureza metafísica do homem, pela consideração dos móveis que levam o homem a agir". Isto terá por consequência o "reconhecimento do caráter supraindividual ou intersubjetivo do prazer como móvel, de tal modo que o fim de qualquer atividade humana é 'a maior felicidade possível, compartilhada pelo maior número possível de pessoas'". (ABBAGNANO, 1998, p.1002)

13**. Na versão espanhola**: *El utilitarismo, al menos en la medida en que excluye las penas socialmente inútiles, es en suma el presupuesto necesario de cualquier doctrina penal acerca de los límites de la potestad punitiva del estado. No por casualidad constituye un elemento constante y esencial de toda la tradición penal liberal.* (FERRAJOLI, 1995, p. 258-259).

14**. No original**: *(...) the instrumentalist justifications assert that the state-inflicted sanctions are justified because the state is an agent which, being deliberative and impartial, is the most qualified to determine what the just (or appropriate) punishment is and to inflict it on those who deserve it more efficiently than other agents*. (HAREL, 2007, p. 2632).

geral ou especial. Se, por outro lado, a forma de se tentar evitar novos crimes ocorrer "por meio da correção do delinquente ou da integração disciplinar de todos os cidadãos" (FERRAJOLI, 2006, p.236), então, tem-se o que se convencionou chamar de prevenção positiva.

As doutrinas utilitaristas, portanto, buscam sua justificação em aspectos não jurídicos, ou seja, na realização de finalidades que estão além do que usualmente se demandaria ao sistema jurídico – já que reeducação e recuperação de pessoas não são demandas usualmente apresentadas ao Direito Penal ou a qualquer outro ramo do Direito. Tampouco a prevenção dos delitos, que, dentro da lógica da teoria dos sistemas, também não recairia sobre o Direito, mas sobre a política, notadamente no âmbito das políticas públicas. Na síntese precisa de Luigi Ferrajoli, "referida legitimidade é condicionada pela sua adequação ou não ao fim perseguido, externo ao próprio direito, e, portanto, exigindo um balanceamento concreto entre os valores do fim que justifica o 'quando' da pena e o custo do meio do qual se deve justificar o 'como'" (2006, p.236). Em suma, nas teorias relativas, "a razão de ser da pena está no fim que se lhe atribua". (BRUNO, p.14).

Parece ser indiscutível que as doutrinas utilitaristas apresentam-se mais adequadas ao Direito moderno que as teorias absolutas. Todavia, elas também enfrentam críticas de dificílima superação. A primeira delas decorre do próprio fato de sua justificação se basear em finalidades extrajurídicas. Ora, se se aceita que isso seja assim, é preciso que tais fins sejam – pelo menos em regra – alcançados. Desta feita, se o fim da pena é evitar novos delitos, seja por parte do condenado, seja por parte de outros potenciais autores, as penas se justificariam se, alçado à condição de penalmente relevante, e surgidas as primeiras condenações, um determinado comportamento fosse drasticamente reduzido na sociedade, e o índice de reincidência específica fosse baixíssimo. Sob tais condições, é possível concluir que a pena tem falhado incessantemente em cumprir seus objetivos. A tabela abaixo[15], referente ao município de São Paulo, traz dados reais a corroborar tal conclusão:

Crimes	**1983**	**1993**	**1998**	**2000**	**Diferença**
População	**8.794.544**	**9.709.424**	**9.918.862**	**10.398.576**	**(+) 18,24**
Total de crimes	**3.109,75**	**4.008,25**	**4.553,21**	**4.774,86**	**(+) 53,54**

15. Taxas por cem mil habitantes. Fonte: www.observatoriodesegurança.org, acesso em 25/07/2012.

Crimes contra a pessoa	**1.070,79**	**1.107,77**	**927,25**	**925,42**	**(-) 13,58**
Homicídios/ tentativas	34,15	50,72	73,00	75,32	(+) 120,56
Lesões corporais	377,32	313,82	296,99	286,31	(-) 24,12

Os números, em princípio, permitiriam duas interpretações. Primeira: os objetivos da pena estariam sendo alcançados em parte, ao menos no que diz respeito aos crime mais leves contra a pessoa. Segunda: a criminalidade naquela região tornou-se mais violenta.

É possível encontrar estatísticas de quase todo o Brasil, e de outros países, mostrando que a sanção penal, como medida preventiva da ocorrência de novos delitos, na vertente da prevenção geral, falhou. Jeffrey Fagan e Tracey Meares (2008), por exemplo, relatam que, apesar da política de encarceramento adotada pelos Estados Unidos a partir da década de 80, as taxas de crimes não diminuíram, havendo inclusive registro recorde de homicídios em quatorze grandes cidades americanas em 1991. Quanto à prevenção especial, apenas em 2011 o Conselho Nacional de Justiça tomou a iniciativa de iniciar um levantamento efetivo quanto aos índices de reincidência. Estimativas, contudo, orbitam no patamar de 70% a 90%, não sendo muito confiáveis, em razão da ausência de metodologia, bem como da chamada cifra negra, percentual de delitos que não chegam ao conhecimento do Estado, pelas mais diversas razões. De todo modo, dando crédito aos autores de tais estimativas, geralmente atores do sistema de persecução penal, a conclusão inevitável – e esperada – é a de que também na prevenção especial a sanção penal não alcança seus objetivos.

Assim, a justificativa utilitarista da pena não se sustenta, pois se trata de medidas que, em regra, não cumprem minimamente seus objetivos. Neste ponto seria possível fazer o seguinte questionamento: então, se as penas funcionassem não haveria problemas, e o utilitarismo que informa tal concepção de pena estaria justificado? Dentro da proposta sistêmica a resposta é negativa. Ainda que o objetivo utilitarista fosse alcançado, tais sanções continuariam sendo uma aberração diante da lógica de que cada sistema tem sua finalidade específica, afinal, estaria concretizada a ideia de que o sistema penal surge para remediar falhas de outros sistemas sociais, como o da educação.

Uma segunda crítica às doutrinas retributivas diz respeito à sua ambivalência, ou seja, inconsistência quanto a ser um instrumento de efetivação e proteção de uma concepção garantista do Direito Penal.

> Podemos logicamente distinguir-lhe duas versões, dependendo do tipo de finalidade utilitária atribuída à pena e ao direito penal: uma primeira versão é aquela que equipara a finalidade à máxima utilidade possível garantida à maioria formada pelos não desviantes; uma segunda é aquela que a equivale ao mínimo sofrimento necessário a ser impingido à minoria formada por desviantes. (FERRAJOLI, 2006, p.243).

A ideia de ser "útil" depende do ponto de vista do observador. Desta forma, tal concepção não teria força suficiente para ser base do sistema garantista, pois dentre as duas vertentes possíveis, apenas uma delas (a segunda) é apta a legitimar um sistema penal num Estado Democrático de Direito. A primeira possibilidade apresentada por Luigi Ferrajoli seria típica de um contexto em que o *minimalismo penal* não é um referencial perseguido, sendo, inclusive, compatível com sistemas ditatoriais ou totalitários. Exemplo da adoção da garantia da maioria, formada pelos não desviantes, são as Teorias de Defesa, que usualmente são subdivididas em *defesa indireta*, *defesa justa* e *defesa social*. (BALESTRA, 1998). Dentre elas, a de maior relevância é a última – *defesa social* – que parte de uma concepção organicista da sociedade. Assim a explica Fontán Balestra:

> Como o homem atacado por uma enfermidade deve recorrer ao médico para curar-se, também a sociedade tem o indiscutível direito de defender-se, inclusive dos alienados, a que se aplicam sanções, não porque delinquiram, mas em razão de que tais delitos afetam a sociedade. (BALESTRA, 1998, p.91, tradução nossa[16]).

Esta crítica, porém, comporta algumas ressalvas. Numa perspectiva sistêmica, parece equivocado esperar que o Direito consiga – por si mesmo – garantir-se contra um uso indevido de seu aparato. Isso porque os mecanismos de fechamento operacional[17] garantem um filtro das comunicações, mas, não impedem o uso irregular por quem tenha poder/ autoridade política para movimentar o aparelho de repressão estatal.

Em síntese, nenhuma das teorias que de forma reiterada na tradição latina buscam justificar o Direito Penal conseguem responder adequadamente às objeções a elas feitas, de forma que tal ramo do Direito é, hoje, o mais problemático do ponto de vista dos fundamentos.

16**. No original:** *Como el hombre atacado por una enfermedad debe recurrir al médico para curarse, así la sociedad tiene el indiscutible derecho de defenderse inclusive de los alienados, a los que se aplican sanciones, no porque han delinquido sino por la razón de que ese delito afecta a la sociedad.* (BALESTRA, 1998, p.91)

17. (…) o fechamento do *sistema* direito ao *ambiente* não exclui transações entre um e outro. Tal como os sistemas biológicos – os seres vivos -, por exemplo, constituem um sistema autopoiético, mas recebem energia (alimentos, calor, etc) do ambiente, assim como são irritados por ele e reagem, por auto-adaptações, a essas irritações, também o direito mantém uma relação semelhante de fechamento/ abertura com o seu ambiente (o sistema político, a economia, o senso comum, etc). (HESPANHA, 2009, p.220).

5. Justificações Na Tradição Anglosaxônica.

Historicamente, a questão da legitimidade do poder punitivo do Estado não ocupou espaço central nas preocupações dos fundadores dos Estados Unidos, e, talvez por isso, não tenha tido naquele país um desenvolvimento tão notável quanto o que ocorreu, por exemplo, com o Direito Constitucional. Na tradição norte-americana, o poder de punir está intrinsecamente ligado ao poder de segurança (policiar), que é parte essencial da ideia de soberania do Estado. "De acordo com o dogma federalista, os Estados devem ter poder de policiar, pois, sem ele, cessariam de existir enquanto patriarcas soberanos; provido de tal poder, contudo, eles devem também exercer o poder de punir". (DUBBER, 2007, p.2604, tradução nossa[18]).

Apesar de se tratar de uma vertente jurídica construída com foco em elementos distintos daqueles presentes na tradição romano-germânica, no que diz respeito às justificações das punições pelo Estado, embora exista alguma divergência no desenvolvimento do raciocínio, as conclusões a que chegam os pensadores da C*ommon Law* são bastante semelhantes àquelas encontradas na literatura de língua portuguesa e espanhola. Desta forma, além de apresentar as vertentes lá encontradas, serão destacadas também as formas como elas são trabalhadas, a fim de tentar sofisticar a discussão já apresentada.

Não obstante as semelhanças que serão vistas, cabe reproduzir aqui a advertência feita por Markus Dubber quanto ao que deve ser abarcado por uma justificação do *jus puniendi* estatal.

> Uma teoria da legitimação da punição deve fornecer mais abstratas "razões para punir"; ela deve gerar instituições, normas, regras e doutrinas específicas que garantam a legitimação de todos os aspectos da prática punitiva do Estado. (…) Ela deve ser uma teoria não apenas do Direito Penal substantivo, mas também do Direito Processual Penal, bem como da Execução penal (…). (DUBBER, 2007, p.2007, tradução nossa[19])

18**. No original**: *In federalist dogma, the states must have the power to police because without it they would cease to exist as sovereign patriarchs; endowed with the power to police, however, they also must wield the power to punish.*(DUBBER, 2007, p. 2604).

19**. No original**: *A theory of legitimacy of punishment must provide more than an abstract "rationale of punishment"; it must generate specific institutions, norms, rules, doctrines that ensure the legitimacy of every aspect of the practice of state punishment. (...) It must be a theory not only of substantive criminal law, that is, but also of procedural criminal law, and of the law of punishment execution as well (what the Germans call Strafvollzugsrecht).*(DUBBER, 2007, p.2007).

Ou seja, uma teoria que pretenda dar legitimidade à atividade punitiva do Estado deve justificar não apenas a fase de definição das normas, mas também a fase de aplicação. (DUBBER, 2004b).

Uma das formas encontradas na tradição angloamericana para justificar as sanções penais é a chamada *Just Deserts Theory*, ou, em tradução livre, Teoria da Mera Retribuição, que é, em boa medida, equivalente ao que na literatura brasileira dá-se o nome de teorias absolutas da pena. Trata-se de uma visão mais retrospectiva do que prospectiva. "O punidor não precisa estar preocupado com futuras decorrências, apenas em prover a punição apropriada a determinada lesão". (DARLEY; ROBINSON, 2002, p. 285, tradução nossa[20]). Aqui, são considerados relevantes fatores como a magnitude da ofensa e a percepção da violação do padrão de moralidade preponderante no local do fato. (DARLEY; ROBINSON, 2002). Isto, porque de acordo com esta linha de pensamento, o que importa é que a sanção seja uma retribuição à altura do crime cometido.

Já a vertente utilitarista, assim como na tradição romano-germânica, contém maior variedade de correntes, dentre as quais se destacam a *Deterrence Theory* e a *Incapacitation Theory*.

A *Deterrence Theory*, ou Teoria da Dissuasão (tradução livre), é a mais conhecida das teorias utilitaristas, e tenta justificar-se com o propósito de evitar novos crimes. Tal corrente se vale da ideia de que o criminoso, bem como os demais cidadãos, são atores racionais. "Ela trabalha mudando os custos e benefícios da situação, de forma que a atividade criminal deixe de ser atrativa". (DARLEY; ROBINSON, 2002, p.285, tradução nossa[21]).

A Teoria da Dissuasão toma em consideração alguns elementos – tais como o risco de descoberta do fato e sua publicidade – no momento de fixar a sanção, a fim de ser efetiva no desencorajamento de novas condutas semelhantes. Assim, por exemplo, condutas que são difíceis de serem descobertas exigem penas mais altas, a fim de manter sua eficácia dissuasória. Trata-se, em linhas gerais, da Teoria da Prevenção

---

20**. No original**: *The punisher need not to be concerned with future outcomes, only with providing punishment appropriate to the given harm.* (DARLEY; ROBINSON, 2002, p. 285)

21**. No original**: It works by changing the costs and benefits of the situation so that criminal activity becomes an unattractive option. (DARLEY; ROBINSON, 2002, p. 285)

Geral, mas, com o aspecto da "escolha racional" – um elemento bem conhecido da teoria política[22] – destacado.

A outra variante utilitarista, qual seja, a Teoria da Incapacitação (*Incapacitation Theory*), tem por objetivo tão somente neutralizar o agente criminoso para que ele não volte a comer delitos. Ela visa apenas tornar impossível ao autor do fato voltar a agir. (DARLEY; ROBINSON, 2002). Em suma, é uma espécie de teoria da prevenção especial, sem a sofisticação dos aspectos positivo e/ ou negativo.

Apesar da semelhança, há um dado teórico subjacente que usualmente não é visto na literatura de língua portuguesa ou espanhola, qual seja, uma análise vinda da Psicologia.

> De um ponto de vista estritamente behaviorista, a punição muda as contingências associadas a vários fatores, tratando-se então de um ato estritamente utilitário. Assim, psicólogos, como muitos outros, podem pensar na punição como destinada a suprimir certos atos – em outras palavras, dissuadir. (DARLEY; ROBINSON, 2002, p.285, tradução nossa[23]).

Tem-se assim que, embora partindo de pontos em alguma medida diferentes, as justificações encontradas na tradição de língua inglesa chegam aos mesmos pontos, com poucas divergências. É possível afirmar que a única novidade, de fato, é a ideia de que o poder de punir está associado ao poder-dever de policiar, que é – naquela tradição - elemento essencial da ideia de poder soberano. Todavia, esta construção já não parece apta a legitimar a ação punitiva do Estado, pois não oferece boas razões para a formação das normas punitivas ou das normas processuais penais. Assim, ela não preenche todos os aspectos que precisam ser considerados, tal qual a lição de Markus Dubber (2007) anteriormente exposta.

6. Conclusão.

É preciso, pois, continuar a pensar numa forma de legitimar o Direito Penal, pois, não é possível hoje a manutenção de um ramo do Direito – especialmente com sanções tão graves – sem que se consiga justificar racionalmente sua existência. Do contrário, alternativa não haverá senão dar razão a Houlsmann e os demais abolicionistas, e defender a necessidade do imediato sepultamento do Direito Penal.

---

22. Sobre a "teoria da escolha racional", recomenda-se *Political Institutions: Rational Choice Perspectives*. (WEINGAST, 1996).

23**. No original**: *From a strictly behaviorist point of view, punishment changes the contingencies associated with various operants and is thus a strictly utilitarian act. So psychologists, like many others, may think of punishment as motivated to suppress certain behaviors – in other words, to deter*. (DARLEY; ROBINSON, 2002, p. 285)

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.

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

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.

DARLEY, Kevin; ROBINSON, Paul H. *Why Do We Punish? Deterrence and Just Deserts as Motives for Punishment*. *In:* **Journal of Personality and Social Psychology**. Vol. 83, n. 2, p.284-299. American Psychological Associaton, 2002.

DUBBER, Markus. ***A Political Theory of Criminal Law: Autonomy and the Legitimacy of State Punishment***. Março, 2004. Disponível no SSRN: http:/ssrn.com/abstract=529522, acesso em 26/07/2012.

_____. **TRIAL**, R.A. Duff et al. eds., 2004b. Disponível em: SSRN: http://ssrn.com/abstract=530122

_____. *Legitimating Penal Law*. *In:* **Cardozo Law Review**. Vol. 28, n. 6. Yeshiva University, 2007.

FAGAN, Jeffrey; MEARES, Tracey L. *Punishment, Deterrence and Social Control: the paradox of punnishment in minority communities*. *In*: **Columbia Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Group**. Nov. 2008. Cópia eletrônica disponível em http://ssrn.com/abstract=223148

FERRAJOLI, Luigi. **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 Tavares; Luiz Flávio Gomes. 2ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

HAREL, Alon. *Why only the state may inflict criminal sanctions: the argument from moral burdens.* **Cardozo Law Review**. Vol. 28, n.6. Yeshiva University, 2007.

HESPANHA, António Manuel. **O Caleidoscópio do Direito: o Direito e a Justiça nos dias e no Mundo de hoje**. 2ªed. reelaborada. Coimbra: Edições Almedina, 2009.

KERSTING, Wolfgang. *O Fundamento de Validade da Moral e do Direito em Kant*. *In:* TRAVESSONI, Alexandre (Org). **Kant e o Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

MACHADO, Maíra Rocha; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Otto Kirchheimer: uma contribuição à crítica do Direito Penal: levando o Direito Penal a Sério*. *In*: NOBRE, Marcos (Org.) **Curso Livre de Teoria Crítica**. Campinas, SP: Papirus, 2008.

MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de Quem? Qual Racionalidade?** São Paulo: Edições Loyola, 1991.

VOSSENKUHL, Wilhelm. ***Philosophie: basics***. München-Zürich: Piper, 2011.

WEINGAST, Barry R. *Political Institutions: Rational Choice Perspectives*. *In*: GOODIN, Robert E.; KLINGEMANN, Hans-Dieter (Ed.). ***A New Handbook of Political Science***. Oxford: Oxford University Press, 1996.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da Reincidência Criminal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

A PRESCINDIBILIDADE DO PREQUESTIONAMENTO NAS MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL

LA PRESCINDIBILIDAD DE PREQUESTIONAMENTO SOBRE CUESTIONES DE POLÍTICA PÚBLICA EN LUGAR DE APELACIONES ESPECIALES

Leandro Henrique Simões Goulart[1]

Resumo: A Constituição Federal de 1988 revolucionou e inovou toda a estrutura judicial constitucional até então vigente no nosso país. O que interessa a este artigo são as importantes modificações no sistema recursal, como a redefinição do papel do Supremo Tribunal Federal, que foi sagrado guardião da Constituição e também a criação do Superior Tribunal de Justiça**.** Essas reformas causadas na estrutura dos tribunais superiores trouxeram novos contornos para a sistemática recursal atual. Sem sombra de dúvidas que se tratando de recursos cíveis as maiores inovações percebidas foram a do recurso extraordinário como sendo aquele que ataca ofensa ao texto da Constituição e que será interposto perante o STF, como também o recurso especial em relação à legislação federal ou tratados incorporados ao direito nacional, apreciados pelo STJ. Desse modo, esses dois recursos são instrumentos vitais para a manutenção do interesse de ordem pública. Para garantirem a eficácia das normas constitucionais e infraconstitucionais federais, precisam ser precedidos por critérios rigorosos de admissibilidade. Essa pesquisa se propõe a discutir a prescindibilidade do prequestionamento frente aos preceitos de ordem pública.

Palavras-chave: Recurso Especial. Recurso Extraordinário. Constituição Federal. Prequestionamento. Prescindibilidade.

Resumen: La Constitución Federal de 1988, innovó y revolucionó toda la estructura judicial constitucional imperante hasta ahora en nuestro país. Lo que importa en este artículo son los principales cambios en el sistema de apelación, como la redefinición del papel de la Corte Suprema, que era el guardián sagrado de la Constitución y también la creación de la Corte Superior. Estas reformas en la estructura causados por los tribunales superiores han dado una nueva dimensión a la apelación sistemática actual. No hay duda de que cuando se trata de recursos públicos las mayores innovaciones se percibe como el recurso extraordinario que atacar ofensa al texto de la Constitución y serán llevados ante el Tribunal Supremo, pero también la particularidad con respecto a la legislación federal y los tratados incorporados legislación nacional, considerado por STJ. Así, estos dos recursos son instrumentos vitales para mantener el interés del orden público. Para garantizar la eficacia de la Constitución federal y de infraestructura, debe estar precedida por estrictos criterios de admisibilidad. Esta investigación tiene como objetivo discutir la prescindibilidad de prequestionamento adelante a los preceptos de la política pública.

[1] Bacharel em Direito pela PUC/MG – Especialista em Processo Civil pela UNI-BH - Mestre em Direito pela FUMEC – Professor de Processo Civil do Centro Universitário Newton Paiva e da UNIPAC – Universidade Presidente Antônio Carlos – Coordenador do Centro de Exercício Jurídico da Newton Paiva – CEJU - Advogado

Palabras clave: atractivo especial. Recurso Extraordinario. Constitución Federal. Prequestionamento. Prescindibilidad.

1 - A Importância Da Uniformização Das Decisoes Nacionais.

Entende-se como Federalismo a divisão de um Estado em diversas coletividades territoriais autônomas, geralmente conhecidas como estados membros, províncias ou cantões. Estes estados federados possuem autonomia inclusive quanto a sua capacidade normativa sobre as matérias reservadas/ delegadas a sua competência. Tal instituto nasceu em 1787 com a Constituição Norte-Americana.

Tais ordens de autoridade atuam harmonicamente, de acordo com a competência que lhes é conferida pela constituição Federal. Não existindo critérios objetivos para a divisão de competências, estas variam conforme razões histórico- culturais locais.

No Brasil, que mais nos interessa, a distribuição de competência aos estados membros é menor se comparado eventualmente aos Estados Unidos da América.

Também falando em Brasil, devemos lembrar que nossa Constituição Federal Cria três ordens de autoridade, e não somente duas como a tendência Norte-Americana, aqui possuímos: Ordem total (União), Ordem Regionais (estados membros e Distrito Federal) a e ordens locais (municípios).

A fim de fomentar a autonomia dos estados membros, o federalismo permite a organização de um sistema judiciário, assim paralelamente a justiça da União há também a Justiça dos estados. O poder Judiciário continua sendo Nacional, porém distribuído nos estados membros, onde estes aplicam em seus tribunais leis federais e estaduais. Obviamente, que com a presente distribuição judiciária fica quase impossível se alcançar uma uniformidade a cerca do direito federal frente aos tribunais estaduais. Fez-se mister criar um meio pelo qual pudesse se obter uma unidade na interpretação do direito federal, aqui compreendido em normas constitucionais e as normas federais infraconstitucionais.

Vejamos comentário de Epitácio Pessoa[1] perante a necessidade da uniformidade das decisões de caráter federal.

---

[1] Epitácio Lindolfo da Silva Pessoa nascido em 23 de maio de 1865 em Umbuzeiro, Paraíba foi um político e jurista brasileiro, presidente da república entre 1919 e 1922, assumiu depois que Rodrigues Alves, eleito em 1918, não tomou posse por motivo de doença. Foi ainda

> Conferir às Justiças independentes de 21 Estados autônomos o direito de julgar sem recurso da validade ou aplicabilidade dos atos do Poder Legislativo da Nação seria lançar a maior confusão e obscuridade na legislação, enfraquecer as garantias que ela proporciona às liberdades individuais, perturbar as relações que ela regula e por último quebrar a unidade nacional, que encontra na unidade do direito um dos seus mais sólidos esteios.[1]

Baseado mais uma vez no direito Norte-Americano, inspirado no Writ Of Error do 25 Judiciary Act de 1789, o Governo provisório por meio do decreto 848 de 24.10.1890 organizou a Justiça Federal, instituiu o Supremo Tribunal Federal e no seu Artigo 9º, paragrafo único, criou um recurso que tentou atender a necessidade de resguardar a integridade das normas constitucionais como a das normas federais infraconstitucionais, conforme abaixo:

> Haverá também recurso para o **Supremo Tribunal Federal** das sentenças definitivas proferidas em última instancia pelos tribunais e juízes dos estados:
> a) Quando a decisão houver sido contraria à validade de um tratado ou convenção, à aplicabilidade de uma lei de Congresso Federal, finalmente, à legitimidade do exercício de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União, qualquer que seja a alçada;
> b) Quando a validade de uma lei ou ato de qualquer estado seja posta em questão como contrária a constituição, aos tratados e às leis federais, e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou ato ;
> c) Quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal ou de cláusula de um tratado ou convenção seja posta em questão e a decisão final tenha sido contraria à validade do título, direito, privilégio ou isenção, derivado do preceito ou cláusula.

É visível que a redação do artigo acima é quase uma cópia das disposições legais do Writ of error, e que foi amplamente aceita e abraçada pela doutrina nacional da época. Ora, no Brasil, se aplica muita mais as leis federais que as leis estaduais, a competência legislativa da União é muito ampla, por isso a extrema necessidade de uniformização das decisões. A função desse RECURSO EXTRAORDINÁRIO não era somente manter a autoridade da Constituição de das leis federais, mas também, manter o direito federal (*latu sensu*) uno, intangível, igual em toda a nação a fim de se alcançar a segurança jurídica.

Porém, o fato deste recurso ser exercitável em qualquer causa na qual estivesse presente a questão federal (constituição e leis federais) verificou-se um grande numero de recursos distribuídos no Supremo Tribunal Federal causando uma "crise no

---

deputado federal em duas oportunidades, ministro da Justiça, do Supremo Tribunal Federal, procurador-geral da República, senador três vezes, chefe da delegação brasileira junto à Conferência de Versalhes e juiz da então Corte Internacional da Haia.

Supremo". Mesmo com a criação de impedimentos, óbices regimentais visando a diminuição de interposições de recursos, tal problema não foi sanado.

Com o advento da atual constituição (CF/88) é que o recurso extraordinário passou pela maior e mais profunda modificação desde sua criação. Não era por menos, observa-se que há uma mudança ímpar em todo o cenário político brasileiro que reflete diretamente na sistemática recursal vigente.

A partir dai entramos na esfera do O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, que pressupõe uma a República Federativa formada pela união indissolúvel de Estados, Municípios e Distrito Federal e tem como características basilares a defesa da soberania do Estado Nacional, a unidade do ordenamento jurídico, a primazia da lei sobre outras fontes de proteção jurídica, a divisão dos poderes, o Direito como valor político fundamental, a igualdade formal dos cidadãos perante a lei, o reconhecimento e a proteção de direitos individuais, civis e políticos, a garantia constitucional, a afirmação da propriedade privada e da liberdade de iniciativa econômica, distinção entre público e privado.

Além disso, nota-se que o sistema jurídico brasileiro se utiliza do devido processo legal como o meio para se concretizar formalmente todos esses direitos acima relacionados. E que tem ação jurisdicional divida em competências federais e estatais.

Dessa sorte, foi acertada a decisão do legislador constituinte, quando, realiza o desmembramento do recurso extraordinário em recurso especial, e cria um novo tribunal, chamado Superior Tribunal de Justiça, que assumiu parte da competência atribuída ao STF.

Contudo, alguns autores protestaram contra a mudança, dizendo que deveria existir somente um Tribunal com finalidade de atender os reclamos da federação, que a criação de um novo tribunal só ensejaria em mais morosidade no processo e que apenas se transferiria o acúmulo de processos para o novo tribunal e não resolveria o problema. Essas duras críticas alertaram o legislador constituinte que no artigo 104 da CF/88 exigiu o mínimo de trinta e três ministros para o STJ .

Ora, a exposição acima, da historicidade dos recursos extremos, e das características principais do estado democrático de direito, deixa claro a importância de instancias recursais especiais.

Não há como se falar em igualdade formal entre as pessoas por exemplo, sem ter a canalização de todas as decisões dos tribunais de segunda instancia (dentro dos

requisitos formais) há uma só visão constitucional e de modo igual, há uma só interpretação das leis federais.

A existência do paradigma democrático requer decisões de teor constitucionais e federais unânimes afim de se alcançar a segurança jurídica. E não só a segurança se alcança com esta paridade das decisões. Estabelecer frente ao STF um recurso que visa resguardar a constituição e frente ao STJ o mesmo remédio para as leis federais, é sem sombra de dúvida fortalecer o poder da União e buscar a unidade do ordenamento jurídico brasileiro.

Nota-se desde o princípio que há uma preocupação da União em estender seus preceitos legislativos nacionais a todas entidades autônomas que a compõe. A idéia é dar vigência e efetividade em toda extensão federativa, a aquelas matérias cuja a própria União achou por bem se responsabilizar em legislar.

2 - O Supremo Tribunal Federal E O Superior Tribunal De Justiça.

2.1- Supremo Tribunal Federal.

Ideologicamente, podemos dizer que o Supremo Tribunal Federal, apontou em nossa história no momento em que a corte portuguesa se transferiu para o Brasil.

A Chegada da Família Real não representava apenas a presença de um Rei (poder executivo), e sim a aparição de toda a corte, governo soberano de uma nação, em nossas terras. Era o início da uma organização civil política do país.

Por certo, esta corte aqui instalada exercia jurisdição completa e dada a distancia e as dificuldades da viagem era inviável a remessa dos agravos ordinários e das apelações para a Casa da Suplicação de Lisboa. Assim, no dia 10 de maio de 1808 o príncipe regente, D. João cria aquele que seria o embrião do atual Supremo Tribunal Federal, a Casa da Suplicação do Brasil, dispondo:

> I – A Relação desta cidade se denominará Casa da Suplicação do Brasil, **e será considerada como Superior Tribunal de Justiça para se findarem ali todos os pleitos em última instância**, por maior que seja o seu valor, sem que das últimas sentenças proferidas em qualquer das Mesas da sobredita Casa se possa interpor outro recurso, que não seja o das Revistas, nos termos restritos do que se acha disposto nas Minhas Ordenações, Leis e mais Disposições. E terão **os Ministros a mesma alçada que têm os da Casa da Suplicação de Lisboa**. (...)

A Constituição outorgada em 1824 pelo Imperador Dom Pedro I, foi a primeira a mencionar a existência de uma corte jurídica suprema, o Supremo Tribunal de Justiça, que no seu art. 163, dispunha que:

> Na Capital do Império, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Províncias, haverá também um Tribunal com a denominação de **Supremo Tribunal de Justiça**, composto de Juízes letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o título de Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daqueles que se houverem de abolir.

Com isso, a denominação atual "Supremo Tribunal Federal", só veio aparecer na Constituição Provisória publicada com o Decreto n.º 510, de 22 de junho de 1890, e repetiu-se no Decreto n. 848, de 11 de outubro do mesmo ano, que organizou a Justiça Federal.

De tal sorte, concluísse que o Supremo Tribunal Federal (STF) é a mais alta cúpula do Poder Judiciário do Brasil, tendo sua função institucional disciplinada pela constituição vigente, sempre preconizando a guarda desta, sendo a ele endereçados os casos que negam vigência, ameaça ou lesam o texto constitucional.

2.2 - Superior Tribunal de Justiça.

O ano de 1960, foi marcado pela famosa "Crise do Supremo". O fato do recurso extraordinário ser exercitável em qualquer lide onde se verifica a restrição à legislação da União(constituição e leis federais) facilitou e muito para que houvesse um grande numero de recursos distribuídos no Supremo Tribunal Federal. A partir deste momento começou a se pensar em um reforma processual no Brasil.

Várias medidas foram tomadas na tentativa amenizar o problema. Criaram impedimentos, óbices regimentais, mecanismos que pudessem agilizar o processamento do recurso extraordinário tais como a argüição de relevância e até aumento do número de ministros foi tentado para que se desarrolhassem o STF. Porem, tais medidas não surtiram efeitos.

Somente com a constituição atual é que se conseguiu desafogar a corte suprema. Criando então o Superior Tribunal de Justiça. Este passou a ocupar a cúpula do judiciário nacional, porém, em posição abaixo do Supremo Tribunal Federal. O Tribunal de Justiça é resultado de uma divisão de competências feita no Supremo Tribunal Federal e tem por objetivo fazer em última instância a interpretação e

uniformização do que determinam as leis federais infraconstitucionais. Observamos a função do STJ nos dizeres de Eduardo Arruda Alvim (2008)[2]: [...] *"ficou voltada a assegurar a unidade e a integridade do direito federal, infraconstitucional, em todo o território nacional".*

Assim, reserva a Constituição Federal, em seus artigos 104 e 105, a competência do Superior Tribunal de Justiça, cabendo a este, processar e julgar as ações envolvendo direito federal infraconstitucional, quando violados ou negados vigência nos julgados dos tribunais de segundo grau, como também diante de eventuais divergências jurisprudenciais oriundas dos tribunais ordinários. Vale a pena nos atentar a disposição de José Miguel Garcia Medina[3]:

> A modificação, oriunda da Constituição Federal de 1988, a pretexto de ser simples solução para a "crise do Supremo", criou situação totalmente nova no ordenamento jurídico pátrio. A partir da Constituição Federal de 1988, competindo ao Supremo Tribunal Federal "a guarda da Constituição" (di-lo o art. 102, caput), este, para Alcides de Mendonça Lima, ganhou status de Corte Constitucional. Diferentemente, a finalidade de assegurar a inteireza Positiva, a validade, a autoridade e a uniformidade de interpretação das leis federais, função antes atribuída ao recurso extraordinário, passou ao recurso especial. Desse modo, a finalidade que ensejou a criação do recurso extraordinário, no direito brasileiro, hoje é encampada pelo recurso especial.

3 - FUNDAMENTOS DOS RECURSOS.

Atualmente, percebe-se três fundamentos basilares para existência dos recursos cíveis, no intuito de dar legitimidade.

O primeiro seria o inconformismo das partes quando a decisão que contraria seu interesse. Ora esse inconformismo é da natureza humana. Mesmo a decisão sendo a mais acertada possível, uma das partes sempre a terá como insatisfatória. É a essência do litigante sucumbente.

O segundo fundamento, o interesse do estado em sempre tomar as decisões corretas, promovendo justiça. Entende então que o reexame do caso por outro órgão jurisdicional competente daria à lide maio probabilidade de acerto. Aumentando de certo modo até a confiança na jurisdição estatal.

Por derradeiro, e este é o que nos interessa em sistemas jurídicos como o brasileiro, existe uma veemente necessidade de uniformização das decisões federais.

---

[2] ALVIM, Eduardo Arruda. Direito Processual Civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 855.

[3] MEDINA, José Miguel Garcia. O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 130/131.

O Atual regime federativo permite paralelamente a justiça da União, a existência de uma justiça estatal, que curiosamente aplica muito mais a legislação federal que seu próprio ordenamento estatal. É uma forma de favorecer a autonomia dos estados membros. Uma vez que, nossa justiça é distribuída dessa maneira, ou seja, nossas normas constitucionais e federais, são aplicadas por tribunais estaduais e regionais federais autônomos entre si, não há formas de fazer com que este direito da União seja uno, que haja uma uniformidade do entendimento do direito federal se não com a criação de recursos para proporcionar uma unidade de inteligência do Direito Pátrio.

Destaca-se que não há que se falar em jurisdições diversas, o Poder Judiciário é Nacional, da União, existe em fim uma distribuição de competências e pra evitar interpretações distorções do direito positivado nacional é que se utiliza dos recursos extremos.

3.1- Dos recursos em Espécie.

O recurso especial e o extraordinário são recursos chamados de excepcionais ou de direito estrito. São assim denominados graças as suas hipóteses de cabimento e seus endereçamentos. São apresentados aos dois órgãos extremos do país, que formam a cúpula do Poder Judiciário, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Nada mais são que modalidades recursais em espécie utilizadas no nosso ordenamento jurídico Porém, regulados de maneira diferente pela própria lei. Nota-se que os recursos ordinários são apresentados nas duas instâncias judiciais inferiores, juízes monocráticos de primeiro grau e Tribunais de segundo grau, visam resguardar o direito subjetivo, o interesse particular da parte sucumbente. Neles a devolução ao tribunal ad quem é a mais ampla possível (do duplo grau de jurisdição)[4] abrangendo o reexame de toda a matéria fática e a de direito, chegam a alcançar todo o teor da controvérsia debatida na lide buscando sempre a satisfação do direito subjetivo.

Em contra partida, os recursos de ordem excepcional que tem finalidade delineada pela Constituição Federal. A matéria objeto da impugnação é especifica, de fundamentação vinculada, lutando unicamente a garantir a guarda, interpretação e a correta aplicação das leis Federais e da Constituição da República. Por isso devem

[4] Princípio não positivado expressamente na Constituição Federal, que possibilita a revisão das causas já julgadas por juiz de jurisdição inferior: garante, assim, um novo julgamento, por parte dos órgãos da jurisdição superior, através de recurso.

cingir-se expressamente nas hipóteses discriminadas na Carta Magna em seus artigos 102, III e §3º e 105, III.

Em palavras iguais defende Eduardo Arruda Alvim[5]:

> Por isso pode-se dizer que no recurso especial o que conta primordialmente é a norma jurídica federal em jogo, seu entendimento, sua interpretação, tendo em vista sua aplicação à hipótese fática; ou ainda, há que se saber se foi aplicada a norma errada, pedir que seja aplicada a norma correta à espécie, propugnando-se pela aplicação da norma certa aos fatos (subsunção). A mesma coisa se passa com o recurso extraordinário, com a diferença de que a norma, no caso, é a constitucional.

Rodolfo de Camargo Mancuso[6] também aborda o caráter excepcional dos recursos extremos. Nestes termos:

> Portanto, pode-se dizer que os recursos extraordinário e especial devem ser vistos em dois planos: 1) precipuamente, estão voltados a um objetivo de ordem pública, de interesse nacional, qual seja o de servirem como instrumento tutelador dos valores indicados por Pontes de Miranda:
> Validade, inteireza positiva, autoridade e uniformidade de interpretação do direito federal, comum e constitucional; nesse sentido, acabam por propiciar um contencioso objetivo, de legalidade ou de constitucionalidade; 2) corolariamente, dado que nem o STF nem o STJ são Cortes apenas de cassação, senão (e até principalmente) também de revisão (RISTJ, art. 257; RISTF, art. 324; Súmula STF 456), o conhecimento do mérito daqueles recursos e seu provimento implicará no descarte da decisão recorrida e na prolação de outra que a "substitui" (CPC, art. 512), do que decorrerá – presumivelmente – melhor resposta judiciária, ou quando menos, a última e definitiva.

3.2 - Do Recurso Especial.

A peculiariedade dessa modalidade recursal se da por sua definição constitucional[7]. Esta disciplina a competência para julgamento do recurso, qual instrumento recursal cabível, as matérias passíveis de análise, a origem dos julgados, como também as hipóteses de cabimento em face do ato realizado nos termos do artigo abaixo:

> Art. 105. Compete ao **Superior Tribunal de Justiça**:
> III – julgar, em **recurso especial**, as **causas decididas**, em **única ou última instância**, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

[5] ALVIM, Eduardo Arruda. Direito Processual Civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 871

[6] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso Extraordinário e Recurso Especial. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 129

[7] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Vade Mecum Universitário de Direito. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.

> a) contrariar tratado ou lei federal, ou **negar-lhes vigência;**
> b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
> c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

O artigo acima citado nos da oportunidade de aclararmos alguns aspectos do Recurso Especial.

Por grau de importância, a princípio a expressão destacada "única ou última instância" nos remete a necessidade do prévio esgotamento recursal das instâncias ordinárias. Não sendo admitido que a parte recorrente utilize do recurso especial quando se ainda é possível utilizar recurso ordinário. Tal requisito é de muito fácil compreensão. Se o recurso especial visa unicamente a garantir a efetividade e a uniformidade de interpretação da lei Federal e tem matéria de impugnação especifica e vinculada é natural que a parte deve previamente resguardar defesa do seu direito subjetivo. Utilizando da devolução aos tribunais ad quem que o reexamina toda a matéria fática e a de direito. Dando oportunidade ao juízo ordinário de sanar afronta a lei federal. E somente se afronta a lei federal persistir face ao acórdão é que deve utilizar do recurso especial.

O texto diz: "Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios", não se admitindo a interposição contra julgados proferidos por turmas recursais dos Juizados Especiais como também das decisões dos outros tribunais superiores – Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral, Superior Tribunal Militar -, bem como dos órgãos de segundo grau desses tribunais.

E por último, vedada recurso contra decisão proferida por juiz de primeiro grau ou mesmo de decisão monocrática. Por simples razão de ser, o reexame da matéria, possibilita que a desconformidade com a lei federal seja sanada pelos tribunais, evitando assim sobrecarga processual no Superior Tribunal de Justiça.

A Expressão utilizada pelo legislador constituinte como "causas decididas", nos remete a exigência do prequestionamento, que trataremos a diante com maior propriedade, pois se trata de um termo de complexa definição. Existem inúmeras valores semânticos dado pela doutrina e jurisprudência sobre a expressão. De toda sorte, firmaremos aqui como sendo a manifestação do julgador sobre os temas levados a juízo, seja esta manifestação com julgamento de mérito, sem julgamento do mérito e até mesmo as questões incidentais decididas no decorrer da testilha.

Eduardo Arruda Alvim[8] alumia acertadamente a questão:

> A expressão "causas decididas" deve ser entendida em seu sentido amplo, abrangendo todo e qualquer acórdão de tribunal local, tenha ele sido proferido em sede de apelação, embargos infringentes ou mesmo agravo de instrumento. Pouco importa, no caso do julgamento de apelação, que o recurso perante o tribunal local tenha versado a matéria de fundo, ou exclusivamente matéria processual.

A alínea "a" do artigo supracitado traz como hipótese de cabimento à afronta a "lei federal". Esta expressão praticamente define as hipóteses de cabimento do recurso, por isso sua compreensão deve ser elucidada, devendo ser entendida como sendo lei complementar federal, lei ordinária federal, lei delegada federal, decreto-lei federal, medida provisória federal decreto autônomo federal. Abrange também a expressão "lei federal" por força da Lei de Introdução ao Código Civil, os tratados internacionais quando incorporado/recepcionado ao nosso ordenamento jurídico. Sendo considerados lei em sentido estrito.

A mesma alínea também diz "Contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência". A diferenciação das expressões "contrariar" e "negar vigência", na prática é de difícil percepção. Ambas se confundem em diversos aspectos, entretanto, podemos entender o termo "contrariar" [9] quando o julgador deixar de reconhecer a eficácia normativa no caso concreto, o acórdão aprecia o dispositivo legal, mas o considera inaplicável ao caso, ou seja, interpreta de forma inexata. Nestes termos:

> O recurso extraordinário, estrito que é, deve ser apreciado nos termos exatos de sua formulação, e, portanto, não pode o Tribunal suprir as omissões que se verifiquem nele, pois o prolóquio latino jura novit curia não é aplicável à fase preliminar de conhecimento do recurso extraordinário" (Min. Antônio Neder, ementa no RE 79.417 (RTJ 90/516). Não cabe, pois, na instância extraordinária o brocardo da mihi factum, dabo tibi jus (exposto o fato, o juiz aplicará o direito, ainda que não alegado o dispositivo legal), próprio da jurisdição absoluta.

Por outro lado negar vigência se entende o acórdão que aprecia a questão, mas não aprecia o dispositivo de lei, ou seja, deixa de aplicar.

---

[8] ALVIM, Eduardo Arruda. Direito Processual Civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 860

[9] O recurso extraordinário, estrito que é, deve ser apreciado nos termos exatos de sua formulação, e, portanto, não pode o Tribunal suprir as omissões que se verifiquem nele, pois o prolóquio latino jura novit curia não é aplicável à fase preliminar de conhecimento do recurso extraordinário" (Min. Antônio Neder, ementa no RE 79.417 (RTJ 90/516). Não cabe, pois, na instância extraordinária o brocardo da mihi factum, dabo tibi jus (exposto o fato, o juiz aplicará o direito, ainda que não alegado o dispositivo legal), próprio da jurisdição absoluta.

Na alínea "b" do dispositivo constitucional conta a expressão "ato de governo local", que abarca tantos os atos normativos quanto os atos administrativos dos Poderes Executivos e Legislativos dos Estados membros, do Distrito Federal e dos Municípios, como também o Poder Judiciário dos Estados e do Distrito Federal.

Neste diapasão, Eduardo Arruda Alvim[10] alega os dizeres seguintes:

> Trata-se de requisito objetivo, constatável de plano. Basta que o tribunal local tenha julgado válido ato de governo local, contestado em face de lei federal, para que tenha cabimento o especial pela alínea b do inc. III do art. 105 da CF/88. Esse raciocínio significa que prevaleceu o ato de governo local, afastada a lei federal. Se, todavia, for julgado inválido ato de governo local, dando-s prevalência à lei federal, à parte vencida não aproveitará a hipótese de cabimento da alínea b, ora sob foco.

Conforme os dizeres acima do professor Arruda Alvim, este dispositivo constitucional, mostra sua extrema complexidade em face da análise do caso concreto. Não bastando à necessidade de se fazer uma análise a respeito do dispositivo legal infraconstitucional violado, deve se também analisar outro texto normativo, o ato do governo local contestado.

Em suma a alínea "b" refere-se à espécie de contrariedade ou negativa de vigência à lei federal. Ao afirmar a validade de ato de governo local que confronta o ordenamento jurídico federal, está-se, pois, deixando de aplicar as normas presentes neste. Fazendo com que o direito federal não seja uniforme. Indo em detrimento ao princípio básico dos recursos extremos que é a manutenção da Jurisdição da União una. Princípio importantíssimo para a manutenção do federalismo.

Assim, quando a decisão que privilegie ato de governo local, seja estadual ou municipal, em desacato a afirmação da lei federal, caberá Recurso Especial, nos termos do dispositivo supra mencionado.

Por derradeiro, a alínea "c" do artigo 105 trata-se apenas de uma subespécie daquela albergada pela alínea "a". Em suma, a análise desse dispositivo pressupõe que o tribunal tenha firmado entendimento sobre determinada lei federal, que se contraponha com julgado proferido por outro tribunal da federação a respeito da mesma matéria[11] de

---

[10] ALVIM, Eduardo Arruda. Direito Processual Civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 865

[11] Só há dissídio quando são diversas as soluções sobre a mesma questão, e não quando há soluções idênticas para questões diferentes" (RTJ 127/308).

direito, assim será convocado o Superior Tribunal de Justiça[12], para que uniformize a questão. Ficando aclarada a função do STJ, que não se presta à correção de eventuais injustiças cometidas pelos tribunais inferiores, não se tratando de terceiro grau de jurisdição. A instância do recurso especial – de modo igual ao recurso extraordinário – se presta a atentar apenas se houve ou não violação ao direito objetivo federal, não se importando com eventuais distorções presentes no acórdão relativas à matéria de fato. O que se busca, portanto, é unificar a interpretação da lei federal em todo o território nacional.

3.3 - Do prequestionamento.

Por ser recurso cabível somente frente à contrariedade de lei federal, ou quando a elas se negar vigência, é que decorre o requisito de admissibilidade chamado prequestionamento. Entende-se que a decisão objeto da controvérsia, proferida pelo tribunal de segundo grau, deverá ser feita sobre as normas que já constam mencionadas a sua contrariedade nos autos.

Um dos pressupostos principais dos recursos extremos e é uma das formas de e diferenciação dos demais recursos ordinários, a indispensabilidade a respeito do requisito do prequestionamento.

Mesmo de sendo um requisito para interposição dos recursos extraordinários, não há uma definição completa sobre o termo, antes o contrário, vários sentidos são dados a esta expressão na doutrina e na jurisprudência. Vejamos algumas definições trazidas por José Miguel Garcia Medina:

> Daí haver diversas concepções acerca do que se deve entender por prequestionamento. Tais entendimentos podem ser assim agrupados:
> (a)Prequestionamento como manifestação expressa do Tribunal recorrido acerca de determinado tema;(b) prequestionamento como debate anterior a decisão recorrida, acerca do tema, hipótese em que o mesmo e muitas vezes considerado como ônus atribuído a parte, (c) a soma das duas tendências citadas ou seja, prequestionamento como prévio debate a acerca do tema de direito federal ou constitucional, seguindo de manifestação expressa do Tribunal a respeito[13].

[12] Regimento Interno do STJ, em seu art. 255, § 1º, alíneas, e § 2º, dispondo, inclusive, que "o recorrente deverá transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados".

[13] José Miguel Garcia Medina – Prequestionamento e Repercussão Geral- 5º edição,editora Revista dos Tribunais – Pg113.

É recente a controvérsia quanto à definição da expressão. Na introdução do recurso extraordinário no direito brasileiro, não havia divergências a respeito. A constituição de 1891 previa que o recurso extraordinário, seria cabível quando se questionasse sobre a validade ou aplicação de tratados ou leis federais, e a decisão dos tribunais dos estados fosse contra as normas constitucionais e federais.

Ou seja, havia duas situações definidas. A primeira a necessidade da questão federal ou constitucional, depois que a decisão recorrida, fosse contraria a constituição ou lei federal em caso de 1891. E neste sentido se encaixa bem a sumula atual 282[14] do Supremo Tribunal Federal:

> **STF Súmula nº 282 – Admissibilidade - Recurso Extraordinário - Questão Federal Suscitada**
> É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

Só então daí que se abstrai que aparte deve obrigatoriamente provocar a questão federal e a decisão recorrida deverá ter manifestado entendimento a respeito. Porém, não se definiu em qual dos dois momentos, ocorre o prequestionamento, se quando da provocação das partes, ou se quando da decisão que manifesta entendimento sobre a contradição de questão federal.

A dificuldade de conceituação de prequestionamento ao meu entendimento se dá pela abstração do termo "questão federal" que encontra no texto da lei, porém sem definição clara. Entendo o termo "questão", não apenas quando se trata de pontos alegados pelas partes, mas também quando o próprio juiz levanta dúvida sobre algum ponto.

Assim sendo, configura questão federal ou questão constitucional sempre quando o juiz se manifestar, aplicando a lei federal ou constitucional a determinado tema, seja em virtude das discussões das partes, muitas vezes é o objeto de apreciação da própria jurisdição, seja quando o próprio julgador identificar o ponto, colocá-lo em questão e fundamentalmente sobre ele decidir. Destaca-se que o "termo questão" deve ter sido objeto de decisão jurisdicional, sendo em virtude de provocação das partes, ou não.

Semanticamente, já se identifica um conceito plausível para o termo, questionar é discutir, levantar questão, divergir sobre algum tema. Porém aos recursos

[14] STF Súmula nº 282 - 13/12/1963 - *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 128*

extremos, não basta apenas que este tema seja levantado pelas partes, importa que a questão (constitucional ou federal) esteja presente na decisão recorrida. Ainda se tratando de semântica, somado ao termo questionamento, encontra-se o pré, que da idéia de antecipação, entende que prequestionamento então, seria a discussão antecipada a cerca de algum assunto, por motivos já aclarados, como o assunto em discussão deve estar contido na apreciação do juízo, pois esta é que poderá ser atacada por recurso, o prequestionamento, deve ocorrer antes da decisão recorrida. Neste Sentido os dizeres de Theotonio Negrão[15]: Prequestionamento que dizer questionamento antes, apresentação do tema antes do julgamento e não depois.

Assim, o termo prequestionar ocorre antes da decisão recorrida, ou no máximo concomitante com a decisão recorrível, onde mesmo sem provocação das partes surge questão constitucional ou federal, em virtude da manifestação do próprio juiz. Importando que a questão constitucional ou federal reste decidida seja por impulso das partes ou do juízo. Sendo o prequestionamento o meio pelo qual se leva a conhecimento do juízo a quo a questão federal ou constitucional, com objetivo que seja decidida. Vejamos as palavras de Nelson Nery Junior[16]:

> O prequestionamento é apenas um meio para instar-se o juízo ou tribunal de origem a decidir a questão constitucional ou federal que se quer ver apreciada pelo STF ou STJ, no julgamento do RE Ed do RESP; 2º prequestionamento não é verdadeiro requisito de admissibilidade do RE e do RESP. 3.o verdadeiro requisito de admissibilidade do RE e do RESP é o cabimento, que só ocorrerá quando as matérias que tenham sido efetivamente "decididas"pelas instancias ordinárias (CF 102III e 105EE); 4. "causa decidida" é manifestação específica do requisito genérico de admissibilidade denominado cabimento do recurso.o prequestionamento é apenas o meio que se chega a este fim.

4 - Os Preceitos De Ordem Pública.

Observada a dinâmica recursal dos recursos extremos, passaremos a observar os preceitos de ordem pública. Matéria de suma importância para formatação teórica do presente artigo. Consistem basicamente em institutos que estão ligados com a preservação e estabilidade da ordem jurídica. Destinam-se a conferir garantia aos litigantes e assegurar a supremacia da jurisdição, preconizando os pressupostos processuais e procedimentais.

---

[15] O Novo recurso extraordinário, Revista dos tribunais, Vol. 656, P246.

[16] Ainda sobre o prequestionamento – os embargos de declaração prequestionadores, aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais, Vol. 4, p 863-864

Entende-se por ordem pública como a solução ordenada e pacífica dos conflitos. Esta solução conflitava só é possível por deixar de lado o interesse das partes na solução da lide e buscar a do interesse público maior. Dessa sorte, são o interesse geral, de segurança jurídica, e sua observância de ser rigorosa por todos principalmente pelos agentes estatais ocupados da marcha processual.

Todavia, com o desenvolver das pesquisas, observamos que tais preceitos – positivados em lei – não são absolutamente intocáveis e que muitas vezes são negligenciados pelos julgadores, embora sejam as referências fundamentais do atual estado de governo. Tem se dado por várias vezes, mais valor a um quesito instrumental do processo como forma de incentivo à efetividade da prestação jurisdicional (prequestionamento) do que aos pilares jurisdicionais estatais chamados de ordem publica. Notamos a efetivação da afirmação supracitada quando não se apreciam os recursos contendo esses preceitos por terem sido desidiosos nos requisitos formais de admissibilidade dos recursos excepcionais.

Ora, de ordem pública, neste aspecto, são as disposições que traz os elementos essenciais do processo, definidores de seus traços fundamentais. Ao meu entender podem e tem respaldo legal para serem argüidas ex oficio quando dizem com a coisa julgada (prescrição e decadência), a disciplina das nulidades, questões de competência e de legitimação das partes.

O que se deve considerar é a obediência das normas jurídicas existentes, aliada à lógica e ao bom senso na busca pelo fim último do direito, a pacificação social

Assim, é de fundamental importância que tracemos consideração acerca dos preceitos de ordem pública. É vago o conceito, Da mesma forma como ocorre com a figura do prequestionamento, uma vez que se trata de normas positivadas – (a - no controle concreto de constitucionalidade das leis; b- nas questões assim expressamente definidas em lei (. art. 1º do CDC [17]); c) nas nulidades absolutas e de fundo, previstas nas leis substantivas e processuais, respectivamente (art. 122, do CC [18]; art. 113, 267, § 3º e 301, § 4º, CPC). - porém, as legislações não trazem definições ao termo. cabendo, pois, à jurisprudência e à doutrina dispor a respeito. Caio Mário, traça a seguinte definição:

[17] Art. 1º do Código de Defesa do Consumidor: "O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5°, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias".

[18] Art. 122 do Novo Código Civil: "São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo o efeito negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes"

> Tendo em vista a natureza especial da tutela jurídica e a finalidade social do interesse em jogo, compõem uma categoria de princípios que regem relações entre particulares, a que o Estado dá maior relevo em razão do interesse público em jogo.

A expressão este intimamente ligada essencialmente da atividade estatal, pois só a proteção de direitos coletivos permiti que todos gozem de seus próprios direitos e possam defender seus legítimos interesses difusos. Conforme 144[19] da Constituição Federal que dispõe: A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Para Hely Lopes Meirelles[20]:

> Finalizando, diremos que a ordem pública não é figura jurídica, nem instituição política ou social. É situação fática de respeito ao interesse da coletividade e aos direitos individuais que o Estado assegura, pela Constituição da República e pelas leis, a todos os membros da comunidade. Daí decorre a variabilidade do conceito de ordem pública no tempo e no espaço, vinculado sempre à noção de interesse público e de proteção à segurança, à propriedade, à saúde pública, aos bons costumes, ao bem estar coletivo e individual, assim como à estabilidade das instituições em geral.

Levando em conta que a conceituação de ordem pública está vinculada a evolução do direito, das ênfases aos valores sociais em divergentes momentos históricos dificulta ainda mais a conceituação. Atualmente, sua definição é ampla em virtude das ideologias sociais típicas do Estado intervencionista contemporâneo. Resta que preceitos de ordem pública consistem basicamente em institutos jurídicos de importância prioritária em relação aos demais, porque advogam diretamente para preservação e estabilidade da ordem jurídica visando conferir garantia aos litigantes e assegurar a supremacia da jurisdição.

Filtrando, podem ser as matérias de interesse coletivo, elencadas acima dos interesses subjetivos de uma relação jurídica, devendo ser, assim, tidas como fundamento da jurisdição, devendo ser analisadas de ofício pelo órgão julgador, independentemente de qualquer pedido expresso das partes de uma relação processual.

---

[19] BRASIL. Constituição Federal (1988)

[20] MEIRELLES,Hely Lopes. Direito Administrativo da ordem pública. 3. ed. Rio de Janeiro:Forense, 1998, p. 93.

Transcende o mero interesse das partes na solução da lide porque se apresenta como projeção específica do interesse público maior, que vem a ser a solução ordenada e pacífica dos conflitos.

Observa-se, entretanto, que utilização e aceitação constante dos tribunais ao princípio da instrumentalidade do processo como forma de incentivo à efetividade da prestação jurisdicional,vem mostrando que os preceitos de orem pública, não são absolutamente intocáveis, embora permaneçam como referências fundamentais.

No aspecto processual, tais preceitos, são as disposições que dizem elementos essenciais do processo. Essenciais porque definidores de seus traços fundamentais. Assim o são os que dizem com a coisa julgada, a disciplina das nulidades, questões de competência e de legitimação das partes. A própria legislação processual traduz os fundamentos que colocam tais preceitos no patamar mais elevado, estes fundamentos também se elencam a na própria Constituição e em virtude deles decorrem tantos inúmeros princípios norteadores do nosso direito como os princípios do devido processo legal, (art. 5º, LIV), bem como os dispositivos que asseguram o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV).

5 – Prequestionamento E Os Preceitos De Ordem Pública.

Por fim, cumpre aqui a questão a que se propõe este estudo. Dada a sua importância fundamental, os preceitos de ordem pública poderiam figurar como exceção ao requisito do prequestionamento, podendo o Superior tribunal de Justiça reconhecer tais preceitos mesmo quando não prequestionados?

A princípio é imperioso observar a conceituação anterior, do instituto do prequestionamento, de sorte igual, das matérias de ordem pública, que são de possível conhecimento em qualquer momento e grau de jurisdição.

A controvérsia existente sobre a prescindibilidade do prequestionamento já é discutida há tempos, porém, no Superior Tribunal de Justiça, até o presente momento, não firmou posição a respeito, verifica-se posicionamentos discrepantes perante os ministros.

Há posicionamento no sentido de que o requisito do prequestionamento prevalece ate mesmo sobre as matérias de ordem pública:

> "EMBARGOS **DE** DECLARAÇÃO. EMBARGOS **DE** DECLARAÇÃO. *AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATOS A AGENTE **DE** POLÍCIA DO ESTADO **DE** ALAGOAS.*

> *VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 458, II, E 460 DO CPC. FALTA* ***DE PREQUESTIONAMENTO.*** *SÚMULA 282/STF. EXAME PSICOTÉCNICO. VERIFICAÇÃO DO CARÁTER SIGILOSO E SUBJETIVO. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. EMBARGOS* ***DE*** *DECLARAÇÃO REJEITADOS. SEGUNDO RECURSO* ***DE*** *EMBARGOS* ***DE*** *DECLARAÇÃO TAMBÉM REJEITADOS.*
> *1. A jurisprudência orientadora do STJ é a* ***de*** *que mesmo as* ***matérias de ordem pública*** *necessitam do* ***prequestionamento,*** *para serem analisadas em tema* ***de*** *recurso especial.*
> *2. (...)*
> *3(...)*
> *(EARES 200600595859 EEARES - EMBARGOS* ***DE*** *DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS* ***DE*** *DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – 834561) CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) SEXTA TURMA)"*

> *AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. ARTS. 202 E 219 DO CC/2002, E 219 DO CPC. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STJ. PERCENTUAL DE 84,32%. IPC DE MARÇO/90. COISA JULGADA TRABALHISTA. EFICÁCIA ATÉ 11/12/90. ART. 471 DO CPC. VIOLAÇÃO NÃO CONFIGURADA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SIMILITUDE FÁTICA NÃO DEMONSTRADA. 1. Esta Corte de Justiça possui posicionamento predominante no sentido de que mesmo as matérias de* ***ordem pública*** *não prescindem do necessário prequestionamento, sendo inviável, portanto, sua* ***apreciação de ofício*** *nos casos em que não debatidas previamente pelo Tribunal de origem. Súmula 282/STJ*
> *2(...)*
> *3(...)*
> *4(...)*
> *(AGRESP 200702941493AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – 1014287, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, STJ, SEXTA TURMA, DJE DATA:18/10/201)*

Há também decisões que entendem a necessidade de excepcionar a regra do prequestionamento de modo a conhecer das matérias de ordem pública. Vejamos:

> *ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 2º E 47 DO CPC.* ***PREQUESTIONAMENTO.*** *AUSÊNCIA. CONHECIMENTO* ***DE*** *OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.*
> *1."O Superior Tribunal* ***de*** *Justiça, com base no art. 257* ***de*** *seu Regimento Interno e na Súmula 456/STF, tem-se posicionado no sentido* ***de*** *que, superado o juízo* ***de*** *admissibilidade e conhecido por outros fundamentos, o recurso especial produz o efeito translativo,* ***de*** *modo a permitir o exame* ***de*** *ofício das* ***matérias de ordem pública****" (AgRg nos EDcl na DESIS no REsp 1.123.252/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 15/10/10).*
> *2. (...)*
> *3. (...)*
> *4. (...)*
> *AGRESP 201001561320 AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – 1209528, ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, DJE DATA: 18/02/2011.*

Ate mesmo na doutrina, encontra-se posicionamentos divergentes, mas que se encaixam perfeitamente nessas duas linhas de pensamentos definidas acima.

Há aqueles que defende o prequestionamento como requisito essencial a interposição dos recursos especial e extraordinário, porém entendendo que a necessidade de haver abrandamento ao requisito quando se tratar de preceitos de ordem publica, justamente por estes preceitos terem interesses basilares ao ordenamento jurídico.

Como também se encontra posicionamento doutrinário onde se preza pela necessidade do prequestionamento mesmo em se tratando de preceitos de ordem pública. Se apoiando na expressa determinação legal constitucional.

Elucidando a questão, veja se no primeiro grau, ainda que se interpretasse de forma restritiva o termo "sentença de mérito" constante do § 3º do art. 267 do CPC, não haveria como se afastar a possibilidade de o juiz, por si próprio, mesmo após o saneamento do processo (art. 331 do CPC), reconhecer os preceitos de ordem publica, até porque, não há preclusão pro judicato. O juiz conserva a jurisdição, não perdendo a faculdade de reexaminar a questão de ordem pública julgada, por ser esta norma processual imperativa, conforme já destacado.

Seguindo a marcha processual, deve o Tribunal examinar novamente decisão sobre questão de ordem pública. Se o juízo monocrático houver se manifestado expressamente sobre a questão, não resta dúvida, segundo o efeito devolutivo do recurso de apelação, nos termos do art. 515 do CPC, que estabelece que "a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada".

Ainda que não se manifeste o juiz de primeiro grau não há que se falar em preclusão para o julgador de segundo grau muito menos em decisão ultra ou extra petita, não se deve restringir as disposições do art. 267, § 3º, do CPC, à decisão de primeiro grau. Havendo recurso nas instancias ordinárias, seja ele qual for, deve o tribunal analisar questão de ordem pública, ainda que esta não tenha sido objeto de consideração pelo julgador de 1º grau, até mesmo de ofício.

Persistindo a inobservância dos os preceitos tidos por públicos na manifestação pelo Tribunal de 2º grau, o recorrente deverá suscitá-las através dos embargos de declaração a título de omissão, mesmo que não tenha sido ventilada anteriormente**,** afinal, havia o dever de que tais matérias fossem apreciadas de ofício, cumprindo a finalidade da jurisdição.

Caso ainda assim, se mantenha a omissão por parte do órgão jurisdicional de segundo grau resta à parte recorrente buscar o prequestionamento do tema com a oposição dos embargos de declaração com efeito de prequestionamento. Vingando ainda a omissão cabe à parte recorrer ao STJ, suscitando, respectivamente, em seu recurso especial, uma preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, com indicação de violação dos arts. 5º, LIV e LV, 93, IX, da CF/88, 128 e 535 do CPC, visando a cassar a decisão recorrida e fazendo com que o Tribunal local profira outra decisão afastando os vícios de prestação jurisdicional anterior.

Se ao findar desta longa caminhada recursal, persistir a não observância dos preceitos de ordem publica, abre-se a oportunidade para a interposição de recurso especial para correção deste vício (CPC, art. 535, II ou o art. 458, II), Se, porém, como é pressuposto dos recursos especial, caso juízo não entenda que a matéria tenha sido tratada no acórdão recorrido, de nada adianta ao litigante tentar em seu recurso de natureza extraordinária debater a questão de ordem pública não abordada pela Corte local, pois como já abordado mesmo havendo divergência entre os ministros, prevalece o entendimento no STJ em ser o prequestionamento imprescindível.

É um tanto quanto espantoso tal posicionamento uma vez que não se quer do recurso especial uma terceira via de jurisdição para que se debata direito subjetivo da parte, muito diferente disso, é fazer com que o Superior tribunal de Justiça, cumpra seu papel de interpretar, pacificar, uniformizar o entendimento dado à legislação, promovendo a estabilidade jurídica.

No mais, se os preceitos de ordem publica deveriam ter sidos reconhecidos de oficio pelo juízo,mais difícil fica de entender, o posicionamento do STJ de não acatar a estes preceitos, mesmo que não prequestionados. Ora, se o reconhecimento de oficio era dever da (jurisdição) esta e não o fez, é abissal que em sede de juízo extraordinário a desídia em relação à preservação dos preceitos fundamentais do ordenamento se mantenha. Primeiro pelo juízo ordinário que não cumpre seu dever e não reconhece os preceitos de ordem pública, segundo pelo Superior Tribunal de Justiça que acoberta a negligencia dos juízos ordinários indo em detrimento ao ordenamento fazendo com que o requisito do prequestionamento, esteja acima das normas de ordem pública. Estas que em alguns casos encontram-se positivados, ate mesmo na constituição, mas que em outros não, sendo princípios fundamentadores de todo instrumento da jurisdição.

Nos dizeres de Nelson Luis Pinto, verbis:

> Parece-nos que, relativamente às questões de ordem pública, que, por disposição legal, devem ser conhecidas e decretadas até mesmo *ex officio* em qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 267, § 3º), que são, essencialmente, os vícios ligados à falta das condições da ação e dos pressupostos processuais positivos de existência e de validade do processo, bem como à presença dos pressupostos processuais negativos, deve ser dispensado o prequestionamento, devendo o Superior Tribunal de Justiça, até mesmo de ofício, conhecer dessas questões, evitando-se, assim, o trânsito em julgado da decisão viciada, que poderá ensejar a propositura de ação rescisória (art. 485, V, do CPC).

Parece ser mais sóbrio o entendimento baseado na Sumula 456 do Supremo tribunal Federal que estabelece: O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o direito à espécie.

Ora, nada mais diz a redação da súmula se não sendo: conhecido o recurso extraordinário ou especial, o tribunal deverá necessariamente apreciar, de ofício, as matérias de ordem pública constantes do ordenamento jurídico. Deve ser este o posicionamento mais próximo da finalidade do tribunal, que acima de tudo é o órgão responsável pela preservação da ordem legal federal, por isso faz se mister que aprecie as questões que a própria legislação federal, julgou ser fundamental ao ordenamento.

Se de modo diferente fosse, entraria o tribunal em contradição performativa com a legislação federal. Se deixa o tribunal de apreciar preceitos fundamentais violados, por falta de prequestionamento, essa decisão aparenta-se injusta e violadora de preceitos legais e constitucionais, que possivelmente será objeto de ação rescisória, a ser proposta perante o tribunal *a quo*, tornando sem efetividade a jurisdição.

Uma vez que o ordenamento concede ao julgador a qualquer tempo a possibilidade de conhecer das questões de ordem pública, não pode a parte ser penalizada pela decisão que deixou de apreciar a questão federal, embora tendo sido o tribunal a quo regularmente provocado por todos os meios que a lei lhe outorga, inclusive com a oposição de embargos de declaração.

Deve o julgador prezar pelo ordenamento e se posicionar de maneira a conhecer dos preceitos de ordem pública. É preferível que se permita o conhecimento da matéria de ordem pública em sede de recurso especial sem a necessidade do requisito do prequestionamento, para que se evitem decisões inúteis, nulidade absoluta e inexistência do processo. Como diz Paulo Henrique dos Santos Lucon[21]

[21] LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Recurso Especial: ordem pública e prequestionamento: Estudos em homenagem à professora Ada Pelegreini Grinover. 1. ed. São Paulo: DPJ, 2005, p.

> Havendo a violação a essas regras superiores, o recurso especial deve ser conhecido e provido, principalmente naqueles casos em que a decisão será inutiliter data. É por isso que matérias relacionadas às nulidades absolutas, condições da ação e pressupostos de constituição e desenvolvimento do processo, em certos casos, vão muito além do que o requisito do prequestionamento. A violação à norma jurídica, por inobservância de matéria de ordem pública, é de suma importância e não pode ser, simplesmente, desconsiderada pelo julgador nas instâncias especial e extraordinária.

6 – Conclusão.

Diante de todo o exposto, entende-se ser possível apreciação de matérias de ordem publica por parte da corte superior mesmo não prequestionada. Conhecido o recurso extraordinário ou especial, o tribunal deverá necessariamente apreciar, de ofício, as matérias de ordem pública constantes do ordenamento jurídico. Deve ser este o posicionamento mais próximo da finalidade do tribunal, que acima de tudo é o órgão responsável pela preservação da ordem legal federal, por isso faz se mister que aprecie as questões que a própria legislação federal, julgou ser fundamental ao ordenamento.

Se de modo diferente fosse, entraria o tribunal em contradição performativa com a legislação federal. Se deixa o tribunal de apreciar preceitos fundamentais violados, por falta de prequestionamento, essa decisão aparenta-se injusta e violadora de preceitos legais e constitucionais, que possivelmente será objeto de ação rescisória, a ser proposta perante o tribunal *a quo*, tornando sem efetividade a jurisdição.

Uma vez que o ordenamento concede ao julgador a qualquer tempo a possibilidade de conhecer das questões de ordem pública, não pode a parte ser penalizada pela decisão que deixou de apreciar a questão federal, embora tendo sido o tribunal *a quo* regularmente provocado por todos os meios que a lei lhe outorga, inclusive com a oposição de embargos de declaração.

Deve o julgador prezar pelo ordenamento e se posicionar de maneira a conhecer dos preceitos de ordem pública. É preferível que se permita o conhecimento da matéria de ordem pública em sede de recurso especial sem a necessidade do requisito do prequestionamento, para que se evitem decisões inúteis, nulidade absoluta e inexistência do processo.

Bibliografia.

ALVIM, Eduardo Alvim**.** *Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei n. 8.078/1990. Vade Mecum Universitário de Direito. 8. ed. São Paulo: Ridell, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V. I. 18. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010

LUCON, Paulo Henrique dos Santos**.** *Recurso especial: ordem pública e prequestionamento: Estudos em homenagem à professora Ada Pelegrini Grinover*. 1. ed. São Paulo: DPJ, 2005

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso* ***Especial.*** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial.* 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009,

MEIRELLES,Hely Lopes. *Direito Administrativo da ordem pública*. 3. ed. Rio de Janeiro:Forense, 1998, p. 93.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto**.** *Curso de Direito Processual Civil.* V.1. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2009

WAGNER JUNIOR, Luis Guilherme da Costa. *Processo Civil:* Curso Completo, 4º edição. Del Rey , Belo Horizonte. 2010

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E A CRISE DE LEGITIMIDADE DO PODER: REFLEXÕES A PARTIR DA EXPERIÊNCIA DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO

PARTICIPATORY DEMOCRACY AND THE CRISIS IN THE POWER LEGITIMACY

Luana Xavier Pinto Coelho[1]

Resumo: O artigo explora o modelo democrático brasileiro presente na Constituição Federal de 1988, que comunga elementos de democracia representativa com a participação direta dos cidadãos na vida pública, abordando de forma mais aprofundada a experiência do orçamento participativo. Diante da crise de legitimidade nos representantes do poder formal, processos de participação direta de cidadãos têm sido estimulados e fomentados desde 1988. Sendo uma das mais percussoras experiências, que modifica a clássica função dos poderes do Estado, o orçamento participativo traz à arena pública o debate sobre gastos públicos, cuja decisão sempre se concentrou as mãos do poder executivo. O impacto deste projeto nas cidades onde têm sido implantado é significativo, conforme estudos realizados, que vão desde um maior envolvimento da população na vida pública à redução da sonegação fiscal. Contudo, várias limitações existem no projeto conforme seu desenho institucional e o comprometimento político dos líderes do executivo local. O artigo explica as origens e o conceito de orçamento participativo, além de apresentar o modelo da cidade de Porto Alegre. Por fim, apresenta os impactos positivos do projeto, assim como suas limitações, promovendo uma reflexão sobre a democracia participativa no Brasil.

Palavras-chave: democracia participativa, governo local, orçamento participativo

Abstract: The article explores the democratic model presents in the Brazilian Federal Constitution of 1988, which is composed of elements of representative democracy with citizens' direct participation in public life, debating the example of the participatory budgeting. Processes of direct citizens' participation have been encouraged and fostered since 1988, due to the legitimacy crisis in the formal representatives of power. Participatory budgeting is one of the most precursor experiences of direct participation, which modifies the classical function of state powers. It brings into the public arena the debate over public spending, whose decision were always concentrated on the hands of the executive power. The impact of this project in the cities where it has been deployed is significant, as demonstrated by studies. They range from greater involvement of people in public life to the reduction in tax delinquency. However, the project has several limitations, which can be greater or not according to its institutional design and the existing political commitment from mayor's office. The article explains the origins and concept of participatory budgeting, as well as presents the institutional design of the city of Porto Alegre. Finally, it presents the positive impacts of the project as well as its limitations, promoting a reflection on participatory democracy in Brazil.

[1] Mestre em Cooperação Internacional e Desenvolvimento Urbano pelo Instituto de Urbanismo de Grenoble, França e TUDarmstadt, Alemanha. Especialista em Direito Constitucional. Professora de Direito da UNIPAC-Itabirito. Pesquisadora do Projeto Cidade e Alteridade da UFMG.

Key-words: participatory democracy, local government, participatory budget

1. O povo no poder: modelo democrático da Constituição de 1988.

A constituição Brasileira de 1988 contém um modelo democrático onde conjuga elementos de democracia representativa, nos moldes das constituições anteriores, com elementos de participação direta da população seja na vida política do Estado, seja na atuação da máquina administração estatal.

José Afonso da Silva (2007, p.137), ao analisar qual é o modelo democrático traçado pela Constituição de 1988, disserta que

> A constituição combina representação e participação direta, tendendo, pois, para a democracia participativa. É o que, desde o parágrafo único do art. 1º, já está configurado, quando, aí, se diz que *todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos* (democracia representativa), *ou diretamente* (democracia participativa).

Na democracia representativa o povo exerce o poder de forma indireta, sendo que sua participação se dá na eleição dos representantes que irão compor o Parlamento. As eleições dão-se periodicamente, seguindo uma processualística formal, conforme técnicas eleitorais pré-definidas. Conceituando a forma de governo representativa expõe Jorge Miranda (2003, 46):

> Governo representativo significa a forma de governo em que se opera uma dissociação entre a titularidade e o exercício do poder – aquela radicada no povo, na nação (no sentido revolucionário) ou na colectividade, e este conferido a governantes eleitos ou considerados representativos da colectividade (de toda a colectividade, e não de estratos ou grupos como no Estado estamental). E é a forma de governo nova em confronto com a monarquia, com a república aristocrática e com a democracia directa, em que inexiste tal dissociação.

O exercício da soberania popular através de representantes eleitos pelo povo foi um ideal liberal[2], onde a burguesia nascente desejava suplantar o poder soberano do rei e alcançar, assim, poder político. A democracia representativa, portanto, baseia-se na

[2] A democracia representativa foi um ideal liberal, representado principalmente pela doutrina de Rousseau do contrato social, em oposição ao absolutismo monárquico. O poder passa das mãos do rei para o povo, donos do verdadeiro poder soberano. O estado liberal apoia-se, ainda, na doutrina de Montesquieu de divisão dos poderes (executivo, legislativo e judiciário), para construir uma liberal-democracia. Sob as bandeiras da liberdade e igualdade e fundados nas doutrinas dos filósofos Rousseau e Montesquieu, a burguesia do século XVIII promove a Revolução Francesa, com vistas a conseguir poder político. (BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 70). O autor apresenta o caráter contraditório do ideal liberal-democrático, uma vez que Rousseau havia elegido o princípio da soberania popular, tendo como características essenciais a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a indivisibilidade, e Montesquieu trouxe a tese de divisão do poder (p.52).

igualdade entre os cidadãos, que exercem o poder político através de seus representantes no Parlamento.

A legitimidade da representação advém da identidade entre a vontade geral e a atuação dos mandatários, ou seja, dos parlamentares, como explicita Zippelius (1997, 238):

> De acordo com a compreensão democrática, os representantes devem antes ser madatados pelo povo no sentido de 'exprimir a vontade em seu lugar'. No facto de eles receberem o seu mandato das mãos do povo, reside não só o fundamento legitimador do seu poder de decisão, mas também o instrumento para manter as decisões dos representantes, de forma geral, em harmonia com a vontade da maioria do povo.

O povo, nesta concepção liberal, não exerce diretamente o poder, mas é soberano para escolher quem o fará. Assim, "muito cedo na história da democracia, um corpo representativo tomou o lugar do povo, passando a agir de forma direta, sendo eleito pelos cidadãos por meio de eleição livre, direta, secreta e igualitária", como expõe Scholler (2007, 54).

Na contemporaneidade, a democracia representativa está presente na maior parte dos países democráticos, como saída para o exercício popular do poder em circunstâncias tais (dimensão territorial e quantidade populacional) que o exercício do poder direto pelo povo demonstra-se extremamente dificultoso. Neste sentido explica Scholler:

> O refúgio dos fundamentos da democracia direta continha diferentes causas. A causa mais importante é provavelmente o desenvolvimento de Estado com grandes superfícies, nos quais a participação do cidadão nas decisões imediatas e diretas é difícil. A outra razão reside, acima de tudo, no fato de que os deveres centrais de legislar obrigam o Parlamento a exigir cada vez mais a participação de representantes competentes do povo. Por fim, é necessário considerar o fator tempo, pois é muito comum que uma situação concreta passe a exigir uma ação rápida de um determinado corpo representativo que deve estar a postos de maneira permanente. Isto não vale unicamente para os casos de urgência, mas igualmente para certas decisões cotidianas. Nesta situação, o cidadão se sente alienado pelo Parlamento, que geralmente está localizado longe de seu domicílio e é ocupado por personalidades que não fazem parte do seu círculo de vida, como profissionais ou políticos. (2007, 54)

A Constituição Brasileira de 1988 institui a representação popular como uma das formas de exercício da democracia. Os cidadãos (aqueles legitimados a participarem dos pleitos eleitorais) escolhem através do voto direto, secreto e universal, seus representantes no Parlamento e no comando do Poder Executivo.

A democracia representativa, contudo, apresenta-se insuficiente para conceber a soberania popular. Primeiramente, porque as pessoas que participam democraticamente na eleição de representantes não correspondem à totalidade de pessoas residentes no

território nacional, que são, da mesma forma, destinatários de direitos. Em segundo lugar, o exercício do poder popular através de representantes mostrou-se inconveniente com o distanciamento dos exercentes do mandato dos interesses de seus mandantes, que passam a defender interesses de grupos, com vistas a obter vantagens pessoais, não havendo mecanismos de controle da atividade dos mandatários.

Ademais, possuindo o Poder Executivo todo o poder econômico, este se utiliza de troca de vantagens e favores para persuadir os parlamentares, fazendo com que fique reduzida a oposição dentro do Parlamento, prejudicando sua função precípua de fiscalizar os atos de governo. A oposição política é essencial à democracia, como explicita Emerique:

> A presença da oposição em um cenário político e o grau de liberdade de que dispõe para atuar na sociedade denotam, em maior ou menor medida, o pluralismo político vivenciado pela comunidade. A oposição é uma expressão do pluralismo, sem a qual um Estado não conta com uma autêntica legitimidade democrática. (2006, 202)

O enfraquecimento do Parlamento como órgão fiscalizador e, sobretudo, como ente máximo de representação da soberania popular, demonstra a insuficiência da participação pela via meramente representativa, o que provoca um agigantamento do Poder Executivo e uma sobrecarga do Poder Judiciário, que faz às vezes de fiscal de atos de governo, numa deformação da concepção clássica liberal de democracia representativa.

Consequentemente, pode-se dizer que a democracia representativa em sua concepção liberal clássica encontra-se em crise, uma crise de legitimidade: o povo não se vê representado no Parlamento. Isto tem como implicação a alienação do povo da vida pública.

Esta alienação é perversa para a democracia, pois onde não há participação, não há atuação conjunta para concretização de direitos fundamentais, muito menos fiscalização, deixando com que os governantes se distanciem dos interesses populares, mesmo porque estes não são demonstrados ou pouco reivindicados.

Scholler considera que

> um outro elemento de alienação deve ser levado em consideração: o fato de que os representantes do povo tenham se tornado igualmente representantes de interesses organizados, fato este que se apresentou mais claramente nas últimas décadas. Desta maneira, nasce o sentimento de ser governado por poderes invisíveis e de se estar exposto a decisões tomadas longe dos cidadãos e de seus interesses.

Streck e Boson (2006, 211-212) explicitam a influência do capitalismo na insuficiência da democracia representativa em garantir a igualdade social. Apontam

como Macpherson idealizou outra forma de democracia que possibilitava romper com o monopólio do poder pelos grupos econômicos:

> Como contraponto, Macpherson propõe um modelo de democracia onde existia uma diminuição gradual dos pressupostos de mercado e uma ascensão gradual do direito igual de desenvolvimento individual. Para tanto, apresenta um conjunto de pré-condições que seriam as condições sociais de democracia: mudança da consciência do povo e grande diminuição da atual desigualdade social e econômica, eis que a desigualdade exige um sistema partidário não-participativo para manter o *status quo*. Acentua que há uma espécie de círculo vicioso: n;ao se pode conseguir mais participação democrática sem haver uma prévia mudança da desigualdade social e sua consciência, mas também não se consegue mudar ambas as condições sem um aumento anterior da participação democrática. Daí a prescrição de Macpherson para que se estimulem os procedimentos que viabilizem as propostas tanto de Marx como de J. S. Mill numa democracia que ele chama de 'participativa'.

Em contraponto à democracia representativa, surge a idéia da democracia participativa, onde o povo tem vias de acesso direto ao poder, não somente através de seus representantes. Na democracia participativa, o poder é exercido diretamente pelo povo.

A possibilidade de fiscalizar o poder, assim como de exercê-lo *diretamente* em defesa de assuntos de interesse público, fazem com que a democracia participativa alcance maior legitimidade. A ideia de participação para concepção deste conceito é concreta, ou seja, exige o exercício *direto* da cidadania por parte do povo. José Afonso da Silva explica que

> qualquer forma de participação que dependa de eleição não realiza a democracia participativa, no sentido atual dessa expressão. A eleição consubstancia o principio representativo, segundo o qual o eleito pratica atos em nome do povo. O *princípio participativ*o caracteriza-se pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo. (2007, 141)

A participação direta do povo nos atos de governo deve operar de forma a refletir a vontade do estado, para que haja uma correspondência entre a vontade popular e a vontade estatal. A participação deve se realizar, precipuamente, nos atos deliberativos, que são aqueles que definem as diretrizes de atuação. Isto porque a função puramente administrativa permanecerá nas mãos dos servidores do Estado, que atuam mediante o uso de poderes instrumentais conferidos pela ordem jurídica[3]. Esta, contudo, deve ser definida pela via da participação popular.

[3] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 29.

Essencialmente, portanto, a democracia participativa exige que a efetiva participação popular legitime o poder estatal. A forma pela qual se dará esta participação dependerá das contingências de cada Estado.

A Constituição Brasileira de 1988 privilegiou um sistema democrático híbrido, conjugando elementos de democracia representativa com elementos da democracia participativa (art. 1º, parágrafo único).

Cabe aqui colocar por fim que, para Paulo Bonavides, a democracia como direito fundamental deve ser, necessariamente, uma democracia participativa. Conclusão esta que se torna inevitável frente aos argumentos apresentados que demonstram a insuficiência da democracia representativa.

> A democracia positivada por direito da quarta geração será, de necessidade, tanto quanto possível, uma democracia direta e participativa. Materialmente exeqüível, graças aos progressos da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável, graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema, há de ser também democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder. (2003)

Como conceito em construção, a democracia não possui regras delimitadas. Cabe a cada Estado nacional estabelecer como se dará o governo pelo povo, cientes de que, em uma sociedade complexa, composta de milhões de indivíduos, a atuação direta destes nas decisões do Estado torna-se inviável e utópica. Todavia, a máquina estatal deve garantir formas de exercício do poder decisório pelo povo, ou resguardar espaço para participação popular.

Corroborando com esta conclusão está Clèmerson Merlin CLÈVE:

> A questão da democracia não pode ser posta apenas em termos de representatividade. Não há dúvida que em Estados como os modernos não há lugar para a prescindibilidade da representação política. Os Estados modernos, quando democráticos, reclamam pela técnica da representação popular. A nação, detentora da vontade geral, fala pela voz de seus representantes eleitos. Mas a cidadania não se resume na possibilidade de manifestar-se, periodicamente, por meio de eleições para o Legislativo e para o Executivo. A cidadania vem exigindo a reformulação do conceito de democracia, radicalizando, até, uma tendência que vem de longa data. Tendência endereçada à adoção de técnicas diretas de participação democrática. Vivemos, hoje, um momento em que se procura somar a técnica necessária da democracia representativa com as vantagens oferecidas pela democracia direta. Abre-se espaço, então, para o cidadão atuar, direta ou indiretamente, no território estatal. (1993, 16-17)

A compreensão do modelo democrático idealizado pela nova ordem constitucional de 1988, que comunga a participação direta dos cidadãos na vida do Estado, é vital a sua efetivação. Inúmeros instrumentos, previstos tantos na Constituição Federal, como em inúmeras normas infraconstitucionais, a partir de 1988 passaram a

exigir a participação direta das comunidades na solução ou deliberação sobre assuntos em pauta. Um dos mecanismo de participação popular mais reconhecidos e transgressores no Brasil, sob a ótica das funções clássicas dos poderes do Estado, foi o orçamento participativo, cuja visibilidade chegou a organismos internacionais e já encontra-se difundido pelo mundo.

2. Participação popular na tomada de decisões em âmbito local: o Orçamento Participativo.

O orçamento participativo no Brasil foi resultado de uma mudança política que levou ao país a redemocratização. Politicamente instável durante a maior parte do século 20, alternando entre governos autoritários e alguns curtos períodos de democracia, o Brasil vivenciou um longo e traumático regime ditatorial, instalado a partir de um golpe militar em 1964, durando até a redemocratização, em 1985. Durante este período, o congresso foi fechado duas vezes (1968 e 1977), não houve eleições presidenciais e mais a maioria dos direitos civis foram suspensos. (Avritzer 2003, 474)

A redemocratização ocorre em 1985, com a posse do primeiro presidente civil em 20 anos, não eleito diretamente pelo povo, mas pelo Congresso Nacional. Este período de transição realmente não rompeu com as antigas elites dominantes, já que o Congresso Nacional compunha-se primordialmente de partidários do regime autoritário, sendo até o presidente pertencente a um partido que apoiou o regime em seu período final. Em 1986, algumas redes de clientelismo permaneciam, e os parlamentares podiam fazer emendas ao orçamento nacional para beneficiar seu eleitorado. (Avritzer 2003, 476)

Apesar da continuidade política no processo de redemocratização, os debates durante a Assembleia Nacional para a nova Constituição fomentaram instituições democráticas. Como resultado, a Constituição de 1988 contém vários instrumentos democráticos para garantir a liberdade individual e controle político por parte da população, de modo que é era conhecida como a Constituição Cidadã.

A nova Constituição também promoveu a descentralização e autonomia local, dando ao governo municipal uma grande variedade de responsabilidades e também fonte de receitas através de impostos, uma inovação que representaria um distintivo da Constituição brasileira até hoje. A nova Constituição foi aprovada em 1988 e novas eleições presidenciais foram realizadas em 1989.

Durante o processo de redemocratização, o país experimenta mudanças profundas e é neste contexto que as iniciativas participativas começam a ganhar forma e

são colocadas em prática em diferentes regiões do país após as primeiras eleições para prefeitos, que ocorreu em 1985, como um dos primeiros atos de abertura democrática.

A ideia de orçamento participativo surgiu a partir de uma reivindicação das associações de bairro em Porto Alegre, que sugeriu ao prefeito recém-eleito, Alceu Collares, haver participação popular na administração municipal. Eles argumentaram que a receita municipal era pública e que a comunidade deveria interferir no processo de tomada de decisões de alocação do orçamento, a fim de atender suas necessidades e reivindicações.

Mas foi só nas próximas eleições para prefeito de Porto Alegre, quando o Partido dos Trabalhadores (PT) venceu as eleições em 1988, que o orçamento participativo começa a ganhar vida. Quando o partido ganhou a eleição em 1988, com Olívio Dutra como o prefeito, ele começa a desenvolver o que seria a maneira PT de governar democraticamente, mesmo não sendo o orçamento participativo um projeto do partido. Olívio Dutra tentou durante os dois primeiros anos de seu mandato aumentar os espaços de participação popular, dando novas funções a Coordenação para as Relações com a Comunidade - CRC existente, que concentrava as iniciativas participativas. (Avritzer 2003, 478)

De acordo com o professor AVRITZER, a criação do orçamento participativo em Porto Alegre como um processo de deliberação sobre o orçamento está relacionado com à vários fatores presentes na cidade naquele momento histórico que colaboraram com o surgimento do projeto: i) as ações de vários atores presentes no cenário político; ii) um movimento associativista forte na cidade, que já havia identificado a importância de trazer para a discussão popular o orçamento municipal; e iii) na capacidade da sociedade civil brasileira para incorporar a ideia de cidadania constante da Constituição de 1988, através de uma participação ativa nos novos espaços de democracia a nível local.

Como conceito, o orçamento participativo é um processo que envolve os cidadãos nas deliberações sobre o plano de investimento para a cidade para o próximo ano fiscal. Em vez de uma decisão unilateral do governo local, a construção do orçamento torna-se uma decisão coletiva. No entanto, os cidadãos e a administração pública não debatem sobre orçamento ou finanças, os cidadãos deliberam sobre seu bairro, sua cidade, sua rua, as necessidades e desejos de infraestrutura de atendimento, enquanto a administração pública intervém para transformar aqueles em planos orçamentos.

O âmbito da participação no orçamento participativo varia de acordo com a cidade onde for implementado. Na maioria dos casos, as pessoas participam diretamente votando ou apresentando propostas em assembleias populares, e, recentemente, através da internet. O público das assembleias é composto por aqueles que tiveram a oportunidade de tomar conhecimento sobre o orçamento participativo através dos meios de comunicação utilizados pelo município para divulgar os eventos. O projeto pode também conter esferas de representação, onde delegados são eleitos para tomar decisões durante todo o processo. Em alguns casos, a representação é feita através de associações de bairro ou ONGs.

Decisões tomadas no processo do orçamento participativo devem ser executadas, o que significa que tudo o que foi proposto e votado durante o processo irá, necessariamente compor o orçamento do próximo ano. Experiências que são apenas consultivas não podem estimular a participação em um longo prazo e os fóruns tendem a esvaziar devido à falta de interesse.

Mesmo tendo sua referência em Porto Alegre, que é o um dos pioneiros, o orçamento participativo ganha novas formas em cada municipalidade onde é implementado, como disse antes. Por esta razão, não é simples defini-lo, como uma definição pode não traduzir toda a diversidade que este conceito traz hoje em dia.

Ubiratan de Souza, um dos que o principal responsável pelo orçamento participativo no Brasil, define-a como:

> Um processo de democracia direta, voluntária e universal, onde as pessoas podem debater e decidir sobre os orçamentos públicos e políticos. Participação do cidadão não se limita ao ato de votar para eleger o executivo ou os legisladores, mas também decide sobre as prioridades pendentes e controla a gestão do governo. Ele deixa de ser um facilitador da política tradicional e torna-se um protagonista permanente da administração pública. PB combina democracia direta com a democracia representativa, uma conquista que deve ser preservada e valorizada. (Cabannes 2004, 20)

Para Baiocchi (200348), o orçamento participativo é uma

> estrutura de dois níveis de fóruns onde os cidadãos participam como indivíduos e como representantes de vários grupos da sociedade civil ao longo de um ciclo anual. Eles deliberam e decidem sobre projetos para bairros específicos e sobre as prioridades de investimentos municipais, e depois acompanham o resultado desses projetos.

Esta definição também remete principalmente ao modelo brasileiro de uma combinação de participação direta e indireta em um ciclo anual. Algumas cidades decidiram tornar o processo mais simples, permitindo votação através da internet e eliminando o papel dos delegados.

No que diz respeito ao âmbito de aplicação do orçamento participativo na cidade, Yves Cabannes (2004) identifica quatro diferentes dimensões: 1) a orçamental ou financeira; 2) a participação, considerando a participação popular e participação do governo local; 3) física ou territorial e 4) regulamentar e legal.

Para o autor, a dimensão orçamental ou financeira refere-se como a quantidade de recursos que vai ser destinada ao orçamento participativo. No caso do Brasil, os municípios têm uma grande autonomia para executar orçamento municipal e cobrar as receitas de impostos sobre propriedade e sobre serviços, além dos repasses das esferas federal e estadual. Contudo, o orçamento não é todo passivo de negociação, pois a maior parte da receita tem destino fixo, como educação (25%) e saúde (15%), além de despesas com pessoal e para manutenção. Assim, a parte do orçamento que é possível ser livremente geridos pelo governo municipal é alocada para investimentos, que pode variar de 20% para 10% do orçamento total. Nem todas as cidades que implementam o orçamento participativo alocam todo o valor de investimento para a discussão pública, haja vista o grande o compromisso político necessário para fazê-lo.

A dimensão participativa consiste no reconhecimento, por parte do governo, de que os cidadãos podem participar individualmente e não necessariamente através de associações ou outros grupos organizados. Cabannes aponta a contribuição desta experiência para a democracia participativa. Algumas iniciativas vislumbraram ainda a garantia de inclusão de grupos vulneráveis através da criação de comitês específicos para jovens ou mulheres, por exemplo. Esta é uma tentativa de evitar a perpetuação da dominação de determinados grupos sociais que poderiam ser refletidos nas assembleias populares.

A dimensão participativa também inclui a reflexão sobre os diferentes atores, e não apenas aqueles da sociedade civil, mas também os de governo. O processo geralmente envolve diferentes departamentos de administração local e, na verdade, a sua probabilidade de sucesso é altamente dependente do comprometimento dos técnicos em se envolver e contribuir para o processo do projeto.

O orçamento participativo tem também uma dimensão física de acordo com Cabannes, que "tende a canalizar recursos públicos para as áreas e bairros tradicionalmente excluídos" (Cabannes 2004, 39). Esta metodologia inverte as prioridades de investimento do ponto de vista físico ou espacial permitindo a redistribuição de bens públicos em toda a cidade. Na maioria dos casos, a cidade é

dividida por regiões ou bairros e os moradores desse território têm de se reunir para debater as necessidades do distrito.

Por fim, o orçamento participativo tem também uma dimensão legal e regulamentar. A questão de como formalizar o processo, de modo a garantir o seu funcionamento, mas há também uma grande preocupação de quão longe ela pode ser institucionalizada evitando a burocratização do processo político e cooptação. O risco de instrumentalização e manipulação aumenta consideravelmente uma vez que o projeto é institucionalizado, (Cabannes 2004, 40). A flexibilidade com relação às regras tem sido um atributo positivo do orçamento participativo que confere a condição necessária para se adaptar ao contexto. Na maioria dos casos, uma característica principal do processo é que as "regras do jogo" serão definidas pelos próprios participantes, como para eleger os critérios de prioridades, como eleger os delegados, as responsabilidades do conselho, etc.

Além das quatro dimensões identificadas por Cabannes, é possível adicionar uma dimensão social. A intenção inicial do projeto era também para combater as desigualdades sociais e trazer a ideia de justiça social para o debate público. Para isso, muitos mecanismos de solidariedade foram adicionados ao processo, a fim de permitir aos participantes pensarem sobre a segregação urbana e para conhecer a realidade em que vivem outras comunidades. Mecanismos como a eleição de prioridades de acordo com a renda da região e a falta de infraestrutura compõem uma dimensão social do orçamento participativo ao trazer para a esfera pública a ideia de solidariedade urbana.

Portanto, o orçamento participativo é uma ferramenta para promover não só a justiça social como dito antes, mas também a justiça espacial através da introdução de mecanismos para equilibrar a distribuição dos recursos no território. Todo o processo deve permitir que as regiões pobres, que carecem de serviços e infraestrutura, possam ser priorizadas na formação do orçamento municipal. O investimento deve ser mais substancial nas regiões precárias, mas como resultado de uma decisão coletiva.

3. O ciclo de participação em Porto Alegre.

A iniciativa de Porto Alegre, apesar de não ser a primeira experiência de orçamento participativo, foi a mais radical e a mais eficaz. Por esta razão, tem sido amplamente estudada e tem sido o modelo para a maioria das cidades em que o orçamento participativo foi implementado. Esta é a razão pela qual é importante

entender como o projeto foi concebido lá, e então o seu ciclo será brevemente descrito nos parágrafos seguintes.

A fim de dar terreno para a discussão, a cidade é dividida em 17 regiões e também cinco áreas temáticas (circulação e transporte; cultura; desenvolvimento econômico, tributação e turismo; educação, esporte e lazer; habitação, organização da cidade, desenvolvimento urbano e ambiental; saúde e assistência social). Nos encontros regionais participantes discutem as necessidades do distrito, enquanto que no debate temático as reuniões discutem projetos para a cidade como um todo.[4]

No caso de Porto Alegre, o orçamento participativo é um procedimento que comunga participação direta e indireta. Os cidadãos participam diretamente no primeiro ciclo, apresentando propostas, votando, bem como colocando-se como candidatos para um cargo em um dos grupos representativos: Fórum de delegados ou Conselho do OP. Durante o segundo ciclo do processo, os representantes eleitos são os que realizam outras atividades durante o restante do ano fiscal.

O primeiro ciclo começa em fevereiro, quando as reuniões preparatórias acontecem. Nessas reuniões, os participantes promovem a revisão do orçamento do ano anterior; a revisão do plano de investimentos e serviços do ano anterior. Ainda discutem as diretrizes do orçamento participativo e seus regulamentos; reveem critérios técnicos e gerais para a avaliação das necessidades e prioridades temáticas e, finalmente, é apresentada a informação contábil para projetos do último ano. Este período preparatório vai de fevereiro a junho. De julho a outubro acontecem as plenárias regionais e temáticas, onde os participantes votam as prioridades temáticas, definir o número de delegados, elegem os representantes para o Conselho do Orçamento Participativo da cidade e os delegados para o Fórum de Delegados.

O segundo ciclo inicia com o Fórum de Delegados, onde os delegados eleitos irão rever a projeção da cidade para as receitas e despesas; visitar locais para avaliar as necessidades, avaliar e priorizar obras e serviços no âmbito de cada tema. Em novembro há uma Assembleia Municipal, com a inauguração dos conselheiros em novos lugares e a entrega das prioridades de obras e serviços públicos. De novembro a janeiro, os técnicos do trabalho da administração da cidade, na análise financeira e técnica de todas as propostas votadas durante as sessões plenárias, a fim de avaliar sua viabilidade. Em

[4] Porto Alegre. Disponível em http://www2.portoalegre.rs.gov.br/op/default.php?p_secao=16, acesso em 15/04/2013. Todo o ciclo do Orçamento Participativo de Porto Alegre foi alterado com a nova gestão municipal, em 2005.

abril, começa a ser discutido o plano de orçamento e o Plano de Investimentos e Serviços começa a ser detalhado pelo Conselho do OP, a fim de ser posteriormente apresentado e deliberado pelo Fórum de Delegados. Ao final, de julho a agosto, novas discussões ocorrem nos fóruns temáticos e regionais para rever o estatuto do orçamento participativo, os critérios gerais e regras, a ser decidido pelo Conselho do OP.

Este último "passo" é um dos elementos de maior sucesso do orçamento participativo de Porto Alegre, a possibilidade de os próprios participantes reverem os regulamentos e mudá-los de acordo com as necessidades percebidas. Esta flexibilidade permite que o processo se adapte às mudanças ao longo dos anos, além de dar a confiança aos participantes de que o processo é governado por eles e não imposto pela administração da cidade.

Muitas cidades, incluindo Porto Alegre, trouxeram para o processo ferramentas tecnológicas, como interfaces virtuais para a apresentação de propostas e de voto através da internet. A ideia é ampliar o acesso para aqueles que não podem ter o tempo e / ou disponibilidade para estar presente em assembleias em uma tentativa de envolver mais cidadãos no processo.

4. O impacto do orçamento participativo na realidade local.

O potencial do orçamento participativo de inclusão social tem sido apontado por vários estudos, pesquisas e organizações internacionais que lidam com o desenvolvimento. Para alguns pesquisadores, o exercício de participar da vida política tem em si um impacto pedagógico junto dos participantes, que adquirem a consciência cívica e tornam-se mais engajados. Este recurso pedagógico de práticas participativas não é específico para o orçamento participativo, no entanto, esta experiência pretende ser mais do que uma simples escola de democracia, mas também promover a inclusão social ao trazer para o processo os mecanismos de promoção da inclusão de grupos marginalizados.

O aspecto pedagógico do orçamento participativo, juntamente com outras práticas participativas, não é sem críticas e limitações. A potencialidade democrática do espaço público depende de como este é construído e idealizado, e se há verdadeiro espaço para deliberação ou esta é, ao menos, estimulada. A participação pode ser tão frutífera quanto inútil, de acordo com o esforço que é empregado no processo deliberativo e, ainda, se as deliberações ali realizadas são efetivamente levadas em

consideração para a tomada de decisões. Atualmente, com a desconfiança generalizada no poder público, as pessoas tendem a abandonar os processos participativos se não veem nenhum benefício, seja porque percebem que a sua intervenção não fará diferença, ou porque não veem um benefício direto para a sua comunidade ou bairro.

Há também uma limitação quanto ao envolvimento nos processos participativos daqueles em situação de extrema pobreza, que são, em outras palavras, o grupo social mais excluído. Isso acontece por duas razões principais: eles geralmente não têm tempo para participar, enquanto lutam para sobreviver, e eles não têm os recursos para fazê-lo (Nez 2009).

Além disso, os governos muitas vezes podem manipular as arenas participativas ou usá-las para legitimar uma decisão que já foi previamente tomada, ou enfraquecendo o processo deliberativo, mantendo a decisão final em suas próprias mãos. Todas as referidas limitações podem ser observadas ao analisar o orçamento participativo. Assim, algumas perguntas persistem: como conceber que o orçamento participativo pode fazer a diferença? Como o orçamento participativo pode promover a inclusão social? Quais os reais impactos deste projeto na realidade social de uma cidade?

Estudos vão mostrar que alguns exemplos de orçamento participativo tiveram um impacto significativo na vida das comunidades, especialmente quando conceberam metodologias de participação que incluíssem as comunidades urbanas marginalizadas.

Como mencionado acima, o aspecto pedagógico é uma característica reconhecida do orçamento participativo, que este compartilha com outras práticas participativas. Para muitos pesquisadores, o resultado alcançado durante as assembleias, tais como a conquista de pequenas obras ou serviços públicos para alguns bairros pode ser, por vezes, ineficiente frente à extensão das necessidades de algumas regiões. No entanto, a maioria reconhece o efeito na vida dos participantes por terem a possibilidade de ser parte de um processo de democracia direta, que reúne profissionais, políticos e cidadãos sobre no mesmo fórum deliberativo.

O aprendizado em fóruns híbridos, geralmente, é mútuo. Os cidadãos podem aprender alguns aspectos técnicos da administração, serviços ou obras de engenharia, mas os profissionais também aprendem com as perspectivas dos moradores sobre a cidade, sobre suas prioridades e privações. Além disso, a maioria dos participantes tem no orçamento participativo o único canal para interagir com o governo e exercer sua cidadania.

Uma pesquisa realizada sobre o orçamento participativo de Porto Alegre (Baiocchi 2003), sobre a etnografia dos participantes, teve algumas conclusões importantes. Quando interrogando se havia uma prevalência de qualquer grupo específico sobre as deliberações, como relacionados a gênero ou à escolaridade, o estudo mostra que, na verdade, os anos de experiência no processo participativo era um fator que aumentaria a chance do participante ser eleito em órgãos representativos. Para cada ano de experiência sobre o processo, o participante iria aumentar a sua chance de 25% de ser eleito nas assembleias. Gênero ou a educação não representam uma variável significativa.

O estudo mencionado também destaca como a administração de Porto Alegre foi influenciada pelas metodologias de educação popular de Paulo Freire. Os facilitadores nas reuniões estavam conscientes sobre a necessidade de difusão de valores como a cooperação e a solidariedade em uma forma de compensar a lógica da concorrência que poderia resultar em processos de exclusão.

O estudo reconhece o componente didático como uma das mais relevantes contribuições do orçamento participativo, em suas palavras (Baiocchi 2003, 56-57):

> O componente didático é uma das características marcantes da OP e nos alerta para o fato de que, enquanto as pessoas podem "naturalmente" aprender com a participação em reuniões deliberativas, características de design intencionais tornar a aprendizagem mais ou menos acessível a todos. A evidência aqui tanto confirma as melhores expectativas da teoria democrática deliberativa - os vastos segmentos participantes são capazes de aprender a participar efetivamente - e aponta para a importância de uma estratégia de autoconsciente para transmitir essa aprendizagem. *(tradução livre do autor)*

O valor da participação como forma de reforçar o papel dos cidadãos e, ainda, edificar as bases necessárias ao exercício da cidadania, também foi reconhecido por estudos realizados sobre o orçamento participativo como efeitos do projeto. Um estudo realizado também no Brasil (Wampler 2007), neste caso, em muitas cidades diferentes, concluiu que o reconhecimento do "direito a ter direitos" permitido pelo orçamento participativo, desafia relações clientelistas e, consequentemente, estes indivíduos são menos propensos a entrar em relações patrão-cliente. O pesquisador também identifica a experiência com o reconhecimento de direitos, quando reconhece que o orçamento participativo é a "expressão institucional de um esforço de décadas para estender direitos, em que os cidadãos aumentaram o controle sobre suas vidas, aumentando a sua autoridade sobre o seu governo" (Wampler 2007, 23-24)[5].

[5] *tradução livre do autor.*

Ser parte de um processo como o orçamento participativo também pode construir um senso de comunidade e desenvolver nos participantes certa solidariedade. Pesquisas afirmam que 'pessoas comuns' podem vir para os as esferas deliberativas visando interesse próprio, mas mesmo em um cenário competitivo, é necessário aprender a argumentar e também ouvir o que os outros têm a dizer. Este exercício é de substancial importância para a aprendizagem cívica. Através da participação as pessoas começam a perceber as necessidades dos outros, enquanto aprendem a conceituar as suas próprias necessidades de forma mais ampla. Mesmo se o espaço deliberativo é competitivo, seja para os recursos ou para eleger propostas, os participantes podem desenvolver sua capacidade de argumentar (Abers 2003). Além disso, ao ouvir os outros, a solidariedade também tende a crescer dentro de participantes, já que o orçamento participativo também tem uma metodologia para promover esta compreensão mútua.

Um estudo realizado na cidade de São Paulo por meio de entrevistas e observações também chegou à conclusão de que a deliberação direta pelos participantes aumenta a "vontade de realmente mudar e apoiar reivindicações de outros grupos", se eles foram convencidos pelo mérito dele. De acordo com esta pesquisa, o orçamento participativo teve um impacto sobre a compreensão dos participantes, melhorando sua capacidade de tomada de decisão. A participação também pode promover uma melhor compreensão sobre as obras do governo na cidade e como ter um impacto sobre estas. (Hernándes-Medina 2010, 524).

É também relevante o conhecimento adquirido a partir dos temas debatidos durante todo o processo, tais como o orçamento, o funcionamento da administração pública, serviços e infraestrutura e sobre a própria cidade. Este conhecimento adquirido gera alguns efeitos sobre o comportamento cívico, de forma que alguns estudos atribuem ao orçamento participativo o aumento na mobilização da sociedade civil e queda na inadimplência tributária. (Cabannes, 2004b)

A relação com a queda na sonegação fiscal está associada à melhor compreensão de que os cidadãos adquirem das limitações do orçamento municipal em relação a todas as demandas e necessidades que surgem durante os debates. Os participantes podem entender que, para terem os serviços ou obras realizados, é necessário contribuir para patrocinar as ações do Estado. Uma consequência permitida pela transparência do processo e, também, pelo aumento da confiança de que a decisão será cumprida pelo governo.

Pesquisas realizadas tanto em Porto Alegre e em Belo Horizonte (Baiocchi, 2003; Nez, 2009) relacionam essas experiências com o aumento do número de associações de bairro existentes. Nestas cidades, o orçamento participativo proporcionou um melhor canal para as associações atuarem, o que motivou a organização da sociedade civil em áreas em que essas associações não estavam ativas.

O orçamento participativo também aborda a problemática da desigualdade social por meio de seus procedimentos participativos, utilizando metodologias para incluir grupos marginalizados. O caso de Cotacachi, no Equador, por exemplo, tornou-se conhecido por seu resultado no envolvimento de mulheres indígenas na vida política e gestão local. Considerando-se a assimetria de gênero dentro da cidade, as mulheres discutem prioridades de investimento em espaços específicos criados dentro do processo de orçamento participativo. Mais tarde, as suas propostas são apresentadas no fórum principal com os homens. Como resultado, muitos projetos em relação às mulheres, seja para a geração de renda ou para assistência em geral, foram criados devido à sua participação mais ativa no debate público (OIDP 2006).

A inclusão social é identificada no orçamento participativo em dois momentos distintos: a primeira, como uma experiência participativa em si, que permite aprender fazendo, associada ao exercício da cidadania e da política de inclusão de grupos marginalizados (lembrando o foco na redução da pobreza), muitas vezes submetidos a relações de clientelismo. Segundo, como uma prática que tem sido diretamente orientada para inverter prioridades na alocação do orçamento local e para incluir grupos socialmente excluídos, criando mecanismos para isso.

Por outro lado, o orçamento participativo teve pouco impacto na inclusão social em cidades onde a experiência se transformou em cooptação de líderes comunitários por políticos locais, através da manipulação do processo. Um exemplo é a cidade de Recife, onde as relações clientelistas foram mantidas vivas dentro da arena participativa (Silva, 2003). O mesmo foi identificado na cidade de Blumenau (Brasil), onde o orçamento participativo se tornou uma arena de disputa política entre os políticos locais, que provocaram o fracasso total da iniciativa, quando o líder da oposição conseguiu manipular as montagens em seu benefício, levando ao abandono do projeto pela prefeitura (Wampler, 2007).

Apesar de os estudos mais otimistas defenderem a ideia de que o orçamento participativo pode representar uma "escola de democracia", há pesquisas que apontam as limitações do projeto para efetivamente alcançar a consciência de cidadania. Brian

Wampler (2007, p. 63) argumenta que uma limitação do orçamento participativo é o foco em obras públicas específicas. Para ele, isso impede que os participantes aprendam sobre direitos ou responsabilidade fiscal e, ainda, discutir sobre as políticas de forma mais ampla, uma vez que eles estão mais interessados em conseguir que um pequeno projeto de infraestrutura seja feito. Os participantes perderiam o interesse depois de terem seus projetos entregues ou se o seu projeto não foi votado logo de início.

Outra limitação apontada por Wampler é a alta dependência do sucesso do projeto ao gabinete do prefeito. Se o pessoal da administração não está fortemente comprometida com o programa, é menos provável que tenha sucesso. Além disso, o prefeito também poderia manipular os participantes durante assembleias para beneficiar projetos ou grupos específicos (ex. São Paulo e Recife). Esta limitação tem sido reconhecida por muitos outros autores (Abers, Cabannes, Sintomer e Allegretti), uma vez que todo o ciclo do orçamento participativo é conduzido por funcionários dos governos locais. Além disso, a decisão mais relevante do orçamento participativo, que é qual montante do orçamento municipal vai ser alocado para deliberação coletiva, está nas mãos do prefeito.

Como mencionado anteriormente, o impacto do orçamento participativo na inclusão social pode variar muito de acordo com o escopo do projeto. O projeto pode objetivar a inclusão social mas não ter os mecanismos necessários para alcançá-lo. Ou ainda, pode ter tanto objetivo e mecanismos, mas dedicar pequena parcela orçamental para a deliberação coletiva.

A maioria dos estudos sobre o orçamento participativo, cientes das limitações possíveis, reconhece o seu potencial de inclusão social, como uma forma revolucionária de governança local que promove uma visão global da cidade através das lentes de solidariedade urbana e social / justiça espacial.

5. Considerações finais.

Quando a participação popular é institucionalizada, ou seja, promovida e incentivada por vias governamentais, neste caso pelas municipalidades, e não impulsionada pelos próprios cidadãos, duas podem ser as consequências: ou o espaço público de debate é apropriado pelos cidadãos ou ele se transforma apenas em um espaço de legitimação. Neste último caso, a participação popular estará destinada ao insucesso, pois logo romper-se-á o elemento da confiança, tão importante para manter os participantes interessados e atuantes durante todo o processo. No caso do orçamento

participativo, qualquer falha na condução das demandas coletivas propostas ao longo do processo pode comprometer sua credibilidade.

O espaço público é uma construção social em constante evolução. Sendo assim, o espaço público se caracteriza por seu potencial de abrigar o debate sobre relevantes questões sociais, mas também por sua limitação de ser tão desigual quanto à própria sociedade, refletindo, portanto, padrões de exclusão e dominação. Mesmo que o espaço público possa desempenhar um papel social em substituir a violência física pelos processos comunicacionais, não podem excluir certo nível de violência simbólica. As assimetrias de poder podem ser refletidas na arena participativa e a possibilidade de deliberação coletiva esvaziada se a participação é incluída nas execuções de políticas públicas como forma de legitimação (Dacheux 2008).

A participação efetiva só acontece quando "o sistema político abre mão de prerrogativas de decisão em favor de instâncias participativas", como pontua Boaventura de Sousa Santos (2003). Por certo, no cenário de diversidade existente no país, onde diferentes grupos se opõem constantemente na reivindicação por direitos, alcançar um autêntico comprometimento com o debate coletivo pode apresentar um desafio. Contudo, este desafio foi lançado pela Constituição de 1988 e iniciativas têm sido postas em prática com este intuito.

É necessário ter em mente, como assevera Santos, que a intensidade de tal participação é tanto maior quanto mais se garante a possibilidade de participação e deliberação dos grupos sociais envolvidos na concepção, execução, controle e fruição da iniciativa (Santos 2007). Desta forma, um desenho institucional de um projeto participativo que não garanta este controle do processo por parte de seus participantes, pode subentender uma tentativa de legitimação ou ser simples demagogia política. Contudo, caso haja a intenção e o comprometimento com as instâncias participativas, o exercício da democracia direta pode ter grandes impactos na sociedade, que readquire consciência cidadã.

Bibliografia.

ABERS, Rebecca Neaera. "Reflections on what makes empowered participatory Governance Happen." In *Deepening democracy: institutional innovation in empowered participatory governance*, by Archon Fung and Erik Olin Wright, 200-207. London: Verso, 2003.

AVRITZER, Leonardo. “Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil.” In: *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*, por Boaventura de Sousa Santos, 467-496. Porto: Edições Afrontamento, 2003.

BAIOCCHI, Gianpaolo. “Participation, activism, and politics: The Porto Alegre experiment.” In *Deepening democracy: institutional innovation in empowered participatory governance*, by Archon Fung and Erik Olin Wright, 45-76. London: Verso, 2003.

BONAVIDES, Paulo. Direitos **Fundamentais, Globalização e Neoliberalismo**. Solenidade comemorativa do transcurso dos 15 anos da Constituição da República Federativa do Brasil, 2003, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Brasília.

CABANNES, Yves. *Frequently asked questions about Participatory Budgeting.* Global Campaign on Urban Governance, Nairobi: UN-Habitat, 2004.

_____. *Instruments and mechanisms linking physical planning and participatory budgeting.* Working paper, Belo Horizonte: SEGRAC, 2007.

_____. “Participatory Budgeting: A significant contribution to participatory democracy.” *Environment and Urbanization* 16, no. 1 (April 2004): 27-46.

CAVALCANTE, Pedro Luiz. “O Orcamento Participativo: estratégia rumo à gestao pública mais legítima e democrática.” Edição: Anesp. *Revista de Polícias Públicas e Gestao Governamental* 6, n. 2 (jul/dez 2007): 11-28.

CICILIANI, Graciela. «Presupuesto Participativo desde una perspectiva de género.Experiencia de la Municipalidad de Rosario, Argentina.» *Sitio de la municipalidad de Rosario.* http://www.rosario.gov.ar/sitio/verArchivo?id=4514&tipo=objetoMultimedia (último acceso: 15 de May de 2011).

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

DACHEUX, Éric. L'espace public: un concept clef de la démocratie. Dans L'espace public, de Les Essentiels d'Hermès, 7-29. Paris: CNRS Éditions, 2008.

EMERIQUE. Lílian Márcia Balmant. Democracia e o direito de oposição política. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, a. 14. n. 57, p. 202, out/dez, 2006.

HERNÁNDES-MEDINA, Esther. “Social inclusion through participation: the case of the participatory budget in Sao Paulo.” *International Journal of Urban and Reginal Research* 34.3 (September 2010): 512-32.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

NEZ, Héloise. «La démocratie participative face à l'idéal d'inclusion politique et sociale: une comparaison des assises de ville à Bobigny et du budget participatif à Belo Horizonte.» *Cahier du Brèsil Contemporain*, 2009: 257-282.

OIDP. "Processes and mechnisms for the inclusion of indigenous women in local management. Cotacachi participatory budget." Cotacachi, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. Porto: Edições Afrotamento, 2003.

_____. "Para além do Pensamento Abissal: Das linhas globais a uma ecologia de saberes", Revista Crítica de Ciências Sociais, 2007: 3-46.

SCHOLLER, Heinrich. Os Ajustes Necessários da Democracia Representativa. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin et al (org.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de janeiro: Forense, 2007.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Tarcisio da. "Da participação que temos à que queremos: O processo do Orçamento Participativo na cidade de Recife." In: *A inovação democrática no Brasil*, por Leonardo Avritzer e Zander Navarro, 297-334. São Paulo: Cortez, 2003.

SINTOMER, Yves, Carsten Herzberg, and Anja (EDS.) Röcke. *Participatory budgets in a European comparative approach: perspectives and chances of the cooperative state at the municipal level in Germany and Europe.* Berlin: Hans Böckler Stiftung, 2005.

_____, e Giovanni Allegretti. *I bilanci partecipativi in Europa: nuove esperienze democratiche del vecchio continente.* Roma: Ediesse, 2009.

_____, et Marion Ben Hammo. «Saint Danis, chapter of the report.» Dans *Participatory budgets in a European comparative approach*, de Yves SINTOMER, Carsten HERZBERG et Anja RÖCKE, 218-243. Berlin: Hans Böckler Stiftung, 2005.

SOARES, Mario Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito Constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOMERS, Margaret R. *Genealogies of citizenship: Market, Statelessness, and the right to have rights.* Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

SOUZA, Celina. "Participatory Budgeting in Brazilian Cities: Limits and Possibilities in Building Democratic Institutions." *Enviroment and Urbanization* 13, no. 1 (April 2001): 159-184.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 111-112.

WAMPLER, Brian. *Participatory Budgeting in Brazil: Contestation, cooperation, and accountability.* Philadelphia: The Pennsylvania State University Press, 2007.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 238.

REUNIÃO DE PROCESSOS E PRERROGATIVA DE FORO: ACERCA DE UMA CONTROVÉRSIA NO PROCESSO PENAL

REUNIÓN DE PROCESOS E PRERROGATIVAS JUDICIALES: SOBRE UNA CONTROVERSIA EN EL PROCESO PENAL

José Carlos Henriques[1]
Rodrigo Ferreira [2]

Resumo: O presente papel intenta fazer uma análise da problemática instaurada pela reunião de processos, no âmbito do juízo criminal, quando ao menos um dos ocupantes do polo passivo da ação penal tenha prerrogativa de foro. A questão está em saber se, no caso de concorrerem, no polo passivo da ação penal, um ou mais sujeitos processuais, ao menos um deles com prerrogativa de foro, qual o procedimento a seguir. A discussão ganha foros de legitimidade, sobretudo, com a edição da súmula 704 do STF, segundo a qual "não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados". Apurar criticamente os desdobramentos do conteúdo da referida súmula é o propósito que nos move para, ao final, concluir no sentido de a questão mantém-se problemática e merece, por isto mesmo, maior atenção da doutrina.
Palavras-chave: Processo penal. Prerrogativas de foro. Conflitos de competência. Direito sumular. Corte constitucional.

Resumen: Este trabajo trata de analizar los problemas causados por la reunión de los procesos dentro del proceso penal, cuando al menos uno de los ocupantes del polo pasivo de la acción penal tiene la prerrogativa del foro. La cuestión es si, en el caso de más de uno sujeto, en el polo pasivo de la acción penal, al menos uno de ellos con la prerrogativa judicial, cuál es el procedimiento a seguir. Los foros de discusión alcanzan legitimidad, sobre todo con el tema de la Corte Suprema del Brasil, de n. 704, según el cual "no viola las garantías del juez natural, la defensa y el debido proceso en el proceso de atracción en razón de continencia o conexión del proceso del co-demandado por prerrogativa de función de uno de los procesados". Intentamos decir acerca de las ramificaciones de los contenidos de este tema y, al final, llegar a la conclusión de que la cuestión sigue siendo problemática y merece, por ello, una mayor atención de la doctrina.
Palabras clave: Proceso penal. Prerrogativas judiciales. Conflictos de competencia. Decisión judicial. Tribunal Constitucional.

1. Ponto de partida para a compreensão do problema.

A jurisdição, definida em caráter superficial, apenas como a atividade decorrente do Poder/dever de dizer o direito no caso concreto, desempenhada pelo Estado,

[1] Mestre em filosofia e direito, especialista em direito civil e processual civil, professor do Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito e da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete.
[2] Especialista em direito público, Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, professor do Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito e da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Mariana.

substituindo a vontade das partes e obrigando-as a submeter-se àquela solução posta, tem o seu exercício dividido entre os diversos órgãos do Poder Judiciário.

As regras que definem a divisão do exercício da atividade jurisdicional são chamadas de regras de competência e, em casos excepcionais, podem sofrer alteração, mediante o emprego de normas de modificação.

Pois bem, em sendo assim, importa destacar que umas das regras de modificação de competência, estabelecidas na nossa legislação processual penal, são aquelas que determinam a unidade de processo e julgamento, nos casos de infrações penais consideradas conexas ou que guardem relação de continência entre si, as quais estão explicitadas nos artigos 76 a 82 do Código de Processo Penal.

Nestes casos, embora digam respeito, na situação concreta, a fatos ou a agentes criminosos, que poderiam ser processados e julgados separadamente, a lei, orientada por critérios prévios de conveniência, como o afastamento de decisões discrepantes e incongruentes e pela comodidade, para um melhor desenvolvimento da produção probatória, estabeleceu que deveriam todos os autores e fatos ser processados e julgados, em um único feito.

Todavia, questão relevante e controversa surgiu a partir do momento em que se vislumbrou a possibilidade de duas ou mais autoridades, todas com foros privativos por prerrogativa de função definidos na Constituição Federal, concorrerem para a prática de uma mesma infração penal (caso de continência). Neste caso, os estudiosos do direito processual penal se dividem em dois grupos que ostentam posições contrapostas.

Posicionam-se, de um lado, aqueles que entendem ser perfeitamente viável a solução da competência pela simples aplicação das normas ordinárias previstas no Código de Processo Penal, devendo prevalecer a jurisdição de maior graduação, caso sejam de diversas categorias. Este entendimento encontra guarida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que editou a Sumula 704 que dispõe que *não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados*. À vista do conteúdo da mencionada súmula, aduzem os defensores deste posicionamento que a mesma não faz qualquer distinção, aplicando-se a todo e qualquer caso de conexão e continência.

Por outro lado, existe uma segunda corrente, também forte, que ostenta entendimento diametralmente oposto, aduzindo que, nestes casos, ou seja, na hipótese de concurso de autoridades, ambos com foro privativo constitucional, haveria que se

proceder à separação dos processos e julgamento. Os principais argumentos desta segunda corrente giram em torno de ser a competência constitucional de natureza absoluta e observância obrigatória, sob pena de nulidade, bem como ao argumento de que a junção implicaria em ofensa ao Princípio do Juiz Natural e, também, que uma norma infraconstitucional – Código de Processo Penal – não poderia modificar competência estabelecida por norma constitucional.

É nessa atmosfera controversa que se desenvolverá o presente estudo que tem por escopo, após o aprofundamento de conceitos fundamentais das áreas Constitucional e Processual, como Jurisdição e Competência, além de Princípio do Juiz Natural e Supremacia das Normas Constitucionais, concluir apontando qual seria a solução mais acertada para a contenda doutrinária, ora apresentada.

2. Jurisdição: o direito, concretamente, dito pelo Estado.

Nos primórdios da civilização humana, não havia um Estado forte e organizado, sendo certo que este Estado, até então, ainda não detinha o monopólio da aplicação do Direito aos casos concretos.

Naqueles tempos primórdios, inicialmente eram as próprias partes envolvidas que tutelavam seus direitos de forma que, caso um indivíduo de um grupo sofresse uma agressão aos seus direitos, deveria, por si só, mas geralmente com o envolvimento de seu grupo, aviar as providências necessárias para o fim de obrigar o agressor/infrator a suportar as consequências daquela violação. Eram os tempos da chamada vingança privada, nos quais vigia o velho brocardo do "olho por olho, dente por dente", ou seja, a própria parte era quem deveria impor, pela força bruta, o seu interesse.

Conforme ensinam Cintra, Grinover e Dinamarco[3], uma outra forma possível de solução dos conflitos de interesses naqueles tempos primitivos seria a autocomposição, a qual se caracteriza pela disposição, por uma ou ambas as partes, de todo o seu interesse ou apenas de parte dele. Prosseguem os autores aduzindo que a autocomposição se divide em três espécies, sendo a desistência, a submissão ou a transação. A primeira se caracteriza pela renúncia à pretensão, entendida esta como a exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio. A segunda espécie se caracteriza pela desistência da parte em relação à resistência antes oferecida à pretensão alheia. E, por fim, a transação se caracteriza pela presença de concessões

[3] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo, 22ª ed.* São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 27.

recíprocas, de forma que cada uma das partes envolvidas abra mão de uma parcela de seu direito para o fim de atingir a pacificação.

Todavia, alguns fatores começaram a influenciar uma mudança de posicionamento quanto à melhor forma de solução dos conflitos entre os indivíduos, sendo que um dos mais relevantes foram as flagrantes injustiças que, muitas vezes, resultavam de uma tutela de interesses alicerçada apenas na força. Ora, era fácil notar que quando o indivíduo que teve o seu direito ofendido é fraco, ou pertencente a um grupo mais fraco do que o do seu agressor, ele ficava privado da defesa de seus direitos, estando obrigado a se conformar com a lesão que lhe tivesse sido imposta, o que não era justo e não promovia a pacificação social.

Então, começou-se a pensar na solução dos conflitos de interesses por meio da intervenção de terceiros, desinteressados diretamente no conflito e, por isso, imparciais. Inicialmente, esta tarefa era exercida por pessoas que ostentavam um *status* de confiabilidade diferenciado dos demais membros da comunidade. Era assim que os próprios indivíduos, cujos direitos estivessem em conflito, elegiam árbitros, imparciais, para solucionar a questão. A escolha recaía, em regra, sobre os sacerdotes e os anciãos. Estes últimos decidiam com fundamento nos costumes e tradições locais, enquanto os sacerdotes se orientavam pela vontade dos Deuses. *Historicamente, pois, surge o juiz antes do legislador*[4].

Mais adiante, com o crescente e gradativo fortalecimento do Estado, o qual, em determinado momento, reuniu forças para obrigar os cidadãos a respeitar as normas por ele impostas, este mesmo Estado começou a monopolizar a solução dos conflitos de interesses.

Inicialmente sua intervenção ocorreu de forma tímida quando, no direito romano arcaico, as partes compareciam espontaneamente perante o pretor e prestavam o compromisso de aceitar aquilo que fosse decidido. Neste momento, o Estado ainda não decidia a lide, mas apenas participava da solução na medida em que era o pretor quem atribuía ao árbitro escolhido pelas partes o encargo de decidir o conflito de interesses. Ilustrativamente, ensinam Cintra, Grinover e Dinamarco[5], que

> os cidadãos em conflito compareciam perante o Pretor, comprometendo-se a aceitar aquilo que fosse decidido; e esse compromisso, necessário porque a

[4] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo, 22ª ed.* São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 28.
[5] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo, 22ª ed.* São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 28.

> mentalidade da época repudiava ainda qualquer ingerência do Estado (ou de quem quer que fosse) nos negócios de alguém contra a vontade do interessado, recebia o nome de litiscontestatio. Em seguida, escolhiam um árbitro de confiança, o qual recebia do Pretor o encargo de decidir a causa.

O passo seguinte foi dado no momento em que o Estado reuniu condições de impor aos conflitantes um árbitro escolhido por ele. Foi aí que surgiu a figura do legislador. Isto porque, neste momento em que o Estado reuniu forças para impor às partes o árbitro por ele escolhido, surgiu a necessidade de uma certa uniformização na solução dos conflitos.

Diante deste panorama, o Estado começou a criar regras preestabelecidas, de forma abstrata, para orientar os árbitros na solução das lides e facilitar a aceitação de tal solução por parte dos envolvidos, haja vista que a padronização de soluções afastava a sensação de injustiça e arbitrariedade.

O último estágio da evolução na solução de conflitos foi dado no momento em que o Estado, agora já bastante fortalecido e organizado, passou não só a monopolizar o direito de eleger um árbitro para solucionar os conflitos de interesses mas, ele próprio, por meio do pretor, aplicava a solução ao caso concreto.

A essa atividade do Estado de apreciar os interesses em conflito, de forma imparcial, e, substituindo a vontade das partes, impor a solução para o caso concreto dá-se o nome de jurisdição.

3. Competência: repartição funcional do exercício da jurisdição.

A jurisdição, como se pode notar, consiste em uma parcela do Poder Soberano do Estado, qual seja o Poder de dizer o Direito no caso concreto. Assim, conforme dissertam Cintra, Grinover e Dinamarco[6], por sua própria natureza, não comporta divisões, na medida em que seria inconcebível a ideia da existência de uma pluralidade de soberanias dentro de um mesmo Estado.

Entretanto, embora a jurisdição seja una, não seria viável, do ponto de vista prático, o exercício de tal atividade por um único indivíduo, tendo surgido a necessidade de se proceder a uma distribuição de parcelas do seu exercício entre os vários órgãos do Poder Judiciário. Note-se que não estamos falando em dividir a jurisdição propriamente dita, esta continua una, o que se divide/distribui é o seu exercício entre vários órgãos

[6] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo, 22ª ed.* São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 156.

diferentes do Poder Judiciário, para o fim de se otimizar e viabilizar a entrega da prestação jurisdicional nos casos concretos.

Essa divisão de parcelas do exercício da Jurisdição estabelece limites de atuação para os diversos órgãos do Poder Judiciário, de forma que um determinado órgão jurisdicional somente poderá exercer tal atividade, substituindo a vontade das partes, de maneira imparcial, e impondo a solução legal ao caso concreto, dentro de limites que tenham sido previamente determinados.

Nesse toar, a competência nada mais é do que a divisão, funcional, de parcelas do exercício da Jurisdição. A doutrina costuma referir-se à competência como sendo a medida da jurisdição. E esta medida é legalmente definida, sendo certo que a própria Constituição Federal e as leis de organização judiciária de cada Estado e da União é que definem a parcela de Jurisdição a ser conferida a seus juízes e tribunais.

4. Definição do Juízo Competente, em matéria penal.

Para a individualização do juízo competente para o julgamento de uma causa, alguns critérios devem ser observados.

Num primeiro momento, há que se observar a natureza da infração penal praticada, haja vista a necessidade de esclarecer se a competência será da jurisdição comum ou de uma das jurisdições ditas especiais.

As jurisdições especiais com competência criminal são as exercidas pelas Justiças Eleitoral e Militar. A primeira, ou seja, a Justiça Eleitoral, encontra guarida nos artigos 118 a 121 da Constituição da República, sendo que neste último artigo ficou relegada à lei complementar a tarefa de definir as competências de seus juízos e tribunais. Já a justiça militar, competente para o julgamento dos crimes militares, assim definidos em lei, também encontra amparo constitucional, sendo certo que o artigo 124 da Constituição estabelece que a lei definirá os limites de sua competência.

Para além destas jurisdições especiais, têm-se as jurisdições tidas como comuns, sendo espécies tanto a Justiça Estadual como a Justiça Federal. Esta última, ou seja, a Justiça Federal, encontra suas competências definidas nos artigos 108 e 109 da Constituição Federal. No primeiro, estão previstas as competências dos Tribunais Regionais Federais, enquanto no último, as competências dos juízes federais de primeiro grau. Todavia, neste primeiro momento de definição de competência, interessa mais o disposto no artigo 109, haja vista que as competências definidas para os

Tribunais, na esfera federal, referem-se geralmente aos chamados foros por prerrogativa de função, objeto de estudo mais adiante.

Sendo assim, conforme os dizeres constitucionais, aos juízes federais compete processar e julgar os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral; os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; as causas relativas a direitos humanos nas hipóteses de grave violação, casos em que o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal; os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira; os "habeas-corpus", em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição; os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar; os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro; a disputa sobre direitos indígenas[7].

A competência da Justiça Comum Estadual, por seu turno, é a mais extensa, haja vista ser residual. Assim, verificando-se no caso concreto que aquela infração não é da competência de uma das justiças especializadas ou da Justiça Comum Federal, a competência será a Justiça Estadual.

Por fim, ainda levando em consideração a natureza da infração penal, a Constituição definiu o Tribunal do Júri como o competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (CF/88, art. 5, XXXVIII).

Pois bem, todavia, para a definição do órgão jurisdicional competente para o julgamento da matéria não será bastante a observação da natureza da infração penal praticada, devendo-se atentar para as condições pessoais do autor do crime. Esta circunstância torna-se relevante nos casos em que o autor do fato criminoso desempenha funções de tamanha relevância para a sociedade e para o Estado que a Constituição ou a lei o confere a prerrogativa de ser processado e julgado originariamente por um órgão

[7] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: 1988.

jurisdicional de maior graduação, colegiado, podendo ser um Tribunal comum ou Superior. São os casos de foro por prerrogativa de função.

Em regra, os foros por prerrogativa de função estão previstos no texto da própria Constituição Federal, nos dispositivos em que a mesma define as competências dos Tribunais. Contudo, admite-se, em casos excepcionais, como o dos deputados estaduais, que as Constituições Estaduais estabeleçam tais prerrogativas. Neste ultimo caso, ou seja, de foro privativo definido exclusivamente em Constituição Estadual, este sucumbirá sempre que conflitar com competência definida na Constituição Federal, como no caso em que um Deputado Estadual cometer crime contra a vida, situação na qual prevalecerá a competência do Tribunal do Júri. Nesse sentido foi editada a súmula 721 do Supremo Tribunal Federal, com o seguinte teor: *a competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição estadual.*

Importa salientar, ainda, que no caso de haver conflito entre um foro privativo e um foro definido em razão da natureza da infração, ambos previstos na Constituição Federal, haverá de prevalecer o primeiro. Seria o caso de um juiz de direito que praticasse um crime doloso contra a vida. Pelo critério da natureza da infração a Constituição definiu como competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida o Tribunal do Júri, enquanto que pelo critério *ratione personae* estabeleceu o Tribunal de Justiça como foro privativo por prerrogativa de função para julgar os juízes, então, neste caso, prevaleceria o foro por prerrogativa de função.

Desta forma, a Constituição Federal, dispondo sobre as competências originárias dos Tribunais, especificamente no que pertine às definições de prerrogativas de foro, define-as da seguinte forma:

> Compete aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar, originariamente, os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral (CF/88, art. 108, I, a) Anteriormente, em seu art. 105, I, a, a Constituição define Competir ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais.

Por fim, é no artigo 102 que está prevista a competência originária do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, nas infrações penais comuns, o Presidente da

República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República e, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente.

Existem ainda outras autoridades que têm prerrogativa de foro definida na Constituição Federal, como os Prefeitos Municipais, que por força do disposto no artigo 29, X, serão julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado. É o caso também dos juízes e membros do Ministério Público que sempre serão julgados perante o Tribunal de Justiça do seu Estado, ressalvada apenas a competência da Justiça Eleitoral.

5. Concurso de Pessoas e Foro Privativo.

5.1 Apresentando a controvérsia.

Não é difícil imaginar hipóteses em que uma autoridade, com foro privativo, pratique crime em concurso com um terceiro, que não dispõe da mesma prerrogativa. Então, neste caso, restaria saber qual a solução jurídica correta. Ou seja, a indagação permeia a forma como proceder em relação ao processo e julgamento de cada um dos corréus.

É que, conforme as normas do Código de Processo Penal, verificando-se as situações definidas em lei, tratando-se de conexão e continência, deverá haver unidade de processo e julgamento. Cuida-se de casos em que ocorreria a prorrogação de competência.

Entretanto, sendo o foro privativo uma circunstância excepcional, determinada em razão da relevância das funções desempenhadas por determinados sujeitos, estaria em conformidade com a Constituição da República a atração do cidadão comum para julgamento no foro privativo, ou o contrário, ou seja, a atração da autoridade para julgamento no Juízo de Primeira Instância?

Pois bem, em primeiro lugar importa salientar que, entendendo-se pela possibilidade da aplicação das regras de conexão e continência à situação hipotética trazida a exame, somente seria viável a atração para julgamento dos corréus no foro estabelecido constitucionalmente. Fernando Capez, sobre o tema, leciona que *a*

competência estabelecida pela CF exerce força atrativa sobre qualquer outra fixada em escala normativa diversa (Constituições estaduais e leis)[8].

Sendo assim, é exatamente este o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal em relação à matéria, tendo sua jurisprudência se firmado no sentido de que em caso de concurso de sujeitos em que um detiver prerrogativa de foro e o outro não, deverão prevalecer os critérios de modificação de competência por continência e conexão.

Tanto o é, que o tribunal editou a súmula 704, cujo alcance é o foco do nosso estudo, dispondo a mesma que não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados.

Isso posto, conforme o entendimento do Pretório Excelso, prossegue Capez aduzindo que, assim, quando somente um dos réus gozar de foro por prerrogativa de função, haverá a atração ao mesmo de todos os demais processos. Na hipótese de um dos agentes ter seu foro especial fixado diretamente pela CF e o outro, exclusivamente, pela Constituição estadual, os processos também deverão ser reunidos[9].

Nesse passo, a questão da força atrativa do foro privativo para o processo e julgamento do correu que não detém prerrogativa de foro não demanda maiores polêmicas ou discussão na doutrina pátria, sendo amplamente admitida.

5.2 Duas autoridades com foro privativo definido na Constituição da República.

A questão ganha relevo, contudo, nos casos em que o concurso se opera entre duas autoridades, ambas com foro privativo definido na Constituição Federal, todavia, em tribunais diferentes. Seria o exemplo de um Juiz de Direito concorrer com um Senador no cometimento de uma infração penal comum. Ora, o primeiro tem foro privativo no Tribunal de Justiça do seu Estado, enquanto o ultimo tem foro privativo no Supremo Tribunal Federal.

A indagação pertinente é a seguinte: neste caso, tendo ambas as autoridades foros privativos definidos na Constituição Federal, deveriam ser aplicadas as regras ordinárias de conexão e continência ou a solução que se impõe seria a separação dos processos e julgamentos?

---

[8] CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal, 19ª ed.* São Paulo: Saraiva, 2012, p. 269.
[9] CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal, 19ª ed.* São Paulo: Saraiva, 2012, p. 269.

Bem, existe uma corrente doutrinária e jurisprudencial que entende que o processo e julgamento deverá ser único, situação na qual haverá de prevalecer a jurisdição de maior graduação.

É o entendimento que resulta da aplicação da súmula 704 do Supremo Tribunal Federal e das regras estabelecidas no Código de Processo Penal na medida em que, por força do disposto no seu artigo 78, inciso III, no concurso entre jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação.

Assim, como os foros privativos estabelecem a prerrogativa de determinadas pessoas serem processadas e julgadas originariamente nos tribunais, sejam ou não superiores, conforme o caso, certamente será necessário observar a qual tribunal compete julgar cada um dos corréus para o fim de se estabelecer o foro prevalente.

No nosso exemplo, ou seja, no caso de concurso entre um Juiz de Direito e um Senador, no cometimento de crime comum, ambos seriam processados e julgados perante o Supremo Tribunal Federal, tribunal este mais graduado que os Tribunais de Justiça dos Estados.

Os defensores desta primeira posição o fazem ao argumento de que a súmula 704 do Pretório Excelso não estabelece qualquer distinção, aplicando-se em todo e qualquer caso em que se verifique conexão e continência. Logo, aduzem ser a regra também aplicável nos casos em que concorrerem, para a prática de um mesmo crime, autoridades com foros privativos diversos, ambos constitucionalmente definidos.

Outro argumento utilizado é o de que, cuidando-se de um mesmo crime, seria mais conveniente a unidade de julgamento, pelo óbvio motivo de se evitarem decisões conflitantes acerca de uma mesma matéria, bem como por conveniência na produção probatória.

Por outro lado, solução defendida por uma outra corrente doutrinária é a de que deverá haver a separação dos processos, haja vista que estando ambos os foros privativos definidos na Constituição Federal não haveria de prevalecer regra de modificação de competência, estabelecida esta na legislação ordinária.

Neste sentido, Capez, criticando a junção de processos, nestes casos, menciona em seu manual de Processo Penal que *essa posição jurisprudencial, aparentemente firmada de modo irreversível, pode ser criticada pelo fato de que uma regra meramente*

processual, como é a da conexão e da continência, não deveria ter o condão de afastar o juiz natural fixado pela própria CF[10].

Há também que se atentar para o fato de que, cuidando-se de competências absolutas, intimamente relacionadas com o Princípio do Juiz Natural, tais regras são de observância obrigatória, cogente.

Estranhamente, de um ponto de vista técnico, prevalece na jurisprudência pátria, contudo, o primeiro entendimento, ou seja, de que a sumula 704 do Supremo Tribunal Federal tem aplicação ampla e irrestrita aos casos de conexão e continência, inclusive aos casos em que ocorre o concurso de autoridades e que tenham, ambas, foro privativo definido na Constituição, em tribunais diversos.

6. Incompetência Absoluta e Princípio do Juiz Natural.

Ocorre que as competências definidas em razão da pessoa (*ratione personae*) têm a finalidade de garantir àquelas autoridades liberdade no desempenho de suas relevantes funções, prevalecendo, assim, o interesse público na sua fixação. Por isso, conforme salientado acima, cuida-se de competências de natureza absoluta.

Sobre as consequências da violação das regras de competência absoluta ou relativa, leciona Alexandre Freitas Câmara que *a incompetência relativa admite prorrogação da competência, enquanto a incompetência absoluta não admite tal prorrogação*. E prossegue o autor, afirmando que *prorrogar competência é tornar competente um juízo originariamente incompetente.*[11]

Desta forma, podemos concluir que a prorrogação de competência consiste em uma excepcional modificação da competência originária, sendo certo que aquele juízo, inicialmente incompetente, torna-se competente para a apreciação de determinada causa, em razão da aplicação de uma regra de modificação de competência.

> Nesse toar, há que se observar que os casos em que se permite a flexibilização de uma regra de incompetência absoluta, mediante sua prorrogação para juízo inicialmente incompetente, restringem-se às exceções previstas em normas de mesma hierarquia, ou seja, cuidando-se de foros definidos pela Constituição Federal, somente norma de mesma estatura poderia estabelecer exceções. Sobre o tema, Eugênio Pacelli leciona que
> Como se vê, o princípio do juiz natural, instituído *ratione materiae e ratione personae*, configura hipótese de competência absoluta, inafastável por vontade das partes processuais, revelando a natureza pública do interesse em disputa, somente se admitindo a sua prorrogação por oportunidade da

[10] CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal, 19ª ed.* São Paulo: Saraiva, 2012, fls. 270.
[11] CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil, vol. 1, 18ª ed.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008, p. 98.

> aplicação de norma da mesma estatura, ou seja, de norma ou princípio igualmente constitucionais.[12]

Nota-se que a incompetência absoluta guarda íntima relação com o princípio do Juiz Natural. Nesse contexto, para avaliar qual a solução mais acertada para a espécie, é necessário partirmos da premissa de que o nosso texto constitucional abarca este princípio. Ora, a Constituição da República, no seu artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, estabelece que não haverá juízo ou tribunal de exceção, bem como que ninguém será processado nem sentenciado, senão pela autoridade competente.

Pois bem, daí se infere que a própria Constituição veda expressamente o estabelecimento arbitrário de juízos ou tribunais para o fim de julgar um caso específico. Como corolário, podemos concluir seguramente que a Constituição consagra aquilo que Alexandre Freitas Câmara denomina como *princípio do juízo constitucional*[13], ao explicar que uma das facetas do princípio do Juiz Natural, intimamente ligada ao juízo, e não à figura do juiz propriamente dita, é a de que é garantido aos jurisdicionados o julgamento perante juízo cuja competência seja constitucionalmente preestabelecida, havendo vedação à criação de tribunais, posteriormente ao fato, para seu julgamento específico, bem como à designação arbitrária de um julgador específico para tal caso.

Conclui o autor referido que *a competência constitucional a ser observada em um processo é aquela que estava estabelecida na Lei Maior na data em que ocorreu o fato que será submetido ao Judiciário*.[14] Cuida-se de verdadeira garantia fundamental do cidadão.

Consectária deste raciocínio é a conclusão de que, então, nos casos em que a própria Constituição elegeu expressamente um foro privativo para aquele que exerce uma relevante função no Estado brasileiro, como nos casos dos parlamentares federais, entre outros tantos exemplos, estes foros são a materialização do seu juízo natural para a causa, constituindo-se a sua estrita observância uma garantia fundamental daquele cidadão.

---

[12] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal, 15ª ed., rev. e atual.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2011.

[13] CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil, vol. 1, 18ª ed.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008.

[14] CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil, vol. 1, 18ª ed.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008, p. 44.

A conclusão a que se pode chegar é a de que a definição de competências, notadamente na esfera constitucional, e o princípio do Juiz Natural guardam entre si íntima relação, haja vista que a ofensa às competências assim previamente definidas implica em inegável ofensa àquele constitucional princípio/garantia, gerando nulidades absolutas e, portanto, insanáveis.

Por tudo, seria inconcebível a ideia da possibilidade de flexibilização do juízo eleito originariamente pela Constituição Federal para o julgamento de determinadas pessoas, para elas estatuindo prerrogativas de foro, em casos nos quais a própria Constituição não excepcionou.

7. Supremacia Constitucional.

Conforme salientado, firmes nas idéias de inviolabilidade da competência constitucional, de caráter absoluto, bem como na de direito do jurisdicionado a ser julgado por seu Juiz Natural já se demonstra de forma inequívoca a impossibilidade de se unir em um mesmo processo e julgamento autoridades cujos foros privativos foram definidos pela própria Constituição, impondo-se a separação dos processos. Mas não é somente o caráter absoluto da competência *ratione personae* e o Princípio do Juiz Natural que conduzem a tal conclusão.

Sendo sabedores de que as normas de conexão e continência são causas de modificação de competência há que se aquilatar se nos casos de concurso de agentes com foro privativo por prerrogativa de função definidos, ambos na Constituição, mas em tribunais diversos, seria viável a modificação desta competência constitucionalmente estabelecida para o fim de se atender a circunstâncias de conveniência (unidade de processo e julgamento ou em razão da maior facilidade na produção da prova, bem como para se evitarem decisões contraditórias), com fundamento em normas infraconstitucionais, haja vista a existência de hierarquia entre tais normas.

> O nosso ordenamento jurídico, conforme salientado, é organizado de forma hierarquizada, sendo que a Constituição Federal encontra-se no vértice do ordenamento, sendo o diploma que fundamenta a ordem jurídica nacional, conferindo validade a todas as outras normas, e que espraia seus princípios e fundamentos por todo o ordenamento.

Ora, há muito que se difunde a ideia de que a Constituição, contrariamente ao que pensava Ferdinand Lassale, tem força normativa, não se constituindo em mera carta de boas intenções. Suas normas são de observância obrigatória, às quais se deve

conferir, o quanto mais se puder, efetividade, atualização e concretização. É fato que há regras e princípios constitucionais e que aquelas se distinguem destes pela maior ou menor densidade normativa. Enquanto as regras seriam dotadas de maior grau de densidade, com maior definição fática de seu conteúdo, portanto, ou princípios apontariam, com menor grau de densidade normativa, para direções otimizantes de compreensão do direito.

Assim, quanto às regras ou se cumprem ou se descumprem, de uma só vez, podendo, certamente, serem medidas as consequências do maior ou menor afastamento do que, pela regra, restou estabelecido. De outro lado, os princípios compareceriam como ordens de otimização, podendo ser cumpridos em graus diversos.

Contudo, regras e princípios estabelecidos na Constituição, enquanto normas constitucionais, propriamente ditas, se colocam em posição de superioridade no ordenamento, fazendo parte do paradigma constitucional de controle da validade das normas e atos normativos infraconstitucionais.

Sabido que as normas constitucionais definidoras de competência, são regras, dotadas, então, de densidade normativa pronunciada, não havendo possibilidades de desvios hermenêuticos, sob pena de se instituir o interprete como figura postada acima do legislador maior, o Poder Constituinte.

Nem mesmo o intérprete mor, guardião da Constituição, no nosso modelo o STF, poderia contrariar, em decisões, regras específicas e determinadas em seu sentido, assim definidas pela normação constitucional. Talvez, alegando ofensa a princípios, em casos de comprovado vilipêndio destes, poderia o sentido de uma regra constitucional ver-se reconstruído, adotando-se uma direção mais consentânea com a otimização pretendida pelos princípios.

No entanto, no caso em discussão, firmada a competência, especificamente, na norma constitucional, como regra e, não havendo, na hipótese, ofensa a princípio constitucional, a regra haverá de ser aplicada tal como estabelecida. Aliás, no caso da fixação da competência, com atribuição de foro privativo, como consta da Constituição, pretendeu o legislador constituinte firmar a garantia dos direitos a quem exerça funções que devam ser protegidas.

Neste sentido, de fato, segundo nos parece acertado, constitui direito individual daquele que goza de foro próprio o ver-se processado e julgado, apenas neste foro constitucionalmente competente. O intuito da regra é proteger o exercício da função,

que não seria ou poderia não ser desempenhada a contento, em detrimento do interesse público.

A função exige, em seu exercício, o estabelecimento de prerrogativas de proteção de seu próprio atuar, não da pessoa que atua. Obviamente, nestes casos, em que se definem as competências na Constituição, estabelece-se um direito público constitucional subjetivo, que não pode ser derrogado por nenhuma norma infraconstitucional.

Em favor desta posição milita, certamente, um princípio hermenêutico amplamente conhecido: o da supremacia das normas constitucionais. De fato, se o constitucionalismo se firmou como técnica de limitação do poder do Estado, ao definir seus contornos, é certo que as normas constitucionais, integrantes da Lei Maior, devem se postar acima dos demais regramentos, afastando-os em casos de incompatibilidades formais e materiais.

Aliás, este o fundamento do necessário controle de validade das normas infraconstitucionais frente ao paradigma traçado pela Constituição. Enfim, uma regra infraconstitucional como, no caso, aquela que define competência, não poderia se sobrepor a uma norma constitucional que tenha já definido a competência, isto que tenha atribuído no arcabouço do Estado a que órgãos caberia a parcela de poder suficiente para processar e julgar.

Por tudo, uma norma infraconstitucional definidora de competência somente poderia prevalecer no ordenamento jurídico frente a uma outra regra de mesma natureza, pela adoção de outros critérios solucionadores dos conflitos normativos. Mas, no caso de haver, em relação à mesma regra, conteúdo normativo de definição constitucional, obviamente, este deveria prevalecer, sob pena de atribuirmos, erroneamente, maior poder ao legislador ordinário e não ao exercício do Poder Constituinte, originário ou derivado reformador.

Eis porque, concluímos, as competências estabelecidas na Constituição devem ser observadas, sob pena de serem violados os princípios garantidores do processo e atingido o direito daquele que tenha estatuída, em razão da função que exerça, uma prerrogativa de foro. Não nos parece que a edição da súmula 704, pelo STF, possa encerrar o debate sobre a questão.

Bibliografia.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: 1988.

BRASIL. Código de Processo Penal. Brasília, DF: 1941.

CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil, vol. 1, 18ª ed.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal, 19ª ed.* São Paulo: Saraiva, 2012.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo, 22ª ed.* São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição: (Die normative Kraft der Verfassung)*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal, 15ª ed., rev. e atual.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2011.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento, vol. I, 6ª ed*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

VÍCIO OCULTO, GARANTIA E VIDA ÚTIL NO DIREITO DO CONSUMIDOR

HIDDEN DEFECT, WARRANTY AND USEFUL LIFE IN CONSUMER LAW

Matheus Adolfo Gomes Quirino[15]

Resumo: Este artigo trata da análise do dever do fornecedor de reparar vícios ocultos que surgem depois do prazo de garantia do produto ou serviço adquirido. A análise limita-se a informar as hipóteses para solução desta dúvida, concluindo com recente decisão do STJ sobre o tema.

Palavras-chave: Direito do Consumidor – Vício oculto – Prazo de reclamação – Garantia expirada – Vida útil do bem.

Abstract: This article deals with the analysis of the supplier's duty to repair hidden vices that arise after the warranty period for the product or service purchased. The analysis is limited to informing the hypotheses solution to this question, concluding with a recent decision from the Infraconstitutional Brazilian Supreme Court on the subject.

Keywords: Consumer Law – HiddenAddiction – DeadlineComplaint – Warrantyexpired – ProductLifecycle.

1. Introdução.

O presente artigo analisa, de maneira sucinta, a aplicação do texto do parágrafo 3º do artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor, que trata do termo inicial e o prazo para reclamação contra defeitos ocultos identificados em produtos fornecidos no mercado.

Apesar de haver poucas dúvidas quanto ao dever do fornecedor de reparar defeitos ocultos que se apresentam no prazo de garantia do bem, seja essa garantia legal ou contratual, há uma diversidade de opções e teses que analisam se o fornecedor deve ou não reparar tais vícios além desse prazo.

Para tanto, iniciamos a análise informando o tratamento constitucional do Direito do Consumidor para, em seguida, tratar do prazo de reclamação contra defeitos ocultos segundo o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. Em seguida,

[15] 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.

examinamos rapidamente a ideia de vida útil do produto para, no fim, informar a decisão tomada pelo Superior Tribunal de Justiça neste sentido.

2. A Constituição Federal de 1988, o Direito do Consumidor e o *Favor Debilis*.

A Constituição da República Federativa do Brasil relaciona o Direito do Consumidor entre os Direitos Fundamentais. Além disso, a Constituição de 1988 ainda discorre acerca do Direito do Consumidor em outros dois pontos de seu texto, razão pela qual Claudia Lima Marques assevera que ele cumpre um triplo mandamento constitucional:

> O direito do consumidor seria, assim, o conjunto de normas e princípios especiais que visam cumprir com este triplo mandamento constitucional: 1) de promover a defesa dos consumidores (art. 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988: *"O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor"*); 2) de observar e assegurar como princípio geral da atividade econômica, como princípio imperativo da ordem econômica constitucional, a necessária "defesa" do sujeito de direitos "consumidor" (art. 170 da Constituição Federal de 1988: "*A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V – defesa do consumidor; (...)"*; e 3) de sistematizar e ordenar esta tutela especial infraconstitucionalmente através de um Código (microcodificação), que reúna e organize as normas tutelares, de direito privado e público, com base na ideia de proteção do sujeito de direitos (e não da relação de consumo ou do mercado de consumo), um código de proteção e defesa do "consumidor" (art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988: "*O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor").*[16]

Esta força e relevância constitucionalmente conferida ao Direito do Consumidor são refletidas no Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078 de 1990, que garante, entre outros aspectos, a primazia do *favor debilis* em beneficio do consumidor. Nas palavras da autora:

> O *favor debilis* é, pois, a superação da ideia – comum no direito civil do século XIX – de que basta a igualdade formal para que todos sejam iguais na sociedade, é o reconhecimento (presunção de vulnerabilidade – veja em art. 4º, I, do CDC) de que alguns são mais fortes ou detêm posição jurídica mais forte (em alemão, *Machtposition*), ou detêm mais informações, são *experts* ou profissionais, transferem mais facilmente seus riscos e custos profissionais para os outros, reconhecimento de que os "outros" geralmente são leigos, não detêm informações sobre os produtos e serviços oferecidos no mercado, não conhecem as técnicas da contratação de massa ou os materiais que compõem os produtos ou a maneira de usar os serviços, são, pois, mais vulneráveis e vítimas fáceis de abusos.[17]

[16] MARQUES *in* BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012, p. 31. Destaques originais.
[17] MARQUES *in* BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012, p. 38-39. Destaques originais.

Com o *favor debilis* é garantida a igualdade de armas entre consumidor e fornecedor. E essa igualdade só é alcançada através da aplicação de mecanismos que ampliam e facilitam o exercício do direito pelos consumidores.

Dentre estes mecanismos podemos identificar, por exemplo, o benefício processual da inversão do ônus da prova em favor do hipossuficiente e a ampliação dos prazos para reclamação de defeitos de produtos e serviços. E é esta última hipótese a que interessa a este singelo trabalho.

3. O prazo para reclamação por vícios ocultos no Código Civil.

Ensina Caio Mário da Silva Pereira:"*Vício redibitório* é o defeito oculto de que portadora a coisa objeto de contrato comutativo, que a torna imprópria ao uso a que se destina, ou lhe prejudica sensivelmente o valor. [18]"

Na sistemática do Direito Civil a reclamação contra a existência de defeitos ocultos demanda a comprovação de diversos requisitos como o lastro em contrato comutativo ou doação onerosa, a existência de defeito grave e prejudicial à utilização da coisa, o desconhecimento do vício oculto e já existente no momento da contratação, tudo como bem enumera Maria Helena Diniz[19].

Sem entrar no exame de cada requisito – matéria alheia ao estudo pretendido – vale tomar atenção, porém, para o prazo de reclamação contra defeitos ocultos fixado no Código Civil, que assim dispõe:

> Art. 445. O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade.
> § 1o Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis.
> § 2o Tratando-se de venda de animais, os prazos de garantia por vícios ocultos serão os estabelecidos em lei especial, ou, na falta desta, pelos usos locais, aplicando-se o disposto no parágrafo antecedente se não houver regras disciplinando a matéria.

Como regra, o Código Civil limita o direito à reclamação por vício oculto ao prazo de trinta dias ou um ano a contar da data da entrega da coisa, pois.

---

[18] PEREIRA, 2001, p. 73.
[19] DINIZ, 2012, p. 140-143.

4. O prazo para reclamação por vícios ocultos no Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor trouxe uma ampliação de prazos para reclamação por vícios ocultos. Esta dilação é facilmente detectável ao confrontar, especificamente no caso em exame, o lapso temporal que o Código Civil impõe para o exercício do direito de reclamação contra vício oculto e o que o Código de Defesa do Consumidor garante; pois, enquanto no Código Civil há que se respeitar o restrito prazo de trinta dias ou um ano a contar da entrega da coisa, dependendo dela ser móvel ou imóvel, o Código de Defesa do Consumidor garante:

> Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:
> I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis;
> II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.
> § 1° Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços.
> § 2° Obstam a decadência:
> I - a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca;
> II - (Vetado).
> III - a instauração de inquérito civil, até seu encerramento.
> § 3° Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.

Isto é, enquanto o Código Civil limita o direito à reclamação por vício oculto ao prazo de trinta dias ou um ano a contar da data da entrega da coisa, o Código de Defesa do Consumidor garante o termo inicial de contagem de prazo de reclamação na data em que ficar evidenciado o defeito.

A existência dessa disparidade de prazos é criticada pela doutrina. Sílvio da Salvo Venosa, comentando o artigo 446 do Código Civil, leciona:

> A redação não é das melhores e sustenta o que dissemos sobre a necessidade de unificação do instituto dos vícios redibitórios para todos os negócios, sejam típicos do consumidor ou não. Aliás, peca o legislador desse Código como um todo, por ignorar, como regra geral, o microssistema do consumidor. O que o dispositivo pretende firmar é que, quando o alienante (fornecedor de produtos ou serviços) estabelece prazo de garantia, há causa impeditiva para o início de prazo decadencial. Como regra, terminado o prazo de garantia, inicia-se a contagem dos prazos estabelecidos em lei. Contudo, se durante a garantia surgir o defeito na coisa, o adquirente deve denunciar o fato nos trinta dias seguintes a seu descobrimento, *"sob pena de decadência*". Desse modo, uma vez evidenciado o defeito, o adquirente deve denunciá-lo ao alienante. Não se trata de prazo para o ingresso de ação, mas para simples comunicação, denúncia do defeito, solicitando providencias cabíveis. Com isso, se não for resolvida a questão, abre-se a possiblidade para a ação redibitória ou *quanti minoris*. Como os prazos decadenciais não

> correm durante o período de garantia, conforme a dicção legal, eles somente se iniciam após o termo final desta garantia. Trata-se de obstáculo legal do prazo decadencial (art. 207). No entanto, deve o adquirente comunicar o evidenciamento do defeito no prazo de trinta dias, para manter viva a possibilidade de reclamar; não efetivando essa denúncia, o que ocorre nessa situação melhor se denomina *perempção*, pois estará tolhida a ação judicial. Nesse caso não há mais que se falar em decadência, cujo prazo nem se iniciara. [20]

Desta forma, o prazo da garantia contratual concedida pelo fornecedor ao consumidor seria irrelevante para a reclamação por vícios redibitórios, sendo necessária somente a comunicação no prazo de trinta dias a partir do surgimento do defeito.

Isso significaria que o fornecedor possuiria um dever eterno de responder por vícios ocultos? Não é o que entendem os autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor. Vejamos.

Zelmo Denari, no clássico Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, informa:

> Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia sua contagem a partir do momento em que ficar evidenciado o defeito.
> *Quid juris* se o vício somente se exteriorizar na fase mais avançada do consumo, após o término do prazo de garantia contratual?
> Para responder a essa indagação, é preciso ter presente que o consumo de produto ou serviço passa por uma *fase de preservação*, em que se busca manter sua indenidade, ou seja, a incolumidade do bem ou do serviço colocado no mercado de consumo. Esse período de tempo costuma ser mensurado pelo prazo contratual de garantia. Portanto, é o próprio fornecedor quem determina o tempo de duração do termo de garantia, variável segundo a natureza do bem ou serviço.
> A fase subsequente é de conservação do produto ou serviço, pois, em função de sua degradação, passa a ser consumido sem garantia contratual do respectivo fornecedor, cumprindo ao consumidor arcar com os respectivos custos.
> Feitas essas considerações, já podemos responder à indagação *supra*. Se o vício se manifestar no curso do prazo de garantia, durante a fase de preservação, subsequente à aquisição, o consumidor poderá fazer uso das alternativas previstas nos incs. I, II e III do art. 18, com observância dos prazos de caducidade de 30 ou 90 dias.
> No entanto, se o vício oculto se manifestar após o término do prazo de garantia contratual, na fase de conservação do produto ou serviço, que corresponde à degradação do consumo, o fornecedor não poderá ser compelido a substituir o produto defeituoso, restituir a quantia paga ou reduzir proporcionalmente o preço, por se tratar de matéria preclusa.
> Significa dizer que a data-limite para efeito de exoneração da responsabilidade do fornecedor coincide com a data-limite da garantia legal ou contratual... [21]

Isto é, ainda na lição de Zelmo Denari, "a data-limite para efeito de exoneração da responsabilidade do fornecedor coincide com a data-limite da garantia legal ou contratual". E o autor do anteprojeto justifica tal opção com "uma explicação muito

[20] VENOSA, 2010, p. 553.
[21] DENARI *in* GRINOVER *et alia*, 2004, pág. 227-228.

simples: não se pode eternizar a responsabilidade do fornecedor por vícios ocultos dos produtos ou serviços" [22]

5. A tutela do direito à reclamação por vícios ocultos no Código de Defesa do Consumidor e a ideia de vida útil do produto.

Garantia, segundo o Dicionário Aurélio, é "documento com que se assegura a autenticidade e/ou a boa qualidade de um produto ou serviço, e se assume, junto ao comprador ou usuário, o compromisso de ressarci-lo em caso de ineficiência ou fraude comprovadas" [23].

No direito do consumidor, a garantia é dever inarredável do fornecedor. Eis as palavras de Sérgio Cavalieri Filho:

> Pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários desta oferta. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos. [24]

Segundo já citado autor do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, junto com a expiração do prazo de garantia legal ou contratual expiraria o direito do consumidor de reclamar pelos defeitos ocultos do produto ou do serviço.

No entanto, como também visto, importantes doutrinadores entendem o contrário: que tal direito de reclamação por vícios ocultos só se inicia com o fim da garantia, pois os prazos decadenciais não correriam no período de vigência daquela.

Diante desta duplicidade de soluções possíveis, sólida doutrina apresenta uma saída diversa: a delimitação do prazo máximo para reclamação contra o surgimento de vício oculto de acordo com a ideia de vida útil do bem, que, segundo Leonardo Roscoe Bessa "além de conferir ampla flexibilidade ao julgador, releva a importância da análise do caso concreto em que o fator tempo é apenas um dos elementos a ser apreciado" [25].

Leciona o autor:

> Autorizada doutrina sustenta a aplicação do critério da vida útil como limite temporal para o surgimento de vício oculto.

---

[22] DENARI *in* GRINOVER *et alia*, 2004, pág. 228.
[23] FERREIRA, 1999, pág. 1975.
[24] CAVALIERI, 2003, pág. 473
[25] BESSA *in* BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012, pág. 204.

> A propósito, Cláudia Lima Marques observa: "Se o vício é oculto, porque se manifesta somente com o uso, experimentação do produto ou porque se evidenciará muito tempo após a tradição, o limite temporal de garantia legal está em aberto, seu termo inicial, segundo o § 3º do art. 26, é a descoberta do vício. Somente a partir da descoberta do vício (talvez meses ou anos após o contrato) é que passarão a correr os 30 ou 90 dias. Será, então, uma nova garantia eterna? Não, os bens de consumo possuem uma durabilidade determinada. É a chamada vida útil do produto" (*Contratos*, p. 1196-1197). Na mesma linha é a posição de Herman Benjamin, que sintetiza: "Diante de um vício oculto, qualquer juiz vai sempre atuar casuisticamente. Aliás, como faz em outros sistemas legislativos. A vida útil do produto ou serviço será um dado relevante na apreciação da garantia" (*Comentários*, p. 134-135). Antes de concluir, observa, com propriedade: "O legislador, na disciplina desta matéria, não tinha, de fato, muitas opções. De um lado, poderia deixar – como deixou – que o prazo (trinta ou noventa dias) passasse a correr somente no momento em que o vício se manifestasse. Esta última hipótese, a adotada pelo legislador, tem prós e contras. Falta-lhe objetividade e pode dar ensejo a abusos. E estes podem encarecer desnecessariamente os produtos e serviços. Mas é ela a única realista, reconhecendo que muito pouco é uniforme entre os incontáveis produtos e serviços oferecidos no mercado" (*Comentários*, p. 134) [26].

6. A interpretação do STJ.

A quarta turma do Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão unânime, relatoria do Ministro Luiz Felipe Salomão, abraçou a orientação de que o prazo para reclamação por vícios ocultos não está limitado ao prazo de garantia do produto, seja legal ou contratual, mas sim à vida útil do produto.

No caso julgado pelo STJ, um consumidor[27] adquiriu um trator de um fornecedor e este bem apresentou defeito em sua transmissão aproximadamente três anos após a compra. O prazo de garantia contratual já havia expirado. No entanto, o consumidor exigiu a reparação do veículo e não pagou pelos reparos efetuados pela fornecedora, o que gerou a demanda patrocinada por esta última, a fim de se ver ressarcida das despesas de conserto.

A fornecedora, no entanto, colheu o insucesso tanto nas instâncias inferiores quanto no STJ, pois, inobstante a expiração do prazo de garantia, restou comprovado que a vida útil do bem – trator – deveria ser de oito a dez mil horas, que em regra correspondem a dez ou até doze anos, mas que o bem em comento apresentou defeito oculto, de fabricação, com apenas três anos de uso regular.

Foi esta a conclusão do julgado:

---

[26] BESSA *in* BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012, pág. 204.

[27] Apesar de caber questionamento acerca do enquadramento ou não do adquirente de trator como consumidor, eis que a utilização deste maquinário agrícola pressupõe, muitas das vezes, o exercício de atividade econômica, não é este o enfoque do presente trabalho, que aborda tão-somente a solução da questão de o fornecedor dever ou não efetuar o reparo de vício oculto fora do prazo de garantia.

RECURSO ESPECIAL Nº 984.106 - SC (2007/0207915-3)
RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
RECORRENTE : SPERANDIO MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA
ADVOGADO : FERDINANDO DAMO E OUTRO(S)
RECORRIDO : FRANCISCO SCHLAGER
ADVOGADA : ANA PAULA FONTES DE ANDRADE

DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO E RECONVENÇÃO. JULGAMENTO REALIZADO POR UMA ÚNICA SENTENÇA. RECURSO DE APELAÇÃO NÃO CONHECIDO EM PARTE. EXIGÊNCIA DE DUPLO PREPARO. LEGISLAÇÃO LOCAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 280/STF. AÇÃO DE COBRANÇA AJUIZADA PELO FORNECEDOR. VÍCIO DO PRODUTO. MANIFESTAÇÃO FORA DO PRAZO DE GARANTIA. VÍCIO OCULTO RELATIVO À FABRICAÇÃO. CONSTATAÇÃO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. EXEGESE DO ART. 26, § 3º, DO CDC.

....

3. No mérito da causa, cuida-se de ação de cobrança ajuizada por vendedor de máquina agrícola, pleiteando os custos com o reparo do produto vendido. O Tribunal *a quo* manteve a sentença de improcedência do pedido deduzido pelo ora recorrente, porquanto reconheceu sua responsabilidade pelo vício que inquinava o produto adquirido pelo recorrido, tendo sido comprovado que se tratava de defeito de fabricação e que era ele oculto. Com efeito, a conclusão a que chegou o acórdão, sobre se tratar de vício oculto de fabricação, não se desfaz sem a reapreciação do conjunto fático-probatório, providência vedada pela Súmula 7/STJ. Não fosse por isso, o ônus da prova quanto à natureza do vício era mesmo do ora recorrente, seja porque é autor da demanda (art. 333, inciso I, do CPC) seja porque se trata de relação de consumo, militando em benefício do consumidor eventual *déficit* em matéria probatória.

4. O prazo de decadência para a reclamação de defeitos surgidos no produto não se confunde com o prazo de garantia pela qualidade do produto - a qual pode ser convencional ou, em algumas situações, legal. O Código de Defesa do Consumidor não traz, exatamente, no art. 26, um prazo de garantia legal para o fornecedor responder pelos vícios do produto. Há apenas um prazo para que, tornando-se aparente o defeito, possa o consumidor reclamar a reparação, de modo que, se este realizar tal providência dentro do prazo legal de decadência, ainda é preciso saber se o fornecedor é ou não responsável pela reparação do vício.

5. Por óbvio, o fornecedor não está, *ad aeternum* , responsável pelos produtos colocados em circulação, mas sua responsabilidade não se limita pura e simplesmente ao prazo contratual de garantia, o qual é estipulado unilateralmente por ele próprio. Deve ser considerada para a aferição da responsabilidade do fornecedor a natureza do vício que inquinou o produto, mesmo que tenha ele se manifestado somente ao término da garantia.

6. Os prazos de garantia, sejam eles legais ou contratuais, visam a acautelar o adquirente de produtos contra defeitos relacionados ao desgaste natural da coisa, como sendo um intervalo mínimo de tempo no qual não se espera que haja deterioração do objeto. Depois desse prazo, tolera-se que, **em virtude do uso ordinário do produto**, algum desgaste possa mesmo surgir. Coisa diversa é o vício intrínseco do produto existente desde sempre, mas que somente veio a se manifestar depois de expirada a garantia. Nessa categoria de vício intrínseco certamente se inserem os defeitos de fabricação relativos a projeto, cálculo estrutural, resistência de materiais, entre outros, os quais, em não raras vezes, somente se tornam conhecidos depois de algum tempo de uso, mas que, todavia, **não decorrem diretamente da fruição do bem**, e sim de uma característica oculta que esteve latente até então.

7. Cuidando-se de vício aparente, é certo que o consumidor deve exigir a reparação no prazo de noventa dias, em se tratando de produtos duráveis,

> iniciando a contagem a partir da entrega efetiva do bem e não fluindo o citado prazo durante a garantia contratual. Porém, conforme assevera a doutrina consumerista, o Código de Defesa do Consumidor, no § 3º do art. 26, no que concerne à disciplina do vício oculto, adotou o *critério da vida útil* do bem, e não o critério da garantia, podendo o fornecedor se responsabilizar pelo vício em um espaço largo de tempo, mesmo depois de expirada a garantia contratual.
> 8. Com efeito, em se tratando de vício oculto não decorrente do desgaste natural gerado pela fruição ordinária do produto, mas da própria fabricação, e relativo a projeto, cálculo estrutural, resistência de materiais, entre outros, o prazo para reclamar pela reparação se inicia no momento em que ficar evidenciado o defeito, não obstante tenha isso ocorrido depois de expirado o prazo contratual de garantia, devendo ter-se sempre em vista o *critério da vida útil* do bem.
> 9. Ademais, independentemente de prazo contratual de garantia, a venda de um bem tido por durável com vida útil inferior àquela que legitimamente se esperava, além de configurar um defeito de adequação (art. 18 do CDC), evidencia uma quebra da boa-fé objetiva, que deve nortear as relações contratuais, sejam de consumo, sejam de direito comum. Constitui, em outras palavras, descumprimento do dever de informação e a não realização do próprio objeto do contrato, que era a compra de um bem cujo ciclo vital se esperava, de forma legítima e razoável, fosse mais longo.
> 10. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, não provido. [28]

Desta forma, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acolhe a tese de que o dever do fornecedor de responder por vícios ocultos em produtos fornecidos ao consumidor deverá ser apurado de acordo com a vida útil de cada bem.

6. Conclusão.

Ainda que se admita a existência de imperfeições na aplicação da tese que vincula a imposição do ônus de reparar vícios ocultos ocorridos fora do prazo de garantia à ideia de vida útil de cada produto, necessitando, por óbvio, uma análise casuística de cada situação, hipótese melhor não se vislumbra, por enquanto.

Se, por um lado há risco de o consumidor ser prejudicado por eventual aumento de preços e custos de produtos e serviços fundamentado na necessidade de provisionar fundos para dar conta desse provável passivo, a análise caso-a-caso garante a adequada prestação jurisdicional, eis que o judiciário deve adequar princípios e leis aos casos concretos.

A intepretação que o Superior Tribunal de Justiça conferiu ao caso submetido a seu exame aplica com perfeição o que dispõe o parágrafo 3º do artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor, protegendo o consumidor, ao mesmo tempo em que afasta a hipótese de se admitir a ideia de garantia eterna.

[28] BRASIL, 2012, STJ, destaques originais.

Bibliografia.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988.
BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do Consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 set. 1990.

BRASIL. Lei 10.406, de 1o de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 984.106-sc. Direito do Consumidor e Processual Civil. Recurso especial. Ação e Reconvenção. Julgamento realizado por uma única sentença. Recurso de apelação não conhecido em parte. exigência de duplo preparo. Legislação local. Incidência da súmula n. 280/STF. Ação de cobrança ajuizada pelo fornecedor. Vício do produto. Manifestação fora do prazo de garantia. Vício oculto relativo à fabricação. Constatação pelas instâncias ordinárias. Responsabilidade do fornecedor. Doutrina e jurisprudência. Exegese do art. 26, § 3º, do CDC. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. **Diário do Judiciário Eletrônico.** Brasília: 20.dez.2012.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012.

CAVALIERI Filho, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
DINIZ, Maria Helena**.Curso de direito civil brasileiro** 3 Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 28. ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini, et. alia. **Código brasileiro de defesa do consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. revista, ampliada e atualizada conforme o novo Código Civil. Editora Forense Universitária: Rio de Janeiro, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** V. III. Fontes das obrigações. 10. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. V. 2. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 10 ed. Editora Atlas: São Paulo, 2010.

ENSAIOS PROPEDÊUTICOS ACERCA DE UMA PRINCIPIOLOGIA ATINENTE AO IDOSO

INTRODUCTION OF PRINCIPLES OF THE ELDERLY

Hugo Rios Bretas[29]

Resumo: O autor nesse artigo está preocupado em transmitir quais são os princípios aplicáveis ao idoso, no processo de construção e reconstrução científica. Não obstante exista forte inércia no que tangencia a atribuição de princípios típicos atinentes ao idoso, o autor sopesa que os princípios essenciais para a legitimação e interpretação do idoso são a dignidade da pessoa humana, liberdade, peculiaridade, além da vulnerabilidade física.
Palavras-chaves: Idoso, Vulnerabilidade, Igualdade; Peculiaridade

Abstract: The author of this article is worried to convey the principles applicable to the elderly, in the process of construction and reconstruction scientific. Nevertheless there is strong stoppage in tangent to the allocation of typical principles pertaining to the elderly, the author weighs the main principles for legitimacy and interpretation of the elderly are the dignity of the human person, freedom, uniqueness, and physical vulnerability.
Key-words: Elderly, Vulnerability, Equality; individualitydom, uniqueness, and physical vulnerability.

1. Introdução.

A teoria do Direito e tampouco a dogmática se posicionaram eficazmente e sistematicamente acerca de uma principiologia singularmente concernente ao idoso.

Aliás, este fenômeno repercute como reiterado e marcante em múltiplos institutos jurídicos. Isto é, projetar um conjunto normativo e uma ciência, sem tentar, ao menos introdutoriamente, problematizar um arcabouço principiológico é um sério problema.

[29] Mestre em Direito Privado, Pós-graduado em Direito Civil e Graduado em Direito pela PUC-Minas. Professor de Direito Civil e Empresarial da UNIPAC, PUC-Minas e dos cursinhos preparatórios para concursos da ESNOR. Parecerista da Revista brasileira de Estudos Constitucionais.

É possível depreender que uma escala principiológica é capaz de colaborar no processo exegético, hermenêutico e para acertadas decisões proferidas ,notadamente, pelo Estado-Juiz e pela Administração Pública, em razão de sua marca nuclear. Nesse patamar, os princípios são núcleos de pensamento, mediante os quais o intérprete se orienta para ponderar acerca de um certo fenômeno.

Para escalar os princípios de uma ciência é necessário profundo estudo, posto que os princípios permeiam os elementos que abalizam uma ciência. Exemplificadamente, quando se aborda a autonomia, fala-se de liberdade contratual, de contratar, fala-se que este é um dos pilares da teoria geral das obrigações, dos contratos em espécie, e até mesmo do casamento e do testamento, uma vez que ninguém se casa se não desejar, e nem tampouco alguém celebra um contrato ou redigi um testamento se não objetivar.

Diante dessa relevância e da ausência de construção sistemática principiológica, pertinente é este estudo. De forma a transmitir aos interlocutores a importância que os idosos têm para a ciência Direito, bem como explicitar que uma principiologia sedimentada pode contundentemente colaborar para a construção e reconstrução de uma ciência.

2. Teoria Geral Geral Dos Microssistemas E O Idoso.

O Direito é uma ciência que pós-modernamente se preocupa mais com a argumentação do que em outros momentos cronológicos.

Para se vislumbrar um microssistema é essencial, preliminarmente, sopesar o contexto histórico capaz de abraçar os microssistemas no seio do direito brasileiro.

Os microssistemas são frontalmente paradoxais ao afã codificador da ciência do Direito. Isto é, os microssistemas vêm para comprometer a existência dos códigos.Códigos que têm historicamente maior grau de abrangência temática. O que torna árduo o processo de construção da inteireza de um código. Nesse ponto, é prioritário identificar que a maior abrangência temática é prejudicial ao processo de modificação da estrutura de um código.

Os microssistemas são mais casuísticos, preocupam-se mais com temas específicos. Por isso, estão se alastrando no direito brasileiro.Ao se inserir, ao se romper a idéia de codificação se tem o contexto da descodificação. Vale afirmar, saem de cena os códigos de larga abrangência temática e dão espaço aos múltiplos microssistemas,

Outro elemento bastante salutar, reputa-se, para a contextualização dos microssistemas, consiste na disseminação de cláusulas gerais. As cláusulas gerais ganham corpo no direito a partir da constatação de que estas são capazes de flexibilizar o apego extremado ao texto legal. Dessa maneira, teratológico é constatar que tão somente a fonte legal é aquela aceitável no direito. Em verdade, as cláusulas gerais são mais capazes de sobreviver ao longo do tempo, pois permitem um maior trabalho hermenêutico e, portanto, um maior trabalho de adequação da cláusula geral ao momento vivido.

Dessa forma, para César Fiúza o contexto próximo dos dias atuais se concerne à teoria da argumentação. Teoria essa, que rompe com o positivismo. Rompe com a idéia liberal da escola da exegese (interpretar o direito civil como um sistema fechado), de Hans Kelsen, Norberto Bobbio e Augusto Comte e passa a convergir à idéia da argumentação de Viehweg e Perelman.

César Fiúza, em uma contextualização argumentativa, cita Rudolf Von Ihering, este que teria dado ensejo à jurisprudência dos interesses. Essa que tem papel relevante na construção de um cenário argumentativo, tão importante ao contexto pós-moderno dos microssistemas.

Acerca da jurisprudência dos interesses, na mesma linha teórica, identifica-se que o juiz deve perseguir a razão legislativa da norma. E a partir dessa perquirição, o representante do Estado em sua atuação deve adequar os variados interesses contemplados ao caso concreto. E caso se perfaça alguma lacuna, o juiz deverá criar critérios axiológicos. O que seria uma certa atuação utilitarista,nos moldes teorizados por Philip Heck.

A jurisprudência dos interesses, nos moldes ventilados no parágrafo anterior, transmite contraposição ao positivismo. Pois neste condão o direito deve ser visto na prática e não na abstração. Concepção essa é nominada por Hegel, interpreta-se, de efetividade. Vale preponderar, a comprovação do negativo e do reconhecimento na prática, de forma subsumida.

Diante disso, Ricardo Lorenzetti acerta ao concluir hegelianamente, no sentido de fomentar que o direito não é dedutivo e sim dialético. Essa conclusão é também fundamental à contextualização dos microssistemas.

Até o presente momento foram apontados dois elementos de contextualização dos microssistemas. Quais sejam, a descodificação, bem como a inserção de cláusulas

gerais. O que se percebe em relação às cláusulas gerais e que estas pairam inclusive sobre códigos, trata-se de um fenômeno que se alastra sobre sistemas e microssistemas.

Importante é ressaltar o pensamento de Planiol, em 1899, nas palavras de César Fiúza, este que orienta os seus interlocutores no sentido de cristalizar que a função da lei é codificar, é instrumentalizar, é positivar o anseio das partes. Vale proferir, é cominar a autonomia privada, através da qual o anseio das partes, em estrita consonância à vontade das partes, pode ser exercido. Mas, o pensamento de Planiol ainda parece arraigado à idéia de codificação e legalização, dissonante da idéia de descodificação, tão argumentado neste trabalho.

Outro elemento contextualizador consiste na flexibilização da legalidade. Nesta flexibilização, percebe-se, como já se apontou, um maior espaço para a axiologia. Um maior espaço para a interpretação do texto legal, uma maior busca pela identificação do sentido legislativo, do espírito da lei. Percebe-se uma maior participação jurisprudencial, e teórica.

O que se encontra no contexto pós-moderno é uma multiplicidade de fontes do direito, todas legitimadas no processo de construção de uma melhor ciência do direito. Nesse ponto, há uma influência hegeliana nítida na onda pós-moderna.

Haja vista que, é necessária a sapiência de que a ciência do direito está em constante construção, e o trabalho interpretativo é fundamental na aludida construção.

Além da multiplicidade de fontes igualmente legitimadas, da descodificação, das cláusulas gerais, e da flexibilização da legalidade, via de conseqüência, encontra-se a flexibilização do primado da lei. De maneira que, o direito tem diversas fontes legitimadas, não tão somente a lei.

Como se não bastasse, a constitucionalização surge como elemento impactante do contexto dos microssistemas. Sabido é que todas as interpretações devem ser feitas conforme a Constituição da República, sem qualquer contrariedade. A constituição tem força suprema no direito brasileiro e essa constatação é emergencial na construção de uma teoria geral dos microssistemas.

Francisco Amaral acredita que outros elementos seriam contributivos para caracterizar o contexto. Entre os quais, a flexibilização do primado da lei, uma quebra da extrema generalidade e abstração e da flexibilização da dicotomia entre direito público e direito privado.

César Fiúza aborda a crise da sistematização como importante também para a contextualização. A citada crise é importante para a superação de corolários liberais.

Segundo Fiúza, a como elemento entre a década de 70 e 80 reinava a primazia do positivismo. Positivismo, repita-se que está criticamente em crise, por diversos motivos. Certamente é impossível um texto legal capaz de prever todos os comportamentos humanos e possibilidades de acontecimentos.

Nas invocadas décadas já havia uma flexibilização da legalidade, mas, resíduos positivistas ainda se alastravam.

Ricardo Lorezentti auxilia o estudioso no processo de contextualização. Segundo o autor, o que se tem num viés pós-moderno é uma sociedade plural, complexa, marcada por uma revolução da técnica, massificada em seus meios de comunicação, e com uma economia mundializada.

A superação destes corolários do Estado Liberal promovem a chegada à pós-modernidade, enfatize-se, segundo Fiúza, a partir da descodificação, da quebra da dicotomia entre direito público e direito privado, do maior solidarismo e menor individualismo, além dos demais escopos propagados ao longo deste trabalho.

Para se entender os microssistemas é necessário atualizar a visão de Código como monopolizador. Atualizar é romper com a idéia de código de um Estado liberal burguês. Conforme já se afirmou, são criados em um contexto descodificador, espaços para Códigos das famílias, do inquilinato, dos contratos imobiliários

No que tangencia o Estatuto do Idoso, inegável é sua tipicidade quanto a abrangência. Trata-se de um híbrido sistema, que visa tutelar basicamente idosos. Também pode ser considerado um microssistema, ante a sua intensidade no tratamento jurídico concernente a uma classe. Não há outro instrumento normativo que se preocupe tão solidamente com uma defesa tão ampla de idosos. Por esta especificidade protetiva, o Estatuto do Idoso merece estado de microssistema.

O Estatuto do Idoso, ainda traz alguns institutos próprios, como o transporte interurbano gratuito caso haja o preenchimento de condições muito especiais presentes no artigo 39 da Lei 10.741/03. Assim como a acessibilidade ao lazer com requisitos específicos para o seu exercício.

A prisão domiciliar a ser gozada em decorrência da idade do agente, é a única hipótese do direito brasileiro que transmite esse elemento. Além de particularidades espalhadas pelo ordenamento jurídico, como atenuantes, redução do lapso temporal prescricional, entre outras.

3.Especificidades do idoso.

O idoso representa uma parcela da sociedade de consistente relevância atribuída pelo legislador brasileiro e pelos legisladores de outros países. Este grupo é objeto de uma pluralidade de preceitos normativos, notadamente a lei 10.741 de 1º de outubro de 2003(BRASIL, 2006), o Estatuto do Idoso.

Segundo dados de 2002, extraídos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, a população de pessoas com 60 ou mais anos de idade representa um contingente de quase 15 milhões de pessoas. Vale dizer, 8,6% da população brasileira. Segundo Déa Januzzi(2007) estes 15 milhões representam 14% da população ativa, com mais de 60 anos. Januzzi(2007) ainda defende que esta população deve chegar a 26 milhões de cidadãos com mais de 60 anos em 2050. É válido destacar, que as mulheres dentre todos os idosos representam a maioria, 8,9 milhões, o que corresponde a 62,4% do total. A partir da observação destes dados, constata-se a magnitude da participação dos idosos na sociedade brasileira.

A proporção populacional dos idosos, bem como as características peculiares a esta parcela, são elementos importantes para se entender os motivos pelos quais existe um Estatuto específico aos idosos.

Diante de todas estas características particulares, existe a motivação aos atores do direito e ao legislador, no sentido de fomentar a existência de sistemas jurídicos próprios aos idosos. A importância do idoso, trata-se de uma questão abordada em diversos países. Haja vista que, no mundo, segundo o IBGE(INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2002), em 2050, um quinto da população será de idosos. Segundo o mesmo instituto, o crescimento da população de idosos, em números absolutos e relativos, é um fenômeno mundial e está ocorrendo a um nível sem precedentes. Em meados da década 50 no século XX, eram cerca de 204 milhões de idosos no mundo e, já em 1998, quase cinco décadas depois, este contingente alcançava 579 milhões de pessoas, um crescimento de quase 8 milhões de pessoas idosas por ano.

O idoso representa um tema de repercussão constitucional e infraconstitucional, e no ano de 2003, esta parcela da sociedade motivou a criação de um Estatuto próprio.

O idoso representa uma parcela substancial da população, apresentando portanto o presente tema relevância no âmbito jurídico, bem como para o horizonte sociológico.

Entretanto, a conceituação em todos os âmbitos normativos e sociais do vocábulo idoso consiste em uma matéria dotada de complexidade e que será sopesada no presente trabalho, por meio de reflexões acerca de suportes fáticos abstratos que abordam o idoso. Ante os argumentos expostos é inelutável elucidar que as normas jurídicas internas não apresentam um idêntico conceito acerca do idoso, o que provoca um quadro de complexidade para que os destinatários finais da norma, notadamente os cidadãos possam efetivamente buscar a exigibilidade do cumprimento dos direitos inerentes aos idosos.

No tocante às condições peculiares concernentes aos idosos, é possível identificar a existência de características biológicas, que terminam por influenciar o legislador ao constituir um preceito normativo destinado ao idoso.

Em relação ao Idoso, que é tratado no Estatuto do Idoso, pela Constituição da República Federativa do Brasil(BRASIL, 2005), e também em outras leis de caráter infraconstitucional, identifica-se a existência de conceitos distintos em relação a inúmeros preceitos normativos. Deste modo, se existe mais de um conceito atribuído a uma mesma matéria oriunda do ordenamento jurídico brasileiro, devido será refletir acerca da segurança jurídica.

Como forma de conceituar o idoso a lei 10.741, de 1º de outubro de 2003(BRASIL, 2006), o artigo 1º prevê:"É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60(sessenta) anos."(BRASIL, 2006)

A Constituição da República Federativa do Brasil(BRASIL, 2005) no artigo 14, inciso II, alínea b, ao se pronunciar sobre a ausência de obrigatoriedade para votação, também termina por conceituar o idoso com as seguintes palavras:

> "Art.14 A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo vota direto e secreto, com igual valor para todos, e, nos termos da lei, mediante: (...)
> §1º O alistamento eleitoral e o voto são:
> II- facultativos para:
> a)os analfabetos;
> b)os maiores de setenta anos;(...)"(BRASIL, 2005, p.19)
> A Constituição da República(BRASIL, 2005), na seção que trata da previdência, induz a pensar que se trata do idoso:
>
> Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral , de caráter contributivo e de filiação obrigatória , observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei (...)
> §7º É assegurada a aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: (...)
> II- 65(sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60(sessenta) anos de idade, se mulher, reduzido em 5(cinco) anos o limite para os trabalhadores

> rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.(BRASIL, 2006)

Dentre os conceitos jurídicos elencados, constata-se que além de conceitos jurídicos, existem outras espécies de conceitos para idoso. Dentre os quais, o conceito sociológico. E é como forma de buscar atribuir um conceito sociológico, que Ana Maria Viola, citando Andrade se externa sobre alguns aspectos que especificam o idoso:

> "a idade está relacionada diretamente ao aumento de deficiências e dependências, nos quais os efeitos constam que 10% dos homens e 20% das mulheres com idade superiora 65 anos apresentam problemas de caráter psíquico".(SOUSA, 2004, p.35)

O Estatuto do Idoso é a lei 10.741 de 2003(BRASIL,2006). Contudo, antes mesmo de um Estatuto específico, já existiam preceitos normativos que abordavam precisamente o idoso. Em vista de todos estes preceitos, nota-se que efetivamente existe mais de um conceito sobre o idoso no Ordenamento Jurídico do Brasil, mesmo posteriormente à criação do Estatuto em questão.

A Constituição da República Federativa do Brasil(BRASIL, 2005) tutela os direitos do idoso, no capítulo VII, sob a nomenclatura: Da família, da criança, do adolescente e do idoso. Nos preceitos presentes no capítulo em foco, não há a conceituação da terminologia "idoso".

Entretanto, é mister destacar que no diploma anteriormente dito, nota-se que a Constituição da República(BRASIL, 2005)também trata da assistência social, em seu artigo 195, ainda sem conceituar expressamente o conceito de idoso,visando a tutela deste direito em favor do idoso. Segundo Kildare Gonçalves Carvalho(2001), é possível interpretar a assistência social como um direito que o Estado tem o dever de fomentar. Diante disto, classifica-se como um dever dos entes federativos, vale dizer, por meio de seus atos a União, Estados-Membros e Municípios devem buscar atribuir tal assistência aos cidadãos que desta necessitem. Direito este que deve ser concedido, independentemente, de quaisquer contribuições à seguridade social. Neste sentido, os recursos que o Estado se valerá para empregar na assistência social, serão provenientes do orçamento da seguridade social.

Kildare enumera os seguintes objetivos da assistência social:

> I. proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice,
>
> II. amparo às crianças e adolescentes carente;

> III. promoção da integração ao mercado de trabalho;
> habilitação e reabilitação das pessoas deficientes e a promoção de sua integração à vida comunitária, bem como garantia de um salário mínimo a elas e ao idoso que comprovem não possuírem meios de prover a manutenção deles ou de tê-la provida por suas famílias, conforme dispuser a lei. (CARVALHO, 2001, p.436.)

A Constituição da República Federativa do Brasil(BRASIL, 2005) , ainda em seu artigo 14, inciso II, alínea b, estabelece um conceito para idoso, considerando para fins de facultatividade no tocante à votação nas eleições, o idoso aquele com mais de setenta anos de idade.

Ainda a Constituição da República(BRASIL, 2005) faz alusão ao idoso desta vez estabelecendo que os beneficiários da assistência social, para aqueles que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família conceituando que os idosos serão aquelas pessoas,com mais de sessenta anos.

Acerca da Constituição da República(BRASIL, 2005), também é possível identificar, em seu artigo 201, parágrafo sétimo, inciso II, ao tratar da seção sobre previdência social, elabora um conteúdo conceitual específico sobre o idoso. Deste modo, este artigo prevê que a aposentadoria será conferida, em seu regime geral de previdência, obedecendo a regra geral, aos idosos com mais de sessenta e cinco anos, se forem homens, e sessenta anos, se forem mulheres.

Este requisito da idade pode ainda ser reduzido em um lapso temporal de cinco anos para os trabalhadores rurais de ambos os sexos, e por fim, aos cidadãos, considerados idosos para este suporte fático, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar. Nesta hipótese o diploma em foco, ainda considerou o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

> O Código Penal(BRASIL, 2004), tem distintos conteúdos para o conceito de idoso.. Neste Código, no artigo 61, inciso II, alínea h, vê-se a definição para o termo idoso. Desta maneira, o artigo 61 prevê as circunstâncias agravantes. Dentre as circunstâncias que agravam a pena do agente, presente se faz a prática de um crime em face de um idoso.

O Código Penal(BRASIL, 2004), portanto, objetiva defender o idoso, por meio de uma sanção mais gravosa incidindo em relação aos agentes que pratiquem crimes contra este grupo de pessoas. Desta forma, para que se saiba quando incidirá tal

circunstância agravante, primordial se faz averiguar o conteúdo conceitual de idoso trazido pelo artigo do diploma em análise. E a definição presente assim se verifica:

> Art.61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:
> II- ter o agente cometido o crime:
> h) contra criança, maior de 60(sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida. (BRASIL, 2004)

Acerca do inciso que aborda o idoso, destaca-se que a redação da alínea h, deste mesmo artigo, foi acrescentada por força da lei 10.741 de 2003(BRASIL, 2006), o Estatuto do Idoso.

No Código Penal (BRASIL, 2004), em seu artigo 65, especificamente no inciso I, nota-se a incidência de uma circunstância atenuante, na hipótese de o sujeito ativo da relação material penal ter mais de setenta anos. O inciso prevê :

> Art.65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena-ser o agente menor de 21(vinte e um), na data do fato, ou maior de 70(setenta) anos, na data da sentença.(BRASIL, 2004)

Na lei 10.741, de 1º de outubro de 2003(BRASIL, 2006), identifica-se um estatuto que tem como propósito tratar especificamente dos idosos. Estatuto este que conceitua a terminologia idoso. Um estatuto específico para idosos se mostra estritamente coerente com as características da sociedade brasileira. Em decorrência do fato de que a população de idosos é notória em no país. Nesse sentido, em razão de tal magnitude populacional, bem como pelas fragilidades típicas da população em questão, foram fatores motivacionais para a criação do Estatuto em análise. Segundo Wladimir Novaes Martinez:

> Com a lei 10.741/03(Estatuto do Idoso) culminou-se o processo legislativo mediante o qual o Governo Federal tentou celebrar a relevância individual e social das pessoas com mais idade. Exercitou a obviedade, mas a medida se impunha diante da impossibilidade de muitos idosos, sozinhos, alquebrados por doenças ou hipossuficientes, às vezes abandonados pelos parentes, por esforço próprio enfrentarem as afrontas cometidas pelos adultos, e pior ainda, até mesmo serem alvo dos mais jovens, que deveriam respeita-los, pelo simples fato de que, sem eles, não teriam existido; na verdade, aqueles incautos devem orar para atingir a longevidade.(MARTINEZ, 2005, p.13)

E complementa:

> Enquanto essa agressão era cultural e afrontava os indivíduos e jazia no campo da moral, cada um esgrimava como podia, mas o legislador se deu conta de que atacavam também um seríssimo atributo da personalidade na edificação da democracia, a quintessência da cidadania do ser humano. Abalava sua dignidade e o idoso- pasmem os adolescentes- é um ser humano.(MARTINEZ, 2005, p.13)

No tocante ao Código Civil de 2002(BRASIL, 2006), também há a atribuição de um conteúdo conceitual específico acerca do idoso, quando o legislador aborda a separação obrigatória de bens, quando um dos nubentes tiver mais de sessenta anos. Vale dizer, em relação aos cidadãos brasileiros, reina a possibilidade de livre escolha de regimes, salvo se um dos nubentes tiver mais de sessenta anos. Nesta hipótese, se está diante de mais uma opção do legislador, que leva em conta a conceituação sobre idoso para estabelecer um critério normativo.

Sílvio de Salvo Venosa, abordando as disposições do Código Civil de 2002(BRASIL, 2006), estabelece suas considerações a respeito da separação obrigatória de bens:

> Existem exceções a essa autonomia de escolha, como estudamos, em situações nas quais a lei impõe o regime da separação. Trata-se de regime obrigatório imposto em determinadas condições, que não se confunde com o regime legal da comunhão parcial, supletivo da vontade dos interessados. Nesse sentido dispõe o atual diploma:
> Art.1641. É obrigatório o regime da separação dos bens no casamento:
> I- das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
> II- da pessoa maior de setenta anos;
> III- de todos os que dependerem, para, de suprimento judicial.(VENOSA, 2010, p.307)

E acrescenta o autor sobre a separação obrigatória, especificamente no tocante ao critério idade, se valendo de uma teorização em relação a tal critério no Código Civil de 1916 e no Código Civil de 2002:

> Quanto ao casamento do maior de 60 e da maior de 50 anos, no Código de 1916, o legislador compreendeu que, nessa fase da vida, na qual presumivelmente o patrimônio de um ou de ambos os nubentes já está estabilizado, e quando não mais se consorciam no arroubo da juventude, o conteúdo patrimonial deve ser peremptoriamente afastado. A idéia é afastar o incentivo patrimonial do casamento de uma pessoa jovem que se consorcia com alguém mais idoso. O vigente Código, em atendimento à perfeita igualdade constitucional do homem e da mulher, estabelece a idade de 60 anos para ambos os sexos. Sílvio Rodrigues(199:165) posiciona-se francamente contra a disposição, sustentando, com razão, que se trata de imposição legal atentatória contra a liberdade individual.(VENOSA, 2007, p.308)

Dessa forma, esse item objetivou transmitir a multiplicidade de definições objetivas etárias acerca do idoso. Induvidosamente em todas as definições o critério vulnerabilidade deve se o grande pilar.

4.1 Liberdade.

A Liberdade que aqui se propaga pode ter uma feição pública ou até mesmo privada.Em especial neste trabalho será abordada a liberdade, vista como autonomia privada, na seara, portanto, privada.

O idoso em um viés constitucional deve ser livre, isto é, não pode sofrer ingerências agressivas estatais em face desse bem jurídico. Nesse ponto, o idoso exerce a liberdade para conduzir a sua vida, certamente amparado em suas peculiaridades e os parâmetros normativos constitucionais e infraconstitucionais.

Em um parâmetro obrigacional, o idoso, embora precise de especial atenção, certamente deve ter salvaguardada a sua liberdade. Sem sofrer abusos e explorações aos seus desígnios.

A liberdade é conduzida à autonomia privada. Segundo BRETAS (2011), no Estado Liberal o princípio da autonomia da vontade, conforme Fiuza (2008), fundava-se na vontade livre das partes de contratar. Era condicionado por fatores internos, fruto da vontade das partes. A cada indivíduo era possível a realização de seus interesses e inclinações individuais sem a intervenção do estado. (PONTES, SÁ, 2009, p. 43).

Perlingieri também abordou o tema autonomia privada, concebendo-a como um conceito de difícil elucidação. Em referência ao liberalismo, apresenta o entendimento daquela época, como se vê:

> 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. (PERLIGIERI, 2002, p. 17).

Essa compreensão de autonomia privada configurou-se como a marca do valor da liberdade individual

> Posteriormente, uma nova reformulação do conceito de autonomia foi sendo redesenhado para atender aos interesses sociais e coletivos. A forma de Estado é o social, paternalista. Limites foram estabelecidos à livre atuação dos indivíduos e da sociedade, como um todo, por meio da idéia de função social. (PONTES, SÁ, 2009, p. 44)".

Nota-se que, mais uma vez, a concepção adotada de autonomia foi extremista. Agora com uma feição intervencionista.

Perlingieri (2002) dá novo enfoque à autonomia privada. Para ele, os atos de autonomia têm fundamentos diversificados, todavia, há um ponto fundamental em comum, qual seja: serem dirigidos à realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis. Sendo que somente ocorre a utilidade social se ela estiver em conformidade com a segurança, a liberdade e a dignidade humana. (2002, p. 19).

Amaral (2003, p. 80) informa que o princípio da autonomia privada tem sido objeto de revisão crítica, na medida em que seu campo de atuação sofreu grande redução a partir da intervenção do Estado.

A liberdade está tutelada, entre outros suportes fáticos abstratos, no artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 2008). Trata-se de uma cláusula pétrea, ou seja, de uma matéria constitucional, blindada pelo limite material preceituado no artigo 60, parágrafo quarto da Constituição Federal (BRASIL, 2008)

Diante disso, reputa-se que a liberdade tem diversas facetas. Entre as quais, destaca-se a liberdade de expressão repercute como uma liberdade concernente ao pensamento, tutelada em uma multiplicidade de dispositivos normativos. Vale afirmar, a faceta da liberdade em foco consiste no direito materialmente constitucional concernente a todos os indivíduos, no sentido de exteriorizar o conteúdo intelectivo, o conteúdo interno.

Em razão desse conteúdo, a liberdade é um direito fundamental de primeira geração, que estabelece em relação ao Estado o dever de tutelá-lo, salvaguardando a inviolabilidade desse direito. Não obstante esse discurso pareça nos conduzir a ideia de que a liberdade do indivíduo não se coadune com a liberdade estatal, é mister propagar que o Estado deve sim primar pelo respeito à liberdade, todavia, o Estado deve ser responsável pela racionalização deste exercício, a partir de seus aparatos e poderes.

4.2 Dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana tem profundo relevo no cenário jurídico brasileiro, bem como no direito comparado.

Trata-se de um princípio capaz de fortificar a humanização do direito. E é capaz de conter a relevância extremada atribuída à propriedade, ao patrimônio. Conforme se percebe no capítulo que versa sobre a propriedade privada, dessa dissertação.

Segundo Carlos Alberto Bittar (1994), a personalidade, composta pela dignidade, são muito importantes na ciência do direito, e cristalizam a ordem jurídica.

Para Maria Celina Bodin de Moraes, inspirada em Chauí:

> o valor da dignidade alcança todos os setores da ordem jurídica(...) o substrato material da dignidade desse modo entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de

> autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. (MORAES, 2006, p.17)

É perceptível que as sociedades que atribuem exagerada importância ao patrimônio, terminam por minorar a importância destinada à dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. Consiste em um bem jurídico central, que adquiriu estado de princípio.

A centralidade da dignidade da pessoa humana pode ser percebida no artigo 1º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil(BRASIL, 2008). Segundo o suporte fático invocado, este elemento é considerado um princípio fundamental da República Federativa do Brasil.

A dignidade é considerada central, assim como os demais pilares que estão contemplados em semelhante preceito constitucional. Quais sejam, a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho, livre iniciativa e o pluralismo político

4.3 Solidarismo e peculiaridade.

O Solidarismo é muito comumente estudado no Direito Previdenciário, mas, poderia nesse contexto ser perfeitamente teorizado.

Este princípio é percebido por Sérgio Pinto Martins (2002) como importantes para a compreensão da Seguridade Social, considerando que basicamente todos, amparado em suas capacidades contributivas, devem colaborar para a mantença da seguridade social, ainda que não façam o uso do sistema.

Para construir um microssistema, o autor sempre leciona aos seus alunos, a respeito da necessidade de constatação de que existem personagens espalhados pelo cenário brasileiro que são marcados pela fragilidade. Nesse cenário, tão somente um olhar seriamente solidário, permite caminhar por “águas tranquilas” na ciência do Direito.

Em razão da constatação, sensibilização e percepção de uma fragilidade, é mister a atuação por parte dos mais distintos aparatos estatais, no sentido de mitigar ou atenuar a identificada fragilidade.

Neste ínterim, o princípio que é imediatamente problematizado ao abordar a solidariedade consiste na igualdade. De pronto provoca-se: Há incompatibilidade entre o princípio da igualdade e a solidariedade?

Sobre este princípio, entende-se que a aplicação de uma legislação mais benevolente aos idosos, não colocaria em xeque o princípio da igualdade. Haja vista

que, o referido princípio sacraliza que deve se verificar a aplicação de tratamentos normativos simétricos para aqueles que se encontrem em situações iguais.

Instaura-se um breve parêntese neste trabalho, para exteriorizar que lamentavelmente no Brasil está passando por uma flagrante artificialização, desrespeito e estupidez no processo de condução da identificação da fragilidade e vulnerabilidade. Isto é, quem de fato é vulnerável e merece distinto apreço institucional?

A expectativa do autor é que exista mais seriedade e respeito por parte de toda a sociedade, nas discussões mais recentes que estão tramitando perante o Congresso Nacional e pelo poder Judiciário. De fato, respeitável comunidade acadêmica, o Direito vem sendo agredido e espancado cotidianamente.

O idoso de fato deve ser olhado com solidariedade, que não se traduz ou não é mensurado como dó pela condição existencial deste.Solidariedade no sentido de identificar as particularidades, fragilidades e a premência do respeito e especial tratamento que deve pairar sobre o idoso.

A solidariedade deve ser social, comportamental, convivencial e assistencial. Parâmetros esses, que são capazes de colaborar no constante e interminável processo de humanização.

Nesse item do artigo, percebe-se uma indissociável indeterdependência entre a peculiaridade e propriamente o solidarismo. Motivo pelo qual, houve a opção por trabalhar ambos simultaneamente.

Acerca da peculiaridade sopesa-se que existem características “sui generis” atribuídas aos idosos, pela “mens legis” da lei 10.741 de 1º de outubro de 2003. Em razão dessa marca, é cabível a ampliação protetiva do instituto.

Em razão dos argumentos aqui ventilados, interpreta-se sobre a possibilidade de um tratamento diferenciado aos idosos, com amparo no próprio princípio da igualdade. Princípio este, que em seu sentido mais abrangente exige constitucionalmente a respeitável observância do princípio da isonomia(entre os idosos).

Trata-se de uma observância básica de que nascer é envelhecer, isto é, biologicamente todos atingirão esse estágio da vida, em razão de uma inevitabilidade. Razões pelas quais é imprescindível que todos respeitem as especiais características dos idosos.

Acerca desta matéria, sabe-se que é pouco plausível fundamentar a concreção de tratamentos mais benevolentes aos idosos, com fulcro no princípio da igualdade. Haja

vista que, no tocante a igualdade será auferida a partir da relevante e contundente individualização dos idosos.

Trata-se de uma observância básica de que nascer é envelhecer, isto é, biologicamente todos atingirão esse estágio da vida, em razão de uma inevitabilidade. Razões pelas quais é imprescindível que todos respeitem as especiais características dos idosos.

4.4 Vulnerabilidade.

Existem inúmeros tipos de vulnerabilidade, interpretada como vulnerabilidade. Entre as quais, amparado em Cláudia Lima Marques, apreendemos a vulnerabilidade informacional, científica, jurídica e econômica.

Isso posto, a vulnerabilidade deve ser interpretado, a partir de uma interface com o principio da igualdade e peculiaridade. Ante a caracterização "sui generis" pode ser abordada também no âmbito tributário. A partir propositura, até mesmo, de uma (re)interpretação ou ampliação do princípio da igualdade no Direito Tributário. Sobre esta matéria, identifica-se que Hugo de Brito Machado,

> "As dificuldades no pertinente ao princípio da isonomia surgem quando se coloca a questão de saber se o legislador pode estabelecer hipóteses discriminatórias, e qual o critério se discrimine que pode ser validamente utilizado.(...) Seu papel fundamental consiste precisamente na disciplina das desigualdades naturais existentes entre as pessoas." (MACHADO, p.250, 2007)

E prossegue:

> "A este propósito existem formulações doutrinárias interessantes, entre as quais se destaca aquela segundo a qual o critério de discrime deve ter um nexo plausível com a finalidade da norma." (MACHADO, p.250, 2007)

A partir de uma análise sobre o último trecho destacado, aponta-se que o princípio da igualdade deve se coadunar com a "mens legis". Contudo, a interpretação normativa não se perfaz através de uma lei isoladamente, e sim em consonância com as outras fontes. E por este motivo, enfatiza-se que não é errôneo interpretar a legislação tributária, ou até mesmo o princípio da igualdade em consonância com outros preceitos normativos ou teóricos.

É possível abstratamente atribuir ao idoso, antes de um caso concreto, uma fragilidade econômica?

Não. Certamente em diversos casos existe a miserabilidade em desfavor do idoso, porém, em recorrentes hipóteses não é vislumbrada a miserabilidade. Diante

disso, se constatada for a vulnerabilidade econômica importante será o tratamento diferenciado.

É correto abstratamente atribuir ao idoso, antes de um caso concreto, uma fragilidade informacional?

Tampouco. Pois é comum a observância de uma série de conhecimentos e experiências impactantes por parte dos idosos.

Foram rechaçadas as outras facetas de vulnerabilidade sob a égide abstrata, contudo, qual seria a vulnerabilidade mais peculiar, que abalizaria um ordenamento diferenciado e protetivo ao idoso?

Seria a vulnerabilidade física.

Brevemente faz-se menção para esclarecer sobre algumas das características, que contribuem para considerá-los, conforme o exposto, vulneráveis. Sobre tais peculiaridades, explana-se o seguinte em relação ao idoso: Há uma alteração do sistema nervoso, à medida que se envelhece, há perda de células, diminuindo o volume do cérebro. Deste modo: "o raciocínio do idoso fica mais lento, todavia, permanece ativo" (VERAS, 1999, p.76).

5- Conclusão.

A partir de todo o estudo desenvolvido, o autor objetivou demonstrar aos leitores a importância dos princípios no processo de deslinde de uma ciência, em especial para os idosos.

Se os estudiosos tiverem em mente os princípios peculiares aplicáveis a um instituto, e contundentemente houver em mira esta base, certamente as reflexões serão mais seriamente construídas.

Em busca de uma colaboração no tocante a esta seriedade, este artigo propugnou certos princípios, quais sejam, o solidarismo, a peculiaridade, a vulnerabilidade física, liberdade e a dignidade da pessoa humana.

Certamente o interlocutor poderia se inquietar e indagar no seguinte sentido: Não existem outros princípios? Eu diria que sim. Entretanto, neste artigo desejamos transmitir tão apenas estes centrais, que verdadeiramente e basicamente são capazes de individualizar as expectativas jurídicas que permeiam o idoso.

Diante de toda a exposição, finda-se este trabalho propagando, instigando, incentivando e encorajando o estudo mais profundo sobre a ciência que norteia o idoso.

Por fim, transmite-se também a necessidade de coragem para a reflexão acerca da correta, inteligente e respeitável identificação de quais são os legítimos destinatários de um conjunto normativo protetivo.

Bibliografia.

Assessoria. Jaime quer redutor para planos de saúde dos idosos. Estadão Matogrossense, Matogrosso, 08 de outubro de 2007. Disponível em <www.oestadaomatogrossense.com.br/noticia> Acesso em 21 de março de 2008..
BITTAR, Carlos Alberto. Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense Universitaria, 1994.

AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. Direito civil: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, c1995.

BRASIL, Código Civil, lei 10.406/2002. Organização dos textos, notas remissivas, índices e Adendo Especial do Código Civil de 1916 por Lívia Céspedes, 59a edição, São Paulo: Saraiva, 2008

BRASIL; OLIVEIRA, Juarez de. Constituição da Republica Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 21. ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL, lei 7.210/1984.. Atualizado e acompanhado de legislação complementar, súmulas e índices, 19ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004

BRASIL, lei 10.741/2003. Organização dos textos, notas remissivas, índices e Adendo Especial do Código Civil de 1916 por Lívia Céspedes, 57a edição, São Paulo: Saraiva, 2006

BRASIL. Código tributário nacional e constituição federal. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRETAS, Hugo Rios. O tratamento tributário concernente ao idoso. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9065&revista_caderno=26>. Acesso em abr 2013.

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.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9232&revista_caderno=6>. Acesso em abr 2013.

BRETAS, Hugo Rios. Microssistemas e suas interações: Em busca de uma Teoria Geral dos Microssistemas. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em:
<http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9230&revista_caderno=27>. Acesso em abr 2013.

FIUZA, César. Contratos. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. xxv, 516 p. (Coleção Direito Civil).

FIUZA, César. Crise e interpretação no Direito civil da escola da exegese à teoria da argumentação. Direito Civil: Atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

IBGE. Perfil dos Idosos Responsáveis pelo domicílio, 2002. Rio de Janeiro: IBGE, 2002. Disponível em:<http://www.ibge.com.br> Acesso em: 02 de abril 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 28. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Comentários ao Estatuto do idoso. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005.
MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da seguridade social. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. Trad.: Maria Cristina De Cicco. 3. ed., rev.e amp. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002

SILVA, Denis Franco . Autonomia Privada: da invenção à reconstrução. In: Maria Celina Bodin de Moraes. (Org.). Princípios do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. , p. 135-162

SOUSA, Ana Maria Viola. Tutela jurídica do idoso: assistência e a convivência familiar. Campinas: Alínea, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo, Direito Civil, 7ª edição, São Paulo: Atlas, 2007. V.6.

VERAS, Renato P.; UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Universidade Aberta da Terceira Idade. Terceira idade: alternativas para uma sociedade em transição. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, UnATI, 1999.

BREVES APONTAMENTOS SOBRE A DESERDAÇÃO

BRIEF NOTES ABOUT THE DISINHERITANCE

Raphael Furtado Carminate[30]

RESUMO: Este artigo trata sucintamente do instituto da deserdação, fazendo um breve apanhado histórico do instituto e comentários sobre suas causas.

Palavras-chave: Direito das Sucessões. Deserdação.

ABSTRACT: This article discusses briefly the Institute of disinheritance, making a brief historical overview of the institute and comments about its causes.

Keywords: Law of Succession. Disinheritance.

1. Considerações gerais.

Deserdação é "o acto pelo qual o herdeiro necessario é privado de sua legitima, ficando excluido da successão". (OLIVEIRA, 1936, p. 41)

A origem da deserdação remonta ao Direito Romano, na sucessão formalmente necessária, na qual o *pater familias* deveria expressamente instituir seu filho como herdeiro ou deserdá-lo.

Etimologicamente, poder-se-ia entender a deserdação como o ato pelo qual se priva alguém da herança. No entanto, conforme exposto acima, apenas os herdeiros necessários estão sujeitos a deserdação, uma vez que para excluir os legítimos da sucessão basta dispor da integralidade do patrimônio sem os contemplar, ou simplesmente declarar que não deseja que estes o sucedam. "Entretanto é de observar que o desherdado perde não só a *reserva*, mas tambem a sua quota na *parte disponivel* do espólio". (MAXIMILIANO, 1937, p. 455)

Este ato somente pode ser praticado através de testamento válido, devendo o testador expressamente declarar as causas de deserdação, que serão adiante abordadas,

[30] Advogado, graduado em Direito pela UFOP, mestre em Direito Privado (PUC Minas), professor de Direito Civil da Universidade Presidente Antônio Carlos – unidades Itabirito e Mariana.

sob pena de invalidade da deserdação, conforme disposto no artigo 1.964 do Código Civil. (BRASIL, 2002)[31]

Caso o testamento contenha vício ensejador de nulidade ou anulabilidade, a deserdação igualmente o será. Observa Pontes de Miranda, contudo, que a deserdação "poderá ser nula ou anulada, sem o ser o testamento, nos casos em que as disposições testamentárias o são, sem que se eive de nulidade absoluta ou relativa o testamento que as contém". (MIRANDA, 2005, p. 314)

Embora aparentemente tenham o mesmo efeito, qual seja, o de excluir algum herdeiro da sucessão, deserdação e indignidade não se confundem. Tais institutos também não são formas de incapacidade para suceder.

Como bem define Clóvis Bevilaqua, "capacidade jurídica é a aptidão para adquirir direitos e exercer, por si ou por outrem, os actos da vida civil. São capazes todos aquelles a quem a lei não recusa o reconhecimento dessa aptidão". (BEVILAQUA, 1932, p. 71)

Explica Roberto Senise Lisboa que:

> *Legitimação* é autorização legal para a prática de um ato ou negócio jurídico. Em princípio, toda pessoa se encontra legitimada para adquirir direitos por si ou através de seu representante.
> Entretanto, a lei proíbe que algumas pessoas capazes, em determinadas situações, possam integrar a relação jurídica que as colocaria, conforme o legislador, em uma situação mais favorável. (LISBOA, 2009, p. 209)

Como os efeitos da indignidade e da deserdação se operam única e exclusivamente numa sucessão específica, não retirando do indigno ou deserdado a possibilidade de suceder outras pessoas, não se pode falar que estes institutos retiram a capacidade sucessória mas, tão-somente, a legitimidade. O indigno ou deserdado, portanto, seriam, em condições normais, herdeiros do *de cujus* mas, em decorrência da prática de algum dos atos previstos em lei, ou de sua exclusão por testamento, não participarão daquela sucessão especificamente.

José de Oliveira Ascensão conclui, assim, que:

> O carácter relativo da exclusão indicia-nos que estamos antes perante uma *ilegitimidade*: não incapacidade sucessória passiva, pois, mas ilegitimidade sucessória passiva.

[31] Art. 1.964. Somente com expressa declaração de causa pode a deserdação ser ordenada em testamento. (BRASIL, 2002)

> Acabamos pois por chegar à conclusão de que, em rigor, a lei não contempla nenhum caso de incapacidade para as pessoas singulares, mas tão-somente ilegitimidades sucessórias passivas. (ASCENSÃO, 1986, p. 149)

Tendo em vista serem pessoais os efeitos da exclusão, sendo o indigno ou deserdado considerado pré-morto à abertura da sucessão, tais institutos atuam anteriormente à abertura da sucessão, excluindo um sucessível em tese. Assim, conforme disposto no artigo 1.816 do Código Civil, os descendentes do excluído herdam por representação na sucessão de que se trata. O indigno ou deserdado não recebe a herança e, posteriormente, a perde. Ele é pré-excluído da sucessão, ou seja, não tem legitimidade sucessória. (BRASIL, 2002)

Apesar das semelhanças supra apontadas, especialmente no fato de ambas implicarem na ilegitimidade para suceder em decorrência da prática de algum ato ilícito contra o autor da herança ou seus familiares, há diferenças substanciais entre a indignidade e deserdação. "Chama-se indignidade, desde remota data, à ingratidão gravíssima com que o herdeiro ou legatário corresponde ao benefício que o testador lhe fez, o que é motivo suficiente, também, para a revogação das doações e para a deserdação do herdeiro legítimo". (GONÇALVES, 1951, p. 1323)

Carlos Maximiliano aponta as diferenças cruciais entre deserdação e indignidade, sendo elas:

> A desherdação é exclusiva da sucessão *testamentária*; ao passo que a *indignidade* é peculiar á sucessão *legítima*, tanto que, em falta de dispositivo especial e explícito mandando estendê-la a outra espécie ou modo de haver bens *causa mortis*, não a aplicam aos *legatários*.[32] A segunda decorre da lei únicamente e só mediante sentença pode ser reconhecida e ter efeito contra o beneficiado; a primeira depende da vontade expressa do hereditando, sem embargo da indispensabilidade da prova judiciária de haver sido merecida e regularmente imposta a privação da legítima. Entretanto, a pena cominada serve para castigar o sucessor testamentário indigno quando o *de cujus* não está mais em condições de fazê-lo. A desherdação é de alcance mais amplo e abrange maior cópia de faltas, porque se baseia na vontade *explícita* do falecido; a indignidade funda-se na vontade *presumida*; por isso cabe em hipóteses menos numerosas, *estritamente* aplicada, e deixa ainda de prejudicar o desamoroso, quando assim resolva a sua vítima clemente. (MAXIMILIANO, 1937, p. 102/103)

[32] Como exemplo de casos em que a deserdação não atinge os legatários, Carlos Maximiliano aponta o Código Civil Francês, que se omite a este respeito (MAXIMILIANO, 1937, p. 102). Neste caso, portanto, o autor não diz que no Brasil não são aplicáveis aos legatários as causas de indignidade mas, sim, que para esta aplicação é necessária expressa previsão legal. No Código Civil vigente, tal previsão é expressa no *caput* de seu artigo 1.814. (BRASIL, 2002)

Como a indignidade é fundada na vontade presumida do *de cujus*, caso o mesmo perdoe o indigno, este deve expressamente fazê-lo em testamento ou outro ato autêntico, sob pena de prevalecer a vontade da lei em face da vontade do autor da herança.[33]

Já a deserdação é resultante da vontade expressa do testador. No entanto, a vontade do testador não pode ser livremente manifestada no sentido de excluir qualquer um de seus herdeiros necessários de sua sucessão, por força da legítima. Somente pode haver deserdação na hipótese de ter o deserdado praticado alguma das condutas previstas em lei como ensejadoras da aplicação desta penalidade.

A deserdação (e também a indignidade) é identificada, embora com críticas, por toda a doutrina como sendo uma sanção civil aplicável àquele que pratica algum ato qualificado pela ordem jurídica como reprovável. Neste sentido, Pontes de Miranda pergunta-se:

> Qual o fundamento da deserdação? Não deveria ser uma pena; à alma contemporânea só serviria a alegação de não caber a sucessão necessária quando, com a morte do *de cuius*, o herdeiro não precisa, é um desligado da família, de que não deve receber proveitos. *Mas verdade é que o Código Civil manteve o caráter odioso de pena*, reflexo assaz compreensível do individualismo estacionário do direito das sucessões. (MIRANDA, 2005, p. 308)

Por se tratar de sanção civil, em respeito ao disposto no inciso XXXIX, do artigo 5º da Constituição Federal[34], as hipóteses de deserdação não admitem interpretação extensiva, tampouco analógica, sendo restritivo o rol de hipóteses ensejadoras da aplicação desta penalidade civil. (BRASIL, 1988)

A prática de algum ato reprovável previamente estabelecido em lei como ensejador de deserdação, "é capaz de remover todos os entraves de ordem pública que o legislador impôs à vontade do testador, devolvendo-lhe a sua plenitude". (CRUZ, 1986, p. 55)

Uma vez presentes, portanto, os pressupostos da deserdação, que são a existência de herdeiros necessários, testamento válido, e declaração de causa prevista em lei, o autor da herança pode afastar de sua sucessão um herdeiro necessário, excepcionando-se a proteção que lhe é conferida pela legítima.

---

[33] Art. 1.818. Aquele que incorreu em atos que determinem a exclusão da herança será admitido a suceder, se o ofendido o tiver expressamente reabilitado em testamento, ou em outro ato autêntico.
Parágrafo único. Não havendo reabilitação expressa, o indigno, contemplado em testamento do ofendido, quando o testador, ao testar, já conhecia a causa da indignidade, pode suceder no limite da disposição testamentária. (BRASIL, 2002)

[34] Art. 5º. (...)
XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. (BRASIL, 1988)

Neste sentido, a conclusão de José de Oliveira Ascensão, de que é "da essência da vocação legitimária impor-se à vontade do *de cuius*. Se se verificarem porém os pressupostos da deserdação a vontade do testador retoma o seu império, podendo afastar um sucessível da sucessão". (ASCENSÃO, 1986, p. 154)

Em matéria de deserdação, embora seja a mesma emanada da manifestação de vontade do testador, em verdade, ela é mais fruto da vontade legislativa que por razões morais qualificou determinados atos como contrários aos interesses do autor da herança que, de fato, um modo de retomada da vontade do autor da herança como elemento principal na definição do destino de seu patrimônio para depois de sua morte. Tanto que uma vez afastado da sucessão o deserdado, seus filhos ocupam o lugar a ele destinado na sucessão, representando-o como se este fosse pré-morto à época de sua abertura.

2. Causas de deserdação

Como exposto acima, um dos pressupostos da deserdação é a presença de uma das causas expressamente tipificadas em lei como ensejadoras da aplicação desta penalidade.

Sendo assim, passa-se à análise das causas escolhidas pelo legislador como passíveis de exclusão do herdeiro necessário por deserdação.

2.1. Causas de deserdação dos descendentes pelos ascendentes.

Em primeiro lugar, o Código Civil de 2002 estabelece as causas de deserdação dos descendentes pelos ascendentes (BRASIL, 2002). Excetuando-se a hipótese contida no inciso III do artigo 1.744 do Código Civil revogado (BRASIL, 1916), que previa a deserdação por "desonestidade da filha que vive na casa paterna", as demais hipóteses de deserdação previstas no Código Civil vigente são iguais às dispostas em seu antecessor.[35]

Neste sentido:

> Art. 1962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:
> I – ofensa física;
> II – injúria grave;
> III – relações ilícitas com a madrasta ou como padrasto;
> IV – desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade. (BRASIL, 2002)

[35] Apesar de as hipóteses de deserdação serem praticamente idênticas às do Código Civil revogado, as causas de indignidade diferem de um diploma para o outro.

> Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:
> I – que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;
> II – que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;
> III – que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade. (BRASIL, 2002)

Como a deserdação da filha "desonesta" que vivia em casa paterna era fruto de um "patriarcalismo impiedoso" (MIRANDA, 2005, p. 330), inadmissível no atual estágio evolutivo da sociedade brasileira, o legislador andou bem ao suprimir esta hipótese de deserdação, anteriormente fundada no "desrespeito ao ascendente". (MAXIMILIANO, 1937, p. 466)

Sendo assim, as hipóteses de deserdação dos descendentes pelos ascendentes são, além das causas de indignidade previstas no artigo 1.814 do Código Civil, o cometimento de ofensa física, injúria grave, relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto, e o desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade. (BRASIL, 2002)

a. Causas de indignidade.

Partindo das causas de indignidade, que também são aplicáveis às outras hipóteses de deserdação, observa-se que a primeira causa de exclusão da sucessão é a autoria, co-autoria ou participação em homicídio doloso, ou tentativa, contra o autor da herança, seus descendentes, ascendentes, cônjuge ou companheiro.

É fundamental, neste caso, que o homicídio, ou tentativa, tenha sido doloso, ou seja, que o herdeiro tenha tido a intenção de fulminar a vida do autor da herança ou de seus familiares próximos. Embora seja louvável a ampliação do rol das pessoas cuja vida tentara o herdeiro a ser excluído, omitiu-se o legislador acerca dos irmãos e sobrinhos do autor da herança pessoas por quem, pelo menos em tese, também teria o mesmo grande apreço.

Salomão Cateb, ao comentar o dispositivo em exame, faz observação pertinente no sentido de que

> a lei brasileira difere da legislação francesa, na qual exige-se a prévia condenação na esfera criminal para exclusão. Entre nós, os dois processos são distintos e independentes. Embora o tema seja de Direito Civil, absolvido o herdeiro na esfera criminal, claro que deixa de existir a causa excludente. A

> sentença criminal produz efeito de coisa julgada e lícito não será reconhecer a indignidade no juízo cível. (CATEB, 2007, p. 204)

Deste modo, se o herdeiro necessário é um assassino em série, mas não atentou contra a vida de nenhuma das pessoas arroladas no inciso I do artigo 1.814 do Código Civil, não pode o autor da herança deserdá-lo, cabendo-lhe o direito à reserva hereditária. (BRASIL, 2002)

Além disso, se o herdeiro necessário cometeu homicídio culposo, como nos acidentes de trânsito, por exemplo, apesar de sua irresponsabilidade ter causado a perda de entes queridos por parte do titular do patrimônio, ele não poderá ser excluído da sucessão.

Merece análise a hipótese em que um inimputável criminalmente, como os menores e deficientes mentais[36], praticam a conduta tipificada como homicídio contra uma das pessoas arroladas no inciso I do artigo 1.814 do Código Civil (BRASIL, 2002). Estas pessoas poderão, ou não, ser deserdadas?

Como os criminalmente inimputáveis são incapazes na esfera civil (artigo 3º, incisos I e II, e artigo 4º, incisos I, II e III, do Código Civil[37]), e considerando-se ser a deserdação uma sanção cível, a conclusão que se afigura mais correta é a de Orlando Gomes, no sentido de que "quando falte imputabilidade, não há indignidade". (GOMES, 1998, p. 30)

Esta opinião é corroborada por Zeno Veloso que afirma que "a deserdação é pena, e, como pena, não pode ser infligida a inimputável". (VELOSO, 1993, p. 457)

Venosa discorda desta conclusão, afirmando que

> a inimputabilidade, que no juízo criminal afasta a punição, deve ser vista aqui *cum granum salis*, isto é, com reservas. O menor de 18 anos é inimputável, mas não seria moral, sob qualquer hipótese, que um parricida ou matricida adolescente pudesse se beneficiar de sua menoridade para concorrer na herança do pai que matou. E não são

[36] Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL, 1940)
Art. 27. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. (BRASIL, 1940)

[37] Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – os menores de 16 (dezesseis) anos; II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos.
Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I – os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos; II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo. (BRASIL, 2002)

> poucos os infelizes exemplos que ora e vez surgem nos noticiários. (VENOSA, 2008, p. 59)

Com todo o respeito à opinião supra destacada, mostra-se mais correto o raciocínio de Orlando Gomes (1998) e Zeno Veloso (1993) uma vez que se o sujeito é incapaz para a prática dos atos da vida civil, sendo viciados os atos jurídicos por ele praticados, e considerando-se ser a deserdação uma sanção civil, não é possível sua aplicação em decorrência de atos praticados por herdeiros necessários na situação de incapacidade civil.

Embora se tenha ciência das razões que incentivaram o legislador a elencar as causas de deserdação, é igualmente claro que o Direito é ciência autônoma, devendo as soluções para seus eventuais conflitos ser encontradas dentro do próprio ordenamento, não servindo a moral, que tem caráter subjetivo, para esta finalidade.

A segunda hipótese de indignidade é a acusação caluniosa, em juízo, do autor da herança, ou o cometimento de crimes contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro. Ao contrário da hipótese anterior, este caso não contempla o cometimento dos referidos crimes contra a honra dos descendentes ou ascendentes do autor da herança.

Importante observar que a acusação caluniosa geradora da exclusão por indignidade é apenas aquela efetuada em face do autor da herança, sendo clara a redação do inciso II do artigo 1.814 do Código Civil neste sentido. (BRASIL, 2002)

Não se pode confundir, também, "acusação caluniosa em juízo" com o crime de denunciação caluniosa tipificado no artigo 339 do Código Penal, que tem a seguinte redação:

> Art. 339. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente. (BRASIL, 1940)

Este tipo penal abarca uma gama de condutas superior à simples "acusação caluniosa em juízo" não sendo motivo de deserdação dar causa à instauração de investigação policial, investigação administrativa ou inquérito civil contra o autor da herança. A denúncia caluniosa, para gerar indignidade, tem de ser feita em juízo, seja ele cível, criminal, trabalhista ou militar.

Arnoldo Wald entende possível a exclusão por indignidade do herdeiro que for condenado criminalmente pelos crimes previstos no inciso II do artigo 1.814 do Código Civil (BRASIL, 2002), "seja em vida ou após seu falecimento". (WALD, 2002, p. 21)

Por fim, o inciso III do artigo 1.814 do Código Civil elenca como hipótese de exclusão por indignidade o ato de se inibir ou obstar, por meios fraudulentos ou violentos, a disposição dos bens por ato de última vontade.

Esta causa abarca tanto

> um herdeiro legítimo que obste a facção de testamento ou que suprima testamento cerrado ou particular outrora confeccionado com o intuito de impedir que a parte disponível desprenda-se da legítima. E também quando aquele legítimo herdeiro obrigar o testador a revogar sua última vontade. Pode ainda ocorrer na hipótese de pessoa não dotada da qualidade de herdeiro legítimo ou necessário que constranja o de cujus a testar ou elabore um testamento falso. É configurável ainda na hipótese de pessoa contemplada em testamento anterior que impeça o testador de revogá-lo. (HIRONAKA, 2007, p. 374/375)

No entanto, a mesma autora adverte que

> se o testador consegue, posteriormente, fazer valer sua vontade da forma como pretendia, não há que se falar em exclusão do herdeiro legítimo, nem sequer do testamentário contemplado por última vontade, pois a vontade última do testador pôde ser expressa, neutralizando o vício que a atingia. (HIRONAKA, 2007, p. 375)

b. Ofensa física.

O Código Civil, através de redação simplificada, elenca a ofensa física como causa de deserdação (BRASIL, 2002). Nesta hipótese, não se cogita da gravidade do ato, bastando que tenha havido ofensa corporal.

> Não se supõe a dor. Nem o grande perigo, ou sequer, a possibilidade disto. Só se supõe o ato intencional, que constitua o mau trato corporal.
> A simples ameaça de ofensa não constitui causa suficiente para a deserdação; mas pode, em certos casos, ser, só por si, injúria grave. (MIRANDA, 2005, p. 329)

Esta hipótese de deserdação está diretamente relacionada à violência que expressa a falta de respeito que devem os descendentes ter para com seus ascendentes não incidindo, por óbvio, nas hipóteses em que tal violência é praticada em legítima defesa.

c. Injúria grave.

Ao contrário das ofensas físicas, a injúria ensejadora da exclusão por deserdação deve ser grave. Neste ponto andou mal o legislador ao subjetivar hipótese de deserdação

pois a dimensão da injúria varia de uma pessoa para a outra, sendo que, em determinadas situações, ela pode vir a se afigurar como tal para o testador mas, o juiz, ao analisar a causa de deserdação, pode concluir não ter tamanha amplitude.

O juiz, no entanto, ao verificar a gravidade da injúria no caso concreto, deve "levar em conta as características pessoais dos envolvidos, tais como a formação moral, nível social e cultural da família, bem como o ambiente em que vivem" (GONÇALVES, II, 2008, p. 406).

d. Relações ilícitas com a madrasta ou padrasto.

Pontes de Miranda define "como relação ilícita tudo que constituiria ato de libidinagem e de sedução amorosa", não se restringindo ao ato sexual consumado mas, também, ao "namoro", "atos pudendos, quaisquer que sejam", "cópula" e a "correspondência amorosa". (MIRANDA, 2005, p. 333)

Já Carlos Maximiliano afirma que "o texto presupõe comércio impuro consumado, cópula carnal; não basta afeição tendente a ofensa da pudicicia, nem o galanteio, ou namoro". (MAXIMILIANO, 1937, p. 468)

Como a razão de ser desta causa de deserdação é a traição da confiança recíproca estabelecida entre pais e filhos no âmbito doméstico, entende-se ter maior razão a primeira linha de pensamento citada, pois abarca todas as hipóteses aptas a refletir este elemento.

Frise-se que, neste caso, a lei expressamente utiliza as expressões "madrasta" e "padrasto". Sendo assim, não pode o neto ou neta ser deserdado em virtude de relacionamento amoroso mantido com a esposa ou marido de seu avô ou avó.

Assim, somente as relações estabelecidas entre o filho ou filha e o cônjuge ou companheiro do pai ou mãe poderão ensejar sua deserdação. Se o filho "rouba" a namorada do pai, por exemplo, tal fato não implicará em consequência alguma no âmbito sucessório.

e. Desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Ao comentar este dispositivo, Itabaiana de Oliveira afirma que:

> quem deixa ao desamparo o seu ascendente affectado de alienação mental, ou de grave enfermidade, demonstra ser um individuo inteiramente destituido de sentimentos de solidariedade humana e torna-se, por isso, indigno de lhe succeder, por faltar a esse herdeiro a reciprocidade da affeição para com o seu ascendente. (OLIVEIRA, 1936, p. 46)

No entanto, este dispositivo permite concluir que o abandono do ascendente sem alienação mental ou grave enfermidade é legítimo, não gerando como consequência a possibilidade de deserdação.

Deste modo, um descendente que tem pais ricos, velhos, mas saudáveis, pode, simplesmente, interná-los e abandoná-los num asilo para idosos, sem que isto venha a implicar na possibilidade de perda de seus direitos sucessórios.

Arnaldo Rizzardo, verificando não ter o legislador elencado esta hipótese como causa de deserdação, afirma que "a interpretação, nestas situações, deve ser extensiva, pois repugna à consciência humana o abandono. Até porque a velhice importa em degenerescência do organismo humano, que retira a capacidade". (RIZZARDO, 2008, p. 533)

Embora moralmente legítimo o posicionamento supra apontado, observa-se que o mesmo carece de substrato jurídico, uma vez que as hipóteses de deserdação, como já visto, são taxativas, e não admitem interpretação extensiva.

Paulo Nader faz interessante observação acerca da impossibilidade de o "ascendente em alienação mental" vir a deserdar o descendente que o abandona, sendo preferível elencar tal hipótese como causa de indignidade. Nestes casos, mesmo que o ascendente "tenha momentos de lucidez, estará impedido de testar. Como esta causa não se encontra prevista entre as que autorizam a indignidade, os herdeiros necessários, nestas condições, não poderão ser privados de receber a herança". (NADER, 2010, p. 414)

2.2. Causas de deserdação dos ascendentes pelos descendentes.

Embora incomum, pois normalmente os descendentes sobrevivem aos ascendentes, o Código Civil elenca em seu artigo 1.963 as hipóteses de deserdação destes por aqueles. (BRASIL, 2002)

> Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:
> I – ofensa física;
> II – injúria grave;
> III – relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta;
> IV – desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade. (BRASIL, 2002)

As hipóteses contidas no artigo 1.814 e nos incisos I e II do artigo supra citado são exatamente iguais às previstas para deserdação dos descendentes pelos ascendentes,

já comentadas no sub-tópico anterior. Já as demais hipóteses não foram ainda abordadas, passando-se à análise das mesmas. (BRASIL, 2002)

a. Relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta.

As relações entre parentes por afinidade em linha reta ofendem a harmonia familiar, razão pela qual são repudiadas pelo ordenamento jurídico, evidenciando um grande desrespeito do ascendente para com seus filhos e netos.

Sobre esta hipótese é importante mencionar que o neto ou neta que mantém "relações ilícitas" com o cônjuge ou companheiro de seus avós não pode ser por eles deserdados, uma vez tal hipótese não está contida no inciso III do artigo 1.962 do Código Civil e os casos de deserdação não admitem interpretação extensiva, ao passo que na hipótese contrária os ascendentes em segundo grau podem ser excluídos da sucessão. (BRASIL, 2002)

b. Desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

Do mesmo modo que previsto para a deserdação dos descendentes, os ascendentes somente podem ser deserdados no caso de desamparo de filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

Assim sendo, nos casos de abandono de filhos ou netos saudáveis, os pais que não cumprem com os deveres inerentes ao poder familiar não podem vir a ser excluídos de suas respectivas sucessões, sendo herdeiros dos mesmos ainda que jamais tenha havido entre eles qualquer vínculo afetivo familiar.

Ao comentar este dispositivo, Maria Berenice Dias afirma ser esta

> Mais uma incongruência do legislador. Os pais só são penalizados se os filhos tiverem necessidades especiais. Não se pode olvidar que alguém com deficiência mental não pode testar, o que torna quase inócua esta hipótese de deserdação. Assim, pais que deixam de cumprir com os deveres decorrentes do poder familiar não podem ser deserdados, ainda que desatendam ao comando constitucional que impõe à família assegurar proteção com absoluta prioridade a crianças e adolescentes (CF 227). Logo, o genitor que abandonou o filho ainda criança, deixando-o em total desamparo, pode ser seu herdeiro, mesmo tendo cometido o delito de abandono material (CP 224) e estar sujeito à destituição do poder familiar (CC 1.638 II). No caso de o filho falecer sem descendentes, o genitor recebe o patrimônio amealhado sem qualquer auxílio paterno. (DIAS, 2008, p. 311)

Além disso, pais que alienaram seus filhos, fazendo com que os mesmos adquirissem a síndrome da alienação parental, também não podem ser deserdados, pois esta conduta paterna, que dependendo do nível da síndrome gerará danos enquanto o filho viver, não configura hipótese de deserdação.

2.3. Deserdação do cônjuge e do companheiro.

Apesar de o Código Civil de 2002 ter elevado o cônjuge à condição de herdeiro necessário, o que também se aplica ao companheiro, conforme fundamentado supra, consequência lógica seria a imposição de hipóteses de deserdação do mesmo. (BRASIL, 2002)

No entanto, o legislador não elencou as hipóteses de deserdação do cônjuge, embora o artigo 1.961 do Código Civil estabeleça que "os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão". (BRASIL, 2002)

Assim sendo, apesar de o filho que mantém relações ilícitas com a esposa de seu pai, por exemplo, poder ser por ele deserdado, a mesma penalidade não pode ser aplicada à sua cúmplice. Deste modo, de acordo com o Código Civil, se o cônjuge traído falecer antes da sentença de decretação do divórcio, sua esposa necessariamente será sua herdeira. (BRASIL, 2002)

> Não sendo possível a aplicação da analogia em matéria restritiva de direito, a omissão da lei fica sem qualquer possibilidade de solução, até porque as hipóteses de deserdação tratadas na lei não seriam mesmo aplicáveis aos cônjuges. Assim, até que se supra tal omissão, o cônjuge, embora herdeiro necessário, não pode ser deserdado. (CARVALHO NETO, 2005, p. 115)

Tendo o legislador se omitido no que tange à deserdação do cônjuge e, consequentemente, do companheiro, que sequer fora expressamente elevado à condição de herdeiro necessário, não resta outra alternativa que não a conclusão acerca da impossibilidade de deserdação dos mesmos.

3. Notas conclusivas.

Como o direito à legítima somente pode ser restringido nos casos expressamente previstos pelo legislador, observa-se que, muitas vezes, ele é fonte de injustiça e grande sofrimento para o autor da herança que, ante a omissão legislativa, fica obrigado a deixar seus bens para pessoas que o abandonaram, traíram sua confiança ou praticaram

graves crimes, por exemplo, sob a justificativa de uma falsa preservação da solidariedade familiar.

Um descendente que estupra sua irmã, também descendente do autor da herança, ou um marido que abusa sexualmente das filhas de sua esposa, por exemplo, não podem ser excluídos da sucessão do ascendente ou cônjuge porque o legislador não arrolou estes casos como causas de deserdação.

Observa-se, assim, que outorgar ao legislador o poder de definição do destino do patrimônio das pessoas para depois de sua morte, estabelecendo que determinadas pessoas são herdeiras necessárias e não podem ser excluídas da sucessão, a não ser em hipóteses excepcionais estabelecidas pelo próprio Legislativo, expõe o cidadão que licitamente construiu seu patrimônio a situações absurdas como as supra apontadas, deixando-o de mãos atadas, obrigando-o a beneficiar pessoas que o prejudicaram.

Bibliografia.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Sucessões**. Coimbra: Coimbra Editora, 1986.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Successões**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1932.

BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002.

BRASIL, Constituição de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <**www.senado.gov.br**>. Acesso em 05 dez. 2011.

BRASIL, Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 dez. 1940.

CARVALHO NETO, Inacio Bernardino de. **A evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro no direito brasileiro: da necessidade de alteração do Código Civil.** Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo. São Paulo: 2005.

CATEB, Salomão de Araújo. **Direito das sucessões**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CRUZ, Branca Martins da. **Reflexões críticas sobre a indignidade e a deserdação**. Coimbra: Almedina, 1986.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume VII: direito das sucessões**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Princípios de Direito Civil Luso-Brasileiro. Vol. III**. Direito de Família – Direito das Sucessões. São Paulo: Max Limonad, 1951.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Ordem de vocação hereditária. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenadores). **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil, v. 1**: teoria geral do direito civil. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das Sucessões**. 2º Vol. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado dos Testamentos. Vol. 4**. Leme: BH Editora e Distribuidora, 2005.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 6: direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de Direito das Successões. Vol. II**. 3 ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1936.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VELOSO, Zeno. **Testamentos**. Belém: CEJUP, 1993.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

WALD, Arnoldo. **Direito das sucessões**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FONTES DO DIREITO: UM PARADIGMA ESTANQUE?

SOURCES OF LAW: AN STAGNATED PARADIGM?

Bernardo G.B. Nogueira[38]

Zoraide S. Castro[39]

Resumo: O presente estudo trata do paradigma entre as fontes do direito sob a ótica do neoconstitucionalismo no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Fontes do direito – Neoconstitucionalismo - Princípios.

Abstract: This review deals with the paradigm between the sources of law under the neo-constitutionalism view in the Brazilian law.

Key-words: Sources of law – Neo-constitutionalism – Principles.

1. Introdução.

O problema das fontes do direito, iluminadas pelas questões que envolvem o paradigma constitucionalista acaba por desembocar em outro viés que imediatamente reluz quando colocamos estas duas questões em jogo. Referimo-nos à questão hermenêutica, que está ligada desde já ao próprio nascimento do direito no Ocidente, ora, a partir do que nos permite reconhecer o histórico ocidental, percebemos a jurisprudência romana a revelar o próprio âmago da questão do direito. Revela-se ali o direito enquanto uma prática constituenda de decisão de casos concretos, o que entendemos hoje estar aliada à preocupação hermenêutica acerca do fenômeno jurídico.

É certo que não podemos mais dizer do direito sem dizer da questão constitucional. O direito, a partir, sobretudo das constituições pródigas do segundo após guerra, revela-se como instância resolvedora dos conflitos humanos a partir de um comando normativo inarredável, oriundo mesmo do nascimento do Estado juridicamente, que regula as ações do cidadão na polis. Estamos, por certo, a dizer das constituições. Nestas constituições, ditas pós-modernas, que a título exemplificativo, podemos citar a portuguesa de 1976, a brasileira de 1988, a colombiana de 1991, são

[38] Professor do curso de direito do Centro Universitário Newton Paiva; Professor do curso de direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito; Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
[39] Graduanda do 5º período do curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito.

fontes que irradiam por sobre todo o ordenamento jurídico jurídico o sentido a ser atribuído ao direito no momento mesmo de sua realização.

Assim, quando chamamos à baila a questão das fontes do direito para dialogar com o constitucionalismo presente, várias são as questões que emergem. Tentaremos, aliados à forma de interpretação e realização do direito nos dias atuais, revelar algumas destas questões.

É ponto passivo que os manuais de direito têm de maneira quase pacífica, arroladas as ditas fontes de direito. Dividem-nas em fontes formais e matérias: tendo aquelas como o modus como o direito se revela e estas como o substrato que alimenta a criação do direito. Nesse sentido: a lei, os costumes, a jurisprudência e a doutrina como as fontes formais mais festejadas. A lei e a jurisprudência, como fontes formais estatais e os costumes e a doutrina como fontes formais não estatais.

De outro lado, entende-se por bem, dizer que as fontes materiais seriam as condições mesmas que permitem e alimentam aquelas, o ethos do Estado. Seria o mesmo dizer que as fontes materias seriam o que se abstrai do lebenswelt de cada povo em um determinado tempo e que permite assim a criação dos referencias jurídicos. Essas afirmações, postas assim, nem revelam as próprias divergências no seio destas questões, ora, para autores como Miguel Reale, a doutrina, por exemplo, nem se consideraria fonte, por não se portar de maneira vinculante. Assim como, outros autores não aceitam a jurisprudência como fonte, pelo fato de manterem-se fieis a uma doutrina já ultrapassada de divisão de poderes. No entanto, não seria este o nosso mote direcionador. Isso por entendermos que o paradigma em que estamos inseridos, ou seja, o do Estado democrático de Direito, traz questões mais urgentes do que essas que colocamos: A de uma necessária atenção à pluralidade, que se colocada aqui diria de uma teoria nova como a do diálogo entre as fontes.

Dessa forma, não obstante a necessidade de entendimento de que as fontes de direito, em vetusta observação de Du Pasquier, seriam o mesmo que o local de onde emana um rio. O local onde ele nasce, por onde podemos percebê-lo pela primeira vez, ou em melhores palavras, local em que a matéria da água se permite revelar enquanto rio. É importante percebê-las no momento que nos circunda. Daí que entendemos necessário passear pelo próprio conceito de direito e pela sua realização para um entendimento mais abalizado desta questão nos dias atuais.

Em um primeiro momento, devemos aludir à própria noção que cunhamos do ordenamento jurídico, que nessa quadra do pensamento jurídico, não se reveste mais de

um sistema fechado e dado. Ao contrário, o direito hoje se apresenta como um sistema aberto e que se retroalimenta das questões factuais que norteiam a existência humana. Essa afirmação se alia à ideia neoconstitucionalista, que dentre várias facetas, nos indica uma realização sistemática do ordenamento, ou seja, não há mais que enfatizar as dicotomias modernas de direito público e direito privado. A realização do direito agora se dá de maneira unívoca em atenção aos princípios erguidos pela e na constituição.

Essa colocação pode ser percebida pelo fenômeno da constitucionalização do direito civil e porque não dizer, da constitucionalização do direito, para usar terminologia constante dentre os pensadores atuais. Portanto, nessa via de raciocínio, a sistemática de realização do direito, e quando nos referimos à realização, estamos já a nos referir à interpretação, uma vez que são momentos incindíveis, justifica-se na melhor realização dos preceitos constitucionais, o que por si só alicerça a ideia de um Estado constitucional de direito. Assim, propor uma visada à questão das fontes se faz necessária por uma via diferente daquela proposta, ou seja, não caberia mais a afirmativa positivista de que a lei impera como a fonte primordial do direito e ainda, que a doutrina não poderia ser considerada fonte do direito. Não se trata aqui de negar o que já se produziu, trata-se de colocar o acento em outro local, uma vez que os problemas são outros também.

A fala que nos conduz e que anunciamos, está ligada àquilo que o direito é enquanto plataforma civilizacional do Ocidente. Assim, reconhecer a abertura do sistema realizada pelo viés constitucionalista de interpretação dos problemas é reconhecer uma possibilidade para revisitar aquilo que se considera direito mesmo, e assim, aquilo que se quer chamar fontes de direito. Conforme dissemos, o direito é uma prática realizanda de casos concretos, daí que, se estamos a permitir ao sistema jurídico uma interpretação menos endurecida e mais pertinente em relação aos problemas práticos, temos que admitir que o material que nutre esse sistema não poderia mais estar previamente adstrito aos conceitos que davam conta das fontes de direito. Para sermos mais claros, a lei, por exemplo, não é o fim da tarefa de realização do direito, é, em nosso entendimento, um dos momentos da constituição do direito, o que não permite desde já, a afirmação pacífica de que nela encontraríamos a fonte primordial do direito.

Essa fala precisa estar ligada à nova forma de interpretação do direito. Como nos ensina o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Grau, o direito é halográfico, querendo dizer com isso que não vem à epifania sem a mediação do intérprete. Nesse caso, o texto da norma não é idêntico à norma. Esta última é produto da mediação que o

intérprete dela faz a partir do caso concreto. O caso, visto sob o esse paradigma que estamos a aludir, também não se portaria de maneira "pacífica", ou seja, o prius da interpretação não está contido em um texto de norma dado a priori, o direito, em sua essência, realiza-se pela unicidade e irrepetibilidade do caso concreto. Nele está o enigma que o intérprete precisa resolver. A norma seria como dissemos, o produto final do texto em face do caso. Contudo, todas as coisas não restam ditas, pois, se estamos no limiar do Estado Democrático de Direito, necessariamente temos que entender que a constituição seria o próprio existencial do estado democrático de direito e que, portanto, toda interpretação deveria primar, não pela resposta correta, mas pela resposta para aquele caso e que, para estar em consonância com o próprio direito, deveria ser a que mais se adequasse aos comandos constitucionais, assim realizando o fim último do direito que é a realização do homem enquanto pessoa.

Quando mudamos o foco em relação às fontes, percebemos que não há que se falar nelas de maneira conceitual e estanque. O direito não é um dado, é, em verdade, um construto e, limitar os materiais da construção do edifício jurídico é negar aquilo que o mantém, ou seja, sua colocação no tempo. Daí que podemos entender facilmente que quando um intérprete logra seu labor, está já imbuído de valores, pré-compreensões que delineiam sua interpretação e assim, doutrina, leis, jurisprudência e costumes estão a intervir de maneira indissociada no processo de construção do direito. Nesse sentido, há, sem dúvida, um limite ao poder de "inovação", o qual já aludimos como sendo a constituição e seus vetores axiológicos, que funcionam ao mesmo tempo como norte, limite e fundamento para a realização em gerúndio do direito.

2. O Neoconstitucionalismo.

A constituição pode ser conceituada como a lei fundamental de um Estado que o organiza, assegura a separação dos poderes, garante o respeito aos direitos fundamentais. Sendo o modo de "ser" de cada nação. Ou, como José Afonso Silva, descreve:

> "As constituições têm por objeto estabelecer a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins sócio- econômicos do Estado, bem como os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais." (SILVA, 2000, p. 45).

No entanto, o histórico das constituições ocidentais mostra que nem sempre o seu conteúdo possuía força normativa, os documentos não eram respeitados e os cidadãos não tinham seus direitos protegidos contra o arbítrio das maiorias políticas.

Após o final da Segunda Guerra Mundial, observou-se que as constituições eram incapazes de evitar o surgimento dos sistemas autoritários que violavam os direitos fundamentais. Assim, na Alemanha e Itália e, posteriormente, em outros países europeus, na América Latina e até mesmo no continente africano, surgia um novo movimento denominado Neoconstitucionalismo. Nesse sentido, as aspirações à garantia de direitos individuais e sociais, bem como a limitação do poder estatal frente aos cidadãos torna o mote de condução das cartas nascentes. Esta passagem, de constituições modernas e principiológicas, como a norte-americana de 1787, para um novo modelo de constituições mais prolixas e intervencionistas, inaugura um novo modelo de Estado que atua diretamente na garantia e realização dos direitos dos cidadãos. Essa atuação mais interveniente e que tem em conta os princípios constitucionais como fundamento, recai necessariamente na mudança da própria estrutura do ordenamento jurídico.

O centro deixa de ser o Código Civil e as leis burguesas de proteção à propriedade, e a pessoa agora passa a figurar como fundamento e telos de todo o ordenamento. A assunção da pessoa como valor fonte do direito é resultado do momento pós-guerra. A garantia da realização da pessoa humana é dada pela força que os princípios constitucionais agora possuem. O neoconstitucionalismo revoluciona o modelo tradicional de fontes do direito.

Por essa via, podemos entender o termo neoconstitucionalismo, sugerido na literatura legal e filosófica, para referir às formas e modalidades na qual o constitucionalismo vem adquirindo nas últimas décadas. Este novo modelo, de um dito constitucionalismo pós-moderno, ou ainda, pós-positivismo, busca dentro de uma perspectiva social, política e normativa, a plena eficácia dos direitos fundamentais e não apenas manter a ideia de constitucionalismo como mera limitação do poder político.

Com o neoconstitucionalismo, a constituição deixa de ter um caráter simbólico e retórico, passando a ser mais efetiva. Para ser mais preciso, neoconstitucionalismo é o aumento nos sistemas legais do uso e da proteção dos direitos fundamentais expressos nas constituições. O próprio nome então já sugere a nova forma, perspectiva, à força que a constituição vem ganhando nos últimos tempos em face do modus de enxergar, realizar, e discutir o Direito.

As constituições que surgiram após a Segunda Guerra Mundial, trazem em seu corpo variadas normas carregadas de valores axiológicos, o que, segundo Daniel Sarmento, conduz a:

> "uma interpretação extensiva e abrangente das normas constitucionais do Poder Judiciário dando origem ao fenômeno de constitucionalização da ordem jurídica, que ampliou a influência das constituições sobre todo o ordenamento, levando à adoção de novas leituras de normas e institutos nos mais variados ramos do direito." (CITAÇÃO)

A forma como as normas aparecem nestas constituições abrem espaço para um maior esforço hermenêutico, haja vista, que para sua aplicação o poder judiciário deve desmembrar quais os valores estão ali embutidos, abrindo espaço para o um movimento denominado ativismo judiciário. Nesta esteira ensina Daniel Sarmento:

> "Neste contexto, cresceu muito a importância política do Poder Judiciário. Com freqüência cada vez maior, questões polêmicas e relevantes para a sociedade passaram a ser decididas por magistrados, e sobretudo por cortes constitucionais [...] De poder quase "nulo", mera "boca que pronuncia as palavras da lei", como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado Contemporâneo." (SARMENTO,ano, p. 118)

O neoconstitucionalismo tem um foco muito centrado no poder judiciário, órgão no qual é depositado grandes expectativas no sentido de concretização dos ideais constitucionais. Esta seria a critica, mais profunda a respeito desta nova forma constitucional. Seria essencial que as decisões políticas mais importantes fossem tomadas pelo próprio povo ou por seus representantes eleitos, para que assim a democracia fosse firmada, não por juízes, pois assim estaríamos conferindo a eles uma espécie de poder constituinte permanente. Ora partir de suas interpretações eles poderiam estar moldando as constituições em detrimento do legislador eleito para representar o povo. Essa prática constituiria a inserção de uma nova figura: a do juiz legislador.

> "É evidente que, nessas novas áreas do fenômeno jurídico, importantíssimas implicações impõem-se aos juízes. Em face da legislação social que se limita, frequentemente, a definir a finalidade e os princípios gerais, e diante de direitos sociais essencialmente dirigidos a gradual transformação do presente e formação do futuro, os juízes de determinado país bem poderiam assumir – e muitas vezes, de fato, têm assumido – a posição de negar o caráter preceptivo, de tais leis ou direitos programáticos." (CAPPELLETTI, 1992, p. 41.)

3. O Novo Paradigma Principiológico: Entre As Fontes Do Direito E O Neoconstitucionalismo.

O Direito na modernidade era percebido como um sistema fechado, baseado em regras e com a pretensão de completude. A completude do direito cai por terra pelo

envelhecimento legislativo. As normas se tornam obsoletas, atrasadas, pois não conseguem acompanhar o desenvolvimento da sociedade.

A despeito desta concepção retrógada, nasce a percepção da colocação temporal do direito. Ele modifica-se, altera-se, incorpora novas relações. Neste caso, abre-se a noção de que o direito é um sistema aberto e não completo, sendo mais bem caracterizado como um objeto coercitivo completável. Neste viés, observamos a ruptura da ideia de completude pela ideia de temporalidade.

Novamente percebemos a inserção da força normativa dos princípios constitucionais a alterar o cenário do ordenamento, ora, quando nos referimos à superação da ideia de completude pela força temporal dos valores humanos, estamos diretamente a nos referir a mais uma das funções assumidas pelos princípios em questão. Nesse sentido, por força de uma existência mais rarefeita, os princípios permitem com que o ordenamento dialogue com a realidade, acrescendo "mudaneidade" ao ordenamento jurídico que na modernidade carecia de vida e se alimentava de si mesmo, a falência então resta anunciada.

No caminho agora trilhado pela principiologia constitucional, há um diálogo entre o lebenswelt e a força interna do ordenamento. As regras se alimentam da axiologia formadora dos princípios. O diálogo empreendido por eles ilumina os passos da realização do direito e ao invés de um autismo de regras, o diálogo, necessário ao homem e, por conseguinte, ao direito, realiza-se a partir dessa inserção. Assim, poder-se-ia dizer que os princípios são uma forma de realizar essa temporalidade ausente no paradigma moderno do direito.

A partir da noção de temporalidade, observamos a importância dos princípios. Estes princípios mantêm o ordenamento jurídico renovado, além de possuirem função fundamentadora, pois constituem o fundamento do ordenamento jurídico e estão presentes na alma das normas positivadas. Adquirem também uma função orientadora da interpretação, pois dão sentido em relação ao conteúdo das normas a serem aplicadas, além da função de fonte subsidiaria, pois servem como instrumento integralizador do Direito, pois se tornam úteis quando a lacuna da lei se faz presente. Desta maneira, os princípios fazem com que as normas postas se comuniquem com as normas pré-postas. Os princípios gerais fazem a fusão entre o direito e o mundo da vida, estes valores reconhecidos são inseridos na maneira de enxergar as normas e interpretá-las, dando forma ao que se quis chamar pós-positivismo.

Nesta fase pós-positivista, os princípios são tratados e considerados como parte do direito, sendo estes valores o motivo para legitimá-lo, orientando as decisões, informando a direção que deve ser seguida de acordo com a problemática apresentada. Os princípios gerais, vertidos em princípios constitucionais, surgem com força normativa dentro do ordenamento jurídico. Neste sentido, os princípios gerais tornam-se vinculantes. Desta forma,os princípios atingem um patamar de maior importância pois desenvolvem a função de aprimorar a realidade a que se referem, neste viés o professor José de Albuquerque Rocha induz:

> "Os princípios desenvolvem também a função mais importante de qualificar juridicamente, a própria realidade a que se referem, indicando qual posição que os agentes jurídicos devem tomar em relação a ela, ou seja, apontando o rumo que deve seguir a regulamentação da realidade, de modo a não contravir valores contidos no principio." (ROCHA, 2009, p.28)

4. Um Novo Olhar Interpretativo.

Com a construção histórica no mundo jurídico, percebemos que a forma de interpretar o direito baseado somente em regras, torna-se insuficiente. Com a nova hermenêutica fundada axiologicamente, ocorre, como dito, a abertura do ordenamento jurídico.

Hoje lidamos com a ideia de que o direito não deve estar imune às mudanças da forma em que os povos se relacionam. Os princípios se estabelecem na constituição servindo de critérios para a avaliação de todos os conteúdos normativos, garantindo a melhor interpretação, para o fim maior do direito, que é a realização do homem como pessoa. Com isto, percebemos que os princípios constituem-se como nova fonte do direito. Eles atualizam o ordenamento jurídico de acordo com cada caso concreto e com as normas que regem determinada matéria, os intérpretes podem e conseguem solucionar as variadas demandas de uma maneira mais justa.

Segundo, Ricardo Maurício Freire Soares,

> "[...] as diversas teorias neoconstitucionalistas convergem para o entendimento de que o Direito é um constructo axiológico e teleológico, que impõe a compreensão e aplicação de princípios jurídicos, especialmente aqueles de natureza constitucional, de modo a potencializar a realização da justiça, o que se manifesta plenamente com a aplicação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade [...]" (SOARES, 2010, p.136)

Ademais, os princípios são as normas chave de todo o sistema jurídico, mantendo-o mais apropriado para a sociedade fragmentada e "líquida" (Baumann) em que estamos inseridos. O sonho moderno de completude, de uma racionalidade estrita e uma espécie de "matematização" da existência humana é quebrada com a percepção de

que a novidade, a incompletude e a colocação no tempo são “existenciais” do humano, e por força da escolha ocidental, também do direito.

5. Conclusão.

Pensar as fontes em tempos de constitucionalismo é reconhecer que o direito não poderia estar preso a amarras conceituais que não acompanham sua ordem histórico temporal, ora, percebemos a vida da constituição a partir de suas interpretações e reinterpretações. Nesse caso, necessário chamar a atenção ao momento em que vive nosso país, em que as “criações” dos tribunais superiores direcionam variegados pensamentos. Isso para sermos mais brandos, pois, poderíamos aludir às decisões com força vinculante dos tribunais superiores, e porque não dizer a edição de súmulas vinculantes, com suas benesses e mazelas. Portanto, é nítida e extremamente necessária a reflexão sobre um ponto: seriam as fontes legítimas enquanto formalmente estabelecidas? Ou o direito clama por uma necessidade de legitimidade e menos de atenção ao formalismo tão próprio do positivismo?

Como pensar a questão da jurisprudência hoje da mesma forma que nossos teóricos pré constituição de 1988? Como dizer que a doutrina não poderia ser tomada como fonte uma vez que as decisões do Supremo Tribunal Federal vêm sempre recheadas das mais variadas citações nacionais e estrangeiras? Seria possível dizer que o direito estaria blindado a um geist axiológico, a ponto de não se render à “novas fontes” ? Seria ainda, limitar as fontes do direito um pensamento democrático? Restringir essas criações seria negar teorias como o Law and Literature. Por óbvio, não advogamos uma entrega irresponsável dos institutos jurídicos, mas é clara a mudança do paradigma, ou seja, se a constituição, com termos e dizeres abertos, nos permite enxergar para além dos conceitos modernos de uma filosofia da consciência, seria crível prender as fontes a modelos pré dados e estanques em relação à ordem democrática plural?

Não havemos de responder a todas estas questões, ao menos indicamos o caminho e cumprimos o papel de toda filosofia que é o de perguntar. As respostas só podem ser criadas e nascem apenas do espanto que temos quando somos interpelados em nossa conveniência. Daí que colocamos em questão se ainda devemos discutir com nossos alunos quais são as fontes de direito? Ou devemos questioná-los acerca das melhores formas de realização dos preceitos constitucionais que nos enredam e que ainda carecem de realização fática? Seria da doutrina esse papel?

O sentido do direito já foi posto no kosmos, na veritas divina, na ratio moderna, mas agora, estamos entregues à linguagem, somos nela e nos construímos a partir dela. Seria esse um indício de que devemos mudar nossas falas em face das fontes de direito? A construção do direito está colocada, como falamos, a partir das decisões que emanam dos casos concretos. Isso mostra sua vida e sua tragicidade, pois que em cada decisão todo o edifício do direito é posto em jogo em vias de realizarmos ou não seus preceitos, que por ora, se encontram contidos nas constituições. Neste sentido, seria lícito impedir a superação de um paradigma estanque de fontes em detrimento de uma mais bem conseguida realização de justeza no caso concreto? A moldura kelseniana estaria aqui revelada pela moldura das fontes escolhidas? Deixar de atender às novas facetas dos problemas sociais por intermédio de conceitos de fontes seria ainda realizar o direito em sua essência?

Sair da mordaça das fontes pré determinadas seria atender à abertura do sistema jurídico pelos princípios, interpretar o ordenamento sistematicamente em respeito ao comando constitucional sem que a justeza de cada caso esteja comprometida pelo conceito de fontes. Sem que a imensidão da problemática humana reste inserida num conjunto de conceitos abstratos. Discutir as fontes a partir do constitucionalismo atual é permitir a tentativa de contribuição para uma melhor realização do direito, da democracia e da pluralidade em que estamos inseridos. Limitar a fonte é tentar prever o tamanho do rio no qual ela se irá transformar. Deixando de fora várias paisagens, espécies e horizontes a se revelar.

Bibliografia.

BOBBIO, Noberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ªed., 1995.

BONAVIDES, Paulo. A constituição aberta. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores. Porto Alegre: Editora: Editoração Eletrônica, 1992.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Constituição e Constitucionalidade. Belo Horizonte: Editora Lê, 1991.

ROCHA, José Albuquerque. Teoria Geral do Processo. 10á Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades

SILVA, José Afonso Da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 18ª Ed. São Paulo, Malheiros, 2000.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. Hermenêutica e Interpretação Jurídica. São Paulo: Editora Saraiva, 2010

PROLEGÔMENOS PARA UMA TEORIA TRÁGICA DA JUSTIÇA:
O Direito e a Justiça na obra de Friedrich Nietzsche

PROLEGOMENA TO A TRAGICAL THEORY OF JUSTICE
The Law and Justice in the work of Friedrich Nietzsche

Ramon Mapa da Silva[1]

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo pensar o direito a partir da análise nietzschiana sobre o trágico, mostrando como o pensador alemão tentou, através de suas críticas à moral cristã e à modernidade, pensar uma nova ideia de justiça.

Palavras-chave: Direito, Trágico, Justiça

ABSTRACT: This paper aims to think the Law from the nietzschean analysis of the tragic, showing how the german thinker tried, with his critics to cristian morality and to modernity, think a new idea of justice.

Keywords: Law, Tragic, Justice

1. Introdução:

Não mais que um punhado de páginas foi dedicado à relação da obra de Friedrich Nietzsche (1844-1900) com a Justiça. Em parte pela dificuldade de leitura de seus escritos, inteiramente poéticos e assistemáticos, em parte pelas leituras "politizantes" e, é de se ressaltar, inadequadas dos mesmos, eleitos como precursores do pensamento nacional socialista sobre a superioridade e pureza da raça ariana. O fato é que, não raramente, o reducionismo de algumas interpretações engessou Nietzsche como um pensador da cultura, que pouco, ou nada, teria a oferecer para os questionamentos acerca do direito e da justiça.

Foi Alfred **BAEUMLER** (MELO, 2004) o primeiro a enxergar em Nietzsche um herói contra a tradição metafísica ocidental e um autor que justificava a luta incessante pela vitória, autorizando assim sua apropriação pelo pensamento germanófilo e equiparando o ideal do Übermensch ao da raça superior propagado pelos seguidores de Hitler.[2] A interpretação de **BAEUMLER**, ainda que reducionista e interessada, ficou mundialmente famosa. O primeiro a se elevar contra ela foi Martin **HEIDEGGER**,

[1] Mestre em Teoria do Direito pela PUC/MG e p*rofessor da UNIPAC Itabirito e da Faculdade Dinâmica de Ponte Nova*

[2] Foi Baeumler também que convenceu o *reichstaat* a enviar uma cópia de A vontade de Potência, livro de fragmentos póstumos de Nietzsche, para os soldados no front, como inspiração para a guerra.

(idem) denunciando as interpretações politicamente elaboradas do pensamento de Nietzsche como deformadas e desviantes de suas ideias fundamentais.

Para **HEIDEGGER** o pensamento nietzscheano é por demais complexo para ser apropriado por tal ou qual visão política, uma vez que o perspectivismo que lhe é próprio ao mesmo tempo que lhe abre para as mais diversas interpretações, lhe fecha para a apropriação de uma visão única.

Sobre o tema da justiça, foi também **HEIDEGGER** o primeiro a apontar o mesmo como um dos eixos principais do pensamento de Nietzsche, apesar de restringir sua análise desse eixo a dois fragmentos póstumos da obra do filósofo. Mas ainda assim, **HEIDEGGER** levanta uma questão fundamental para a interpretação da justiça em Nietzsche: o perspectivismo e a constante mudança que o marca. Tentar retirar um pensamento único, pronto e acabado sobre a justiça da obra de Nietzsche não seria só anti-produtivo, mas também inapropriado se considerarmos que Nietzsche não se caracteriza por ser um autor sistemático em cuja obra podemos ver um centro e um conjunto bem organizado de derivações. Seu trabalho é denso, aforismático, por vezes hermético em demasia, mas sempre aberto a diversas interpretações.

Como foi dito, o "Nietzsche nazista" de **BAEUMLER** ficou mundialmente famoso. Sua condenação da moral tradicional, sobretudo do cristianismo, contribuiu sobremaneira para fixar essa imagem, não ainda de todo desfeita. Obviamente não foi somente **BAEUMLER** que trabalhou para a consolidação dessa imagem. A irmã de Nietzsche, **ELIZABETH FÖSTER-NIETZSCHE,** casada com um oficial do Reich que fracassou ao tentar fundar uma colônia ariana no Paraguai, para conseguir favores do Estado, adulterou partes significativas dos escritos do irmão, para torná-lo um defensor ferrenho da Alemanha e do direito inato dos alemães ao comando do mundo. Um exemplo significativo dessa adulteração é o aforismo nº 3 do Ecce Homo**,** a autobiografia intelectual de Nietzsche. O aforismo original, descoberto muitos anos depois dizia o seguinte:

> Considero um grande privilégio ter tido o pai que tive: os camponeses a quem ele pregava – pois, nos últimos anos foi pregador, além de ter vivido alguns anos na corte de Alenburgo – diziam que um anjo devia ter, sem dúvida, um aspecto similar. – E com isso toco o problema da raça. Eu sou um aristocrata polonês de puro sangue, ao qual nem uma só gota de sangue ruim se misturou, e menos que qualquer uma, de sangue alemão. Quando procuro a antítese mais profunda de mim mesmo, a incalculável vulgaridade dos instintos, encontro sempre minha mãe e minha irmã – crer que sou aparentado com tal gentalha seria uma blasfêmia contra minha divindade. O tratamento que minha mãe e minha irmã me dão até este momento me inspira um horror

> indizível: aqui trabalha uma perfeita máquina infernal que conhece com segurança infalível o instante em que é possível ferir-me cruentamente – em meus instantes supremos...pois então falta toda força para defender-se contra vermes venenosos...A contigüidade fisiológica torna possível semelhante desarmonia preestabelecida...Confesso que a objeção mais profunda contra o "eterno retorno", que é meu pensamento autenticamente abissal, são sempre minha mãe e minha irmã. – Mas também como polaco sou um atavismo imenso. Seria necessário retroceder séculos para encontrar nessa raça, a mais nobre que já existiu na terra, com a mesma pureza de instintos com os quais represento. Diante de tudo aquilo que hoje se chama aristocracia, abrigo um soberano sentimento de distinção – ao jovem Kaiser alemão, eu não lhe concederia a honra de ser meu cocheiro. Existe um só caso em que reconheço meu igual – confesso-o com profunda gratidão. A senhora Cosima Wagner é, de longe, a natureza mais aristocrática; e para não dizer uma palavra de menos, afirmo que Richard Wagner tem sido, de longe, o homem mais aparentado comigo...O resto é silêncio...todos os conceitos dominantes a respeito de graus de parentesco são um insuperável contra-senso fisiológico. Ainda hoje o Papa faz negócios com esse contra-senso. Com quem menos se está aparentado é com seus próprios pais: estar aparentado com eles constitui um sinal extremo de vulgaridade. As naturezas superiores têm sua origem em algo infinitamente anterior e para chegar a elas tem sido necessário ir reunindo, economizando, acumulando durante um longuíssimo tempo. Os grandes indivíduos são os mais antigos: eu não entendo, mas Júlio César poderia ser meu pai – ou Alexandre, esse Dionísio de carne e osso...No instante em que escrevo isso, o correio me traz uma cabeça de Dionísio...[3]NIETZSCHE (2006: 24-26)

[3] A alteração feita pela irmã de Nietzsche se pôs nesses termos: "Esta dupla série de experiências, esta abertura de universos aparentemente distintos se repete em minha natureza sob todos os aspectos – sou um homem duplo, tenho o dom de duplo aspecto sempre e talvez, por acréscimo, até um terceiro...já minhas origens me permitem lançar um olhar para além de todas as perspectivas delimitadas de uma maneira puramente local, nacional; não me custa esforço algum ser um bom europeu. Por outro lado, talvez eu seja mais alemão que os alemães de hoje, simples alemães do império – eu, o último alemão antipolítico. Na verdade, meus antepassados eram aristocratas poloneses: tenho por isso muitos instintos de raça atávicos e, quem sabe?, talvez também o *liberum veto* (direito de recusa). Quando penso quantas vezes em minhas peregrinações me dirigem a palavra em polonês, e até mesmo por poloneses, poderia parecer que sou apenas salpicado de alemão. Mas minha mãe, Francisca Oechler, era em sua origem totalmente alemã; igualmente minha avó paterna, Erdmunthe Krause. Esta passou toda a sua juventude no coração da bela e velha Weimar, não sem relações com o círculo de Goethe. Seu irmão Krause, professor de teologia em Könisberg foi nomeado superintendente geral de Weimar, depois da morte de Herder. Não é impossível que a mãe dele, minha bisavó, figure com o nome "Muthgen" no diário pessoal do jovem Goethe. Ela casou em uma segunda núpcias com o superintendente Nietzsceh em Eilengurg; foi no dia do grande ano de guerra de 1813, quando Napoleão entrou em Eilengurg com seu estado-maior, 10 de outubro, que ela deu à luz um menino. Era, como saxônia, uma grande admiradora de Napoleão; talvez até em mim persista ainda esse sentimento. Meu pai, nascido em 1813, morreu em 1849. Antes de assumir as funções de pastor na paróquia de Röcken, não muito longe de Lützen, viveu alguns anos no castelo de Altenburg onde foi preceptor das quatro princesas. Suas alunas eram a rainha de Hanover, a grã-duquesa Constantina, a grã-duquesa de Oldenburg e a princesa Teresa de Saxe-Altenburg. Era dedicadíssimo ao rei da Prússia, Frederico Guilherme IV, que o nomeou para o cargo de pastor; os acontecimentos de 1848 abateram-no profundamente. Eu mesmo, nascido no dia do aniversário do rei, a 15 de outubro, recebi, como era tradição na casa dos Hohenzollern, o nome de Frederico Guilherme. A escolha desse dia tinha, em todo o caso, uma vantagem: meu aniversário foi, durante toda a minha infância, um dia de festa. – Considero com um grande privilégio ter tido um pai assim: até me parece que desse modo se explicam todos os privilégios de que gozo – excetuando-se a vida e o grande sim à vida.

Essa deformação intencional dos escritos de Nietzsche acabou gerando uma mística incomum à grande maioria dos filósofos e muito maior do que o próprio conhecimento da obra nietzscheana. De todos os pensadores acusados de fornecerem substrato à visão nazista do mundo e do poder, Nietzsche é o que permanece mais estigmatizado. Em verdade, todo o contexto político e social que perpassou a Alemanha do Kaiser até o início da Primeira Grande Guerra contribuíram para a forma germânica da época de se pensar a dominação. A Segunda Grande Guerra se mostra como um apêndice supurado de toda essa forma de pensar, o que explica sua necessidade de se apropriar de formas filosóficas que a justifique ou a compreenda. Sem nos desviar do assunto principal, evocamos Barbara **TUCHMAN,** que recorre à música da época para explicar sobre o contexto alemão pré-guerras:

> O mundo musical dos anos oitenta deixava-se influenciar pela luta que no tempo se travava nos partidos políticos entre os clássicos e os românticos. As obras novas eram ouvidas menos pelo seu valor intrínseco do que em função dos apologistas de uma tese ou dos seguidores da tese adversa. Os compositores, os críticos e o público debatiam-se numa dança de guerra permanente em redor dos seus símbolos rivais: Brahms e Wagner. Para seus partidários, Brahms, que morreu em 1897, era o último dos grandes clássicos, Wagner era o anticristo e Liszt, um satanás secundário. O Liszticismo constituía a última palavra de desprezo. Os wagnerianos, por seu turno, consideravam Brahms um profeta completo, o Messias, o Napoleão da música. Strauss, filho de quem era e discípulo de Mozart, era anti-wagner, mas, sob a influência de Bülow, transformou-se num convertido. Nem o fato de Wagner ter seduzido sua mulher diminuiria a admiração de Bülow pelas ópera de sedutores. Strauss também se deixou influenciar pela pregação de Alexander Ritter, primeiro violino de Meiningen, que gozava de um prestígio especial por ser o marido de uma sobrinha de Wagner e que convenceu Strauss de que a Zukunftsmusik (música do futuro) pertenceria aos sucessores de Berlioz, Liszt e Wagner. "Devemos estudar Brahms, afirmava, "o tempo suficiente para descobrir que nada há nele. TUCHMAN, (1990, 414).

Toda a beligerância presente no ciclo musical alemão era explicável pelo fato de que a música era a única expressão da superioridade cultural e intelectual que os alemães se arvoravam desfrutar e que era reconhecida mundialmente. A "Kultur alemã, aos olhos dos alemães, era a herdeira da Grécia e de Roma, e a população considerava-se a si própria a mais bem educada e a de melhor cultura entre todos os povos, embora

---

Antes de tudo, o fato de que não tive necessidade de nenhuma intenção de chegar a isso, mas simplesmente esperar para entrar, sem querer, num universo de coisas elevadas e delicadas: sinto-me muito bem em minha casa, é somente ali que minha paixão mais íntima tem seu poder compreender um mínimo de meu Zaratustra, talvez seja necessário encontrar-se na mesma situação que a minha – com um pé para além da vida...(nota ao aforismo 3 de Ecce Homo, 2006: 24)

os estrangeiros, ao apreciarem esse aspecto, nem sempre se apercebessem desses fatos." (idem, 410). Só **WAGNER** suscitava a admiração estrangeira no mesmo nível dos filósofos e professores alemães. No mais a cultura alemã não apresentava nenhum atrativo especial para a Europa e para o Mundo, uma vez que "Paris continuava o centro europeu das artes, do prazer e da moda; Londres, a capital da sociedade; Roma, das antiguidades, e a Itália, o atrativo dos viajantes em busca de sol e de beleza. Os novos movimentos e impulsos na literatura – o naturalismo, o simbolismo, o criticismo social, as figuras exponenciais – Tolstoy, Ibsen e Zola; as grandes novelas, de Dostoievsky a Hardy, tudo vinha de fora da Alemanha." (idem, 410)

Nietzsche ao mesmo tempo antecipou e viveu esse período. Num primeiro momento reconheceu em **WAGNER** o renascimento do espírito trágico dos gregos e um farol para a decadente cultura alemã, rompendo com o compositor quando esse se volta para o cristianismo em suas obras tardias. Ele mesmo músico e compositor, Nietzsche enxergava na música de **WAGNER** a única representação realmente potente de toda a decadente cultura alemã, que sempre mostrou desprezar. Suas primeiras obras (Ditirambos de Dionísio, Sócrates e a Tragédia, Introdução à tragédia de Sófocles, A Visão Dionisíaca do Mundo, e a Filosofia na Época Trágica dos Gregos) estão repletas do espírito wagneriano. E foi por influência de **WAGNER** que o Nascimento da Tragédia, primeiro livro propriamente dito de Nietzsche, veio a lume (as obras anteriormente citadas eram seminários e comentários de aulas).

Ao mesmo tempo imbuído de todo o clima da cultura alemã de sua época e renegado por seus pares intelectuais, bem como acometido de vários problemas de saúde, Nietzsche abandona sua carreira de professor de filologia clássica na Universidade de Basiléia e se torna um errante, viajando em busca de climas mais amenos e afeitos a suas ideias.

Nietzsche só começaria a ser descoberto pelos alemães quando um estrangeiro, Georg **BRANDES**, um judeu dinamarquês, apresentou artigos seus publicados no Deutsche Rundschau, em 1890. Mas a fama de Nietzsche se fez mais através das páginas de um de seus mais demolidores opositores, Max **NORDAU**, o primeiro a relacionar a obra do alemão com a loucura que o acometera, isso também em 1890. (idem, 420). O texto de **NORDAU**, Demolitions, foi publicado nos Estados Unidos e depois em toda a Europa, aguçando a curiosidade alemã sobre o filósofo. Em 1896, Nietzsche era na Alemanha, um astro, o representante mais genial do espírito de seu tempo:

> Por volta de 1896, o mundo tinha descoberto Friedrich Nietzsche. Vivendo na solidão, desiludido e numa constante luta contra a insônia, à base de drogas, este outro alemão tinha congeminado um conjunto de teses que giravam à volta da idéia central do super-homem e que estavam destinadas a ter a mais profunda influência nos destinos do país. Respondendo a essa influência, Strauss resolveu-se a fazer do Also Sprach Zarathustra tema de um poema musical.
> A atrativa concepção de Nietzsche do "domínio dos melhores", de uma nova aristocracia que conduziria a Humanidade a um nível mais alto, de um homem que se erguia para o cumprimento de uma missão superior, tornando-se Übermensch, seduzia a imaginação da Europa. Espevitava tanto a intensa esperança do progresso humano como o começo da desilusão em relação à democracia. Nietzsche rejeitava a idéia democrática de direitos iguais para todos os homens, por ela impedir os lideres naturais de pôr em ação todas as suas faculdades. Enquanto lorde Salisbury receava a democracia por ela conduzir à degradação política e Charles Eliot Norton a receava por ver nela a degradação cultural, Nietzsche via-a como o grilhão e o peso prendendo o homem e impedindo-o das suas mais altas aspirações. Via o peso dominante dos gostos das grandes massas, das suas opiniões e dos preconceitos morais como uma" moralidade escrava". Os líderes da Humanidade deviam viver segundo uma "moralidade de senhores", acima dos conceitos comuns do bem e do mal. A finalidade última da evolução era o Übermensch, o homem superior, o "artista-gênio", que estaria para o homem vulgar como este estaria para o macaco. (idem, 419).

A estetização da vida e do agon a ela inerente transformaram a obra de Nietzsche, para os alemães, numa representação de sua beleza e superioridade, numa incitação às suas potencialidades máximas na guerra e na dominação, numa assunção de seus direitos inatos ao mando de todo mundo. Numa corrupção reducionista, a Alemanha se viu como uma pátria de super-homens (Übermensch)), ignorando não só o desprezo que o próprio Nietzsche lhe votava, como as condições políticas e sociais do mundo limítrofe a que ela se abria.

No presente trabalho, agora devidamente situado depois desse longo intróito, analisaremos a obra de Nietzsche e sua relação com o direito e a justiça. A análise percorrerá toda a obra do filósofo, atentando para sua assistematicidade e o perspectivismo que a caracteriza. Começaremos com a análise das obras de Nietzsche dedicadas à antiguidade grega e sua relação com a modernidade e a cultura.

2. O direito, a arte e a tragédia ou como parir Centauros.

A curta carreira acadêmica de Nietzsche se resume aos sete anos em que lecionou filologia clássica na Universidade de Basiléia. Aceito como professor numa

idade incomum para a tradição européia (24 anos) dedicou seu tempo a preparar seminários sobre a língua e a tradição literária grega, sobretudo as tragédias.

Seus pensamentos acerca do tema fogem da tradição aristotélica, base para a análise do teatro trágico ainda na modernidade, e propõe conceitos novos para categorias já estabelecidas, como o conceito de catarse[4]. NIETZSCHE (2006: 30)

Mas o mais importante são as novas relações que Nietzsche estabelece entre a cultura e a sociedade de seu tempo e a cultura grega. Sem se prender a digressões políticas, Nietzsche relaciona o espírito estético e artístico de sua época com o espírito grego. Daí que suas análises transcendem o mero conceitualismo, muito próprio à filologia da época e se focam nas formas de agir e de enxergar o mundo. Para Nietzsche a tragédia é fruto de uma forma de pessimismo próprio do povo grego, e de sua relação com dois princípios antagônicos: o princípio apolíneo, do belo e do plástico, e o princípio dionisíaco, da embriaguez e do extravasamento. O problema se coloca então na forma como o grego e homem em geral encontram para superar esse pessimismo e dizer um verdadeiro "sim" à vida.

Essa forma é a arte trágica. Em contraposição ao sofisma do sátiro Sileno[5], o grego cria uma maneira de existência que une realidade e aparência, que rompe o principium individuationis, NIETZSCHE (2003: 34) num enorme sim à existência, no que ela possui também de violento, duro e incrivelmente irracional. Nietzsche enxerga na relação de Apolo e de Dionísio muito mais do que um mero dualismo. Aberto sempre ao devir, o agon, a disputa entre essas duas divindades não só nunca termina como também se estrutura num equilíbrio sensível, em que um não existe sem o outro.

Apolo representa um conceito fundamental não somente para a arte grega, mas também para a sua ética: o conceito de medida. A medida é uma categoria fundamental para se entender as práticas jurídicas gregas. A hybris, o maior crime o maior pecado que um grego poderia cometer, é o de violar suas medidas, o de querer tornar-se

[4]Catarse deixa de ser vista como sinônimo de cura e terapia, como em Aristóteles, e passa, com Nietzsche a ser sinônimo de liberação de energia.

[5] "Reza a antiga lenda que o rei Midas perseguiu na floresta, durante longo tempo, sem conseguir capturá-lo, o sábio Sileno, o companheiro de Dionísio. Quando, por fim, ele veio a cair em suas mãos, perguntou-lhe o rei qual dentre as coisas era a melhor e a mais preferível para o homem. Obstinado e imóvel, o demônio* calava-se; até que, forçado pelo rei, prorrompeu finalmente, por entre um riso amarelo, nestas palavras: - Estirpe miserável e efêmera, filhos do acaso e do tormento! Por que me obrigas a dizer-te o que seria para ti mais salutar não ouvir? O melhor de tudo para ti inteiramente inatingível: não ter nascido, não ser, *nada ser*. Depois disso, porém, o melhor para ti é logo morrer." NIETZSCHE (2003:36)
*Demônio deve ser lido aqui como a tradução do termo *daimon*, na concepção grega um espírito intermediário entre os deuses e os homens e muitas vezes responsável pela inspiração artística. A tradição cristã "diabolizou" esse e outros termos antigos, gregos ou não, e não deve ser aplicada à sua compreensão.

isothéos, igual aos deuses. E é justamente aí que o conceito de medida é mais necessário. O nómos estabelece a medida da ação justa, assim como a norma ou a regra[6].

O conceito de medida, primeiramente mais existencial que jurídico, se torna o fundamento do direito ocidental, surgindo na Grécia como um balizador das ações. Heráclito dizia que "antes apagar uma desmedida que um incêndio", e Héracles fora abandonado em uma ilha porque seu peso sobre-humano faria afundar a nau Argo, sem mencionar o fato de que para os gregos a perfeição do mundo residia justamente no fato de que ele era finito.

Em Nietzsche o deus Apolo é a representação dessa medida, da beleza plástica, mas também do controle, da individuação e do que impede a entrega ao Uno-primordial de toda criação. Apolo é o deus solar, que revela, mas que ao mesmo tempo esconde a verdade ao limitá-la à ordem e à plástica:

> O culto às imagens da cultura apolínea, tenha essa se exprimido no templo, na estátua ou na epopéia homérica tinha o seu fim sublime na exigência ética da medida, que corre paralela à exigência da beleza. A medida, colocada como exigência, só é possível onde a medida, o limite é cognoscível. Para que se possam observar os próprios limites, precisa-se conhecê-los: por isso a advertência apolínea γνωθι σεαυτόν[7]. O espelho, no entanto, no qual somente o grego apolíneo podia ver-se, isto é, reconhecer-se, era o mundo dos deuses olímpicos: aqui ele reconhecia sua própria essência mais própria envolvida pela bela aparência do sonho. A medida, sob cujo jugo se movia o novo mundo dos deuses (em contraposição a um mundo de titãs que foi precipitado) era a da beleza: o limite que o grego tinha de observar, era o da bela aparência. A meta mais íntima de uma cultura voltada para a aparência e a medida não pode ser senão o velamento da verdade: ao incansável investigador a seu serviço gritava-se como advertência, assim como ao superpotente titã, μηδέν άγαν[8]. Em Prometeu é mostrado aos gregos um exemplo de como um fomento desmesurado do conhecimento humano tem efeito nocivo tanto para o fomentador como para o fomentado. Quem quer sair-se bem com sua sabedoria diante do deus deve, como Hesíodo, μέτρον έχειν σοφίης[9]. NIETZSCHE (2005:22)

A ele, Nietzsche opõe Dionísio, o deus do rompante e do delírio, que traz a verdade incomensurável do mundo:

---

[6] Etimologicamente tanto norma quanto regra são derivações de nomes de instrumentos de medida. A *norma* era uma espécie de esquadro, muito utilizado pela arquitetura romana, assim como a *regula*, de onde deriva *régua* e *regra*. "O Direito é a maneira pela qual o Ocidente ordena as regras que os homens se impõem. Ele é o herdeiro do *ius*, que designava as fórmulas pelas quais se expressa a justiça; mas, construído a partir da idéia de direção (*directum)*, junta à idéia de justiça a de linha de conduta, já presente na *regula* (régua) ou na *norma* (esquadro) latina. Régua, esquadro, linhas e ângulos retos: como o Direito, a justiça se torna um caso mais de traçado geométrico do que de casuística; procede mais de uma medição do que de uma arbitragem, mesmo que sempre se trate, afinal de contas, segundo o célebre adágio do Digesto, de atribuir a cada qual o seu (*suum cuique tribuere)*. SUPIOT (2007: 51)

[7] "Conhece-te a ti mesmo."

[8] "Nada demais."

[9] "Ter a medida da sabedoria."

> Em um mundo construído dessa maneira e artificialmente protegido penetrou então o som extático da celebração de Dionísio, no qual a inteira desmedida da natureza se revelava ao mesmo tempo em prazer, em sofrimento e em conhecimento. Tudo o que até agora valia como limite, como determinação de medida, mostrou-se aqui como um aparência artificial: a "desmedida" desvelava-se como verdade. Pela primeira vez bramia a canção popular, demoniacamente fascinante, em toda a ebriedade de um sentimento superpotente: o que significava diante disso o artista salmodiante de Apolo, com os sons de sua κιθάρα[10] só timidamente insinuados? O que antes era propagado em corporações poético-musicais, que se dispunham em formas de castas, e era ao mesmo tempo mantido afastado de toda participação profana, o que precisava permanecer, sob o poder do gênio apolíneo, no nível de uma mera arquitetônica, o elemento musical, rejeitava aqui todas as barreiras: a rítmica de antes, movendo-se no mais elementar ziguezague, libertava os seus membros para a dança bacante: o som ressoava, não mais como antes em fantasmagórica rarefação, mas sim com a sua massa mil vezes intensificada e com o acompanhamento de instrumentos de sopro e ressonância profunda. E o mais misterioso aconteceu: a harmonia, que em seu movimento leva a Vontade da Natureza ao entendimento imediato, veio aqui ao mundo. Agora, as coisas em torno de Dionísio, que no mundo apolíneo jaziam veladas artificialmente, ganham som: todo o esplendor dos deuses olímpicos empalidecia diante da sabedoria do Sileno. Uma arte que em sua embriaguez extática dizia a verdade afugentava a musa das artes da aparência; no esquecimento de si dos estados dionisíacos dava-se o ocaso do indivíduo com seus limites e medidas; um crepúsculo dos deuses era iminente. NIETZSCHE (2005:23)

É nesse duelo, não dialético uma vez que não propõe alcançar um fim, entre a aparência e o real, entre a luz e a sombra, o plástico e o musical, enfim, entre o apolíneo e o dionisíaco que Nietzsche baseia todas as impressões e críticas do primeiro momento de sua obra. Ainda que o tema desse "dualismo" nunca abandone suas considerações, são nos textos até O Nascimento da Tragédia que ele se mostra central. As impressões de Nietzsche sobre o tema da justiça são atravessadas sagitalmente por esse "jogo", essa dança cósmica inerente a todos os aspectos do real, mas que é encoberta por nosso racionalismo e nossa vontade de sentido.

Nietzsche encontra então, na cultura grega, oposições cujo tradicional conceito de justiça, baseado na pacificação do conflito, da adequação dos contrários e na eliminação do disforme e do (a)normal, não abarca. Se o conflito é inerente a toda manifestação vital, cuja tragédia é o exemplo mais extremo, ele se encontra também na justiça, concebida pelo alemão não como o reino do equânime e do harmônico, mas como do jogo.

Com Sócrates a Grécia Arcaica perde sua capacidade de lidar com o conflitivo e é invadida por uma vontade de verdade e certeza que marcaria todos os aspectos da civilização ocidental até os dias de hoje. Para o filósofo esse é o sinal da decadência, que Sócrates e sua negação do mundo como este se apresenta, simbolizam

[10] "Cítara".

perfeitamente. Tanto o conceito de verdade quanto o de justiça, vez que essa também passa a ser uma busca pela objetividade e clareza[11] se mostram nesse mundo apenas como sombras de sua real existência, presente em uma realidade superior, ideal. Com esse subterfúgio, Sócrates cria uma fome insaciável pela verdade, que acompanhará o homem através dos milênios, o afastando cada vez mais de sua natureza trágica. Essa natureza é caracterizada por um pessimismo inato diante da existência, superado não pelo otimismo solar da objetividade e do controle da natureza, mas pela afirmação incondicional da vida, em tudo que nela existe de belo e afável, como também de cruel e violento.

A arte trágica seria uma expressão desse grande sim, dessa grande ação afirmadora diante do mundo, uma vez que o drama do herói trágico, que sofre irracionalmente por suas ações, leva, na embriaguez dionisíaca dos ditirambos proferidos pelo coro, ao fim do indivíduo e a uma percepção do todo da existência, uma liberação de impulsos (trieb) contidos pelos costumes e pela tradição e à consciência de que a vida, em toda e qualquer circunstância é maior do que a existência de qualquer indivíduo e, portanto, de todo e qualquer sofrimento. A fé socrática na razão substitui essa atitude de júbilo por um otimismo deferente ante a clareza e a medida, mudando toda a concepção de mundo que até então existia:

> De fato, com a transformação da concepção da humanidade, pautada agora por essa crença na possibilidade de dominação da natureza pelo saber, o elemento otimista invade todas as regiões dionisíacas, impelindo o homem à autodestruição ao lançá-lo, em uma busca desesperada por certeza, aos limites da ciência, movida por essa crença na escrutabilidade da natureza das coisas. Os limites logo se fazem ver e é com o inesclarecível que nos deparamos, onde se quebra e fracassa nosso saber. Ora, era essa compreensão do incomensurável de sua condição vital que a tragédia e Grécia pré-socrática garantiam, a visão de que as qualidades naturais e as ditas humanas estão inseparavelmente confundidas. O homem, em suas mais elevadas e nobres forças, podia ser compreendido com sendo todo Natureza, trazendo seu inquietante duplo caráter em si a ponto de serem suas mais terríveis aptidões,

[11] FOUCAULT mostra isso muito bem no seu texto sobre o inquérito no Édipo-Rei de Sófocles. Segundo ele, na época arcaica, a verdade em si não tinha tanta importância para o inquérito quanto as formas de sua produção. Como exemplo ele apresenta o texto homérico da justa entre Menelau e Antíloco nos jogos em honra a Pátroclo, morto em combate. Tratava a disputa de uma corrida em torno de um marco central em que uma testemunha, uma οιδα (aquele que está pra ver) está posicionada como arbitro. Por uma artimanha Antíloco vence Menelau, que busca explicações. A testemunha não é chamada, nem mesmo lembrada, Menelau simplesmente exige que Antíloco jure por Zeus que não havia trapaceado. Antíloco se omite e Menelau vence. Em oposição a esse jogo de produção da verdade temos o inquérito em Édipo-Rei, baseado em procedimentos e medidas não para a produção, mas para o desvelamento da verdade, considerada como objetivamente existente. Não é a toa que Nietzsche, a partir de O Nascimento da Tragédia, identifica em Sófocles, que antes admirava, assim como Aristóteles, como o mais trágico dos trágicos NIETZSCHE (2006), um certo "socratismo", uma vontade de verdade e justificação racional que desaguaria no fim da tragédia com Euripedes, os dramas palacianos e a comédia ática. Ésquilo passa a ser então, para Nietzsche, o maior entre os autores trágicos. FOUCAULT, Michel, A Verdade e as Formas Jurídicas.

> essas que se costumam considerar inumanas, o frutífero chão a partir do qual toda humanidade pode crescer, em estímulos, ações e obras. MELO (2004:5)

A concepção trágica do mundo, que Nietzsche enxerga na Grécia pré-socrática, vê o mundo como um conflito eterno, em que a verdade se forma com o eterno revezamento do apolíneo e do dionisíaco, nunca com a imposição final de um sobre o outro, nunca com uma conciliação definitiva, mas numa rede de subterfúgios, em que a luz solar de um serve para deixar transparecer a verdade sombria de outro. Tal concepção de mundo tem reflexos éticos bem específicos, destacados por Nietzsche. Cabe ressaltar que todas as investigações nietzscheanas, ainda que sobre conceitos, tais como o de verdade, são sempre investigações éticas, uma vez que se baseiam na análise da ação do homem diante das incontáveis percepções de mundo que existem, numa análise de modos de vida. Nesse ponto, a ideia de que Nietzsche pode ser lido como um pensador da justiça, como aqui defendemos, se torna mais sólida.

Pelos olhos do trágico, com sua ética aberta e conflitiva, a justiça é parte do eterno jogo do existente. Um jogo que não acaba nunca e que, aberto ao porvir incessante, traz a afirmação da natureza dual do homem. Viver essa natureza dual é saber-se livre, para repensar a própria existência e todo o contexto que se impõem sobre ela. É justamente esse repensar crítico e livre que é condenado pela tradição socrática. Em outros termos, a maiêutica socrática cria, subrepticiamente, um dogma, uma vez que promete uma verdade que se desfraldará ao fim do procedimento dialético, cerceando não só a liberdade crítica mas a liberdade de constante criação e recriação da existência:

> Ora, essa liberdade crítica é renegada pela tradição e são justamente as inversões valorativas em que se apresentam a que Nietzsche desde logo se volta. Ele inicia, portanto, sua análise dos fundamentos do edifício metafísico por sua própria estrutura defensiva e nos aponta o quanto a condição para o prevalecimento dessa crença na verdade é tornar indiscutível a apreensão do mundo, elevando-o à condição de norma. De fato, se um estado natural nos remete a uma pluralidade de leituras metafóricas da vida, em um contínuo dissimular-se regido por uma guerra de todos contra todos, será, pelo contrário, um estado social e de rebanho, com cunho propriamente político-social, que o homem que quer existir terá de fundar, ainda que apenas por necessidade e por tédio; para tanto, o refúgio e a proteção tornam-se regra de vida e não estratégia de ação. Fixa-se agora aquilo que deve ser "verdade", i.e.,é descoberta uma designação uniformemente válida e obrigatória das coisas: a legislação da linguagem dá também as primeiras leis da verdade e por conseguinte da moral, sem que seja possível, com isso, a afirmação de qualquer adequação da expressão da linguagem à realidade com base em tal convenção e, por consequinte, qualquer consideração de Nietzsche como um filósofo nominalista. A finalidade é a busca de segurança e de tranqüilidade, sob o preço do apagamento de toda a diferença, ainda que às custas de um esvaziamento da própria regra para que, sob a forma conceitual, possa abarcar indistintamente uma pluralidade de casos irredutível em sua singularidade em uma única fórmula. Encerrado em seus limites, em seu olhar exterior, sua ação volta-se apenas ao rubricar de conceitos numa busca constante de identidade, como se, seguindo o fio condutor da causalidade,

> pudesse atingir até os abismos mais longínquos do ser de que está não apenas em condições de conhecer como até mesmo de corrigi-lo. MELO (2004:10)

Com a supressão das diferenças e dos contrastes inerentes ao viver, o jogo da existência se torna uma busca constante e ineficaz de tranqüilidade e adequação, escondendo através de falsas identidades conceituais todo o caos e logo toda verdade que não se encaixa na visão de mundo elevada à condição de norma. Essa imposição da fixidez e supressão dos opostos é tão característica a visões de mundo racionalistas que **ADORNO** e **HORKHEIMER** bem a denunciam em sua Dialética do Esclarecimento. Para os pensadores de Frankfurt, a visão burguesa do mundo, para se justificar, se estabelece como eminentemente racional e controladora da realidade, pondo um fim às oposições presentes na realidade através de todo uma lógica identitária extremamente artificial. E assim torna-se possível todas as taxionomias e classificações tão próprias da modernidade iluminista, que torna cão igual a gato simplesmente porque ambos são mamíferos.

No direito esse princípio de identidade se mostra muito claro, uma vez que sua pretensão de pacificação e harmonia se baseia na lógica da contraprestação e da indenização, que se formam, obviamente, pela lógica da identidade. Assim, o crime A equivale, ou seja, é igual, à pena B. **PASUKANIS**[12] aponta essa falsa identificação como base do direito burguês, que torna a prática jurídica e a própria concepção de justiça numa forma de comércio, sendo o sujeito de direito nada mais que mercadoria.

Assim, toda individualidade, toda diferença, toda visão de mundo que não se adeque à tradicional se transforma em anormalidade, uma vez que a visão socrática já estabelece o sumo bem, e tudo que não se encaixa é mal e condenável. O indivíduo então, em seu poder de criar o diferente e o inédito, se apresenta como a maior ameaça. Por isso a polifonia de personalidades e visões de mundo deve ser volatizada e combatida, por isso a verdade dever ser objetivada e as visões filosóficas que deixam transparecer um gosto ou uma predileção por certa visão de mundo, como a dos sofistas, condenada.

Nietzsche pretende um retorno a essa polifonia, a esse caos criador, mostrando que todo limite e medida ao homem e ao conhecimento não passam de medidas humanas, demasiadamente humanas e que o trágico não reconhece nada além do devir e do transitório. Daí a dimensão estética que Nietzsche atribui ao próprio existir. O jogo

[12] PASUKANIS, E.B. Teoria Geral do Direito e Marxismo, Editora Renovar, São Paulo, SP:

estético nos mostra que mesmo o feio e o desarmônico fazem parte de um jogo que a vontade joga consigo própria.

O papel da justiça nesse contexto trágico é abarcar a justa, o jogo, numa dimensão suprema que garanta não o equilíbrio das forças, mas o seu eterno bater. Diferente do conceito de justiça socrático-alexandrino-hegeliano, que busca a unidade e a harmonia, a justiça em sua forma trágica busca a estética do agon, da disputa, e a consciência de que tudo é somente justa, jogo. A justiça se mostra então, para Nietzsche, o devir incessante, que em sua dança impede o decantar das forças e a elevação de algum conceito em norma de vida:

> No entanto, daquele fundamento de toda a existência, do substrato dionisíaco do mundo, só é dado penetrar na consciência do indivíduo humano exatamente aquele tanto que pode ser de novo subjugado pela força transfiguradora apolínea, de tal modo que esses dois impulsos artísticos são obrigados a desdobrar suas forças em rigorosa proporção recíproca, segundo a lei da eterna justiça. Lá onde os poderes dionisíacos se erguem tão impetuosamente, como nós o estamos vivenciando, lá também Apolo, envolto em uma nuvem, já deve ter descido até nós e uma próxima geração, sem dúvida, contemplará seus soberbos efeitos de beleza. NIETZSCHE (2003: 144)

Assim, a imagem da justiça não é a do falso racionalismo presente na responsabilidade, culto da culpa, e do nexo causal. Ela se mostra como o bastião no entorno do qual os impulsos artísticos, ao mesmo tempo éticos e estéticos, dançam. E isso não se reduz a uma visão cósmica ou cosmológica da justiça. É no agir do homem realmente livre que essa verdade se mostra. Justamente no ato do homem nobre, do herói, é que a justiça enquanto jogo se apresenta. A visão de mundo desse indivíduo é tão afirmativa que o impede de enxergar culpa e responsabilidade em seus atos. No fim tudo é afirmação e criação, portanto, até a punição e o castigo se apresentam como parte do jogo, um jogo que o home livre joga sempre de bom grado:

> A imagem de Édipo é, nesse sentido, de fato, toda, o contrário do socratismo: apesar de sua sabedoria, ele, que desvenda o enigma da esfinge, é determinado ao erro e à miséria. O que Sófocles quer nos dizer é que o homem nobre não peca; não está sob seu controle o resultado da ação, não se pode deslegitimá-la sob tal critério. Na tragédia, portanto, diversamente do que se dava para Sócrates, não era a consciência e o saber que ditava a justeza da ação, nem era tampouco, como se dará no decorrer da tradição posterior, a vontade e o livre-arbítrio a ditar a ação. Uma tal visão não comporta, assim, qualquer pensamento voltado à culpa e à responsabilidade; falta ao herói esse poder de discernimento da realidade que lhe possibilite, por sua ação, chegar à justiça, tal como pensada pela tradição, mas que, não obstante, permite essa mais sublime elevação do herói em Édipo em Colono. Eis a incomensurabilidade trágica. Como diz Vernant, o domínio da tragédia revela-se nessa zona fronteiriça onde os atos humanos vêm articular-se com as potências divinas, onde revelam seu verdadeiro sentido, ignorado até por aqueles que o praticaram e que por eles são responsáveis, inserindo-se numa ordem que ultrapassa o homem e a ele escapa". A decisão, nesse contexto, é trágica – e aí se mostra a ambiguidade da vontade – porque o homem vive

> duas ordens da realidade: o êthos, o caráter, e o daímon, a potência divina. A ação está situada, portanto no homem e fora dele, a mesma personagem que aparece ora como agente, causa e fonte de seus atos, ora como alguém que é movido, que está imerso numa força que o ultrapassa e o arrasta. São dois aspectos contrários e indissociáveis de que se revestem, em função da perspectiva que nos colocamos, as mesmas ações e por isso mesmo, segundo aquele autor, os poetas trágicos valem-se do vocabulário do direito, jogando deliberadamente com suas incertezas, com suas flutuações, com sua falta de acabamento[13]. MELO (2004: 29)

Não é obra do acaso que o século V, o século de Péricles, o século de formação e consolidação do direito grego, seja também o século onde as peças trágicas tiveram seus palcos. Toda essência trágica se desvela nos heróis punidos por sua nobreza, ou na santidade criminosa de uma Antígona. Nesse ponto, a leitura que **HEGEL** faz de Antígona não é somente cristianizada, mas reducionista, uma vez que a dialética busca uma sobreposição, uma (re)conciliação de opostos que é tão contrário ao trágico.

E é por isso que Nietzsche enxerga na obra de **ÉSQUILO**, sobretudo o Prometeu, considerado por ele a tragédia perfeita, a representação máxima da justiça trágica:

> À glória da passividade contraponho agora a glória da atividade, que o Prometeu de Ésquilo ilumina. Aquilo que o pensador Ésquilo tinha aqui a nos dizer, aquilo que ele como poeta apenas nos deixou pressentir através de sua imagem alegórica, é o que o jovem Goethe soube nos desvendar nas arrojadas palavras de seu Prometeu:
> Aqui sentado, formo homens
> À minha imagem,
> Uma estirpe que seja igual a mim,
> Para sofrer, pra chorar,
> Para gozar, para alegrar-se
> E para não te respeitar,
> Como eu!
> O homem, alçando-se ao titânico, conquista por si a sua cultura e obriga os deuses a se aliarem a ele, porque, em sua autônoma sabedoria, ele tem na mão a existência e os limites desta. O mais maravilhoso, porém, nesse poema

[13] "A mais dolorosa figura do palco grego, o desventurado Édipo, foi concebida por Sófocles como a criatura nobre que, apesar de sua sabedoria, está destinada ao erro e à miséria, mas que, no fim, por seus tremendos sofrimentos, exerce à sua volta um poder mágico abençoado, que continua a atuar mesmo depois de sua morte. A criatura nobre não peca, é o que o poeta profundo nos quer dizer: por sua atuação pode ir abaixo toda e qualquer lei, toda e qualquer ordem natural e até o mundo moral, mas exatamente por essa atuação é traçado um círculo mágico superior de efeitos que fundam um novo mundo sobre as ruínas do velho mundo que foi derrubado. É o que o poeta, na medida em é ao mesmo tempo um pensador religioso, nos quer dizer: como poeta ele nos mostra primeiro um nó processual prodigiosamente atado, que o juiz lentamente, laço por laço, desfaz, para sua própria perdição; a autêntica alegria helênica por tal desatamento dialético é tão grande que, por esse meio, um sopor de serenojovialidade superior se propaga sobre a obra inteira, o qual apara por toda parte as pontas dos horríveis pressupostos daquele processo. Em Édipo em Colono nos deparamos com essa mesma serenojovialidade, porém elevada a uma transfiguração infinita; em face do velho, atingido pelo excesso da desgraça, que, a tudo quanto lhe advém, é abandonado como puro sofredor – ergue-se a serenojovialidade sobreterrena, que baixa das esferas divinas e nos dá a entender que o herói, em seu comportamento puramente passivo, alcança a sua suprema atividade, que se estende muito além da sua vida, enquanto que a sua busca e empenho conscientes apenas o conduziram à passividade." NIETZSCHE (2003:64)

> sobre Prometeu, que por seu pensamento básico constitui o próprio hino da impiedade, é o profundo pendor esquiliano para a justiça: o incomensurável sofrimento do "indivíduo" audaz, de um lado, e, de outro, a indigência divina, sim, o pressentimento de um crepúsculo dos deuses, o poder que compele os dois mundos do sofrimento à reconciliação, à unificação metafísica – tudo isso lembra, com máxima força, o ponto central e a posição principal da consideração esquiliana do mundo, aquela que vê a Moira tronando, como eterna justiça, sobre deuses e homens. Dada a espantosa audácia com que Ésquilo coloca o mundo olímpico nos pratos da balança da justiça, devemos ter presente que o heleno profundo dispunha, em seus Mistérios, de um substrato inamovivelmente firme de pensar metafísico e que podia descarregar nos olímpicos todos os seus acessos céticos. O artista grego, em especial, experimentava com respeito às divindades um obscuro sentimento de dependência recíproca e precisamente no Prometeu de Ésquilo tal sentimento está simbolizado. O artista titânico encontrava em si a crença atrevida de que podia criar seres humanos e, ao menos, aniquilar deuses olímpicos: e isso, graças à sua superior sabedoria, que ele, em verdade, foi obrigado a expiar pelo sofrimento eterno. O magnífico" poder" do grande gênio, que mesmo ao preço do perene sofrimento custa barato, o áspero orgulho do artista, eis o conteúdo e a alma da poesia esquiliana, enquanto Sófocles, em seu Édipo, entoa, qual um prelúdio, o hino triunfal do santo. (...) O Prometeu esquiliano é, nessa consideração, uma máscara dionisíaca, ao passo que, no profundo pendor para a justiça antes mencionado, Ésquilo trai, ao olho penetrante, a sua descendência paterna de Apolo, o deus da individuação e dos limites da justiça. E assim a dupla essência do Prometeu esquiliano, sua natureza a um só tempo dionisíaca e apolínea, poderia ser do seguinte modo expressa em uma formulação conceitual: "Tudo o que existe é justo e injusto e em ambos os casos é igualmente justificado".
> Isso é o teu mundo! Isso se chama um mundo! NIETZSCHE (2003: 67-69)

Na comparação que Nietzsche faz entre o mundo grego e o mundo moderno, ele enxerga o fim dessa concepção de justiça, essencialmente trágica e heróica, nas, segundo ele, falsas ideias de dignidade humana, dignidade do trabalho e democracia. A valoração do homem como ser digno em si gera a ilusão de que todos são iguais e devem desfrutar dos mesmos direitos, direitos que em última instância não passam de privilégios que se anulam se divididos por todos. A dignidade do trabalho cria a percepção de que o homem deve se dedicar a coisas efêmeras como o trabalho, um mero meio para sua subsistência, como se nele residisse sua dignidade. A democracia politiza e socializa essa decadência dos instintos, domesticando as pessoas e encobrindo a origem violenta e cruel do Estado e do direito. A negação do bellum omni contra omni, próprio do Estado de Natureza, é, na perspectiva trágica que Nietzsche apresenta aqui, o suprimir de todas as perspectivas e metáforas de vida existentes em detrimento de uma visão de mundo elevada como norma. A democracia serviria pra criar a ilusão de que todos escolheram essa visão de mundo. No prefácio número três dos Cinco prefácios para cinco livros não escritos, Nietzsche desenvolve uma avaliação do Estado, como concebido pelos gregos, e sua contrapartida, vista por ele como perversão, moderna:

> Nos tempos modernos, não é o homem com necessidade de arte, mas sim o escravo quem determina as noções gerais: nas quais sua natureza tem que indicar com nomes enganosos todas as relações, para poder viver. Tais fantasmas, como a dignidade do homem e a dignidade do trabalho, são os produtos indigentes da escravidão que se esconde de si mesma. Tempo funesto, em que o escravo precisa de tais conceitos, em que é incitado para a reflexão sobre si e sobre aquilo que está além dele! Sedutor funesto, que aniquilou a situação de inocência do escravo com o fruto da árvore do conhecimento! Agora ele tem que se entreter dia após dia com tais mentiras transparentes, que todo bom observador reconhece na pretensa "igualdade para todos" e nos chamados "direitos do homem", do homem como tal, ou na dignidade do trabalho. Ele não pode nem de longe compreender em que nível e em que altura é possível falar de "dignidade", onde o indivíduo se ultrapassa totalmente e não precisa mais trabalhar nem depor a serviço de sua sobrevivência individual". NIETZSCHE (1975: 15)

A monstruosa inevitabilidade do estado, sem o qual a natureza não conseguiria se redimir pela sociedade, no brilho e no espelho do gênio, exprime-se quando vemos como os que foram submetidos pouco se preocupam com a origem assustadora do estado, tanto que não há no fundo nenhum acontecimento que a historiografia ensine de maneira pior do que a realização daquelas usurpações súbitas, violentas e, pelo menos em um ponto, não esclarecidas. Exprime-se quando os corações se contrapõem involuntariamente frente à mágica do estado em geração, com o pressentimento de uma intenção de fundo invisível, no lugar onde o entendimento calculador só é capaz de ver uma adição de forças; e por fim, quando se considera ardentemente o estado como meta e cume de sacrifícios e deveres do homem singular. Que conhecimentos o prazer instintivo do estado não supera! Mas deveríamos pensar que voltar os olhos para o surgimento do estado seria procurar sua salvação a uma distância enorme. (1975: 16)

No movimento nacionalista dominante hoje em dia e na expansão do direito de voto universal, não posso deixar de ver antes de tudo os efeitos do medo da guerra, sim, e enxergo no fundo desse movimento que quem propriamente tem medo são aqueles eremitas monetários, internacionalistas, despatriados, que, por sua falta natural do instinto estatal, aprenderam a utilizar abusivamente a política e os estado e a sociedade como aparatos de seu próprio enriquecimento, por meio da bolsa. Contra o desvio da tend6encia estatal para a tendência monetária, a ser temido deste ponto de vista, o único antídoto é a guerra e sempre a guerra: em cuja agitação fica muito claro, pelo menos, que o estado não se fundamenta no medo do demônio da guerra, como instituição protetora dos homens egoístas, mas que no amor à terra natal e ao príncipe produz-se um ímpeto ético, que aponta uma determinação muito mais elevada. Assim, quando indico, como característica perigosa da política presente, uma mudança dos pensamentos revolucionários a serviço de uma aristocracia monetária egoísta e

desestatizada, quando, do mesmo modo, compreende a monstruosa expansão do otimismo liberal como resultado da economia monetária moderna, caída em mãos que lhe são estranhas, e vejo todos os males da situação social, incluindo a decadência necessária da arte, ou nascerem daquela raiz ou crescerem junto com ela num emaranhado: terei que entoar oportunamente um canto de louvor à guerra. (1975: 19)

Essa visão, radicalmente anti-moderna e principalmente anti-democrática, estabelece um projeto ético de Nietzsche, muito mais do que um projeto político. Um projeto em que indivíduos superiores devem surgir e criar, ainda que sua ação afirmadora dependa do sacrifício de milhões de humanos "comuns", que segundo Nietzsche deveriam se contentar em se tornar um meio para o surgimento de gênios.

No centro desse pensamento ético está a vida e sua afirmação como pressuposto maior. Vida aqui não pode ser reduzida ao conceito de existência individual. Vida, em Nietzsche, representa muito mais um conceito existencial, de constante superação de si, de busca da própria potência, independente da moral e das convenções, para mais além do bem e do mal. Quando tratarmos do conceito nietzscheano de vontade de potência voltaremos a essas considerações. No momento, importante ressaltar que o conceito de justa, de conflito, de agon, seguirá por toda a obra de Nietzsche, ainda que perifericamente, mas sempre como manifestação do constante devir, da permanente mudança que marca o mundo e a existência humana. Quando Nietzsche incorpora à filosofia o conceito de valor[14]o faz justamente considerando as diversas posições opostas dentro da disputa. No que tange ao problema da justiça esse perspectivismo contribui para o entendimento da visão ocidental sobre o justo durante a história.

Segundo Nietzsche muitas de nossas instituições morais são construções fundadas no medo e na necessidade de preservação. Sua universalização e elevação à condição de norma dependem de processos posteriores que envolvem a relação do homem com a vontade de potência. Nietzsche começa a consolidar então seu procedimento genealógico de investigação, que no Nascimento da Tragédia ainda engatinhava e que encontrará sua expressão mais bem "acabada" na Genealogia da Moral. Nas primeiras obras dessa fase, Aurora e Humano, demasiado humano, Nietzsche começa sua investigação genealógica pelo conceito de medo e seus reflexos morais. A genealogia pode parecer uma análise histórica simplesmente, mas essa é uma

[14] Segundo Deleuze a maior contribuição do pensamento de Nietzsche é a introdução do conceito de valor no pensamento filosófico ocidental, negando a pretensa clareza e objetividade que a ciência e a filosofia diziam trazer.

falsa impressão. O conceito de genealogia abarca sempre a necessidade de uma (re)criação, uma interpretação que, obrigatoriamente, se abre a novas e constantes interpretações. Com ela Nietzsche se torna um pensador, ao mesmo tempo, aquém e além da historiografia tradicional.

Bibliografia.

HABERMAS, Jürgen, El discurso filosófico de la modernidad, versión castellana de M. Jiménez Redondo, Taurus, 1989

HEIDEGGER, Martin, La frase de Nietzsche "Dios há muerto", Traducción de Helena Cortés y Arturo Leyte en HEIDEGGER, M., Caminos de bosque, Madrid, 1996, pp. 190-240.

NIETZSCHE, Friedrich, O Anticristo, Martin Claret, São Paulo, SP: 2004.

NIETZSCHE, Friedrich, Ecce Homo, Editora Escala, São Paulo, SP:2006.

NIETZSCHE, Friedrich, O Crepúsculo dos Ìdolos, Editora Escala, São Paulo, SP: 2005.

NIETZSCHE, Friedrich, A Visão Dionisíaca do Mundo, Martins Fontes, São Paulo, SP: 2005.

NIETZSCHE, Friedrich, Introdução à Tragédia de Sófocles, Jorge Zahar Editores, Rio de Janeiro, RJ: 2006.

NIETZSCHE, Friedrich, Acerca da Verdade e da Mentira, Editora Rideel, São Paulo, SP: 2005.

NIETZSCHE, Friedrich, A Gaia Ciência, Editora Martin Claret, São Paulo, SP: 2004.

NIETZSCHE, Friedrich, Aurora, Editora Escala, São Paulo, SP: 2007.

NIETZSCHE, Friedrich, Segunda Consideração Intempestiva: da utilidade e desvantagem da história para a vida, Relume Dumará, Rio de Janeiro, RJ: 2003.

NIETZSCHE, Friedrich, O Nascimento da Tragédia ou Helenismo e Pessimismo, Companhia das Letras, São Paulo, SP: 2003.

NIETZSCHE, Friedrich, Genealogia da Moral, uma polêmica, Companhia das Letras, São Paulo, SP: 2001

NIETZSCHE, Friedrich, Para Além do Bem e do Mal, prelúdio para uma filosofia do futuro, Editora Martin Claret, São Paulo, SP: 2002.

NIETZSCHE, Friedrich, Assim Falou Zaratustra, um livro para todos e para ninguém, Martin Claret, São Paulo, SP: 2003.

NIETZSCHE, Friedrich, Human, All Too Human, A book for free spirits, Helen Zimmern Published, USA: 1981.

NIETZSCHE, Friedrich, Cinco Prefácios Para Cinco Livros Não Escritos, Editora 7 Letras, Lisboa: 1975.

MARCUSE, Hebert, De Eros y Civilizácion, tradución de Juan Garcia Pontes, Buenos Aires: 1985.

MELO, Eduardo Rezende, Nietzsche e a Justiça, Editora Perspectiva, São Paulo, SP: 2004.

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

SUPIOT, Alain, Homo Juridicus, Ensaio sobre a função antropológica do direito, Martins Fontes, São Paulo, SP: 2007.

TUCHMAN, Barbara, A Torre do Orgulho, Paz e Terra, Rio de Janeiro, RJ: 1990.

A CUMULATIVIDADE DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE NO ATUAL DIREITO BRASILEIRO

THE ACCUMULATION OF THE ADDITIONAL OF INSALUBRITY AND DANGEROUSNESS IN RECENT LAW IN BRAZIL

Débora Caroline Pereira da Silva[1]
Daniela Lage Mejia Zapata[2]

RESUMO: A cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade é matéria amplamente discutida na doutrina e na jurisprudência, diante do que se encontra previsto no item 15.3 da Norma Regulamentadora n. 15 do Ministério do Trabalho e Emprego, que regulamenta o §2º do artigo 193 da Consolidação das Leis do Trabalho, dispondo sobre a impossibilidade de se cumular adicionais por trabalho exercido sob riscos. Contudo, não existe na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 qualquer restrição a que se opere a referida cumulação. Desse modo, deve-se aplicar o princípio da máxima efetividade constitucional, com o objetivo de que sejam interpretadas as normas de proteção aos direitos fundamentais considerando o real alcance e sentido delas. Assim, tem-se por escopo principal deste trabalho, demonstrar que a aplicação da Constituição de 1988 juntamente com a Convenção n. 155 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil e considerada Tratado Internacional de Direitos Humanos, constitui a norma mais favorável ao trabalhador exposto a riscos simultâneos durante o labor, paralisando, portanto, as normas ordinárias que dispuserem de maneira divergente sobre o mesmo tema, visto que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que forem ratificados pelo Brasil anteriormente à promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, possuem status normativo supralegal.
PALAVRAS-CHAVE: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Cumulação dos Adicionais de Insalubridade e Periculosidade. Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

ABSTRACT: The accumulation of the additional of insalubrity and dangerousness is matter broadly discussed in the doctrine and in the jurisprudence, face to the forecast in the article 15.3 of the 15th Regulatory Norm of the Department of Labor and Job, that regulates the §2º of the article 193 of the Consolidation of Labor Laws, providing about the impossibility of itself accumulate additional by work exercised under risks. However, there is not in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 a restriction that operates such overlapping. This way, we must apply the constitutional principle of maximum effectiveness, with the goal of which is interpreted standards for

[1] Acadêmica do 10º período do curso de Direito e pesquisadora bolsista do XI Programa de Iniciação Científica do Centro Universitário Newton Paiva. Autora do presente artigo.
[2] Advogada. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/MG. Especialista em Direito Tributário pela PUC/MG. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo CAD/ Gama Filho/ RJ. Professora exclusiva da Rede Praetorium/Anhanguera de Ensino. Professora do Centro Universitário Newton Paiva. Orientadora do presente trabalho.

the protection of fundamental rights considering the actual scope and meaning of them. This way, there is a scope of this study demonstrate that the application of the 1988 Constitution with the Convention n. 155 of the International Labor Organization, ratified by Brazil and considered the International Treaty on Human Rights, is the standard more favorable to workers exposed to risks during concurrent work, paralyzing, so ordinary that has set the standards in different ways on the same topic, since the International Treaties on Human Rights which is ratified by Brazil prior to the enactment of Constitutional Amendment. 45/2004, have normative status of superiority norm.
KEY WORDS: Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. Consolidation of Labor Laws. Accumulation of additional of insalubrity and dangerousness. International Human Rights Treaties.

1. Introdução.

A regra tida como geral e aplicável em nosso sistema é que o trabalhador perceba adicionais cumulativos, quando for o caso, como forma de compensar, separadamente, cada condição adversa. Isto porque a instituição de adicionais pelo legislador tem como finalidade precípua desestimular o trabalho em situações que ocasionem danos à saúde e à vida do trabalhador.

Entretanto, não é o que ocorre em situações de exposição simultânea a agentes insalubres e periculosos, motivo pelo qual questionaremos sob a perspectiva lógica, biológica e jurídica, a presente vedação.

Passemos à análise.

2. Desenvolvimento.

2.1. O art. 193, §2º da CLT: proibição?

Grande parte de nossos doutrinadores e operadores do Direito interpretam, ainda hoje, o art. 193, §2° da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de maneira equivocada, da qual se dissente pelos motivos e argumentos que serão aduzidos a seguir.

Precipuamente, cabe analisar o referido dispositivo legal, que assim dispõe: "O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que por ventura lhe seja devido".

A corrente majoritária defende a tese que uma vez exposto o trabalhador, simultaneamente, a mais de um agente insalubre ou periculoso, ou a ambos, sua cumulação é vedada por força expressa do art. 193, §2° da CLT, não podendo, assim, coexistir insalubridade com periculosidade, pois tutelam os mesmos bens/valores.

Portanto, havendo dupla incidência, caberá ao trabalhador escolher, na fase de execução, pelo adicional que lhe seja mais benéfico.

Nesse diapasão, argumentos defendidos pela maior corrente trazidos por Regina Célia Buck (2001, p. 114):

> A lei é que impede a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, por estrita observância da não-incidência de um adicional sobre outro, imputando ao trabalhador a opção, no caso de sua atividade achar-se caracterizada entre as duas hipóteses de proteção legal (art. 193, §2°). (TRT 3ª Região, RO n. 0060/98, Rel. Juiz Nereu Nunes Pereira, 7.8.1998).
> Estando presentes as condições insalubres e condições perigosas no ambiente de trabalho obreiro, deve ser-lhe deferida a maior vantagem, evidenciando, em regra, que o adicional de periculosidade é financeiramente mais vantajoso e deve ser observado o princípio da regra mais benéfica. (TRT 3ª Região, RO n. 19980/99, Rel. Juiz Fernando Procópio de Lima Netto, 5.6.2000).

Ora, não encontramos razão na interpretação alhures, pelos seguintes motivos:

a) O primeiro se refere ao próprio dispositivo da CLT, que não vedou a cumulação *in casu*, ou seja, não trouxe uma determinação de cunho expressamente proibitivo. Tal vedação foi feita pela norma do MTE que o regulamenta (NR-15, item 15.3).

Assim, salienta-se que:

> Aqueles que lidam diariamente com o Direito têm a obrigação de aplicar a lei de acordo com o objetivo do legislador, e não apenas como mero instrumento para a solução de conflitos, [...] utilizando todos os recursos disponíveis para interpretar e aplicar a lei de forma a alcançar o bem comum. Entretanto, se não há vedação explícita na legislação sobre a impossibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, deve-se conceder o direito da cumulatividade desses adicionais, pois, estando o trabalhador exposto a diversos agentes, quer insalubres, quer perigosos, os riscos profissionais são aumentados como resultado da exposição simultânea a vários fatores nocivos no local de trabalho (BUCK, 2001, p. 125-126).

Desse modo, a CLT não é o instrumento que previu a vedação que se discute agora; mas a proibição foi feita pelo item 15.3 da Norma Regulamentadora n. 15 (NR-15) do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) que, por este motivo, merece atenção maior, pois devido à sua estrutura e natureza jurídica, não lhe é permitido atuar fora dos limites impostos pela lei regulamentada. Senão vejamos a assertiva de Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 370) que demonstra serem os decretos, regulamentos, portarias e instruções atos administrativos submissos à lei:

> Na pirâmide jurídica, [...] o regulamento [...] é ato do chefe do Poder Executivo, e os demais assistem a autoridades de escalão mais baixo e, de conseguinte, investidas de poderes menores. Tratando-se de atos subalternos

> e expedidos, portanto, por autoridades subalternas, por via deles o Executivo não pode exprimir poderes mais dilatados que os suscetíveis de expedição mediante regulamento. Assim, toda a dependência e subordinação do regulamento à lei, bem como os limites em que se há de conter, manifestam-se revigoradamente no caso de instruções, portarias, resoluções, regimentos ou normas quejandas. Desatendê-los implica inconstitucionalidade. [...] Se o regulamento não pode criar direitos ou restrições à liberdade, propriedade e atividades dos indivíduos que já não estejam estabelecidos e restringidos na lei, menos ainda poderão fazê-lo instruções, portarias ou resoluções. Se o regulamento não pode ser instrumento para regular matéria que, por ser legislativa, é insuscetível de delegação, menos ainda poderão fazê-lo atos de estirpe inferior, quais instruções, portarias ou resoluções. Se o Chefe do Poder Executivo não pode assenhorar-se de funções legislativas nem recebê-las para isso por complacência irregular do Poder Legislativo, menos ainda poderão outros órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta.

Com efeito, os decretos e normas regulamentadoras são atos estritamente vinculados, subalternos, dependentes da lei que se encontram a detalhar, não sendo possível a inovação legal por estes instrumentos, visto que cabe à lei, face ao princípio da legalidade expresso no art. 5º, inc. II da Constituição da República do Brasil de 1988 (CR/88), fazer qualquer imposição, criação, majoração ou redução de direitos e obrigações. Ou seja, "sem a lei, não haveria espaço jurídico para o regulamento" (MELLO, 2010, p. 350).

Diante desta afirmação, percebe-se que a portaria n. 3.214/1978 do MTE em seu item 15.3 limitou, sobremaneira, a abrangência da norma regulamentada ao vedar a cumulação dos adicionais por trabalho sob riscos, indo de contrapartida a todas as proteções constitucionais, infraconstitucionais e internacionais que visam garantir os direitos à vida, à saúde, à dignidade humana, ao meio ambiente equilibrado e ao trabalho, desconsiderando, assim, os danos causados ao obreiro em decorrência do labor realizado nas circunstâncias que se discute.

Logo, os contornos de sua atuação são enclausurados, devendo evadir-se de traços que levem à inovação legislativa. Isto é, atuam segundo o que dita a lei, nunca contra ela, sob pena de serem considerados atos ilegais e, por fim, inválidos e ineficazes.

Desse modo, percebe-se que o argumento de que a lei veda claramente a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade não assiste razão, visto que se a própria CR/88, instrumento de maior relevância em nosso Estado, não o fez, nem mesmo a lei atuou nesse sentido, não cabe a qualquer outro ato administrativo inferior o fazer, pois se assim for, haverá confronto ao disposto na Lei Maior, bem como aos objetivos e princípios constitucionais e trabalhistas que visam proteger os direitos fundamentais do homem trabalhador.

Portanto, cabe ao operador e ao intérprete do Direito analisar os institutos jurídicos de forma lógica, sistemática e teleológica, e não apenas de modo literal, extraindo da norma seu real sentido e objetivo social, com o escopo de que seja demonstrado seu verdadeiro alcance, na intenção de se adquirir a máxima efetividade das regras postas à disposição dos jurisdicionados para solução de conflitos.

Além do mais, registre-se nosso entendimento no sentido de que mesmo a corrente majoritária venha adotando a tese e entendendo conter no §2° do art. 193 da CLT vedação expressa à cumulação dos adicionais abordados neste texto, ainda assim o mencionado dispositivo padecerá de aplicabilidade, conforme defesas a seguir expostas.

> b) O segundo motivo, diz respeito ao fato de a própria CR/88 garantir o direito à percepção de adicionais por trabalho insalubre, periculoso e penoso, subsidiariamente ao direito a um ambiente laboral saudável e seguro. Corrobora, nesse sentido, também a CLT, em seu capítulo V, que trata da segurança e medicina do trabalho, atribuindo o direito a esses adicionais ao trabalhador que se encontre nesta situação. Ou seja, o ordenamento jurídico como um todo se volta à proteção do trabalhador, motivo pelo qual a presente vedação se encontra em desarmonia e descompasso com o sistema, que visa, sempre, à tutela dos bens e direitos fundamentais, onde estão incluídos a vida, a saúde e o trabalho.

Nesse momento, nota-se que se a CR/88, instrumento de onde emanam direitos e garantias fundamentais, prevê que os riscos inerentes ao trabalho deverão ser reduzidos para que o ambiente de trabalho seja um local seguro e salubre, a fim de que o homem trabalhador tenha qualidade de vida no exercício de suas atividades, não há qualquer razão que justifique uma norma ordinária vedar a cumulação de adicionais, sendo que a própria Lei Magna faz a previsão do pagamento dessas parcelas salariais aos trabalhadores que estejam expostos a agentes agressivos durante seu labor de modo subsidiário, isto é, quando não forem reduzidos ou eliminados os riscos no ambiente de trabalho.

Logo, a CR/88 traz o patamar mínimo civilizatório, não podendo a legislação infraconstitucional dispor contrariamente ao ditado pela Lei Maior, reduzindo direitos constitucionalmente garantidos. Além disso, o objetivo da CR/88 ao prever o direito à percepção de adicionais é de cunho social e não financeiro, pois seu intuito é o de desestimular o empregador a continuar exigindo trabalho em situações gravosas, compelindo-o a tomar providências no sentido de alcançar melhorias consideráveis no ambiente de trabalho, fazendo deste local um lugar ecologicamente equilibrado.

> c) Por vez, o terceiro motivo, a fim de reforçar nossa corrente, e pelo seu caráter relevante, diz respeito ao fato de que com a ratificação da Convenção n. 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), estabelecendo que "deverão ser considerados os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes", em plena vigência em nosso ordenamento, o §2° do art. 193 da CLT encontra-se por ela tacitamente revogado, devendo, portanto, ser admitida a cumulação em tese (BUCK, 2001).

Acerca deste ponto, tem-se que a CR/88, em seu art. 5°, §2° dispõe que os direitos e garantias expressos em seu texto, não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Com isso, uma vez ratificado um tratado internacional pelo Brasil, ele passará a integrar o ordenamento jurídico pátrio, entrando em vigor e gerando aqui seus efeitos, posto compatível com a essência, os princípios e com os fins sociais para os quais se volta a CR/88.

Maiores análises acerca da Convenção n. 155 da OIT serão realizadas no tópico 2.2, adiante.

> d) Por derradeiro, cumpre destacar como mais um dos motivos que justificam a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, a possibilidade jurídica de serem cumulados outros adicionais legais, como é o caso dos adicionais de hora extra e noturno.

Primeiramente, necessário destacar que a regra é que o obreiro perceba adicionais cumulativos havendo trabalho em condições mútuas adversas, e o intuito, nesses casos, é justamente serem compensados os desgastes sofridos pelo trabalhador. Assim, serão percebidos adicionais distintos para cada situação igualmente distinta. Desta forma, incidirá adicional sobre adicional, considerando que o que já era tido como danoso, se torna ainda mais, caso haja labor em circunstâncias multiplicadamente gravosas (CRUZ; GONÇALVES, 2011).

Nestes termos, salutar enfatizar que as justificativas para o pagamento, pelo empregador, de adicionais ao trabalhador, é de cunho notório quanto a não semelhança entre elas, posto o motivo ensejador, por exemplo, do adicional noturno não ser o mesmo do adicional de horas extras, isto é, tutelam-se bens/interesses/valores/objetos diferenciados. Veja-se:

O adicional de horas extras tem por escopo tutelar a integridade física do trabalhador, ante as recorrentes consequências por trabalho além de sua jornada ordinária estipulada.

No que tange ao adicional noturno, o objeto protegido é a saúde e o convívio social e familiar a que o empregado, como todo ser humano, tem direito.

Isto posto, cumpre registrar, outrossim, que o adicional de insalubridade tem por objetivo compensar os danos causados à saúde do trabalhador, considerando sua exposição a agentes agressivos acima dos limites de tolerância no ambiente laboral.

Já no que diz respeito ao adicional de periculosidade, tutela o bem maior do ser humano, fonte de todos os outros direitos: a vida, pressuposto lógico de existência; e a integridade física do obreiro.

Explanadas as razões que ensejam a obrigação legal de o empregador arcar com o pagamento de adicionais a seus trabalhadores, deve-se observar agora, com mais acuidade, as permissões legais e jurisprudenciais de cumulação de adicionais diversos, uma vez que, a partir de análise em minúcias, perceberemos que a proibição do item 15.3 da NR-15 do MTE não faz qualquer sentido.

Elucida-se, inicialmente, que os adicionais de horas extras, noturno e de transferência são passíveis de serem cumulados. Desse modo, o trabalhador que labore por tempo além de sua jornada e adentre o período noturno, perceberá, cumulativamente, os adicionais respectivos, conforme inteligência da Orientação Jurisprudencial (OJ) n. 97 da Seção de Dissídios Individuais-1 (SDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho (TST). É o que igualmente está previsto para sentido inverso, isto é, finalizada a jornada integral noturna, e prorrogado o trabalho, que sejam então remuneradas as horas excedentes acrescidas do adicional noturno, conforme dispõe a súmula n. 60, inc. II do TST.

Insta registrar, com isso, que a tese de que não seja possível coexistir insalubridade com periculosidade, e, por este motivo, indevida a cumulação dos adicionais pertinentes por tutelarem os mesmos bens e valores é incabível, considerando que, como demonstrado anteriormente, o objeto de tutela de um é distinto do outro.

A despeito, portanto, da divergência que grassa na doutrina e na jurisprudência acerca do tema, pendemos em prol da cumulatividade das referidas parcelas salariais, vez que se os valores protegidos são distintos, e as agressões também o são, não há razão lógica capaz de fundamentar a proibição discutida, pois a incidência de um, não exclui o outro.

Isto é, se é permitida a cumulação de adicional de insalubridade com adicional de hora extra, cujas causas ensejadoras deste direito são também diversas, que lógica existe na proibição de se cumular periculosidade e insalubridade? Ora, nenhuma! As lesões, ou melhor, os danos à saúde ocorrem, gradativa e lentamente, até culminarem, com o passar do tempo, em grande perda ao trabalhador.

Em vias oblíquoas, entende-se ser injusta tese que inadmite que adicionais de insalubridade e periculosidade não se possam cumular, isto porque a questão envolve três grandes direitos do ser humano, a saber, a vida, a saúde e a integridade física, sem os quais não se alcança a dignidade.

Deste modo, por motivos óbvios, considera-se que a imposição ao trabalhador em escolher qual direito tutelar, ou seja, ou a saúde ou a vida, ante o dever de optar por um ou outro adicional, fere os preceitos da dignidade humana, tida como cláusula pétrea em nosso ordenamento.

2.2. Convenção n. 155 da OIT x CLT: aplicação da norma mais favorável ao trabalhador.

Ponto primordial é o estudo da Convenção n. 155 da OIT para este trabalho, visto que é esta norma a mais favorável ao obreiro, devendo, portanto, sobre as demais divergentes prevalecer.

A CR/88, em seu art. 5º, §§ 2º e 3º, consagrou explicitamente a possibilidade de ingresso em nosso ordenamento, por meio de tratados internacionais, de outros direitos, desde que condizentes com a essência dos princípios e normas previstos no texto constitucional vigente.

Diante disto, os tratados internacionais de direitos humanos aos quais o Brasil tenha aderido até a promulgação da Emenda Constitucional (EC) n. 45/2004, posicionam-se de maneira intermediária, isto é, entre a legislação interna infraconstitucional, e subordinada às normas expressas na Constituição, não se equiparando, portanto, às leis ordinárias, como ocorre com tratados internacionais que versam sobre matérias alheias à que se discute agora.

Assim, existindo, no caso concreto, conflito entre tratado internacional de direitos humanos, ratificado e promulgado segundo os requisitos legais exigidos, e legislação ordinária interna que verse sobre a mesma matéria, porém de maneira mais prejudicial ao homem, prevalecerá assim o primeiro, vez que possui conteúdo específico

delimitado, ou seja, trata de direitos humanos, possui força de norma constitucional e constitui norma mais favorável (BULOS, 2010). Esta, por vez, "pode se identificar com o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, na medida em que se prevê que no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais" (GALINDO, 2002, p. 317).

Ratificada e promulgada no Brasil por meio do decreto n. 1.254/1994, a Convenção n. 155 da OIT surge em nosso ordenamento como instituidora de normas e princípios abordando o tema saúde, segurança e higiene no meio ambiente de trabalho, trazendo, ademais, o conceito amplo e objetivo de saúde, adotado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), assim entendido como o bem-estar integral, incluindo não só a saúde física, como, também, a psíquica.

Saliente-se, desse modo, que a aplicabilidade da referida Convenção deve ser observada em face da natureza dos direitos que tutela, de cunho extremamente relevante, pois, sob esta visão, constitui-se em regra utilizada junto ao Direito Constitucional e ao Direito do Trabalho, posto encontrar-se em harmonia com os princípios e objetivos destes ramos jurídicos.

Nesse sentido é que suas regras e princípios, insertos no rol de normas garantidoras dos direitos humanos do trabalhador, são transparecidos, caracterizando norma impositiva de adoção de medidas e políticas que visem alcançar a saúde e qualidade de vida no ambiente de trabalho.

Logo, uma vez ratificada a Convenção, o Estado que a ela se obrigou, através de seu consentimento, deverá a seus princípios e regras se submeter, posto tratar-se de regra obrigatória, considerando a adoção das medidas necessárias para tornar efetivas as medidas insertas em seu texto, e cujo descumprimento acarretará a responsabilidade do Estado-parte.

Cabe, portanto, analisarmos o disposto no art. 11, alínea b da Convenção n. 155 da OIT, abaixo *in literis*:

> A determinação das operações e processos que serão proibidos, limitados ou sujeitos à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes, assim como a determinação das substâncias e agentes aos quais estará proibida a exposição no trabalho, ou bem limitada ou sujeita à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes; **deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes**. (grifos nossos)

Claro é, dessa forma, ante a previsão do artigo alhures, que "os efeitos combinados dos agentes agressivos, foi expressamente adotada nesta Convenção. A

presença de vários agentes agressivos, pelo efeito sinérgico, em vez de apenas somar, multiplica os malefícios" (OLIVEIRA, 2010, p. 81).

Nestes termos, nota-se que a exposição simultânea do trabalhador a mais de um agente danoso agride, sobremaneira, sua saúde, sua integridade física, devendo, portanto, serem consideradas tantas quantas forem as agressões, pois, ainda que cada agente agressivo, analisado de maneira isolada, esteja dentro dos limites de tolerância, a combinação de vários deles, ao mesmo tempo, leva a menores níveis os limites de tolerância (OLIVEIRA, 2010).

Com isto, a Convenção n. 155 da OIT, por tratar de direitos humanos fundamentais do trabalhador, constitui norma mais benéfica à parte hipossuficiente na relação de trabalho, devendo, assim, prevalecer em detrimento das regras infraconstitucionais que com ela divergir; no caso em comento, o item 15.3 da NR-15 do MTE, e, para a corrente majoritária, c/c o §2º do art. 193 da CLT, visto ser compatível com os preceitos, objetivos e valores expressos na Constituição de 1988, bem como possuir status normativo supralegal, integrando nosso sistema jurídico, devendo, assim, ser utilizada na defesa da vida, da saúde, da integridade física e da dignidade do trabalhador.

Insta salientar além do mais que quanto ao uso do aspecto cronológico como técnica de antinomia, considerando argumentos daqueles que ainda defendem existir proibição expressa no §2º do art. 193 da CLT, percebe-se que a Convenção n. 155 da OIT ratificada no ano de 1994 via decreto n. 1.254 é norma posterior à CLT (decreto n. 5.452/1942), bem como em relação à Lei n. 6.514/1977, responsável pela redação do art. 193 e seus respectivos parágrafos. Assim, prevalecerá a primeira em detrimento da norma consolidadora do trabalho (CORDEIRO, 2007).

2.3. Jurisprudências.

O Supremo Tribunal Federal (STF), em suas decisões, se manifestou pela supremacia dos direitos humanos fundamentais, devendo o ordenamento jurídico se voltar à sua proteção. Desse modo, a CR/88 estabelece à legislação infraconstitucional, bem como aos tratados e convenções internacionais integrados ao nosso sistema jurídico, a obrigação de buscar meios para esses direitos serem efetivos e, para esse fim, necessário retirar desses instrumentos a sua máxima eficácia, visto que tratam-se de direitos essenciais à manutenção da vida humana.

Além disso, destaca o STF a importância dos tratados internacionais sobre direitos humanos, ao indicar que em se tratando dessa matéria, devem prevalecer sobre a legislação ordinária com eles divergente, possuindo status supralegal os ratificados antes da EC n. 45/2004, ficando acima da legislação interna e abaixo da CR/88. Posteriormente à promulgação dessa reforma, passarão a ter status normativo de emenda constitucional.

É o que se segue:

> A alta relevância dessa matéria, que envolve discussão em torno do alcance e precedência dos direitos fundamentais da pessoa humana, impõe que se examine, de um lado, o processo de crescente internacionalização dos direitos humanos e, de outro, que se analisem as relações entre o direito nacional (direito positivo interno do Brasil) e o direito internacional dos direitos humanos, notadamente em face do preceito inscrito no § 3º do art. 5º da Constituição da República, introduzido pela EC nº 45/2004.
> [...] Considerado esse quadro normativo em que preponderam declarações constitucionais e internacionais de direitos, que o Supremo Tribunal Federal se defronta com um grande desafio, consistente em extrair, dessas mesmas declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, a sua máxima eficácia, em ordem a tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.
> [...] Se delineia, hoje, uma nova perspectiva no plano do direito internacional. É que, ao contrário dos padrões ortodoxos consagrados pelo direito internacional clássico, os tratados e convenções, presentemente, não mais consideram a pessoa humana como um sujeito estranho ao domínio de atuação dos Estados no plano externo. O eixo de atuação do direito internacional público contemporâneo passou a concentrar-se, também, na dimensão subjetiva da pessoa humana, cuja essencial dignidade veio a ser reconhecida, em sucessivas declarações e pactos internacionais, como valor fundante do ordenamento jurídico sobre o qual repousa o edifício institucional dos Estados nacionais.
> [...] Os tratados e convenções internacionais desempenham papel de significativo relevo no plano da afirmação, da consolidação e da expansão dos direitos básicos da pessoa humana.
> [...] Torna-se evidente, assim, que esse espaço de autonomia decisória, proporcionado, ainda que de maneira limitada, ao legislador comum, pela própria Constituição da República, poderá ser ocupado, de modo plenamente legítimo, pela normatividade emergente dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, ainda mais se se lhes conferir, como preconiza, em seu douto voto, o eminente Ministro GILMAR MENDES, caráter de "supralegalidade", ou, então, com muito maior razão, se se lhes atribuir, como pretendem alguns autores, hierarquia constitucional.
> [...] Posta a questão nesses termos, a controvérsia jurídica remeter-se-á ao exame do conflito entre as fontes internas e internacionais (ou, mais adequadamente, ao diálogo entre essas mesmas fontes), de modo a se permitir que, tratando-se de convenções internacionais de direitos humanos, estas guardem primazia hierárquica em face da legislação comum do Estado brasileiro, sempre que se registre situação de antinomia entre o direito interno nacional e as cláusulas decorrentes de referidos tratados internacionais.
> [...] Isso significa, portanto, examinada a matéria sob a perspectiva da "supralegalidade", tal como preconiza o eminente Ministro GILMAR MENDES, que, cuidando-se de tratados internacionais sobre direitos humanos, estes hão de ser considerados como estatutos situados em posição

> intermediária que permita qualificá-los como diplomas impregnados de estatura superior à das leis internas em geral, não obstante subordinados à autoridade da Constituição da República.
> [...] Uma abordagem hermenêutica fundada em premissas axiológicas que dão significativo realce e expressão ao valor ético-jurídico - constitucionalmente consagrado (CF, art. 4º, II) – da "prevalência dos direitos humanos" permitirá, a esta Suprema Corte, rever a sua posição jurisprudencial quanto ao relevantíssimo papel, à influência e à eficácia (derrogatória e inibitória) das convenções internacionais sobre direitos humanos no plano doméstico e infraconstitucional do ordenamento positivo do Estado brasileiro. Com essa nova percepção do caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, dar-se-á consequência e atribuir-se-á efetividade ao sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana, reconhecendo-se, com essa evolução do pensamento jurisprudencial desta Suprema Corte, o indiscutível primado que devem ostentar, sobre o direito interno brasileiro, as convenções internacionais de direitos humanos, ajustando-se, desse modo, a visão deste Tribunal às concepções que hoje prevalecem, no cenário internacional - consideradas as realidades deste emergentes -, em torno da necessidade de amparo e defesa da integridade dos direitos da pessoa humana. Nesse contexto, e sob essa perspectiva hermenêutica, valorizar-se-á o sistema de proteção aos direitos humanos, mediante atribuição, a tais atos de direito internacional público, de caráter hierarquicamente superior ao da legislação comum, em ordem a outorgar-lhes, sempre que se cuide de tratados internacionais de direitos humanos, supremacia e precedência em face de nosso ordenamento doméstico, de natureza meramente legal. (STF, HC 87.585-8/TO, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12.03.2008)

Nota-se, ante o julgado alhures, que os argumentos trazidos neste trabalho sobre a prevalência da Convenção n. 155 da OIT c/c com a CR/88, diante de seus aspectos de proteção à vida, à saúde e à dignidade do trabalhador em detrimento do item 15.3 da NR-15 do MTE c/c §2° do art. 193 da CLT, encontram respaldo e embasamento legal e jurisprudencial conforme entendimento da Corte Suprema brasileira, pois esta convenção internacional possui status normativo de regra supralegal, o que demonstra, assim, razão e viabilidade técnica-jurídica em nossa tese.

Nessa linha, salutar registrar mais uma vez que o ambiente de trabalho necessita, igualmente, ser um ambiente digno, com segurança e defesa das condições saudáveis para a prática das atividades ali exercidas, a fim de que seja obtida maior qualidade de vida. Assim, o ciclo se forma, onde a vida exige tutela à saúde, para que o trabalho possa ser buscado e, dessa maneira, a dignidade seja alcançada.

Logo, percebe-se que um direito não exclui outros também previstos nos instrumentos normativos, mas que deve existir a harmonia entre eles, não devendo o aplicador e o intérprete do Direito garantir um em detrimento do outro. Ou seja, eles coexistem e podem ser operacionalizados simultaneamente na busca da justiça social e da dignidade humana.

Nesse sentido, entende o STF que:

> Direito ao meio ambiente: os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível. Todos sabemos que os preceitos inscritos no art. 225 da Carta Política traduzem, na concreção de seu alcance, a consagração constitucional, em nosso sistema de direito positivo, de uma das mais expressivas prerrogativas asseguradas às formações sociais contemporâneas. Essa prerrogativa, que se qualifica por seu caráter de metaindividualidade, consiste no reconhecimento de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se, consoante já o proclamou o Supremo Tribunal Federal (RTJ, 158:205-206, Rel. Min. Celso de Mello), de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação – que incumbe ao Estado e à própria coletividade – de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações, evitando-se, desse modo, que irrompam, no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção da integridade desse bem essencial de uso comum de todos quantos compõem o grupo social. (STF, ADIn 3.540-1-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, decisão de 1.9.2005. In: BULOS, 2010, p. 516)

Ademais, o TST também tem demonstrado entendimento acerca das questões trazidas pela CR/88, pela legislação trabalhista infraconstitucional e pelos tratados internacionais que o Brasil ratificou e que versam sobre os direitos humanos do homem trabalhador.

Dora Maria da Costa (2012), dispõe acertadamente que:

> A marca da indisponibilidade dos direitos fundamentais se mostra sob duplo aspecto: a) ativo, na medida em que essa categoria de direitos se mostra inalienável pelo seu titular; e b) passivo, já que não podem ser expropriados por outros sujeitos, começando pelo próprio Estado, que tem o dever de garanti-los, e, evidentemente, no campo da relação laboral pelo empregador que tem a obrigação constitucional, legal e até mesmo moral de respeitá-los (art. 1º, 3º, 5º, 6º, 170, 196, 220, e 225 da Constituição, 157 da CLT, Leis 9.029/95, 8.080/90 e Convenções 155 e 161 da OIT). Assim, pode-se afirmar que os direitos fundamentais, inclusive aqueles de natureza social, criam condições de fazer fluir a vida em segurança, não constituindo meros programas. Direitos como a vida, a saúde, a segurança e o trabalho, constituem verdadeiras exigências ético-jurídicas ante o Estado, e também ao particular, que estabelecem, em comum e sistematicamente concatenados com os grandes princípios constantes dos arts. 1º, 3º e 5º do Texto Maior, ordem e respeito ao valor maior da dignidade humana que, como já anotado, permeia todo ordenamento jurídico, aí incluído, obviamente, o ordenamento laboral. Desse modo, esses direitos são de natureza fundamental e pessoal, irrenunciáveis, indisponíveis e, por consequência, imprescritíveis mesmo quando sua afetação possa acontecer no seio de uma relação laboral ou do contrato de emprego. [...] De fato, estando-se diante de direitos humanos fundamentais, sua violação implica agressão à personalidade, à dignidade do ser humano enquanto tal e não como cidadão que exerce certa função ou integra uma categoria profissional, nem tampouco porque mantém um vínculo de emprego. Não se trata, pois, de meros direitos trabalhistas como pretendem alguns, ou civis no sentido estrito como sustentam outros. Ao

> contrário, está-se diante de direitos fundamentais de índole constitucional, considerados como cláusulas pétreas. Por consequência, dotados de proteção até mesmo contra o querer democrático, ou seja, contra a vontade do legislador (art. 60, § 4º, inciso IV da CF/88). (TST, AIRR 36200-93.2008.5.24.0046, Rel. Min. Dora Maria da Costa, 8ª Turma, 17.8.2012).

Desse modo, claro e cristalino o posicionamento de realce da dignidade da pessoa humana também em questões de cunho social trabalhista, visto que o obreiro, como ser essencial às relações e atividades econômicas, necessita de considerável atenção no que tange à defesa de seus direitos, uma vez que a sua posição fática reflete circunstância de hipossuficiência, o que exige, por conseguinte, tutela do Estado em relação ao trabalhador no ambiente de trabalho, considerando ser o trabalhador a parte vulnerável na relação laboral.

E foi justamente com fulcro nos princípios de proteção ao trabalhador e da dignidade humana que diversos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT) proferiram decisões permitindo a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, pautados na defesa dos direitos humanos do trabalhador que devem ser protegidos inclusive no meio ambiente de trabalho, visto que a política de proteção à saúde e à vida do empregado é imposição constitucional, e que não pode ser relegada a segundo plano.

Senão vejamos:

> ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. Havendo prova técnica a demonstrar que em um determinado período do contrato o reclamante estivera exposto, simultaneamente, a dois agentes agressivos, um insalubre e outro perigoso, ele faz jus ao pagamento de ambos, haja vista que o disposto no art. 193, §2º da CLT não é compatível com os princípios constitucionais de proteção à vida e de segurança do trabalhador.
> [...] A prova pericial constatou que, durante todo o período do contrato de trabalho, o reclamante esteve exposto, simultaneamente, a dois agentes agressivos, um insalubre e outro perigoso (f. 439). Em que pesem as alegações da recorrente, entendo, em coro com o MM. Juízo a quo, que a regra contida no parágrafo 2º do art. 193 da CLT não pode se sobrepor aos princípios constitucionais de proteção à vida e de segurança do trabalho. Assim, se o trabalhador presta serviços em condições insalubres (portanto, nocivas à saúde) e perigosas (que colocam em risco a sua própria sobrevivência), deve receber o adicional previsto para ambos os casos, eis que, no caso, o fundamento jurídico para o deferimento de cada parcela é distinto. (TRT 3ª Região – 1ª Turma, RO 2 00354-2006-002-03-00-4, Rel. Des. Marcus Moura Ferreira, DJ 27.10.2006).
> POLÍTICA DE PROTEÇÃO À SAÚDE DO TRABALHADOR. CUMULAÇÃO DE ADICIONAIS. INTELIGÊNCIA DO COMANDO CONSTITUCIONAL: A CF/88 ampliou a tutela à saúde do trabalhador, impondo a necessidade de eliminação dos riscos inerentes à saúde. Na nova redação dada ao tema dos adicionais de periculosidade, insalubridade e penosidade, no inciso XXIII do artigo 7º da CF/88, existe previsão expressa para pagamento pelos respectivos adicionais, àquelas situações de fato cujas atividades sejam assim consideradas nocivas segundo a lei. Não há qualquer

> restrição no texto constitucional à cumulação dos adicionais. Se presentes uma ou mais das situações nocivas à saúde o adicional deve incidir sobre todas as hipóteses. Entretanto a Douta Maioria da Turma entende não ser possível esta cumulação. (TRT 3ª Região - 2ª Turma, RO 01959-2006-142-03-00-0, Rel. Des. Vicente de Paula M. Junior, DJ 7.6.2008).

As decisões alhures são dignas de aplausos, pois suscitam ponderações relevantes acerca da aplicabilidade da norma mais favorável ao trabalhador, a realçar, o art. 11, b, da Convenção n. 155 da OIT, em consonância a CR/88, diante da incompatibilidade do §2º do art. 193 da CLT com os princípios constitucionais e trabalhistas norteadores dos direitos à vida, à saúde e à dignidade do trabalhador.

Clarividente, analisando os julgados citados, que os magistrados têm interpretado os instrumentos jurídicos de maneira a se voltar à proteção do obreiro como parte hipossuficiente, garantindo a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade não como forma de remunerar o risco, o que fugiria ao escopo do instituto dos adicionais, mas como maneira de forçar o empregador a adotar medidas voltadas à proteção obreira no meio ambiente de trabalho.

Assim, a imposição judicial, partindo-se do pressuposto do disposto na CR/88 sobre saúde e medicina do trabalho, e das disposições da Convenção n. 155 da OIT, da obrigação de o empregador arcar com adicionais cumulativos quantos forem os agentes agressivos simultâneos, é meio capaz de desestimular a prestação de serviços em condições mais gravosas aos direitos fundamentais do trabalhador. Interpretação esta em total sintonia com os fins sociais aos quais as normas constitucionais e trabalhistas foram criadas, isto é, o de proteger o trabalhador e garantir a melhoria de suas condições de trabalho.

3. Conclusão.

O presente trabalho teve como objetivo principal demonstrar a possibilidade de se cumular os adicionais de insalubridade e periculosidade, tomando-se como base as disposições principiológicas e normativas da CR/88 e do Direito do Trabalho.

Para esses fins, foi realizado o estudo acerca da interpretação do art. 193, §2º da CLT, em que se analisado com base em sua leitura superficial e literal, induz grande parte dos operadores do Direito a interpretação equivocada deste dispositivo legal, uma vez que junto a ele, aplica-se também a NR-15 do MTE, item 15.3, que veda, de forma cristalina, a cumulação de adicionais por trabalho onde haja incidência de mais de um agente nocivo.

No entanto, o supracitado artigo da CLT não proibiu, expressamente, a cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, motivo pelo qual ousamos dissentir do entendimento majoritário, porquanto não coaduna com tudo o que foi argumentado até aqui, em especial com relação aos princípios constitucionais e trabalhistas que regem e tutelam o homem e o trabalho humano.

Nesse ínterim, ficou demonstrado que a defesa pela cumulatividade dos referidos adicionais não se baseia como forma de monetizar o risco, mas, ao contrário, como maneira de forçar o empregador a buscar medidas que visem à melhoria das condições no meio ambiente laboral, considerando que a Lei Magna garante o direito ao trabalho em ambiente ecologicamente equilibrado, salubre e sem riscos e, em decorrência disso, à redução dos riscos inerentes ao trabalho. E isso devido ao importante fato de o Direito do Trabalho possuir papel ímpar na realização dos direitos humanos sociais.

Cediço, assim, que a aplicação dos postulados da dignidade humana e da proteção ao tema proposto neste estudo é saída imperiosa e obrigatória a ser perseguida, vez que a discussão presente aborda a lesão, gradativa ou na iminência de acontecer - quando o risco for acentuado, aos direitos à vida e à saúde do trabalhador.

Tratando-se, nesses moldes, de aplicação da norma mais favorável ao trabalhador na busca de sua maior proteção, existindo várias normas dispondo sobre a mesma matéria, o caminho será adotar aquela que seja mais benéfica ao empregado, e se ainda assim houver dúvida razoável em qual norma adotar, que a interpretação judicial se volte, então, àquela que melhor atenda à condição do trabalhador. Isto é, prevalecerá, num sistema de hierarquia dinâmica, a norma mais favorável que versar sobre o caso concreto.

Nesta senda, ante as exposições trazidas ao longo do texto, percebe-se que a norma mais favorável, e, por este motivo, a que deverá prevalecer, é justamente a Convenção n. 155 da OIT, em seu art. 11, b, c/c a CR/88, art. 1°, III e IV; 5º caput e §§ 2° e 3°; 6º; 7º, XXII e XXIII; 196; 200, VIII e 225, posto serem instrumentos que trazem maiores e melhores benefícios ao trabalhador que se encontra em exposição simultânea a agentes agressivos diversos, especialmente o insalubre e periculoso.

Abordou-se a prevalência dos instrumentos supracitados, diante da existência do item 15.3 da NR-15 do MTE, que regulamenta o disposto no §2º do art. 193 da CLT, fazendo a previsão no sentido de se proibir a cumulação matéria deste estudo.

Ousa-se dissentir, como abordado oportunamente, do entendimento majoritário de que o art. 193, §2° da CLT veda a cumulação dos adicionais por labor sob riscos,

uma vez que este dispositivo legal foi pela Convenção n. 155 da OIT revogado tacitamente, quando de sua integração ao nosso ordenamento jurídico. Ademais, não fez a CLT uma previsão de cunho expressamente proibitivo.

Registre-se, todavia, que sendo possível a aplicabilidade deste artigo, conforme defesa da grande corrente, e do item 15.3 da NR-15 do MTE que o regulamenta, haveria situação destoante dos fins sociais aos quais as regras de saúde, segurança, higiene e medicina no trabalho foram instituídas, qual seja o de proteger o trabalhador no ambiente em que labora, e, por conseguinte, assegurar-lhe melhores condições sociais no trabalho como forma de se efetivar a vida saudável e digna.

E partindo do pressuposto de interpretação normativa embasada não só na literalidade das leis, mas, principalmente, no contexto em que foram criadas e para quê foram criadas, sustentam-se os argumentos apresentados no desenvolver do presente estudo, de modo a extrair a máxima efetividade dos institutos analisados.

Foram demonstradas, assim, as razões principiológicas e legais que justificam nossa corrente, com respaldo constitucional pelos princípios da dignidade da pessoa humana e o do status normativo dos tratados internacionais sobre direitos humanos, que no Brasil será de norma supralegal (se ratificado antes da EC n. 45/2004), posicionando-se abaixo da CR/88 e acima da legislação ordinária interna que com eles divergir.

Concomitantemente, utiliza-se do princípio da proteção, que estrutura todo o Direito do Trabalho, capaz de colocar o trabalhador envolto a um manto de proteção estatal, pois sua situação fática o coloca em hipossuficiência perante seu empregador, por isso, essencial a atuação do Estado.

Por isso, fato é: os princípios são normas jurídicas. Existem e devem ser utilizados, pois sua missão é orientar a interpretação e a aplicação dos institutos jurídicos, ou seja, constitui diretriz do ordenamento, não podendo regras infraconstitucionais fazer previsões de modo a contrariá-los.

Logo, por todos os motivos trazidos neste estudo, é que se defende a incidência da CR/88 e da Convenção n. 155 da OIT em prejuízo do §2° do art. 193 da CLT c/c item 15.3 da NR-15 do MTE, nas situações em que o trabalhador esteja exposto, ao mesmo tempo, a agente insalubre e periculoso, causando múltiplos danos à sua saúde e riscos acentuados à sua vida, e isto porque os referidos instrumentos caracterizam norma mais favorável ao empregado, atribuindo ao seu contrato condição mais benéfica, e, o mais importante, tem cunho essencial na proteção dos direitos humanos.

Bibliografia.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em: setembro de 2012.

BRASIL. Decreto n. 1.254, de 29 de Setembro de 1994. Promulga a Convenção n. 155, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/112849/ decreto-1254-94>. Acesso em: setembro de 2012.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de mais de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm > Acesso em: outubro de 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 87.585-8/TO, Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 12.03.2008. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC87585VISTACM.pdf> Acesso em: outubro de 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADIn 3.540-1-MC/DF, Relator Ministro Celso de Mello, decisão de 1.9.2005. In: BULOS, 2010, p. 516.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Minas Gerais). 1ª Turma, RO n. 2 00354-2006-002-03-00-4, Relator Desembargador Marcus Moura Ferreira, 27.10.2006. Disponível em <http://as1.trt3.jus.br/consulta/redireciona.htm?pIdAcordao=401103&acesso=aca55e1e4b162846d9cbdd9c15e9e7f3> Acesso em: outubro de 2012.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Minas Gerais). 2ª Turma, RO n. 01959-2006-142-03-00-0, Relator Desembargador Vicente de Paula M. Junior, DJ 7.6.2008. Disponível em <http://as1.trt3.jus.br/consulta/redireciona.htm?pIdAcordao=598770&acesso=ccd6c6eec7854539e13b46c38c8ea1df> Acesso em: outubro de 2012.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. AIRR n. 36200-93.2008.5.24.0046, Relatora Ministra. Dora Maria da Costa, 8ª Turma, 17.8.2012. Disponível em <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR - 36200-93.2008.5.24.0046&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAJ+DAAD&dataPublicacao=17/08/2012&query=TRATADOS INTERNACIONAIS DIREITOS HUMANOS. OIT>. Acesso em: outubro de 2012.

BUCK, Regina Célia. Cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade. São Paulo: LTr, 2001.

BULOS, Uadí Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 64/2010. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORDEIRO, Luis Fernando. Possibilidade constitucional e legal de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. In: Revista LTr, Suplemento trabalhista, v. 43, n. 142, dezembro/2007. Disponível em <http://www.professorcordeiro.com/index.php?option=com_content&view=article&id=56:possibilidade-constitucional-e-legal-de-cumulacao-dos-adicionais-de-insalubridade-e-periculosidade&catid=41:artigos-do-professor-cordeiro&Itemid=54> Acesso em: 15 de agosto de 2012.

CRUZ, Carlos; GONÇALVES, Ana Carolina. Direito do Trabalho: teoria – exame da OAB. Belo Horizonte: Pro Labore Editora, 2011.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Tratados internacionais de Direitos Humanos e a Constituição brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Portaria n. 3.214, de 08 de junho de 1978, Norma Regulamentadora n. 15. Disponível em <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812DF396CA012E0017BB3208E8/NR-15%20%28atualizada_2011%29.pdf> Acesso em: dezembro de 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. rev. e atual. até a emenda constitucional n. 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção jurídica à saúde do trabalhador. 5. ed. rev. ampl. e atual.. São Paulo: LTr, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25. ed. rev., ampl. e atual. até a lei n. 12587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012.

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 3 ed. Niterói: Impetus, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores. São Paulo: LTr, 2000.

LEANDRO OLIVEIRA, Luã Lincoln. A admissibilidade da cumulação do adicional de insalubridade e periculosidade . In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9891>. Acesso em 04 de setembro de 2012.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 7. ed. atualizada até a Emenda Constitucional n. 55/2007. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Direito Constitucional. 24. ed.. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Direitos humanos fundamentais. 8. ed. São Paulo: Atlas,2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do trabalho. 26. ed. São Paulo: LTr, 2000.

PADILHA, Norma Sueli. Do meio ambiente do trabalho equilibrado. São Paulo: LTr, 2002.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de direito do trabalho. Tradução de Wagner D. Giglio. 3.ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

SAAD, Eduardo Gabriel. Consolidação das Leis do trabalho: comentada. 41. ed. atual., rev. e ampl. por José Eduardo Duarte Saad e Ana Maria Saad Castello Branco. São Paulo: LTr, 2008.

SALIBA, Tuffi; CORRÊA, Márcia Angelim Chaves. Insalubridade e periculosidade: aspectos técnicos e práticos. 6. ed. atual. São Paulo: LTr, 2002.

SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. Principiologia do Direito do Trabalho. São Paulo: Ltr. 1999.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Curso de Direito Constitucional: atualizado até a EC n. 67, de 22.09.2010 e súmula vinculante n. 31, de 17.02.2010: com comentários às leis n. 11.417/2006, súmula vinculante e 11.418/2006 – Repercussão geral de questões constitucionais. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SUSSEKIND, Arnaldo. Convenções da OIT. São Paulo: LTr, 1994.

_____. Direito internacional do trabalho. 3. ed. atual. e com novos textos. São Paulo: LTr, 2000.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF. Colaboração de Flávia Scabin. São Paulo: Malheiros, 2006.

O DIREITO ÀS FÉRIAS PROPORCIONAIS AO EMPREGADO DISPENSADO POR JUSTA CAUSA

THE RIGHT TO PROPORTIONAL VACATION TO EMPLOYEE DISMISSED FOR CAUSE

Erenífia Ágata Saraiva Nunes[1]
Daniela Lage Mejia Zapata[2]

RESUMO: O instituto das férias têm como um de seus objetivos suprir uma necessidade natural do ser humano, como restabelecer suas energias física e mental. Além disso, é um direito social de natureza trabalhista, pois surge de uma obrigação contratual e encontra-se expressamente garantida, aos trabalhadores urbanos e rurais, na Constituição Federal de 1988. Ressalta-se que o instituto das férias está regulamentado pela Convenção n.132 da OIT, ratificada pelo Brasil anteriormente à promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, sendo, portanto, considerada norma supralegal. Tal convenção garante a "toda pessoa" o direito às férias remuneradas não gozadas, proporcional à duração do período de serviço, independente da causa da cessação do contrato de trabalho. Diante disso, o presente artigo buscou demonstrar a possibilidade do empregado dispensado por justa causa receber as férias proporcionais como um direito, observando as normas específicas que versem sobre tal assunto e obedecendo ao disposto na Constituição Federal de 1988 e a Convenção n. 132 da OIT.
PALAVRAS-CHAVE: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Consolidação das Leis do Trabalho. Convenção n.132 da OIT. Direito às Férias Proporcionais ao Empregado Dispensado por Justa Causa.

ABSTRACT: The Institute of vacation have as one of its goals eke out a natural need of human beings, as restore their physical and mental energies. Moreover, it is a social right to labor nature, because it arises of a contractual obligation and is expressly guaranteed, to urban and rural workers, in the Constitution of 1988. It is noteworthy that the institute of vacation is regulated by the Convention n.132 from ILO (International Labour Organization), ratified by Brazil prior to the enactment of Constitutional Amendment. 45/2004, and is therefore considered supralegal norm . This convention guarantees the "every person" the right to paid vacation not taken, proportional to the length of service, regardless of the cause of termination of the employment contract. Thus, the present paper aims to demonstrate the possibility of employee dismissed for cause receive proportionate vacation as a right, noting the specific norms that deal with this subject and obeying the provisions of the Federal Constitution of 1988 and the Convention n. 132 of the ILO.

---

[1] Acadêmica do 10º período do curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Autora do presente artigo

[2] Advogada. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/MG. Especialista em Direito Tributário pela PUC/MG. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo CAD/ Gama Filho/ RJ. Professora exclusiva da Rede Praetorium/Anhanguera de Ensino. Professora do Centro Universitário Newton Paiva. Orientadora do presente trabalho.

KEY WORDS: Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988. Consolidation of Labor Laws, International Labour Organization. Proportional vacation. Fair Dismissal.

1. Introdução.

O Direito Trabalhista é norteado por princípios básicos, que objetivam trazer ao empregado uma maior proteção. O escopo desse trabalho é demonstrar que os aplicadores do Direito tem se posicionado, majoritariamente, a uma norma menos favorável, no que tange o direito às férias proporcionais ao empregado dispensado por justa causa.

Nosso sistema jurídico aplica o que dispõe a Consolidação das Leis Trabalhistas, em que, quando o empregado for dispensado por justa causa, deixará de receber as férias proporcionais. Isto porque ao aplicar tais normas, age com inobservância às regras estipuladas na Convenção n. 132 da OIT, que é uma norma supralegal que dispõe sobre as férias remuneradas, dispondo em um dos seus artigos o direito que todo o trabalhador tem de perceber férias proporcionais independente da modalidade da extinção contratual, sendo esta uma situação mais benéfica e favorável ao empregado.

Diante disso, com o intuito de demonstrar que encarar que o direito às férias proporcionais é um direito adquirido com o trabalho do dia-a-dia, demonstra uma maior observância aos princípios basilares do Direito Trabalhista, como maior proteção, aplicação da norma mais benéfica, digna e favorável ao empregado.

Logo, passaremos à analise do trabalho.

2. Desenvolvimento.

2.1. CLT: Férias proporcionais e seus efeitos na cessação do contrato de trabalho.

Inicialmente, cabe conceituar férias como a interrupção da prestação de serviços, após determinado tempo de labor, continuando o empregado a receber, durante esse período, suas vantagens contratuais. Esse instituto não tem caráter de prêmio, mas sim de direito trabalhista, pois não é conseqüência de uma conduta do obreiro, mas inerente ao contrato de trabalho.

A doutrina aponta uma tríplice finalidade como embasamento para o período de descanso remunerado, dos quais são divididas em blocos, a saber, a finalidade física ou biológica; as sociais, morais, religiosas, familiares ou culturais; e as econômicas.

Do ponto de vista físico e biológico "o esforço do trabalho impõe uma recomposição da energia despendida; o processo fisiológico do cansaço exige um tempo de recuperação" (BUEN, 1996, p.77). Será importante para que o empregado restabeleça suas energias e eliminar as toxinas do organismo.

Sobre a finalidade social, moral, religiosa, familiar e cultural, dita sua importância no que tange o trabalhador restabelecer sua vida familiar, social e religiosa. Ter um tempo para programar passeios, lazer com amigos e familiares. É essencial para desenvolver seu intelecto sem preocupar-se com suas obrigações laborativas. Segundo Manuel Garcia, 1960 (*apud* BUEN, 1996, p. 77), é conveniente a "disposição do tempo preciso para o cumprimento dos deveres familiares e sociais" [...] e, bem como "para o adequado desenvolvimento dos valores morais, culturais e religiosos do trabalhador".

E as razões econômicas têm como fundamento que o empregado descansado produz mais e melhor, trazendo benefícios tanto para o empregado, quanto para o empregador, pois o serviço tem uma maior qualidade, bem como é nítido que propicia uma crescente oportunidade de emprego a outros trabalhadores, evitando um alto número de desemprego.

No que tange a remuneração das férias, cabe analisar suas possíveis formas de pagamento, sendo as intituladas férias simples, férias vencidas e férias proporcionais.

Primeiramente, as férias simples "são aquelas cujo período de aquisição já se completou, sem que se tenha esgotado, ainda, o respectivo período de gozo" (DELGADO, 2007, p. 943). Tem como pagamento padrão a remuneração simples acrescida do terço constitucional.

Por sua vez, as férias vencidas, "são aquelas cujo período aquisitivo já foi completado e que não foram ainda concedidas ao empregado" (PAULO; ALEXANDRINO, 2005, p. 234). Tal situação retrata a inadimplência do empregador, haja vista não ter concedido férias ao empregado no período de 12 meses seguintes de concessão. Destaca-se que férias vencidas são sempre devidas, devendo ser paga em dobro, calculada com base no salário e acrescida do terço constitucional.

Finalmente, o cerne deste item, as férias proporcionais, que "são aquelas cujo próprio período de aquisição ainda não se completou (não havendo sequer se iniciado, desse modo, o respectivo período de gozo)" (DEGADO, 2007, p. 984). Essas férias que se caracterizam como verba indenizatória, surgirão com a ruptura do contrato de labor durante o curso do período aquisitivo. Maurício Godinho Delgado (2007, p.958), nos traz a idéia de que as férias sofrem efeitos diretos em função da modalidade da ruptura

contratual, em que a lei estabelece uma relação direta entre a ruptura contratual e a parcela de férias proporcionais.

Cabe comentar que essa modalidade de férias será calculada à base do percentual de 1/12 por mês que compõe o contrato de trabalho, ou seja, calculam-se à base da unidade fracionada, devendo observar a todo tempo, a tabela do art. 130 CLT. A súmula 328 do TST leciona a respeito do cálculo das férias ser embasado no salário da época da rescisão, com a ressalva de sempre serem pagas com o terço constitucional. O parágrafo único do art. 146 CLT, exprime que a fração temporal superior a 14 dias terá validade de um mês, no que diz respeito ao período aquisitivo de férias.

Neste diapasão, salienta-se os seguintes efeitos, dos quais se dão, primeiramente com a ruptura do contrato de trabalho por culpa recíproca, previsto no art. 484 CLT, em que quando reconhecida a culpa recíproca, terá o empregado direito a 50% (cinqüenta por cento) das férias proporcionais, conforme preceitua a súmula 14 TST. Neste cenário, quando ocorrer a cessação do contrato, encontrando-se o mesmo vigente a menos de 12 meses, por ato potestativo do empregado, ou seja, por pedido de demissão, (art. 146,CLT) , a súmula 261 do TST, embasando-se na Convenção n. 132 OIT, entende que o obreiro, mesmo com o pedido de demissão e com o contrato vigente a menos de doze meses, terá direito às férias proporcionais. Nesse quadro, há também a ruptura do contrato a termo, do qual, independente do contrato ser inferior a um ano, o empregado terá direito às férias proporcionais com acréscimo de 1/3, de acordo com o art. 147 CLT.

Neste quadro, há outras situações que estão presentes as rupturas contratuais por ato empresarial ou sob ônus deste (art. 146, parágrafo único CLT), abarcando as rupturas por ato lícito do empregador (dispensa injusta), as rupturas em virtude de ato ilícito trabalhista do empresário (rescisão indireta - 483, CLT), bem como as extinções contratuais devido a fatores externos e estranhos à vontade das partes, mas que estão sobre ônus do empregador, em virtude do risco do empreendimento ou trabalho prestado (falência, extinção do estabelecimento, da empresa, etc). Essas situações, as férias proporcionais acrescidas do terço constitucional, serão sempre devidas ao obreiro. (DELGADO,2007,p. 986).

Por fim, a ruptura do contrato trabalhista por justa causa do empregado, confere o efeito de que, o empregado não terá direito às férias proporcionais com acréscimo do terço constitucional, observando o que dispõe o parágrafo único do art. 146 CLT. Tal

entendimento é o aplicado majoritariamente em nosso ordenamento jurídico, desconsiderando os preceitos advindos da Convenção n 132 da OIT.

2.2 Conflito entre a CLT e a Convenção n. 132 da OIT quanto a aplicabilidade da norma mais favorável ao trabalhador acerca do instituto das férias proporcionais.

Inicialmente, para melhor ilustrar o que seria o princípio da norma mais favorável, cabe a leitura dos ensinamentos acerca da matéria, do ilustre doutrinador Maurício Godinho Delgado (2007, p.199), vejamos:

> O operador do Direito do Trabalho deve optar pela regra mais favorável ao obreiro em três situações ou dimensões distintas: *no instante de elaboração da regra* (princípio orientador da ação legislativa, portanto), ou *no contexto de confronto entre regras concorrentes* (princípio orientador do processo de hierarquização das normas trabalhistas) ou, por fim, *no contexto de interpretação das regras jurídicas* (princípio orientador do processo de revelação do sentido da regra trabalhista). A visão mais ampla do princípio entende que atua, desse modo, em *tríplice dimensão* no Direito do Trabalho: informadora, interpretativa/normativa e hierarquizante.

Constata-se que esse princípio tem a Constituição Federal como patamar mínimo civilizatório. É sabido que não há hierarquia entre as normas, entretanto, o operador jurídico deverá buscar e aplicar sempre a norma mais favorável, visto que esta sempre prevalecerá. Deverá observar de forma global o conjunto de regras que compõe o sistema, distinguindo os preceitos em relação a matéria, de modo a "não perder, ao longo desse processo, o caráter sistemático da ordem jurídica e os sentidos lógico e teleológico básicos que sempre devem informar o fenômeno do Direito- teoria do conglobamento" -.(DELGADO, 2007, p. 200).

Destarte, ressalta-se que a teoria de que os tratados sobre direitos fundamentais tem hierarquia superior ao comparar com as leis ordinárias ou complementares e, tendo em vista que as férias são previstas constitucionalmente, que são essenciais para a dignidade do homem trabalhador e por haver tratado internacional ratificado que trata sobre esse assunto, conclui-se que as normas da Convenção da OIT n. 132 tem *status* supralegal, ou seja, é hierarquicamente superior às normas da CLT e inferior à Constituição da República /88. Por isso, deveria a Convenção n. 132 da OIT, ser privilegiada e em relação a CLT, e aplicada em nosso ordenamento jurídico, além de trazer em seus preceitos o assunto "férias proporcionais" de forma mais protetiva e favorável ao empregado

Explica Flávia Piovesan ,1997 (apud SUSSEKIND, 2000, p. 71) que:

> A Constituição assume expressamente o conteúdo dos direitos constantes dos tratados internacionais, dos quais o Brasil é parte. Ainda que estes direitos não sejam enunciados sob forma de normas constitucionais, as sob forma de tratados internacionais, a Constituição lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo texto constitucional. [...] enquanto os demais tratados internacionais tem força hierárquica infraconstitucional, nos termos do art. 102, III, b, do texto, os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção aos direitos humanos detêm natureza de norma constitucional.

Os direitos sociais previstos no texto constitucional se consagram como direitos fundamentais, visto que estes não são apenas os expressos no rol do art. 5°. Conseqüentemente, por força do §2° deste mesmo dispositivo mencionado, "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Por isso, as convenções internacionais ratificadas pelo Brasil compõem o ordenamento jurídico interno e por este motivo devem ser adotadas de forma privilegiada quando o objeto de seu texto envolver direitos humanos, posto constituir norma mais favorável havendo norma infraconstitucional com elas divergentes.

A Convenção n. 132 da OIT trata sobre as férias anuais remuneradas e foi concluída em 1970 em Genebra. O ato em comento entrou em vigor internacionalmente em junho de 1973, sendo aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo n.47/81 e foi ratificada pelo Brasil em 23 de setembro de 1998, passando a vigorar 12 meses depois, conforme se exige a *vacatio legis*, em 23 de setembro de 1999. Entretanto, somente foi promulgada e publicada em 1999, pelo Decreto n. 3197/99, gerando assim, sua eficácia no território nacional.

É cediço que, após a ratificação, ou seja, após o Estado aprovar em seu território os preceitos descritos em tratados internacionais, deverá obrigatoriamente cumpri-los. Afinal, se ratificou, tem que cumprir, conforme bem explica o ilustre doutrinador Arnaldo Sussekind (2000, p. 40), que:

> Há dois momentos para o Estado obrigar-se em relação ao tratado: 1°) aprovação do mesmo pelo órgão competente indicado pelo direito público interno; 2°) ratificação solene, mediante troca de instrumentos entre os Estados que o firmarem (procedimento comuns nos tratados contratados) ou depósito do instrumento formal de adesão no organismo internacional que o adotou (procedimento comum nos tratados- leis).

Neste cenário, a Convenção em comento tem como finalidade "proteger a saúde do trabalhador e permitir-lhe recuperar a energia física que tinha investido no trabalho durante o ano; e forma de retribuir o aumento de produtividade, dando mais tempo de ócio aos trabalhadores" (FRANCO FILHO, 2001, p. 23).

Mister se faz ressaltar que, merecem ser destacados dois artigos da Convenção n.132 da OIT, dos quais são pontos fundamentais para análise desse trabalho, quais sejam os artigos 04 e 11.

O art. 4 dispõe sobre as férias proporcionais, em que o empregado que tiver completado, no curso de 1 (um) ano determinado, um período de serviço de duração inferior ao período necessário à obtenção de direito à totalidade das férias, terá direito, nesse ano, a férias de duração proporcionalmente reduzidas. No Brasil, entretanto, o período adotado não é o ano civil, mas sim o período de 12 meses contados da data do início do contrato de trabalho.

Neste ensejo, o art. 11 comenta sobre o direito de receber as férias proporcionais, do qual será suficiente que todo obreiro cumpra o período mínimo determinado, não inferior a seis meses, (art. 5 da Convenção), para ter direito às férias proporcionais. Entretanto, destaca-se que o art. 146 CLT, indica que se observará a fração de tempo indicada na vigência do contrato, estipulando a fração de 1/12 (um doze avos) por mês de serviço ou tempo superior a 14 dias de trabalho, ressoando então o direito à remuneração relativa ao período incompleto de férias. Logo, segundo a Convenção, independente do motivo da ruptura do contrato de trabalho, o obreiro fará jus a essas férias.

Desse modo, respaldado nos artigos supracitados, é evidente que todo o empregado, cumprindo um período mínimo estabelecido, tenha direito às férias proporcionais, mesmo que tenha sido dispensado por justa causa, independente da modalidade de extinção contratual.

Grande parte dos doutrinadores e operadores do Direito acompanham os preceitos da CLT, no que diz respeito ao não pagamento das férias proporcionais ao empregado dispensado por justa causa.

O magistério de Maurício Godinho Delgado (2007, p. 985), opina que “as férias proporcionais sofrem efeitos diretos em função da modalidade de ruptura contratual.” Significa dizer que sua tese está embasada no fato de que as férias estão diretamente relacionadas com a ruptura do contrato de trabalho, que alcançará os efeitos das férias proporcionais, direito este que somente surgirá com a cessação do pacto laborativo durante a vigência de alguns meses do período aquisitivo.

Neste quadro, ainda argumenta que “não há direito adquirido a essas férias - (o período aquisitivo não se completou) - ou há, no máximo, direito condicionado -,

estabelece a lei uma relação direta entre a ruptura contratual e a parcela de férias proporcionais" (DELGADO, 2007, p. 985).

Corrobora com Maurício Godinho Delgado (2007), a ilustre doutrinadora Alice Monteiro de Barros (2009), ao registrar em sua obra que o TST ao revisar as súmulas n. 14 e 261, expõe claramente o fato de que o obreiro terá direito às férias proporcionais caso sua saída seja por pedido de demissão ou por culpa recíproca: "Isso nos leva à conclusão de que na justa causa, segundo essa mesma orientação, o empregado não fará jus às férias proporcionais" (BARROS, 2009, p. 744).

Contudo, é mister observar os preceitos da Convenção sobre as férias proporcionais em comparativo com a CLT, a fim de solucionar o conflito entre esses institutos no que tange aplicar o que trará ao trabalhador a norma mais benéfica. Diante dessa controvérsia, surgem os seguintes argumentos:

Primeiramente, como já dito oportunamente, a Convenção n. 132 da OIT é um tratado internacional ratificado pelo Brasil que versa sobre as férias remuneradas e obtém status *supralegal*, que aborda assunto considerado como direito fundamental, por estar assegurado na Constituição Federal/88, aos trabalhadores urbanos e rurais, presente no art. 7°, XVII, o "gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal".

Observa-se na leitura desse artigo, que seu inciso não repassa para qualquer lei infraconstitucional a responsabilidade de redigir os pormenores referentes ao assunto, sendo portanto uma norma de aplicabilidade imediata. Além disso, pelo fato de existir uma convenção internacional ratificada pelo Brasil que trata de forma benéfica o recebimento das férias proporcionais ao empregado dispensado por justa causa, demonstra-se incoerência ao aplicar o artigo da CLT ao invés da Convenção sobre esse tema, bem como há uma violação ao princípio da recepção dos tratados internacionais e ao princípio da proteção ao obreiro.

Neste diapasão, é explícito que o artigo da CLT direciona ao intérprete do Direito que as férias proporcionais estão diretamente ligadas ao contrato de trabalho e que o recebimento delas se dará em razão da cessação do pacto laborativo, conforme parágrafo único do artigo 146 CLT : "na cessação do contrato de trabalho, após 12 meses de serviço, o empregado, desde que não haja sido demitido por justa causa, terá direito à remuneração relativa ao período incompleto de férias [...]".

De outro lado, a Convenção n. 132 da OIT, nos transmite que o empregado fará jus aos dias de férias proporcionais, conforme o período computado como trabalhado,

ou seja, o empregado após laborar dia- a- dia, e em caso de haver ruptura da relação empregatícia, terá como direito as férias proporcionais vinculadas ao tempo laborado e não ligada pela modalidade da cessação do contrato de trabalho. "A Convenção n. 132 assegura as férias proporcionais, independente da causa de cessação do contrato, dado o fundamento biofisiológico do instituto" (BARROS, 2009, p. 744).

Seguindo este pensamento, o magistério de José Augusto Rodrigues Pinto (2000, p.386) comenta a injustiça do legislador quando associa o direito à remuneração às férias proporcionais serem frustradas pela cessação do contrato de trabalho, da qual, em verdade, deveria estar associada com o fato de ter-se prestado o serviço e "consequentemente, ter havido o desgaste orgânico do empregado".

E ainda, destaca que a doutrina intitulou erroneamente a denominação de férias proporcionais, explicando que "não existe repouso, mas somente sua remuneração. O gozo das férias, de resto, seria materialmente impossível, pela inviabilidade de sua concessão sem contrato". Dessa forma, completa que "a denominação juridicamente exata deve, então, ser de remuneração proporcional de férias por extinção do contrato" (PINTO, 2000, p. 387).

Conseqüentemente, é mister comentar que ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato. Com isso, se o empregado praticou algum ato previsto no rol do art. 482 CLT, sendo tal dispositivo que liga o empregado à conduta, a responsabilidade pelo ato deverá ser apenas uma, no caso, ser penalizado através da dispensa, mas não puni-lo duas vezes como ocorre, o que significa dizer dispensa acumulada com supressão das férias proporcionais que estão ligadas ao serviço anteriormente prestado ao ato praticado. Diante disso, conclui-se que o empregado é adequadamente responsabilizado por sua atitude e erroneamente penalizado pelo excesso, pois responde duas vezes pelo mesmo ato, ação vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

2.3. Jurisprudências.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal defende a prevalência dos direitos humanos como direito fundamental e diante disso, deverá o ordenamento jurídico a todo o tempo, protegê-los para que seja possível alcançar sua máxima eficácia, haja vista os direitos fundamentais serem indispensáveis para a vida e a dignidade do ser humano. Diante disso:

> [...] Preponderam declarações constitucionais e internacionais de direitos, que o Supremo Tribunal Federal se defronta com um grande desafio, consistente em extrair, dessas mesmas declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, a sua máxima eficácia, em ordem a tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. (STF, HC 87.585-8/TO, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12.03.2008)

Ressalta-se também o *status* de supralegalidade aos tratados ratificados antes da EC n. 45/2006, ao decidir que:

> Com efeito, as recentes decisões dessa Corte Suprema são no sentido da impossibilidade de prisão do depositário judicial infiel. Tal entendimento considera, especialmente, a necessidade de reconhecimento da supralegalidade dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, não submetidos ao procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, §3°, da Constituição Federal. [...] O Pacto de San José da Costa Rica, passando a ter como fundamento de validade o §2° do art. 5º da CF/88, prevalece como norma supralegal em nossa ordem jurídica interna e, assim proíbe a prisão civil por dívida. [...] a sua hierarquia intermediária de norma supralegal autoriza afastar a regra ordinária brasileira que possibilite a prisão civil por dívida. (STF, HC 94013/SP Rel. Min. Celso Britto, DJ de 12/03/2009).

Essa leitura nos remete ao entendimento de que a posição hierárquica das convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, no ordenamento jurídico, tem status de supralegalidade quando tratar de direitos humanos.

Registra-se que essa consideração é apontada para as ratificações anteriores a EC 45/2004, haja vista essa emenda adicionar o §3º ao art. 5° CR/88, expondo que os tratados e convenções internacionais acerca de direitos humanos quando ratificados pelo Brasil com aprovação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos e por três quintos dos votos dos respectivos membros, terão equivalência às emendas constitucionais. Ademais, caso não atenda as exigências expostas, entrará no ordenamento jurídico interno como lei ordinária federal.

Imperioso ressaltar que o escopo desse trabalho é analisar e demonstrar a possibilidade da concessão do direito às férias proporcionais a todo o trabalhador e, por isso, nos limitamos a expor julgados da corrente que optamos em seguir, através de acórdãos julgados pelo TRT, que abaixo se seguem:

> Ainda, mesmo mantida a despedida por justa causa, o reclamante faz *jus* ao pagamento das férias proporcionais, acrescidas com 1/3. Com efeito, o artigo 4º, § 1º, da Convenção nº 132 da OIT estabelece que: "Toda pessoa que tenha completado, no curso de um ano determinado, um período de serviço de duração inferior ao período necessário à obtenção de direito à totalidade das férias prescritas no artigo 3º acima terá direito, nesse ano, a férias de duração proporcionalmente reduzidas". No mesmo sentido, tem-se o direito às férias, constitucionalmente consagrado, no inciso XVII do art. 7º da Carta Magna. Nem a Convenção nem a Constituição Federal trazem ressalva em

> relação à despedida por justa causa, o que leva ao entendimento de que, mesmo se houver despedida por justa causa do empregado, este fará *jus* às férias proporcionais, ficando derrogados o parágrafo único do art. 146 e o art. 147 da CLT. De outra parte, tanto as férias integrais quanto às proporcionais devem respeitar a proporcionalidade imposta no art. 130 da CLT, tendo em vista as faltas injustificadas do reclamante ao longo do período aquisitivo. [...] A despedida por justa causa é a punição máxima prevista para o obreiro que pratica uma ou mais condutas previstas no art. 482 da CLT. Deve ser adotada apenas quando ocorrem faltas mais graves, na medida em que, além da perda do trabalho, fonte de subsistência do obreiro, acarreta graves prejuízos financeiros a este na rescisão contratual. (TRT 4ª Região. 9ª Turma, RO **0**000304-08.2011.5.04.0121**,** juiz convocado: André Reverbel Fernandes, Prolator da Sentença: juíza Simone Silva Ruas, 17.07.2012) grifo próprio.
>
> FÉRIAS PROPORCIONAIS. DIREITO DE TODO TRABALHADOR. CONVENÇÃO N. 132 DA OIT. A Convenção n. 132 da OIT trata do instituto das férias e busca garantir a qualidade de vida dos seres humanos inseridos no processo produtivo. No Brasil, ela foi aprovada pelo Congresso Nacional, por intermédio do Decreto Legislativo n. 47/81, tendo sido depositada a sua ratificação pelo Governo Federal e promulgada pelo Decreto n. 3.197, de 05.10.99 (DJU 06.10.99), o que gerou a sua vigência e a sua eficácia no território nacional, conforme prescreve o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Civil. Os artigos 4º e 11 da referida Convenção autorizam o pagamento de indenização de férias proporcionais (inferiores a um ano) independentemente do motivo da dispensa. Por conseguinte, as normas relativas às férias, quando mais benéficas aos empregados, devem ser aplicadas, formando uma unidade de modo a proporcionar a sua correta aplicação, na linha do princípio da norma mais benéfica, que informa o Direito do Trabalho. Nesse sentido já acenou o Colendo TST ao editar a Súmula n. 261, concedendo férias proporcionais também àqueles trabalhadores que se demitem antes de completar doze meses de serviço. Essa mudança conferida pela jurisprudência, afastando, no particular, a incidência do artigo 147 da CLT, para conceder mais direito ao trabalhador, não tem amparo senão na Convenção n. 132 da OIT. Sendo assim, relativamente ao direito às férias proporcionais cabe adotar também a regra mais benéfica prescrita na Convenção 132 da OIT, seja qual for o motivo da dissolução contratual. (TRT 3ª Região. 10ª Turma, RO 00271-2009-083-03-00-2, Rel. Juiz Márcio Flávio Salem Vidigal, DJ: 09 de setembro de 2009). Grifo próprio.

Diante das presentes decisões, corroboramos com o posicionamento quanto à defesa do tema proposto, pois aplicam claramente o que dispõem os princípios da proteção, da norma mais favorável, da dignidade da pessoa humana e, além disso, recepcionam a Convenção n. 132 OIT ratificada pelo Brasil ao observar seus art. 4º e 11º inteligentemente.

Nesse ínterim, cabe comentar que esses posicionamentos estão coerentes com as finalidades sociais que o Direito Trabalhista busca assegurar aos trabalhadores, pois além da proteção garantida, interpretam que esse direito, é de fato, adquirido pelo empregado que, teve seu tempo, sua vida social e suas responsabilidades depositadas em cada dia trabalhado e não apenas implicados em um documento contratual, do qual com sua ruptura gerará uma supressão de seus direitos.

3. Conclusão.

Este artigo teve como principal objetivo demonstrar que todo o empregado, independentemente da forma da rescisão contratual, tem direito às férias proporcionais, embasando-se nas determinações normativas e principiológicas da Constituição Federal de 1988 e do Direito do Trabalho.

Inicialmente, foi estudado o que a CLT versa sobre as férias proporcionais e seus efeitos na cessação do contrato de trabalho. Observou-se que a ruptura contratual por justa causa do obreiro repercute o efeito de supressão de diversos direitos, dentre eles o não recebimento das férias proporcionais com acréscimo do terço constitucional.

Em contrapartida, a Convenção n. 132 da OIT, demonstra que as férias proporcionais é direito de todo trabalhador que labore por um determinado período estabelecido e que a modalidade da cessação do contrato não interfere no recebimento desse direito. Portanto, entende-se que independente do motivo que levou a extinção da ruptura contratual, o empregado receberá as férias proporcionalmente ao tempo laborado.

Nesse ínterim, discutiu-se qual instituto emprega de melhor forma o princípio da norma mais favorável, se a CLT ou Convenção n. 132 da OIT. Propedeuticamente foi esclarecido que o direito às férias remuneradas é um direito fundamental, garantido expressamente pela Constituição Federal/1988, colocada como norma de aplicabilidade imediata, não necessitando que uma lei infraconstitucional a complemente. Nesse cenário, analisou-se que a CLT, norma infraconstitucional, expõe nitidamente a supressão do direito em comento, ou seja, dita que somente empregados que não forem dispensados por justa causa, perceberá o direito às férias proporcionais acrescida do terço constitucional. E respaldados por esse fundamento, doutrinadores e aplicadores do Direito aplicam majoritariamente tal preceito. Contudo, esse assunto é abordado de maneira bem diferente na Convenção n.132, norma supralegal devidamente ratificada pelo Brasil, que trata especificamente da matéria sobre férias. Ela expõe claramente nos arts. 04 e 11, que as férias proporcionais é direito garantido a todos os trabalhadores que tenha cumprido um período mínimo estabelecido, mesmo que o empregado tenha sido dispensado por justa causa, afinal, as férias não estão ligadas a uma modalidade de extinção contratual, mas sim, estão ligadas ao período de dias laborado pelo obreiro.

Nesta esteira, conforme as jurisprudências apresentadas e ensinamentos de alguns doutrinadores, foi coerente a aplicabilidade da Convenção n.132 da OIT, pois

buscou-se a todo momento proteger e aplicar a norma mais favorável ao empregado. Quanto a norma mais favorável, concluímos que como o intérprete e o aplicador do direito tem o dever de adotar o postulado da proteção ao trabalhador, observando e elegendo regras que causem benefícios ao obreiro de forma que não ofenda seus direitos fundamentais e trabalhistas, optamos em seguir a corrente que adota a aplicação da Convenção n.132 da OIT.

Nossa opção se baseia no entendimento de que o Direito Trabalhista deveria sempre evoluir quando o assunto é a proteção do trabalhador, e dessa maneira, os ditames apresentados na referente Convenção traz uma norma mais favorável acerca das férias proporcionais ao empregado, não o diferindo pela modalidade de extinção contratual, mas por considerar que é um direito ligado aos dias despendidos de trabalho e a perda de energia física e mental durante os dias que prestou o serviço.

Por fim, importante ressaltar que nos restringimos em analisar o caso na esfera trabalhista quando o empregado é dispensado por justa causa. Pode-se observar que há uma dupla punição, sendo esta inadmitida no ordenamento jurídico brasileiro, pois além de perder o emprego, perderá também o direito de receber as férias proporcionais acrescidas do terço constitucional. Porém, é notório que o art.482 da CLT, que nos indica taxativamente os motivos que gerará uma justa causa, merece destaque, por serem motivos considerados graves e prejudiciais ao empregador e ao ambiente de trabalho, sendo passível, por muitas vezes de apreciação de outras esferas, como a penal e a civil. Portanto, cada caso deverá ser analisado e, conforme o grau de responsabilidade do empregado, aplicar a sanção cabível.

Bibliografia.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001

BULOS, Uadí Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 64/2010. São Paulo: Saraiva, 2010.

FONSECA, Ricardo Marcelo**. Modernidade e contrato de trabalho. Do sujeito de Direito à sujeição jurídica**. São Paulo: Ltr, 2002, p. 179

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social**. São Paulo: LTr, 2000

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. **DIREITO COSTITUCIONAL**, 24ª ed., São Paulo: editora Atlas, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. São Paulo, Ltr. 2002

DELGADO. Maurício Godinho. Curso de direito do Trabalho. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2007.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 5ª ed. rev e ampl. – São Paulo: Ltr, 2009.

BUEN, Nestor.**Jornada de Trabalho e Descansos Remunerados: Perspectiva Ibero-Americana.** São Paulo: LTr, 1996.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em: 26 de março de 2013.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de mais de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm >. Acesso em 26 de março de 2013

BRASIL. Decreto n. 3197/99 de 5 de outubro de 1999. Promulga a Convenção nº 132 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Férias Anuais Remuneradas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3197.htm Decreto da OIT 132> Acesso em 26 de março de 2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 87.585-8/TO, Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 12.03.2008. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC87585VISTACM.pdf> Acesso em 26 de março de 2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 94.013 -7/SP, Pleno, Relator Ministro Carlos Bitto, julgamento em 10.02.2009. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev1/files/JUS2/STF/IT/HC_94013_SP%20_10.02.2009.pdf> Acesso em 26 de março de 2013.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Minas Gerais).10ª Turma, RO 00271-2009-083-03-00-2, Rel. Juiz Márcio Flávio Salem Vidigal, 09.09.2009. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/consulta/redireciona.htm?pIdAcordao=692910&acesso=e75e6b8a9d3c69b29de7845589040f19> Acesso em 26 de março de 2013.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (Rio Grande do Sul). 9ª Turma, RO 0000304-08.2011.5.04.0121, juiz convocado André Reverbel Fernandes, Prolator da Sentença: juíza Simone Silva Ruas, 17.07.2012. Disponível em: <http://gsa3.trt4.jus.br/search?q=cache:pFok55w5TTUJ:iframe.trt4.jus.br/nj4_jurisp/jurispnovo.ExibirDocumentoJurisprudencia%3FpCodAndamento%3D42780265+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2011-11-06..2012-11-06+f%C3%A9rias+proporcionais+a+empregado+dispensado+por+justa+causa++&clie

nt=jurisp&site=jurisp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8> Acesso em 26 de março de 2013.

FRANCO, FILHO, Georgenor de Souza. A Convenção n. 132 da OIT e seus reflexos nas férias. *In* :Revista do Direito Trabalhista: RDT, Brasília, v.7, n.10, p. 23, out. 2001.

GARCIA. Manuel. Curso Del Derecho Del Trabajo. 1ªed., p. 448--. . Barcelona: 1960

PINTO, José Augusto Rodrigues. Curso de Direito Individual do Trabalho: Noções Fundamentais de Direito do Trabalho, Sujeitos e Institutos do Direito Individual. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2000.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. *In*: Os Direitos Humanos e o Direito Internacional, Rio de Janeiro, 1999. p. 131.

_____. Direitos Humanos e o Direito Constitucional. São Paulo, 2ª ed., 1997.

SUSSEKIND, Arnaldo. Comentários à nova lei de férias. São Paulo, Ltr :Edit.,1997.

VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito do Trabalho. 6ª ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

O *jus postulandi* e os órfãos jurídicos na justiça do trabalho

The jus postulandi and the juridical orphans from the work justice.

Dimas de Abreu Melo[1]
Camila Luiz de Assis[2]

Resumo: Tendo em vista que a capacidade postulatória do trabalhador na Justiça do Trabalho pode representar uma ofensa aos próprios direitos do interessado, o presente artigo pretende demonstrar a necessidade de extinguir os setores de atermação da Justiça do Trabalho, justificada pelo desrespeito aos princípios da igualdade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e pelos consequentes prejuízos moral e material causados àquele que ingressa na ação trabalhista sem advogado constituído. Para isso, a pesquisa foi conduzida com base nos métodos bibliográfico e documental, ao analisar as Ações Diretas de Constitucionalidade nº 1127-8 e 3168-6 e também o enunciado nº 425 da súmula da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. Paralelamente, analisa a atuação da Defensoria Pública da União junto à Justiça do Trabalho como alternativa à capacidade postulatória do trabalhador. Ao final, conclui-se pela necessidade da conscientização dos trabalhadores sobre seu direito de assistência jurídica integral e gratuita pelo Estado por meio da Defensoria Pública.
Palavras-chave: atermação. *Jus postulandi.* Justiça do Trabalho. Reclamação trabalhista. Princípios. Defensoria Pública da União.

Abstract: Owing to the fact that the Brazilians workers' ability to postulate by themselves without the aid of a lawyer in Labor Courts may represent an offense to their own rights, this article aims to demonstrate the need to extinguish such possibility of the Labor Courts, justified by disregard of the principles of equality, due process of law, the adversarial legal defense and the consequent moral and material damages caused to that worker who's taking legal action without a lawyer. For this, the research was conducted based on bibliographic and documentary methods, to analyze the Direct Actions of Constitutionality No. 1127-8 and 3168-6 and also the statement No. 425 of the docket of the Court Superior Labor. In parallel, the article analyzes the role of the Public Defender of the Union to the Labor Court as an alternative to capacity to prosecute by its own of the worker. Finally, we conclude about the need for awareness of workers about their right to free and full legal assistance through the State Public Defender.
Keywords: Jus postulandi. Labor Court. Labor claim. Principles. Public Defender of the Union

1. Introdução.

Neste texto, discutem-se os prejuízos moral e material que o instituto *jus postulandi* pode trazer às partes que dele se utilizam. Para tanto, o trabalho conta com a

[1] Professor de direito do trabalho e processo do trabalho na Universidade Presidente Antonio Carlos – UNIPAC (Itabirito e Mariana) e advogado trabalhista em Ouro Preto.
[2] Graduanda em direito pela Universidade Federal de Ouro Preto, estagiária de direito.

exposição do conceito do *jus postulandi*, do seu tratamento no mundo jurídico pela doutrina e jurisprudência, além de relacioná-lo ao artigo 133 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Primeiro, há a exposição dos princípios processuais da isonomia, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, relacionando-os com o *jus postulandi*, quando se faz nítida a preocupação com o contentamento da igualdade estabelecida na Constituição Federal, em seu artigo 5°, caput.

Em seguida, discute-se a constitucionalidade do *jus postulandi* através de decisões do Supremo Tribunal Federal e das regras de revogação das normas brasileiras impostas pela Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Vale frisar que não é este o objetivo do trabalho, mas é importante tratar o ponto para melhor entender o tema.

Ainda sobre decisões dos Tribunais, há também menção do posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho. Logo após, será tratado o dever do Estado em assegurar a assistência jurídica no âmbito trabalhista e, por fim, a sugestão de criar defensorias públicas especializadas em direito do trabalho, bem como a conscientização da sociedade do seu direito de recorrer às defensorias públicas estaduais e federais para estarem constituídas de procurador e garantirem a igualdade no processo.

2. Jus Postulandi Em Desconformidade Com Os Princípios Processuais.

"O *jus postulandi* nada mais é do que a capacidade que uma pessoa tem de postular em juízo." (CAIRO JR, 2012, p.226). Ou seja, "*jus postulandi* é o direito que a pessoa tem de estar em juízo, praticando pessoalmente todos os atos autorizados para o exercício do direito de ação, independentemente do patrocínio de advogado". (MARTINS, 2006).

Como se viu nas definições acima, o instituto aqui rechaçado permite que o próprio empregado ou empregador reclame perante a Justiça do Trabalho, sem haver necessidade de advogado, conforme dispõe o artigo 791 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)[3]. Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal (STF) já se manifestou diversas vezes, optando pela constitucionalidade da dispensa do procurador[4] [5]. Ainda

[3]Art. 791. Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.
[4]1539 UF, Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 23/04/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 05-12-2003 PP-00017 EMENT VOL-02135-03 PP-00398.

assim, porém, persiste a crítica por muitos autores renomados, como Valentin Carrion (2010), que chega a classificar como "armadilha" a utilização do texto da CLT.

Caso exista algum ponto positivo no *jus postulandi*, pode ser indicada a observância dos princípios da simplicidade, oralidade, cerelidade e informalidade; o direito de acesso à justiça, postulado no artigo 5°, inciso XXXV[6] da Constituição da República Federativa do Brasil.

Um pouco mais de atenção, porém, e é possível perceber a confusão entre 'acesso à justiça' e 'acesso ao Poder Judiciário' no tocante à dispensa do patrono na Justiça do Trabalho. Não se pode negar a praticidade de iniciar a reclamação trabalhista através da atermação comparada à obrigatoriedade de constituir advogado para tanto. Logo, o acesso ao Poder Judiciário (e não à Justiça) é simplificado pelo *jus postulandi*. Ocorre que, através deste, a parte estará em disparidade daquela acompanhada por procurador judicial, dado o desconhecimento da lei. Dessa forma, é flagrante o desrespeito do direito ao devido processo legal e seus princípios correlatos, dentre eles o da igualdade processual, do contraditório e da ampla defesa.

O princípio da igualdade ou isonomia processual determina "um tratamento equilibrado entre os seus sujeitos" (CÂMARA, 2004, p. 40), devendo as partes "ter, em juízo, as mesmas oportunidades de fazer valer suas razões". (CAPEZ, 2011, p. 62). Como já dito anteriormente, no entanto, as partes estão em disparidade, pois não têm o mesmo poder de convencimento o leigo e o advogado, mesmo porque o primeiro, em regra, desconhece os seus direitos.

Sobre o princípio do contraditório, previsto no inciso LV da Constituição Federal, Fredie Didier Jr ensina ser "decomposto em duas garantias: participação (audiência; comunicação; ciência) e possibilidade de influência na decisão." (2012, p. 57). Nesse sentido, a parte deve conhecer de todos os atos do processo, bem como ser ouvida sobre tais. Isto é, deve ser concedido à parte o poder de manifestação sobre qualquer fato processual ocorrido, possibilitando sua influência na decisão judicial. E é claro, essa participação (influência na decisão judicial) deve se dar na mesma proporção tanto para o reclamante quanto para o reclamado, exigindo novamente que estejam igualmente representados perante o juízo. Para melhor esclarecer, é interessante citar as palavras de Bernardo Gonçalves Fernandes:

---

[5] 1127 DF , Relator: PAULO BROSSARD, Data de Julgamento: 05/10/1994, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 29-06-2001 PP-00032 EMENT VOL-02037-02 PP-00265

[6] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

> o contraditório não pode mais ser compreendido como o direito a ser ouvido pelo juiz ou direito à bilateralidade da audiência, como querem as teorias tradicionais. (...) Hoje o contraditório é entendido como simétrica paridade das partes na preparação do provimento. (2010. p. 229-330).

Por fim, o princípio da ampla defesa é a garantia, aos litigantes, de todos os meios de direito admitidos para que o cidadão prove ou refute os fatos alegados. Em resumo, seria o direito de argumentação dos litigantes. Para a efetividade da defesa, nada mais natural que a exigência de fundamentação técnica (e para isso, o profissional habilitado pela Ordem dos Advogados do Brasil), como ocorre no processo penal. Na referida matéria, a defesa que não cumpre o requisito acima pode gerar a nulidade da sentença, conforme Súmula n° 523/69 do STF: "No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu". (BRASIL,1969).

Diante do exposto, classificado está o *jus postulandi* como prejudicial à parte que dele se utiliza, "isso porque o processo trabalhista não atinge um dos seus principais objetivos que é devolver ao titular de direito tudo aquilo que tinha antes de ter sofrido uma lesão" (CAIRO, p. 226), frente ao desrespeito aos princípios norteadores do processo e conseqüente disparidade entre as partes, fazendo com que aquela desamparada não tenha a devida influência e voz na sentença, ao postular o seu direito.

3. Constitucionalidade Do *Jus Postulandi.*

Em 1943, foi aprovada a Consolidação das Leis do Trabalho, que, no artigo 791, autoriza os empregados e empregadores a reclamarem pessoalmente perante a Justiça do Trabalho, e acompanharem as suas reclamações até o final. O dispositivo, pois, concede capacidade postulatória às partes, independente do valor atribuído à causa e (pasmem!) seja qual for a instância – essa última parte restringida pela súmula n° 425 do TST, da qual trataremos mais a frente.

Em 1988, promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, que dispõe expressamente da indispensabilidade do advogado à administração da justiça, no artigo 133; considerou-se o dispositivo acima debatido (CLT. Art. 791) recepcionado pela Carta Magna.

Em 1994, foi a vez da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), através do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados – OAB, alegar a indispensabilidade do advogado. Importante traduzir o inciso I do artigo primeiro: "são atividades

privativas de advocacia: I – a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais."

Seguindo a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (1942), o disposto na CLT (Decreto - lei 5.452, de 1° de maio de 1943) deveria ser revogado, já que a lei posterior (Lei 8.906, de 4 de julho de 1994) foi com ele incompatível[7]. Para a surpresa de muitos, entretanto, o STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) de n° 1.127-8, declarou a inconstitucionalidade da expressão "qualquer", presente no inciso I do artigo 1° da Lei 8.906/1994, mantendo, por tabela, a vigência do instituto aqui estudado.

Sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade citada logo acima e uma segunda que trata do mesmo tema, segue alusão mais detalhada:

3.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 1.127-8.

A ADIn em tela aduz a suspensão de eficácia de vários dispositivos da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994, inclusive do artigo 1°, inciso I. Quanto à manifestação da Requerente (Associação dos Magistrados Brasileiros) sobre este último, vale transcrever partes do Relatório do Ministro Paulo Brossard:

> (O art. 1°, I, lei 8906/94) cria um pressuposto processual incompatível com a singeleza que as normas quiseram emprestar aos juizados especiais e à justiça de paz, cujas atividades são voltadas para as causas regidas pelos princípios da simplicidade, informalidade, da oralidade, da cerelidade, permitindo a pronta tutela de interesses de pouca expressão. (DISTRITO FEDERAL, fl. 269)
> A presença de juízes leigos e conciliadores não necessariamente bacharéis, nesses juizados especiais e na justiça de paz faz com que a presença obrigatória do advogado se torne incompatível com aqueles, que são desprovidos de conhecimentos técnicos para apreender a postulação. (DISTRITO FEDERAL. fl. 269)
> Essas considerações, entende a requerente, rompendo com a tradição vitoriosa, **alcançam também a necessidade de representação do reclamante perante a justiça do trabalho** de primeira instância, esses também compostos por maioria de juízes classistas e leigos". (g.n.). (DISTRITO FEDERAL. fls. 269-270)

A Requerente então compara os, agora inexistentes, juízes classistas e leigos[8] da Justiça do Trabalho com os conciliadores não necessariamente bacharéis para justificar a extensão de suas considerações até esta justiça, o que demonstra, no mínino, descaso com a formação destes juízes. Vale dizer, não se pretende menosprezar os conciliadores,

---

[7] Art. 2°, § 1° A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

[8] Este tipo de juiz não é mais admitido no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido extinguido pela Emenda Constitucional n° 24, de 9 de dezembro de 1999.

mas deixar claro que, se necessário formação em direito, o grau de complexidade das causas trabalhistas certamente é maior.

Compartilha da opinião da Requerente o Ministro Relator, que escreve passagem extremamente bela ao comparar a atermação com a impetração do *habeas corpus:*

> O STF recebe dezenas e centenas de HC impetrados pelos próprios pacientes e os processa e julga com o mesmo desvelo com que o faz em relação àqueles que trazem o prestígio da assinatura dos mais eminentes advogados. É um encargo oneroso, pois não é incomum que as turmas, durante uma sessão inteira, se ocupem a julgar exclusivamente HC. Mas talvez seja sua atribuição mais bela. Nenhuma Corte Suprema tem essa incumbência, graças a qual o mais miserável dos condenados, recolhido a uma prisão no fundo do Brasil, pode erguer sua voz até o STF. (...). Também na Justiça do Trabalho se dá algo semelhante. Com ela nasceu o direito do empregado formular pessoalmente sua reclamatória; registrada por funcionário em uma folha de papel, tem início o processo;... (DISTRITO FEDERAL, fls. 283-284)

Apesar de linda e tocante a mensagem, o Ministro, assim como a Requerente, analisa a Justiça do Trabalho pela sua 'simplicidade'. Diferentes, as reclamações trabalhistas envolvem pedidos complexos, que exigem "conhecimento técnico tanto para formulá-los quanto para refutá-los, o que jamais poderia ser feito por leigos." (CAIRO JR, p. 227). Além disso, jamais se poderá sobrepor os princípios da celeridade e informalidade processual frente ao contraditório, ampla defesa e igualdade. Deve-se sim conciliar a aplicação de todos eles, mas nunca desconsiderar os últimos.

3.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 3.168-6.

O Requerente - Conselho Federal da Ordem dos advogados do Brasil – suscitou, na ADIn n° 3.168-6, publicada em 03 de agosto de 2007, a inconstitucionalidade do artigo 10 da Lei 10.259/2001, que prevê a faculdade pelas partes de designar ou não advogado nos Juizados Especiais Federais.

O Requerente alega a inconformidade do dispositivo legal suscitado com o artigo 133 da CR/88, já comentado. Faz menção à violação de princípios também já explanados (devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da isonomia), partindo do mesmo pressuposto do presente artigo.

O Ministro Relator – Joaquim Barbosa – lembra que a Corte já havia discutido a matéria (imprescindibilidade do advogado) em outras oportunidades e confirma, acompanhado pela maioria dos votos, o entendimento firmado outrora: "a imprescindibilidade (do causídico) é relativa, podendo ser afastada pelo legislador ordinário".(DISTRITO FEDERAL, fl. 381).

Curioso, porém, é que o entendimento acima não abrange os processos de natureza criminal, para os quais a assistência compulsória de profissional da advocacia é absoluta, conforme trecho da ementa:

> Já quanto aos processos de natureza criminal, em homenagem ao princípio da ampla defesa, é imperativo que o réu compareça ao processo, devidamente acompanhado de profissional habilitado a oferecer-lhe defesa técnica de qualidade, ou seja, de advogado devidamente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil ou defensor público. Aplicação subsidiária do art. 68, III, da Lei 9099/1995. (DISTRITO FEDERAL, 2007).

A partir do posicionamento consolidado, pergunta-se se teria o STF entendido que a Justiça do Trabalho é um "Poder Judiciário de segunda classe". Não se pode negar, é claro, que o direito penal trate de bem precioso: a liberdade. Mas deve ser considerada também a natureza do direito defendido pelo reclamante trabalhista: direito de caráter alimentício. Ao que parece, não houve essa preocupação.

4. Súmula 425 Do Tribunal Superior Do Trabalho.

Como dito em capítulo anterior, o artigo 791 da CLT não impõe qualquer limitação ao *jus postulandi* quanto à instância ou ao valor da causa. Em 2010, contudo, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) editou a Súmula n° 425/10 "limitando a capacidade postulatória das partes às instâncias ordinárias e aos procedimentos previstos na CLT". (CAIRO JR, 2012, p.228)

> ***JUS POSTULANDI* NA JUSTIÇA DO TRABALHO. ALCANCE. Res. 165/2010, DEJT divulgado em 30.04.2010 e 03 e 04.05.2010**
> O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho. (BRASIL, 2010).

Decidiu, assim, o órgão máximo do judiciário trabalhista pela manutenção do *jus postulandi*, limitando-o às varas do trabalho e aos tribunais regionais do trabalho. Cabe aqui crítica ao enunciado, o qual argumenta que existem matérias complexas, como as de sua competência; e matérias simples, como as de competência dos órgãos inferiores. Por outro lado, deve-se reconhecer grande passo dado nessa seara que permanecia intacta desde 1943.

5. Assistência Jurídica Assegurada Pelo Estado.

Até então, o trabalho criticou o ajuizamento da ação feita a termo, mas sem esclarecer qual seria a opção daqueles que não possuem proventos econômicos suficientes para arcar com o defensor particular. A Constituição da República

Federativa do Brasil assegura a todos e gratuitamente, em seu artigo. 5°, inciso XXXIV, a prestação da assistência jurídica: "são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder."

A assistência jurídica no âmbito da Justiça do Trabalho cabe à Defensoria Pública da União, conforme dispõe a Lei complementar n° 80, de 12 de janeiro de 1994:

> Art. 14. A Defensoria Pública da União atuará nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, junto às Justiças Federal, do Trabalho, Eleitoral, Militar, Tribunais Superiores e instâncias administrativas da União.
> § 1º A Defensoria Pública da União deverá firmar convênios com as Defensorias Públicas dos Estados e do Distrito Federal, para que estas, em seu nome, atuem junto aos órgãos de primeiro e segundo graus de jurisdição referidos no *caput*, no desempenho das funções que lhe são cometidas por esta Lei Complementar. (BRASIL, 1994).

Apesar de já existir o órgão designado para a assistência judiciária gratuita junto à Justiça do Trabalho, o cidadão continua sem o devido amparo, uma vez que a quantidade de Defensorias Públicas da União é escassa e nem todas elas incluem atribuições trabalhistas em sua atuação. No país inteiro, há 58 DPUs, sendo que três delas não atuam na área. Isto é, o Brasil conta com 5.570 cidades e somente 58 defensorias.

A fim de amenizar a discrepância entre os municípios e as Defensorias da União, o parágrafo primeiro do artigo acima citado estabelece a firmação de contrato entre as Defensorias Públicas da União e dos Estados, para que estas últimas atuem em nome das anteriores. Tentativa em vão, já que também a Defensoria do Estado não alcança a sociedade como um todo. Os estados de Goiás e Santa Catarina não contam com nenhum defensor público estadual, para se ter idéia. Segundo reportagem do Fantástico, publicada em 17 de março de 2013, "Das 2.680 comarcas brasileiras, apenas 754, o equivalente a 28% do total, contam com pelo menos um defensor público" (estadual).

Como se vê, a assistência jurídica devida pelo Estado, a qual poderia evitar o *jus postulandi*, é bastante precária, deixando muitos órfãos. Dessa forma, os trabalhadores reclamantes, na sua maioria desempregados, têm negado um dos principais direitos fundamentais – o da igualdade -, haja vista que, a Justiça do Trabalho, tal qual "o canto da sereia", encanta a possibilidade de ajuizar e seguir o trâmite de um processo sem a presença de advogado. Enganado pela aparente economia, bem como por ter sua petição inicial elaborada pela própria Justiça do Trabalho, cai na 'armadilha' do *jus postulandi,* agravado por sua ignorância de não saber o mal que vai ter com a ausência

do profissional do direito. Profissional este que, certamente, garantiria o amplo direito de defesa de seus interesses, mas não lhe é assegurado pelo Estado.

6. Conclusão.

Considerando o que foi desenvolvido, conclui-se pela necessidade imediata de por fim ao *jus postulandi*, visto o prejuízo que causa à parte desacompanhada de advogado. A situação deixa em desigualdade as partes processuais, gerando contrariedade à Constituição Federal.

Ciente de que o STF julgou, mais de uma vez, constitucional a imprescindibilidade do advogado na Justiça do Trabalho, não se espera que o *jus postulandi* seja extinto pela sua inconstitucionalidade – pelo menos não por agora. Nesse sentido, propõe-se a conscientização da sociedade sobre seu direito de assistência jurídica integral e gratuita pelo Estado por meio da Defensoria Pública, de modo que constituam seus procuradores os defensores públicos e tenham o pleno acesso ao Judiciário, mormente face à atual complexidade técnica crescente.

Ainda em relação à Defensoria Pública, a simples conscientização da coletividade não é suficiente, dada a precariedade do órgão, no que tange a sua desproporção entre a quantidade de desprovidos da assistência judiciária e quantidade de defensores no país. Logo, oportuno também um apelo ao Estado, para que preencha os municípios ainda faltantes de defensorias.

Medida ainda mais viável seria a criação de defensorias públicas especializadas em Direito do Trabalho, evitando a burocracia dos contratos entre as Defensorias da União e dos Estados, nem sempre existentes. Claro que a sugestão de criar essas defensorias vem com a esperança de que o Estado seja eficiente em tão logo prover o órgão a todas as comarcas, tornando eficiente o seu trabalho.

Bibliografia.

AMÂNCIO, Paulo Henrique Simões. Acesso à justiça e jurisdições. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/20710/acesso-a-justica-e-jurisdicao>. Acesso em: 08 mar.2013.

BRASIL, Lei de introdução às normas do direito brasileiro (1942). Lei de introdução às normas do direito brasileiro, In: vade mecum universitário RT. 3 ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. Consolidação das leis do trabalho (1943). Consolidação das leis do trabalho, In: mini códigos. 13 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012.

BRASIL. Lei complementar n° 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm>. Acesso em: 8 mar.2013.
BRASIL. Lei n° 1060, de 5 de fevereiro de 1950.

Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060compilada.htm>. Acesso em: 8 mar. 2013.

BRASIL, Lei n° 8.906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm> . Acesso em 06 mar.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n° 523, de 3 de dezembro de 1969. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=523.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 30 ago.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno – ADI 1127 – Rel. Min. Paulo Brossard - DJ 29-06-2001

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno – ADI 1539 – Rel. Min. Mauricio Corrêa - DJ 15-12-2003

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - Tribunal Pleno – ADI 3168 – Rel. Min. Joaquim Barbosa - DJ 07-06-2006

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n° 425. O jus postulandi das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: < http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_425.htm>. Acesso em 7 mar. 2013.

CAIRO JR., José. Curso de Direito Processual do Trabalho. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. Lições de direito processual civil. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 1 v.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 18 ed. SP: Saraiva, 2011.
CARRION, Valentin. Comentários à consolidação das leis do trabalho. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CASTRO, Juliana. Com 5 novos municípios, Brasil agora tem 5.570 cidades. Disponível em: < http://oglobo.globo.com/pais/com-5-novos-municipios-brasil-agora-tem-5570-cidades-7235803>. Acesso em; 12 mar.2013.
CHAMON JR, Lucio Antônio. Teoria da Argumentação jurídica, 2 ed. RJ: Lumen Juris, 2009.

CORREIA, Elisson Miessa dos Santos. Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST: Comentadas e organizadas por assunto. 2 ed. Salvador: JusPodivm.
DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 14 ed. Salvador: Jus Podivm, 2012. 1 v.
EM 72% das comarcas do Brasil não há defensores públicos. Disponível em: http://oglobo.globo.com/pais/em-72-das-comarcas-do-brasil-nao-ha-defensores-publicos-7820069.

Emenda Constitucional n° 24, de 9 de dezembro de 1999. Altera dispositivos da Constituição Federal pertinentes à representação classistas na justiça do trabalho. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc24.htm>. Acesso em 07 mar.2013

FERNANDES. Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito Processual do Trabalho. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOURA, Fernando Galvão. O jus postulandi na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional nº 45/2004. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/19177/o-jus-postulandi-na-justica-do-trabalho-apos-a-emenda-constitucional-no-45-2004>. Acesso em: 8 mar.2013.

OLIVEIRA, Francisco Antonio. Manual de audiências trabalhistas. 6 ed. São Paulo: LTr, 2008

RUFFINI, Vívian Kanan. Os honorários na justiça do trabalho. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/9475/os-honorarios-na-justica-do-trabalho>. Acesso em: 08 mar. 2013.

TEIXEIRA FILHO, João Lima. Instituições do direito do trabalho. 22 ed. São Paulo: LTr, 2005. 2 v.
http://www.dpu.gov.br/

O MERCADO DE TRABALHO DA MULHER E AS AÇÕES AFIRMATIVAS ATRIBUINDO-LHES TRATAMENTO ESPECIAL

WOMEN'S LABOUR MARKET AND THE AFFIRMATIVE ACTIONS ASSIGNING SPECIAL TREATMENT TO THEM

Mirella Karen de Carvalho Bifano Muniz[1]

Resumo: O presente artigo pretende analisar o atual mercado de trabalho da mulher, bem como a discussão sobre a existência de ações afirmativas visando sua proteção, e se esse tipo de ação poderia gerar alguma forma de discriminação contra seu trabalho ou sua contratação.
Palavras-chave: trabalho da mulher – mercado de trabalho – ações afirmativas – discriminação.

Abstract: This article intends to analyze the current women's labour market as well as the discussion about the existence of affirmative actions intending their protection, and if this sort of action could somehow provoke some sort of discrimination against their work or their admittance.
Key-words: woman's work – labour market – affirmative actions – discrimination.

1- Introdução.

As desigualdades vividas no cotidiano da sociedade, no que se refere às relações de gênero, não se definiram a partir do econômico, mas, especialmente a partir do cultural e do social, formando daí as "representações sociais" sobre as funções da mulher e do homem dentro dos variados espaços de convivência, ou seja: na família, na escola, na igreja, na prática desportiva, nos movimentos sociais, enfim, na vida em sociedade.

Nos últimos cinqüenta anos um dos fatos mais marcantes ocorridos na sociedade brasileira foi a inserção crescente das mulheres na força de trabalho. Este contínuo crescimento da participação feminina é explicado por uma combinação de fatores econômicos e culturais. Primeiro, o avanço da industrialização transformou a estrutura produtiva, a continuidade do processo de urbanização, proporcionando um aumento das possibilidades das mulheres encontrarem postos de trabalho na sociedade. Segundo, a rebelião feminina do final dos anos 60, nos Estados Unidos e Europa, chegou como uma

[1] Mestre em Direito do Trabalho. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Professora do Centro Universitário Newton Paiva, da Faculdade de Direito de Pedro Leopoldo, da Pós-Graduação do Pitágoras e do IEC-PUC Minas. Analista Judiciária do TRT/MG.

onda nas nossas terras, em plenos anos de chumbo; apesar disso, produziu o ressurgimento do movimento feminista nacional fazendo crescer a visibilidade política das mulheres na sociedade brasileira.

Não há dúvida de que as mulheres representam hoje no Brasil uma parcela significativa do mercado de trabalho.

Segundo Elisiana Probst[2], o mundo anda apostando em valores femininos, como a capacidade de trabalho em equipe contra o antigo individualismo, a persuasão em oposição ao autoritarismo, a cooperação no lugar da competição.

As mulheres ocupam postos nos tribunais superiores, nos ministérios, no topo de grandes empresas, em organizações de pesquisa de tecnologia de ponta. Pilotam jatos, comandam tropas, perfuram poços de petróleo.

É importante, no entanto, ressaltarmos que a inserção da mulher no mundo do trabalho vem sendo acompanhada, ao longo desses anos, por elevado grau de discriminação, não só no que tange à qualidade das ocupações que têm sido criadas tanto no setor formal como no informal do mercado de trabalho, mas principalmente no que se refere à desigualdade salarial entre homens e mulheres.

2- O mercado de trabalho feminino.

A história da mulher no mercado de trabalho, no Brasil, está sendo escrita com base, fundamentalmente, em dois quesitos: a queda da taxa de fecundidade e o aumento no nível de instrução da população feminina. Estes fatores vêm acompanhando, passo a passo, a crescente inserção da mulher no mercado e a elevação de sua renda. A analista do Departamento de Rendimento do IBGE, Vandeli Guerra, defende que a velocidade com que isto se dá não é o mais relevante. O que estamos constatando é uma quebra de tabus em segmentos que não empregavam mulheres. Nas Forças Armadas, por exemplo, elas estão ingressando pelo oficialato.

Para consolidar sua posição no mercado, a mulher tem cada vez mais adiado projetos pessoais, como a maternidade. A redução no número de filhos é um dos fatores que tem contribuído para facilitar a presença da mão-de-obra feminina, embora isto não seja visto pelos técnicos do IBGE como uma das causas da maior participação da mulher no mercado.

---

[2] PROBST, Elisiana Renata. *A evolução da mulher no mercado de trabalho*. In: http://www.icpg.com.br/artigos/rev02-05.pdf. Acesso em 09/09/2012.

Na primeira metade desta década, a incorporação de mulheres à força de trabalho das áreas metropolitanas cresceu intensamente e em ritmo superior ao observado para o contingente masculino. O avanço efetuado pelas brasileiras a passos firmes em direção ao mundo do trabalho fica expresso, principalmente, na elevação das taxas de participação femininas do Distrito Federal e das Regiões Metropolitanas de Belo Horizonte, São Paulo e Salvador, onde passaram de 55,2%, 48,1%, 53,1% e 52,0% de suas respectivas populações femininas com idade igual ou superior a 10 anos, em 1999, para os atuais 59,4%, 53,3%, 54,3% e 55,4%, respectivamente[3].Entre 1999 e 2006, ocorreu importante e generalizada queda do desemprego, que, sem dúvida, revela melhora nas condições de inserção ocupacional das mulheres.

A busca feminina por uma inserção produtiva, porém, continuou sendo marcada pela desigualdade de oportunidades ocupacionais relativamente à enfrentada pela população masculina. A taxa de desemprego tem atingido mais fortemente às mulheres.

Em relação à remuneração percebida, é comum afirmar-se que as trabalhadoras recebem menos do que os homens porque se inserem profissionalmente em ocupações de menor qualificação, produtividade e prestígio social. Estas reflexões são verdadeiras, porém permanecerão incompletas se a elas não se agregar a evidência de que os chamados guetos ocupacionais femininos resultam de uma construção cultural, que designa o lugar das mulheres no mundo produtivo.

A inserção setorial das mulheres remete à dinâmica ocupacional do segmento dos serviços, no qual se encontram os subsetores de saúde e educação, além dos serviços pessoais, como cabeleireiras, manicures, mas o contingente feminino mais importante está concentrado no serviço doméstico remunerado, primeira ocupação das mulheres brasileiras. Embora fundamentais para a organização social e, portanto, garantidores dos processos de transformação produtiva e de circulação da riqueza, os segmentos que mais absorvem força de trabalho feminina são os mais desvalorizados no mercado de trabalho e os que tendem a propiciar remunerações mínimas reguladas pelo poder estatal.

Quando se busca retratar as relações existentes entre o padrão de remuneração das mulheres e o salário mínimo nacional, o emprego doméstico se destaca, uma vez que, as remunerações do segmento, em geral, beiram o mínimo constitucional.

---

[3] SÃO PAULO. *Departamento Intersindical de estatísticas e estudos socioeconômicos*. As mulheres e o salário mínimo nos mercados de trabalho metropolitanos. Disponível em: HTTP://www.dieese.org.br. Acesso em 20 ago. 2012.

O exame das formas de inserção no mercado de trabalho demonstra que a maior parte das mulheres, assim como o conjunto dos ocupados, tem contratação assalariada e de acordo com padrões previstos na legislação brasileira.

> Entre as mulheres ocupadas que receberam menos de um salário mínimo em 2006, a maioria se concentra em inserções como diarista no emprego doméstico, como trabalhadora por conta própria e assalariadas contratadas à margem da modalidade padrão[4].

Uma conclusão corrente é a de que o cidadão ou a cidadã com maior nível de escolaridade tem mais oportunidade de incluir-se no mercado de trabalho. Além da inclusão no mercado, constata-se uma significativa melhora entre as diferenças salariais.

As mulheres concentram-se em ocupações fundamentais para a organização social que, no entanto, são pouco valorizadas e têm seu padrão de remuneração regulado pelo poder estatal. Tal situação fez com que as mulheres fossem relativamente mais beneficiadas com a política de valorização do salário mínimo, o que, por sua vez, explica a melhor sustentação das remunerações femininas diante do ajuste de renda empreendido no âmbito do mercado de trabalho nos últimos anos.

Entre as mulheres que recebem as menores remunerações, destaca-se a necessidade de sobrevivência e a escassez de alternativas, denunciadas pelo perfil etário mais elevado, pelas grandes responsabilidades familiares enfrentadas pelas chefes e cônjuges que contribuem com o orçamento doméstico e pelo estigma da baixa escolarização.

É clara a importância da valorização do salário mínimo na promoção de melhores condições de vida das brasileiras e, conseqüentemente, para uma sociedade mais justa, almejada por todos os trabalhadores.

3- Negociação Coletiva.

Um dos espaços mais importantes para a conquista de garantias ao trabalho da mulher, sem discriminação de gênero, é a negociação coletiva de trabalho. É preciso aumentar a negociação de garantias relativas à equidade de gênero.

De acordo com Ana Francisca Sanden[5], é preciso investir na negociação coletiva para assegurar melhores condições de trabalho para todos e criar mecanismos para

---

[4] SÃO PAULO. *Departamento Intersindical de estatísticas e estudos socioeconômicos*. As mulheres e o salário mínimo nos mercados de trabalho metropolitanos. Disponível em: HTTP://www.dieese.org.br. Acesso em 20 ago. 2012.

[5] SANDEN, *Ana Francisca Moreira de Souza. A mulher e o mercado de trabalho no Brasil globalizado.* In: http://www.universia.com.br/materia/materia.jsp?id=8458. Acesso em 09/09/2012.

impedir a discriminação. Para isso, é de suma importância que as mulheres conheçam seus direitos, estejam presentes e atuantes nas organizações sindicais e se preparem para participar na negociação coletiva, desde os locais de trabalho até as mesas de negociação, não somente entre trabalhadores e empresários, mas também nos espaços institucionais para discussão das políticas públicas.

A negociação coletiva pode ser um meio de agir diretamente para melhoria das condições de trabalho e remuneração das mulheres. Pesquisa realizada pelo DIEESE no período de 1993 a 1995 identificou seis grupos de cláusulas negociadas, que teriam relação direta ou indireta com a questão da equidade de gênero: 1- garantias relativas à gestação; 2- à maternidade/paternidade; 3- às condições de trabalho; 4-ao exercício do trabalho; 5- à saúde; 6- à eqüidade de gênero. Constatou-se ainda que as condições de trabalho são tratadas de forma pontual e foram negociadas por poucas categorias. As cláusulas relativas à eqüidade de gênero repetem os textos legais e não definem formas de controle ou punição para as ações discriminatórias. Parece que algumas questões atinentes a formas positivas de ação para reversão das desigualdades já constam de pautas de reivindicação, embora ainda não tenham sido objeto de acordo.

É preciso que a negociação coletiva cubra a questão da igualdade de gênero prioritariamente (o que ainda não ocorre no nosso país), incluindo-a entre os temas da pauta de discussão. A negociação coletiva pode contribuir significativamente, principalmente quanto à implementação de ações afirmativas, definindo formas de controle e punição para as ações discriminatórias ao trabalho feminino. A negociação coletiva é uma forma de ação direta para a melhoria das condições de trabalho e remuneração da mulher. A negociação coletiva articulada favoreceria o tratamento da questão de gênero, permitindo explorar as várias possibilidades e os interesses em jogo, colocando-se em relação com as estratégias empresariais de concorrência e contemplando as peculiaridades de cada empresa e setor.

4. Ações Afirmativas Atribuindo Tratamento Especial Às Mulheres.

A regra do inciso I do art. 5º da Carta Constitucional do Brasil de 1988 consagra com uma clareza solar o princípio da igualdade - reproduzido em praticamente todas as constituições editadas após a Revolução Francesa: "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos desta Constituição". Essa garantia encontra reforço no

inciso XXX do seu art. 7º, que proíbe qualquer discriminação fundada em motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Apesar de decantada a igualdade formal, o próprio texto da Lei Maior prevê normas que concedem tratamento diferenciado entre homens e mulheres. É outorgada proteção ao mercado de trabalho feminino, mediante incentivos específicos (inciso XX, art. 7º), bem como lhe é assegurada a aposentadoria com 60 anos, enquanto que, para os homens, a idade limite é de 65 (art. 202). Essas distinções não se prendem, à toda evidência, a diferenças fisiológicas, mas são decorrência de um elemento cultural, pois, em face das responsabilidades familiares, as mulheres prestam dupla jornada de trabalho. Assume a esposa a integralidade das tarefas domésticas e a mãe o cuidado com os filhos, a exigir-lhe um maior esforço, levando-a a um precoce envelhecimento.

A aparente incompatibilidade entre essas normas jurídicas solve-se ao se constatar que a igualdade formal - igualdade de todos perante a lei - não conflita com o princípio da igualdade material, que é o direito à equiparação através da redução das diferenças sociais. Nítida a intenção do legislador em consagrar a máxima aristotélica de que o princípio da igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que eles se desigualam.

Os fundamentos apontados pela doutrina para justificar a intervenção do Estado na defesa da mulher trabalhadora são:

a) Fundamento fisiológico: a mulher não é dotada da mesma resistência física do homem e sua constituição é mais frágil, de modo a exigir do direito uma atitude diferente e mais compatível com o seu estado.

b) Fundamento Social: interessa à sociedade a defesa da família, daí por que o trabalho da mulher deve ser especialmente protegido, de tal modo que a maternidade e as solicitações dela decorrentes sejam devidamente conciliadas com as ocupações profissionais.

Leciona o professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz[6]:

> As ações afirmativas podem ser entendidas como medidas públicas e privadas, coercitivas ou voluntárias, implementadas na promoção/integração de indivíduos e grupos sociais tradicionalmente discriminados em função de

[6] SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *O direito à diferença:* as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência, 2005, p.143.

> sua origem, raça, sexo, opção sexual, idade, religião, patogenia física, psicológica, etc.

Consistindo em medidas que buscam eliminar desequilíbrios entre categorias sociais, as ações afirmativas realizam-se por meio de providências em favor daquelas que se encontram em nítida posição de desvantagem. Constituem, pois, mecanismo de combate às práticas discriminatórias que, em trazendo prejuízos a determinados segmentos da sociedade, ofendem os ideais igualitários do Estado Democrático de Direito.

As ações afirmativas surgiram nos Estados Unidos da América, tendo sido o presidente John Kennedy o primeiro a mencioná-las em texto oficial, quando, em 1961, propôs medidas que tinham por objetivo ampliar a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho. Observando que as mais importantes empreiteiras norte-americanas contratavam um reduzido número de empregados negros, Kennedy assinou a norma executiva 10.925, donde se extraía a referência pioneira à expressão affirmative action. Esta norma instruía as empresas a adotarem a ação afirmativa para evitar as discriminações por raça, cor, religião, sexo e nacionalidade quando da seleção de sua mão-de-obra ou sobre aqueles já pertencentes a seus quadros de trabalhadores.

As ações afirmativas recomendadas são programas adotados tanto no setor público como no setor privado, atribuindo um tratamento especial às mulheres, temporariamente, até que haja um equilíbrio entre os sexos no mercado de trabalho, tornando-o mais homogêneo. Sua função consiste, portanto, em promover a igualdade de oportunidades, transformando a função estática do princípio igualitário inserido na lei em uma função ativa, com a utilização de meios capazes de alterar as regras do "jogo no mercado de trabalho".

As ações afirmativas já não visam ao reconhecimento da igualdade de tratamento, mas aos meios necessários para torná-la efetiva.

O progresso a respeito dessa temática não é significativo, mesmo porque os planos são pouco divulgados e não estão bem inseridos nos sistemas jurídicos que os consagram.

As ações afirmativas congregam medidas que implicam supressão das desigualdades de fato, capazes de restringir as oportunidades de formação profissional das mulheres, com reflexos nas suas condições de trabalho.

Para que as ações afirmativas não traduzam mera declaração enfática do princípio da igualdade, é imprescindível que haja vontade política e se implantem programas de ação positiva, que aceleram a participação de mulheres nos órgãos

responsáveis pela elaboração e fiscalização das leis sobre condições de trabalho. É importante que se exerçam pressões sobre o legislativo, o qual, por sua vez, também sofre as influências dos estereótipos socioculturais que devem ser combatidos.

No Brasil, as ações afirmativas têm guarida no texto constitucional vigente, conforme se depreende do artigo 3º, inciso IV:

> Art. 3º – Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
> IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Entretanto, observa-se uma falta de sintonia entre o texto normativo e a realidade. As ações afirmativas, que ainda não são prioridade em favor das minorias, também não o são quando o assunto é a mulher. Neste cenário, são apenas quatro as iniciativas públicas merecedoras de destaque, segundo o professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz.[7]

"A primeira delas é o projeto de lei estadual 26/95 com a finalidade de instituir o "Sistema Estadual de Habilitação de Interesse Social" no Estado do Rio Grande do Sul. O inciso I de seu artigo 2º, referente a prioridades para mulheres "chefes de família" em determinados programas habitacionais, foi lamentavelmente vetado pelo então governador Antônio Britto.

A segunda é a Lei 9.504/97, que estabelece normas gerais para as eleições. O parágrafo 3º de seu artigo 107 dispõe que cada partido ou coligação deverá reservar um mínimo de 30% (trinta por cento) e um máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo. A imposição de quotas em matéria eleitoral constitui-se num esforço de melhorar a participação feminina nos Parlamentos em todos os níveis da Federação.

Ocorrida em novembro de 2000 por ato do presidente Fernando Henrique Cardoso e como terceiro exemplo, cite-se a indicação de Ellen Gracie Northfleet, primeira mulher empossada ministra do Supremo Tribunal Federal."

O quarto exemplo diz respeito à segunda mulher empossada ministra do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia Antunes Rocha, durante o mandato do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em 2006.

---

[7] SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *O direito à diferença:* as ações afirmativas como mecanismo deinclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência, 2005.

O Estado pode impor, pela via da intervenção legislativa no setor público, a obrigação de se elaborarem e de se aplicarem programas de ação positiva no setor privado, subvencionando-os, arcando total ou parcialmente com os gastos extras que advenham da contratação ou transferência de mulheres para funções tradicionalmente ocupadas por homens, como ocorre na Suécia e na França. Esses programas versam sobre alteração das mentalidades, distribuição mais justa das responsabilidades familiares, condições de trabalho (horários flexíveis, licenças para o pai ou para a mãe) e formação profissional, entre outros.

A Lei n. 9.799/99, ao rever a redação do art. 373 da CLT, admite, no parágrafo único, a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular às que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher. Ora, essas medidas temporárias nada mais são do que ações afirmativas. Trataremos dessa lei mais detalhadamente em outro tópico.

Ao Direito compete, sem dúvida, ampliar os horizontes das oportunidades e contribuir para conscientizar a opinião pública, favorecendo a igualdade, mas torná-la efetiva depende não só dos interessados, como também da vontade política dos países, que, de início, devem remover os obstáculos traduzidos pelas práticas sociais que impedem a concretização desse princípio. Vale ressaltar, ainda, que os tribunais não estão em condições de assegurar à vítima do tratamento desigual o exercício efetivo de seu direito. É que as sanções previstas para as transgressões não constituem um remédio satisfatório, pois sujeitam-se aos mecanismos jurídicos tradicionais (multas de valor ínfimo e compensações pecuniárias de valor insignificante), ao invés de sanções reais e apropriadas, como o direito à reintegração no emprego ou a uma compensação pecuniária equivalente, com “autêntica força dissuasiva”.

5. Acesso Ao Mercado De Trabalho Da Mulher.

A Lei n. 9.799/99, acrescentou à CLT o art. 373-A, visando corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho. Por meio desta norma vedou-se:

> **a)** anúncio de emprego em que se faça discriminação quanto ao sexo, idade, cor ou situação financeira (inciso I, art. 373-A). Ressalva aos casos em que a atividade a ser exercida, pública e notoriamente, exigir a diferenciação;
> **b)** recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho pelas 'mesmas razões retro (sexo, idade, cor ou situação financeira), salvo quando a natureza da atividade for pública e notoriamente incompatível (inciso II);
> **c)** para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional, considerar o sexo, a idade, a cor ou a situação familiar como variável determinante (inciso III). É de se notar que o dispositivo fala

em remuneração, de modo que estão compreendidos na vedação tanto o salário quanto as gorjetas, na forma do art. 457 da CLT;
d) exigir atestado ou exame para comprovação de esterilidade ou gravidez, seja para admissão seja para permanência no emprego (inciso IV). O inciso I do art. 2° da Lei 9.029/1995, é mais abrangente que o dispositivo da CLT, já que além de atestado e exame, fala em qualquer procedimento relativo a esterilização ou estado de gravidez. Além do mais, ao contrário da CLT, a lei em comento estabelece pena aos transgressores, que vai desde detenção de 1 ano a 2 e multa, passando por multa administrativa até proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais. Sem falar na obrigatoriedade de readmissão ou pagamento de indenização dobrada, a critério do empregado (art. 4°);
e) impedir o acesso, inscrição ou aprovação em concurso para ingresso em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez (inciso V). Referido dispositivo não se aplica, como se vê de sua literalidade, a concursos públicos, uma vez que poucas empresas privadas usam concurso para a admissão de empregados;
f) realização de revistas íntimas em empregadas ou funcionárias, pelo próprio empregador ou prepostos (inciso VI).

6. Conclusão.

Fazer parte de um grande contingente de trabalhadoras, com escolaridade crescente e experiência de trabalho, não garantiu, até este momento, tratamento igualitário para as mulheres no mercado de trabalho, embora essas condições venham lentamente se modificando. As mulheres ganham menos e estão desempregadas em maior proporção do que os homens. Além disso, continuam sendo majoritárias nas atividades classicamente consideradas femininas nos setores ligados às atividades sociais e esmagadoramente presentes no emprego doméstico. No que se refere às condições em que exercem seu trabalho, as mulheres são também aquelas que apresentam maior vulnerabilidade na sua inserção no mercado de trabalho, ocupando os postos mais precários em maior proporção.

Bibliografia:

BARROS, Alice Monteiro de. A mulher e o direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1995.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2007.

CALIL, Léa Elisa Silingowschi. História do direito do trabalho da mulher: aspectos histórico-sociológicos do início da República ao final deste século. São Paulo: LTr, 2000.

LUZ, France. O trabalho da mulher no direito brasileiro. São Paulo: LTr, 1984.

NEGRI, Antonio. A feminização do trabalho. Folha de São Paulo (Seção: Autores). São Paulo, 1999, p. 1.3.

PIMENTEL, Sílvia. A Mulher e a Constituinte: uma Contribuição ao debate. 2ª Ed. São Paulo: Cortez-EDUC, 1987.

PROBST, Elisiana Renata. A evolução da mulher no mercado de trabalho. In: http://www.icpg.com.br/artigos/rev02-05.pdf. Acesso em 09/09/2008.

ROCHA, Sílvia Regina da. O trabalho da mulher à luz da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SANDEN, Ana Francisca Moreira de Souza. A mulher e o mercado de trabalho no Brasil globalizado. In: http://www.universia.com.br/materia/materia.jsp?id=8458. Acesso em 09/09/2008.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência, 2005.

PADRÕES AMBIENTAIS
(Entre a lei e a técnica)

Environmental Standards.
(betwenn the law and the technique)

Tarcísio Henriques Filho

Resumo: Trabalhamos, neste artigo, com o fato de que todo o acompanhamento adequado e o controle dos níveis de comprometimento dos espaços físicos ou ambientes em que vivemos pressupõe o estabelecimento prévio de critérios de avaliação. Discutimos, a partir desta constatação, a fixação jurídica de tais critérios, já que só através deles podemos formalizar uma avaliação precisa sobre a configuração da qualidade do ambiente e viabiliza o funcionamento do próprio sistema de avaliação desta mesma qualidade, autorizando inferências sobre a própria questão ambiental.
De acordo com a legislação, estes critérios de avaliação são definidos como padrões ambientais, como "*limites quantitativos e qualitativos oficiais, regularmente estabelecidos*", referindo-se, em regra, "*a padrões de emissão de lançamento de poluentes*", que podem ser também chamados de standards. Eles são considerados, pela legislação, "*instrumentos*" da Política Nacional do Meio Ambiente, como define a Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981.
Sustentamos que a fixação rígida de um padrão ambiental não é suficiente para uma adequada proteção do meio ambiente e que só viabilizaremos a efetividade necessária às regras de proteção ao meio ambiente quando a Administração tiver liberdade, diante do caso concreto, de fixar e escolher, motivadamente, os critérios científicos e avaliativos para as interpretar as questões ambientais.

Palavras chaves: meio ambiente, norma ambiental, padrão e controle da qualidade ambiental, estabelecimento legal dos critérios para avaliação das questões ambientais.

Abstract: We work, in this article, with the fact that all the proper monitoring and control of the levels of involvement of physical spaces and environments in which we live requires the prior establishment of evaluation criteria. Discussed, from this finding, fixing legal criteria such as only through them can formalize an accurate assessment on the configuration of the environment and enables the operating system's own assessment of this same quality, allowing inferences about the question itself environment.
According to the law, these evaluation criteria are defined as environmental standards, such as "quantitative and qualitative limits officers regularly established", referring to a rule, "the emission standards for discharges of pollutants" which may also be known standards. They are considered, by law, "instruments" of the National Policy on the Environment, as defined by Law no. 6.938, of August 31, 1981.
We argue that the rigid fixation of an environmental standard is not sufficient for an adequate protection of the environment and that only we will achieve effectiveness required of the rules of protection for the environment when management has freedom

on the concrete case, to fix and choose, with justification, the scientific criteria for evaluation and interpret environmental issues.

Keywords: environment, environmental standard, standard and environmental quality control, legal establishment of criteria for evaluation of environmental issues.

Considerações iniciais.

O acompanhamento adequado e o controle dos níveis de comprometimento dos espaços físicos ou ambientes em que vivemos pressupõe o estabelecimento prévio de critérios de avaliação.

Tais critérios, em linha de princípio, permitem uma avaliação precisa sobre a configuração da qualidade do ambiente e viabiliza o funcionamento do próprio sistema de avaliação desta mesma qualidade, autorizando inferências sobre a própria questão ambiental.

Eles são estabelecidos a partir de procedimentos e rotinas definidos pela própria legislação ambiental.

Estes critérios de avaliação são definidos como padrões ambientais, como "*limites quantitativos e qualitativos oficiais, regularmente estabelecidos*", referindo-se, em regra, "*a padrões de emissão de lançamento de poluentes*"[1], que podem ser também chamados de standards.

Os padrões estabelecidos são considerados, pela legislação, "*instrumentos*" da Política Nacional do Meio Ambiente, como define a Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981.

Esta lei, que serve de substrato para o desenho institucional das ações ambientais, no caput de seu artigo 2.º[2], aponta como objetivo da mencionada política

[1] É assim que se conceitual a termo "padrões" no *Dicionário de direito ambiental* – Terminologia das leis do meio ambiente, Coordenado por KRIEGER, Maria das Graças, ROCHA, João Carlos de Carvalho, et alii, Porto Alegre: Editora da Universidade /UFRGS, pág. 253.

[2] Os incisos deste artigo 2º da Lei 6.938/1981 relacionam os "*princípios*" a que política nacional do meio ambiente deve atender. Tais incisos têm a seguinte redação: "*I - ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo; II - racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar; III - planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais; IV - proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas; V - controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras; VI - incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais; VII - acompanhamento do estado da qualidade ambiental; VIII - recuperação de áreas degradadas; IX - proteção de áreas ameaçadas de degradação; X - educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente*". Para assegurar

pública a "*preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana*", no que pretende dar cumprimento ao mandamento constitucional inserido no artigo 225 da Constituição[3].

Sem tais padrões ou critérios não se poderia, com propriedade, estabelecer ações ambientais, avaliá-las ou mesmo definir a configuração, em dada situação concreta, do dano ambiental, a partir do qual se tornam necessárias a implementação de outras ações públicas para preservação, proteção ou recuperação das áreas atingidas.

Estes padrões ambientais são em regra fixados pelos órgãos ambientais, e essa atribuição é resultado de expressa autorização legal.

Em muitos casos, essa fixação é feita por ato normativo, de forma genérica, na pretendida e justificável intenção de estabelecer previamente os critérios para avaliação da qualidade dos espaços ambientais, com o que se tornariam mais seguras as opções dos agentes ambientais.

---

concretização destes princípios torna-se essencial a definição dos padrões ambientais, e isto não só para o "acompanhamento do estado da qualidade ambiental", como inserido no inciso VII, mas também para avaliação, controle e execução de todos os demais princípios.

[3] Este artigo constitucional tem a seguinte redação: "*Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. § 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei. § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. § 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. § 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais. § 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas*".

O que queremos sustentar, após tratarmos especificadamente de cada padrão ambiental e de uma análise dos critérios utilizados para fixação deles, é a necessária alteração dos procedimentos para suas fixação, defendendo a tese de que eles, em situações específicas, que serão adiante mencionadas, não deveriam ser estabelecidos ou fixados de forma peremptória, prévia ou de modo fechado, como usualmente acontece.

Os padrões ambientais funcionam como critérios para a avaliação ambiental, mas são, em muitas das situações concretas, insuficientes, ultrapassados ou mesmo fixados de forma arbitrária ou aleatória, o que termina por impedir uma precisa avaliação da qualidade ambiental e impede a implementação das ações ambientais necessárias à proteção do ambiente.

Não há, de fato, condições científicas seguras ou suficientes para o estabelecimento prévio de todos os critérios necessários à adequada tutela ou proteção dos bens ambientais.

Só isto já justificaria a alteração no procedimento de fixação dos padrões.

O reconhecimento desta limitação dos padrões ambientais, da forma como são estabelecidos pelos órgãos competentes, assim, nos leva ao desenvolvimento da tese acima indicada, no sentido de que se torna importante construir um substrato ou uma rotina jurídica alternativa para a instituição de novos mecanismos ou de procedimentos adequados de fixação destes padrões, de modo a se viabilizar o estabelecimento de ações mais precisas, seguras e eficientes para avaliação da qualidade dos elementos ambientais.

O desenvolvimento tecnológico e a demonstrada insuficiência dos critérios utilizados para a fixação atual destes padrões nos leva à necessidade de alteração do processo de fixação.

O que pretendemos, assim, partindo da adequada compreensão das questões indicadas, e verificadas em que condições concretas os critérios ambientais podem ser fixados diretamente pela lei ou mesmo pelas próprias normas infra-legais ou regulamentares, passando pela avaliação das especificidades da questão ambiental, sustentar, em linhas gerais, a impossibilidade prática da definição prévia e permanente de tais padrões, como usualmente é feito pelas autoridades ambientais.

Com isso, pretendemos sustentar a tese de que os padrões ambientais devem ser estabelecidos para cada ambiente, como é normalmente feito, e também, em casos específicos, podem e devem ser fixados, em face do caso concreto, pela própria autoridade ambiental com atuação sobre tal área, ou seja, com a atribuição legal de

avaliar a qualidade dos elementos ambientais na situação concreta e, com isso, não partir de critérios previamente estabelecidos na lei ou outro ato normativo, mas fixá-los diante das situações fáticas e circunstanciais, de modo a tornar possível uma mais adequada e eficiente proteção aos bens ambientais, mas também compatibilizar essa proteção com o desenvolvimento local, consideradas as especificidades da área posta em questão.

Essa rotina alternativa para estabelecimento dos padrões ambientais, decorre e pressupõe a inevitável necessidade de ampliação dos instrumentos de proteção destes bens ambientais, que, nas questões atuais, são cada vez mais manejados de forma inadequada e, por isto mesmo, defendidos e preservados de modo incompleto e insatisfatório para as "*presentes e futuras gerações*", como pretendeu o constituinte na disposição que inseriu no caput do art. 225 da Constituição e que serve de base e fundamento para todo o direito ambiental. Na verdade, o que muitas vezes ocorre é a materialização de ações de proteção ambiental em detrimento do desenvolvimento econômico da região que se tem por escopo proteger.

Entretanto, o que não se deve perder de mira, em tema de proteção ambiental, é que a mesma Carta que cuidou do ambiente e erigiu o meio ambiente como bem constitucionalmente relevante, também o fez em relação à propriedade privada e a ordem econômica. Como bem se sabe, a Constituição não admite interpretação em tiras. Cada vez mais, a noção de bloco de constitucionalidade vem se evidenciando como parâmetro de aferição da compatibilidade das posturas governamentais e particulares com a Constituição, tudo em ordem a evidenciar que não se pode desconsiderar, por completo, nenhum dos valores postos sob a cura do Texto Maior[4]. A compatibilização

[4] Sobre a noção de bloco de constitucionalidade, veja-se excerto da lavra do Eminente Ministro Celso de Mello, na relatoria da ADI 595, cujo voto foi publicado integralmente no informativo 258 do STF: "*Torna-se relevante destacar, neste ponto, por tal razão, o magistério de J. J. GOMES CANOTILHO ('Direito Constitucional e Teoria da Constituição', p. 811/812, item n. 1, 1998, Almedina), que bem expôs a necessidade de proceder-se à determinação do parâmetro de controle da constitucionalidade, consideradas as posições doutrinárias que se digladiam em torno do tema: 'Todos os actos normativos devem estar em conformidade com a Constituição (art. 3.º/3). Significa isto que os actos legislativos e restantes actos normativos devem estar subordinados, formal, procedimental e substancialmente, ao parâmetro constitucional. Mas qual é o estalão normativo de acordo com o qual se deve controlar a conformidade dos actos normativos? As respostas a este problema oscilam fundamentalmente entre duas posições: (1) o parâmetro constitucional equivale à constituição escrita ou leis com valor constitucional formal, e daí que a conformidade dos actos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos da constituição (ou de outras leis formalmente constitucionais); (2) o parâmetro constitucional é a ordem constitucional global, e, por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos actos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global. Na perspectiva (1), o parâmetro da constitucionalidade (=normas de referência, bloco de constitucionalidade) reduz-se às normas e*

dos valores "*desenvolvimento econômico*" e "*meio ambiente hígido*" é que reclama a adequação no estabelecimento desses padrões ambientais, a fim de se garantir o equilíbrio entre esses dois bens, no que vem se denominando de "*desenvolvimento sustentável*".

Para construção desta avaliação, lançaremos mão do princípio da operabilidade das normas jurídicas, teoria, que no caso dos padrões ambientais, pode servir de suporte e fundamento para a sustentação da tese que desenvolveremos.

O conceito de padrão. O uso tradicional e legal do termo no âmbito do direito ambiental.

Os dicionários apresentam diferentes sentidos para o termo padrão.

Vimos acima que o Dicionário de direito ambiental define o termo como standards, como limites quantitativos e qualitativos oficiais, regularmente estabelecidos, envolvendo o procedimento para emissão de lançamento de poluentes.

Para a abordagem que faremos, o sentido apresentado é, então, o de "*coisa estabelecida por autoridade como regra para medida de quantidade, peso, comprimento, valor ou quantidade*" ou o de "*base de comparação, algo que o consenso geral ou um determinado órgão oficial consagrou como um modelo aprovado*"[5].

Mais especificamente, o Aurélio apresenta o sentido de "*aquilo que serve de base ou norma para a avaliação de qualidade ou quantidade; medida*"[6].

Assim padrão é o nível ou grau de qualidade de um elemento, substância ou produto, que é próprio ou adequado a um determinado propósito, que é adequado para determinado uso e que se refere à critérios para avaliação de emissão de lançamento de poluentes no meio ambiente.

É este a definição atribuída ao termo pelo dicionário disponibilizado na internet pela Rede Ambiente[7].

---

princípios da constituição e das leis com valor constitucional; para a posição (2), o parâmetro constitucional é mais vasto do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, devendo alargar-se, pelo menos, aos princípios reclamados pelo 'espírito' ou pelos 'valores' que informam a ordem constitucional global".

[5] Dicionário Houaiss, Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001.

[6] Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, Curitiba: Positivo, 2004.

[7] Rede Ambiente – Educação Ambiental 24 horas no ar, acessado através do site http://www.redeambiente.org.br/dicionario, com acesso em 10 de abril de 2012.

Os padrões são estabelecidos de modo oficial, pelas autoridades responsáveis previamente definidas pela lei, que consideram, como regra geral, as medidas de quantidade, peso, extensão ou valor dos elementos ambientais envolvidos. Nesta área, da gestão ambiental, são de uso corrente os padrões de qualidade ambiental e dos componentes do meio ambiente, bem como os padrões de emissão de poluentes, que são fixados ou estabelecidos pelas autoridades públicas ambientais.

No caso do direito ambiental, tais bases ou normas para avaliação ou medida dos parâmetros ambientais são distintamente estabelecidas para cada um dos aspectos ambientais[8] relevantes, ou seja, para cada elemento envolvido nas atividades humanas ou não, para cada um dos "*recursos ambientais*"[9], são estabelecidos critérios de avaliação do "*nível ou grau de qualidade*" deste elemento.

Se esses padrões não são fixados previa e formalmente, o que a autoridade ambiental deve considerar, no exercício de suas atribuições, são os indicadores que lhe são apresentados. Os indicadores são elementos informativos que permitem a formação de um juízo do que pode acontecer, revelando-se, portanto, como importantes parâmetros para a adequada feitura de um prognóstico de dano ambiental. A distinção entre indicadores e padrões ambientais merecerá tratamento em palco específico desse trabalho, logo adiante.

O Professor José Cláudio Junqueira Ribeiro, neste sentido, consigna que

> "*(...). Os indicadores normalmente são pensados como peças de evidência que forneçam informações sobre questões de interesses amplos. (...) é algo que nos conta o que está para acontecer. (...). Indicadores ambientais devem mostrar como está o estado do meio ambiente e o que pode acontecer a curto e longo prazo*"[10].

Os padrões ambientais, assim, podem decorrer da institucionalização destes indicadores. Eles seriam, deste modo, os indicadores ambientais fixados por lei ou outro ato normativo, para permitir avaliação das questões ambientais.

Abordaremos, adiante, os padrões associados a cada um dos recursos ambientais.

Por ora interessa fixar a existência necessária destes critérios, destas regras, considerando a natureza de cada um dos recursos ambientais, sendo que para cada um

---

[8] De acordo com a NBR 14001:2004, o termo aspecto ambiental deve ser definido como "*elemento das atividades, produtos ou serviços de uma organização que pode interagir com o meio ambiente*".

[9] Há conceito legal de recursos ambientais, como se depreende do dispositivo contido no inciso V do art. 3.º da Lei n.º 6.938/1981: "*V - recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora*".

[10] RIBEIRO, José Cláudio Junqueira, *Indicadores ambientais: avaliando a política de meio ambiente no Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte: Semad, 2006, pág. 97.

deles a autoridade ambiental usualmente estabelece ou elabora critérios distintos de avaliação e de fixação, levando ou não em consideração os indicadores ambientais normalmente utilizados para avaliar o "*estado do meio ambiente*".

A mesma norma legal acima transcrita indica que tais padrões ambientais, além de viabilizar a avaliação e o acompanhamento da qualidade ambiental, são também tidos como objetivos da "*Política Nacional do Meio Ambiente*", já que essa política pública, como estabelecido no inciso III, do art. 4º da Lei "*visará*" "*ao estabelecimento de critérios e padrões de qualidade ambiental e de normas relativas ao uso e manejo de recursos ambientais*".

Estes instrumentos ambientais, como fixados, servem como limites quantitativos e qualificativos para a emissão de poluentes.

SIRVINSKAS aduz com propriedade, como acima afirmamos, que "*O estabelecimento de padrões de qualidade ambiental é um dos instrumentos da política nacional do meio ambiente*" e se caracterizam como "*normas baixadas pelos órgãos competentes que irão estabelecer os padrões de qualidade do ar, das águas e das emissões de ruídos no meio ambiente, além dos padrões de qualidade relacionados à poluição do solo e à poluição visual*", sendo que eles seriam "*estabelecidos por meio de pesquisas e análise da qualidade ambiental*" e, exatamente por tais questões eles se transformam em elementos essenciais para avaliação das questões ambientais.

Segundo o mesmo autor, neste sentido, esses critérios decorrem de "*(...) uma necessidade imprescindível para a compatibilização das atividades do homem com a sustentabilidade*"[11].

O conceito de padrões ambientais.

Como visto acima, os padrões são instrumentos para medida da quantidade, peso, extensão ou valor dos elementos ambientais. Os mais utilizados destes instrumentos são aqueles utilizados para avaliação da qualidade ambiental e dos componentes do meio ambiente, bem como os padrões de emissão de poluentes, que são fixados ou estabelecidos pelas autoridades públicas ambientais.

Indicadores, por outro lado, são dados ou números utilizados para "*descrever o*

[11] SIRVINSKAS, Luís Paulo, *Manual de direito ambiental*, São Paulo: Saraiva, 10ª edição, 2012, pág. 202.

comportamento futuro do meio ambiente"[12].

SÁNCHEZ aponta a existência de "*inúmeras definições de indicadores ambientais*" e relaciona os seguintes:

> "*'- um parâmetro que fornece uma medida da magnitude do impacto ambiental' (Munn, 1975);*
> *– 'um parâmetro que serve como medida das condições ambientais de uma área ou ecossistema' (Moreira, 1992);*
> *– 'uma variável ou estimativa ambiental que provê uma informação agregada, sintética, sobre um fenômeno' (Ministério do Meio Ambiente, 1996)*"[13].

Tais "*parâmetros*", assim, servem como elementos de "*interpretação de dados ambientais*"[14] e, quando agregados, dão origem aos padrões ambientais.

Como vimos acima, os indicadores ambientais servem não só para "*quantifica(...)*[ção da] *informação para que seu significado possa ser apreendido mais rapidamente*", mas "*simplificam informação sobre processos complexos a fim de melhorar a comunicação*"[15].

O Professor José Cláudio Junqueira Ribeiro formula um conceito interessante destes "*indicadores ambientais*". Para ele,

> "*Os indicadores normalmente são pensados como peças de evidência que forneçam informações sobre questões de interesses amplos. Por exemplo, um indicador ambiental legendário foi o utilizado nas minas de carvão na Inglaterra, quando os mineradores desciam nas minas subterrâneas com um canário engaiolado; se o canário não sobrevivesse era um indicador de concentração de gases prejudiciais, em níveis incompatíveis à segurança dos mineradores.*
> *Indicador é algo que nos conta o que está acontecendo ou que está por acontecer.*
> *(...) Indicadores ambientais devem nos mostrar como está o estado do meio ambiente e o que pode acontecer a curto e longo prazo. Existem inúmeros indicadores ambientais em torno de nós: espécies animais, plantas,*

---

[12] SÁNCHEZ, Luis Enrique, *Avaliação de impacto ambiental, conceitos e métodos*, São Paulo: Oficina de Textos, 2008, pág. 259.

[13] SÁNCHEZ, Luis Enrique, obra citada, pág. 259.

[14] SÁNCHEZ, Luis Enrique, obra citada, pág. 260. O autor mencionado deixa consignado, depois de apresentar exemplos da utilização destes indicadores nas ciências biológicas e "*no campo da qualidade do ar*", assenta o seguinte: "*como muitas vezes encontram-se diferentes tipos de poluentes em um mesmo local, é interessante saber seu possível efeito combinado ou sinérgico – ou ainda buscar uma informação agregada e sinóptica sobre esses vários poluentes. Neste último caso, adota-se índices ambientais que combinam diferentes parâmetros ou indicadores (...). Muitas vezes, o público é informado sobre o estado do meio ambiente por meio de tais índices agregados (como índices de qualidade do ar ou da água). No Estado de São Paulo, o Índice de Qualidade do Ar agrega sete parâmetros (...). Já o índice de Qualidade das Águas agrega nove parâmetros: coliformes fecais, pH, DBO, OD, N total, fosfato total, turbidez, resíduo total e temperatura (...)*" (SÁNCHEZ, Luis Enrique, obra citada, pág. 260).

[15] SÁNCHEZ, Luis Enrique, obra citada, págs. 260 e 261.

> *qualidade do ar, das águas e do solo, podendo tudo mudar em resposta às pressões sobre o meio ambiente*"[16].

Tal conceito nos dá elementos para compreensão das distinções entre padrões e indicadores. Assim é que enquanto os padrões ambientais são parâmetros prévia e formalmente fixados pela norma ambiental, como elementos de aferição do impacto ambiental em um ambiente considerado, os indicadores podem e devem ser entendidos como elementos indiciários e não fixados em atos normativos.

Perceba-se que até mesmo em obséquio ao princípio da legalidade, não poderia a Autoridade Ambiental demitir-se de observar os padrões ambientais legalmente fixados. Já os indicadores, como relevantes elementos de avaliação e prognose, têm seu manejo justificado no princípio da proteção e da precaução. Em outros termos, são evidências, possuindo, assim, natureza indiciária, devendo ser colhidos a partir da análise do espaço onde se situa a área que reclama a proteção ambiental do Estado.

Obviamente, não se descarta a presença, em alguns casos, da função prognóstica dos padrões ambientais. Nesses casos, porém, a distinção entre indicadores e padrões ambientais parece-nos ser tão somente formal, já que os primeiros são estabelecidos em ato com densidade normativa, fato inocorrente com os indicadores.

Parece-nos, também, que sendo os padrões ambientais estabelecidos normativamente, o risco da criação de padrões apartados da realidade de um espaço especificamente considerado é maior, já que é característica dos atos normativos a sua abstratividade, a dissociação de sua elaboração com as situações concretas. De outro lado, como os juízos prognósticos, por sua natureza, exigem a avaliação da situação concreta, com todas as contingências que nela se enredam, pensamos que o manejo desses indicadores convida a que se considere mais a realidade do local, do espaço ambiental que se pretende preservar, inclusive no que toca à necessidade de preservação do desenvolvimento econômico do espaço sob análise.

Veja-se, também, que os padrões ambientais, ao serem prévia e normativamente fixados, não raro enredam a Autoridade Ambiental no laço da tipicidade, a qual não permite que, na norma ambiental, sejam ingressados dados e circunstâncias próprios da região sob análise.

O objeto do presente trabalho diz, justamente, com risco a que essa tipicidade expõe o próprio desenvolvimento econômico.

---

[16] RIBEIRO, José Cláudio Junqueira, *Indicadores ambientais: avaliando a política de meio ambiente no estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte: SEMAD, 2006, pág. 97.

Fixação divergente dos padrões ambientais. A impossibilidade de restringir ou diminuir o espaço de proteção legal fixado.

Como vimos acima, tais padrões são também considerados como "*instrumentos*"[17] para implementação da mesma "*Política Nacional*" e, de modo geral, são estabelecidos por uma e especifica autoridade administrativa que recebe do ordenamento a atribuição jurídica e legal de assim agir.

Surge neste ponto a questão da fixação distinta, por diferentes autoridades ambientais, destes critérios ou padrões.

Isto envolve uma questão política tormentosa, na medida em que se reconhece, num sistema jurídico como o brasileiro, onde coexistem distintos ordenamentos, a atribuição concorrente dos vários entes federativos para definição e desenvolvimento de políticas públicas.

No âmbito das ações ambientais, neste sentido, não podemos perder de vista que a atribuição para "*proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas*", como estabelece o inciso VI do art. 23 da Constituição, é objeto de competência comum dos entes federativos.

Com tal opção constitucional, viabiliza-se o desenvolvimento de atos ou políticas concorrentes[18], e isto torna ainda mais complexa a definição e a própria compreensão dos dispositivos normativos aplicáveis aos casos concretos, bem como torna complicada a avaliação ou caracterização dos próprias questões ambientais, já que diferentes e contrários são muitos dos padrões previstos nas normas jurídicas editadas pelos entes federativos no exercício desta atribuição concorrente de legislar sobre a matéria ambiental.

Precisamos, neste aspecto, retornarmos à estruturação jurídica dada ao denominada Sistema Nacional do Meio Ambiente, como o classifica a mencionada lei n.º 6.938/1981.

---

[17] O dispositivo da Lei n.º 6.938/81 que relaciona tais "*padrões*" ou critérios aos instrumentos de proteção do meio ambiente é o inciso I, do art 9º, que tem a seguinte redação: "*São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: (...) I - o estabelecimento de padrões de qualidade ambiental;*".

[18] Diferentes incisos do art. 24 da Constituição, neste sentido, estabelecem essa atribuição concorrente dos entes componentes da Federação brasileira para "*legislar*" sobre tais questões. Assim: "*Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IX - educação, cultura, ensino e desporto; XII - previdência social, proteção e defesa da saúde; (...)*".

Nesta lei, ao traçar os contornos normativos da legislação da Política Nacional do Meio Ambiente, a atribuição para estabelecimento destes critérios – ou padrões ambientais -, é delegada ao CONAMA[19]. Diz os incisos V e VI do art. 8.º, da Lei n.º 6.938, de 1981, na definição da atribuição deste Conselho Nacional que a ele "compete":

> "*VI - estabelecer, privativamente, normas e padrões nacionais de controle da poluição por veículos automotores, aeronaves e embarcações, mediante audiência dos Ministérios competentes;*
>
> *VII - estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos*".

É evidente que as autoridades ambientais, na busca da adequada e necessária implementação das políticas ambientais, lançando mãos dos instrumentos previstos na legislação ambiental, irão estabelecer tais critérios das mais distintas formas, levando em consideração, sobretudo, o recurso ambiental envolvido e, a partir destes mesmos recursos, estabelecer padrões específicos para orientação das ações públicas em cada um deles.

Os padrões servem até mesmo para a definição de poluição, como se pode verificar na disposição conceitual relacionada na alínea "e", do inciso III, do artigo 3.º, da Lei n.º 6.938, de 1981[20].

Como não poderia deixar de ser, em face mesmo da estrutura federativa do Estado brasileiro como acima já mencionado, é reconhecida aos estados membros, ao Distrito Federal e aos municípios do país, a atribuição legal, que assume a natureza supletiva e complementar, de fixação de padrões estaduais ou municipais. É o que estabelecem os parágrafos 1.º e 2.º, do art. 6.º, da Lei n.º 6.938, de 1981, com a seguinte redação:

---

[19] Este Conselho Nacional tem a natureza de órgão deliberativo e consultivo do chamado Sistema Nacional do Meio Ambiente, na forma do que determina o inciso II, do art. 6.º, da Lei 6938/81: "*II - órgão consultivo e deliberativo: o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida;*".

[20] Diz, este dispositivo, no sentido que apontamos, que "*Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: (...) III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: (...) a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos; (...)*". Para todas estas questões, como verificaremos, a definição da degradação do meio ambiente pressupõe a fixação de um critério ou padrão básico, que permite a avaliação desta mesma degradação.

> "*§ 1º Os Estados, na esfera de suas competências e nas áreas de sua jurisdição, elaboração normas supletivas e complementares e padrões relacionados com o meio ambiente, observados os que forem estabelecidos pelo CONAMA.*
>
> *§ 2º O s Municípios, observadas as normas e os padrões federais e estaduais, também poderão elaborar as normas mencionadas no parágrafo anterior*".

É tranqüilo o entendimento de que estes dispositivos, dada a conformação federativa do Estado nacional, autorizam e legitimam a existências destes patrões que podemos classificar como padrões regionais de avaliação e controle do meio ambiente.

Basta um só exemplo para demonstrar o pacífico entendimento na interpretação destes dispositivos legais e de suas conseqüências concretas na ação pública ambiental.

Assim, discutindo a legislação e o conceito de poluição, o Professor Paulo Affonso Leme Machado, aduz, sobre o que nos interessa, o seguinte:

> "*A Lei na Política Nacional do Meio Ambiente dá uma abrangente definição de poluição – 'a degradação a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos'.*
> *(...) A desobediência aos padrões constitui ato poluidor, mas pode ocorrer que mesmo com a observância dos mesmos ocorram os danos previstos nas quatros alíneas anteriores, o que também caracteriza a poluição, com a implicação jurídica daí decorrente.*
> *A legislação estadual como a municipal podem ampliar o conceito de poluição, mas serão de nenhum efeito se restringirem ou diminuírem o espaço de proteção legal dada pela conceituação federal*"[21].

Aí o critério que tem sido utilizado para compatibilização das diferentes e divergentes normas legais editadas pelos entes federativos no exercício de suas atribuições.

A lei estadual, observados os padrões ambientais fixados pela União, pode "ampliar" o alcance da proteção ambiental estruturada pela legislação federal, mas não pode, sob pena de nulidade, restringir ou diminuir esta proteção federal.

O mesmo acontece no caso da legislação municipal. Ela pode ampliar o sistema de proteção ambiental definido pelos demais entes, mas nunca diminuir ou restringir esta proteção.

Esta a conseqüência jurídica das normas acima transcritas.

---

[21] LEME MACHADO, Paulo Affonso, *Direito ambiental brasileiro*, São Paulo: Ed. Malheiros, 17ª. edição, 2009, página 536.

Características dos Padrões Ambientais.

Como destaca RIBEIRO, "*segundo a ISO 14031, indicadores para avaliação de desempenho ambiental devem ser selecionados como meio de apresentar dados qualitativos, quantitativos ou informações, de forma compreensível e útil*"[22].

A própria normativa técnica indica "exemplos de características de dados para" estes indicadores ou padrões ambientais. Como transcreve o mencionado professor,

> "*- medições diretas ou cálculos: dados ou informações básicas, tal como toneladas de contaminantes emitidos;*
> *1. medições relativas ou cálculos: dados ou informações comparados ou relacionados a outro parâmetro (nível de produção, tempo, localização ou condição passada), assim como a quantidade de toneladas de poluentes por toneladas de produto manufaturado, ou a quantidade de poluentes emitidos por unidade de faturamento;*
> *2. indexada: dados ou informações descritivas convertidos para unidades ou uma forma que relacione a informação a um padrão ou base de referência escolhidos, tal como emissões de poluentes no ano corrente expressas como uma porcentagem de emissões em determinado ano base;*
> *3. agregada: dados ou informações descritivas do mesmo tipo, mas de diferentes fontes, coletados e expressos como um valor combinado, tal como toneladas totais de um dado poluente emitido a partir da produção de um produto em determinado ano, calculado pelo somatório das emissões a partir das diversas instalações que produzem aquele produto; e,*
> 4. *ponderada: dados ou informações descritivas modificados pela aplicação de um fator relacionado à sua significância*"[23].

Tais características demonstram a importância da elaboração e escolha destes indicadores, já que, como menciona o mesmo professor, eles não devem "*representar* [apenas] *uma radiografia do estado do meio ambiente*" mas também viabilizar ou "*disponibilizar uma valiosa ferramenta para os tomadores de decisão na política pública de meio ambiente*".

A necessidade destes indicadores ambientais leva ao desenvolvimento de novos modelos para avaliação de sua efetividade, de modo a assegurar as "*ferramentas*" adequadas para avaliação das questões ambientais.

---

[22] RIBEIRO, José Cláudio Junqueira, obra citada, pág. 97.

[23] RIBEIRO, José Cláudio Junqueira, obra citada, pág. 98. Na mesma passagem o professor José Cláudio ainda relaciona outros exemplos de características de dados para indicadores ambientais. Vale mencionar o "*Programa de Indicadores de Desempenho Ambiental do Ministério de Meio Ambiente da Nova Zelândia, que tem como objetivos medir e relatar: - as pressões que estão sendo colocadas no meio ambiente; - o estado atual e histórico do meio ambiente; e, - a efetividade das respostas para proteger ou recuperar o meio ambiente*".

Deste modo são estruturados novos indicadores e estabelecidos novos padrões, não só especificamente ambientais, mas também envolvendo outras "*dimensões*": "*a social, a econômica e a institucional*"[24].

Tipos de Padrões Ambientais.

Os padrões são utilizados, em regra, para avaliação da qualidade do meio ambiente.

São chamados, nos países saxões, de "*environmental quality standards*" e nos países de língua espanhola, "*normas de calidad del medio ambiente*".

A definição atribuída ao termo, no Dicionário de direito ambiental editado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, é "*intensidade, concentração, quantidade e características de toda e qualquer forma de matéria ou energia, cuja presença nos recursos ambientais seja permitida*" ou representam a "*quantidade de um efluente ou poluente que é aceita em um ambiente dado, tal como traços na água potável ou a quantidade de aditivos no alimento*"[25].

De forma freqüente, os autores que tratam dos padrões ambientais costumam mencionar a existência dos seguintes: padrões de qualidade do ar, de qualidade das águas e de qualidade para ruídos.

Se estes são os mais considerados, isso não significa que não existam outros.

De modo seguro, pode-se afirmar que nestes casos, as observações dos autores se limitam ao conteúdo das normas editadas pelas autoridades ambientais.

O que interessa reconhecer, na linha do que sustentamos, é que tais normas não são suficientes para uma adequada avaliação da própria qualidade dos elementos ambientais.

---

[24] O professor RIBEIRO, neste ponto, cita vários indicadores, agregados nas diferentes dimensões. O da Comissão de Desenvolvimento Sustentável da ONU, por exemplo, é assim dividido: a dimensão ambiental (ar – mudanças climáticas, destruição da camada de ozônio e qualidade do ar; solo – uso agrícola, florestal, urbanização e desertificação; água – quantidade e qualidade; mares e oceanos – zona costeira e pesca; e, biodiversidade – ecossistemas e espécies); dimensão social (eqüidade – pobreza e eqüidade por gênero; saúde – nutrição, mortalidade, assistência, água potável e esgotamento sanitário; educação – alfabetização e escolaridade; habitação – condições habitacionais; segurança – crimes; e, demografia – fluxos demográficos); dimensão econômica (padrões de consumo e produção – consumo de materiais, energia, transportes, geração e manejo de resíduos); e, dimensão institucional (marco institucional – estratégia de desenvolvimento sustentável e cooperação internacional) e capacidade institucional (acesso à informação; infra-estrutura de comunicação; ciência e tecnologia; e capacidade de resposta aos desastres naturais) (RIBEIRO, José Cláudio Junqueira, obra citada, pág. 109).

[25] Dicionário de direito ambiental, UFRGS, pág. 254.

De modo claro, pode-se afirmar que tais normas não podem se constituir na única régua para medição da qualidade dos ambientes.

Vejamos, apesar disto, cada um destes padrões.

Padrões de qualidade do ar.

O Dicionário de direito ambiental define o termo como relacionado à "*concentrações de poluentes atmosféricos que, ultrapassadas, poderão afetar a saúde, a segurança e o bem-estar da população, bem como ocasionar danos à flora e à fauna, aos materiais e ao meio ambiente em geral*"[26].

Na análise dos padrões de qualidade do ar costuma-se mencionar as resoluções editadas pelo CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente, que estabelecem os critérios para medição desta qualidade.

Neste sentido, são mencionadas a resolução n. 5, de 15 de junho de 1989 (que cria o Programa Nacional de Controle de Qualidade do Ar – PRONAR)[27], a resolução n. 8, de 6 de dezembro de 1990 (que estabelece limites máximos de emissão de poluentes no ar em decorrência de processos de combustão externa)[28], e, finalmente, a resolução n. 3, de 28 de junho de 1990 (que estabelece algumas definições, como a de poluente atmosférico e cria um "plano de emergência" para situações críticas de poluição do ar, "*quando os poluentes ultrapassarem os limites preestabelecidos, colocando em risco a saúde humana*")[29].

Esta legislação distingue padrões primários de qualidade do ar dos padrões secundários. A primeira envolvem "*concentrações de poluentes que, ultrapassadas,*

[26] Dicionário de direito ambiental, UFRGS, pág. 254.

[27] SIRVINSKAS, sobre o programa criado por esta resolução afirma que ele tem como "*finalidade estabelecer limites de poluentes no ar atmosférico com vistas à proteção da saúde, ao bem-estar das populações e à melhoria da qualidade de vida" para o que fixou "o limite máximo de emissão de poluentes no ar atmosférico*", determinando e mencionando especificamente o limite das chamadas "*partículas totais em suspensão, fumaça, partículas inaláveis, dióxido de enxofre, monóxido de carbono, ozônio e dióxido de nitrogênio*". É fácil perceber que não há menção a todos os possíveis poluentes, e disto trataremos especificamente no texto quando mencionarmos as críticas feitas à tais questões ambientais. (obra citada, pág. 202).

[28] SIRVINSKAS, depois de relacionar a mencionada resolução, aduz que ela fixa "*padrões de qualidade do ar em primários (níveis máximos toleráveis) e secundários (níveis desejáveis)*", o que depois, como verificaremos, será reproduzido em outras resoluções posteriormente editadas (obra citada, pág. 203).

[29] SIRVINSKAS, ao comentar o conteúdo desta resolução, reproduz a definição do poluente atmosférico contida no parágrafo único do art. 1°, que tem a seguinte redação: "*qualquer forma de matéria ou energia com intensidade e em quantidade, concentração, tempo ou características em desacordo com os níveis estabelecidos, e que tornem ou possam tornar o ar: I – impróprio, nocivo ou ofensivo à saúde; II – inconveniente ao bem-estar público; III – danoso aos materiais, à fauna e flora; IV – prejudicial à segurança, ao uso e gozo da propriedade e às atividades normais da comunidade*" (obra citada, pág. 203).

poderão afetar a saúde da população" e os padrões secundários de qualidade do ar são definidos como aqueles em que as "*concentrações de poluentes abaixo das quais se prevê o mínimo efeito adverso sobre o bem-estar da população, assim como o mínimo dano à fauna, à flora, aos materiais e ao meio ambiente em geral*"[30].

Interessante observar que tais atos normativos, mesmo que fixando algumas importantes definições e alguns critérios para estimativa dos eventos poluentes, não conseguem esgotar de forma necessária – e isto seria impossível -, todas as situações para avaliação dos casos concretos.

Não há, assim, condições técnicas e nem mesmo jurídicas, para que se estabeleça uma régua definitiva que sirva de padrão universal para avaliação dos poluentes.

Isto pode ser reforçado com a verificação das freqüentes alterações por que passaram e passam tais critérios ou padrões.

SIRVINSKAS, por exemplo, menciona neste ponto, as ações dos organismos da ONU neste campo, afirmando que

> "*Com o objetivo de tornar o ar satisfatório à vida humana, a Organização Mundial da Saúde (OMS) alterou os padrões de qualidade do ar, e pelos novos índices estabeleceu-se que a média diária recomendada para partículas inaláveis (PM10) foi reduzida a um terço, passando de 150 microgramas/m³ para 50 microgramas/m³. O ozônio (...) baixou de 160 microgramas/m³ para 100 microgramas/m³, a média de 1 hora máxima. O dióxido de enxofre (...) teve a média diária reduzida de 100 microgramas/m³ para 20 microgramas/m³. O dióxido de nitrogênio (...) não sofreu alterações, permanecendo o índice de 200 microgramas/m³ para a média de 1 hora máxima*"[31].

Depois destas considerações informa que estes critérios ainda não foram "*implementad*[o]*s no Brasil, devendo prevalecer, por ora, a Resolução n. 3/90 do CONAMA até eventual adequação*".

Uma crítica contundente sobre tais padrões fixados pela norma brasileira, sobretudo no que se refere à ausência de disposições sobre os padrões de qualidade do ar chamando nossa atenção para "*os Compostos Orgânicos Voláteis – COV, entre eles os Hidrocarbonetos Aromáticos Policíclicos – HAP"*, é feita pelo Professor José Cláudio Junqueira Ribeiro no artigo "O ar que respiramos"[32].

Tais compostos, como assevera o mencionado Professor, "*um ator, ainda desconhecido do nosso texto legal, vem entrando em cena sorrateiramente, candidato a*

[30] Dicionário de direito ambiental, UFRGS, págs. 254 e 255.
[31] SIRVINSKAS, Luís Paulo, obra citada, pág. 203.
[32] RIBEIRO, José Cláudio Junqueira, *O ar que respiramos*, artigo disponibilizado pelo autor.

vilão maior desse enredo", ou seja, se tornarem poluentes mais perigosos dos que foram relacionados pelas resoluções acima indicadas.

Especificamente sobre o benzeno, um destes compostos, o Professor reproduz conclusões de um trabalho acadêmico que fez medições da emissão dele em postos de combustíveis, e que afirmavam que "*embora o Brasil não possua regulamentação para os níveis de benzeno no ar ambiente é necessário identificar e implementar medidas mais eficazes de redução nas emissões de benzeno para a atmosfera urbana".*

Este fato indica e demonstra o que pretendemos demonstrar: não é suficiente a indicação de poluentes nas normas legais. Os padrões de qualidade devem ser fixados de modo tal que a autoridade ambiental tenha condições de, nos casos concretos, contemplados ou não pelos atos normativos, avaliar ou medir a qualidade dos elementos ambientais e, se for o caso, agir par implementação da vontade constitucional de proteção do ambiente.

Eis o texto:

> "Sem ar a vida não é possível. Nós humanos e muitos animais temos a necessidade vital de aportarmos oxigênio ao nosso organismo e, para isso, buscamos o oxigênio livre presente no ar ambiente necessário ao nosso mecanismo de respiração. Nós podemos sobreviver sem água e alimentos por alguns dias, mas sem ar não mais que alguns minutos.
> *No caso de poluição das águas e dos solos podem existir alternativas de uso; não do ar, pois respirá-lo é automático. A cada dia passam cerca de 20 mil litros de ar pelos nossos pulmões, sendo que essa quantidade pode ser multiplicada por quatro quando de exercícios físicos intensos.*
> *O nosso ar ambiente é composto principalmente por Nitrogênio, cerca de 80%, e Oxigênio, cerca de 21%. Entretanto, muitas vezes o ar ambiente pode conter outras substâncias danosas a nossa saúde. A degradação da qualidade do ar é devida principalmente às emissões decorrentes de atividades desenvolvidas pelo homem, com destaque para aquelas que processam a combustão de materiais fósseis – petróleo e seus derivados.*
> *A poluição atmosférica vem se apresentando como um dos mais graves problemas ambientais nas grandes metrópoles, onde o crescimento incessante da frota de veículos é o maior responsável pelo lançamento no ar de toneladas de poluentes nocivos à saúde e ao meio ambiente.*
> *Os indicadores de poluição atmosférica previstos na legislação brasileira – material particulado e gases como os dióxido de nitrogênio, dióxido de enxofre, monóxido de carbono e ozônio – nos permite atentar para alguns problemas, em especial à formação de ozônio nas regiões de trânsito intenso. Além disso, hoje se suspeita que um ator, ainda desconhecido do nosso texto legal, vem entrando em cena sorrateiramente, candidato a vilão maior desse enredo: os Compostos Orgânicos Voláteis – COV, entre eles os Hidrocarbonetos Aromáticos Policíclicos – HAP.*
> *Segundo pesquisas, algumas dessas substâncias, como tolueno, xileno e benzeno, vem sendo encontradas em maior concentração na atmosfera em decorrência da combustão de veículos movidos a gasolina. Essas substâncias são tóxicas podendo inclusive causar efeitos nefastos sobre o sistema nervoso. O benzeno, comprovadamente cancerígeno, pode atuar sobre os glóbulos vermelhos e causar leucemia.*

> *Medições efetuadas em postos de abastecimento de combustíveis, em momentos distintos, com as bombas paralisadas e em funcionamento, evidenciam o comprometimento da qualidade do ar nesses locais, por significativas concentrações de benzeno, quando abastecemos nossos veículos. O mesmo se verifica em ambientes fechados com e sem fumantes.*
> *Algumas medições de concentração dessas substâncias em Belo Horizonte, para fins de pesquisa acadêmica, indicaram forte presença de benzeno nos túneis da Lagoinha, em algumas avenidas e até mesmo no Jardim Zoológico, onde se observa intenso tráfego de veículos nos finais de semana.*
> *A conclusão do trabalho acadêmico é bastante clara e direta: 'embora o Brasil não possua regulamentação para os níveis de benzeno no ar ambiente é necessário identificar e implementar medidas mais eficazes de redução nas emissões de benzeno para a atmosfera urbana'.*
> *É preciso urgente repensar sobre medidas para a melhoria do tráfego em nossas metrópoles, priorizando sistema de transporte público coletivo, rápido, seguro e sem queima de combustível fóssil, em detrimento do transporte individual movido a gasolina, que paradoxalmente vem sendo incentivado com reduções fiscais e alargamento de estruturas viárias, que desmatam e encaixotam córregos e ribeirões.*
> *Além disso, implementar a inspeção veicular, talvez o único instrumento legal disponível com potencial mitigador, que todavia ainda não conseguiu se viabilizar.*

Vejamos os demais padrões.

Padrões de qualidade das águas.

Os padrões de qualidade da água são estabelecidos "*como uma base de controle para várias classificações de utilização da água, inserido em conjunto de normas ou especificações que disciplinam o que pode ser tolerado em matéria de impurezas da água, de acordo com o uso que dela se fará*"[33].

Na análise dos padrões de qualidade das águas, os autores, como acontece com os padrões de qualidade do ar, também mencionam resoluções do CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente e de outras autoridades públicas.

A resolução do CONAMA mais mencionada é a de n. 357, de 17 de março de 2005, que classifica as águas.

Sobre tal resolução, SIRVINSKAS assevera o seguinte

> "*(...)a Resolução (...) classificou as águas em: doce, salobras e salinas. As águas doces possuem um grau de salinidade inferior a 0,5%; as águas salobras possuem um grau de salinidade entre 0,5% e 30%; e as águas salinas possuem um grau de salinidade superior a 30%. (...) Essa classificação tem por escopo estabelecer o uso preponderante dos corpos d'água. É com base nela que se dará o destino do uso da água. A avaliação da qualidade dos corpos d'água deverá ser realizada pelo (...) INMETRO (...) A classificação das águas de acordo com o uso preponderante foi*

[33] Dicionário de direito ambiental, UFRGS, pág. 253.

> *regulamentada pela Resolução n. 91, de 5 de novembro de 2009, do Conselho Nacional de Recursos Hídricos*"[34].

O padrão de potabilidade da água são "*os conjuntos de valores máximos permissíveis das características de qualidade da água destinada ao consumo humano*"[35] [36].

Há ainda fixação de padrões para a balneabilidade.

Tais padrões se referem a condições e limites estabelecidos para a qualidade das águas doces, salobras e salinas destinadas à recreação de contato primário, que em linhas gerais pode ser caracterizada como aquela utilizada para o banho público.

Estes padrões de balneabilidade foram baixados e fixados pelo CONAMA, através da resolução n. 20, de 18 de junho de 1986.

Ainda sobre as águas devemos mencionar os padrões que são estabelecidos para medição dos poluentes lançados e para avaliação dos efluentes.

Os primeiros, classificados como padrões de desempenho, podem ser definidos como aquele "'*tipo de padrão de efluentes que define uma medida de desempenho (por exemplo, o volume ou a concentração de um poluente em um efluente, a porcentagem de remoção da poluição a ser alcançada)'* (Margulis & Bernstein, 1995)"[37].

Em outros termos, podemos definir os padrões de emissão como "*a intensidade, a concentração e as quantidades máximas de toda e qualquer forma de matéria ou energia, cujo lançamento ou liberação nos recursos ambientais seja permitido*"[38] pelas autoridades ambientais.

Os segundos, definidos como padrões de efluentes (líquidos) são considerados como aqueles "'*Padrões a serem obedecidos pelos lançamentos diretos e indiretos de efluentes líquidos, provenientes de atividades poluidoras, em águas interiores ou costeiras, superficiais ou subterrâneas'* (PRONOL/FEEMA NT 202)"[39].

---

[34] SIRVINSKAS, Luís Paulo, obra citada, pág. 203.

[35] Dicionário de direito ambiental, UFRGS, pág. 253.

[36] Sobre os padrões de potabilidade, o Dicionário da Rede Ambiente menciona o seguinte: "*Padrões de potabilidade 'São as quantidades limites que, com relação aos diversos elementos, podem ser toleradas nas águas de abastecimento, quantidades essas fixadas, em geral, por leis, decretos ou regulamentos regionais' (ABNT, 1973). Os padrões de potabilidade foram estabelecidos pela Portaria Nº 56/Bsb de 14.03.77 e aperfeiçoados pela Portaria nº 30 de 9.01.90, baixadas pelo Ministério da Saúde, em cumprimento ao Decreto Nº 78.367, de 9.03.77*" (acesso em 25 de março de 2012).

[37] Definição extraída do site da Rede Ambiente (http://www.redeambiente.org.br/dicionario), em 25 de março de 2012.

[38] Dicionário de direito ambiental, UFRGS, pág. 254.

[39] Definição extraída do site da Rede Ambiente (http://www.redeambiente.org.br/dicionario), em 25 de março de 2012.

Podem ainda ser definidos, como faz o Dicionário de direito ambiental editado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como "*níveis de poluentes presentes em efluentes, geralmente expressos em mg/l, que se constituem em referência para definir a concentração máxima permitida de ser lançada no meio ambiente*"[40].

Interessante destacar, neste sentido, que tais definições não levam em conta o critério para verificação da contaminação das águas: o DBO[41].

Padrões de qualidade para ruídos.

Na análise dos padrões de qualidade para ruídos, os autores que tratam do tema costumam mencionar as resoluções editadas pelo CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente.

Neste sentido, são mencionadas as seguintes resoluções n. 1, de 08 de março de 1990 (dando validade à NBR n. 10.152 da ABNT, estabelecendo critérios para avaliação de ruídos[42]), a resolução n. 1/90 (que fixa critérios para avaliação e controle dos ruídos decorrentes de atividades industriais), a resolução n. 2, de 08 de março de 1990 (para controle dos ruídos "*produzidos por quaisquer outras atividades*"), a resolução n. 20, de 07 de dezembro de 1994 (fixando controle dos ruídos "*produzidos por eletrodomésticos*"), resolução n. 1, de 11 de fevereiro de 1993 (estabelecendo sistema de controle para ruídos "*produzidos por veículos automotores*"), e, finalmente, as resoluções n. 8, de 31 de agosto de 1993 (que "*institui, em caráter nacional, o Programa de Controle da Poluição do Ar por veículos automotores – PROCONVE, estabelecendo limites máximos de emissão de poluentes para os motores destinados a veículos pesados novos, nacionais e importados*") e a de n. 17, de 13 de dezembro de

[40] Dicionário de direito ambiental, UFRGS, pág. 253.

[41] O dicionário da Rede Ambiente define DBO ou Demanda Bioquímica de Oxigênio, como "*a determinação da quantidade de oxigênio dissolvida na água e utilizada pelos microorganismos na oxidação bioquímica da matéria orgânica. É o parâmetro mais empregado para medir a poluição, normalmente utilizado-se a demanda bioquímica de cinco dias (DBO5). (...) é importante para verificar-se a quantidade de oxigênio necessária para estabilizar a matéria orgânica (...) É a medida da quantidade de oxigênio consumido no processo biológico de oxidação da matéria orgânica na água. Grandes quantidades de matéria orgânica utilizam grandes quantidades de oxigênio. Assim, quanto maior o grau de poluição, maior a DBO (...)*" (http://www.redeambiente.org.br/dicionario, acessado em 25 de março de 2012).

[42] A mencionada norma n. 10.152 da ABNT estabelece que "*a emissão de ruídos, em decorrência de quaisquer atividades industriais, comerciais, sociais ou recreativas, inclusive as de propaganda política, obedecerá, no interesse da saúde, do sossego público, aos padrões, critérios e diretrizes estabelecidos nesta Resolução*".

1995 (que "*dispõe sobre os limites máximos de ruído para veículos de passageiros ou modificados*").

Estas são, em regra, as resoluções mencionadas pelos autores[43].

Outros padrões. Padrão de identidade e qualidade. Padrões de condicionamento e projeto. Padrões urbanísticos.

Padrões de identidade e qualidade, associados à qualidade dos alimentos consumidos pelos humanos, pode ser conceituado como aquele "*padrão estabelecido pelo órgão competente do Ministério da Saúde, dispondo sobre a denominação, definição e composição de alimentos, matérias-primas alimentares, alimentos in natura e aditivos intencionais, fixando requisitos de higiene, normas de envasamento e rotulagem, métodos de amostragem e análise*"[44].

Padrões de condicionamento e projeto são as "*características e condições de lançamento ou liberação de toda e qualquer forma de matéria ou energia nos recursos ambientais, bem como as características e condições de localização das fontes poluidoras*"[45]. Assim sendo, podemos vincular tais critérios às questões macro de controle das fontes poluidoras e às ações prévias, desenvolvidas pelas autoridades públicas a partir do inevitável reconhecimento de que só uma ação pública pode determinar a melhor e mais adequada localização das fontes de poluição, de modo a reduzir os efeitos negativos da produção econômica sobre os recursos ambientais.

Se os padrões de condicionamento e projeto estão associados à ordenação das atividades econômicas, os padrões urbanísticos estão ligados à ordenação do espaço urbano pelas demais atividades humanas.

Eis a definição de padrões urbanísticos fornecida pelo Dicionário de direito ambiental da Universidade Federal do Rio Grande do Sul:

> "*Representação quantitativa da ordenação do espaço urbano, no que concerne ao regime urbanístico e nos equipamentos urbanos estabelecidos, com vistas ao: I – adequado relacionamento das edificações com o local onde acederem; II – adequado relacionamento das densidades populacionais e das atividades exercidas nas Unidades Territoriais de Planejamento, com os equipamentos urbanos*"[46].

---

[43] Em o caso de SIRVINSKAS (obra citada, pág. 203).
[44] Dicionário de direito ambiental, UFRGS, pág. 253.
[45] Dicionário de direito ambiental, UFRGS, págs. 253 e 254.
[46] Dicionário de direito ambiental, UFGRS, pág. 255.

Tais questões são objeto essencial dos chamados Planos Diretores, instrumentos jurídicos desenvolvidos para controle da utilização dos espaços urbanos e estão envolvidas também nos demais instrumentos jurídicos para disciplinar, planejar, controlar e ordenar o processo de urbanização, ou uso do solo urbano. Eis sobre tais questões o que leciona o Professor José Afonso da Silva:

> "*(...) o conjunto de normas que configura a ordenação jurídica dos espaços habitáveis dá origem a verdadeiras instituições de Direito Urbanístico, como: o planejamento urbanístico (traduzido formalmente em planos urbanísticos), o parcelamento do solo urbano ou urbanizável, o zoneamento de uso do solo, a ocupação do solo, o reparcelamento. Em cada uma dessas instituições encontramos institutos jurídico-urbanísticos, como: o arruamento, o loteamento, o desmembramento, o solo criado, os índices urbanísticos (taxa de ocupação do solo, coeficiente de aproveitamento do solo, recuos, gabaritos)*"[47].

O mencionado autor não menciona neste ponto os demais instrumentos de controle do uso do solo urbano, como, por exemplo, as limitações ao direito de propriedade, as limitações ao direito de construir, as servidões, a desapropriação, as autorizações e as licenças urbanísticas, os alvarás e outros atos administrativos relacionados à utilização dos espaços urbanos, mas todos eles, sem exceção, se prestam ao controle deste espaço e podem trazer e implementar os apontados padrões urbanísticos.

Por fim, os padrões de drenagem, que assim são definidos pelo dicionário eletrônico da Rede Ambiente:

> "*PADRÕES DE DRENAGEM drainage pattern modèle de drainage modelo de drenaje 'É o arranjo espacial dos canais fluviais que podem se influenciar em seus trabalhos morfogenéticos pela geologia, litologia, e pela evolução geomorfológica da região em que se instalam' (Guerra*, 1978)"[48].

Apontados estes padrões, vejamos como nossos tribunais têm enfrentado as questões jurídicas associadas à determinação de critérios para avaliação dos poluentes, ou, na definição que acima estabelecemos, "*intensidade, concentração, quantidade e características de toda e qualquer forma de matéria ou energia, cuja presença nos recursos ambientais seja permitida*", ou dos critérios fixados para avaliação da

---

[47] SILVA, José Afonso da, *Direito Urbanístico brasileiro*, São Paulo: Malheiros Editores, 1997, 2ª edição, pág. 39.

[48] Definição extraída do site da Rede Ambiente (http://www.redeambiente.org.br/dicionario), em 25 de março de 2012.

"*quantidade de um efluente ou poluente que é aceita em um ambiente dado, tal como traços na água potável ou a quantidade de aditivos no alimento".*

A tímida jurisprudência sobre padrões ambientais.

Consulta à jurisprudências dos tribunais superiores, STF e STJ, e aos tribunais regionais federais, demonstra a quase ausência de decisões abordando questões relacionadas aos critérios ou padrões fixados pelas autoridades para fins de proteção do meio ambiente.

Eis os únicos três acórdãos encontrados após a realização desta pesquisa, utilizando como critério de busca o termo "padrões ambientais":

> *Processo RESP 200800870873*
> *RESP - RECURSO ESPECIAL – 1051306*
> *Relator(a) CASTRO MEIRA Sigla do órgão STJ Órgão julgador SEGUNDA TURMA Fonte DJE DATA:10/09/2010 RIP VOL.:00063 PG:00257 Decisão Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por maioria, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Herman Benjamin que lavrará o acórdão. Vencido o Sr. Ministro-Relator que negava provimento ao recurso." Votaram com o Sr. Ministro Herman Benjamin os Srs. Ministros Humberto Martins, Mauro Campbell Marques e Eliana Calmon. Ementa PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE. DIREITO AO SILÊNCIO. POLUIÇÃO SONORA. ART. 3°, III, ALÍNEA "E", DA LEI 6.938/1981. INTERESSE DIFUSO. LEGITIMIDADE AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. Hipótese de Ação Civil Pública ajuizada com o fito de cessar poluição sonora causada por estabelecimento comercial. 2. Embora tenha reconhecido a existência de poluição sonora, o Tribunal de origem asseverou que os interesses envolvidos são individuais, porquanto afetos a apenas uma parcela da população municipal. 3. A poluição sonora, mesmo em área urbana, mostra-se tão nefasta aos seres humanos e ao meio ambiente como outras atividades que atingem a "sadia qualidade de vida", referida no art. 225, caput, da Constituição Federal. 4. O direito ao silêncio é uma das manifestações jurídicas mais atuais da pós-modernidade e da vida em sociedade, inclusive nos grandes centros urbanos. 5. O fato de as cidades, em todo o mundo, serem associadas à ubiqüidade de ruídos de toda ordem e de vivermos no país do carnaval e de inumeráveis manifestações musicais não retira de cada brasileiro o direito de descansar e dormir, duas das expressões do direito ao silêncio, que encontram justificativa não apenas ética, mas sobretudo fisiológica. 6. Nos termos da Lei 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), também é poluição a atividade que lance, no meio ambiente, "energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos" (art. 3°, III, alínea "e", grifei), exatamente a hipótese do som e ruídos. Por isso mesmo, inafastável a aplicação do art. 14, § 1°, da mesma Lei, que confere legitimação para agir ao Ministério Público. 7. Tratando-se de poluição sonora, e não de simples incômodo restrito aos lindeiros de parede, a atuação do Ministério Público não se dirige à tutela de direitos individuais de vizinhança, na acepção civilística tradicional, e, sim, à defesa do meio ambiente, da saúde e da tranqüilidade pública, bens de natureza difusa. 8. O Ministério Público possui legitimidade para propor Ação Civil*

Pública com o fito de prevenir ou cessar qualquer tipo de poluição, inclusive sonora, bem como buscar a reparação pelos danos dela decorrentes. 9. A indeterminação dos sujeitos, considerada ao se fixar a legitimação para agir na Ação Civil Pública, não é incompatível com a existência de vítimas individualizadas ou individualizáveis, bastando que os bens jurídicos afetados sejam, no atacado, associados a valores maiores da sociedade, compartilhados por todos, e a todos igualmente garantidos, pela norma constitucional ou legal, como é o caso do meio ambiente ecologicamente equilibrado e da saúde. 10. Recurso Especial provido.

Processo
RESP 200200756023
RESP - RECURSO ESPECIAL - 442586
Relator(a)
LUIZ FUX
Sigla do órgão
STJ
Órgão julgador
PRIMEIRA TURMA
Fonte
DJ DATA:24/02/2003 PG:00196 REVJMG VOL.:00163 PG:00825 RSTJ VOL.:00173 PG:00136
Decisão
Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luiz Fux. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.
Ementa
ADMINISTRATIVO. DANO AMBIENTAL. SANÇÃO ADMINISTRATIVA. IMPOSIÇÃO DE MULTA. EXECUÇÃO FISCAL. 1. Para fins da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, art 3º, entende-se por: I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas; II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente; III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lançem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos; 2. Destarte, é poluidor a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental; 3. O poluidor, por seu turno, com base na mesma legislação, art. 14 - "sem obstar a aplicação das penalidades administrativas" é obrigado, "independentemente da existência de culpa", a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, "afetados por sua atividade". 4. Depreende-se do texto legal a sua responsabilidade pelo risco integral, por isso que em demanda infensa a administração, poderá, inter partes, discutir a culpa e o regresso pelo evento. 5. Considerando que a lei legitima o Ministério Público da União e do Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente, é inequívoco que o Estado não pode inscrever sel-executing, sem acesso à justiça, quantum indenizatório, posto ser imprescindível ação de cognição, mesmo para imposição de indenização, o que não se confunde com a multa, em obediência aos cânones do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição. 6. In casu, discute-se tão-somente a aplicação da multa, vedada a

incursão na questão da responsabilidade fática por força da Súmula 07/STJ. 5. Recurso improvido.

Processo
AC 96030142697
AC - APELAÇÃO CIVEL - 304592
Relator(a)
DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Sigla do órgão
TRF3
Órgão julgador
SEXTA TURMA
Fonte
DJU DATA:06/05/2005 PÁGINA: 408
Decisão
Prosseguindo no julgamento, A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação nos termos do voto do(a) Relator(a), vencida a Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, em parte, quanto ao valor de indenização.
Ementa
ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DERRAMAMENTO DE ÓLEO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. 1. O inciso III , do art. 3º da lei nº 6938/81, define poluição como a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente prejudiquem a saúde e o bem estar da população ou criem condições adversas às atividades sociais e econômicas ou afetem desfavoravelmente a biota, e ainda afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente e lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos. 2. Nos termos do artigo 14 da Lei nº 6.938/81, o poluidor é obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade. 3. A Lei nº 9.966/2000, regulamentada pelo Decreto nº 4.136/2002, determina que as penalidades sejam aplicadas mediante procedimento administrativo próprio de cada autoridade competente, que se iniciará com o auto de infração, assegurando-se o contraditório e ampla defesa, sendo que para a aplicação de multa, na hipótese de descarga (Subseções VI a XVII da Seção II) é obrigatória a elaboração de laudo técnico ambiental do incidente, pelo órgão ambiental competente, identificando a dimensão do dano envolvido e as conseqüências advindas da infração. 4. Assim considerando para a descarga de 150 litros de óleo aproximadamente, e considerando que a substância pode ser potencialmente enquadrada, nessa quantidade e nesse local, como classificada na categoria C (risco moderado tanto para a saúde humana como para o ecossistema aquático) fixa-se como valor adequado à reparação do dano R$30.000,00 (trinta mil reais). 5. A indenização deverá ser revertida para o controle e restabelecimento do ecossistema aquático, na área portuária bem como na própria orla marítima de Santos, de molde a vincular-se a indenização estritamente à recomposição local da ocorrência do dano. 6. Afastado o pagamento de honorária pericial por ser indevida, e fixada a incidência de juros de mora à base de 6% ao ano, a partir do evento danoso, segundo a legislação vigente à época deste (Código Civil-1916), e honorária advocatícia reduzida a 10% sobre o valor da condenação. 7. Apelação parcialmente provida.

Tais decisões, as duas primeiras do STJ e a última do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região, em São Paulo, se limitam à transcrição de artigos e incisos da Lei n.º 6.939, de 1981, e que acima abordamos e não enfrentam as questões de conformidade que tais padrões, ou suas determinações pelas autoridades ambientais, provocam.

O direito ambiental, a nosso ver, ganharia eficiência se, em algumas situações específicas, se transferisse a definição dos padrões ambientais, dados essencialmente técnicos, para a esfera de decisão das próprias autoridades ambientais que avaliarem as condições ambientais.

As regras ambientais, se assim fosse, teria uma maior operabilidade.

Aspectos relevantes da "*operabilidade*" das normas jurídicas.

Na avaliação do novo Código Civil de 2002 muitos autores buscaram a compreensão de suas regras através da identificação de seus princípios filosóficos.

Assim, por todos, as considerações do Professor Miguel Reale:

> "*(...) a nova codificação inspirou-se em três princípios filosóficos: o de socialidade*[49]*, o de eticidade*[50] *e o de operabilidade*[51]*. A trama normativa seria o desenvolvimento de tais princípios fundamentais, que estariam na imediatidade da consciência, secundados, naturalmente, por vários outros de menor generalidade*"[52].

A idéia de operabilidade, adotada no novo Código Civil, se presta como fundamento à aplicação adequada de todas as regras jurídicas, o que no nosso caso significa a maior efetividade dos critérios para avaliação das questões ambientais.

Eis o que diz REALE sobre o princípio da operabilidade,

> "*(...) por princípio da operabilidade considerou a Comissão a necessidade de as disposições alcançarem realizabilidade, ou seja, efetividade, condição essencial das normas jurídicas que são feitas para serem aplicadas. (...)*"[53].

Os padrões ambientais, nestes sentido, só teriam "*realizabilidade*", só teriam

---

[49] Este princípio, ainda segundo REALE, importa no acolhimento da "*prevalência do coletivo sobre o individual*", sendo que "*o sentido social (...) uma das características mais marcantes do Projeto, em contraste com o sentido individualista que condiciona*[va] *o Código Civil*" anterior (Apud. NADER, Paulo, *Curso de Direito Civil, Parte Geral*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, pág. 47).

[50] A aplicação deste princípio levou à rejeição "[d]*o exagerado formalismo do Código de 1916, que disciplinava as matérias apenas com regras expressas, não recorrendo senão eventualmente aos princípios de boa-fé, eqüidade, justa causa. Com a nova ordem, a pretensão é a de conferir maior poder ao juiz de fundar a sua decisão em valores éticos*" (Apud. NADER, Paulo, *Curso de Direito Civil, Parte Geral*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, pág. 47).

[51] O sentido deste princípio e desenvolvido no texto principal, já que é nele que encontramos a construção da tese que pretendemos, ou seja, a de que se deve deixar aos órgãos administrativos competentes a possibilidade de fixar os padrões ambientais.

[52] Apud. NADER, Paulo, *Curso de Direito Civil, Parte Geral*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, pág. 47.

[53] Apud. NADER, Paulo, obra citada, pág. 48.

"*efetividade*", se seus parâmetros máximo e mínimos não estiverem cristalizados em noções rigidamente estabelecidas pelo direito positivo.

De outro modo, como sustentamos, o interesse maior por trás da fixação destes padrões, que evidentemente se relaciona à adequada proteção dos bens e interesses ambientais, só se torna tutelado se sua fixação se der de forma a permitir que o administrador considere, na sua aplicação e diante da uma situação concreta, a realidade na qual se encarta a situação de fato posta para seu exame ou avaliação.

É este o sentido da idéia de operabilidade.

Especificando melhor esta idéia, EHRHARDT Jr. aduz que os autores do projeto do Código Civil de 2002 se depararam com as dificuldades criadas pelo "*exacerbado tecnicismo*"[54] de alguns institutos jurídicos do Código Civil de 1916.

A partir desta constatação, eles buscaram retirar dos institutos inseridos no novo código este "*tecnicismo*", ampliando com isto o campo de atuação dos Juízes. Eis o que afirma mencionado doutrinador:

> "*Para facilitar a adequação da nova codificação aos desafios que envolvem o disciplinamento de questões bioéticas (reprogenética humana, por exemplo) e temas relativos ao direito eletrônico e aos aspectos do mundo digital, evitando que ao longo dos anos seus dispositivos percam eficácia social, fez-se opção por não regular no Código (...) matérias polêmicas ou de alta complexidade, cuja discussão ainda é incipiente. Com os avanços dos estudos de tais questões, certamente elas serão objeto de um estatuto jurídico próprio.*
> *Anote-se ainda a opção por conformar um sistema lastreado em cláusulas gerais, que permite a constante incorporação de soluções aos novos problemas de uma sociedade em constante mutação e evolução. Alberto Gosson Jorge Júnior esclarece, citando Karl Engisch, que tais dispositivos seriam um contraponto às normas casuísticas, em face da generalidade e abrangência de seus enunciados normativos, que por si sós não propiciam critérios para a determinação de seu significado.*
> (...) Renzo Gama Soares ressalta que as cláusulas gerais contêm preceitos vagos no antecedente (necessidade, grave dano, obrigação excessivamente onerosa, prestação manifestamente desproporcional...), não apresentando uma solução para o juiz, a quem competirá construir uma solução adequada às peculiaridades do caso concreto. Neste particular, difeririam dos conceitos jurídicos indeterminados, pois nestes casos, quando preenchidos, a solução legal já estaria preestabelecida no próprio dispositivo, já que nesta categoria não exerce o juiz qualquer função criadora.
> *Tem-se, pois, com as cláusulas gerais um antídoto à tipicidade que tradicionalmente caracteriza as normas casuísticas dos códigos e que ao longo dos anos vêm perdendo sua eficácia social (efetividade). Nas cláusulas gerais, exerce o juiz verdadeira função criadora, pois os conceitos não são apenas vagos no antecedente, mas também no conseqüente do dispositivo*

[54] EHRHARDT Jr., Marcos, *Direito civil, LICC e parte geral*, Salvador:Editora JusPodivm, 2009, volume 1, pág. 104.

> *normativo. (...). Esse é o substrato que orienta a atuação dos aplicadores do direito*"[55].

O mesmo autor ainda relembra observação feita pelos doutrinadores Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery sobre a importância a importância desta "*técnica legislativa*": "*a técnica legislativa modera se dá por meio de conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais, que dão mobilidade ao sistema, flexibilizando a rigidez dos institutos jurídicos e dos regramentos do direito positivo*"[56].

Como restou evidenciado acima, a operabilidade não tem outra feição senão a do escopo social a ser perseguido pelo exegeta, na interpretação da norma. Com efeito, já nos idos de 1916 tinha o legislador preocupação com o excesso de tipicidade nas normas jurídicas postas no Código Civil, tanto que fez consignar, na à época chamada Lei de Introdução ao Código Civil, a necessidade de se buscar, na aplicação da lei, a sua finalidade social.

O Decreto-Lei no 4.657/42, cuja edição se deu após a entrada em vigor do Código Civil de 1916, destinava-se apenas a estabelecer parâmetros de aplicação do mencionado Código de 1916 e trazia em seu artigo 5º:"Art. 5°. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum."

Com o advento da Constituição de 1988, passou a Ordem Constitucional a impregnar-se de valores sociais, os quais, guindados ao nível de Direitos Fundamentais, passaram a nortear o legislador e os aplicadores do Direito no sentido de que, em sua missão de informar o conteúdo dos atos normativos, considerassem o Direito não só como um instrumento de pacificação social, mas como um instrumento de proteção dos valores sociais, como um instrumento de agregação social.

Esse pensamento acabou por fazer realidade normativa o que, com a Carta de 1988, vinha sendo observado na prática. A finalidade social e o bem comum, que na infraconstitucionalidade deveriam ser considerados apenas na exegese do Código Civil, passaram a ser parâmetro de observância obrigatória na exegese de todas as normas de Direito com a edição da Lei 12.376/2010.

A Lei 12.376, de 30 de dezembro de 2010, cujo texto alterou a ementa do Decreto Decreto-Lei no 4.657/42, passou a tratá-lo não mais como Lei de Introdução ao Código Civil, mas como Lei de Introdução às normas do Direito. Com isso, o escopo

---

[55] EHRHARDT Jr., Marcos, *Direito civil, LICC e parte geral*, Salvador:Editora JusPodivm, 2009, volume 1, págs. 104 e 105.

[56] EHRHARDT Jr., Marcos, *Direito civil, LICC e parte geral*, Salvador:Editora JusPodivm, 2009, volume 1, pág. 105.

social, que deveria ser buscado sempre que se pretendesse dar concreticidade às normas privadas, também passou a nortear o exegeta na aplicação de toda e qualquer norma de Direito, legal ou infralegal.

Dessa forma, a operabilidade, cujo conteúdo não é outro senão o da busca da finalidade social da norma, passou a informar também as autoridades responsáveis pela edição de normas ambientais, já que a operabilidade melhor se realiza quando a norma abre flanco que seu aplicador considere a realidade do caso concreto em sua aplicação.

Na verdade, a própria Constituição Federal reconhece a diferença de realidade econômica entre as várias regiões da República Federativa do Brasil, ao dispor, em capítulo reservado ao tratamento da Ordem Econômica, especificadamente no seu artigo 174, §1º, que "*a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento*"

A mesma idéia se vê normativamente materializada no artigo 3º, III, da atual Constituição, cujo texto prevê como objetivo da República Federativa do Brasil a redução das desigualdades regionais.

Note-se que a Constituição, ao gravar a República Federativa do Brasil com o objetivo de reduzir as desigualdades regionais, ampliou o espectro normativo do artigo 5º do Decreto-Lei 4.657/42, de modo não considerar apenas o juiz como destinatário da letra desse dispositivo. Para além, devem também o legislador e o Administrador Público, mormente o ambiental, ter como norte de aplicação da norma o interesse social e o bem comum, o que iniludivelmente traz ínsito o escopo da promoção da igualdade substancial posto no artigo 3º, III, da Constituição Federal.

Parece-nos incompatível com a idéia de se dispensar tratamento desigual a realidades economicamente desiguais que, para espaços que ostentem grandes diferenças econômicas, sejam adotados padrões ambientais de conteúdo normativo absolutamente iguais, que não permitam que se considerem as necessidades e contingências próprias de cada região.

Verdadeiramente, não se alcança o escopo de redução das desigualdades se não se consideram as desigualdades entre duas realidades distintas.

Evidente, assim, que os padrões ambientais devam vir expressos sob a forma de cláusulas gerais, cuja redação permita ao Administrador avaliar as especificidades de cada espaço posto para a sua apreciação, de modo a permitir o adequado desenvolvimento econômico desse mesmo espaço.

Não se desconsidera, aqui, a possibilidade de, a pretexto de se aplicarem normativos em cujo texto se encontrem cláusulas gerais e abertas, perpetrarem-se atos lesivos ao meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável. No entanto, se o argumento contrário à proposta que ora se defende diz com esse risco, o qual recomendaria a tipificação desses padrões ambientais, convém que se recorda a existência de outros meios normativos de controle do Administrador Público responsável pela aplicação da norma ambiental. De fato, ao lado da responsabilização penal, posta em capítulo do Estatuto Repressivo reservado aos crimes praticados por servidor público, ergue-se a Lei de Improbidade, a qual vem se mostrando um eficiente instrumento de controle da atuação administrativa.

É fácil perceber a aplicabilidade disto na questão dos padrões ambientais e, ainda, mais do que isto, a efetividade maior que esta "*flexibilidade*" daria às regras protetivas do meio ambiente, que, acima de tudo, deve ser o norte do intérprete quando dá aplicação às regras jurídicas.

Tais teses não são estranhas ao direito brasileiro.

De forma indireta podemos depreender de duas situações a utilização de critérios flexíveis para a avaliação de riscos ou a definição da responsabilidade jurídica. No último caso a questão do tabelamento de preços e das normas penais em branco, no primeiro caso a dos organismos geneticamente modificados.

Vejamos estes casos.

As normas penais em branco e o tabelamento de preços. O precedente jurisprudencial.

O art. 3.º do Código Penal, estabelecendo regra jurídica para disciplina das leis chamadas temporárias ou excepcionais, tem a seguinte redação:

> *Lei excepcional ou temporária (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*
> *Art. 3º - A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984).*

Esta norma dá origem à teoria da norma penal em branco.

De acordo com a doutrina, esta norma é "*uma norma de composição incompleta*,

pois necessita de complementação de outra disposição legal já existente ou futura"[57].

Os casos jurisprudenciais mais freqüentes sobre tais normas envolveram os tabelamentos de preços e a infração de medida sanitária preventiva, como tipificado no art. 268 do Código Penal. Este artigo, mencionado sempre como exemplo de norma penal em branco, tem a seguinte redação:

> *Infração de medida sanitária preventiva*
> *Art. 268 - Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa:*
> *Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa.*
> *Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro.*

A edição posterior de ato do poder público, contendo especificamente as "*determinações*" para controle de "*doença contagiosa*" fazem com que a norma penal se complemente.

O caso do tabelamento de preços, no mesmo sentido, envolvia a complementação de normas penais por atos administrativos posteriores, que assumiam a natureza de atos legais ou infralegais, objeto de regulamento ou instrução normativa.

Neste caso, muitos são os precedentes judiciais.

Para mencionar alguns desses precedentes, e no ponto que nos interessa mais de perto,

> *Processo*
> *HC 174165 / RJ*
> *HABEAS CORPUS*
> *2010/0095981-1*
> *Relator(a)*
> *Ministro GILSON DIPP (1111)*
> *Órgão Julgador*
> *T5 - QUINTA TURMA*
> *Data do Julgamento*
> *01/03/2012*
> *Data da Publicação/Fonte*
> *DJe 08/03/2012*
> *Ementa*
> *CRIMINAL. HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL. ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO III, DA LEI Nº 9.605/98. NORMA PENAL EM BRANCO. DENÚNCIA OFERECIDA SEM EXPOSIÇÃO DA NORMA INTEGRATIVA. INÉPCIA. ORDEM CONCEDIDA.*
> *I. Denúncia oferecida pelo delito de comercialização de pescados proibidos ou em lugares interditados por órgão competente.*
> *II. Tratando-se de norma penal em branco, é imprescindível a complementação para conceituar a elementar do tipo "espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibidas".*

[57] *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, Alberto Silva Franco et al., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, 5.ª edição, pág. 62.

III. O oferecimento de denúncia por delito tipificado em norma penal em branco sem a respectiva indicação da norma complementar constitui evidente inépcia, uma vez que impossibilita a defesa adequada do acusado. Precedentes.
IV. Ordem concedida.

Processo
HC 95939 / MG
HABEAS CORPUS
2007/0288318-8
Relator(a)
Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (1133)
Órgão Julgador
T5 - QUINTA TURMA
Data do Julgamento
19/02/2009
Data da Publicação/Fonte
DJe 30/03/2009
Ementa
HABEAS CORPUS. PACIENTE DENUNCIADO POR INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA (ART. 1o., I DA LEI 8.176/91). NORMA PENAL EM BRANCO. DESNECESSIDADE DE COMPLEMENTAÇÃO POR LEI EM SENTIDO FORMAL. PRECEDENTE DESTE STJ. VENDA IRREGULAR DE GLP. DESCRIÇÃO, EM TESE, DE CONDUTA TÍPICA. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.
1. O art. 1º, I, da Lei 8.176/91, ao proibir o comércio de combustíveis em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei, é norma penal em branco em sentido estrito, porque não exige a complementação mediante lei formal, podendo sê-lo por normas administrativas infralegais, estas sim, estabelecidas "na forma da lei" (RHC 9.834/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJU 05.06.01).
2. Descreve a denúncia condutas que, em tese, se amoldam ao delito previsto no art. 1o, I da Lei 8.176/91 e normas complementares citadas, o que autoriza a continuidade da persecução penal em juízo, visto que o paciente estava comprando bujões de GLP de revendedora não autorizada, além de não possuir, no local de armazenamento, balança para a pesagem de bujões e tampouco mantendo, na área, material necessário para teste de vazamento, além de fixar a tabela de preços ao consumidor em local de difícil visualização.
3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.
4. Ordem denegada.

O caso dos padrões ambientais e os organismos geneticamente modificados.

A situação específica dos chamados organismos geneticamente modificados levou à estruturação de dispositivos normativos distintos para regulamentação de sua utilização.

Há, como destaca nossa doutrina, um conceito jurídico “instrumental” destes organismos.

Carvalho Rocha, por todos, faz uma introdução interessante sobre tais OGM, antes de apresentar um consistente conceito deles.

Eis suas considerações:

> "*(...) a biotecnologia não é algo novo. Desde o Neolítico, há dez mil anos, quando a espécie humana passou a praticar a agricultura e a domesticar animais, genes são manipulados para as mais diversas finalidades, notadamente para atender às necessidades humanas quanto a alimentação, e também na especialização funcional de determinadas espécies em atividades de guarda e transporte. Mas isso tem sido feito de forma indireta, sem sequer haver conhecimento da existência do código genético e de uma base bioquímica comum para toda a vida orgânica, descobertas do século XX. As inúmeras espécies que tiveram a evolução natural modificada em razão da sua utilidade para o ser humano foram submetidas a um longo processo que resultou em pequenas diferenciações, comparadas com o potencial da moderna engenharia genética.*
> *As técnicas e procedimentos tradicionais ainda são largamente utilizados, e podem ser exemplificados com o cruzamento seletivo de espécimes, o descarte de espécimes com características consideradas indesejáveis, a introdução de espécimes já domesticadas em ecossistemas novos e pela enxertia, no caso dos vegetais. Também se incluem entre as denominadas 'biotecnologias tradicionais' as técnicas de fermentação, mediante bactérias e leveduras, a produção de biocombustíveis e a depuração de águas residenciais mediante microorganismos. A biotecnologia, portanto, não é única, mas antes constitui uma pluralidade de técnicas que utilizam organismos vivos para fabricar ou modificar produtos e, na perspectiva da utilidade ao homem, melhorar plantas e animais e desenvolver microorganismos para usos específicos.*
> *Mas as idéias de gene e de código genético, remontam, respectivamente, a 1865, com Gregor Mendel, e a 1953, com James D. Watson, Maurice H. F. Wilkins e Francis H. Compton Crick. Antes da descoberta do ácido desoxirribonucléico (ADN) e do ácido ribonucléico (ARN) não é possível falar em recombinação genética e em organismo geneticamente modificado (OGM). O salto qualitativo expresso pelo ADN recombinante evidencia-se pelo que a manipulação genética possibilita: a) intercâmbio artificial de material genético entre duas espécies escolhidas ao acaso, sem que haja parentesco genético entre elas; b) imprevisibilidade dos efeitos da alteração na bioquímica e na fisiologia do organismo resultante; c) recombinação genética mediante vetores que atuam como parasitas genéticos, reduzindo a capacidade de imunização do organismo receptor (sem o que poderia haver a destruição do material genético recombinante)*"[58].

Tais questões fundamentais e justificam o cuidado na deliberação administrativa que autoriza o uso destes organismos.

O procedimento, pela própria "*manipulação genética*" que possibilita, é essencialmente distinto da técnica tradicional e torna importante a adequada informação às autoridades públicas quando do requerimento de autorização para uso destes organismos.

---

[58] CARVALHO ROCHA, João Carlos de, *Direito ambiental e transgênicos, princípios fundamentais da biossegurança*, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008, págs. 123 e seguintes.

A definição legal deles é objeto do inciso V do artigo 3º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, que tem a seguinte redação:

> *Art. 3o Para os efeitos desta Lei, considera-se:*
> *V – organismo geneticamente modificado - OGM: organismo cujo material genético – ADN/ARN tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética;*
> *VI – derivado de OGM: produto obtido de OGM e que não possua capacidade autônoma de replicação ou que não contenha forma viável de OGM;*

Na definição do procedimento a ser adotado para autorização de uso destes organismos, a lei mencionada dá a necessária estruturação à Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio[59], estabelecendo como sua atribuição, sem a fixação prévia de qualquer tipo de critério de avaliação, o seguinte:

> Art. 14. Compete à CTNBio:
> I – estabelecer normas para as pesquisas com OGM e derivados de OGM;
> II – estabelecer normas relativamente às atividades e aos projetos relacionados a OGM e seus derivados;
> III – estabelecer, no âmbito de suas competências, critérios de avaliação e monitoramento de risco de OGM e seus derivados;
> IV – proceder à análise da avaliação de risco, caso a caso, relativamente a atividades e projetos que envolvam OGM e seus derivados;
> V – estabelecer os mecanismos de funcionamento das Comissões Internas de Biossegurança – CIBio, no âmbito de cada instituição que se dedique ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico e à produção industrial que envolvam OGM ou seus derivados;
> VI – estabelecer requisitos relativos à biossegurança para autorização de funcionamento de laboratório, instituição ou empresa que desenvolverá atividades relacionadas a OGM e seus derivados;
> VII – relacionar-se com instituições voltadas para a biossegurança de OGM e seus derivados, em âmbito nacional e internacional;
> VIII – autorizar, cadastrar e acompanhar as atividades de pesquisa com OGM ou derivado de OGM, nos termos da legislação em vigor;
> IX – autorizar a importação de OGM e seus derivados para atividade de pesquisa;
> X – prestar apoio técnico consultivo e de assessoramento ao CNBS na formulação da PNB de OGM e seus derivados;
> XI – emitir Certificado de Qualidade em Biossegurança – CQB para o desenvolvimento de atividades com OGM e seus derivados em laboratório,

[59] O artigo 10 da lei, dispondo sobre essa Comissão, estabelece que "*A CTNBio, integrante do Ministério da Ciência e Tecnologia, é instância colegiada multidisciplinar de caráter consultivo e deliberativo, para prestar apoio técnico e de assessoramento ao Governo Federal na formulação, atualização e implementação da PNB de OGM e seus derivados, bem como no estabelecimento de normas técnicas de segurança e de pareceres técnicos referentes à autorização para atividades que envolvam pesquisa e uso comercial de OGM e seus derivados, com base na avaliação de seu risco zoofitossanitário, à saúde humana e ao meio ambiente*".

instituição ou empresa e enviar cópia do processo aos órgãos de registro e fiscalização referidos no art. 16 desta Lei;

XII – emitir decisão técnica, caso a caso, sobre a biossegurança de OGM e seus derivados no âmbito das atividades de pesquisa e de uso comercial de OGM e seus derivados, inclusive a classificação quanto ao grau de risco e nível de biossegurança exigido, bem como medidas de segurança exigidas e restrições ao uso;

XIII – definir o nível de biossegurança a ser aplicado ao OGM e seus usos, e os respectivos procedimentos e medidas de segurança quanto ao seu uso, conforme as normas estabelecidas na regulamentação desta Lei, bem como quanto aos seus derivados;

XIV – classificar os OGM segundo a classe de risco, observados os critérios estabelecidos no regulamento desta Lei;

XV – acompanhar o desenvolvimento e o progresso técnico-científico na biossegurança de OGM e seus derivados;

XVI – emitir resoluções, de natureza normativa, sobre as matérias de sua competência;

XVII – apoiar tecnicamente os órgãos competentes no processo de prevenção e investigação de acidentes e de enfermidades, verificados no curso dos projetos e das atividades com técnicas de ADN/ARN recombinante;

XVIII – apoiar tecnicamente os órgãos e entidades de registro e fiscalização, referidos no art. 16 desta Lei, no exercício de suas atividades relacionadas a OGM e seus derivados;

XIX – divulgar no Diário Oficial da União, previamente à análise, os extratos dos pleitos e, posteriormente, dos pareceres dos processos que lhe forem submetidos, bem como dar ampla publicidade no Sistema de Informações em Biossegurança – SIB a sua agenda, processos em trâmite, relatórios anuais, atas das reuniões e demais informações sobre suas atividades, excluídas as informações sigilosas, de interesse comercial, apontadas pelo proponente e assim consideradas pela CTNBio;

XX – identificar atividades e produtos decorrentes do uso de OGM e seus derivados potencialmente causadores de degradação do meio ambiente ou que possam causar riscos à saúde humana;

XXI – reavaliar suas decisões técnicas por solicitação de seus membros ou por recurso dos órgãos e entidades de registro e fiscalização, fundamentado em fatos ou conhecimentos científicos novos, que sejam relevantes quanto à biossegurança do OGM ou derivado, na forma desta Lei e seu regulamento;

XXII – propor a realização de pesquisas e estudos científicos no campo da biossegurança de OGM e seus derivados;

XXIII – apresentar proposta de regimento interno ao Ministro da Ciência e Tecnologia.

§ 1o Quanto aos aspectos de biossegurança do OGM e seus derivados, a decisão técnica da CTNBio vincula os demais órgãos e entidades da administração.

§ 2o Nos casos de uso comercial, dentre outros aspectos técnicos de sua análise, os órgãos de registro e fiscalização, no exercício de suas atribuições em caso de solicitação pela CTNBio, observarão, quanto aos aspectos de biossegurança do OGM e seus derivados, a decisão técnica da CTNBio.

§ 3o Em caso de decisão técnica favorável sobre a biossegurança no âmbito da atividade de pesquisa, a CTNBio remeterá o processo respectivo aos órgãos e entidades referidos no art. 16 desta Lei, para o exercício de suas atribuições.

§ 4o A decisão técnica da CTNBio deverá conter resumo de sua fundamentação técnica, explicitar as medidas de segurança e restrições ao uso do OGM e seus derivados e considerar as particularidades das diferentes regiões do País, com o objetivo de orientar e subsidiar os órgãos e entidades de registro e fiscalização, referidos no art. 16 desta Lei, no exercício de suas atribuições.

> § 5o Não se submeterá a análise e emissão de parecer técnico da CTNBio o derivado cujo OGM já tenha sido por ela aprovado.
>
> § 6o As pessoas físicas ou jurídicas envolvidas em qualquer das fases do processo de produção agrícola, comercialização ou transporte de produto geneticamente modificado que tenham obtido a liberação para uso comercial estão dispensadas de apresentação do CQB e constituição de CIBio, salvo decisão em contrário da CTNBio.

Destes dispositivos, especificamente no que interessa ao desenvolvimento deste trabalho, vale destacar as previsões inseridas no inciso III ("*estabelecer, no âmbito de suas competências, critérios de avaliação e monitoramento de risco de OGM e seus derivados*") e no inciso IV ("*proceder à análise da avaliação de risco, caso a caso, relativamente a atividades e projetos que envolvam OGM e seus derivados*").

Estas disposições, como destacamos, transferem a escolha do critério técnico para avaliação dos "*risco*[s] *de OGM*" para o caso concreto, o que inegavelmente amplia a possibilidade de adequada atuação do órgão público responsável pela autorização de uso destes organismos.

Considerações finais.

Como demonstrado acima, nem sempre a fixação rígida de um padrão ambiental é suficiente para uma adequada proteção do meio ambiente.

Vimos, neste sentido, que a aplicação do princípio da operabilidade fundamenta a adequação da regra jurídica aos "desafios" tecnológicos e torna a lei aplicável às questões decorrentes deste mesmo desenvolvimento tecnológico.

Nas considerações sobre a autorização para uso dos organismos geneticamente modificados apontados a inversão do procedimento adota, sendo que as autoridades, neste caso, receberam legalmente a atribuição de avaliar "*caso a caso*" os "*risco*[s] *de OGM*[s]", como destacamos.

A efetividade da norma ambiental e a imprescindível ação de proteção do meio ambiente, assim, não podem prescindir da fixação aberta de tipos legais, nem muito menos da utilização na elaboração da norma jurídica de cláusulas abertas ou gerais, deixando a fixação de alguns de seus elementos ao próprio aplicador do direito, como se fez no caso dos OGMs.

Só assim, com efeito, viabilizaremos a efetividade necessária às regras de proteção ao meio ambiente.

Bibliografia.

CARVALHO ROCHA, João Carlos de, *Direito ambiental e transgênicos, princípios fundamentais* da biossegurança, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, Alberto Silva Franco et al., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, 5.ª edição.

Conselho Nacional do Meio Ambiente, Resoluções do CONAMA, 1984/2008, Brasília: CONAMA, 2008.

Dicionário de direito ambiental – Terminologia das leis do meio ambiente, Coordenado por KRIEGER, Maria das Graças, ROCHA, João Carlos de Carvalho, et alii, Porto Alegre: Editora da Universidade /UFRGS.

Dicionário Houaiss, Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001.

EHRHARDT Jr., Marcos, *Direito civil, LICC e parte geral*, Salvador:Editora JusPodivm, 2009, volume 1.

NBR 14001:2004.

Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, Curitiba: Positivo, 2004.

LEME MACHADO, Paulo Affonso, *Direito ambiental brasileiro*, São Paulo: Ed. Malheiros, 17a. Edição, 2009.

NADER, Paulo, *Curso de Direito Civil, Parte Geral*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

RIBEIRO, José Cláudio Junqueira, *O ar que respiramos*, artigo disponibilizado pelo autor.

RIBEIRO, José Cláudio Junqueira, *Indicadores ambientais: avaliando a política de meio ambiente no estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte: SEMAD, 2006.

SÁNCHEZ, Luis Enrique, *Avaliação de impacto ambiental, conceitos e métodos*, São Paulo: Oficina de Textos, 2008.

SILVA, José Afonso da, *Direito Urbanístico brasileiro*, São Paulo: Malheiros Editores, 1997, 2ª edição.

SIRVINSKAS, Luís Paulo, *Manual de direito ambiental*, São Paulo: Saraiva, 10ª edição, 2012.

Site [http://www.redeambiente.org.br/dicionario.asp?letra=P&id_word=558], para o termo "padrões", capturado em 10 de março de 2012.

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 7 da Revista DIKÉ, referente ao primeiro semestre do ano de 2013.

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; douglas.cristian@r7.com, até o dia 10 de Setembro 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.

Cabe salientar que a revista diké possui Sistema de Classificação de Periódicos, Qualis, de responsabilidade da CAPES sendo contemplada com uma tripla classificação. Em direito, C, em História, B5 e, em Filosofia, B5.

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