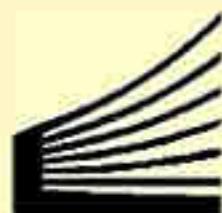


DIKÉ

REVISTA DO
MESTRADO EM DIREITO DA UFS

VOL 3 Nº1 JAN | JUL 2014

03



Editora UFS

A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO
CIVIL DE FAZER OU NÃO FAZER

Láís Gramacho Colares¹

RESUMO

O artigo 461, §5º do Código de Processo Civil abarca uma série de possibilidades de meios coercitivos para obrigar o devedor a cumprir sua obrigação de fazer ou não fazer. Diante deste rol, parte da doutrina de processo civil vem se inclinando para a possibilidade de se incluir a prisão civil como um exemplo deste rol, alcançando-se a efetividade da tutela específica. No entanto, o artigo 5º, LXVII da Constituição veda qualquer tipo de prisão civil no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo apenas duas exceções, o devedor de alimentos e o depositário infiel. Assim, ainda que concebendo o direito à efetividade da tutela específica como um direito fundamental, num juízo de ponderação, não poderia prevalecer sobre o direito à liberdade, também fundamental e expressamente tutelado pela Constituição.

ABSTRACT

The 461, §5º article of the Civil Process Code attends several possibilities and restraining instruments to compel the debtor to satisfy his negative or affirmative covenant. Based on this list, authorities of civil process understands that there is a possibility of civil prison as an exemple of these roll, reaching the effectiveness of the specific performance. However, the 5º article (LXVII) of the Constitution forbid any kind of civil prison, bringing only two exceptions, alimony debtor and unfaithful depositary. Thus, even though the specific performance has become as a fundamental right, on a weighing of issues, could not preponderate over the freedom right, also a fundamental right protected by the Constitution.

PALAVRAS-CHAVES

Prisão civil, obrigação de fazer e não fazer, direito fundamental, ponderação.

Civil prison, negative or affirmative covenant, fundamental right, weighing of issues.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal Brasileira tutela expressamente o direito à liberdade e suas restrições em diversos dispositivos, destacando-se o artigo 5º, XLI, LXI, LXVII.

Ora, é bem sabido que o artigo 5º da Constituição Federal está no rol dos direitos e garantias fundamentais (Título II), sendo cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV) e não podendo ter interpretação restritiva de forma a dificultar a concretização de suas disposições, mas sim no sentido de ampliar formas de assegurar estes direitos.

A prisão é um instituto que fatalmente vai esbarrar no direito à liberdade, elencado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal e, por isso, este artigo traz, em seu elenco, especificamente, as possibilidades de sua aplicação somente nas hipóteses em que é clara a violação de direitos concebidos expressamente como superiores ao da liberdade, tendo em vista o “sopesamento” dos direitos fundamentais. Já há, inclusive, restrições da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF)² na aplicação destas exceções, decorrentes da aplicação do Pacto de São José da Costa Rica ao ordenamento jurídico interno (já que sua adesão foi posterior à Emenda Constitucional nº 45/2004).

Diante disso, questiona-se se poderia a doutrina conceber outras formas de restrições à liberdade da pessoa humana, sob o argumento de existirem outros direitos fundamentais que se sobrepoem ao da liberdade no caso concreto.

Isso porque parte da doutrina do processo civil vem conferindo interpretação ampliativa ao artigo 461, §5º do Código de Processo Civil (CPC), de forma a entender que este dispositivo, ao elencar um rol exemplificativo (com as alterações promovidas pela Lei nº 8.952/94 e pela Lei nº 10.444/02), estaria conferindo ao magistrado a possibilidade de decretar a prisão civil ao condenado, como meio coercitivo para a efetivação de uma obrigação de fazer ou não fazer específica.

É diante de certa discricionariedade conferida por este dispositivo ao magistrado, mitigando, de certa forma, a inércia de seu posicionamento, que se faz necessário avaliar se o magistrado poderia determinar a prisão civil por descumprimento de tal obrigação, como um meio de alcançar a efetividade da tutela específica.

Questiona-se ainda o fato de, se a Constituição só elenca duas exceções para a prisão civil, ainda que trate do requisito de ser por “dívida”, estaria, de fato, vedando a possibilidade de existência de outras espécies de prisões civis, estando estas, portanto, terminantemente vedadas?

¹ Mestranda em direito público pela Universidade Federal da Bahia (<http://lattes.cnpq.br/9783905918797150>).

² Habeas Corpus 87585, Recurso Extraordinário (RE) 349703, RE 466343.

A doutrina processual vem debatendo essas possibilidades, o que demonstra a necessidade de atenção àquilo que a Carta Magna se propõe a estabelecer para o ordenamento jurídico brasileiro, sendo urgente a preservação dos direitos que concretizam um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88).

Neste diapasão, a intenção deste artigo é avaliar a possibilidade ou não de interpretação restritiva ao direito fundamental da liberdade, como meio de efetivar a tutela jurisdicional contemplada para outros direitos igualmente fundamentais, tendo em vista o contexto jurídico-social em que o ordenamento se pauta.

1. A FALÊNCIA DO INSTITUTO DA PRISÃO CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

De acordo com o art. 5º, inciso LXVII da Constituição Federal “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

A prisão do devedor de alimentos é uma hipótese excepcional que prevê a Constituição Federal para a prisão civil no ordenamento jurídico brasileiro. De acordo com a redação do art. 5º, inciso LVII, da Carta Magna, a prisão do devedor de alimentos somente deve ser aplicada em hipóteses restritas, havendo um regramento específico, já que este dispositivo restringe a sua aplicação para a hipótese de “inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia”.

Cumprido ressaltar que a prisão civil “não constitui propriamente pena, mas meio de *coerção*, expediente destinado a forçar o devedor a cumprir a obrigação alimentar. Por essa razão, será imediatamente revogada se o débito for pago”³.

Importante salientar que, apesar de sua previsão constitucional, ainda prevalece uma discussão fervente na doutrina acerca da própria subsistência da aplicação da prisão civil do devedor de alimentos, diante das outras tantas possibilidades de execução, por via das quais se poderia galgar a satisfação de forma menos onerosa à liberdade individual. Haveria, assim, uma prioridade quanto ao meio executivo a ser utilizado?

Segundo Araken de Assis, “em nome da ideologia liberal, basicamente preocupada em preservar o princípio da intangibilidade física do executado, ainda que provoque a dor, a penúria e mesmo a morte do alimentário, avalia-se desfavoravelmente o aprisionamento do devedor”⁴.

A respeito desta interpretação legislativa, esclarece Carlos Roberto Gonçalves que se o credor de alimentos não optar pela execução por quantia certa, aí sim “deverá respeitar uma *ordem de prioridades*, em respeito à liberdade individual do alimentante”⁵, não podendo o alimentando postular, simultaneamente, a execução por quantia certa e a prisão do devedor inadimplente. Ou seja, “se esses expedientes do chamado ‘pagamento direto’ mostrarem-se inviáveis, daí sim poderá o credor requerer ao juiz, com base no art. 733 do Código de Processo Civil, a citação do devedor para, ‘em três dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo’, *sob pena de prisão*”⁶.

No entanto, o entendimento predominante e mais de acordo com a tendência atual de extirpar da execução o abuso de direito, comumente configurado em hipóteses como a que se vislumbra, é o de que a execução deve se dar na seguinte ordem: desconto em folha, expropriação de bens e, somente na impossibilidade dos dois primeiros, a determinação da prisão civil, como medida coercitiva, destinada a forçar o pagamento⁷.

Coaduna-se, portanto, do entendimento moderno segundo o qual a prisão civil do devedor de alimentos inadimplente deve ser a última alternativa, a ser aplicada apenas se esgotados todos os meios executivos cabíveis, tendo em vista a gravidade do cerceio da liberdade individual.

Quanto à delimitação do objeto da execução através da prisão, há uma resistência ao seu emprego em relação aos alimentos pretéritos. Isso porque o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu que “o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três últimas prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que vencerem no curso do processo” (súmula 309 do STJ).

Carlos Roberto Gonçalves entende que “é preciso verificar, contudo, se as prestações pretéritas tornaram-se antigas devido à má-fé e desídia do devedor ou às dificuldades e carências do credor, não se aplicando o

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro Vol. VI (Direito de Família)*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005. p. 501.

⁴ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. P. 895.

⁵ GONÇALVES, *Op. Cit.*, 2005. p. 500.

⁶ *Ibidem*. 501.

⁷ DIDIER JR., CUNHA, BRAGA, OLIVEIRA, *Op. Cit.*, 2009. P. 692.

referido critério no primeiro caso”⁸. Entende ainda este autor que “não pode o magistrado impor, de ofício, o rito do art. 733 do estatuto processual somente para a cobrança das três últimas prestações, cindindo-se a das pretéritas ao rito do art. 732. Tal determinação não está incluída nos poderes do juiz”⁹.

A prisão civil do devedor de alimentos também não deveria ter mais aplicação atualmente, ante a expansão dos meios de coerção patrimonial implementada pela lei 11.232/2005, que incluiu meios eficazes de constrição patrimonial ao art. 475-J do CPC, como é o caso do acréscimo ao valor de uma multa de 10% caso ultrapassado o prazo para pagamento e a indicação de bens à penhora pelo exequente. Por essa razão, acaso o Judiciário Brasileiro se utilizasse, de forma adequada, rápida e eficaz, dos meios executórios disponíveis pelo ordenamento, dificilmente o devedor que tem patrimônio sairia ileso e, por esta razão, a prisão civil, última opção como meio de coerção para o pagamento, cairia, por certo, em desuso.

Com a aplicação eficaz das novas regras para a execução patrimonial, a prisão civil do devedor de alimentos não mais subsistirá, haja vista que somente prevaleceria na hipótese de o devedor não possuir qualquer tipo de patrimônio, caso em que o inadimplemento não seria inescusável, como exige o preceito constitucional (art. 5º, LXVII da CF/88).

A outra hipótese excepcional prevista pela Constituição é a do depositário infiel. O contrato de depósito está previsto no Capítulo IX do Título VI (Das várias espécies de contratos) do Livro I da Parte Especial do Código Civil de 2002, que traz regulamentação para a matéria. De acordo com Caio Mário da Silva Pereira, dissecando o conceito inserto no art. 627 deste Código, “depósito é o contrato pelo qual uma pessoa (depositário) recebe um objeto móvel para guardar, até que o depositante o reclame (Código Civil, art. 627)”¹⁰.

O contrato de depósito pode extinguir-se por diversas maneiras: vencimento do prazo (se fixado); por conveniência do depositante (ainda que antes do prazo estipulado); pela faculdade do depositário de promover a resilição através do recolhimento da coisa ao depósito público, nos casos permitidos (quando desconfia que a coisa foi dolosamente obtida, por exemplo); pelo perecimento da coisa; pela incapacidade superveniente do depositante; ou pela morte do depositário, já que é um contrato *intuitu personae*.

Assim, acaso o depositário seja compelido a restituir a coisa e assim não o fizer, será considerado infiel, incorrendo naquilo que preceitua o art. 652 do Código Civil, cuja redação determina que “seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos”.

Segundo Orlando Gomes, “tal medida não é considerada, porém, genuína *pena*, mas, antes, enérgico e pronto meio para compelir o depositário a restituir o que tomou para guardar, a impedir que cometa apropriação indébita”¹¹. Completa este autor considerando que, seja como pena ou simples meio coercitivo, em qualquer destas concepções, “a verdade é que tem caráter violento, conservando-se, nas legislações, como resquício da prática da odiosa prisão civil por dívida”¹².

Apesar do retrocesso da manutenção deste instituto, em relação ao depositário infiel, já há uma tendência em restringir a sua aplicação. Para sofrer esta coerção, o depositário tem que se obrigar expressamente, como esclarece a súmula 304 do Superior Tribunal de Justiça: “é ilegal a decretação da prisão civil daquele que não assume expressamente o encargo de depositário judicial”. O Supremo Tribunal Federal também restringe a aplicação da coerção no caso do falido, determinando que “é descabida a prisão civil do depositário quando, decretada a falência da empresa, sobrevém a arrecadação do bem pelo síndico” (súmula 305 do STF).

De acordo com o art. 904 do Código de Processo Civil, a prisão somente poderá ser decretada se e quando o réu da ação de depósito deixar de cumprir o mandado de restituição da coisa ou de seu equivalente em dinheiro. Ou seja, não é o mero descumprimento da obrigação de restituir a coisa que gera, automaticamente, a prisão, mas esta só pode ser decretada mediante a ação específica para esta tutela (ação de depósito), se ainda assim o depositário infiel permanecer no descumprimento.

Além disso, a prisão precisa estar expressamente formulada como pedido na petição inicial e cominada na sentença, viabilizando-se o seu cumprimento, de acordo com o art. 475-I e seguintes do CPC. Disto se

⁸ GONÇALVES, *Op. Cit.*, 2005. p. 506.

⁹ *Ibidem*. P. 507.

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Vol. III (Contratos)*. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. P. 359.

¹¹ GOMES, *Op. Cit.*, 2008. P. 421.

¹² *Ibidem*.

depreende que a prisão somente será decretada após a sentença, a partir do descumprimento do mandado de restituição, cuja expedição é por ela determinada.

A exceção a esta regra está na hipótese do art. 666 do Código de Processo Civil, que trata do depositário judicial de bens penhorados, na qual a decretação da prisão por sua infidelidade não depende de ação autônoma e específica, podendo a prisão ser decretada pelo próprio juiz da execução.

1.1. Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos)

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, foi aprovada na Convenção de São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

A questão mais polêmica que trouxe o seu conteúdo quando do ingresso no ordenamento jurídico brasileiro foi aquela concernente à vedação da prisão civil por dívidas. Isso porque, como visto, o art. 5º, LXVII da Constituição Federal veda a prisão civil por dívida, excetuando a do depositário infiel e do devedor de alimentos. No entanto, o art. 7º, 7 da Convenção prevê que “ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

A Convenção Americana apenas excepcionou o caso do inadimplemento de obrigação alimentar. Tendo o Brasil ratificado este instrumento, sem qualquer reserva no que tange à matéria, Flávia Piovesan questiona a possibilidade jurídica da prisão civil do depositário infiel¹³.

Com isso, a polêmica reside justamente no fato de que é a própria Constituição Federal que traz mais uma hipótese de exceção para a prisão civil por dívida, qual seja, a do depositário infiel, e é por isso que reside o conflito doutrinário e jurisprudencial sobre como o conteúdo deste tratado adentraria no ordenamento jurídico interno, o que foi objeto de uma série de estudos para a delimitação de sua aplicação.

De acordo com Francisco Rezek, “sem prejuízo da congênita e inafastável internacionalidade, deve o tratado compor, desde quando vigente, a ordem jurídica nacional de cada Estado-parte”¹⁴. “Cabe ainda ao Estado-parte adotar todas as medidas legislativas e de outra natureza que sejam necessárias para conferir efetividade aos direitos e liberdades enunciados”¹⁵.

No entanto, o problema aqui não está no fato de o Estado Brasileiro porventura não promover artifícios para o cumprimento efetivo do tratado ratificado, mas sim em como ele adentra no ordenamento jurídico, face ao conflito existente diante da própria Carta Magna do Estado. De acordo com Valerio Oliveira Mazzuoli, “o problema da concorrência entre tratados internacionais e leis internas de estatura infraconstitucional pode ser resolvido, no âmbito do direito das gentes, em princípio, de duas maneiras. Numa, dando prevalência aos tratados sobre o direito interno infraconstitucional, a exemplo das constituições francesa, grega e peruana, garantindo ao compromisso internacional plena vigência, sem embargo de leis posteriores que o contradigam. Noutra, tais problemas são resolvidos garantindo-se aos tratados apenas tratamento paritário, tomando como paradigma leis nacionais e outros diplomas de grau equivalente”¹⁶.

Para Fábio Konder Comparato, “aplica-se, a essas disposições novas, o princípio da prevalência dos direitos mais vantajosos para a pessoa humana; ou seja, na vigência simultânea de vários sistemas normativos – o nacional e o internacional – ou na de vários tratados internacionais, em matéria de direitos humanos, deve ser aplicado aquele que melhor protege o ser humano”¹⁷.

O entendimento predominante na doutrina e jurisprudência brasileira até 2004 era de que o tratado internacional, desde que ratificado, passava a fazer parte do direito interno no âmbito da legislação ordinária. Tendo em vista que a previsão da exceção da prisão do depositário está constante na própria Carta Magna e sendo esta hierarquicamente superior à legislação ordinária, não poderia ter disposição revogada por tratado com aquela força, através da regra da paridade.

Neste sentido, não teria qualquer efeito a ratificação da Convenção Americana, no âmbito da prisão civil

¹³ PIOVESAN, Flávia. *Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: A Convenção Americana de Direitos Humanos*. Extraído de *O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. Coordenação Luiz Flávio Gomes e Flávia Piovesan. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. P. 179.

¹⁴ REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 10ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005. P. 78.

¹⁵ PIOVESAN, *Op. Cit.*, 2000. P. 31.

¹⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Prisão Civil por Dívida e o Pacto de San José da Costa Rica: Especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia*. Extraído de *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Editora Síntese, 2001. P. 140.

¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. V Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. P. 368.

do depositário, tendo em vista que a Constituição ainda estaria intacta nesta nuance, já que não pode ser alterada por tratado com força de lei ordinária. A regra da paridade da legislação ordinária interna, portanto, não seria suficiente para resolver o deslinde do conflito de regras entre os tratados internacionais e a Constituição Federal.

Necessário ressaltar que o Poder Constituinte Derivado editou a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que, dentre outras disposições, incluiu o parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, com a seguinte redação: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Esta poderia ser considerada a terceira via para o deslinde da concorrência entre os tratados internacionais e as leis internas, no caso de aqueles tratarem sobre direitos humanos.

No entanto, como já se aferiu, a Convenção Americana de Direitos Humanos foi ratificada em 1992, anterior, portanto, à edição da Emenda Constitucional nº 45 (2004), razão pela qual não foi aprovada como emenda constitucional, não sendo, do ponto de vista temporal, abrangida por esta regra, muito embora trate de direitos humanos. A controvérsia, portanto, persistiu, no que tange à prisão do depositário infiel, mesmo após a Emenda Constitucional nº 45.

1.1.1. Aplicação da regra de vigência de tratado ratificado antes da Emenda Constitucional nº 45

O ordenamento jurídico brasileiro, através da doutrina e da jurisprudência, percebeu a necessidade de resolver a controvérsia persistente em torno da possibilidade da prisão do depositário infiel, tendo em vista a relevância do dispositivo da Convenção Americana, que tem por escopo maior proteção aos direitos humanos no âmbito internacional.

Com isso, a controvérsia foi fomentada em torno de como ficariam aqueles tratados ratificados anteriormente à edição da Emenda Constitucional nº 45, diante da nova regra segundo a qual os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, aprovados como emendas à Constituição, teriam a força de tal.

Por conta disso, necessário se faz vislumbrar também aquilo que dispõe o §2º do artigo 5º da Constituição Federal, que possui a seguinte redação: “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”.

Ou seja, não é constitucional apenas aquilo que está expresso na Constituição Federal (constitucionalidade formal), mas também aquilo que é materialmente compatível com a Constituição (constitucionalidade material), não obstante não estar expresso naquele texto. É o que a doutrina e o próprio Supremo Tribunal Federal¹⁸ reconhecem como *Bloco de Constitucionalidade*.

Manoel Jorge e Silva Neto aponta para a existência da *materialidade dos direitos fundamentais*, “que não adere à previsão de direitos fundamentais como resultado de expressa alusão no texto constitucional”¹⁹.

“Logo, poderão ser encontrados direitos materialmente fundamentais tanto quando decorrem do regime e dos princípios constitucionais, como no caso de subscrição de normas internacionais pelo Estado brasileiro. E mais: os presentes ainda no denominado bloco de constitucionalidade ou ainda, por último, aqueles que, previstos na lei ordinária, têm fundamentalidade material em virtude de expressa dicção constitucional, cujo exemplo são os direitos sociais trabalhistas em razão do comando do art. 7º, caput, parte final, da Constituição Federal”²⁰.

Este seria o caso dos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45 de 2004, uma vez que, embora não tenham sido aprovados com o processo compatível ao das emendas à Constituição, possuem conteúdo constitucional (direitos humanos).

Com base nesta perspectiva, a Convenção Americana de Direitos Humanos haveria ingressado no ordenamento jurídico interno como norma constitucional não porque aprovada como tal (o que não ocorreu, tendo em vista que foi ratificada anteriormente à regra do §3º do art. 5º da Constituição), mas por ser materialmente constitucional, já que trata de direitos humanos e, diante de uma Constituição de um

¹⁸ O STF, na ADI nº 939-7, reconheceu a inconstitucionalidade parcial da Emenda Constitucional nº 3 de 1993, por ferir o princípio da anterioridade, reconhecendo este como um direito fundamental do contribuinte com base no art. 5º, §2º da Constituição Federal.

¹⁹ NETO, Manoel Jorge e Silva. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. P. 606.

²⁰ *Ibidem*. P. 606.

Estado Democrático de Direito, este conteúdo é essencialmente constitucional, ainda que não esteja expresso no texto.

1.1.2. Posição atual do Supremo Tribunal Federal

A discussão acerca da concorrência entre as normas constantes no tratado internacional e o ordenamento interno, no que tange ao Pacto de São José da Costa Rica, foi também fomentada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que teve por objeto uma série de discussões acerca da aplicação da prisão civil do depositário no ordenamento jurídico brasileiro.

O debate teve o seu ápice quando o Plenário do Supremo Tribunal Federal arquivou, no dia 03 de dezembro de 2008, o Recurso Extraordinário (RE) 349703 e, por unanimidade, negou provimento ao RE 466343, que discutiam sobre a prisão civil de alienante fiduciário infiel, estendendo a proibição desta prisão também para os casos de infidelidade no depósito de bens e de alienação fiduciária.

Ainda por maioria, o Plenário também entendeu no mesmo sentido em relação ao Habeas Corpus (HC) 87585, e, por consequência, revogou aquilo que preceituava a Súmula 619, segundo a qual “a prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”, por entender inconstitucional tal hipótese.

Há que se salientar que o Plenário se dividiu em duas teses: uma segundo a qual o tratado internacional que versa sobre direitos humanos teria status de norma constitucional, em razão da redação do art. 5º, §2º da Constituição Federal (conforme já abordado alhures); outra segundo a qual as normas constantes nos tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados antes da Emenda Constitucional nº 45 teriam status não de norma constitucional, mas sim de norma supralegal, tese defendida, inicialmente, pelo Ministro Gilmar Mendes.

Importante ressaltar que as decisões em prol da inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel e do alienante fiduciário posicionaram-se no sentido da segunda tese, considerando que as normas constantes nos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos teriam status de norma supralegal (ou seja, intermediária, hierarquicamente, entre a norma constitucional e a norma infraconstitucional) e não constitucional. Isso porque, para o Ministro Gilmar Mendes, relator desta tese, seria um risco à segurança jurídica considerar tais normas internacionais como equiparadas às constitucionais e que não foi sem razão que o Constituinte incluiu o §3º no artigo 5º da Constituição Federal, exigindo a aprovação como emenda para ter caráter constitucional.

Com o Ministro Gilmar Mendes, votaram os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Defendendo o caráter constitucional dos tratados sobre direitos humanos, tiveram voto parcialmente vencido Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie, uma vez que, apesar de reconhecida a impossibilidade de decretação da prisão civil do depositário infiel, isto não se deu pelo reconhecimento do caráter constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados antes da Constituição de 1988, como estes defendiam, mas pelo reconhecimento do seu status de norma supralegal.

Com isso, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, hoje, é o de reconhecer a finalidade da inclusão do §3º ao artigo 5º da Constituição, entendendo que só poderia se atribuir caráter constitucional ao tratado internacional sobre direitos humanos que fosse aprovado como emendas constitucionais. No entanto, este Excelso Tribunal não despreza o caráter relevante destes tratados no ordenamento jurídico interno, de forma a conferir-lhes caráter supralegal, a fim de que tenham efetividade na ordem interna, inclusive por serem mais benéficos à proteção do indivíduo.

Neste sentido, estaria revogada a possibilidade de se decretar a prisão civil do depositário infiel, em face do que dispõe a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no seu artigo 7º, 7, por ser norma supralegal, que teria o condão de revogar toda a legislação infraconstitucional sobre o tema. Assim, a disposição constitucional que permite esta modalidade de prisão civil, embora permaneça no ordenamento, não tem aplicabilidade na ordem interna, por ser norma programática, dependente, portanto, de regulamentação, o que não mais existe mais, em face da citada revogação.

Pode-se considerar, portanto, frente ao panorama jurídico atual, que o instituto da prisão civil por dívidas encontra-se falido, sendo vedado este instituto inclusive em relação ao depositário infiel (excepcionado pela Constituição), somente subsistindo em relação ao inadimplente inescusável de obrigação alimentar.

2. A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA RESTRIÇÃO AO DIREITO DE LIBERDADE

Como já salientado, o direito à liberdade é um direito fundamental, que está expresso no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal. Tendo em vista se tratar a prisão de um meio de restrição ao direito fundamental à liberdade, necessário se faz avaliar como interpretar o dispositivo que trata de uma dessas restrições, como é o caso da prisão civil, a fim de conferir efetividade à *mens legis* constitucional.

O cerne da questão está no fato de que, apesar de a redação do inciso LXVII do artigo 5º trazer uma restrição ao direito à liberdade, a interpretação conferida ao dispositivo poderia trazer maior ou menor restrição ao direito à liberdade.

Não se poderia, neste caso, aplicar uma interpretação literal a este dispositivo, como vem fazendo parte da doutrina de direito processual²¹, tendo em vista que “a generalidade dos termos empregados constitucionalmente provoca, via de regra, a inoperatividade do método literal”²².

Luiz Roberto Barroso, ao se referir a Joseph Story, explicita que “as palavras de uma Constituição devem ser tomadas em sua acepção natural e óbvia, evitando-se o indevido alargamento ou restrição de seu significado”²³. Explica este autor que a imperfeição lingüística se manifesta quando o legislador diz mais do que queria dizer ou diz menos, quando queria dizer mais. No primeiro caso, a interpretação seria *restritiva* e, no segundo caso, seria necessária uma interpretação *extensiva*, com o alargamento do sentido da lei, como comportam as normas que asseguram direitos, estabelecem garantias e fixam prazos²⁴.

Diante desta premissa, tratando-se o artigo 5º, LXVII da Constituição de norma que assegura direito, qual seja, o de não ser preso por dívida, deve ser objeto de uma interpretação extensiva, no sentido de abranger não apenas as prisões civis por dívida em sentido estrito, mas também aquelas advindas de dívida em sentido amplo. Ora, a interpretação aí deve se dá no sentido de estender a regra da vedação da prisão civil, tendo em vista tratar-se de norma que restringe o direito fundamental da liberdade, a fim de não restringi-lo ainda mais. Uma interpretação ampliativa a este dispositivo conferiria ainda mais restrição ao direito à liberdade.

A primeira conclusão que se extrai acerca da interpretação do dispositivo, portanto, é a de que se deve estender a vedação da prisão civil por dívida para as demais prisões civis, tomando-se o vocábulo “dívida” num sentido amplo, de modo a contemplar não apenas obrigações de pagar quantia.

Em sentido amplo, “dívida” abrangeria toda e qualquer obrigação, tendo em vista que o conceito de dívida não faz qualquer distinção e sua acepção tem o mesmo sentido de vínculo jurídico através do qual um sujeito pode exigir de outro determinada prestação.

Através de uma simples digressão à redação do artigo 5º, LXVII da Constituição, leva-se à conclusão de que tal dispositivo não envolve apenas uma obrigação de pagar quantia. Isso porque, tomando-se como parâmetro uma de suas exceções, qual seja, a do depositário infiel, de logo se extrai a conclusão da *mens legislatoris*. Ora, uma das obrigações do depositário é o dever de custódia da coisa entregue em depósito, que nada mais é do que uma obrigação de fazer, cuidar da coisa (manutenção) ou não fazer, não a deteriorando e não alterando o seu estado inicial. Além disso, quando o depositário é instado a entregar a coisa, estar-se diante de uma obrigação de dar coisa certa (entregar), que não tem o caráter pecuniário intrínseco da obrigação de pagar, mas apenas pode-se transmudar em pecuniário, caso não seja possível a restituição da coisa objeto do depósito (o que demonstra somente a possibilidade de vinculação ao patrimônio).

Mediante interpretação teleológica, percebe-se, então, que a acepção que o legislador quis dar ao vocábulo dívida foi aquela em sentido amplo, de forma que envolve toda e qualquer obrigação, inclusive as obrigações de fazer e não fazer, que nada mais são do que dívidas.

Com isso, percebe-se que, se a Constituição Federal tutela o direito à liberdade como um direito fundamental, apenas esta poderia restringi-lo ou limitá-lo. Assim o faz quando no inciso LXVII do art. 5º, dispõe que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e

²¹ “Esta norma proíbe a prisão civil por descumprimento de obrigação que dependa, para seu adimplemento, da disposição de dinheiro, podendo ser dito, neste sentido, que tal norma proibiu a prisão por “dívidas pecuniárias. (...) É pouco mais do que evidente que a norma desejou proibir *uma determinada espécie* de prisão civil, e não toda e qualquer prisão civil”. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil – Execução. Vol. 3. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. P. 84.

²² CASTRO, Flávia de Almeida de. *Interpretação Constitucional e Prestação Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000. P. 46.

²³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6º Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2004. P. 121.

²⁴ *Ibidem*. P. 121.

inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Percebe-se, assim, que, afora estas situações, o legislador infraconstitucional não poderia criar outra hipótese que restringisse o direito à liberdade, por não ter o consentimento daqueles cuja liberdade restringe, o povo. Nem mesmo o Poder Constituinte Derivado o poderia fazê-lo, tendo em vista o que dispõe o artigo 60, §4º, IV da Constituição, que dispõe que os direitos e garantias individuais não podem ser objetos de emendas constitucionais tendentes a abolir-los.

3. A EFETIVIDADE DAS TUTELAS DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E DE NÃO FAZER (ARTIGO 461, §5º DO CPC)

Pode-se dizer que o direito à efetividade da tutela é um direito fundamental, decorrente do direito de ação, haja vista que o art. 5º, XXXV da Constituição Federal²⁵ “consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo”²⁶. Nos ensinamentos de José Afonso da Silva, tal preceito não está assegurando apenas o direito de agir e o direito de ação, mas o direito de invocar a jurisdição para a tutela do próprio direito²⁷.

O direito de ação é entendido por Marinoni como a contrapartida conferida pelo Estado, por possuir o monopólio da jurisdição no âmbito Estado Democrático de Direito²⁸, muito embora hoje já se admita ser a arbitragem a extensão da jurisdição não fomentada pelo Estado (o artigo 32 da Lei nº 9.307/96 confere à decisão final dos árbitros os mesmos efeitos da sentença estatal)²⁹. Pode-se dizer ainda que não é um simples direito, mas uma garantia, na medida em que tem por escopo a realização de outros direitos também fundamentais, como é o caso da vida, da liberdade, da propriedade e da segurança. Neste sentido é que se percebe a sua importância e a impossibilidade de ser restringido ao simples “acesso”.

Isso porque a interpretação desta norma, com o fim de conferir efetividade ao direito levado à apreciação do Judiciário, não pode se limitar ao direito à prestação jurisdicional, mas sim a este somado à duração razoável do processo, ao direito ao meio executivo adequado, ou seja, é a efetividade em sentido estrito³⁰, com o objetivo de contemplar o bem da vida que se busca pela via judicial.

É por isso que Arruda Alvim defende que “(...) *sem a articulação do direito processual civil ao direito material*, na ordem prática, a proteção *somente deste último* revelar-se-ia sem grandes objetivos práticos, *porque não ancorada numa tábua de instrumentos destinados a tornar eficaz o direito material, construída em torno de valores sociais contemporâneos, em que se pretende traduzir um sentimento mais adequado de Justiça*”³¹. (Grifos no Original)

Com a evolução do direito e das interpretações legislativas, percebe-se que tal preceito constitucional efetivamente não se resume à mera apreciação do Judiciário. Como defendem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, os direitos não mantêm a mesma qualidade quando não podem ser efetivamente tutelados³².

Deste modo, “tanto o Código de Processo Civil quanto a Constituição tornam-se letra morta se não se criam mecanismos capazes de controlar a operosidade e a presteza dos juízes. O preceito torna-se vazio quando se deixa essa aferição à pura subjetividade dos escalões com poder de efetuar promoções”³³.

Sobre a efetividade da tutela, Marcelo Abelha registra, ainda, um elemento de ordem axiológica e histórica

²⁵ XXXV. a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

²⁶ SILVA, *Op. Cit.*, 2005. P. 431.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais . Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 14 jul. 2009.

²⁹ “O legislador optou, assim, por adotar a tese da **jurisdicionalidade da arbitragem**, pondo termo à atividade homologatória do juiz, fator de emperramento da arbitragem. (...) O conceito de jurisdição, em crise já há muitos anos, deve receber novo enfoque, para adequar-se a técnica à realidade. (...) O fato que ninguém nega é que a arbitragem, embora tenha origem contratual, desenvolve-se com a garantia do devido processo e termina com ato que tende a assumir a mesma função da sentença judicial.” CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004. P. 45/46.

³⁰ “Nesse sentido, o direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa direito à efetividade em sentido estrito”. MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais . Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 14 jul. 2009.

³¹ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil – Volume I*. 12ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. P. 88.

³² MARINONI e ARENHART, *Op. Cit.*, 2008. P. 52.

³³ HERKENHOFF, João Batista. *O Direito Processual e o Resgate do Humanismo*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2001. P. 35.

que é decisivo para se compreender o desenrolar da função jurisdicional³⁴. Segundo o entendimento deste autor, a mudança do Estado liberal para o Estado social, acarretou a conseqüente mudança no comportamento do Estado-juiz, passando este da “inércia”, que era a regra de sua atuação, para um papel ativo, participativo e atuante, privilegiando o respeito e a credibilidade da jurisdição, para promover a função do Estado em entregar a efetiva prestação da tutela jurisdicional³⁵.

Diante desta nova posição atuante que se vem inaugurando, ainda de forma incipiente no Judiciário, transmudando-se a cultura acerca do posicionamento do próprio juiz frente ao devido processo legal, a regra que prevalece é a de se buscar, prioritariamente, o efetivo bem da vida pleiteado e declarado no provimento final da fase de conhecimento.

O objetivo a ser seguido pelo Judiciário, portanto, através do princípio da instrumentalidade processual, é o de se buscar a efetividade das pretensões formuladas perante este, como meio de se assegurar o acesso à justiça³⁶.

Atenta-se e reconhece o presente trabalho não só o caráter de direito fundamental para a tutela jurisdicional efetiva, mas ressalta a sua importância, na medida em que garante a realização de outros direitos fundamentais. Se o direito fundamental se resumisse ao “direito de ação”, como simples acesso ao Poder Judiciário, não se poderia afirmar a realização de direitos.

O reconhecimento do direito à tutela jurisdicional efetiva como fundamental é imprescindível para que os outros direitos tutelados pelo ordenamento jurídico pátrio não se consubstanciem “letra morta” no papel.

3.1. A mitigação da inércia do juiz no processo de execução da tutela específica (art. 461 do CPC)

Na visão clássica do Estado liberal, não se poderia conceber um juiz que detivesse o poder de ordenar alguém a fazer algo sob pena de coerção, estando adstrito a uma rígida delimitação dos seus poderes na esfera jurídica dos particulares³⁷. Isto porque proteger a esfera jurídica de liberdade do cidadão contra os possíveis arbítrios do Estado (contra o uso indevido do poder jurisdicional) era a preocupação central da doutrina nesta época³⁸.

Havia, portanto, uma despreocupação em entregar o bem da vida ao litigante com razão no processo, em função do pensamento de que a vontade humana era intangível, sendo impossível ao Estado compelir alguém a fazer algo³⁹.

Na visão de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, com a sua transformação, o Estado deixou de ser o “inimigo” público, para se colocar ao lado do cidadão; daí veio a necessidade de zelar pela tutela efetiva de seus direitos, através do rompimento do legislador com o engessamento do poder executivo do juiz, conferindo-lhe a técnica necessária para alcançar a efetividade das tutelas⁴⁰.

Cumprе salientar que não é que o Estado estivesse, de fato, em posição contrária ao cidadão, mas em uma posição mais imparcial e passiva, sem o compromisso de alcançar o resultado efetivamente pretendido, resolvendo o litígio como se a pretensão não tivesse sido resistida.

Constatou-se, assim, que, no âmbito das obrigações de fazer e não fazer, principalmente, para que se dê ao titular do direito exatamente aquilo que ele obteria se não tivesse sido necessário o processo, seria indispensável um sistema especial de tutela⁴¹.

Passou o juiz, desta forma, a ter o poder-dever de dar efetividade ao direito da parte, prestando a tutela jurisdicional de forma efetiva⁴². O magistrado passou a buscar a adequada prestação jurisdicional com esse fim, aplicando aquilo que já sintetizado no artigo 262⁴³ do Código de Processo Civil. Com isso, Zavascki acentua que o exercício da função pública não pode ficar dependente da vontade ou da iniciativa dos

³⁴ ABELHA, Marcelo. Manual de Execução Civil. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. P. 8.

³⁵ *Ibidem*. P. 8.

³⁶ MOTA, Lise Nery. *Prisão Civil como Técnica de Efetivação das Decisões Judiciais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. P. 32.

³⁷ DIDIER JR., CUNHA, BRAGA, OLIVEIRA, *Op. Cit.*, 2009. P. 416.

³⁸ MARINONI e ARENHART, *Op. Cit.*, 2008. P. 50.

³⁹ DIDIER JR., CUNHA, BRAGA, OLIVEIRA, *Op. Cit.*, 2009. P. 416.

⁴⁰ MARINONI e ARENHART, *Op. Cit.*, 2008. P. 51.

⁴¹ WAMBIER, ALMEIDA, TALAMINI, *Op. Cit.*, 2008. P. 350.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 14 jul. 2009.

⁴³ Art. 262. O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial,

litigantes e de seus advogados, devendo ser exercida de ofício pelo juiz (princípio da oficialidade)⁴⁴.

Válido salientar que, no processo civil, principalmente no que diz respeito à execução, vige o princípio da tipicidade das formas, mediante o qual o juiz só pode se utilizar daquela técnica prevista em lei. “O fim deste princípio é impedir que meio executivo não previsto em lei possa ser utilizado e, ao mesmo tempo, garantir ao jurisdicionado contra possibilidade de arbítrio judicial na fixação da modalidade executiva”⁴⁵.

Não pode, portanto, o magistrado utilizar técnica que não previamente prevista e adequada para a conquista do bem da vida de acordo com tal meio executivo.

Neste contexto, Luiz Guilherme Marinoni traz uma importante ponderação: “*se a técnica processual é imprescindível para a efetividade da tutela dos direitos, não se pode supor que, diante da omissão do legislador, o juiz nada possa fazer*”⁴⁶.

Percebe-se, assim, uma mitigação do princípio da tipicidade das formas, face ao princípio da oficialidade, que prevalece nas recentes previsões legislativas que reformaram o Código de Processo Civil, como pode ser observado principalmente nos parágrafos do art. 461 do CPC.

Assim, na tutela executiva, atualmente, prevalece a tendência de que o juiz seja um verdadeiro protagonista da tutela jurisdicional, de modo a atuar na busca da solução justa, satisfazendo o exequente sem prejudicar o executado⁴⁷.

Ao contrário do que afirma Araken de Assis, Marcelo Abelha não vê aí nenhum ponto de discricionariedade judicial, uma vez que a opção a ser tomada pelo magistrado, além de ser a “adequada” para a hipótese, deve ser fundamentada, aliás, como toda e qualquer decisão⁴⁸. Talvez discricionariedade, sim, no sentido de que a lei não vincula, taxativamente, determinada atuação, mas não judicial, já que pode partir tanto do Poder Judiciário, através da atuação do magistrado, como das partes, principais impulsionadoras do juízo. A decisão acerca da medida adequada, no entanto, ainda que partida do exequente, cabe ao magistrado, daí porque atribui-lhe a discricionariedade conferida pela lei.

O que se percebe é que, diante de tal “discricionariedade”, seja por parte do magistrado de ofício como impulsionado pela parte, ainda que se adote a opção que o magistrado entenda ser “adequada” à hipótese e fundamente a sua decisão, devem ser traçados limites para a sua atuação, a fim de que a busca pela efetividade da tutela não seja absoluta, face aos direitos fundamentais, por exemplo.

Um desses limites, podendo ser caracterizado como um limite natural dessa escolha, não podendo o juiz perdê-lo de vista, é o de que, na hipótese de haver mais de um meio adequado, a escolha deve ser feita acarretando o menor sacrifício possível ao devedor, de acordo com o que preceitua o artigo 620 do CPC.

O que se defende, na presente análise, é que tal princípio deve prevalecer, ainda que só haja um meio adequado para se alcançar a tutela. Tal limite deve ser ponderado diante das normas constitucionais de proteção do indivíduo, que não podem ser relativizadas ao acaso.

Percebe-se, então, a mitigação do princípio da inércia do juiz, apenas no sentido de prevalecer o impulso oficial nos atos posteriores ao ajuizamento da ação, adotando uma postura inquisitória, na busca da tutela efetiva.

3.2. Possibilidade de decretação de prisão civil (entendimento doutrinário)

A doutrina processual civil⁴⁹, conferindo uma interpretação estrita ao vocábulo “dívida”, consignado no art. 5º, LXVII da Constituição Federal, vem construindo uma interpretação ao §5º do art. 461 do Código de Processo Civil de forma a abarcar a prisão civil como meio de coerção pessoal.

Como já se salientou alhures, a locução “tais como” constante no §5º do artigo 461 do CPC faz depreender que a enumeração de medidas não é exaustiva. Para Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Almeida e Eduardo Talamini, contudo, não se trata de poder ilimitado que o juiz recebe, estando afastada a adoção de qualquer medida que o ordenamento jurídico vede (por exemplo, a prisão civil, permitida

⁴⁴ ZAVASCKI, *Op. Cit.*, 2004. P. 71.

⁴⁵ MARINONI e ARENHART, *Op. Cit.*, 2008. P. 60.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 14 jul. 2009.

⁴⁷ ABELHA, *Op. Cit.*, 2007. P. 10.

⁴⁸ ABELHA, *Op. Cit.*, 2007. P. 31.

⁴⁹ “A interpretação do art. 5º, LXLII, da CF, deve ser alçada a um nível que considere os direitos fundamentais, deixando-se claro que, apesar de ser necessário vedar a prisão do devedor que não possui mais patrimônio, muitas vezes o uso do meio de prisão pode ser imprescindível à tutela dos direitos fundamentais”. MARINONI e ARENHART, *Op. Cit.*, 2008. P. 85.

apenas nas estritas hipóteses do art. 5º, LXVII)⁵⁰.

No entanto, sob o argumento de que a multa não constitui a única forma de coerção indireta (não se podendo afirmar que é ela suficiente para a efetiva prestação da tutela jurisdicional), principalmente diante de um réu que não possui patrimônio e de que a violação de direitos é muito fácil para pessoas inescrupulosas, não sendo difícil, por exemplo, que estas possam constituir um “testa-de-ferro” sem patrimônio para violar, sem qualquer preocupação, direitos da personalidade⁵¹, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, por exemplo, vêm entendendo ser possível a prisão civil como meio de coerção pessoal, decorrente de abrangente interpretação do art. 461, §5º do Código de Processo Civil.

Explicam tal posicionamento argumentando que a prisão deve ser vedada quando a prestação depender de disposição de patrimônio, mas permitida para a jurisdição poder evitar a violação de um direito, quando outras medidas não se mostrarem adequadas, exatamente na parte que consagra direitos invioláveis e fundamentais⁵².

O entendimento que defende esta corrente doutrinária é o de que “a prisão pode ser utilizada como mecanismo de execução destinado a convencer o demandado a cumprir decisões que imponham o cumprimento de um dever de não fazer (por exemplo, não poluir um rio), ou o cumprimento de um dever de não fazer (por exemplo, praticar um ato imprescindível à tutela de um direito da personalidade), que não exijam a disposição de dinheiro ou de qualquer forma de patrimônio⁵³.

Lise Nery Mota utiliza o sopesamento de direitos, defendendo a prisão apenas naqueles casos em que o descumprimento do fazer ou não fazer atinja o direito da coletividade⁵⁴.

Apesar de a prisão civil, de antemão, parecer o meio adequado para efetivar a tutela de fazer e não fazer, não se pode olvidar a existência de outros meios adequados que devem ser avaliados, antes que se consolide a restrição pessoal, o que não se espera, face às possibilidades, também eficazes, outorgadas pelo próprio ordenamento jurídico.

Deve-se sempre avaliar o perigo da divulgação desta tese perante a atuação do magistrado na busca da tutela jurisdicional. Ao avaliar esta medida no âmbito constitucional, perceber-se-á a sua impossibilidade diante do art. 5º, LXVII da Constituição, que tutela o direito de liberdade.

Sim, a Constituição, neste dispositivo é um óbice para a aplicação da prisão civil, uma vez que o vocábulo “dívida” ali consignado está em sentido amplo, abrangendo tanto as obrigações pecuniárias como as obrigações de fazer e não fazer, como é o caso do depositário infiel, exceção à proibição nele contida.

4. DIREITO À LIBERDADE INDIVIDUAL X DIREITO À EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL DE FAZER E NÃO FAZER – JUÍZO DE PONDERAÇÃO

Diante da perspectiva do direito à efetividade da tutela jurisdicional como um direito fundamental, de caráter subjetivo, necessário avaliar se, para a sua realização, no caso de não haver outro meio igualmente adequado, pode se utilizar o instituto da prisão civil, como meio de coerção, já que esta restringe o direito à liberdade individual, que também é fundamental.

Importante ter em vista, conforme pondera Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, que o direito fundamental à tutela jurisdicional executiva não pode ostentar um caráter de princípio absoluto, haja vista que, em certas circunstâncias, ele cederá espaço a outros direitos fundamentais, cujo cumprimento se mostre mais importante no caso concreto⁵⁵.

Luís Roberto Barroso esclarece que “(...) a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de lidar com o fato de que a Constituição é um documento dialético – que tutela valores e interesses potencialmente conflitantes – e que os princípios nela consagrados freqüentemente entram em colisão”⁵⁶.

Para tanto, necessária a utilização da técnica de ponderação⁵⁷ dos direitos fundamentais. Isso porque, no

⁵⁰ WAMBIER, ALMEIDA, TALAMINI, *Op. Cit.*, 2008. P. 355.

⁵¹ MARINONI e ARENHART, *Op. Cit.*, 2008. P. 85.

⁵² *Ibidem*. P. 87.

⁵³ MARINONI e ARENHART, *Op. Cit.*, 2008. P. 87.

⁵⁴ MOTA, *Op. Cit.*, 2007. P. 94.

⁵⁵ NOGUEIRA, *Op. Cit.*, 2009. P. 59.

⁵⁶ BARROSO, *Op. Cit.*, 2004. P. 357.

⁵⁷ “O caráter fundamental do direito à tutela jurisdicional executiva propicia também o uso da técnica da ponderação em caso de sua colisão com outros direitos fundamentais, potencializando os meios executórios adequados à satisfação dos direitos subjetivos materiais, em determinadas circunstâncias, mesmo em face de outros direitos fundamentais”. NOGUEIRA, *Op. Cit.*, 2009. P. 58

conflito entre esses direitos fundamentais, a solução somente se encontra através de sacrifícios, de um ou ambos os lados, de modo que um ou outro acabe sofrendo limitação⁵⁸.

O objetivo da técnica de ponderação é considerar os elementos conflitantes na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que a solução final possa ser comparada à situação de um quadro bem pintado, em que “as diferentes cores possam ser percebidas, ainda que uma ou algumas delas venham a se destacar sobre as demais”⁵⁹.

É, por exemplo, em decorrência do direito fundamental à tutela jurisdicional executiva, que se relativizou o princípio da tipicidade dos meios executórios, através de um juízo de ponderação, já que este princípio decorre do princípio da legalidade, também constitucional.

Ensina Luís Roberto Barroso⁶⁰, portanto, que a técnica da ponderação deve ser realizada em três etapas: A primeira etapa é aquela em que o intérprete detecta as normas conflitantes que se mostram relevantes para a solução do caso; na segunda etapa, é realizado o exame dos fatos e circunstâncias concretas do caso, bem como sua integração com os elementos normativos detectados na primeira fase; na terceira fase, toma-se a decisão, através da graduação entre as soluções encontradas, que deve ser conduzida pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Como se verifica, a primeira fase do juízo de ponderação já foi realizada, na medida em que foram detectadas as normas constitucionais em conflito no caso concreto, que é a que tutela do direito à liberdade (art. 5º *caput* da CF/88), a que veda a prisão⁶¹ civil (art. 5º, LXVII da CF/88) e o direito à tutela efetiva, como norma adstrita ao direito ao acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV da CF/88).

Passando para a segunda fase, logo de início, há que se ponderar que tanto a liberdade⁶², quanto a tutela efetiva, não são, por si, direitos absolutos, que não poderiam ser relativizados no caso concreto.

Ocorre que, no da prisão civil como meio de coerção processual, a liberdade é relativizada por meio da prisão civil, que sofre expressa vedação constitucional (art. 5º, LXVII da CF/88), de forma que se põe em questão a própria constitucionalidade da aplicação deste instituto.

De fato, a depender do bem jurídico que se almeja tutelar numa certa execução (direito à tutela jurisdicional efetiva), o direito à liberdade não prevalecerá, destacando-se aquele na solução do caso concreto. No entanto, o direito à liberdade, neste contexto, resume-se apenas na atuação do Estado-juiz sobre a vontade do indivíduo, sendo impossível a restrição de sua liberdade através da prisão (já que expressamente vedada pela Constituição).

Além disso, antes de se partir para a terceira fase da ponderação (da decisão quanto à ponderação dos direitos fundamentais), há que avaliar se, para a realização da tutela efetiva, não há outros direitos fundamentais que poderiam ser, no caso concreto, igualmente relativizados, através de outros institutos que não sejam contemplados por expressa vedação constitucional, buscando-se uma solução também eficaz, que acarrete o menor sacrifício aos direitos fundamentais.

A priori, cumpre esclarecer que a multa diária, prevista pelo artigo 461, §4º do Código de Processo Civil⁶³ não é tão ineficaz, como meio de coerção para o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer, quanto pode parecer. A sua suposta ineficácia decorre da inabilidade do Poder Judiciário em aplicá-la de maneira correta, consciente da função de magistrado em impulsionar a execução. Mas não somente, a responsabilidade pela sua ineficiência pode também ser atribuída aos advogados, já que são eles que têm a função de requerer ao magistrado o meio executivo adequado, podendo, a partir do leque de opções conferidas pelo art. 461 do CPC, alcançar meios para a tutela efetiva, através da coerção pecuniária, como é o caso da multa diária.

Em primeiro lugar, o valor fixado para a multa diária, muitas vezes, não é suficientemente alto para

⁵⁸ NOGUEIRA, *Op. Cit.*, 2009. P. 54.

⁵⁹ BARROSO, *Op. Cit.*, 2004. P. 358.

⁶⁰ BARROSO, *Op. Cit.*, 2004. P. 358/359.

⁶¹ Haja vista, repita-se que o vocábulo “dívida” no dispositivo constitucional está consignado em sentido amplo.

⁶² “Essa opção não representa, em absoluto, um desprezo à *liberdade individual*. Apenas significa dizer que a liberdade individual não é (e não pode ser) um valor *absoluto*, de modo que ela deve, sim, ser protegida, mas *pode* também ser restringida nos casos em que a prisão civil se mostrar como único meio idôneo, necessário e razoável à realização de outros direitos fundamentais”. DIDIER JR., CUNHA, BRAGA, OLIVEIRA, *Op. Cit.*, 2009. P. 463.

⁶³ § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

atender ao seu caráter coercitivo. O juiz, quando fixa o seu valor, e o advogado, quando o requer, devem se atentar, prioritariamente, à capacidade econômica do executado, que descumpra a ordem de fazer ou de não fazer. Quanto maior o seu valor, em relação à capacidade econômica do executado, maior a chance de o executado cumprir o determinado.

Em segundo lugar, em relação ao momento de exigibilidade da multa, constata-se que, quanto antes o exequente a requer e o juiz a defere, mais eficaz é o instituto em seu caráter coercitivo. Isso porque “a inexecutabilidade imediata da multa que acompanha a tutela antecipada retiraria boa parte da eficiência concreta do meio coercitivo e, conseqüentemente, das próprias chances de sucesso da antecipação”⁶⁴.

Não há mais que prevalecer o entendimento ultrapassado de que a multa só pode ser cobrada após o trânsito em julgado da decisão, como defendem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁶⁵.

A simples ameaça de cobrança futura pode retardar também o cumprimento do fazer ou não fazer, quando este seja inadiável. É lógico que, se a simples ameaça da multa diária não compele o executado a cumprir a ordem, a execução imediata, desde que a multa seja estabelecida numa quantia adequada para a coerção, por certo, apresentará ameaça ainda maior. Hoje em dia, por exemplo, o bloqueio imediato da conta corrente do executado, através do sistema Bacen-Jud, pode aumentar ainda mais a eficácia da coerção, haja vista que o executado, perderá, imediatamente, a disponibilidade da quantia em dinheiro.

Não há nenhuma vedação para a atuação do magistrado neste sentido, muito pelo contrário, as inovações do artigo 461 do CPC, que relativizam o princípio da tipicidade das formas de execução, conferem ampla liberdade para o magistrado atuar neste sentido.

Em terceiro lugar, importante que se tenha em vista que a multa coercitiva é determinada em face ao descumprimento da ordem judicial, nada tendo a ver com o provimento final do processo⁶⁶, de modo que deve ser executada, ainda que, posteriormente, o executado consiga demonstrar razão, para que se resguarde a respeitabilidade da ordem judicial.

A eficácia da multa diária, como meio de coerção para o cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer (art. 461, §4º do CPC), portanto, depende da atuação do exequente em conjunto com a do Estado-juiz, frente ao poder de impulsionar a execução que possui, diante da possibilidade de utilização de medidas que, inclusive, não estejam legalmente previstas, porém não proibidas pelo sistema.

No entanto, o entrave da multa diária é encontrado em face do executado que não tem patrimônio. Ora, de fato, no caso de obrigação de fazer e não fazer, muitas vezes a pessoa em face de quem a ordem é proferida pode não ter capacidade financeira para arcar com a multa, o que faz com que esta perca o seu caráter coercitivo.

Neste caso, pode-se relativizar outras regras infraconstitucionais que limitam o poder executivo, como é o caso da regra disposta no art. 649, IV do Código de Processo Civil, que informa serem absolutamente impenhoráveis “os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo”.

Neste sentido, necessário se faz ressaltar que a Lei 11.382 de 2006 (decorrente do Projeto de Lei 51 de 2006), que conferiu a redação deste dispositivo ao Código de Processo Civil, previu que “na hipótese do inciso IV do caput deste artigo, será considerado penhorável até 40% (quarenta por cento) do total recebido mensalmente acima de 20 (vinte) salários mínimos, calculados após efetuados os descontos de imposto de renda retido na fonte, contribuição previdenciária oficial e outros descontos compulsórios”.

Este dispositivo, entretanto, foi objeto de veto presidencial, nos termos do §1º do art. 66 da Constituição, com fundamento na contrariedade do interesse público, o que é lamentável, tendo em vista a análise ora disposta.

De fato, essa é uma hipótese que não deve ser considerada ao acaso, devendo se fazer uma análise pormenorizada sobre a sua aplicabilidade no caso concreto.

⁶⁴ TALAMINI, Eduardo. *Apud* DIDIER JR., CUNHA, BRAGA, OLIVEIRA, *Op. Cit.*, 2009. P. 452.

⁶⁵ MARINONI e ARENHART, *Op. Cit.*, 2008. P. 82.

⁶⁶ “A constatação de que o réu não possuía qualquer obrigação perante o autor é irrelevante para a exigibilidade de multa pecuniária, justamente porque esta não leva em consideração eventual violação da obrigação de direito material, mas de uma obrigação processual, de todo independente daquela”. SPADONI, Joaquim Felipe. *Apud* DIDIER JR., CUNHA, BRAGA, OLIVEIRA, *Op. Cit.*, 2009. P. 453.

No entanto, a impenhorabilidade do salário pode ser relativizada, de antemão, quando o bem tutelado pela ordem de cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer ofenda tanto quanto ou mais a dignidade da pessoa humana, que a falta de salário⁶⁷. É o caso quando se está diante do direito à vida, à liberdade, à incolumidade física, ou mesmo diante do direito a uma necessidade igualmente alimentar (como é o caso de créditos trabalhistas).

Outra possibilidade que se invoca é a relativização do bem de família. Apesar de o direito de moradia ser também fundamental, muitas vezes, o bem de família (que tenha elevado valor) é o único que se encontra para objeto da penhora como coerção para o cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer, proveniente de ordem judicial.

A vedação legal para a penhorabilidade do bem de família é proveniente da Lei nº 8.009/1990. O Poder Executivo tentou, por meio da Lei 11.382 de 2006, relativizar esta impenhorabilidade, o que também foi objeto de veto presidencial.

Esse direito, no entanto, não é absoluto em face a direitos fundamentais tutelados jurisdicionalmente, principalmente quando se trata de um bem de alto valor, de forma que a regra deve ser sim relativizada, num juízo de ponderação.

Diante destas possibilidades, visualizam-se alguns exemplos de meios de coerção para o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer provenientes de ordem judicial na execução, que ainda estão na órbita patrimonial do indivíduo devedor, sem que se adentre na sua liberdade, o que se mostra desnecessário nesses casos.

Outro entrave que se tenta resolver encontra-se nos casos em que o direito tutelado pela ordem judicial de fazer e não fazer é da coletividade, de modo que a ofensa é tão relevante, que a sua remoção é infinitamente urgente, sendo a tutela específica o único meio de se resguardar o direito.

A doutrina que defende a aplicação da prisão civil cita o exemplo em que “uma decisão judicial determina que uma fábrica coloque filtros em suas chaminés, para evitar a poluição do meio ambiente”⁶⁸. De fato, o direito ao meio ambiente é difuso e imensurável é a lesão que tal fábrica poderia causar à coletividade. A prisão, no entanto, não seria o único meio de fazer cessar o descumprimento voluntário da ordem nem seria a mais eficaz.

Poderia se utilizar, neste caso, uma analogia ao que dispõe o artigo 63 da Lei 8.884/94 (Lei Antitruste), que, no que tange à execução judicial das decisões do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), determina que “a execução será feita por todos os meios, inclusive mediante intervenção na empresa, quando necessária”.

Esta hipótese é plenamente plausível, em vista do que dispõe o artigo 461, quanto à possibilidade de o juiz utilizar o meio necessário para a obtenção da tutela específica. A intervenção da empresa é uma hipótese legalmente prevista, para situações restritas, mas que poderia ser alargada diante da necessidade da tutela jurisdicional efetiva (e específica).

Assim, o juiz poderia ordenar à fábrica que colocasse o filtro em suas chaminés, sob pena de intervenção na empresa. E mais, o juiz, diante da atipicidade dos meios executórios, poderia ordená-la sob pena de suspensão de suas atividades.

Com certeza, tal meio de coerção seria muito eficaz, uma vez que influiria, diretamente, no seu funcionamento e, por conseqüência, no seu faturamento. Por conseguinte, inclusive, faria cessar, automaticamente, a lesão ao meio ambiente, com a suspensão do seu funcionamento. Conforme preceitua o §5º do art. 461 do CPC, o juiz poderia, inclusive, determinar força policial para a efetivação da suspensão das atividades da fábrica.

Poder-se-ia, assim, através da analogia e da relativização de direitos infraconstitucionais, tecer considerações sobre uma série de medidas coercitivas que não a prisão civil, que é expressa e literalmente vedada pela Constituição Federal.

Ademais, utilizando-se a técnica da ponderação, encontram-se outros direitos fundamentais facilmente relativizados em face ao direito à tutela jurisdicional efetiva, que não o direito à liberdade através da prisão. Talvez tais medidas de coerção patrimonial não sejam tão imediatas como a coerção pessoal por meio da

⁶⁷ Não se quer aqui defender a total penhorabilidade do salário, mas apenas a relativização da sua vedação, ante a direitos mais relevantes no caso concreto. Ademais, deve-se resguardar a sobrevivência do ser humano, de modo que a consolidação da possibilidade de penhora sobre o salário resguarde a sobrevivência do indivíduo, tomando como base o homem médio.

⁶⁸ MOTA, *Op. Cit.*, 2007. P. 136.

prisão civil. No entanto, não se pode adotar uma medida vedada pela Constituição Federal, sob tal justificativa, razão pela qual as medidas ora apresentadas constituem sim alternativas plausíveis para se alcançar a tutela efetiva na execução.

O problema, entretanto, continua residindo na hipótese em que o devedor não possui quaisquer bens para adimplir sua dívida na execução, como é o caso do devedor desempregado, que não possui bem de família e sequer estabelecimento comercial.

Nestas hipóteses, de fato, não há medidas de coerção patrimonial adequadas para se alcançar à tutela efetiva. A prisão civil, assim, seria a melhor medida de coerção. No entanto, não poderia ser aplicada por expressa vedação constitucional (art. 5º, LXVII).

Galgando-se a terceira fase do juízo de ponderação acerca do conflito entre o direito à efetividade da tutela jurisdicional e o direito à liberdade individual, conclui-se pela preponderância deste, em face da vedação expressa da Constituição Federal para a sua relativização por meio da prisão civil e da existência de outros meios para a realização daquele, quando se está diante de devedor com algum patrimônio.

Tendo em vista que a proporcionalidade e razoabilidade são essenciais no exercício da técnica da ponderação, não se vislumbra uma preponderância da tutela jurisdicional efetiva em face da liberdade, uma vez que outros direitos de menor relevância no caso concreto podem ser relativizados para a realização daquela.

Diante disto, não se advoga a possibilidade de aplicação da prisão civil como meio de coerção na fase de execução, em prol da realização da tutela jurisdicional efetiva, uma vez que, diante de um juízo de ponderação de direitos fundamentais, este não predomina sobre aquele.

CONCLUSÃO

Como se pôde constatar no presente trabalho, o próprio ordenamento jurídico brasileiro já vem se inclinando para o reconhecimento da falência da prisão civil. A exemplo disso, tem-se a decisão do Supremo Tribunal Federal que, em um caso concreto, entendeu que a adesão ao Pacto de São José da Costa Rica, que veda, de maneira expressa, a prisão civil, com exceção apenas ao devedor de alimentos, fez com que todas as normas infraconstitucionais que dispunham sobre a prisão civil do depositário infiel fossem, em tese, revogadas, conferindo a este tratado o *status* de norma supralegal.

Tal decisão vem sendo bastante debatida atualmente, questionando-se se a aplicação da prisão civil, portanto, no ordenamento jurídico brasileiro, restringe-se em apenas uma exceção, que é a do devedor de alimentos. Note-se, entretanto, que tal entendimento foi adotado, repita-se, em apenas um caso concreto, não sendo regra definida ou vinculante adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Ressalte-se que a tendência em adotar o posicionamento tomado pelo Supremo Tribunal Federal pode ser vislumbrada no Projeto de Emenda Constitucional nº 312/08, que chegou a ser tramitar na Câmara dos Deputados (hoje arquivado)⁶⁹, que pretendeu alterar a redação do art. 5º, LXVII da Constituição Federal, para excluir a exceção do depositário infiel para a vedação da prisão civil por dívida.

Não obstante não ser expressamente vinculante o entendimento adotado pela Suprema Corte Brasileira, não se pode olvidar a necessidade de que a interpretação constitucional dos direitos fundamentais se dê de maneira extensiva, a fim de assegurar sua máxima aplicação, ainda que em tese.

Apesar de se coadunar do posicionamento que concebe o direito à efetividade da tutela jurisdicional como um direito fundamental, decorrente da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV da CF/88), mediante um juízo de ponderação, não se verifica a possibilidade de, em prol deste, relativizar-se o direito à liberdade, para, no caso concreto da execução civil, em que o direito a ser tutelado fosse superior e não detivesse natureza patrimonial, aplicar-se a prisão civil como meio coercitivo.

Diante da constatação de que não se poderia criar qualquer outra exceção à vedação da prisão civil, por uma interpretação extensiva ao inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal, a prisão (que é civil) por descumprimento de obrigação de fazer e não fazer na fase de execução está totalmente incompatível com a Constituição, sendo, portanto, inconstitucional.

Coaduna-se, portanto, do entendimento de que a aplicação da prisão civil por descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, como meio de coerção na fase de execução, não pode prevalecer, ainda que se justifique em outro direito fundamental, qual seja, o direito à efetividade da tutela jurisdicional (decorrente da inafastabilidade da jurisdição, consoante art. 5º, XXXV da Constituição).

⁶⁹ Conforme publicação no DCD do dia 01/02/2011, Suplemento ao nº 14.

A liberdade somente pode ser relativizada em prol da tutela jurisdicional efetiva na fase da execução civil no que tange à vontade do indivíduo, e não de sua pessoa propriamente dita, não se podendo decretar a prisão.

Adere-se ainda à luta processual rumo à efetividade da tutela jurisdicional, a fim de se alcançar maior credibilidade ao Judiciário brasileiro, no sentido de promover a coexistência da tutela efetiva com a liberdade, sem qualquer ofensa constitucional, através de outras técnicas coercitivas a serem implementadas (que não a prisão civil).

É certo que o problema não fica solucionado quando, no caso concreto, o devedor é desprovido de patrimônio e se encontra desempregado, não se podendo, entretanto, conceber uma medida vedada, expressamente, pela Constituição Federal, ante a ausência de solução, mesmo se o direito tutelado na execução for também fundamental, sob pena de se desprezar a força dos comandos constitucionais.

Apesar de, na prática, muitos dos direitos vislumbrados pela Constituição Federal não passarem de “letras mortas”, diante da realidade que se visualiza da sociedade brasileira, que ainda se mostra através de uma lamentável desigualdade de classes, em que os direitos fundamentais só vigem, na prática, para algumas, não se pode negar proteção àqueles concebidos ainda como fundamentais.

A interpretação constitucional deve se direcionar, sempre, para satisfazê-los e maximizá-los e jamais restringi-los.

REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil – Volume I*. 12ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6º Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil 3. – Tutela jurisdicional e executiva*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.
- CASTRO, Flávia de Almeida de. *Interpretação Constitucional e Prestação Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. V Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
- DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil, Vol. 5 (Execução)*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro Vol. III (Contratos e Atos Unilaterais)*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro Vol. VI (Direito de Família)*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.
- HERKENHOFF, João Batista. *O Direito Processual e o Resgate do Humanismo*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2001.
- MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil – Execução. Vol. 3*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 14 jul. 2009.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Prisão Civil por Dívida e o Pacto de San José da Costa Rica: Especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia*. Extraído de Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Editora Síntese, 2001.
- MOTA, Lise Nery. *Prisão Civil como Técnica de Efetivação das Decisões Judiciais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

NETO, Manoel Jorge e Silva. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juiris, 2008.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *O direito fundamental à tutela jurisdicional executiva e a técnica da ponderação*. Publicado na Revista de Processo, Ano 34, n. 169, mar/2009, coordenada pro Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Vol. III (Contratos)*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: A Convenção Americana de Direitos Humanos*. Extraído de *O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. Coordenação Luiz Flávio Gomes e Flávia Piovesan. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. P. 30.

PRADO, Alessandra R. Mascarenhas; JESUS, Isamara Lima de; CIRIACO, Ricardo Alexandre Oliveira. *Manual para Elaboração dos Trabalhos de Curso*. Salvador: Faculdade Ruy Barbosa, 2007.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 10ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso de Avançado de Processo Civil Vol. 2*. 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de Execução – Parte Geral*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

Publicado no dia 01/08/2013

Recebido no dia 26/07/2013

Aprovado no dia 29/07/2013

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA E ATIVISMO JUDICIAL:
ELEMENTOS POLÍTICO-ESTRUTURAIS E SOCIOLÓGICOS PARA UMA ANÁLISE DO
CAMPO JURÍDICO BRASILEIRO**

Vitor Costa Oliveira¹

RESUMO

As atenções da ciência política e da sociologia jurídica tem se voltado, em tempos recentes, para o engrandecimento do poder judiciário na arquitetura da organização dos poderes. Antes fechado em si em razão do dogma da neutralidade, mas também pela estrutura desejada pelo estado liberal, hoje os temas debatidos no judiciário, assim como o conteúdo das suas manifestações, acendem o interesse da sociedade, da imprensa e da área acadêmica, que repercutem – cada qual a seu método – os motivos e consequência do chamado “ativismo judicial”. O presente trabalho pretende reunir alguns pontos de vista teóricos que vão analisar os fenômenos que levaram a este destaque acentuado da atividade judicante, procurando respostas no campo estrutural da reorganização das funções do estado trazida pelo estado de bem-estar social, assim como nos elementos relativos à própria composição do campo jurídico, buscando aí saber se há, em que grau, e de que forma, um elemento volitivo ligado ao ativismo judicial.

Palavras-Chave: Ciência Política, Poder Judiciário, Organização dos poderes, Ativismo judicial.

ABSTRACT

The attention of political science and sociology of law has focused in recent times, on the aggrandizement of judicial power in the architecture of the organization of state powers. Before closed in on itself due to the dogma of neutrality, but also by the structure desired by the liberal state, today the issues discussed in the judiciary, and the contents of its manifestations, kindle the interest of society, the press and academia, which reflect - each in their methods - the reasons and consequences of so-called "judicial activism". This work intends to gather some theoretical points of view that will analyze the phenomena that led to this sharp prominence of judicial activity, looking for answers in the field of structural reorganization of the functions of the state brought by the welfare state, as well as the details of the actual composition of the judiciary field, seeking to know if there is, to what degree, and how, a volitional element connected to the judicial activism.

Key-words: Political Science, Judiciary Power, Separation of powers; Judicial Activism.

1. Introdução

Atualmente assistimos a intensos debates sobre o papel, competências e limites do poder judiciário. Não passam mais imunes à opinião pública os polêmicos julgamentos, debates sobre seus privilégios, suas falhas estruturais, questões acerca do serviço judiciário em si. No que diz respeito ao primeiro desses temas, a atenção que tem sido dada às decisões da justiça brasileira, mais especialmente àquelas tomadas pelo STF - Supremo Tribunal Federal, carregam consigo a impressão de que o comportamento dos juristas em geral e tribunais em particular mudou: passou a ser mais criativo, inovador, mais apto a tomar decisões que tivessem como preocupações as suas repercussões práticas, isto através de argumentos e técnicas jurídicas antes tidos como vinculadas apenas a escolas marginalizadas do direito (como a escola do direito livre, ou o mais recente movimento do direito alternativo). Para designar este comportamento, passou a falar então em ativismo judicial, no sentido que a justiça, ou melhor, seus representantes, estariam deixando esmorecer em si o paradigma da neutralidade, pedigree fundamental para a caracterização do positivismo jurídico, clássico formador da cultura jurídica brasileira²

Este trabalho pretende apresentar e discutir causas apontadas como relevantes para uma re colocação do poder judiciário dentro dos papéis do estado moderno, assim como os elementos discursivos e sociológicos que ajudam a visualizar a mudança de concepção do papel dos agentes do campo jurídico e, assim, contribuir para a compreensão do fenômeno acima descrito, a politização da justiça ou, como mais comumente chamado, o ativismo judicial.

A primeira parte do texto procura traçar um desenho do campo jurídico abordando o quadro estrutural em que o Poder Judiciário hoje se insere, sendo considerado como poder proeminente na estrutura estatal.

¹ Mestre em sociologia pela Universidade Federal de Sergipe; Especialista em Direito Constitucional pela Unisul. Atualmente docente nos departamentos de direito da Universidade Federal de Sergipe e na Faculdade Sergipana de Administração e Negócios (FANESE).

² Para a compreensão da “cultura jurídica brasileira” e sua forte ligação com o positivismo jurídico, cf. Maria Del Carmen Cortizo. *A cultura da justiça: cultura jurídica e administração de justiça*. Campinas, SP: [s.n.], 2000

Procurou-se desenvolver, portanto, as razões pelas quais o poder judiciário largou sua função inerte do começo do século e destaca-se hoje como relevante para a decisão dos rumos da comunidade política. Tenta-se relacionar esta análise, igualmente relevante para a teoria do Estado, com a influência exercente deste fenômeno na configuração do campo jurídico, dado que uma nova realidade do poder judiciário ao menos provavelmente viria a refletir na ação e percepção dos seus agentes. O efeito mais claro da mudança nas relações entre os poderes, que sufragaram uma posição de frente à judicatura chama-se judicialização da política.

Após esta exposição que inevitavelmente abarca discussões acerca de teoria política, o segundo tópico busca debater a dinâmica dos agentes do campo jurídico diante desse papel protagonista do judiciário então colocado. É levada a cabo uma descrição desse campo, com suas disputas e principais agentes opositores, apresentando os instrumentos pelos quais cada grupo procura legitimar o seu discurso. Consideradas pesquisas sobre o tema, trilharemos o caminho do tópico no intuito de fundamentar a discussão sobre a existência de uma politização da justiça ou ativismo judicial.

A terceira parte como ilustração do que foi desenvolvido nas duas primeiras. De maneira a apresentar uma forma de uso desses padrões de forma empírica, analisamos decisões recentes do STF que são vistas como exemplos de um ativismo judicial.

2. Análise do campo jurídico

2.1 *Juridificação dos conflitos sociais e judicialização da política – o aspecto estrutural da mudança do judiciário.*

Fala-se em judicialização da política para tentar descrever o fenômeno da transposição de pautas antes exclusivas do domínio da política para o judiciário. É portanto um sinal de protagonismo ou expansão do poder judiciário que passa a ser visto, pela importância das novas demandas que tem competência para julgar, como o “terceiro gigante”, no dizer do jurista italiano Mauro Cappelletti (1999). Judicializar a política quer dizer que questões que outrora eram decididas apenas pela vontade política do legislativo são agora temas já decididos previamente pela ordem jurídica (notadamente pela Constituição) de modo que não cabe escolha aos parlamentos. Havendo prescrição jurídica de um tema até então afeito à vontade do legislador ou administrador, não cabe mais ao cidadão voltar-se a estes para buscar um direito. Tais direitos residem agora na ordem jurídica, e o tema antes político agora é jurídico, cabendo acionar o judiciário. Fala-se em sede de teoria política, que a vontade geral teria migrado dos parlamentos para as constituições, de modo que nem mesmo a tradicional e mítica força das maiorias pudesse sobrepujar aquilo proposto na carta política, cuja defesa das suas prescrições, por sinal, em regra, cabe ao judiciário – portanto, defensor último dos direitos fundamentais e dos valores últimos da sociedade, inseridos no texto constitucional.

Este fenômeno não passa ao largo das análises da ciência política, por conta das questões que levanta quanto a uma reestruturação do Estado. Também, por conta de um Judiciário mais ativo que tem como consequência tracejar uma reviravolta no lugar da política, a própria relação entre Estado e sociedade tende a sofrer abalos, assim como a reconfiguração dos modos de resolução dos conflitos na sociedade.

Por outro lado, a afirmação de que questões políticas passam a fazer parte do cotidiano jurídico representa uma inovação no que tange ao papel do direito. Como visto anteriormente, a cultura jurídica brasileira foi fundamentalmente influenciada pelo positivismo jurídico, que tinha como prescrição fundamental separar o objeto do direito, que seriam as normas sob o ponto de vista formal, de indagações filosóficas, éticas, valorativas ou políticas. Ao retirar do legislador e conceder ao juiz a decisão sobre pautas afetas aos parlamentos, esta reconfiguração estatal pode ter efeitos na formação da cultura jurídica. Cabe analisar, portanto, possíveis motivos e consequências da judicialização da política.

Enfim, qual a explicação deste perceptível declínio da atuação legiferante no seio da dinâmica relação da divisão de poderes? Que se passou para que a clássica “vontade geral” expressa pela maioria nos parlamentos, antes ímpolita, não convença como alhures, dando lugar a um protagonismo do poder judiciário como *locus* de maior representatividade da defesa de direitos e demandas sociais? As análises que apresentam tais diagnósticos vêm propondo o acúmulo de alguns fenômenos que, embora possivelmente interligados, podem ser discutidos através de três eixos argumentativos: **a)** as demandas trazidas pelo *welfare state* exigiram do Estado-provedor uma postura ativa e de regulação. A proteção de novos direitos e a sua garantia através de ações do Estado foram, no pós-guerra, constitucionalizados, fazendo com que o que era político tornasse-se jurídico. Tem-se, portanto, uma agenda pré-concebida que retira da política a possibilidade de discutir alguns valores fundamentais, já positivados na constituição. A linguagem do

direito (e não da política) passou a ser aquela utilizada pela sociedade para atingir seus objetivos; **b)** ao mesmo tempo, o caráter indefinido das normas tidas como programáticas, típicas da legislação welferiana, obrigam ao técnico do direito abandonar uma postura passiva, apenas garantidoras de direitos contra o Estado, para trabalhar com tarefas antes destinadas aos administradores e parlamentares, como escolhas políticas que, contudo, foram judicializadas. Ainda, esta faceta estrutural dá azo a que um tipo de discurso jurídico de viés menos positivista passe a ser construído no campo jurídico, tornando ainda mais visível o protagonismo do judiciário; **c)** os canais de resolução de conflitos sociais passaram a se instalar cada vez menos nas tradicionais arenas políticas, como partidos e sindicatos, na mesma medida que o sistema representativo em si, por motivos diversos, parece perder força e legitimidade para tratar das questões mais pulsantes da sociedade, deixando para o judiciário o debate e decisão das questões mais relevantes;

Em *Direito e democracia*, Jürgen Habermas propõe que o “deslocamento de pesos entre parlamentos e tribunais constitucionais” seja resultado da decadência do paradigma político e jurídico em que se assentava o Estado liberal de direito, e a conseqüente ascensão do Estado social (1997:304). Na esteira desse entendimento, que de resto parece pacífico entre os cientistas políticos, o filósofo alemão entende que o modelo clássico de divisão de poderes – que defende a abstenção da prática política pelo judiciário e administração – só tem sentido “numa ordem jurídica que tem como única finalidade proteger a liberdade jurídica das pessoas contra intromissões de um aparelho de estado limitado à manutenção da ordem” (1997:305), típico do liberalismo gerido no século XVIII, não encontrando lastro numa nova situação político-constitucional que exige do Estado uma atuação delineada numa ordem jurídica que trata de objetivos políticos e programas a serem por ele implantados.

O “esquema liberal de divisão de poderes”, como o diz Habermas, remete a uma situação de abstenção do aparelho, na qual uma sociedade livre do Estado, busca sua felicidade de forma autônoma e privada (1997:304), a economia é autorregulada e a autonomia, simbolizada no sacrossanto instituto do contrato, garante a previsibilidade. Resultado das agruras burguesas, o direito constitucional é resumido à compreensão dos direitos fundamentais como direitos de defesa, uma vez que eles fundamentam apenas pretensões dos cidadãos contra o Estado (1997:305), ou seja, exigem que o poder público apenas garanta a propriedade particular, a autonomia contratual e seu fiel cumprimento³.

Neste cenário, em que há, segundo o autor alemão, uma situação jurídica fácil de compreender, a prática da decisão judicial é entendida como um agir orientado pelo passado, fixado nas decisões do legislador político. Tarefas e objetivos do Estado continuavam entregues à política já que na compreensão liberal eles não eram objeto da normatização do direito constitucional (1997:305). Não se exige das funções estatais mais do que uma simples mecânica: o parlamento edita leis que limitam a atuação estatal e garantem a máxima liberdade do indivíduo e sua propriedade, enquanto a administração e judiciário apenas reproduzem esta lei. Aqui, o legislativo é soberano, tribunais constitucionais desnecessários, e à administração cabe apenas a manutenção da ordem posta pelo legislador.

Werneck Vianna (1999: 1) sugere que o início da mudança do relacionamento entre Estado e sociedade civil, que iria exigir do primeiro uma participação mais ativa na organização interna do segundo, teria a emergência de novos detentores de direitos, especialmente o movimento operário, em meados do século passado, que deu fim à rigorosa separação entre Estado e sociedade civil, nos termos da óptica liberal da liberdade negativa. Tais transformações iniciam-se quando, uma vez conquistados os direitos políticos por parte dos setores subalternos da sociedade, os sindicatos e partidos de extração popular passam a pressionar em favor da institucionalização dos direitos sociais (*idem*, 1997: 27).

A inserção de regras trabalhistas cogentes, que limitavam a liberdade de contratar e, portanto, colocaria um óbice à autonomia da vontade, dogma liberal, seria assim uma primeira etapa da inserção do Estado na regulação dos conflitos sociais. Esta intrusão passa a ser mais evidente tanto quanto solicitada, à medida que a complexidade social e a existência de novas demandas – que não diziam respeito apenas aos tradicionais aspectos de redistribuição, mais ligados aos sindicatos –, passam a estar presentes. Em um primeiro momento percebe-se a inserção cada vez mais freqüente do debate sobre o papel do Estado na

³ Como busca ilustrar Andrew VINCENT (1995), formalmente, na filosofia liberal, a liberdade era interpretada de modo negativo, ou seja, como liberdade contra a coerção arbitrária. A economia foi uma das áreas em que o discurso da liberdade era mais procurado. Uma economia livre, em que todos têm relativamente os mesmos direitos de produzir e consumir, implica em que um governo deve conservar apenas as funções mínimas, como manter a lei, a ordem interna, a defesa da propriedade privada e a segurança.

economia, motivada, na segunda metade do século, pelo crescente keynesianismo; a questão da igualdade toma corpo nas exigências do dever de o Estado garantir o bem-estar e segurança das pessoas, provendo sistemas de saúde, educação e de previdência para todos, daí surgindo de fato a engenharia do *Welfare State*; mais recentemente, os programas de reconhecimento como forma de justiça, como por exemplo as cotas sociais ou raciais e políticas de gênero, através da força de cada um dos seus movimentos, fazem por fim modificar completamente o tipo de comportamento do Estado no que diz respeito às relações sociais, passando de um espectador, esfera liberal, a um agente atuante no Estado social⁴. Deve-se lembrar, ao relacionar as demandas por igualdade à efetiva intervenção do Estado nas relações sociais, que “uma vez que a base da sociedade capitalista é a propriedade privada e a distribuição desigual da riqueza e do poder, toda tentativa de criar um sistema mais igualitário passa pela ação do poder estatal e seus aparelhos burocráticos, gerando tendências de controle social e de intervenção crescente nas relações sociais” (SORJ, 2006: 106).

O advento do Estado social, constatado também por Habermas, provoca uma inevitável reviravolta na divisão de suas funções. Para o autor alemão, a diferença fundamental entre os dois modelos – liberal e social – está em que, enquanto o anterior, como já dito, limita-se a declarar “os direitos fundamentais apenas como direitos subjetivos de liberdade em oposição ao poder do Estado” (1997:325), no Estado social pretende-se que a ordem jurídica – notadamente a constituição – normatize objetivos políticos e desenhe tarefas obrigatórias a serem implementadas pela atuação estatal, e os direitos fundamentais possam exigir, para sua consecução, prestações do Estado a garantias positivas dos indivíduos. Trata-se, neste paradigma, de entender a constituição como uma ordem jurídica política e global (1997:304), que não garante apenas proteção jurídica individual abrangente, como também o bem-estar social e a segurança dos seus cidadãos. As Cartas Políticas, portanto, como também ressalta Boaventura de Sousa Santos (2000:149), deixaram nesse período, de ser a concepção de um estado burocrático e de um sistema jurídico apertadamente definido, para se transformarem num terreno de intermediação entre interesses e valores sociais conflitantes, envolvendo-se na gestão de processos econômicos e sociais.

Assim, ressalta-se um panorama em que os debates políticos foram judicializados, as discussões sociais, os valores, os planos e objetivos foram positivados na legislação protetiva de alguns grupos, mas notadamente em textos constitucionais repletos de objetivos e metas a longo prazo, ditas programáticas. A reviravolta a que se refere Habermas, portanto, significa que para uma extensa gama de situações, a arena de discussão da efetivação de políticas públicas ou direitos de uma forma geral, migrou do parlamento – clássico cenário de representação e decisão pela maioria – para o judiciário, local competente para a proteção de direitos fundamentais e valores positivados juridicamente. Werneck Vianna (1999: 20), após reafirmar o impulso fundamental da agenda igualitária neste processo de redefinição da relação entre os poderes, precisa o diagnóstico da seguinte maneira:

O Estado Social, ao selecionar o tipo de política pública que vai constar da sua agenda, como também ao dar publicidade às suas decisões, vinculando as expectativas e os comportamentos dos grupos sociais beneficiados, traduz, continuamente, em normas jurídicas as suas decisões políticas. A linguagem e os procedimentos do direito, porque são dominantes no direito, porque são dominantes nessa forma de Estado, mobilizam o Poder Judiciário para o exercício de um novo papel, única instância institucional especializada em interpretar normas e arbitrar sobre a sua legalidade e aplicação, especialmente nos casos sujeitos à controvérsia.

Este aspecto estrutural traz ainda uma consequência relevante para aquilo que foi descrito como a utilização de pautas programáticas, trazidas do executivo para o judiciário, e é o segundo trecho da linha argumentativa aqui trazida. No momento em que, como dito, a política passa a utilizar a linguagem do direito, e isto é feito de forma a atribuir a legislação tarefas programáticas e de intensa regulação social, assim como o constitucionalismo moderno passa a albergar valores positivados no seu texto, tudo isso contribui para que aplicação da norma jurídica, agora mais vaga e imprecisa, seja cada vez menos passível

⁴ Para um panorama das teorias de justiça que contribuíram na construção do aporte teórico e das práticas dos movimentos sociais e ações estatais, conferir Nancy Fraser, “*Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition and participation*”. In: HONNETH, Nancy Fraser and Axel. *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. London: Verso, 2000; Axel Honneth, *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003; Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002; John Rawls, *Uma teoria de justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997; Michael J. Sandel: *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2011.

de ser pensada a partir dos rígidos modelos positivistas de sistematização e uso do direito. Assim, na esteira de Mauro Cappelletti (1999:42) pode-se dizer que

É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais.

Assim, o protagonismo do poder judiciário se dá não apenas pelo fato de ele vir a ser chamado para decidir um grande número de importantes controvérsias as quais não estava habituado num cenário anterior, mas também a forma pela qual ele deve manifestar-se. Comunicando-se necessariamente com teor de criatividade mais acentuado, envolvendo-se com questões e argumentos diretamente ligados à justiça, isso faz contribuir sobremaneira para o seu aumento de visibilidade, indicada, por exemplo, pelo crescente interesse da mídia e da opinião pública no seu trabalho.

O terceiro eixo no qual se apóiam as tentativas de diagnosticar a proeminência do poder judiciário percebida desde pelo menos a metade da segunda parte do século XX diz respeito à perda de encanto com as democracias representativas, simbolizada na crise dos parlamentos, e a perda de espaço dos tradicionais canais de ligação entre a sociedade e o Estado, os partidos políticos, que disputam o papel de mobilização social com outras organizações sociais, cujas demandas podem se vincular a defesa de direitos transindividuais, como também podem ser individualizadas em relação aos interesses específicos dos seus grupos, mas que em todo caso, passaram a encontrar mais no judiciário e não apenas política possibilidade de acesso às instâncias decisórias do Estado que ouçam e acatem os seus reclamos.

Com efeito, talvez em decorrência do que a própria teoria social tem enfatizado como a perda do encanto das metanarrativas⁵, os tradicionais *locus* de articulação social e formulação do discurso ideológico e social, os partidos e sindicatos, perdem força para um associativismo mais acentuado a demandas inseridas no que se pode descrever como novos direitos, cujo conteúdo alcança a defesa do meio ambiente, do consumidor, da paz, etc., ou aqueles ligados a demandas de reconhecimento de grupos, mais ligados ao movimento feminista, ao negro, ao homossexual, para mencionar os mais representativos⁶, o que faz com que perca força o sistema representativo, que se alimenta da legitimidade que a sociedade lhe empresta para dirimir conflitos e direcionar a vida social. Como adverte Bernardo SORJ (2006:110), essa

“dificuldade do sistema de representação, em particular dos partidos políticos, de transformar-se em articuladores dos novos sujeitos sociais (...) ocorre seja porque muitas vezes os novos sujeitos sociais se organizam em torno de identidades coletivas (religiosas, étnicas) que se colocam à margem dos ideais republicanos ou enfatizam identidades parciais não universalizáveis e de caráter difuso, seja porque estão articulados a movimentos sociais globais cuja lógica de atuação escapa à política nacional”.

A desvinculação daqueles canais tradicionais de debate público, portanto, facilita o enfraquecimento da visão da política como único meio hábil a solucionar os problemas sociais. Por outro lado, agenda política tendo sido traduzida em termos jurídicos, como dito atrás, abre a possibilidade de que grupos que em regra não teriam acesso aos seus representantes no parlamento, invoquem uma disputa política judicializada.

Nesse sentido, e também por outras razões sustentadas por alguns autores como Cappelletti, é que se pode dizer que “o sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas (1999:25). Para o autor italiano, contudo, a perda de força do parlamento e o engrandecimento do Judiciário é fenômeno que tem muito a ver com um desencanto prático quanto a atividade daquele primeiro, o que faz soar a impressão, em suas palavras, de que “vontade geral”, simbolizada agora pelos direitos individuais, sociais e transindividuais, estaria melhor administrada pelo judiciário que pelo legislativo.

Isto se daria porque, num cenário político que acena para um ativismo estatal, em termos de promoção e

⁵ Cf. Jean-François Lyotard, *A condição pós-moderna*. São Paulo: José Olympio, 2000.

⁶ Cf. Anthony Giddens, *O mundo em descontrolado*: o que a globalização está fazendo de nós. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2000.

regulação, os parlamentos estariam, nesta situação, em apuros, visto que “são excessivamente abundantes e por demais empenhados em questões de política geral e partidária para estarem em condições de responder, com a rapidez necessária, à demanda demasiadamente aumentada de legislação.” (CAPPELLETTI, 1999:43). Citado por Vianna, o autor norte-americano Martin Shapiro, por sua vez vai afirmar que os parlamentos e palácios administrativos são uma “complexa estrutura política em que grupos variados procuram vantagens, manobrando entre vários centros de poder e o que daí resulta não é necessariamente a enunciação da vontade da maioria [...] e sim, frequentemente o compromisso entre grupos com interesses conflitantes (*apud* VIANNA, 1999:34).

Vale destacar, por fim, que não são raras as críticas de autores que tendem a considerar esta situação de protagonismo do poder judiciário em detrimento do poder da representatividade um grande perigo para a democracia e as relações sociais em geral, tais como Igenborg Maus (2000) e Jurgen Habermas (1997), ambos, por motivos nem sempre semelhantes, considerando este fenômeno uma derrota da capacidade de resolução de conflitos pela sociedade civil, através da participação e educação cívica, mas pelo contrário, delegando a resolução dos conflitos a um órgão que condensaria a “moral social”. A despeito desta importante crítica aqui apenas mencionada, o que reluz de fato é que a perda de encanto pela política enquanto meio de resolução de conflitos à mesma medida que o Judiciário se ocupa desse papel é um diagnóstico que parece bastante claro. Talvez um indicador bastante competente para essa proposição seja a judicialização de conflitos políticos pelos próprios partidos políticos, como já demonstrava Werneck Vianna, no seu citado *Judicialização da política e das relações sociais*, e cujas impressões foram reforçadas em recente pesquisa encabeçada pela Sociedade Brasileira de Direito Público⁷, a qual confirma que a maior parte de ações diretas de inconstitucionalidade proposta ante o STF são de autoria dos partidos políticos. É possível, a partir disso, trazer a hipótese de que o legislativo se pode muitas vezes se enxergar como arena apenas provisória decisão, visto que, resolvida a questão por meio das suas cadeiras, os derrotados ainda têm a palavra final nas mãos do judiciário.

2.2 *Os agentes e a disputa no campo jurídico: caminhos para a politização da justiça.*

Acima foi traçado um quadro visivelmente estrutural, vislumbrando condições normativas e políticas que são tidas como aquelas aptas a provocar uma reviravolta nas funções exercidas pelo Poder Judiciário ao redor do mundo. A expansão das atividades do Estado, por um lado, e a regulação intensa de todos os setores da vida e das próprias atividades do Estado, por outro, colocou o judiciário numa posição de arbitrar temas aos quais não estava habituado, pois tradicionalmente ligados à esfera dos políticos, representantes aptos a dar a última e verdadeira palavra sobre a vontade da sociedade. No Brasil, sem dúvida, a Constituição de 1988 constitui um marco referencial no estudo da politização da justiça, tanto porque representou a redemocratização – não há falar-se em judicialização ou ativismo em regime de exceção – tanto por conta mesmo do seu conteúdo jurídico prescritivo. Pode-se destacar a plêiade de direitos sociais nela assegurados, seu posicionamento em direção à regulação estatal em determinados setores da economia, e os mecanismos – alguns mundialmente inéditos, como o mandado de injunção – que afastam da escolha política a defesa dos direitos fundamentais, na tentativa de tornar sua efetividade absolutamente intocável – o que de certa forma demonstra um “medo” do legislativo.

Entretanto, as modificações experimentadas no papel do judiciário, que são notadas com surpresa, encanto ou susto por qualquer pessoa que se interesse um pouco por questões públicas e, obviamente pela ciência e sociologia política, estas modificações não podem ter suas explicações centradas apenas nestes relevantes dados estruturais que têm relação com o crescimento da ideia de estado social e regulação econômica. Para explicar estes fenômenos adotamos no tópico anterior a ideia de judicialização da política. Contudo, o complemento necessário para compreender o Judiciário nos dias de hoje está na noção de *politização da justiça*, que remete necessariamente ao chamado *ativismo judicial*. Trata-se, aqui, do elemento volitivo, a ação social⁸ dos agentes do campo jurídico.

Marcando a assimetria entre ambos, pode-se dizer que, sendo o resultado final dos dois uma maior participação do judiciário, no primeiro caso – a “judicialização” – isto decorre não de uma opção dos tribunais, mas de uma competência que lhes foi outorgada, dos fatores estruturais acima abordados, enquanto no segundo trata-se de uma opção ideológica de advogados, promotores, magistrados (estes sempre mais visados), que procuram concretizar princípios de justiça contidos fora da letra das leis como

⁷ http://www.sbdp.org.br/observatorio_ver.php?idConteudo=25. Acesso em 15/10/11.

⁸ O termo “ação social” aqui é utilizado na linguagem weberiana, como objeto do estudo da sociologia.

também interpretar a Constituição de forma que suas normas sociais sejam plenamente efetivas, a partir da ideia de que seu texto contempla um projeto social de longo prazo, o qual cabe aos juízes efetivá-lo. Ainda, para melhor definir, sem relacionar o ativismo a uma postura ideológica específica, pode-se dizer que se trata de uma atuação profissional que assume a vinculação com as consequências do seu ofício, num contraponto gritante ao modelo positivista que, como demonstrado, tem por base teórica a separação entre ser e dever-ser, ou seja, o mundo das leis e dos autos e o mundo das pessoas, dos conflitos, das paixões, das diferenças.

Nesse passo, e tomando como exemplo a aplicação da Constituição, Luis Roberto Barroso afirma que o outro lado da moeda do ativismo judicial seria a auto-contenção judicial. Nesse caso, segundo ele, algumas características apontariam, e os juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas (BARROSO;2009)

Para chegar ao diagnóstico do ativismo judicial, é preciso abordar a disputa existente na arena dos agentes jurídicos. O objeto de contenda é a percepção daquilo para que deve ser utilizado o direito, que vai refletir exatamente no comportamento dos agentes jurídicos, a sua compreensão acerca da sua atividade, enfim, a cultura jurídica de que se alimenta e reproduz. Com o suporte de três trabalhos referentes ao campo jurídico, os de Engelmann (2006), Vianna (1997) e Sadek (2006), procuraremos descrever de forma sucinta e objetiva a atual dinâmica e os principais conflitos do campo.

Fabiano Engelmann, em obra intitulada “Sociologia do campo jurídico: juristas e usos do direito” (2006), enxerga no cenário jurídico uma disputa entre dois grupos – não completamente homogêneos internamente – que procuram definir, através notadamente da doutrina, quais devem ser as tarefas do direito e de seus agentes ao aplicá-lo.

Assim, o autor aponta para um primeiro grupo tido como tradicional, ou conservador, descrevendo-o como ligados a “grandes famílias de políticos e juristas” (2006:12), que através da reprodução do discurso de uma cultura jurídica baseada no positivismo kelseniano “reforça os padrões de uso e definições do direito a partir da sua neutralização, utilizando o poder judiciário principalmente como espaço de garantia da conservação social” (*idem*:14). Numa posição contrária, “posicionam-se grupos que se legitimam enfrentando a ‘tradição jurídica’”, os quais, através de tentativas de redefinição de concepções da doutrina jurídica, “destacam-se pelos ‘usos políticos’ e ‘sociais’ do direito” (*idem*:15). Conforme lembra Engelmann, este último pólo caracteriza-se como socialmente mais diversificado, diagnóstico que é compartilhado pelas pesquisas de Vianna e Sadek, no sentido de enxergar uma intensa modificação nas origens socioeconômicas do corpo da magistratura, a conferir-lhe um aspecto mais formal e responsável, ao que tudo indica, pela possibilidade de abertura para uma nova forma de ver o direito.

Em grande medida, estes pólos em concorrência aparecem nas disputas do sentido das definições, formalizadas na doutrina jurídica (*idem*:20) Na verdade, considerando a necessidade legal de justificativa das decisões judiciais, a existência de um comportamento mais “social”, mais “engajado”, se pretender refletir-se também num comportamento jurídico, deverá estar composto por uma argumentação jurídica consistente: daí a importância da disputa pelo domínio do discurso dogmático. O mesmo ocorre quanto à postura conservadora, a utilizar o instrumental teórico do positivismo jurídico, que promove a ideia de neutralidade e completa autonomia do direito.

Com o intuito de trabalhar então com números a respeito dessa disputa – embora aqui apenas no campo da magistratura –, podemos verificar as pesquisas coordenadas por Werneck Vianna (1997) e Teresa Sadek (2006) as quais demonstraram resultados muito próximos no que diz respeito ao parâmetro da neutralidade, baluarte do positivismo jurídico. Na pesquisa do primeiro, ao serem indagados se “deve o juiz reproduzir o direito, explicitar por meios puramente lógico-formais o conteúdo de normas jurídicas já dada, ou, alternativamente, produzi-lo?”, obteve-se uma notável maioria de 83% referindo-se à segunda opção possível, consignando o autor a marca da neutralidade em 17% dos entrevistados. Vinculando este cenário a elementos de atuação efetiva, Vianna aponta que “dentre os magistrados que se alinham com a perspectiva de uma intervenção forte do judiciário na vida social, 58,2% atribuíram alta prioridade à garantia da extensão dos direitos sociais, percentual que cai para 31% entre os juízes que aderem à perspectiva de neutralidade. Relação semelhante verifica-se quando se considera o exercício inovador da justiça sobre questões emergentes e ainda não tratadas pela legislação – nesse caso, o percentual de 42,4%

cai para 18,1%. Pode-se, portanto, concluir que a criação jurisprudencial do direito guarda nexos importantes com a questão social” (1997: 274).

Já na pesquisa de Sadek, foi indagado aos entrevistados se as decisões judiciais deveriam orientar-se preponderantemente por parâmetros legais, atentar para suas conseqüências econômicas, ou ter compromisso com as conseqüências sociais. Reproduz-se duas tabelas de respostas, referentes análise do mesmo grupo tomado em duas subdivisões.

Orientação preponderante de decisões judiciais, por situação funcional, em percentuais de concordância			
	Ativa	Aposentado	Total
Parâmetros Legais	87,1	84,9	86,5
Compromisso com as conseqüências econômicas	40,5	25,4	36,5
Compromisso com as conseqüências sociais	83,8	64,1	78,5

(SADEK, 2006)

Orientação preponderante de decisões judiciais, por tempo na magistratura, em percentuais de concordância				
e +	Até 5 anos	6 a 10 anos	11 a 20 anos	21 anos
Parâmetros Legais	88,6	89,0	86,1	85,0
Compromisso com as conseqüências econômicas	48,1	42,0	37,4	27,2
Compromisso com as conseqüências sociais	90,2	85,9	81,9	64,9

(SADEK, 2006)

Sugere-se algumas conclusões do resultado destas pesquisas. Uma é que, como se pode notar, pode-se atribuir uma tendência mais presente em rejeitar os postulados que indiquem a falta de neutralidade (criatividade; extensão dos direitos sociais; conseqüências sociais da decisão) aos magistrados que ocupam mais tempo na carreira. Vê-se que no quesito “compromissos com as conseqüências sociais”, a resposta positiva daqueles que ocupam a função de magistrado por até 5 anos chega a 90,2 %, enquanto que nas cadeiras mais vetustas, com mais de 21 anos de função, esse índice desce para 64,9%. Considerada ainda a informação de que as magistradas mulheres, recém-chegadas à magistratura tendem a adotar este indicador de postura de forma mais acentuada que os homens (88,0% *versus* 75,7%, segundo a pesquisa) percebe-se que vem ocorrendo uma mudança de percepção motivada talvez pela mudança de composição no campo, conforme diagnosticada por Werneck Vianna, que ressalta a maior pluralização do campo da magistratura, com ingresso de novos atores pertencentes a classes sociais e grupos familiares diversos daqueles tradicionais, através do concurso público.

Questão de relevância – referente inclusive ao que já foi dito aqui relativamente à luta discursiva no campo, através da dogmática – é notar o aparente paradoxo existente no resultado que apresenta a similitude percentual entre o compromisso com as conseqüências sociais da decisão e compromisso com os parâmetros legais, mesmo naqueles grupos que mais se apegam ao primeiro ponto (respectivamente, 83,8% e 87,1% na primeira tabela; e 90,2% e 88,6% na segunda).

De fato, apresentada a ideia de que a postura conservadora utiliza-se dos argumentos do positivismo jurídico para propor a imparcialidade do magistrado, e esta linha positivista defende exatamente o apego à lei como forma de autonomia do direito em relação a outros campos da vida, a exemplo da política, cujo resultado é demonstrar-se ausente responsabilidades ou compromissos com as conseqüências da sua atuação jurisdicional, presente isto, deste modo, revelar-se-ia com efeito surpreendente a adoção, na mesma resposta, no mesmo questionário, das duas assertivas. Pois, como mesmo propõe Engelmann, existiria na magistratura “uma oposição entre decisões baseadas no ‘princípio da legalidade’, típico do direito identificado à interpretação restrita da lei, e as alicerçadas no ‘princípios gerais do direito’, identificados à visão mais ‘política’” (2006:124).

A resposta para encontrar uma coerência nesses dois fatores reside na evolução doutrina jurídica, justamente o instrumento dos agentes pela apropriação do discurso jurídico. Pode-se explicar da seguinte forma: como visto acima, ao tratar-se da chamada judicialização da política, houve uma mudança muito relevante quanto ao direito de feição liberal e o que passou a ser desenvolvido com a formulação política do *welfare state*. O direito de feição liberal, que dava ênfase aos códigos, notadamente o código civil, através

da regulação e proteção dos institutos contratuais, possui uma hermenêutica que afirma a clareza das regras jurídicas e mínima participação do agente jurídico na construção do seu núcleo normativo. Portanto – pelo menos era a pretensão – a regra para cada caso estava simplesmente já posta, já que o grau de abstração era reduzido, dado que todas as relações possíveis deveriam estar disciplinadas pela regras de direito. Como se viu, contudo, a regulação e planejamento político do Estado, bem como diversos direitos sociais do cidadão, assuntos como estes migraram para as Constituições. Estas, por seu turno, operam normativamente a partir de lógicas diferenciadas daquelas utilizadas para tratar dos códigos, o que se força formar uma nova hermenêutica para balizar a sua forma de interpretação e de aplicação. Os textos constitucionais formados no pós-guerra propunham verdadeiros planos de ações para o Estado, e direitos exigíveis pelos indivíduos, de atuação estatal, programas de ação estatal e social – daí se considerar algumas regras constitucionais como programáticas. As normas constitucionais que isso disciplina, porém, carregam a impossibilidade de ter uma textura concreta, mas ao contrário, altamente abstrata e, portanto, apenas aplicável sob a interpretação criativa dos agentes jurídicos. E, importante frisar, estes princípios constitucionais passam a ser considerados verdadeiramente normas de direito, com obrigatoriedade de execução. Assim, pode-se obrigar o Estado a pagar medicamentos sob o argumento do princípio do direito a vida, da dignidade da pessoa humana, a obrigatoriedade de prestação de saúde por parte do Estado. A esta nova doutrina jurídica que defende a supremacia da constituição e de seus princípios-norma, dá-se o nome de neoconstitucionalismo⁹, podendo ser tida como parcela do pós-positivismo.

Essas lições hermenêuticas implantadas pela interpretação constitucional, contudo, não ficam apenas ligados a ela. Por refletir o da mesma forma a busca pela igualdade, também os códigos passaram, com mais vagar, a conter não apenas regras rígidas, mas cláusulas gerais de aplicação do direito, aproximando-se cada vez mais do direito anglo-saxão. Assim, tome-se o emblemático exemplo do código civil brasileiro em vigor a partir de 2003, que inicia sua disciplina contratual com duas cláusulas gerais, ou princípios contratuais: “Art. 421: A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”; “Art. 413 Os contratantes serão obrigados a guardar...os princípios da probidade e da boa-fé.” Tais dispositivos reforçam o que a doutrina civilista designa como “crise dos contratos”, dizendo da derrocada do paradigma liberal da autonomia da vontade como único vetor contratual. Assim, da mesma forma que se vê possível conceder um direito social, com base em um princípio constitucional, pode-se anular um contrato sob a justificativa de que uma das partes não cumpriu o dever de lealdade e de ética que devem reger as relações contratuais, o que é aplicação direta de um princípio jurídico, cujo vetor maior, nesse caso, é a igualdade em detrimento liberdade entre desiguais.

O que se está querendo dizer, portanto, é que diante da evolução da doutrina jurídica contemporânea, não há plena necessidade de se colocar em oposição os elementos de respeito aos parâmetros legais e respeito às conseqüências sociais das decisões – e assim se explica o aparente paradoxo do questionário. É que, como se tentou mostrar rapidamente acima, foram os próprios parâmetros legais que se elasteceram. O agente do direito não precisa atravessar um sentido unívoco da lei para dar-lhe uma interpretação que lhe afague a consciência quanto às conseqüências do seu labor. Os elementos de ética e de justiça, dentro de algumas balizas que a doutrina vem tentando construir, podem ser invocados a partir das próprias cláusulas gerais e princípios observados nas constituições, mas também nas leis como um todo.

A percepção desse fenômeno faz com que mesmo se torne secundária a oposição observada por Engelmann, ao identificar os agentes mais afeitos à conotação “política” ou “social” do direito – contrário, portanto, do bloco conservador, neutro, positivista – como aqueles vinculados ao movimento do “direito alternativo”¹⁰. Se, uma das propostas teóricas desse grupo seria “uma ‘politização do direito’, tomando por

⁹ Pode-se encontrar em Ana Paula de BARCELOS (2005) uma exposição muito bem sistematizada sobre o neoconstitucionalismo, que pode nos servir de guia, para fins introdutórios. A autora condensa as novidades do neoconstitucionalismo em duas vertentes: uma metodológico-formal e outra material. A primeira pode ser dividida em três características: i) a normatividade da constituição – isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas dotadas, como as demais, de imperatividade; ii) a superioridade da constituição sobre o restante das normas jurídicas, que reafirma a hierarquização do ordenamento jurídico, tendo a constituição como ápice; iii) a centralidade da carta nos sistemas jurídicos por força do fato de que os demais ramos do direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a constituição. Sob o ponto de vista material, tem-se: i) primeiro, a constatação da incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção da igualdade e defesa de direitos fundamentais; ii) segundo, a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio corpo constitucional.

¹⁰ Secundária, porém não irrelevante ou incoerente. O campo de pesquisa do autor foi o Sul do país, local no qual floresceu, no Diké, Aracaju, vol. 03 n 01, jan/jul/2014, p.18 a 31, Agosto/2014|<http://www.seer.ufs.br/index.php/dike>

base, ‘regras constitucionais’ e os ‘princípios gerais do direito’, que possibilitam a ‘abertura’ na interpretação na interpretação das normas jurídicas em oposição ao ‘princípio da legalidade’, que restringe as decisões judiciais a uma aplicação mais objetiva da legislação” (2006:123), enfim, este sendo, como é, um dos sentidos de atuação do movimento alternativo, não difere muito, porém, da proposta teórica do *pós-positivismo e do neoconstitucionalismo*. Obviamente que se pode encontrar diferença no grau de utilização dessa doutrina, assim como seus objetivos políticos, mas os conteúdos se assemelham.

Uma terceira curiosidade poderia despontar das tabelas acima colocadas. Apontemo-la, mesmo com o intuito de inserir já outro debate no assentado no campo jurídico presente, que é o da importância das associações de atores jurídicos (magistrados, promotores, advogados). A questão diz respeito a que, tendo-se resultado um diagnóstico positivo acerca da presença do consequencialismo na prática jurídica, como querem denunciar as pesquisas sob o ponto, a adoção da perspectiva quanto às consequências econômicas da decisão restou substancialmente afastada, com apenas 36,5% de adesão à ideia, principalmente se comparada ao consequencialismo social, que chega a 78,6%. Possível paradoxo, pois, desde que se poderia tomar a economia como dado relevante para a estabilidade social e seu desenvolvimento.

O tema, contudo, pareceu mais compreensível na oportunidade de uma entrevista por nós realizada junto ao presidente da AMASE (Associação de Magistrados de Sergipe) na qual foi questionado acerca da atual função juiz na sociedade atual, tendo respondido que:

“Houve uma mudança, por parte dos próprios juizes, do seu papel na sociedade. O neoliberalismo tem como pauta calar o judiciário e impedi-lo de atuar na efetivação dos direitos fundamentais e sociais. É a partir dessa compreensão que hoje os magistrados estão cientes desse seu papel social para impedir que a lógica do mercado tome o lugar da lógica dos direitos”.

Entrevista realizada em 10/09/2009.

Assim, ao que parece, ter cuidado com as consequências econômicas da decisão significa não curvar-se à “lógica do mercado”, “neoliberal”, que procura tomar o lugar da “lógica dos direitos”. Estas duas vertentes estariam em contraposição, podendo ser tomadas corretamente como oposição dentro do campo jurídico.

Neste tópico, repisamos que a disputa interior do campo jurídico é uma disputa por um discurso mais ou menos conservador, a qual traz, por um lado, uma postura mais “liberal” e outra mais “progressista”. A formação de uma postura heterodoxa não vem dissociada de uma literatura bastante densa sobre usos do direito, normalmente trazidas pela filosofia jurídica e pela hermenêutica jurídica, a doutrina jurídica à qual o trabalho de Engelmann corretamente faz menção. A cultura jurídica brasileira é vista como de raiz positivista, tendo seus princípios bebido nas fontes do dualismo kelseniano e no conservadorismo que isso acarretava. A mudança de ares teria de passar necessariamente pelo questionamento daquelas bases positivistas. Os movimentos heterodoxos no campo jurídico criaram ou adotaram bases teóricas as quais são imprescindíveis de se destacar para a compreensão do tema ora discutido, notadamente o pós-positivismo e neoconstitucionalismo, fortemente vinculados ao ativismo que percebemos nos últimos anos.

3. Ativismo judicial no Brasil e o Supremo Tribunal Federal.

Sem dúvidas as decisões do Supremo Tribunal Federal são as que chamam maior atenção, pela relevância pública dos temas enfrentados por aquela casa. Já tivemos a oportunidade de verificar possíveis motivos pelos quais as cortes constitucionais passam a ser o porta voz da vontade geral, tratando de pautas geralmente afetas aos parlamentos. Pretendemos, a seguir, abordar algumas das mais marcantes decisões recentes da mais alta corte brasileira, compartilhando impressões acerca de indícios da judicialização da política e da politização da justiça.

Ainda que a expressão ativismo judicial não expresse apenas a atuação profissional dos magistrados, dado que a militância de advogados e promotores também quer designar isto, sem dúvida é a mudança de postura daqueles que decidem que vem chamando a atenção da sociedade brasileira, e em especial a atuação do Supremo Tribunal Federal, protagonista em importantes discussões travadas nos últimos anos.

final da década de 80, o movimento alternativo. Este movimento obteve repercussão nacional e foi de fato excepcionalmente importante para fincar posição, politicamente, a respeito de um direito mais consequencialista e menos legalista. O que se pretende afirmar aqui é que suas proposições atualmente não guardam mais um teor, por assim dizer, plenamente alternativo, dado que as evoluções na hermenêutica – que certamente ajudaram a construir – dispensam hoje a ideia de transbordar os parâmetros legais, como explicado mais atrás. Daí que estabelecer o movimento do direito alternativo, atualmente, como agente opositor no campo jurídico, ainda que seja sublinhadamente correto, é incompleto.

Lembre-mos de algumas delas, informando quando possível o que mais se destaca como novidade. Três casos apontam como o sinal definitivo da existência de um ativismo judicial no STF, que vinha mostrando-se de forma compassada desde o começo da atual década. As decisões sobre a fidelidade partidária, o nepotismo e a regulamentação do direito de greve são extremamente relevantes por conta da sua interferência direta nos outros poderes.

Em 2007, o PFL ingressou com uma “consulta” ao Tribunal Superior Eleitoral, formulando a seguinte pergunta: “Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?”. A resposta da corte eleitoral foi positiva, e como as deliberações por meio deste instrumento – a *sui generis* “consulta” – têm caráter normativo, seus efeitos gerariam confrontos reais e ações para perda de mandato. Após solicitações dos partidos de oposição para que o presidente da Câmara dos Deputados abrisse processo de exclusão, a sua negativa gerou os Mandados de Segurança que chegaram ao STF, e assim a controversa matéria da fidelidade partidária, que durante muitos anos rondou os corredores do Congresso na pauta da reforma política, acabou chegando ao Judiciário para ser, nesta outra seara, decidida.

O Tribunal decidiu, por 8 votos a 3 que o mandato pertence à agremiação política, atestando a obrigatoriedade da fidelidade partidária com a ressalva de possíveis perseguições políticas. O tema obviamente notabiliza-se pela relevância de suas repercussões, que atingem de frente o sistema político brasileiro. Pelo viés da ciência política, as questões mais claras são, em primeiro lugar o fato em si do julgamento de questão dessa estirpe distante das cadeiras do Congresso Nacional, mas pelo contrário, movido por membros deste para ser decidido pelo judiciário. Isto aponta para o fenômeno judicialização da política antes abordado, já que uma pauta é direcionada para o judiciário ao invés de outro poder.

Contudo, aqui esse deslocamento é mais complexo pois não se trata meramente de um componente estrutural, ou seja, não temos o exemplo de algum tema que a constituição afastou a escolha política e deu a ela condição de juridicidade imediata. O Congresso poderia ter escolhido, na sua discussão política, se havia oportunidade para a fidelidade partidária ou não, e sua escolha seria legítima. Entretanto, alguns dos próprios congressistas fizeram o debate mudar de foro e judicializaram o tema. Isso faz lembrar o argumento por vezes utilizado, de que o Judiciário vem crescendo por conta da omissão e incapacidade do poder legislativo – o que será reforçado em exemplo à frente.

Outro fator que faz chamar a atenção neste caso quanto ao debate sobre o ativismo judicial se deu por conta do conteúdo dos votos dos ministros que se manifestaram a favor da fidelidade partidária. Sem aprofundar no tema, deve-se dizer que a Constituição não pronuncia uma só palavra acerca de punições para troca de partido, quiçá perda de mandato nestes casos. Os votos dos ministros foram embasados em princípios e interpretações sistemáticas da constituição calcadas em regras práticas tais como o fato de haver políticos que se elegem com poucos votos, por conta do sistema proporcional adotado pela Constituição. Esta forma de decidir, enxergando além da letra da lei, para buscar o “sentido”, a “vontade”, os “princípios últimos”, da democracia, da vontade popular, que estariam imersos na Constituição, representa um aspecto relevantíssimo da análise do ativismo judicial.

A resolução nº 07/2005 do Conselho Nacional de Justiça determinou a proibição do nepotismo no poder judiciário. O Supremo foi acionado, a partir de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, a se pronunciar sobre a validade jurídica desta medida face à Constituição. O resultado foi a declaração da validade da resolução e a determinação de que o tribunais, dentro de determinado prazo, cumprissem a resolução do CNJ, fizessem exonerar todos os parentes até 3º grau em cargos de confiança de membros efetivos, com a fiscalização do Conselho autor da resolução. No ano de 2008, o assunto voltou ao STF, ainda mais recheado. Provocado por um Recurso Extraordinário que discutia a constitucionalidade de nomeação de parente de vereador e vice-prefeito para cargos públicos, o STF manifestou o mesmo entendimento já adotado no caso da resolução 07/2005 do CNJ, com a diferença que neste caso não havia qualquer norma, de qualquer hierarquia, regulamentando expressamente a matéria: a fonte foi diretamente a Constituição.

Para este caso valem as mesmas colocações feitas no caso da fidelidade partidária, com o destaque, talvez, para que a questão em pauta representa um dos maiores desafios da sociedade brasileira, já que o nepotismo representa vivamente as características do estado patrimonial pelo qual o país foi tão descrito em sua literatura política, histórica e sociológica, como se teve a oportunidade de conferir na primeira

parte deste trabalho. E esta tão importante questão deitou, espera-se, na eternidade do passado, por meio de um debate travado no poder judiciário, e não pelos representantes eleitos pelo povo para resolver as relevantes questões sociais. Novamente, vale dizer, a vedação ao nepotismo não encontra qualquer menção expressa na Constituição Federal. A decisão dos ministros, comemorada pela opinião pública, foi baseada em princípios tais como o republicanismo, a moralidade, a eficiência do serviço público, firmando uma posição de claro alargamento interpretativo do texto Constitucional.

O terceiro caso, ocorrido em 2007, representa uma das viradas jurisprudenciais mais intensas do STF, e resultou na regulamentação do direito de greve dos trabalhadores da iniciativa pública. O artigo 5º, LXXI da Constituição Federal, assim dispõe: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. O Mandado de Injunção é um instrumento processual que garante ao cidadão a realização, execução, efetivação, de um direito fundamental inscrito na Constituição, mas ainda não regulamentado pelo legislador. Explique-se: em alguns casos, a Constituição afirma existir um direito, mas dá ao legislador ordinário a competência para regulamentá-lo. Enquanto não houvesse esta regulamentação, estaria o cidadão impossibilitado de exercer este direito. O mandado de injunção se presta a, em função da inação do legislador, solicitar que o judiciário regulamente a matéria relativa a um direito fundamental no caso concreto, tornando possível seu exercício por quem o impetrou.

O STF jamais considerou possível regulamentar um caso concreto a partir do mandado de injunção. A postura adotada pelo tribunal afirmava que ao Judiciário cabia apenas notificar o legislador pela “mora legislativa”, sem o poder de exigir uma providência concreta. O fundamento da tese seria o respeito à divisão dos poderes, fundamento da República. A atuação concreta do Judiciário como legislador pontual seria uma invasão indevida nas tarefas do poder Legislativo, que confrontaria o princípio de Montesquieu. O artigo 37, VII da CF afirma que, no caso dos servidores públicos “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”. Desde 1988, o funcionalismo espera que o legislativo se pronuncie sobre a matéria. Em 2007, a associação nacional dos servidores públicos mais uma vez em alguns anos impetrou Mandado de Injunção no STF pedindo que o Tribunal regulamentasse o direito de greve. Sem se ater à jurisprudência anterior, os ministros decidiram que a lei de greve da iniciativa privada seria utilizada, no que cabível, aos servidores públicos. A autocontenção do tribunal foi substituída pelo ativismo, pela vitória da tese de que nestes casos o judiciário pode legislar, afastando a omissão do Congresso. Este exemplo é interessante para se observar o devido peso entre o aspecto anímico e o estrutural, como acima abordado. É que mesmo já havendo uma norma na Constituição que permitia o judiciário de legislar no caso concreto (o Mandado de Injunção – fator estrutural), a sua efetiva realização apenas foi percebida a partir de uma mudança de atitude, de concepção de função enquanto corte, dos ministros do tribunal (o fator anímico).

Em outros casos, porém, esta atividade legislativa do STF não tem base jurídica segura e vem chamando a atenção de interessados no assunto. Trata-se das súmulas vinculantes, mais especificamente da forma como elas têm sido utilizadas. A súmula vinculante é um instrumento de uniformização de jurisprudência, inserido na Constituição pela reforma do judiciário, em 2004 (Emenda Constitucional 45/04). Ela serve, pois, para que demais juízes e tribunais e administração pública sejam obrigados a manter o posicionamento adotado pelo STF em determinada matéria que este resolveu sumular, como último intérprete da Constituição. Seu objetivo mais prático é evitar recursos os quais, quando enviados ao STF, já se saberia a resposta.

A crítica que se faz à forma como estão sendo utilizadas as súmulas provém de alguns casos. Em 2008, dois chamam a atenção. O primeiro é a súmula da restrição ao uso de algemas. Motivada claramente pelas prisões de Daniel Dantas, Naji Nahas e Celso Pitta, mas tendo como paciente no Habeas Corpus, ironicamente, um paciente pobre¹¹, o tribunal lançou a súmula vinculante nº 11¹². Desconsiderando aqui

¹¹ Quanto a esta ácida ironia dos fatos, cf. a opinião do juiz federal George Marmelstein Lima, para quem há no Brasil “uma cooptação de toda a base de legitimação que o discurso dos direitos proporciona para tentar justificar determinados pontos de vista que, a rigor, não estariam abrangidos nas intenções mais nobres que tradicionalmente estiveram por trás da luta pelos direitos fundamentais. Ao invés de servir como reivindicação contra a opressão, o discurso dos direitos transforma-se em um escudo protetor de grupos já demasiadamente privilegiados que nem com muita boa vontade poderiam se enquadrar na noção de oprimidos, excluídos e despossuídos cuja dignidade o discurso dos direitos procura resgatar. (*Juristocracia Verde e Amarela*, in Diké, Aracaju, vol. 03 n 01, jan/jul/2014, p.18 a 31, Agosto/2014|<http://www.seer.ufs.br/index.php/dike>

comentários acerca do momento político em que foi editada, vale dizer que as críticas geradas giram em torno da falta de precedentes da Corte para poder tornar este entendimento uma súmula obrigatória. Explique-se: a Constituição autoriza a elaboração destas súmulas, mas exige alguns requisitos, dentre os quais que o entendimento tenha já vários precedentes e a matéria seja pacífica¹³. Neste caso, por conta de apenas um episódio, editou-se a súmula.

No já tratado tema do nepotismo, editou-se também uma súmula vinculante. Aqui, além de não existir precedentes, o que mais ganhou notoriedade foi a forma a qual os ministros a elaboraram, suscitando hipóteses nas quais a redação da súmula seria mais eficiente, como evitar brechas, abordando cada caso prático que fosse albergado pelo texto, ou seja, um trabalho tipicamente de um legislador, uma discussão pragmática tipicamente legislativa.

O problema disso tudo é que uma súmula vinculante tem uma textura normativa, quanto à seu grau de abstração, e capacidade coação praticamente idêntica a de uma lei. Obviamente que pode o Congresso editar norma com conteúdo diferente, mas até lá as instâncias do judiciário e a administração devem respeitar as disposições da súmula. Pelo seu alto grau de abstração e generalidade, seu procedimento de formação foi construído para ser rígido. Os dois casos apresentados são exemplos em que o tribunal simplesmente legislou, sem haver precedentes, e na questão do nepotismo em especial, os debates pragmáticos envolvidos remetem claramente ao comportamento dos parlamentares ao discutirem a aprovação de uma lei.

Dois últimos episódios, que têm em comum a ilustração da importância que tem o Judiciário hoje no Brasil. Em pouco tempo, o STF se viu às voltas de duas difíceis questões que envolveram componentes religiosos, éticos, filosóficos, etc., que foram os julgamentos da lei de biossegurança (questão das células-tronco) e fetos anencéfalos. Por conta deste último ocorreu a primeira audiência pública no STF, requerida pelo ministro Carlos Ayres Britto, que contou com a participação de membros da sociedade civil e científica. O expediente também foi utilizado por ocasião do julgamento da lei de biossegurança. Poder-se-ia afirmar corretamente que se trata de mais um debate intenso e importante da sociedade brasileira que é decidido de maneira definitiva fora do Congresso Nacional. Porém, outra coisa que chama atenção neste episódio é que o tema só ganhou repercussão quando chegou ao tribunal, depois de ter sido votado no Congresso com poucos holofotes. Passa a impressão de um sentimento de intermitência em relação que é decidido no Parlamento, ou até que este foro não é mais adequado para a participação e debates da sociedade civil. O que é um choque teórico muito forte.

4. CONCLUSÃO

No propósito desde início alegado, procurou-se conferir algumas bases teóricas e empíricas acerca das mais complexas e palpitantes movimentações do campo jurídico, entendidas como a judicialização da política e a politização da justiça, o ativismo judicial.

Os trabalhos mais voltados para a área da ciência política povoam o primeiro trecho deste artigo, dado que analisam a própria modificação na estrutura do estado, sendo objeto claro das preocupações também daquela ciência. Há, contudo, uma destacada ausência de trabalhos no Brasil que procure trazer uma análise mais aprofundada do campo jurídico, seja quanto à disputa discursiva aqui focada, quanto para outros possíveis indicadores que sirvam para ao estudo desse campo. Dessa forma, a não ser pelos trabalhos de fôlego que foram apresentados e discutidos acima, não há um diagnóstico permanente acerca do discurso e outras formas de práticas dos agentes do campo jurídico que abalize com mais precisão as opiniões direcionadas nessa área, como por exemplo, o próprio ativismo judicial. Daí toma-se por importante as discussões aqui empreendidas, com vistas a sistematizar os estudos já realizados e conferir necessária compreensão teórica dos temas sem, quando fosse possível, deixar de inserir o ponto de vista do autor.

<http://direitosfundamentais.net/2011/12/08/a-juristocracia-verde-e-amarela/>. Acesso em 07/01/2012)

12 Súmula Vinculante nº 11: Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

13 Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei. (lei 11.417/06)

Parece relevante haver pesquisas no ramo da ciência do processo que digam respeito à necessária abertura dos tribunais que vem como resultado do seu maior protagonismo. Dado que, como pretendido afirmar no presente artigo, pautas de grande relevância migram do legislativo para o judiciário, são precisos criar canais de comunicação entre os tribunais e a sociedade, para que ela não fique simplesmente ao léu em relação aos temas que lhe interessam. Assim, desde as audiências públicas que já se destacam no STF, a ampliação das possibilidades de intervenção de terceiros nos processos de grande interesse deve ser pauta debatida com, sugere-se, o aporte teórico da teoria do estado, e da necessidade de legitimação das decisões.

Quanto à ideia de ativismo, por seu lado, ainda se apresenta campo fértil para a análise estatística e de discurso pesquisas necessárias para a verificação empírica de uma opinião que se apresenta como uma quase unanimidade não-verificada com dados científicos mais precisos. Pode-se analisar desde casos concretos, de tribunais específicos e comparações entre si, desde períodos diferentes de um mesmo tribunal, até os discursos e ações empreendidas por associações de classe de agentes no âmbito do judiciário.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista de Direito Administrativo nº 240, p. 83-103, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 18 set. 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**- Tradução de Carlos Álvaro de Oliveira.

Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CORTIZO, Maria Del Carmen. **A cultura da justiça: cultura jurídica e administração de justiça**. Campinas, SP: [s.n.], 2000.

ENGELMANN, Fabiano. **Sociologia do campo jurídico: juristas e usos do direito**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2006

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 1v.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"**. In Novos Estudos CEBRAP, nº 58, novembro 2000, p.183-202.

SADEK, M. T. . **Pesquisa AMB 2006**. In: XIX Congresso Brasileiro de Magistrados, 2006, Curitiba. AMB, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2000.

SORJ, Bernardo . **A nova sociedade brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006. v. 1. 169 p.

VIANNA, L. W. ; CARVALHO, Maria Alice Rezende de ; MELO, Manuel Palacios Cunha ; BURGOS, Marcelo Baumann . **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. 1a.. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999. v. 01. 272 p.

VIANNA, L. J. W. ; MELO, Manuel Palacios Cunha; CARVALHO, Maria Alice Rezende de ; BURGOS, Marcelo Baumann . **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**. 1a.. ed. RIO DE JANEIRO: Editora Revan, 1997. v. 01. 320 p.

VINCENT, A. **Ideologias políticas modernas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.

Publicado no dia 06/08/2014

Recebido no dia 26/07/2013

Aprovado no dia 29/07/2013

A POSSIBILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE NORMAS SOCIAIS PROGRAMÁTICAS
PELO PODER JUDICIÁRIO

THE POSSIBILITY OF IMPLEMENTATION OF SOCIAL PROGRAMMATIC NORMS BY
JUDICIARY

Rafael José Nadim de LAZARI^I

Resumo

Através dos métodos lógicos, dedutivo e comparativo, este artigo discute a polêmica questão do constitucionalismo contemporâneo brasileiro, sobre a viabilidade de implementação de normas sociais programáticas, especificamente na forma de políticas públicas, pelo Poder Judiciário. Assim, será impossível fugir, ao longo do estudo, da discussão sobre ativismo judicial, mínimo existencial e reserva do possível, bem como a questão envolvendo o desrespeito alegado à separação de funções nesta atividade implementadora. No final, será dado um parecer valorativo, com proposta de entendimento sobre o tema.

Abstract

Through logical, deductive and comparative methods, this article discusses controversial question of contemporary constitutionalism brazilian, about the viability of implementation of social programmatic norms, specifically in the form of public policies, by Judiciary. So, will be impossible to flee, throughout the study, of the discussion about judicial activism, existential minimum and reserve of possible, as well as the question involving the alleged disrespect in the separation of functions in this implementation activity. In the end, will be given a valorative opinion, with proposal by an understanding about the theme

Palavras-chave: Normas sociais programáticas. Políticas públicas. Separação de funções. Ativismo judicial. Mínimo existencial.

Key-words: Social programmatic norms. Public policies. Separation of functions. Judicial activism. Existential minimum.

1 Linhas prolegomiais

“Ativismo judicial”, expressão em voga que ecoa com retumbância pelos corredores do Judiciário brasileiro. O que antes não passava de decisões isoladas - pontualmente proferidas, vale lembrar -, e devidamente discutidas nas cátedras jurídicas, ganha fidalgos contornos de mesmice se considerada a frequência com que têm se dado. Mas, devidamente instruído com o jargão popular de que a diferença entre o veneno e o remédio é apenas a dosagem, há se atentar para um risco de excessos por parte do julgador. Com efeito, há muito mais por trás do “ativismo judicial” que a simples atividade criadora do juiz. É o que pretendemos, modestamente, desvendar.

E é assim que o artigo começa. Com um claro posicionamento restritivo, *ab initio*, à intervenção do Judiciário. Mas, que não se crucifique sem prévio julgamento este que vos escreve, afinal, não que defendamos o retorno ao *gendarmerismo* estatal, mas critérios precisam ser instituídos. *Critérios*, e não a mera adaptação moderna do “método Robin Hood” de tirar do Estado, “rico”, para dar ao povo, “pobre”, determinando que se cumpra, não importa como, com que dinheiro, e com qual planejamento, em troca de um estado de consciência, digamos, tranquilo, por parte do julgador.

A Constituição Federal, nascida *fisicamente* aos cinco de outubro de 1988, mas *ideologicamente* muito antes, em 1976, com a Constituição da República Portuguesa¹, é digna de elogios na comunidade internacional, como uma Carta, apesar de prolixa, definidora de direitos e garantias fundamentais, numa refundação de um novo Brasil, livre dos grilhões ditatoriais e das entranhas do assistencialismo barato que marcou o populismo dos governos latino-americanos em décadas anteriores.

Mas, o que era para ser ponto germinante de grandes e positivas transformações sobejantes na vida social dos por ela tutelados, esbarrou na crise do Estado de bem-estar, incapaz em atender a todas às promessas propostas na Lei Maior pátria².

^I Advogado, consultor jurídico e parecerista. Mestre-bolsista (CAPES/PROSUP Modalidade 1) em Direito pelo Centro Universitário “Eurípides Soares da Rocha”, de Marília/SP - UNIVEM. Professor universitário. Colaborador permanente de diversos periódicos especializados de Direito. E-mail: rafa_scandurra@hotmail.com

¹ Concorde-se, pois, com as palavras de Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 249): “É inegável, a influência que a Constituição Portuguesa de 1976 exerceu na Constituição Federal de 1988, especialmente na positivação de direitos fundamentais sociais [...]”

² Neste sentido, as palavras de Arno Arnoldo Keller (2007, p. 155): “Fala-se muito em “crise do Estado social”, que atinge os direitos sociais, para cuja realização se exige a prestação efetiva dos serviços que ao Estado competem. Entretanto, por falta de garantias jurídicas apropriadas para exigir tal cumprimento acabou ficando ao alvedrio dos detentores do poder e, Diké, Aracaju, vol. 03 n 01, jan/jul/2014, p.32 a 40, Agosto/2014 | <http://www.seer.ufs.br/index.php/dike>

E o constituinte tem culpa por ter sido eufórico demais³. Fazendo uma análise superficial do conjunto de normas constitucionais garantistas, e não meramente reguladoras, é ululante, hoje, que não são nem nunca foram passíveis de cumprimento pleno. Para se ter uma ideia, a título ilustrativo, o art. 1º da Constituição Federal traz os “*fundamentos* da República Federativa do Brasil”, dentre os quais a cidadania (II) e a dignidade da pessoa humana (III). Depois, o art. 3º da aludida Carta traz os “*objetivos fundamentais* da República Federativa do Brasil”, como construir uma sociedade livre, justa e solidária (I), bem como promover o bem de todos (IV). Em seguida, o art. 5º traz direitos e deveres individuais e coletivos em nada menos que setenta e oito incisos, com um parágrafo primeiro que afirma que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Também, o art. 6º traz outro rol de direitos sociais, como a educação, a saúde, o trabalho e a moradia. Isso sem contar os princípios constitucionais sensíveis do art. 34, VII e todo o Título VIII, da Lei Maior, que trata da ordem social.

Clarividente, neste diapasão, a técnica de “cláusulas abertas”, genéricas, adotada pelo constituinte de 1988, possibilitando ampla margem de interpretação pelo aplicador do direito, seja este na condição de Agente Executivo, definidor e implementador de políticas públicas *típico*, ou de Agente Judiciário, na condição de solucionador de demandas via provocação de interessados e implementador de políticas públicas *atípico*.

O problema é que, dentre os direitos constitucionalmente previstos, garantiu-se o acesso à justiça e a inafastabilidade do Judiciário, o que fez com que as pessoas passassem a procurar a função julgadora em prol da minimização de suas mazelas sociais. Mas isso já é tema para o capítulo seguinte.

2 Os direitos sociais na Constituição Federal

“*Sociedade*” (art. 3º, I), “valor *social* do trabalho e da livre iniciativa” (art. 1º, IV), “*integração social*” (art. 4º, P.U), “*função social*” (art. 5º, XXIII), “*direito social*” (art. 6º), “*comunicação social*” (art. 220) etc., são alguns exemplos de quão imbuída está a Carta de 1988 destes direitos ditos *sociais*, e cujo ponto de maior concentração reside no Capítulo II, do Título II, da Constituição Federal, constitutivo de espécie dos Direitos e Garantias Fundamentais, e objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, III, parte final, CF). Não é à toa que a Carta Magna pátria é chamada “Constituição Dirigente”⁴.

Tamanha a importância dos direitos sociais para o constituinte que, no preâmbulo constitucional, foram sensivelmente colocados antes dos direitos individuais⁵, o que denotou preocupação de fraternidade do legislador nas tratativas pós-ditatoriais.

Interessante notar que o Capítulo I, do Título II, da Constituição, trata dos “direitos e *deveres* individuais e coletivos”, coisa que não se repete no Capítulo subsequente do mesmo Título, quando se fala de “direitos sociais”, apenas, e não de “direitos e *deveres* sociais”, o que leva a crer numa sociedade predominantemente destinatária e não emitente de direitos assecuratórios de sua qualidade de vida.

Isso dá uma natureza prestacional e eminentemente positiva aos direitos sociais, de segunda dimensão, diferentemente daqueles ligados à liberdade, de primeira dimensão, de cunho negativo sobejante⁶. Neste

consequentemente, crescem cada vez mais a dívida social, a absurda desigualdade da distribuição de renda, com o conseqüente distanciamento cada vez maior entre os mais e os menos favorecidos em todos os níveis”.

³ Opinião nossa. Em sentido contrário, Andreas J. Krell (2002, p. 26): “Na Alemanha, como no Brasil, se reconhece que promessas constitucionais exageradas mediante Direitos Fundamentais Sociais sem a possibilidade real de sua realização são capazes de levar a uma “frustração constitucional” (*Verfassungsenttäuschung*), o que acaba desacreditando a própria instituição da constituição como sistema de normas legais vigentes e pode abalar a confiança dos cidadãos na ordem jurídica como um todo. *No entanto, a frustração e desconfiança que essas proclamações solenes, carentes de eficácia, possam provocar não autoriza a abordar essa questão em termos de um utopismo ingênuo ou um voluntarismo irreflexivo*” (grifei).

⁴ Cf. Miguel Calmon Dantas (2009, p. 51): “A Constituição brasileira de 1988 é dirigente. Ser dirigente pode expressar muito ou quase nada, pois tal qualidade não implica necessariamente que as direções e os programas constitucionais previstos, desde o art. 1º, passando pelos objetivos fundamentais do art. 3º e chegando aos objetivos e fundamentos da ordem econômica no art. 170, traduzam-se em realidade”.

⁵ Preâmbulo constitucional: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos *direitos sociais* e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil” (grifei).

⁶ Cf. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008, p. 65) acerca dos direitos de primeira dimensão: “A essência do direito está na *proibição imediata de interferência imposta ao Estado*. Trata-se de um direito negativo, pois gera a *obrigação negativa* endereçada ao Estado de *deixar de fazer algo*. Trata-se de uma obrigação de *abster-se da intervenção* na esfera de liberdade garantida pela Constituição (imperativo de omissão - *Unterlassungsgebot*).

sentido, oportunas as palavras de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008, p. 67):

Nada obstante, as prestações estatais (dimensão objetiva) que realizam os direitos sociais podem ser de duas espécies. Primeiro, podem ser prestações materiais (na terminologia alemã “ações fáticas positivas” - *positive faktische Handlungen*) que podem consistir no oferecimento de bens ou serviços a pessoas que não podem adquirir-los no mercado (alimentação, educação, saúde etc.) ou no oferecimento universal de serviços monopolizados pelo Estado (segurança pública). Segundo, podem ser prestações normativas (na terminologia alemã “ações normativas positivas” - *positive normative Handlungen*) que consistem na criação de normas jurídicas que tutelam interesses individuais.

Ademais, além das considerações acima expostas, há se somar a influência histórica das Constituições Zapatista, de 1917, e de Weimar, de 1919, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e do Pacto de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966⁷, bem como o temor à bem-sucedida Revolução Bolchevique do lado oriental do mapa⁸, para poder, enfim, concluir que os direitos sociais consistem em prestações afirmativas do Estado, que sai de seu mero dever liberal - e muito cômodo, diga-se de passagem - de abstenção, para entrar na vida de seus tutelados.

Isto posto, sem mais delongas, para efeito de delimitação temática e teleologia prática, este artigo se concentra no polo irradiador de direitos sociais para toda a Constituição Federal⁹, qual seja, o art. 6º, que afirma serem direitos sociais a *educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados*, ou seja, tudo que se prevê no aludido dispositivo constitucional é absoluto dever do estado, que deve efetivá-lo, *p. ex.*, com a construção e ampliação de escolas, creches, hospitais, centros de saúde e casas populares, concessão de benefícios de assistência social e seguro-desemprego, zelo para a não-obsoloscência da segurança pública etc. (enfim, as tais “políticas públicas”).

Mas, dois problemas nevrálgicos decorrem da previsão constitucional de direitos sociais¹⁰.

O primeiro deles, de *ordem econômica*, consiste no fato de serem os direitos sociais problemáticos aos cofres públicos porque, apesar de dispendiosos, são geralmente destinados a atender a um interesse individual e não coletivo¹¹, o que faz com que escolhas de interesse predominante necessitem ser feitas¹², desde que respeitado um mínimo existencial de cada cidadão¹³. Sendo assim, é inexistível ao Estado que cada brasileiro tenha uma casa para morar, ou que a rede pública forneça todos os medicamentos possíveis para todas as enfermidades, ou que a segurança pública seja desempenhada de maneira profícua e suficiente. Disso decorre a chamada Reserva do Possível, com berço no Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1973, que, como já dito alhures, deve respeitar o “mínimo”.

⁷ Cf. Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 52-55).

⁸ Com a derrota nazi-fascista e a bipolarização do mundo entre os EUA, capitalista, e a URSS, comunista, bem como a destruição da Europa pela Segunda Grande Guerra, acirrou-se a disputa para angariar adeptos para um ou outro bloco. Assim, não se pode dizer que a benevolência social nas Constituições ocidentais pós-Segunda Guerra tenha se dado por mera influência ideológica socialista/comunista, mas pelo temor do avanço da “Cortina de Ferro”.

⁹ Isso em nada diminui o conteúdo abrangido pelo estudo, afinal, a título ilustrativo, a mesma *educação* que é genericamente tratada no art. 6º, também o é, de forma específica, nos arts. 205 a 214, da Constituição, tal qual a relação entre a *saúde* do art. 6º e o que se prevê entre os arts. 196 e 200 da Carta de 1988.

¹⁰ Na Alemanha, a Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949, optou por excluir de seu conteúdo os direitos sociais, a despeito do que fez, trinta anos antes, a Constituição de Weimar. Neste diapasão, apropriadas as palavras de Andreas J. Krell (2002, p. 46): “Os modernos artigos da Carta de Weimar sobre direitos sociais foram “ridicularizados” por parte dos integrantes da extrema-direita e esquerda política, como “promessas vazias do Estado burguês” e “contos de lenda”. Como consequência, o legislador fundamental de 1949 renunciou deliberadamente à formulação de normas que conferem direitos subjetivos a prestações positivas por parte do Estado. Os direitos sociais, cuja eficácia sempre depende de vários fatores econômicos e políticos, ficaram de fora”. Neste sentido, complementa o autor (2002, p. 46): “A maioria dos autores alemães se dirige contra *Direitos Fundamentais Sociais na constituição, porque estes seriam, na sua maioria, não realizáveis na atualidade por parte do Estado, provocando a impressão do cidadão de que todo o texto constitucional seria nada mais do que uma “construção de frases” ou um “catecismo popular, cheio de utopias” que resultaria na perda da normatividade da Carta e da sua força de estabelecer valores*”. (grifei).

¹¹ Cf. Wladimir Brega Filho (2002, p. 23).

¹² Daniel Sarmiento (2010, p. 392), em análise à obra de Guido Calabresi e Philip Bobbit, fala da expressão “escolhas trágicas” utilizada pelos autores: “A escassez obriga o Estado em muitos casos a confrontar-se com verdadeiras “escolhas trágicas”, pois, diante da limitação de recursos, vê-se forçado a eleger prioridades dentre várias demandas igualmente legítimas”.

¹³ Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 72) explica o “mínimo”: “O chamado conteúdo mínimo aponta que cada direito tem um núcleo mínimo irremissível, associado à sua própria razão de ser. Evoca, assim, uma abstração que enuncia a essência do direito cogitado, que não pode ser objeto de supressão ante qualquer panorama histórico ou ante quaisquer eventuais limites”.

Sobre a “reserva”, já opinou Ana Carolina Lopes Olsen (2009, p. 199-200):

[...] a reserva do possível determina que um direito só poderá ser exigido dentro das condições fáticas existentes. Todavia, a partir desta noção, verifica-se certa insegurança na doutrina e na jurisprudência quando se faz necessária uma referência à reserva do possível, sendo que alguns tratam-na como princípio, outros como cláusula ou postulado, e outros são mais específicos ao tratá-la como condição de realidade [...]. Diante desse quadro parece mais adequado tratar exclusivamente de “reserva do possível”, como uma condição da realidade que influencia na aplicação dos direitos fundamentais (grifei).

Ante o acima mencionado infere-se que, por “reserva do possível”, entende-se o reconhecimento honroso estatal de sua incapacidade em atender às necessidades ilimitadas da população, dados seus recursos, limitados. Para maximizar esforços e ampliar resultados, o Estado se utiliza de auxiliares, como quando se vale da concessão, permissão e autorização de serviços públicos (art. 175 e seguintes, CF), quando recebe auxílio do chamado “Terceiro Setor”, e quando permite a exploração, pela iniciativa privada, de algumas dessas atividades, como o ensino privado (art. 197, CF) e a saúde particular (art. 195).

Já o segundo destes problemas, de *ordem jurídica*, decorre da questão de muitos destes direitos sociais terem sido trazidos à Constituição Federal na condição de normas constitucionais programáticas¹⁴ e ¹⁵.

Em que pese a importância do problema de ordem política, este artigo vai se debruçar especialmente, no próximo capítulo, sobre o cerne de ordem jurídica da questão.

3 Sobre a possibilidade de implementação de normas sociais programáticas pelo Poder Judiciário

O “disparo motivador” para a elaboração do presente artigo foram algumas decisões exaradas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, determinando o atendimento em creche e pré-escola para crianças de até seis anos de idade, com supedâneo no art. 208, IV, da Constituição Federal, dispositivo corolário lógico do direito social à educação, como já visto (vide nota explicativa nº 9), previsto no art. 6º da aludida Carta. Vejamos:

CONSTITUCIONAL. ATENDIMENTO EM CRECHE E PRÉ- SCOLA. I. - *Sendo a educação um direito fundamental assegurado em várias normas constitucionais e ordinárias, a sua não-observância pela administração pública enseja sua proteção pelo Poder Judiciário.* II. - Agravo não provido (RE 463210 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 06/12/2005, DJ 03-02-2006 PP-00079 EMENT VOL-02219-11 PP-02181 RT v. 95, n. 849, 2006, p. 199-202 RMP n. 31, 2009, p. 187-191) (grifei).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. [...] - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, *sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.* - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. [...] - *Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em*

¹⁴ Cf. Miguel Calmon Dantas (2009, p. 267): “A nota típica das constituições que fixam objetivos e tarefas para o Estado quanto ao contexto social e econômico, como também no respeitante dos direitos fundamentais em geral, especialmente aos direitos sociais, é a feição programática”.

¹⁵ O conceito de “normas constitucionais programáticas” é basicamente o mesmo, apesar das diversas classificações de normas constitucionais. Crisafulli *apud* André Ramos Tavares (2003, p. 85), *p. ex.*, fala em *normas constitucionais auto-aplicáveis e normas dependentes de complementação*, sendo estas últimas subdivididas em *normas de legislação e normas programáticas*. Já Zagrebelsky *apud* André Ramos Tavares (2003, p. 85-86) faz a classificação em *normas de eficácia direta e indireta*, sendo estas últimas divididas em *normas de eficácia diferida, normas de princípio e normas programáticas*.

A POSSIBILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE NORMAS SOCIAIS PROGRAMÁTICAS PELO PODER JUDICIÁRIO

ISSN ELETRÔNICO 2237-2040

36

descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina

(RE 410715 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005, DJ 03-02-2006 PP-00076 EMENT VOL-02219-08 PP-01529 RTJ VOL-00199-03 PP-01219 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300 RMP n. 32, 2009, p. 279-290) (grifei).

Com efeito, quando se disse, no final do capítulo anterior, acerca do *problema* de direitos sociais constarem em normas constitucionais programáticas, isto se dá em razão da latente discussão doutrinária quanto à possibilidade de atravessamento, pelo Poder Judiciário, em detrimento do Executivo, com fito de minimizar a esfera de ingerência desta função.

Para Elival da Silva Ramos (2010, p. 266), se está diante de claro exemplo de “ativismo judicial”, mas opina o autor pela impossibilidade de efetivação de normas sociais programáticas pelo Poder Judiciário:

Não é dado ao Poder Judiciário definir, discricionariamente, o nível de eficácia de norma constitucional, em sede de direitos fundamentais ou não. Se a análise dos elementos interpretativos pertinentes, com destaque, na espécie, para os de ordem sistemática, histórica e teleológica, bem como, secundariamente, para os dados extraídos da realidade material, indica a natureza programática da norma-matriz, não é lícito à Corte Constitucional, sob o argumento da fundamentalidade do direito nela expresso, conjugando com referências genéricas ao princípio da força normativa, ignorar a opção prescritiva adotada, inequivocamente, pela Constituição, a qual torna dependente de providências integrativas de amplo espectro (que vão da formulação de políticas públicas adequadas à sua cabal execução, abrangente de medidas legislativas, administrativas - normativas e não normativas - e orçamentárias) a implementação efetiva do direito comparado.

Em complemento, o autor (2010, p. 267) chega a expressar seu temor, nos desencadeamentos que podem derivar-se desta decisão pelo STF:

O que se poderia especular é se o Pretório Excelso estenderá essa jurisprudência ativista, por ora localizada, a outros direitos sociais prestacionais associados a normas programáticas, como é o caso dos direitos à moradia e de assistência aos desamparados (grifei).

Por outro lado, é majoritária a doutrina pela qual age corretamente o Judiciário em sua empreita. É este o entendimento de Luís Roberto Barroso (2000, p. 146), pelo qual a *potencialidade* dos direitos sociais não pode ser desperdiçada, a mercê da boa vontade regulamentadora dos Poderes Públicos:

Foi demonstrado no local próprio [...] que existem na Constituição verdadeiros *direitos* sociais, conceptualmente qualificáveis como direitos subjetivos, tutelando bens e interesses pronta e diretamente exigíveis. Muitos deles já se tornaram plenamente efetivos [...]. Outros, no entanto, deixam de concretizar-se, muito embora sejam veiculados em dispositivos que apresentam a mesma estrutura lógico-normativa das demais regras definidoras de direitos, comportando aplicação direta e imediata. É que, injustificadamente, tem-se desperdiçado a enorme potencialidade de preceitos aptos a proporcionar o desfrute de bens e interesses de proveito individual e coletivo.

Como justificativa, defende o autor (2000, p. 154-156) que existe, sim, desde sua previsão, conteúdo eficaz nas normas constitucionais programáticas:

Por fim, vejamos em que limites as *normas programáticas* são diretamente aplicáveis. [...] *Tais normas, como já se viu, investem os indivíduos em posição jurídica menos consistente que as da segunda categoria – a das normas definidoras de direitos.* É que, por não traçarem suficientemente uma conduta a ser seguida, não ensejam um desfrute imediato de qualquer bem jurídico, criando a exigibilidade de uma prestação positiva. *Sem embargo, elas conferem, por via reflexa, direitos subjetivos de caráter negativo, direta e imediatamente exigíveis, amparáveis em sede judicial. Sistematizando a doutrina acerca da matéria, que converge para o reconhecimento do teor de eficácia jurídica das normas programáticas, é possível elencar algumas hipóteses de sua efetividade, visto que as regras desta natureza: (1) revogam as leis anteriores com elas incompatíveis; (2) vinculam o legislador, de forma permanente, à sua realização; (3) condicionam a atuação da administração pública; (4) informam a interpretação e aplicação da lei pelo Poder Judiciário. Contêm as normas constitucionais programáticas, por via de consequência, eficácia paralitante de todos os atos que não sejam reverentes às proposições acima formuladas e facultam ao jurisdicionado o reconhecimento e declaração de sua inconstitucionalidade [...].*

Concluindo este tópico, deixa-se anotado, como ponto para reflexão futura, que em certos casos, ainda carentes de sistematização, é possível invocar uma norma constitucional programática para impor ao Poder Público determinada obrigação de fazer. Em outras palavras: existem hipóteses que comportam,

Diké, Aracaju, vol. 03 n 01 , jan/jul/2014, p.32 a 40, Agosto/2014|<http://www.seer.ufs.br/index.php/dike>

por parte dos legitimados, a exigibilidade de determinadas prestações positivas (grifei).

Noutro argumento desse posicionamento majoritário, Arno Arnoldo Keller (2007, p. 232) parte para o entendimento de que deve ser superada a denominação “normas programáticas”, tudo em prol de um constitucionalismo dirigente¹⁶:

Estão superadas as opiniões doutrinárias divergentes acerca da espécie de normas que instituem os direitos sociais nas constituições dos Estados sociais. O constitucionalismo do Estado social evidenciou o entendimento da força normativa da Constituição, o valor dos princípios e da materialidade da Constituição. É a Constituição dirigente que supera a denominação de “normas programáticas” ou “normas compromissárias”, traz um novo paradigma de interpretação dos textos constitucionais. Os direitos sociais positivados nas constituições constituem-se em obrigações positivas, o que lhes confere a característica da exigibilidade¹⁷.

Por fim, Vidal Serrano Nunes Júnior (1999, p. 77) acena para essa possibilidade em sua doutrina, quando o constituinte conferiu ao povo direitos subjetivos em face do Estado, bem como instrumentos para se alcançá-los:

Assim, boa parte das constituições modernas optou por conformá-los como parte do ideário estatal, fixando programas de realização paulatina e à mercê da vontade política e administrativa da governança de cada Estado. A insuficiência dessas previsões e a conclusão incontornável de que, ao menos em alguns aspectos essenciais, os direitos sociais não poderiam vicejar das variações das disputas políticas de momento fizeram com que se projetassem novas formas de contemplá-los. Como anunciado, alguns países em que esta é a única forma de positivação, como a Alemanha, optaram por desenvolver noções como a de limiar mínimo em matéria social; *outros países, como o Brasil, sem prejuízo de formulações como esta, optaram por plasmar disposições auto-aplicáveis, investindo os cidadãos em direitos subjetivos, frente ao Estado, ao lado de outros mecanismos de previsão e proteção desses direitos* (grifei).

Em apertada síntese, então, se está diante de dois posicionamentos diametralmente opostos, quais sejam, aquele que entende pela impossibilidade de implementação de normas sociais programáticas pelo Poder Judiciário, dada a necessidade de respeito à separação de funções e o olhar com ressalvas à força normativa da Constituição; e aquele que ventila permissivamente a isso, em razão do *dirigencialismo* constitucional, do conteúdo potencialmente eficaz destas normas, e da conferência, pelo constituinte, de instrumentos de busca de direitos subjetivos, inclusive sociais, em 1988.

Em que pese o respeito aos dois posicionamentos *supramencionados*, nenhum dos dois goza de razão absoluta.

Em primeiro lugar, há se desmistificar a ideia de uma distinção clara e patente entre as três funções, previstas constitucionalmente no art. 2º. Nesta frequência, oportunas, a princípio, as palavras de Andreas J. Krell (2002, p. 90):

O Estado Social moderno requer uma reformulação funcional dos poderes no sentido de uma distribuição que garanta um sistema eficaz de *freios e contrapesos*, para que a separação dos poderes não se interponha como véu ideológico que dissimule e inverta a natureza eminentemente política do direito. Na medida que as leis deixam de ser vistas como programas *condicionais* e assumem a função de programas *finalísticos*, o esquema clássico da divisão dos poderes perde sua atualidade.

Ora, bem se sabe que o poder é *uno*, na condição de poder estatal, e cujas funções, legislativa, executiva e judiciária, constituem-no e efetivam-no¹⁸. Sendo assim, a bem de um *poder* estruturalmente ajustado, como as engrenagens de uma máquina, cujas peças dependem umas das outras, podem as *funções* problemáticas ser auxiliadas por aquela que, momentaneamente, melhor desempenho possui. Do contrário, pensando em funções cuja esfera de atuação não se pode invadir, ter-se-ia uma função imperfeita, não auxiliável por outra, o que acabaria por deixar o poder também imperfeito, dado o desajuste entre as engrenagens

¹⁶ Sobre “constitucionalismo dirigente”, ver nota explicativa nº 4.

¹⁷ Em mesmo sentido, Andreas J. Krell (2002, p. 37-38): “Conforme disposto no §1º do art. 5º da Constituição Federal, as normas sobre Direitos Fundamentais são de *aplicação imediata*. Encontramos regulamentações semelhantes nas Cartas de Portugal [...] e da Alemanha [...], que certamente inspiraram a Constituinte nacional. Esse dispositivo serve para salientar o caráter preceptivo e não programático dessas normas, deixando claro que os Direitos Fundamentais podem ser imediatamente invocados, ainda que haja falta ou insuficiência de lei”. Também, Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 249).

¹⁸ Concordamos com Karl Loewenstein (1970, p. 55), quando afirma que o correto seria o termo “separação de funções”, vez que a expressão “poderes”, apesar de institucionalizada, deve ser entendida de maneira figurativa.

mencionadas alhures.

Ademais, o tempo é cíclico, e se outrora falou-se em politização da justiça, os tempos hodiernos são de judicialização da política. E isso não deve ser visto como uma imperfeição, afinal, houve um tempo em que o Judiciário não gozava de autonomia suficiente para considerar-se equiparado às demais funções. Os próprios excertos de Aristóteles, e mais tarde, de Montesquieu, não conferiam essa autonomia ao judiciário¹⁹.

Desta forma, não há se falar em separação de funções, de maneira absoluta e intransponível. Se admite-se que o Legislativo auxilie o Judiciário, como ocorreu com a Emenda Constitucional nº 45/2004; se admite-se que o Executivo auxilie o Judiciário, como quando aumenta a dotação de verbas orçamentárias; não deve ser vista como aberração a interferência excepcional do Judiciário como implementador de políticas públicas, ainda que contidas programaticamente.

E, por falar em Judiciário, convém traçar algumas linhas sobre “ativismo judicial”, sobre o qual principiamos o estudo. Com efeito, há que se reafirmar que o ativismo é muito mais que a mera atividade de criação do juiz. Isto porque, uma decisão judicial pode ser mais traiçoeira do que se imagina, sobretudo pensando no “efeito dominó” que ela pode causar. Aqui tem razão Elival da Silva Ramos, conforme citado alhures, quando teme que, no rastro de uma decisão que determina o atendimento em creche e pré-escola a crianças numa determinada faixa etária, se pleiteie junto ao Judiciário o direito social à moradia, afinal, foi-se o tempo em que normas sociais programáticas tinham conotação política²⁰.

Que isso não signifique, entretanto, que se obste o Judiciário, indistintamente, implementar tais espécies de normas. Mas que o faça com *critérios*, elementos que confeririam ao fenômeno boa dose de racionalidade, colocando fim ao *mero estado de consciência do julgador* que costuma nortear estas decisões. Daí o posicionamento restritivo tomado no início do trabalho, que pode ter levado muitos a crer que se estava defendendo um Judiciário não-interventivo.

Mas, que tipo de *critérios*?

Após a realização de audiências públicas no tentame de definir métodos viáveis de fornecimento de medicamentos, o STF proferiu decisão, na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/178, envolvendo a União e o município de Fortaleza/CE, estabelecendo, ainda embrionariamente, os seguintes parâmetros: 1) Em primeiro lugar, é preciso observar se a política pública que preveja o fornecimento do medicamento existe ou não. Caso exista, mas não esteja em aplicabilidade, é perfeitamente possível ao Poder Judiciário determinar sua implementação, afinal, não estará intervindo em área de atuação que não a sua, tão menos “criando-a”, conforme se crítica; 2) Por sua vez, caso a política não exista, passa-se ao segundo questionamento, consistente em saber se o Sistema Único de Saúde fornece medicamento/tratamento potencialmente similar ao pleiteado. Se positiva a resposta, que se determine o fornecimento do medicamento símile; 3) Se inexistente o medicamento/tratamento é preciso saber se isto se dá por injustificada omissão administrativa ou se há motivação para seu não-fornecimento. Se a norma social potencial não for materializada pela mera inércia do agente, legitimado estará o Poder Judiciário a determinar o fornecimento do medicamento, por conta do direito constitucional à saúde, assegurado no art. 196 e seguintes, da Constituição Federal, e em razão do conteúdo *jurídico* das normas sociais programáticas (vide nota explicativa nº 20). Agora, se houver motivação fundada do Sistema Único de Saúde para não fornecer o medicamento, como sua proibição pela ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária, apesar de possível no exterior, impedido estará o Judiciário de interferir.

Observa-se, pois, que a decisão tomada pelo Guardião da Constituição Federal imbuuiu-se de racionalidade, não se fundando exclusivamente na força normativa da Constituição nem na Dignidade da Pessoa Humana, mas também em preceitos capazes de conferir um senso de justiça e conformação às partes

¹⁹ Cf. Karl Doehring (2008, p. 284-285): “Entretanto, Montesquieu via aqui somente uma questão de menor valor, que certamente não representava uma dificuldade propriamente dita. Ele descrevia a justiça como “*en quelque façon nul*” e como “*la bouche de la loi*”, onde expressão que o exercício do Poder Judiciário não faz parte dos órgãos estatais, cuja formação política e jurídica incumbe ao Estado [...]”

²⁰ As normas sociais programáticas com conotação *política* ganharam o desprezo da doutrina constitucionalista majoritária, dada a carência de efetividade destas, condicionadas à boa-vontade dos agentes públicos, obstruídas pela burocracia e falta de planejamento. Neste sentido, Andreas J. Krell (2002, p. 20): “Outros autores não aceitam a expressão normas “programáticas”, visto que, no passado, essa foi utilizada para enfatizar um pretensão caráter *não jurídico* e meramente *político* das mesmas, com a finalidade de criar um bloqueio para sua efetividade”.

litigantes. Por certo, não é dado ao Judiciário saber de onde, exatamente, virá o custeio do que se lhe requer, portanto, que se prolate decisões pautadas pelo equilíbrio, em que se evidencie o sopesamento de valores e o destemor de saber acatar ou negar com veemência um pedido, ainda que a questão seja “de vida ou morte”.

Nos julgados trazidos logo no início do capítulo, sobre atendimento em creche e pré-escola a crianças de determinada faixa etária, sob manto do direito social à educação, questionamentos poderiam ter sido feitos, como a existência ou não de instituições deste tipo no município, razões por sua não existência, qualidade das estruturas existentes e razões por sua eventual obsolescência, o possível abarrotamento de crianças em detrimento da carência de funcionários suficientemente aptos a prestar-lhes os devidos cuidados etc. Tais fatos poderiam melhor embasar uma decisão a apaziguar os ânimos de vencedores e vencidos na peleja judicial.

Crêterios. É preciso *crêterios*.

4 Linhas derradeiras: proposta em prol de um entendimento

Por todo o explanado nestas poucas linhas, convém reafirmar algumas premissas básicas que foram ditas ao longo deste ensaio:

- 1) O ativismo judicial é mais que mera atividade criadora do juiz. É preciso precaução contra reações adversas que podem derivar de uma decisão dita ativista, sob pena de consubstanciação de verdadeira injustiça: concede-se, criativamente, a um, mas não a outro no futuro, ao perceber-se o efeito colateral causado pela decisão anterior;
- 2) Os direitos sociais são direitos fundamentais de segunda dimensão, com aspecto eminentemente positivo, decorrentes do Estado de bem-estar, espalhados por todo o ordenamento constitucional pátrio, mas cujo polo irradiador reside no art. 6º, Constituição Federal;
- 3) Grande parte dos direitos sociais estão previstos em normas constitucionais programáticas, e, em razão disso, há quem diga que não possa o Judiciário intervir em políticas públicas, determinando sua materialização, dado o respeito à separação de funções e à relativização da força normativa da Constituição; enquanto, por outro lado, predomina o entendimento pelo qual, em razão do *dirigencialismo* constitucional, da necessária superação das normas programáticas, e da conferência de instrumentos ao povo, de busca de direitos subjetivos, poderia, sim, o Poder Judiciário efetivar normas sociais programáticas;
- 4) Não se confere razão absoluta a nenhum dos dois entendimentos, em que pese o respeito por tais. Com efeito, defende-se a adoção de *crêterios*, *parâmetros*, *métodos*, que o julgador deve seguir quando da prolação de sua decisão, inviabilizando-se pronunciamentos unicamente de cunho subjetivo (lembramos que vivemos o sistema do livre convencimento *motivado*), pautadas apenas na consciência e no estado de espírito de quem decide. O exemplo a ser seguido é o que fez o Supremo Tribunal Federal, na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/178, envolvendo a União e o município de Fortaleza/CE, quando levantou-se questionamentos para a determinação de fornecimento de medicamentos pelo Judiciário, após a realização de audiências públicas.

Em suma, pois, retirando da decisão do julgador sua exclusividade subjetiva, e preenchendo os vazios com parâmetros firmes, tal qual vem tentando fazer a hermenêutica constitucional, indubitável será a sintonia alcançada, no controle de políticas públicas, entre as funções estatais.

Não custa repetir: *Crêterios.* É preciso *crêterios*.

5 Referências bibliográficas

- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.
- DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DOEHRING, Karl. *Teoria do estado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2008.
- GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2006.
- KELLER, Arno Arnoldo. *A exigibilidade dos direitos fundamentais sociais no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.
- KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito* Diké, Aracaju, vol. 03 n 01 , jan/jul/2014, p.32 a 40, Agosto/2014|<http://www.seer.ufs.br/index.php/dike>

A POSSIBILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE NORMAS SOCIAIS PROGRAMÁTICAS PELO PODER JUDICIÁRIO

ISSN ELETRÔNICO 2237-2040

40

- constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ed. Ariel, 1970.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.
- QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos fundamentais (teoria geral)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos *In Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*. 4. ed. Salvador: JusPODIUM, 2010.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. www.stf.jus.br. Acesso em 28 de novembro de 2011
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- VADE MECUM RT. 5. ed. São Paulo: RT, 2010.

Publicado no dia 06/08/2014

Recebido no dia 26/07/2013

Aprovado no dia 29/07/2013

ONTOLOGIA E SIMULACRO NA PÓS-MODERNIDADE DE JANUS: ALTERIDADE E IMPOSSIBILIDADE FACE A SÍNDROME DE PERSEU.

Prof. Ricardo Aronne¹

1. O Desafio dos Encontros.

Encontros oferecem a possibilidade de geografar espaços de desafio. Do desafio da subjetividade; não raro conduzindo-a por tortuosos limites. Seja quando encontramos pessoas, seja quando encontramos idéias. A face de Janus, *Senhor do Caos*, para os romanos representada pelo encontro de rostos contrapostos, é mostra desse desafio atávico e destemporalizado. O rosto, como bem representado em LEVINAS, significa a intransponibilidade do outro, impossibilitando seu ultrapassar. Limitando-me... Fronteirizando-me.

Em sua ojeriza ao outro, a Modernidade correu para o conforto gélido do solipsismo. Em seu discurso inaugural, desde logo inicia a ontologia da própria natureza do ser, fechando os olhos a todo e qualquer outro. *Cogito ergo sum*. No mínimo paradoxal, é a conclusão cartesiana. Funda a percepção de NIETZSCHE, que aponta a colonização do ocidente pelo pensamento de PLATÃO e São PAULO.

Esse drama cotidiano do encontro, é compartilhado (em variável conteúdo patológico) por toda a sociedade deste século, que comunga nesses lagos de ontologia. A patologia chegou ao ponto de desenvolver, entre determinado grupo, um mercado voltado (para não falarmos de outras próteses químicas legalizadas, como o *Prozac* ou o *Viagra*) à drogas estimulantes de contato físico, como o *Ecstasy*... O outro resulta sempre envolvido em brumas. Tangivelmente intangível... Mas desafiadoramente ali... Reduzindo-me ao eu... Simplificando-me... Significando-me... Objetivando-me com sua razão. Cobrindo-me de caldos e rescaldos ônticos... Fantasiando-me com essências e despindo-me de existência. De minha real possibilidade de ser.

Ao ser convidado a escrever o verbete Responsabilidade, para dois conhecidos dicionários de Teoria e Filosofia do Direito, semelhante desafio, por diversas razões, foi inevitável, pois inevitável seria a ocorrência de um encontro. O desafio seria em não reduzir esse sabido encontro a mais um encontro, em face de três obstáculos iminentes no trato engavetante e metrificador da responsabilidade.

Primeiro pelo forte risco que se apresenta, ao reduzir tema de tão grande densidade, em um verbete. Tal problema já se postara antes, nas vezes em que fui convidado a anotar a codificação civil ou comentar a norma constitucional, em obras de caráter sintetizador, para o estudante, pesquisador ou operador do Direito. Uma arquitetura fractal, garantidora da condição dialógica do pensamento, possibilita plasticidade às idéias não enclausurando o tema, superando tal obstáculo. Um segundo óbice, o da limitação de caracteres, foi superado no momento em que passou a ser lembrado para, fundado em critérios de razoabilidade, ser ignorado em seguida; principalmente no cuidado em não reduzir o enfrentamento à interlocução kantiana (uma armadilha pela riqueza em debate e pobreza de possibilidades). Ocorre que um terceiro óbice se postaria aparentemente invencível. Tratava-se de uma nova idéia. A Síndrome de Perseu. Não tocá-la seria falacioso, não obstante evitava-se o risco da temática absorver o próprio verbete, devorando-o qual buraco negro, à partir das entranhas do próprio texto.

A única solução possível, foi a derivação de um novo texto, sem as limitações do originário, porém fixando nele suas âncoras, de modo a desenvolver o novo tema sem as peias que um verbete impunha e vindo a ter como porto de chegada outro texto, especificamente voltado à Síndrome e aos simulacros, que perfaz o capítulo final dessa aventura. Um artigo encomendado pela alma do jornal Estado de Direito (a jovem, talentosa e obstinada Carmela Grune), para sua edição de terceiro aniversário atinente ao tema, que me fora dado tratar em inusitado encontro para debater os 20 anos de democracia constitucional em um *Shopping Center*. O formato peculiar do respectivo capítulo 4, deve-se pois a estrutura de texto de jornal, qual a peculiaridade do capítulo 2, correspondente a um verbete, que ora se encontram resultando em

¹ Prof. Dr. em Direito/PUC/RS

novas formas para àqueles pensamentos. Revelando, pois, sua alteridade intrínseca e substancial. Daí a origem dessas linhas e a nova condição que adquirem, fornecendo passaporte ao discurso crítico que encena uma razão intersubjetiva, na busca obscenamente desconstrutora dos paradoxos da contemporaneidade. Óbice converte-se em um segundo projeto, retomando crise como possibilidade, em ensaio. Convidando-a à tomar o centro do salão. *Sacando a bailar...* na singular e cotidiana *balada de un loco*.

2. Responsabilidade: Desconstruindo Conceitos e Bricolando Verbetes.

É, por diversas razões, tentador fundar as raízes do verbete Responsabilidade no campo do Direito Privado e, em especial, no Direito Civil tradicional. Trata-se de uma armadilha ontológica (como se toda ontologia não fosse um ardil epistemológico, da *parole*). Principalmente para o autor deste verbete; parido processualista, desenvolvido civilista e andarilho ora mestiço, cuja produção marginal labuta no Direito Civil-Constitucional talvez por este reconhecer-se um território que (re)nega qualquer geografia. *Abgrund* (HEIDEGGER). Sabemos que iremos nos trair se o caminho natural for percorrido. A ontologia deve, pois, ser traída antes, para que se revele. Um início de jornada possível, está sinalizado pelo art. 1382 do *Code Napoleon* e a direção aponta à desconstrução dele e à radiografia das intencionalidades deixadas para além de suas fronteiras. Desde logo inflitando para a seara do que se possa circunscrever como pensamento tradicional, dir-se-ia que a noção de responsabilidade se traduziu como um conceito político e não como um conceito jurídico. Foi justamente esse conceito político, apenas capaz de se exprimir à partir da Modernidade, que se incorporou ao Direito Privado; incompreensível aos olhos do *ancient regim* sem todo o caldo cultural tradutor do paradigma iluminista para o Estado Liberal nascente e que volta a passar por profundas transformações, reveladoras de novos paradoxos na Pós-Modernidade. Transformações e paradoxos que refletem na noção buscada por este verbete, enquanto tal (DELEUZE). Responsabilidade. Em 1803, assim sinalizou o *Code Civil de France*: “Qualquer fato do homem que causa dano a outrem, obriga àquele cuja falta originou esse dano, a repará-lo.” Reuniu-se os ideologicamente comprometidos conceitos de compromisso, formulado por DOMAT, e de obrigação, formulado por POTHIER, para inscrevê-los na dimensão conceitual da responsabilidade. Noção que até então guardava uma natureza religiosa. Como a culpa, reclamada, necessariamente, pelo conceito inicial dessa moderna responsabilidade, principalmente em sua dimensão kantiana, mas ainda inevitável às muitas escolas racionalistas. Culpa sob à qual jaz um inevitável estranhamento e uma tópica eminentemente penal, por mais privatista que seja o discurso, por aderir ao ato danoso muito mais do que aos seus resultados. Daí deriva inerente contradição performativa (APPEL), visto que busca-se, na retórica do Direito Civil, reparar os danos sofridos e, portanto os resultados do ato. Não obstante, a discussão sobre culpa, tão valorizada pela doutrina do livre-arbítrio e do individualismo fundamental a própria dimensão moderna de responsabilidade civil, remete (kantianamente) ao ato em si. À valoração do ato e não do dano, como elemento principal. Isso é paradoxal quando observa-se que as correntes conservadoras do Direito Civil tradicional, recusam a possibilidade do dano moral (somente pacificado no Brasil com a CF/88), ao sustentar que a dor não tem preço, sugerindo a impossibilidade de apreciação do ato em si como fundamento da responsabilidade civil. Como visto, abordar o tema proposto no verbete, importa em negar quaisquer facilidades que este possa sugerir em sua ontologia.

Responsabilidade é o fundamento moderno da cidadania liberal, erigido desde o Século XVII e melhor corporificado nas revoluções que encerraram o Século XVIII, é calcado no princípio geral que identificava o individualismo do novo paradigma, o qual considerava politicamente que ninguém pode transferir a outrem o ônus daquilo que lhe acontece. “O princípio fundamental de qualquer sociedade é que cada homem é encarregado de suprir suas próprias necessidades e as de sua família, através de seus recursos adquiridos ou transmitidos. Sem esse princípio, toda atividade cessaria em uma sociedade, pois se o homem pudesse contar com um outro trabalho que não o seu para sobreviver ele transferiria com muito gosto para os outros os cuidados e as dificuldades da vida.” (Adolphe THIERS. *Rapport au nom de La Commission de l'assistance et de La prévoyance publiques*. Assemblée Legislative, Paris, 26 de janeiro de 1785, p. 06). O Estado Social e Democrático de Direito, erigido no pós-guerra, vai derrubar esse postulado diante do solidarismo que incorpora ao respectivo sistema jurídico. Ademais o processo de securitização das relações privadas, iniciado na primeira metade do Século XIX, já importa em um profundo golpe nesses valores tradicionais que edificaram o Direito Público e Privado modernos. Nesse sentido, talvez em Diké, Aracaju, vol. 03 n 01 , jan/jul/2014, p.41 a 51, Agosto/2014|<http://www.seer.ufs.br/index.php/dike>

homenagem a resistência que os redatores do *Code* tinham em relação ao Seguro de Danos ou Responsabilidade, foi somente em 1945, em acórdão proferido em 1º de julho pelo Tribunal de Paris, que a jurisprudência francesa pacificou-se em favor do instituto do seguro. Aqui transparecem as matrizes políticas por trás da responsabilidade. A tradição oitocentista julgava o seguro como algo imoral e que feria a civilidade, na medida em que importava em facilitar o afrouxamento da vigilância que cada um deveria ter em face de sua própria conduta. Assim, a França foi ter como marco, para todas essas aporias no tema, a lei de 9 de abril de 1898, onde a responsabilidade pelo risco passa a ser regulada, para além da sanção de um delito, pela repartição dos encargos característicos do seguro, diante do risco. Coerente ao movimento de industrialização que empurra a roda da história e marcava o período. Perceba-se a permanência do sinalizado paradoxo tradicional, derivado da manutenção de uma filosofia da moral (com paternidade em KANT) e que supõe uma liberdade autocentrada e solipscista (ARENDDT). Esse movimento, longe de apresentar esgotamento, vem se adaptando com modos e conseqüências diversas ao redor do globo, sem sinalizar alguma unidade que não a socialização do dano como discutível resultado. Pode-se apontar, na contemporaneidade, os mais diversos exemplos dessa seara de aplicação, seja no precário DPVAT brasileiro, na falida estrutura previdenciária do sistema de saúde norte americano, ou mesmo nas premiações para recordes em milionários circuitos de golfe pelo mundo. “Desse ponto de vista a responsabilidade seria *problemática*, à medida suplementar que poderia ser às vezes, talvez mesmo sempre, aquela que assume não por si, *em seu próprio nome e frente ao outro* (a mais clássica definição metafísica da responsabilidade), mas aquela que se deve assumir por um outro, no lugar, em nome do outro, a saber, o inegável mesmo da ética. 'À medida suplementar', dizíamos, mas devemos ir mais longe: à medida que a responsabilidade não apenas não diminui, mas, pelo contrário, surge numa estrutura que também é suplementar. Ela é sempre exercida em meu nome *como* em nome do outro, e isso em nada afeta sua singularidade. Esta se coloca e deve tremer no equívoco e na insegurança exemplar desse 'como'.” (DERRIDA, 1995, p. 18). Percebe-se que o desenvolvimento da matéria securitária, reconstruindo os pressupostos tradicionais da noção responsabilidade da aurora da Modernidade, ampliou seu campo de aplicação edificando postulados extensivos até à denominada teoria do contrato onde se articula ao pressuposto tradicional de falta.

Efetivamente, a percepção de falta erigida pela filosofia da moral, alavancava conceitos políticos, filosóficos e morais, onde, somente em meio ao Século XIX, passaram a ter os elos corroídos pela crise de seus estribos epistemológicos. Tratava-se de conceito que fornecia sentido para a responsabilidade civil, encimada das noções de delito e quase-delito, cuja ação civil, complementada pela penal (quando fosse o caso), instrumentalizava a própria responsabilidade política, no contexto de um estado-mínimo, agradável ao liberalismo clássico. É pela noção de falta, também, que a responsabilidade se estenderá aos contratos (MAZEAUD e MAZEAUD), sempre fundando-se, kantianamente, em um princípio de causalidade evocativo dos dogmas voluntaristas. Tal qual havido na esfera penalista de regulação, no contrato a falta é suporte para uma obrigação civil resultante da respectiva responsabilidade contratual. Perceba-se que o Estado Moderno, se valeria do voluntarismo como cimento de seu biopoder (FOUCAULT). Com a hipertrofia deste biopoder no curso do Liberalismo clássico do Século XIX e o conseqüente redimensionamento da perspectiva de responsabilidade neste arco histórico, esta pôde fundamentar outros níveis de biopoder e alavancar os regimes totalitários do Século XX (AGAMBEN); tendo ao fundo, invariavelmente certos e seguros discursos sobre certeza e segurança. Historicamente, pode-se dizer que responsabilidade é um conceito com gosto amargo de sangue na boca.

Prosseguindo na desconstrução dessa criatura axiológica, seus nós revelam o enlace dos valores liberdade e segurança no sopesamento do jogo de poder econômico, político, jurídico, social, religioso, psicológico, ou seja, na vibração de todas as branas tramadas nos respectivos sistemas (CANARIS) e projetadas na realidade sem costuras da existência. É o princípio da responsabilidade que envolve o encontro desses valores tão sublimes ao Homem; que pavimentaram o solo da modernidade platônica no ocidente judaico-cristão. No revolver desse soro valorativo, traduzido no princípio responsabilidade, emerge uma inevitável opção com efeito nos muitos sistemas identificados. Quanto mais liberdade se ganha, mais segurança se perde; quanto mais liberdade se perde, mais segurança se ganha. Segundo o diagnóstico de FREUD em 1929, esse foi o preço pago pela Modernidade, edificando o contingente “mal-estar da civilização”. Na

leitura de BAUMAN, a Pós-Modernidade abriu mão desse equilíbrio pelo hedonismo que caracteriza a sociedade da contemporaneidade. O princípio da responsabilidade, pelo seu evidente caráter paradigmático, radiografa bem tal percurso, nas respectivas opções axiológicas e seu preço. Dir-se-ia com NIETZSCHE, que a responsabilidade refreia o dionísico social para preservar àquilo circunscrito como apolíneo, não obstante os metafísicos limites da aposta nesse último valor.

Aqui revela-se útil eventual olhar arqueológico (FOUCAULT) transdisciplinar, para o registro da trajetória, historicamente alinhada, de algum circunscrito naipe de deveres que se assente na opção de responsabilidade, a serem devidamente desconstruídos revelando os respectivos atratores e suas origens. A responsabilidade civil *strictu sensu*, antes enfrentada, revela claramente sua historicidade sempre que tomada em perspectiva. Daí não dever causar perplexidade a impossibilidade de sua interpretação histórica. Tome-se a responsabilidade quando pensada, por exemplo, na perspectiva do homem concreto. Para bem além da Tópica. Em seu ser no mundo (SARTRE). A responsabilidade familiar parece apta à tal síntese e reflexão. O final do Século XIX encontrava uma modernidade sólida, em muito embalada no paradigma racionalista-mecanicista, em diversos setores embebida no sonho de uma Ciência vislumbrando possível esgotamento. O conhecimento teria praias; o mundo teria limites e fronteiras. Tudo desbravado pela razão moderna. A família acompanhava esse ponto de esgotamento, *a point of no-return*, fruto dessa ética burguesa-vitoriana. Disciplinar e repressora (FREUD). Um ciclo fechava-se na abertura de outro, rearranjando a estrutura de responsabilidades do modelo burguês. Neste ponto, pode-se perceber uma família matrimonial-hierarquizada e indissolúvel, caracterizada por papéis bem definidos. Ao varão cabia prover o lar e à uxor cuidar e educar a prole. A direção da família era misógena, cabendo ao provedor o papel social de trabalho, para quem o mercado já dirigia os postos privilegiados ao personagem respectivamente esperado pelos muitos sistemas em contato com os muitos recortes de realidade, sempre que aporeticamente tangidos pelo observador (HEISENBERG). Coerente ao paradigma mecanicista em voga desde o oitocentismo, o Direito reconhecia apenas este modelo familiar, formal, patrimonialista e contratualizado, sem o menor interesse no aspecto afetivo. A liberdade, caricatamente formal, findava na escolha do cônjuge, identificando forma e conteúdo (em detrimento deste último), como apelo de segurança dos valores sociais predominantes.

A ênfase na responsabilidade dos indivíduos, tinha um apelo solipsista e utilitarista. Esta família indissolúvel (a Lei do Divórcio é datada de 1977 no Brasil), atribuía poderes ao Homem e deveres à Mulher, em nítida depreciação jurídica do gênero, agudizada pela submissão irrefletida da prole. Somente haveria responsabilidade familiar, dentro do casamento, gerando direitos e deveres de acordo com os referidos papéis. Do desquite resultava imediata responsabilidade alimentar do homem frente à mulher. Pela responsabilidade desta última, também de modo imediato, lhe era atribuída a guarda dos filhos. Quando gerados fora do casamento, eram denominados sectariamente de filhos ilegítimos (gerando verdadeiro estatuto da bastardia, potencializador da exclusão do sujeito), tampouco havia possibilidade de reconhecimento de paternidade distinta do cônjuge (mesmo em desquite) ou de investigação de paternidade voltada contra homem casado (suprimindo do menor a posse do estado de filho). Na informalidade não era concedido abrigo jurídico à família real e concreta. Não participando do ideal formal de segurança, a família informal não guardava juridicidade, não importando responsabilidades, mesmo que triviais, aos seus membros. A Modernidade Líquida sacudiu estes valores desde os movimentos feministas, em especial com a crescente entrada da mulher no mercado de trabalho em busca de sua autonomia, na edificação de sua liberdade individual. Um novo ciclo começa a forjar-se em novo ponto da espiral histórica, tendo o pós-guerra por marco definitivo. A independência econômica da mulher projetou novos valores para o sistema jurídico e social. Sem a submissão econômica dos pares, o afeto passa a hierarquizar outras constantes axiológicas na sociedade às margens da Pós-Modernidade. O adultério, não obstante as sanções civis (como a ameaça de perda de guarda ou pensão que centralizava as discussões de culpa até a última década do último século), deixa de responsabilizar criminalmente o cônjuge infiel. Mais que isso, a separação é possível de direito como de fato, independentemente de culpa, e o divórcio passa a ser admitido como via a findar a relação conjugal. A Revolução Sexual, havida nos anos 60 do Século XX, aprofundara a órbita das transformações. O clamor por igualdade, irrompera o novo papel da família contemporânea, horizontalizando os cônjuges e introduzindo a discussão do gênero.

A direção da família passa à condição diárquica, cabendo ao casal, mutuamente, a responsabilidade diante dos filhos. Os contemporâneos deveres parentais, em muito diferem do tradicional pátrio poder. Não mais se presume o dever de alimentos ao cônjuge, em caso de separação. Ao contrário, com os novos papéis roteirizados, passam a emergir os casos da responsabilidade alimentar recair sobre a uxor. Desconstruindo um pouco mais, percebe-se que esse casal equânime, por dedicar menos tempo a formação dos filhos no seio da família (papel do modelo anterior), passa a deslocar essa responsabilidade para os aparelhos de educação, em geral escolas e creches. A flexibilização das formas familiares é inerente ao paradigma da família líquida que veste a Pós-Modernidade. Emergem novos modelos fora do casamento. Concubinato, Família Monoparental, Parceria Homoafetiva, ou União Estável são alguns destes que se reconhecem no sistema jurídico brasileiro que, não obstante sua inerente abertura, exclui outros (como regimes poligâmicos ou de poliamorismo). Gize-se, como denunciado, a nítida fluidez que reveste a percepção filosófica ou, conseqüentemente, jurídica de responsabilidade familiar, neste arco histórico que vai da família burguesa tradicional à família eudemonista contemporânea. Perceba-se as impossibilidades inerentes em pensar-se o conteúdo do verbete Responsabilidade, sem lançar mão desses instrumentos possíveis. “Seria interessante tentar ver como se dá, através da história, a constituição de um sujeito que não é dado definitivamente, que não é aquilo a partir do que a verdade se dá na história, mas de um sujeito que se constitui no interior mesmo da história, e que é a cada instante fundado e refundado na história. É na direção desta crítica radical do sujeito humano pela história que devemos nos dirigir” (FOUCAULT, 2005b, p. 10). Somente assim percebe-se as raízes da responsabilidade paterna e sua verdadeira crise na contemporaneidade. Se a maternidade foi refundida em um novo platô na sociedade atual, não é menos verdade que essa ruptura deixou o homem em busca de seu papel na criação dos filhos. O Direito reflete esse *topos* transdisciplinar, na vacilante jurisprudência emergente no Século XXI em torno da responsabilidade por abandono afetivo. Tema recente e errante, quando não errático, tendo por causa o insistente e visceral solipsismo da filosofia da moral. O individualismo vem sitiando o indivíduo desde a Modernidade Sólida e paradoxalmente no curso da Modernidade Líquida, tão cegamente dependentes da metafísica e da ontologia. Os problemas ideais se tornaram reais. Isso projetou-se para a Pós-Modernidade, sem sinais de recuo; compreende o mal-estar sinalizado por BAUMAN, tendo potencial para transcendê-lo. As máscaras já não servem para cobrir nossas faces quando se tornam nossos rostos.

Diante das características culturais que integram o conteúdo material da responsabilidade, a atualidade vem sufocando as raízes que legitimam a formulação de seus mananciais conceituais. A falta ou culpa *strictu sensu* perde qualquer condição anterior, atribuída pelo voluntarismo jurídico (deslocado em uma sociedade de massas), quando tratamos de responsabilidade objetiva ou de fins. A própria temática da culpa, desde que retomada após a experiência histórica oferecida pela política racial adotada no nacional-socialismo alemão durante o período nazista (poder-se-ia citar os *gulags* da URSS ou a revolução cultural chinesa, dentre outros exemplos), importou repensar fundamentos da responsabilidade em nova ótica. Caso da chamada culpa vicária (ARENDDT). Pelo silêncio ou inação. Mesmo nos casos da culpa universalizada, no escopo indireto de esvaziar a respectiva responsabilidade. Voltando à questão alemã e à citada autora que viveu o Holocausto, isso ocorre ao dizer-se “somos todos culpados”, resultando que ninguém culpado é, esvaziando responsabilidades. Confundindo-a, por vezes, às externalidades do discurso econômico. Reduzindo-a para uma inerência do mercado ou da globalização. O conceito moderno de responsabilidade, juntamente aos indivíduos, encontra-se sitiado na pós-modernidade. Na dificuldade herdada, de reconhecer ao outro, o *alter*, o distinto, o estrangeiro ou diferente e na dificuldade construída de distinguir nossos mapas de nossos territórios, edificando o real em uma geografia do simulacro. Petrificando o pensar nessa Síndrome de Perseu que se entranhou na contemporaneidade de ilusória viscosidade e latente ausência de fixidez. Desse ponto resultam duas impossibilidades para uma kantiana ética da responsabilidade, fixada por diretrizes de uma filosofia da moral qual desenvolvida pelo Idealismo Alemão. A primeira é dada pela implosão do imperativo categórico na perspectiva solipsista de outrora (HABERMAS) e a segunda, decorrente do desenvolvimento da Ciência e Tecnologia, toca na insuficiência de pensar-se a responsabilidade em uma perspectiva tão somente antropológica (JONAS). Resulta claro que houve uma franca ruptura de paradigma no tema. As questões de imediatidade da Diké, Aracaju, vol. 03 n 01 , jan/jul/2014, p.41 a 51, Agosto/2014 | <http://www.seer.ufs.br/index.php/dike>

responsabilidade sofrem uma profunda reformulação; ainda em busca de melhor sistematização teórica e com profundos efeitos práticos na seara ambiental e genética. Como apontado por Hans JONAS, o indivíduo presente e atual, ou seja, com vínculos espaciais e temporais claros com outros indivíduos, passa a ter sua estrutura de responsabilidade ampliada interiorizando deveres diante das gerações vindouras e incorporando o mundo enquanto legado ambiental nesse horizonte. Importa uma clivagem nos conceitos de evolução e desenvolvimento humano, onde a sustentabilidade filtra sentidos anteriormente indicados pelos critérios tradicionais. Nem sempre o que parece melhor para o Homem ou para Humanidade resultará indicado nessa ética refundida a partir do contemporâneo protagonismo da liberdade e da responsabilidade.

3. *Entre Espelbos e Simulacros.*

Todas apontadas dificuldades percorridas na investigação percussionada para o verbete Responsabilidade, apresentam um forte conteúdo metafísico e o natural acento paradigmático, entrelaçados em nítida legitimação recíproca afastada de qualquer redundância.

A Modernidade, sem querer me aproveitar do pensamento de WITTGENSTEIN, parece confundir propositadamente o jogo com as eventuais regras do jogo, quando este ainda está para ser jogado. Cria uma ilusão de certeza em seus resultados, quando está apenas a rastejar ludicamente sobre probabilidades e arredondamentos, em sua fracassada métrica analítica do *devoir*. Porém isso trouxe seqüelas para pessoas e sociedades, proporcional à *exposição de suas luzes*.

No corpo do verbete, buscou-se cristalizar pela análise, no campo de transição da família, localizando algumas fragilidades pinçadas da complexidade das branas da historicidade, que desbordaram para nossa Era, com reflexos na economia, sociedade, legislação e jurisprudência brasileira. Aproximando a lente para o sujeito dessas transformações, os reflexos estão replicados em sua natureza fractal. É ali onde se percebe emergir nosso medo do outro, petrificando-nos em caldos de ontologia. Produzindo uma síndrome que toma a Pós-Modernidade, podendo vir a caracterizar-lhe, caso consiga produzir sua metástase... *A Síndrome de Perseu*.

Hugh EVERETT postula um *multiverso* em detrimento de um cáustico e inexpressivo *universo*, a partir de sua *Teoria dos Muitos Mundos*. Apropriando-nos dessa percepção, pode-se dizer que DESCARTES, na abertura da proclamada modernidade filosófica, em pleno Iluminismo, optou por uma determinada antigüidade ao separar o *Espírito* da *Carne*. São PAULO e Sto. AGOSTINHO também o fizeram séculos antes, edificando mundos ideais distantes do mundo da vida. Isso produziu marcas profundas no pensamento Europeu Ocidental, colonizador cultural do mundo já reduzido ao Mercado (lunar, com uma face negra e desconhecida) e seus comprometidos reguladores. *Lilith* e o já dócil *Leviatã*, corporificado e replicado no cão *Cerberus*, tricefalicamente institucionalizado desde MONTESQUIEU. Afastando cada vez mais Àvalon da Bretanha, perdendo-a em brumas “su-reificadoras”, levando HUSSERL a proclamar, no Século XIX, que “devemos voltar às coisas nelas mesmas”, no inaugurar da Fenomenologia, ao radicalizar o pensamento de BRENTANO.

Rompia-se com a noção kantiana de fenômeno (superadora da dicotomia entre empiristas e espiritualistas), inaugural do Idealismo Alemão, e refundindo-a no incorporar da noção de intencionalidade, alavancava-se o Existencialismo do Século XX, capacitando a reinvenção da liberdade moderna ou a recuperação das respectivas promessas. Recupera-se, ao cabo um pouco do ser; no seu desafio dentre os argonautas. Porém não há prêmio ao vitorioso. Não há vela dourada no fim da jornada. Esta se assemelha ao curso de Ulisses. E, portanto, um recurso. Um retorno ou volta para casa mais desafiador que a própria motivação da jornada para Tróia (HOMERO). Uma volta a nós mesmos... sem neologismo possível. Uma volta à nós e em nós. Portanto um enosar. Que dê enredo. Enrede. Ponha em redes. Entranhe uma rede emaranhando seus nós. Portanto entre nós. Entre laços. Entre laçados. Entrelaçados... Entranhe uma rede, estranhando seus nós. Dando estranheza. Alteridade. Dando-nos o outro.

Aqui, muitos poderiam me acusar de hermetismo, pela utilização de conexões míticas e figuras de imagem para traduzir arcabouços conceituais; inevitavelmente transitivos, iludivelmente transitórios. Mais ainda quando se deveria falar do real e atacar o simulacro. Talvez não lhes ocorra que se busca introduzir o pensamento em outra de sua porção. Tocar o observador para melhor edificar um objeto constituível Diké, Aracaju, vol. 03 n 01 , jan/jul/2014, p.41 a 51, Agosto/2014 | <http://www.seer.ufs.br/index.php/dike>

nessas linhas. Levar para outra Antigüidade, não enquanto racionalidade, mas enquanto experiência do *devenir*, para além de qualquer ótica. Para podermos tratar de significantes que transcendam significados, não devemos ter estranheza com a pretensão de signos que transcendam significantes.

É com SÓCRATES e PLATÃO que a cultura grega dedicou-se compreender o mundo, iniciando sua tradição de “Cosmos Ordenado”, legitimada na construção de um mundo ideal. Para muito além do *Kaos*. Não obstante, a própria idéia se corporifica em um mito. No Mito da Caverna... Mas como fomos parar dentro da Caverna? Como nos deixamos levar e aprisionar ao seu fundo morbidamente sombrio??

O amanhã sempre fora *devenir*. É entre HERÁCLITO e PARMÊNIDES que se instala a discussão originária do rescaldo ótico que viria a assolar-nos. De uma eventual ordem das coisas no mundo, e da crepitante e totalizante possibilidade disso estar certo. Uma traçoeira sedução. Uma armadilha arrimada na fraqueza humana, já alertada em mitos de todas as culturas e civilizações. Na forma de ambrosia, romãs ou maçãs.

A Grécia Homérica, em seu primeiro Helenismo, acreditava em um “melhor”. No *aristos*. Fundador do próprio ideal de beleza entranhado na cultura grega, possuidor de sentido ético em muito transcendente da estética, capaz de receber as raízes do Eterno Retorno de NIETZSCHE. Porém essa beleza era fruto de um *devenir*. Natural, porém sem uma *natureza*, incapaz de evocar uma possibilidade de essência, descritível e científicável modernamente. Guardava inerência. Constituía o ser sem condição de atributo.

Mas esse ser estava para além de quaisquer descrições. Caracterizava-se pela *dasein* (HEIDEGGER), por seu ser no mundo. Imprevisível e incontrolável como o próprio mundo que agigantava-se sobre e em torno do ser, em seu próprio *devenir*. Inapreensível como o humor divino que precipitava-se sobre os homens, desde o Monte Olimpo, bramido pelos raios de Zeus iluminando os olivais. Perceba-se em qual medida, devemos ponderar como DERRIDA, no sentido de recuperar os gregos clássicos, para evocar a excelência da Literatura e Poesia sobre a História, enquanto disciplina. Baía. Brete.

Na impossibilidade de caracterizar essências, os primeiros gregos contavam histórias. Daí o papel da mitologia na formação da civilização grega. O mundo não era possível de ser apreendido, em todo o seu *kaos*, *devenir* e infinito. Os mitos e contos, ensinavam aos gregos como relacionarem-se com um universo selvagem. Para conforto e mesmo sobrevivência. Perpetuava-se, com isso, culturas e sociedades. A arte, em todas as suas acepções, contava histórias, era a própria linguagem da história. Escrevia, enquanto descrevia, a Ética e Estética da Antigüidade. Chega a ser complexo responder em que medida o mundo produz a arte e em que medida a arte produz o mundo. Tanto que nos referimos a períodos gregos como helênicos ou homéricos, quando sequer tínhamos indicações seguras da existência do poeta HOMERO ou da pré-midiática, disputada e encantadora Helena de Tróia.

A Odisséia principia no encerramento da Ilíada. O retorno de Ulisses para casa, é mais duro e leva o dobro do tempo da Guerra de Tróia que o retirara do lar. Exemplo de marido, pai, rei, estrategista, amigo e guerreiro, sacrificara dez anos em sangrento combate, findo no episódio do Cavalo que marca a vitória das nações gregas. A história abre com Odisseu pensando na esposa, vitoriosamente face as ondas quebrando na praia; tendo o pensamento voltado para sua família e povo... Brada, nesse contexto, que nem o mar poderá lhe afastar da amada Penélope. Porém, Poseidon lhe ouve e toma o desabafo humano como um desafio divino. Começam assim as desventuras do herói, em magnífica narrativa épica. Seu papel transcende autoria, veracidade ou mesmo historificação. Transcende a política e mesmo a filosofia pode temer algum desafio, desde logo pela impossibilidade metafísica residual.

Imemorialmente antes da poesia de HOMERO, gerações de gregos já criavam seus filhos aos sons dessas histórias; repetidas do teatro às tavernas e acampamentos militares. O papel dos mitos era antecessor paradigmático ao mundo das essências e conceitos. Conceitos servem para pacificar o espírito, enquanto mitos o desafiam, lhe instigando a percepção transcendente do mundo. Os mitos sempre podem ser recontados e reaprendidos. Ao contrário das essências. Qual vampiros, a eternidade assola o conceitualismo dogmático. E o faz de modo essencial. Ideal. O que também é paradigmático e paradoxal. Isso porque a eternidade se reduz a pretensão na realidade do *devenir*. Mas volta a ser amanhã, no descompromisso do discurso, não raro vestido de método. O Direito foi tomado de assalto por essa pretensão, em especial desde o racionalismo, potencializado ao ter a Metafísica por *Matrix* (BOUDRILLARD). Mas a vítima maior, foi o ser. Esse perde sua condição, enclausurado em um padrão

Diké, Aracaju, vol. 03 n 01 , jan/jul/2014, p.41 a 51, Agosto/2014 | <http://www.seer.ufs.br/index.php/dike>

(SARTRE). Em uma natureza (ARENDDT). Nos condenando a ser escravos. No fundo de uma platônica caverna... De um mito...

Voltemos, pois, aos mitos. Tântalo foi condenado a ficar um palmo distante de toda a comida que quisesse comer e de toda a bebida que quisesse beber. Sem nunca toca-la. Sendo condenado à uma eternidade de sede e fome. Por tentar roubar a comida dos deuses (a ambrosia). A Metafísica teve a mesma condenação, ao tentar roubar o devir. Ela quase explica tudo, mas ao cabo, não explica nada... Fica a um palmo de todas as respostas. Em busca de sua essência. A certeza é tanta, que pode mesmo ser verdade. Basta crer... E *Ciência...* novamente torna-se *Fé*.

Somos contaminados, quando não disseminadores, desses caldos de ontologia. Desse oceano que cobre o ser, reduzindo-o a um conceito, uma abstração, medida, número, imagem do qual ele se reduz a qualidade. Porque chegamos ao ponto que sequer possuímos conceitos. Somos possuídos por eles. Deixamos de enxergar para além dos conceitos.

Reduzimos as inúmeras possibilidades do devir, à um medíocre comercial televisivo de margarina. Previsível, abstraído e pasteurizado. Ajustado. Empobrecemos até a miséria, toda a riqueza da incerteza (HEISENBERG).

- *Minha esposa está grávida !!* Conta o amigo. E prossegue: - *Já fizemos todos os exames. É menino e não possui nenhum defeito de formação !!* E caso tivesse ? E agora que podemos apurar as predisposições genéticas ?? Qual o potencial disso ? A questão não para aqui. Abre-se aqui. A criança ainda está na barriga e toda sua vida já é idealizada por seus pais. E se não acontecer conforme os planos deles ? Se o filho tiver outra opção sexual, profissional, afetiva... É porque não deu certo ?? O simulacro é melhor que a realidade ? O mapa é mais confortável do que o território ?

Nos mais próximos, por vezes, é ainda mais visível essa dificuldade que desenvolvemos em relação ao outro. Sequer buscamos perceber o outro. Ele já está pronto. Identificado ! Com identidade aposta. Por quem ? Ninguém sabe !! Já estava lá. Talvez, na caverna... Quem sabe o outro seja “a corrente”. Que nos “acorrente”. Em nós. Entre nós (LEVINAS).

É melhor colher o conceito, ficando com a idéia do outro, do que com o outro propriamente dito. É sempre mais seguro, na mesma medida em que é irreal. Em alguma medida, até niilista. O outro desafia a minha subjetividade, desafiando-me com a possibilidade da divergência. Essência da alteridade. *Alter*. Portanto a divergência é a verdadeira essência do outro. Que o faz ser e me faz deslocar a consciência para o que não necessariamente eu queira focar. E com isso ver... (SARAMAGO).

Portanto relacionamo-nos com simulacros, no lugar de verdadeiros entes. Com essencialismos que produzimos e padronizamos, evitando a alteridade que integra o outro enquanto alteridade. Simulacros que, mediados por imagens (DEBORD), potencializam-se em uma Sociedade do Espetáculo. E nossa passividade globalizada, no também globalizado discurso neoliberal (FRIEDMANN), é amplificada e aprimorada pelo saturante refrão da impotência (mormente econômica).

Novas idéias e possibilidades são também apanhadas nesse turbilhão incapacitante. E assim vão sendo minadas as capacidades contemporâneas da civilização ocidental de enfrentar suas dificuldades, encarando-as e encarando a si mesma. Incapaz de olhar nos seus olhos por medo de imobilizar-se diante das incertezas, qual Hamlet (SHAKESPEARE). Como descrito por BAUMAN, o homem tornou-se incapaz de escolher, por medo de esgotar sua liberdade pelo uso dela através das opções inerentes ao devir. Na Sociedade Líquida, a escolha pode levar a imobilidade e petrificação cujo resultado é o descarte e inadequação.

Porém não somos essência e sim existência, de modo a sermos condenados à liberdade (SARTRE). O que constitui nossa natureza, são as nossas escolhas. Porém fomos deixando de olhar também para nós mesmos. Talvez por medo ou vergonha do que nos tornamos. Seres patológicos e ideologizados pela modernidade. Nisso reside a *Síndrome de Perseu*. E ela assola a contemporaneidade.

Entre os Titãs, existiam as Górgonas. Dentre as três irmãs, com distintos atributos, uma era exímia arqueira, tendo os cabelos compostos por víboras mortais e o corpo inferior de uma enorme serpente. Olhar nos seus olhos importava transformar-se em pedra, qual uma estátua; significando a morte absoluta para os gregos, que acreditavam que todas as coisas tinham, proporcionalmente alguma alma à exceção das pedras. Chamava-se Medusa e era a única das irmãs que podia ser morta, através da decapitação.

Diké, Aracaju, vol. 03 n 01 , jan/jul/2014, p.41 a 51, Agosto/2014 | <http://www.seer.ufs.br/index.php/dike>

Perseu é o herói destinado a enfrentar a Medusa e retornar com sua cabeça em um saco. O risco de tornar-se pedra, significa o enfrentamento dos medos interiores que nos imobilizam diante dos desafios que a vida apresenta. Protegido de Athena, o herói recebe da deusa um escudo reluzente. Ele se vale deste, na condição de espelho e com dupla função estratégica. Para enganar a titã, dissimulando sua posição e para enxergar-la sem olhar nos seus olhos diretamente.

Caldos de ontologia, cobrem nossos olhos e afogam nossos pensamentos. Eles anestesiaram-nos na Matrix. Os conceitos amansam nossa crítica, adestrando cada indivíduo a se dissolver na teia metódica da dogmática comum. Da vez. Davós...

A promessa “iluminista”, em tese realizada no Século XIX auto-denominado das luzes, talvez abrindo o descontrolo climático, era de construir o indivíduo no real sentido do termo, para realizar o recente ideal de liberdade. Em qualquer área do conhecimento, o outro se torna dispensável. O novo paradigma dispensa até a fé, em seu completo apelo à razão, desempregando até mesmo Deus. Sua utilidade é menor. Caprichosa...

A lei dispensa juízes (MONTESQUIEU) e a matemática dispensa matemáticos (LEIBNITZ). Método. Descrição, compreensão e repetição. Mecanicismo. O relógio é o paradigma. No impasse iluminista, o maçom conclama deus por Geômetra ! Razão messiânica. Razão redutora e disciplinar, cartesianamente fracionária e dualista. Angustiante (FREUD). Quando Henry FORD introduz a linha de montagem, no Século XX, ao sacudir da Modernidade Sólida, o ser, reduzido à indivíduo, de sujeito à sujeitado, já estava pronto para ocupar seus novos postos no chão de fábrica. E o Mercado, apto a disseminar seu produto e engajar novos seguidores ao seu culto de consumo, caracterizador dos períodos seguintes.

4. O Sujeito de Direito Sitiado na Síndrome de Perseu.

O espaço privilegiado pela regulação do Direito Privado tradicional, cujas raízes vorazes estenderam-se até a Pós-Modernidade e corporificam-se em nova tardia codificação civil, é ocupado por um sujeito abstrato, mitêmico, virtualizado e solipcista; no jargão de textos culturalmente franciscanos, o denominado Homem Médio. Esse “Homem” sem mirada e, intencionalmente, nunca concretizável (NIETZSCHE), nasceu com o Direito Civil, na Modernidade ocidental. Dando maior juridicidade, em algum sentido, ao sujeito (reduzindo-o bem mais à condição de sujeitado), em mesma medida que, noutra sentida, retirava-lhe humanidade (PASCAL). Paradoxal é o fato de que esse *Homo Economicus*, singular por excelência (DERRIDA), no radical iluminista da solidão caracterizadora de suas modernizantes liberdades (KANT), resta caracterizado ou reduzido por uma relação qualificada. A relação jurídica; que protagoniza o roteiro codificado da vida burguesa, entrincheirando seus quatro personagens principais: *Marido, Contratante, Proprietário e Testador*. Paradoxalmente também, esse sujeito não tem rosto, conforme estatui normativamente na sua razão patrimonial, para constituir-se em uma máscara (FACHIN); do italiano *persona*. Se, conforme o art. 1º da codificação, *persona é todo àquele capaz de direitos e obrigações*, perde essa condição àquele cuja capacidade apontada, seja ou esteja vulnerável ou impossibilitada. Daqui emergem conseqüências de violência real e simbólica (FOUCAULT), cujos sentidos transpassam a sociedade brasileira, replicando-se e reproduzido-se na historicidade econômico-social, cujo primeiro enfrentamento deve apoiar-se na vaga constitucional ora vintenária (TEPEDINO); do qual em muitos aspectos importa em um negativo dessa realidade, a ser revelado em novos e mais humanistas matizamentos (MOLINARO), sob pena de reduzirmos o território ao mapa (BOUDRILLARD) perdendo a noção de onde vivemos e situamo-nos.

Esse simulacro constituinte da relação jurídica, ocupa a condição da existência sempre que reduzimos o Sistema Jurídico à Lei (HEIDEGGER) e o Direito Civil ao respectivo Código, assustadoramente apontado como reunificador do Direito Privado (!!!!), ou mesmo como Constituição do Homem Comum (??). Qual ??? Afinal o Positivismo facilmente constituiu um Direito Privado que apenas consegue andar no asfalto dos grandes centros, refutando as suas periferias para um limbo jurídico. Essa patologia civil, reproduz a patologia do homem contemporâneo (BAUMAN). Um homem descartável e descartante, obrigado a ser feliz e mergulhado em uma Sociedade do Espetáculo ofuscante e multiplicadora da falta de existência do ser e que diariamente entrega ao mercado novas essências, não menos descartáveis, para que o *Homo Sacer* (AGAMBEN) consuma e se consuma ao final do processo. Mesmo a televisão (caracterizadora da Modernidade Líquida) teve seu produto retificado na Pós-Modernidade recente. Se

outrora vendia uma grade de programação, vende, há muito, audiência como produto. Nós... Nascidos signatários do pacto fáustico (GOETHE); caracterizador do Contratualismo (LOCKE) contemporaneamente reinventado.

Isso reflete nossa dificuldade com o outro (ARENDT). Com a alteridade e, assim, com a diversidade. O rosto do outro (LEVINAS) é sempre um desafio para nossa subjetividade (FREUD), produzindo uma fuga platônica para um mundo de essências incapaz de nos constituir porém apto ao imanescimento. Resta reproduzido em nossas relações diárias e virtualizadas, mediadas por imagens e simulacros. Imaginamos o outro à nossa imagem. Um outro ideal (LACAN), produzido em nosso interior e absoluto em nossa singularidade que refuta existência a tudo que possa ser externo e dotado de sua própria subjetividade. Assim, a diferença nos apavora. O inferno são os outros (SARTRE). Preferimos nos relacionar com a imagem do outro em detrimento dele propriamente dito. Na mesma medida em que afirmamos que a *Internet* aproxima as pessoas... vamos perdendo-as em brumas de ontologia. HUSSERL, radicalizando BRENTANO, já inaugurara a Fenomenologia no Século XIX, afirmando que *devemos voltar às coisas nelas mesmas*. Isso porque, dissolvemos o outro com nossa baba branca de ontologia, transformando-o em algo que idealizamos. Negando-lhe existência. Negando-lhe sonhar outro sonho (SHAKESPEARE). Nos relacionamos com imagens. Simulacros. A Sociedade Líquida está sempre em movimento. Em descartes. Qual DESCARTES, inaugurando a Modernidade. Temos medo de que o outro nos imobilize, petrifique, e assim lhe negamos existência. Não lhe olhamos nos olhos, enxergando-o através das imagens que fazemos ou compramos no mercado.

Perseu enfrentara a Medusa, única das irmãs górgonas capaz de ser morta, mas que transformava em pedra todo àquele que olhasse em seus olhos. Recebera de sua deusa protetora, Athena, um reluzente escudo que usou como espelho para conseguir superar a titã, decepando-a sem petrificar. Nunca lhe olha diretamente nos olhos. Apenas o reflexo de sua imagem no espelho. Como nós. Perdidos em nosso medo de petrificar, apenas nos relacionamos com a imagem que fazemos do outro. Mas nunca diretamente com ele. Reduzido a uma essência, imagem, simulacro, o outro é nadificado por nós. Em nós e entre nós (LEVINAS). Esquecemos que nossa natureza está em nossas escolhas, condenando-nos à liberdade (SARTRE). O Direito não se reduz à Lei tanto quanto o outro não pode se reduzir aos oceanos de ontologia que o Positivismo lhe recobre. Recobre a nós... Encobrimo ao outro e a nós mesmos e perdendo-nos entre todos e cada um de nós. Sitiando a consciência através do servilismo e simulacro, envolvendo o ser em uma Síndrome de Perseu.

5. Referencial Bibliográfico do Verbetes (cap. 2).

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer – O poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte : UFMG, 2007.

ARONNE, Ricardo. *Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos – Estudos Preliminares*. Porto Alegre : Liv. do Advogado, 2006.

_____. *Código Civil anotado*. São Paulo : IOB/Thomson, 2005.

ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. São Paulo : Cia das Letras, 2004.

_____. *A condição humana*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2004.

BAUMAN, Zigmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro : JZE, 2005.

_____. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro : JZE, 2001.

_____. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro : JZE, 1998.

CANARIS, Claus. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa : Fund. Calouste Gulbenkian, 1989.

CHOMSKY, Noam. *O lucro ou as pessoas*. Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 2002.

DELEUZE, Gilles. *Espinosa: Filosofia prática*. São Paulo : Escuta, 2002.

DERRIDA, Jacques. *A farmácia de Platão*. São Paulo : Iluminuras, 1991.

_____. *Força de lei*. São Paulo : Martins Fontes, 2007

_____. *Paixões*. Campinas : Papirus, 1995.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro : Renovar, 2000.

_____. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas*. São Paulo : Martins Fontes, 2002.

_____. *Arqueologia das ciências e a história dos sistemas de pensamento*. 2.Ed. Rio de Janeiro : Forense, 2005. a.

Diké, Aracaju, vol. 03 n 01 , jan/jul/2014, p.41 a 51, Agosto/2014|<http://www.seer.ufs.br/index.php/dike>

- _____. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ª ed. Rio de Janeiro : PUCRJ/NAU, 2005. b.
- _____. *A arqueologia do saber*. Rio de Janeiro : Forense, 2005. c.
- _____. *A ordem do discurso*. São Paulo : Loyola, 2006.
- _____. *Microfísica do poder*. 22a. ed. São Paulo : Cultrix, 2006.
- FREUD, Sigmund. *O Futuro de uma Ilusão, o Mal Estar na Civilização e Outros Trabalhos - Vol. XXI*. São Paulo : Imago, 2006.
- GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo : RT, 1980.
- HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como "Ideologia"*. Lisboa : Edições 70, 1997.
- _____. *Pensamento Pós-Metafísico: estudo filosófico*. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro 1990.
- _____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro 1989.
- _____. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo : Martins Fontes, 2004.
- _____. *Conhecimento e Interesse*. Rio de Janeiro : Zahar Editores, 1982.
- _____. *A crise de legitimação do capitalismo tardio*. 2.ed. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1994.
- HEIDEGGER, Martin. *Identidade e diferença*. Petrópolis : Vozes, 2006.
- _____. *Ser e tempo*. 2ª ed., Petrópolis : Vozes, 2006.
- _____. *A caminho da linguagem*. 2ª ed., Petrópolis : Vozes, 2004.
- HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX – 1914-1991*. São Paulo : Cia. das Letras, 2003.
- JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*. Rio de Janeiro : Contraponto, 2006.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1997.
- _____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo : Martin Claret, 2003.
- KUMAR, Krishan. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna*. Rio de Janeiro : JZE, 1997.
- LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. 3.ed. Madri: Rev. Derecho Privado, 1978.
- _____. *Metodologia da ciência do direito*. 5.ed. Lisboa : Ed. Calouste Gulbenkian, 1983.
- MAZEAUD, Henry; MAZEAUD, Léon. *Traité théorique et pratique dela responsabilité délituelle et et contractuelle*. Paris : Recueil Sirey, 1931.
- NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Ecce homo: como cheguei a ser o que sou*. São Paulo : Martin Claret, 2001.
- _____. *A Gaia ciência*. São Paulo : Companhia das Letras, 2001.
- _____. *O Anticristo*. 5. ed. Rio de Janeiro : INCM, 1978.
- _____. *Para além do bem e do mal: Prelúdio a uma filosofia do futuro*. São Paulo : Martin Claret, 2006.
- POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Campinas : Servanda, 2002.
- RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligation civiles*. Paris : LGDJ, 1925.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. São Paulo : Cortez, 2005.
- _____. *Conhecimento prudente para uma vida decente: um discurso sobre as ciências revisitado*. São Paulo : Cortez, 2004.
- _____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 8. ed. São Paulo : Cortez, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SARTRE, Jean-Paul. *O ser e o nada*. Petrópolis : Vozes, 2007.
- _____. *Esboço para uma teoria das emoções*. Porto Alegre : LP&M, 2007.
- _____. *O existencialismo é um humanismo*. São Paulo : Abril Cultural, 1984.
- _____. *Entre quatro paredes*. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2005.
- SOUZA, Ricardo Timm de. *Sentido e alteridade - Dez ensaios sobre o pensamento de Emmanuel Levinas*. Porto Alegre : EDIPUCRS, coleção filosofia – nº 120, 2005.
- _____. *Em torno à diferença. Aventuras da alteridade na complexidade da cultura contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008.

Publicado no dia 06/08/2014

Recebido no dia 26/07/2013

Aprovado no dia 29/07/2013

O DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELO SEU DESCUMPRIMENTO

Mayara de Carvalho Araújo¹

RESUMO

Do Estado Absolutista até então, a evolução da responsabilidade civil do Estado perpassou pela total irresponsabilidade até alcançar a responsabilidade de cunho objetivo, baseada no risco administrativo. Se a evolução foi marcante quanto aos atos do Poder Executivo e, de certa parte, quanto aos do Legislativo, a doutrina e jurisprudência nacional, em grande monta, permanecem tímidos quanto a esse reconhecimento no âmbito do Judiciário. Nesse contexto, essa pesquisa buscou fundamentar a possibilidade de responsabilização do Poder Público pelos atos do Judiciário que afrontem a duração razoável do processo. Para tanto, partiu-se de pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira; de análise de documentos, com destaque os relatórios do Judiciário formulados pelo Conselho Nacional de Justiça; de legislação brasileira, internacional e comunitária sobre o tema; e de análise do Direito comparado. A partir dos dados obtidos, chegou-se a conclusão de que o congestionamento processual é ainda superior nos processos em fase de execução e que o Estado deve reparar os danos causados pela morosidade excessiva em razão da condição de agente estatal do magistrado, do dever estatal de prestar tutela jurisdicional qualificada e do direito humano fundamental à duração razoável do processo. Ao final, foram propostos alguns parâmetros para o compute e a valoração do tempo na duração razoável do processo.

Palavras-Chave: Responsabilidade do Estado. Morosidade processual. Direito fundamental à tutela jurisdicional qualificada.

1 INTRODUÇÃO

Com o intuito de harmonizar a vida em sociedade, protegendo o lícito e reprimindo o ilícito², a ordem jurídica regula a responsabilização pelos danos causados a outrem através de conduta omissiva ou comissiva do agente.

A responsabilização em âmbito civil deriva do dano produzido a partir de ato jurídico violador de um dever do agente³ ou de um direito de outrem, podendo se materializar tanto por meio do restabelecimento da situação anterior⁴, quanto através de indenização por eventuais danos causados, sejam eles morais, materiais, sociais ou estéticos.

A pretensão de obrigar o sujeito que lhe deu causa, ou a pessoa que por ele responda, a reparar o dano advém do mais rudimentar sentimento de justiça, tendo por objetivo o restabelecimento do equilíbrio violado.

Por essa razão, sua origem é remota, sendo anterior à própria noção de Estado e remontando ao império da vingança privada. Foi a *Lex Aquilia* do Direito Romano que apresentou o princípio da teoria clássica da responsabilidade civil. Isso porque, já nesse período, a responsabilização sustentava-se na noção de culpa, elemento esse que foi posteriormente definido no Código Civil de Napoleão⁵ (arts. 1.382 e 1.383), do que resultou sua grande difusão no Direito ocidental.

Todavia, o aforismo de que “não há responsabilidade sem culpa” foi superado com as transformações sociais oriundas da revolução industrial: o avanço tecnológico, a intensificação da complexidade na estrutura social e a multiplicação de danos levaram à existência de um sem número de prejudicados que não conseguiam amparo na teoria clássica da responsabilidade civil.

¹ Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Federal da Paraíba, advogada e bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

² San Tiago Dantas. Programa de Direito civil, V.I/341, ed. Rio, in Programa de Responsabilidade Civil, Sérgio Cavalieri Filho, 2ª edição, p.19.

³ Nesse sentido, CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 2. PORTO, M. **Dano moral**. São Paulo: Mundo Jurídico, 2007. p. 77-78.

⁴ O modelo constitucional de processo atribui primazia à tutela específica ou à máxima coincidência possível entre o resultado preconizado na obrigação e a tutela alcançada, razão pela qual resta ultrapassada a antiga concepção de busca pela indenização pecuniária de todo e qualquer dano. Dessa forma, apenas quando for impossível a obtenção da tutela específica é que se deve fazer uso da indenização pecuniária.

⁵ O Código Napoleônico apresentou a noção de culpa em abstrato e distinguiu a culpa oriunda do contrato daquela originada em delito. Além disso, esse código francês também consolidou o princípio aquiliano de que, por mais leve que seja a culpa, se existe, gera dever de indenização.

A dificuldade de provar nexos de imputação e de causalidade envolvendo novos sujeitos - muitas vezes difusos – e danos complexos impulsionou uma mudança de posicionamento quanto aos pressupostos para responsabilização.

Nesse contexto, surgiram teorias tendentes a oferecer uma maior proteção aos indivíduos lesados, ampliando a responsabilidade civil do agente de forma a abarcar também condutas que não foram motivadas por qualquer das modalidades de culpa. Partiu-se, para tanto, da noção de risco da atividade.

Essa evolução na compreensão da responsabilidade civil também foi acompanhada pelo Direito Público, mas neste de forma bem mais lenta. Os protecionismos comuns à figura do Estado e a compreensão histórica de que o rei, enquanto representante estatal, não erra, trouxeram natural retardo à evolução da teoria no tocante à responsabilização da Administração Pública.

Esse fenômeno foi agravado quanto à responsabilidade por atos dos Poderes Legislativo e Judiciário. Assim, se o advento do Estado de Direito foi acompanhado de incontestável avanço no tocante à responsabilização objetiva do Estado por atos do Poder Executivo, não é possível afirmar que isso ocorreu com a mesma intensidade no que diz respeito à responsabilidade por atos dos demais poderes.

Apesar de evoluções no tema em outros países ocidentais, em especial no Direito Comunitário Europeu, em solo pátrio, o conservadorismo jurisprudencial e a pouca discussão na doutrina conduziram a casos de verdadeira irresponsabilidade.

Diante desse contexto é que se insere o presente trabalho, com a pretensão de abordar o tema da responsabilidade estatal por atos do Poder Judiciário contrários à razoável duração do processo.

2 RESPONSABILIDADE DO ESTADO: “DO NADA” AO “QUASE TUDO”

A responsabilidade civil do Estado passou por três fases principais, evoluindo da irresponsabilidade absoluta à responsabilidade objetiva. Nesse interstício, destacou-se o papel da teoria da irresponsabilidade, das teorias civilistas e das teorias plubicistas.

Até meados do século XIX, sob a égide do Estado absolutista, adotou-se a teoria da irresponsabilidade absoluta com fundamento na compreensão de soberania da época, que legitimava a situação desigual entre soberanos e súditos e, por via de consequência, a irresponsabilidade daqueles perante estes.

Além disso, vigorava a noção de que o ordenamento jurídico era instituído pelo Estado, razão pela qual não seria possível que o Estado violasse o Direito por ele estabelecido.

Nesse período, a compreensão de que o representante estatal não erra (*the king cannot do wrong*) e de que ele era a personificação do próprio Estado (*l'Etat est moi*), conduziu à inadmissibilidade de reparação de danos causados pelo Poder Público, assim como não se admitiam direitos contra o Estado soberano.

Dessa forma, caso houvesse alguma violação ao ordenamento jurídico por parte de agente estatal, este deveria responder pessoalmente pelos danos eventualmente causados a terceiros.

A Magna Carta inglesa, ainda no período medieval, foi o primeiro documento a vincular o rei às próprias leis que edita⁶. Foi, todavia, com o Estado Liberal que a submissão do Estado à lei e o individualismo, característico desse momento histórico, levaram à admissão da responsabilidade estatal por seus atos de gestão, segundo os ditames da lei civil.

Nesse contexto, importante destacar o papel do *Bill of Rights* (1689) ao estabelecer uma *garantia institucional*, uma forma de organização do Estado em razão da proteção de direitos fundamentais⁷.

De início, a responsabilidade não compreendia os danos causados pelos atos de império, já que, nestes, o Estado agia como soberano, e não em igualdade com o particular. Assim, apenas nas relações horizontais entre Estado e administrado havia possibilidade de reparação dos danos causados por aquele.

No que pese o avanço frente à teoria da absoluta irresponsabilidade estatal, a dificuldade prática em distinguir os atos de império dos de gestão demonstrou a necessidade de superação dessa teoria.

Como alternativa ao parâmetro anterior, adotou-se, então, o elemento “culpa” como definidor da existência de reparação dos danos gerados por conduta ilícita do Estado.

A teoria da culpa civil, como ficou conhecida, determinava a responsabilização do Estado diante de culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando*, isto é, a culpa resultante da escolha de seus funcionários e, respectivamente, aquela resultante de conduta negligente ou imprudente dos agentes públicos no exercício de suas

⁶ Cf. COMPARATO, F. K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 74 ss.

⁷ Cf. COMPARATO, F. K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 92 ss.

Diké, Aracaju, vol. 03 n 01, jan/jul/2014, p.52 a 68, Agosto/2014 | <http://www.seer.ufs.br/index.php/dike>

O DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELO SEU DESCUMPRIMENTO

ISSN ELETRÔNICO 2237-2040

54

atribuições⁸.

Aqui, nota-se novo avanço frente à teoria anterior, mas ainda eram frequentes as dificuldades para efetiva indenização do administrado que sofreu o dano. Isso porque, em alguns casos, provar a culpa do agente público ou mesmo identificá-lo na “máquina administrativa” estatal era tão difícil que constituía verdadeira prova diabólica.

Na evolução do alcance da responsabilidade estatal, surgiram três teorias de caráter publicista, a saber: a teoria do *fauteduservice*, a teoria do risco da atividade administrativa e a teoria do risco integral⁹.

Nesse interstício, foi adotada a teoria do órgão, pela qual a atividade do funcionário público representaria atividade do próprio Estado e, por decorrência lógica, ao Estado deveria ser atribuída qualquer consequência dessa atividade, seja ela danosa ou não.

Com esse fundamento, abandonou-se a concepção de culpa individual e foi adotada a noção de culpa anônima ou impessoal, que correspondia à culpa ou falta do serviço, e não à culpa civilista adotada até então.

Segundo a compreensão da culpa do serviço (*fauteduservice*), bastaria a ausência do serviço devido ou seu funcionamento inadequado ou tardio para caracterizar a responsabilidade do Estado por eventuais danos que houvesse derivado, dispensando-se, assim, eventual prova de culpa do agente por ser suficiente a comprovação da culpa anônima.

Trata-se de caso de responsabilidade subjetiva, uma vez que, ao exigir a comprovação da culpa impessoal, da “falta do serviço”, não afasta por completo a noção de culpa. É certo que, em alguns casos, chegou-se a admitir a presunção de culpa em virtude da dificuldade da vítima em comprová-la, mas aqui também se trata de hipótese de responsabilidade fundada na culpa.

A evolução nas teorias acerca da responsabilidade estatal, todavia, seguiu o caminho oposto, prezando pela responsabilidade objetiva, independente de qualquer culpa ou falta no serviço. Essa conquista foi embasada na equidade de ônus e encargos sociais¹⁰, partindo da própria compreensão da finalidade do Estado de alcançar o bem comum, não sendo possível admitir que o benefício da coletividade seja alcançado às custas de danos a um ou alguns administrados. Dessa forma, o Estado passa a responder essencialmente porque causou o dano ao administrado.

Nesse contexto, surgiu a teoria do risco administrativo, verdadeira adaptação da teoria do risco para a atividade do Poder Público, que se fundamenta no dever do Estado de suportar os riscos que gera aos administrados com sua atividade, independente da existência de culpa por parte de seus agentes.

Essa teoria parte do princípio da isonomia entre os administrados diante dos encargos públicos e admite a responsabilidade desde que comprovada a conduta do agente estatal, o dano suportado pelo administrado e o nexo de causalidade entre ambos.

Outrossim, por ela, pode o Estado eximir-se da responsabilidade de reparar o dano nos casos de exclusão do nexo causal, sendo essa a distinção essencial entre as teorias do risco administrativo e do risco integral.

Pela teoria do risco integral, o Estado seria responsabilizado todas as vezes que, por intermédio de seus agentes, der causa ao dano, independente da existência de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro ou caso fortuito e força maior.

Essa última teoria parte do pressuposto de que é dever do Estado exercer sua atividade administrativa sob toda e qualquer situação, ainda que em situação arriscada e perigosa, para que, dessa forma, não gere danos a qualquer de seus administrados. Parte, portanto, de um dever de incolumidade¹¹.

No que pese alguns doutrinadores defenderem o contrário, a teoria do risco integral jamais foi adotada no país, uma vez que mesmo em casos extremos como os de danos nucleares e ambientais, há apenas uma responsabilidade agravada, já que ainda é possível afastar o nexo de causalidade.

⁸ Cf. ANNONI, Danielle. **Responsabilidade do Estado pela não duração razoável do processo**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 61 ss.

⁹ Essa classificação é a adotada, dentre outros, por ANNONI, Danielle. **Responsabilidade do Estado pela não duração razoável do processo**. Curitiba: Juruá, 2009.; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2008.; KRAEMER, Eduardo. **A responsabilidade do Estado e do Magistrado em decorrência da deficiente prestação jurisdicional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

¹⁰ Cf. CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 231.

¹¹ Cf. CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 233.

Diké, Aracaju, vol. 03 n 01, jan/jul/2014, p.52 a 68, Agosto/2014 | <http://www.seer.ufs.br/index.php/dike>

3 RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA ATIVIDADE DO JUDICIÁRIO

Desde a independência brasileira houve incontestável avanço no tocante à responsabilização objetiva do Estado por atos do Poder Executivo. Os atos do Judiciário e do Legislativo, todavia, são encarados com mais parcimônia pela doutrina e jurisprudência nacional, sendo sua responsabilização, em regra, reservada apenas para casos mais extremados.

No que tange especificamente à responsabilidade estatal por atos do Judiciário, são vários os argumentos levantados para afastá-la, dentre os quais destacamos: a caracterização do juiz como agente político, e não como agente público; a soberania do Poder Judiciário; e a violação à independência da magistratura.

Para analisar a possibilidade de o Estado ser responsável pela atividade judiciária, passamos a examinar cada um desses argumentos.

3.1 Da soberania do Estado brasileiro e da independência do Poder Judiciário

O art. 1º, I, da Constituição Federal de 1988 reconhece a soberania como fundamento da República Federativa Brasileira. O artigo seguinte, por sua vez, estabelece a separação dos poderes estatais em Legislativo, Executivo e Judiciário, que são harmônicos e independentes entre si.

No que pese a redação desses artigos indicar que o Estado brasileiro é soberano e que as três dimensões de seu poder são apenas independentes e harmônicas entre si, há quem pretenda afastar a possibilidade de responsabilidade estatal por atos do Judiciário com base na alegação de pretensa soberania deste.

Como visto, essa afirmação parte de premissas equivocadas, mas não só: ainda que se tratasse de Poder soberano – que não o é –, essa soberania não afastaria a responsabilidade, já que soberania não implica na existência de um poder irresponsável e absoluto.

3.2 Do magistrado como agente estatal

O emprego do termo “agente” no art. 37, §6º, da CRFB/88, consolidou entendimento doutrinário ampliativo atribuído ao texto das Constituições que lhe antecederam e teve por finalidade assegurar, com maior extensão, o direito a reparação do particular lesado por atos de agentes do Poder Público.

Agente estatal é todo aquele que desempenha as funções do Estado, enquanto as exercita. Para sua caracterização, exigem-se dois requisitos essenciais, a saber: a natureza estatal da atividade desempenhada e a sua investidura¹².

Para Celso Antônio Bandeira de Mello¹³, os agentes estatais podem ser agentes políticos; servidores estatais - estes compreendendo os servidores públicos e os servidores das pessoas governamentais de Direito Privado; e particulares em atuação colaboradora com o Poder Público.

Os servidores estatais são aqueles que apresentam relação de trabalho de natureza profissional, não eventual e com vínculo de dependência com o Estado e as entidades da Administração Indireta, sendo irrelevante sua natureza pública ou privada. Compreendem, portanto, os servidores titulares de cargos públicos; os servidores empregados pelo Poder Público; e os servidores de pessoas governamentais de Direito Privado¹⁴.

Já os particulares em colaboração com o Poder Público correspondem aos sujeitos que exercem função pública sem perder sua condição de particular, não importando se o fazem de forma constante ou episódica. A noção compreende, portanto, os requisitados para prestação de atividade pública; os que, por vontade própria, assumem a gestão da coisa pública; os contratados por locação de serviços; e os concessionários e permissionários de serviço público e os delegados de função ou ofício público¹⁵.

Agente político, por sua vez, segundo Marçal Justen Filho¹⁶, é todo aquele investido de função política, tanto em razão de mandato eletivo, quanto pelo desempenho de atividade auxiliar imediata, como as de Ministro de Estado. São, portanto, “os titulares dos cargos estruturais à organização política do país”¹⁷, que exercem *munus* público e são qualificados para tanto em virtude de sua condição de cidadão.

Assim, são agentes políticos exclusivamente o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos e os respectivos auxiliares imediatos, os Senadores, os Deputados e os Vereadores. É esse também o

¹² Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 243.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 245.

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 246-248.

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 248-249.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 657 ss.

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 245.

Diké, Aracaju, vol. 03 n 01 , jan/jul/2014, p.52 a 68,Agosto/2014|<http://www.seer.ufs.br/index.php/dike>

entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁸ e de Maria Sylvania Zanella Di Pietro¹⁹.

Há, todavia, quem defenda um conceito mais amplo de agentes políticos. É o caso de Hely Lopes Meirelles²⁰, para quem seu conteúdo abrange os Chefes do Poder Executivo e seus auxiliares diretos; os membros do Poder Legislativo; os Magistrados, os membros do Ministério Público e Tribunais de Contas; os representantes diplomáticos; bem como as demais autoridades que desempenhem suas atribuições com dependência funcional, desde que não pertençam ao quadro do funcionalismo público.

Baseado na suposta condição de agente político dos magistrados, persiste o viés da irresponsabilidade em algumas interpretações atuais do dispositivo constitucional. Ocorre que é irrelevante essa diferenciação, isso porque o texto constitucional fala em responsabilidade pelos atos dos agentes das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado que prestem serviço público, não especificando qualquer limitação à concepção de “agente”.

Assim, o uso do termo desacompanhado de qualquer restrição objetiva, remete ao gênero agente estatal, dos quais são espécies os agentes políticos, os servidores estatais – servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de Direito Privado -, e os particulares em atuação colaboradora com o Poder Público.

O termo, portanto, foi adotado para compreender a responsabilidade do Estado pelos danos causados por todos os agentes que desempenham as funções estatais, enquanto as exercitam. Não cabe à lei ou ao intérprete restringir o alcance dos enunciados normativos constitucionais, principalmente tratando-se de dispositivo que reconhece direito ao particular.

Aqui, faz-se imperioso lembrar que rege a hermenêutica constitucional, dentre outros princípios, o da máxima efetividade das normas constitucionais²¹. Nesse sentido, é imprescindível que os interpretes ajam com verdadeira *vontade de Constituição* para que a o texto constitucional se converta em força ativa e evidencie sua *força normativa*²².

Igualmente, é importante advertir que o próprio art. 37, em seu *caput*, estabelece que qualquer dos Poderes dos entes federados obedecerão, além dos princípios ali enunciados, ao disposto nos demais dispositivos desse artigo, dentre eles ao seu parágrafo sexto.

Desse modo, pode-se inferir que o enunciado normativo visa assegurar a responsabilidade do Poder Público pelos atos de seus agentes nas três esferas do Poder, não sendo relevante para tanto se é agente político, servidor estatal ou particular em colaboração com o Estado.

3.3 Da independência da magistratura como garantia do jurisdicionado

Outro argumento contrário à responsabilização do Estado por atos do Poder Judiciário é a independência dos magistrados. Seus defensores afirmam que a independência dos magistrados, essencial para assegurar a imparcialidade, seria violada caso fosse admitida tal responsabilidade.

Todavia, a linha de pensamento desse argumento é falha, uma vez que parte da análise da independência dos juízes como um fim em si mesmo, como o reconhecimento de certa intangibilidade dos magistrados. Olvida, portanto, que essa garantia é, na verdade, voltada à proteção do jurisdicionado, que tem direito a uma prestação jurisdicional idônea e imparcial.

Nesse sentido, Dalmo Abreu Dallari²³ elucida que

Longe de ser um privilégio para os juízes, a independência da magistratura é necessária para o povo, que precisa de juízes imparciais para harmonização pacífica e justa dos conflitos de direitos. A rigor, pode-se afirmar que os juízes têm a obrigação de defender sua independência, pois sem esta atividade jurisdicional pode, facilmente, ser reduzida a uma farsa, uma fachada nobre para ocultar do povo a realidade das discriminações e das injustiças. Essa conjugação de perspectivas, que tem sido pouco ressaltada, torna conveniente e oportuna uma reflexão sobre esse ponto, não só para que fiquem claros os motivos pelos quais é necessária a magistratura independente, mas também para que a alegação de falta de independência não seja usada como pretexto para isentar o Poder Judiciário de toda responsabilidade por suas próprias

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 245-246.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 485-487.

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 75.

²¹ Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 96 ss.

²² Conceitos originariamente presentes em HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Safe, 1991.

²³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 47.

Diké, Aracaju, vol. 03 n 01, jan/jul/2014, p.52 a 68, Agosto/2014 | <http://www.seer.ufs.br/index.php/dike>

deficiências.

Outrossim, a responsabilidade estatal não viola quaisquer garantidas da magistratura, já que se não se volta diretamente contra o magistrado, a não ser que haja culpa ou dolo por parte deste.

4 ASPECTOS DA TUTELA JURISDICIONAL QUALIFICADA

Afastados os principais argumentos contrários à responsabilidade estatal por atos do Poder Judiciário, cabe agora analisar os aspectos da teoria geral do processo que justificam essa reparação no que tange à duração não razoável do processo.

4.1 A crise processual, a reforma do Judiciário e os mitos sobre o futuro da Justiça

Um processo ideal é aquele capaz de distribuir a justiça em um período razoável, sem delongas que excedam o prazo necessário para chegar a um resultado seguro e pautado em garantias para as partes. Assim, o processo ideal é aquele que faz cessar o conflito social logo que possível.

Todavia, é corriqueiro o cenário inverso formado por lides que parecem eternas, desafiando, muitas vezes, o compasso natural de qualquer criação humana de começo, meio e fim²⁴.

As insuficiências dessa realidade tornam-se ainda mais manifestas diante da sociedade moderna, formada por ideais de dinamismo e superação. Nessa sociedade, em que as pessoas costumam estar sempre ativas e habituadas com o aproveitamento do tempo em frações de segundos, o processo transparece como lento e incapaz de suprir essas novas necessidades.

A lentidão processual, assim, exsurge como um fator que reforça a exclusão de determinados segmentos sociais incapazes de suportar, sem grandes prejuízos, o tempo necessário para o seu desfecho. Outrossim, muitas vezes essa lentidão desmedida beneficia grupos de indivíduos abastados que tiram proveito da impossibilidade de espera dos mais fracos.

Nesses moldes, o processo, que deveria dar ao detentor do direito, sempre que possível, tudo e exatamente o que lhe for de direito²⁵, passa a ser “fonte perene de decepções”²⁶.

Por essa razão, passa a enfrentar verdadeira crise que, para ser superada, deve contar com juízes que visem a real utilidade do processo. Assim, a cognição da fase de conhecimento passa a apresentar dupla direção, destinando-se tanto à identificação da existência de direito e do seu titular, quanto à busca por meios capazes a satisfazer o direito eventualmente reconhecido em sua futura decisão²⁷.

Nesse compasso de superação da crise, é importante desmistificar falsas ideias enraizadas em frequentes discursos doutrinários. É o que alerta Barbosa Moreira²⁸, que defende a superação das equivocadas noções da rapidez acima de tudo e da onipotência da norma.

Conforme sustenta, hiperdimensionar a malignidade da lentidão processual para hierarquizar o valor da celeridade como superior aos demais é uma conduta equivocada. Deve-se, portanto, buscar um aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, sem acelerá-la a qualquer preço, mas, ao contrário, com ponderação²⁹. Nesse sentido, a defesa de uma justiça instantânea fundada em aceleração antigarantística é tão patológica quanto sua demora excessiva³⁰.

²⁴SILVA, Ivan de Oliveira. **A morosidade processual e a responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Pílares, 2004, p. 32.

²⁵ Noção célebre chiovendiana.

²⁶ Expressão originariamente utilizada em DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

²⁷ Cf. GÓES, Ricardo Tinoco de. **Cognição e execução**: uma aproximação pela instrumentalidade do processo. 2004. 170 f. Dissertação (Mestrado) - UFRN, Natal, 2004, pp. 37-70.

²⁸MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da Justiça: alguns mitos. In: _____. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1-14. (8^o).

²⁹ Nesse tema, importante discussão se dá quanto ao recente projeto de reforma constitucional apresentado pelo atual presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Cezar Peluso, conhecida por “PEC dos recursos”, que defende que, por regra, haja uma espécie de trânsito em julgado em nível de segunda instância. Sem entrar no mérito da discussão, esse projeto dividiu a doutrina e as classes de juristas, que ora posicionam-se favoráveis às mudanças, ora temem a violação do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição.

Também relacionado ao tema, importante ressaltar as discussões em torno das metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para uma maior agilidade na prestação jurisdicional, determinando que processos ajuizados até determinada data sejam julgados até o término de anos específicos. Enquanto uns defendem a necessidade de tomar essas medidas em razão da demora excessiva dos processos no Judiciário brasileiro, outros entendem que as metas atrapalham o julgamento e constroem um processo de base estatística.

³⁰RAMOS, Carlos Henrique. **Processo civil e o princípio da duração razoável do processo**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 52.

Diké, Aracaju, vol. 03 n 01, jan/jul/2014, p.52 a 68, Agosto/2014 | <http://www.seer.ufs.br/index.php/dike>

Dessa forma, o principal objetivo do processualista deve ser a identificação e eliminação de formalismos inúteis, demoras injustificáveis e protecionismos abusivos que causam dilações indevidas. Para essa compreensão, importa ressaltar que a sobrecarga de trabalho do Judiciário é irrelevante, uma vez que não afasta o nexo de causalidade com a conduta estatal, mas antes a reforça, conforme será exposto em tópico posterior.

Além disso, Barbosa Moreira ressalta que não merece prosperar a crença simplista de que alterar a redação de determinado artigo implicará na solução de um problema jurídico. Defende, nesse contexto, a importância de pesquisa sólida capaz de mapear os reais obstáculos do processo célere e efetivo³¹. Sem isso, o recurso à palavra mágica “efetividade” muitas vezes é empregado visando puro ilusionismo³².

Assim, seria imprescindível para o aprimoramento da Justiça identificar sua imagem, tão exata quanto possível, sob pena de empreender uma reforma com fins simbólicos³³ assumindo o risco de atacar moinhos de vento enquanto deixa escapar os dragões.

Sobre o tema, o autor alerta, com argumentos bastante atuais, que

[...] a demora resulta da conjugação de múltiplos fatores, entre os quais não me parece que a lei, com todas as imperfeições que tem, ocupe o lugar de máximo relevo. Recordemos, antes de mais nada, a escassez de órgãos judiciais, a baixa relação entre o número deles e a população em constante aumento, com a agravante de que os quadros existentes registram uma vacância de mais de 20%³⁴, que na primeira instância nem a veloz sucessão de concursos públicos consegue preencher. Teríamos de incluir no catálogo das mazelas o insuficiente preparo de muitos juízes, bem como o do pessoal de apoio; em nosso Estado, e provavelmente não só nele, a irracional divisão do território em comarcas, em algumas das quais se torna insuportável a carga de trabalho, enquanto noutras, pouco movimentadas, se mantém um capacidade ociosa deveras impressionante; a defeituosa organização do trabalho e a insuficiente utilização da moderna tecnologia, que concorrem para reter em baixo nível a produtividade. Poderia alongar-se a lista; os pontos assinalados bastam, porém, para evidenciar quão unilateral é a apreciação que atira todas as culpas, ou quando nada as maiores, sobre a legislação³⁵.

Conforme assinalado, esses não são os únicos percalços a serem superados, em âmbito do Poder Judiciário, para que se alcance o devido processo legal. Frise-se, a título de exemplo, a deficiência e insuficiência do espaço em muitas instalações arquitetônicas e a carência quanto a recursos tecnológicos capazes de gerir o volume das atividades da Justiça³⁶.

Outrossim, as reformas do sistema judicial devem ser acompanhadas de mudanças estruturais e de mentalidade dos agentes do Poder Judiciário³⁷ e de seus usuários³⁸.

³¹MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da Justiça: alguns mitos. In: _____. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 12.

³² Cf. a crítica a esse fenômeno presente em PASSOS, J. J. Calmon de. **Instrumentalidade do processo e devido processo legal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3062>>. Acesso em: 5 set. 2011.

³³ O termo “simbólico” foi aqui empregado no sentido a ele atribuído por Marcelo Neves (2007), segundo o qual o significado “político-ideológico” latente sobrepõe-se ao sentido normativo-jurídico aparente, através de legislação em que o legislador procura apresentar a sensibilidade do Estado às expectativas sociais ou livrar-se de pressões políticas. Nas palavras de Marcelo Neves (2007, p. 39-40), “pode-se afirmar que a legislação-álibi constitui uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas, desempenhando uma função “ideológica”.

³⁴ De acordo com o Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário, mantido pelo Supremo Tribunal Federal, na Justiça Comum de primeiro grau, o percentual, em 1997, era de 13,37%.

³⁵MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da Justiça: alguns mitos. In: _____. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 4.

³⁶ Cf. SILVA, Ivan de Oliveira. **A morosidade processual e a responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Pílares, 2004, p. 57 ss.

³⁷ Quanto à conduta dos magistrados, importante mencionar a frequência com que determinadas práticas nocivas se perpetuam em sua atividade diária: alguns magistrados tem uma compreensão de si como um ser superior, o único capaz de dizer e conhecer a verdade, o que implica, não raras vezes, na exigência indevida de pormenores e na criação de obstáculos desarrazoados; a exigência do cumprimento de miudezas para o acesso ao segundo grau de jurisdição; a visão muitas vezes arcaica dos institutos jurídicos e o desconhecimento de avanços doutrinários quanto a instrumentalidade e efetividade do processo. As causas enumeradas, dentre outras, muitas vezes conduzem a um conflito entre a defesa teórica do amplo acesso à justiça e a *práxis* de aumento da burocracia e dos requisitos para se alcançar o segundo grau de jurisdição.

³⁸ Aqui, por exemplo, seria necessário não só uma concepção mais instrumental do processo, mas também o reforço da cultura de Diké, Aracaju, vol. 03 n 01 , jan/jul/2014, p.52 a 68, Agosto/2014|<http://www.seer.ufs.br/index.php/dike>

4.2 A instrumentalidade e a efetividade do processo

O processo civil moderno se propõe a aperfeiçoar, dentre outros aspectos, a simplificação processual; a participação e o diálogo do juiz com as partes; a atuação do magistrado direcionada a conformar o enunciado normativo às necessidades da justiça; os poderes do juiz voltados à efetividade prática do resultado do processo; e a propagação da tutela coletiva³⁹.

Para tanto, é indispensável o pensamento instrumentalista, com matrizes distintas das do processo individualista e formal de outrora. Nesse novo contexto, é indispensável que se faça uso de todas as vantagens dos institutos característicos da fase de conhecimento para, ainda neste momento, garantir e preservar o resultado útil do processo.

Nesse percurso, é essencial que se imponha o menor sacrifício para as partes, mas desde que seja capaz de satisfazer integralmente o titular do direito⁴⁰. Com essa atitude, há um menor desgaste do aparelho jurisdicional, sendo dispensados menos tempo e dinheiro, mas alcançando o resultado útil para o titular do direito.

Assim, a instrumentalidade aproxima a cognição da satisfação de modo a garantir a utilidade do provimento jurisdicional. Dessa forma, a compreensão de que a razão de existência do processo é garantir a efetividade dos direitos previstos no ordenamento jurídico, levam ao reconhecimento da garantia a uma tutela jurisdicional qualificada, assim entendida aquela adequada, tempestiva e efetiva.

4.3 A tutela jurisdicional qualificada como direito humano fundamental

Com o pós-guerra e o surgimento dos novos direitos, intensificaram-se as discussões em torno do acesso à justiça. Isso porque reconhecer novos direitos e sujeitos de direitos de pouco adiantaria se não fosse garantido o efetivo acesso.

Isso porque se um Estado Democrático de Direito se mostra incapaz de assegurar a efetiva realização de direitos nega, portanto, a si próprio. É por esse motivo que a instrumentalidade do processo vem sendo tão aclamada pela doutrina: percebeu-se que o processo deve cumprir sua missão constitucional, sob pena de ser utilizado como instrumento para a violação de direitos⁴¹.

Já em 1950, com a Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, houve o reconhecimento positivo do direito à tutela jurisdicional proferida em tempo razoável, pelo seu art. 6º, I.

Desde esse período, a duração razoável do processo passou a ser concebida como direito subjetivo, humano e fundamental. Essa constatação impulsionou o surgimento das tutelas de urgência, das tutelas inibitórias, da mediação e da arbitragem, bem como da responsabilidade do Estado pela demora não razoável da tutela jurisdicional.

Quanto à duração razoável do processo, sua compreensão passou a ser um misto, resultante da harmonia entre a segurança jurídica e a efetividade⁴², capaz de garantir a valorização do homem⁴³. Evoluiu-se, por conseguinte, para a percepção de que “o processo destituído de valorização da pessoa humana, nada mais é do que uma pedante burocracia regida pelo Estado⁴⁴”.

Formou-se, portanto, doutrina defensora da tutela jurisdicional qualificada não só como uma garantia, mas também como direito fundamental⁴⁵ que contempla um processo sem dilações indevidas, com tutela

conciliação e resolução extrajudicial dos conflitos, bem como a revisão e devida punição do *ethos* de inadimplemento vigente na atual sociedade brasileira.

³⁹DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 362-364.

⁴⁰ Cf. GÓES, Ricardo Tinoco de. **Cognição e execução**: uma aproximação pela instrumentalidade do processo. 2004. 170 f. Dissertação (Mestrado) - UFRN, Natal, 2004, pp. 71-91.

⁴¹ Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências contemporâneas do direito processual civil. In: _____. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 3. (3ª).

⁴²TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual. São Paulo: RT, 1993, p. 66.

⁴³ Nesse sentido, passou-se a defender a necessidade de o processo amoldar-se ao direito, e não o contrário, bem como do processo em função do homem. Em crítica ao modelo antigo de processo e à burocracia do Judiciário, v. KAFKA, Franz. **O processo**. São Paulo: Abril Cultural, 1975.

⁴⁴SILVA, Ivan de Oliveira. **A morosidade processual e a responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Pílares, 2004, p. 61.

⁴⁵Nesse ponto, em razão da inexistência de consenso na doutrina, importante ressaltar a diferenciação entre garantias, direitos Diké, Aracaju, vol. 03 n 01 , jan/jul/2014, p.52 a 68, Agosto/2014|<http://www.seer.ufs.br/index.php/dike>

adequada ao direito e satisfação do resultado útil do processo.

Nesse novo contexto, o Poder Judiciário, por intermédio da direção do magistrado, passou a ter verdadeiro dever de prestar tutela qualificada, moldada ao direito do jurisdicionado com a finalidade de alcançar seu resultado útil, com respeito ao devido processo legal, à dignidade humana e à duração razoável do processo.

5 ASPECTOS ESPECÍFICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA DURAÇÃO NÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Abordadas as implicações negativas da morosidade processual, a condição de direito humano e fundamental da duração razoável do processo, a necessidade de uma tutela jurisdicional qualificada para a materialização do acesso à justiça e o dever do Estado de garantir um processo sem dilações indevidas, não restam dúvidas de que o Estado deve responder pela duração não razoável do processo.

Se é certo que o cidadão não pode ser obrigado a conformar-se com o descumprimento de direito seu reconhecido em âmbito constitucional e mesmo internacional, também não pode o Estado ser responsabilizado por toda e qualquer hipótese de morosidade.

Para tratar desses aspectos, delimitaremos as situações em que cabe ao Estado responder pela duração indevida do processo e abordaremos aspectos específicos da morosidade no âmbito do processo coletivo, na perspectiva dos tratados internacionais e das recentes reformas instrumentais.

5.1 Das hipóteses de responsabilidade do Estado pela duração indevida do processo segundo a tipologia proposta por Boaventura de Sousa Santos

Atento para o fato que existem várias formas de dilação não razoável do processo, Boaventura de Sousa Santos⁴⁶, propôs uma tipologia da morosidade.

O estudo é importante porque, embora as repercussões negativas sejam relativamente as mesmas, as formas de evitá-las, combatê-las ou mesmo as implicações para a responsabilidade estatal são distintas a depender de cada uma delas.

Quanto ao modo de configuração, o autor a classifica como morosidade necessária ou legal. A primeira delas reflete o tempo do processo, ou seja, aquela decorrente dos atos procedimentais, do exercício do contraditório e ampla defesa e da formação do convencimento do juiz.

Morosidade legal, a seu turno, é aquela resultante do cumprimento dos prazos estabelecidos em lei. Essa morosidade deve corresponder ao máximo à necessária, sob pena de haver, já nesse ponto, dilação indevida por formalismos desnecessários⁴⁷.

No que diz respeito à morosidade necessária, não há qualquer razão para responsabilidade do Estado, já que se trata do tempo natural do processo para garantia do contraditório e da ampla defesa, bem como da formação do convencimento do magistrado.

Quanto à morosidade legal, se desarrazoadada, pode gerar responsabilidade estatal, mas, nesse caso, por ato do Legislativo, e não do Judiciário.

Quanto à sua causa, a morosidade pode ser endógena ou funcional. Será endógena ou sistêmica quando for inerente ao próprio sistema, decorrente da sobrecarga de trabalho e do excesso de burocracia, positivismo e legalismo.

Funcional, todavia, é aquela decorrente dos atos de alguma ou de ambas as partes, que o fazem com o intuito de dilatar o tempo para resolução do processo.

Quanto a esta última, também chamada de morosidade ativa em outro trabalho⁴⁸ do mesmo autor, é

fundamentais e direitos humanos. Os direitos fundamentais são os direitos do ser humano que se encontram reconhecidos no âmbito da Constituição de determinado Estado. A expressão “direitos humanos”, por sua vez, remete aos documentos de direito internacional que reconhecem direitos ao ser humano enquanto tal, independente de sua vinculação com dada ordem constitucional (SARLET, 2007, p. 33 ss.). As garantias, a seu turno, são os instrumentos dispostos à disposição para proteção e eficácia dos direitos.

⁴⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Relatório breve do observatório permanente da Justiça portuguesa sobre bloqueios ao andamento dos processos e propostas de solução**. Disponível em: <<http://opj.ces.uc.pt/pdf/08.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2011.

⁴⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Relatório breve do observatório permanente da Justiça portuguesa sobre bloqueios ao andamento dos processos e propostas de solução**. Disponível em: <<http://opj.ces.uc.pt/pdf/08.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2011, p. 2.

⁴⁸ Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da Justiça**. Disponível em: Diké, Aracaju, vol. 03 n 01, jan/jul/2014, p.52 a 68, Agosto/2014|<http://www.seer.ufs.br/index.php/dike>

importante ter em mente que, em grande parte dos casos, há o interesse de ao menos um dos litigantes de que o processo se prolongue tanto quanto possível. Para tanto, não é incomum que se faça uso de meios lícitos e ilícitos, com o aval de atores do processo, em verdadeira crise ética contra o processo e a favor da cultura brasileira do inadimplemento⁴⁹.

Cai-se, aqui, na célebre frase de Platão de que não pode haver justiça sem que haja homens justos. Assim, o modo como as partes atuam no processo é fundamental para a duração razoável do processo.

Embora, nesses casos, deva haver punições exemplares, fica claro que sua existência não advém de condutas do Estado, motivo pelo qual este não deve ser responsabilizado.

No que tange à morosidade endógena ou sistêmica, todavia, não há como afastar a responsabilidade estatal, não sendo relevante, para fins de responsabilização, discutir se essa lentidão advém da sobrecarga de trabalho ou da divisão irracional da estrutura do Poder Judiciário, por exemplo.

Ora, o que o direito à jurisdição pretende garantir é que, havendo lesão ou ameaça a direito, as pessoas possam ter acesso a uma tutela jurisdicional qualificada a partir da proteção do Poder Judiciário. Dessa forma, sendo a prestação jurisdicional inefetiva, o serviço prestado foi imperfeito e não teve qualquer serventia, seja qual for o motivo de sua duração indevida⁵⁰.

Há ainda a classificação da morosidade quanto ao momento de configuração, podendo ser pré-judicial, judicial ou pós-judicial, a depender de anteceder, ser contemporânea ou posterior à fase de conhecimento. Quanto a esse aspecto, entendemos que a distinção entre judicial e pós-judicial não é relevante, já que, na moderna concepção de jurisdição, o direito do jurisdicionado não está satisfeito com a mera declaração de seu direito, mas apenas com a obtenção do resultado útil do processo. Assim, a nosso ver, ambas fariam parte de uma só modalidade de morosidade, a judicial.

Nessa distinção, apenas a morosidade pré-judicial isenta o Estado de responsabilidade, já que não diz respeito a delongas não razoáveis do processo em si. Podem, todavia, ensejar responsabilidade estatal quando causadas pela morosidade administrativa deste, mas esse tema foge da esfera do presente trabalho. Quanto às morosidades judicial e pós-judicial, não há qualquer distinção no que diz respeito à responsabilidade do Poder Público, desde que não advenham exclusivamente de condutas das partes. Isso porque tanto a nível da fase de cognição, quanto na execução da tutela garantida, a duração não razoável do processo implica em danos a alguma das partes e constitui infração a dever do Estado, constituindo afronta à vinculação do Poder Público à lei.

Assim, seguindo a tipologia da morosidade proposta por Boaventura de Sousa Santos, apenas a morosidade endógena judicial ou pós-judicial enseja responsabilidade do Estado por atos do Poder Judiciário contrários à duração razoável do processo.

5.2 A efetividade do processo, as reformas instrumentais e o papel do Conselho Nacional de Justiça

Ao assegurar expressamente, a nível constitucional, a duração razoável do processo, a Emenda Constitucional nº 45/2004 impôs deveres não só ao Judiciário, mas também ao Legislativo e Executivo. Isso porque implicou na necessidade de o Legislativo ampliar o acesso à justiça e a garantir meios processuais para a tutela efetiva; de o Executivo proporcionar infra-estrutura física e humana suficiente para uma prestação jurisdicional qualificada; e de o Judiciário reciclar-se para utilizar de forma adequada os meios processuais, estruturais e humanos para garantir a perpetuação de uma ordem jurídica justa.

Além disso, fez-se necessário incentivar outros mecanismos que indiretamente contribuem para o julgamento em prazo razoável passar, como as tentativas de resolução extrajudicial do conflito e as punições ao *ethos* de inadimplemento.

Todavia, a previsão constitucional logrou pouco êxito, uma vez que veio desacompanhada de um mapeamento detalhado das causas da morosidade do Poder Judiciário brasileiro. Ocorre que os dados dispostos no portal “Justiça Aberta”⁵¹ do site do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) não são capazes de

<http://72.29.69.19/~ejal/images/stories/arquivos/RevDemJust_FEV2011.pdf>. Acesso em: 01 set. 2011.

⁴⁹ Nesse sentido, pode-se afirmar que a Justiça brasileira tem processos demais, justamente por ter ética de menos

⁵⁰ Cf. DELGADO, José Augusto. **A demora na entrega da prestação jurisdicional**: responsabilidade do Estado: indenização. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v.10, n. 2, p. 99-126, jul./dez. 1998.

⁵¹ Cf. <http://www.cnj.jus.br/corregedoria/justica_aberta/?d=consulta&a=consulta&f=formIndex>. Acesso em 05 set. 2011.

Diké, Aracaju, vol. 03 n 01 , jan/jul/2014, p.52 a 68,Agosto/2014|<http://www.seer.ufs.br/index.php/dike>

indicar quais os principais vícios da Justiça brasileira.

Os dados em questão limitam-se a indicar o somatório das denúncias e queixas recebidas; dos despachos, decisões e sentenças proferidos; das suspeições e impedimentos declarados; das sessões de julgamento realizadas; das audiências agendadas e realizadas; das sentenças de extinção de punibilidade por prescrição; das sentenças de redistribuição para outra Vara; das audiências remarçadas por ausência do juiz; dos processos conclusos para sentença há mais de 100 (cem) dias; e dos despachos proferidos em plantão judicial, tudo isso no período de um mês.

Não fazem, contudo, referência ao tipo de ação cujo processo aguarda a prazo superior a 100 (cem) dias pela sentença, ou mesmo a existência de eventual litisconsórcio nesses processos. Não é possível, assim, a constatação de qualquer especificidade que leve a compreensão das razões da morosidade: se a complexidade da causa, se a ausência de pessoal, se o descaso dos profissionais.

Outrossim, os dados indicam apenas a quantidade de processos aguardando há mais de 100 (cem dias) por sentença, sem fazer qualquer referência àqueles que esperam esse prazo ou superior pelos atos executivos, por um despacho, ou mesmo para a juntada de uma petição.

É também um dado sem grande rigor, já que iguala os processos que aguardam pela decisão há pouco mais 100 (cem) dias e aqueles que o fazem há bem mais tempo, uma vez que é este o único limite temporal que serve de parâmetro na sistematização das informações.

Além disso, os dados catalogados pelo Conselho Nacional de Justiça advêm de informações disponibilizadas pelos próprios tribunais e, não raras vezes, não refletem a realidade específica daquela unidade.

A título de exemplo, imagine-se uma Vara em que a prática seja de não registrar como “concluso” todos os processos que aguardam decisão ou sentença para evitar o descumprimento oficial da meta mensal de conclusão. Se essa Vara informa que não há qualquer processo conclusivo aguardando decisão há mais de 100 (cem) dias e o CNJ disponibiliza esse dado em sua página inicial, isso não quer dizer que todos os processos que precisavam ser decididos efetivamente o foram.

Não só, se um processo conclusivo para decisão é convertido em diligência por várias vezes consecutivas, por exemplo, isso escapa dos dados dispostos na página do CNJ.

Essas duas hipóteses levantadas ilustram a deficiência dos dados sobre o Judiciário nacional, mas servem também de alerta para a importância de eventual contribuição do CNJ num estudo sério voltado a diagnosticar os reais obstáculos à duração razoável em solo pátrio.

Já a iniciativa “Justiça em números”, também do CNJ, tenta construir uma imagem do Judiciário brasileiro a partir de três diferentes parâmetros: insumos, dotações e graus de utilização; litigiosidade; e acesso à justiça e perfil das demandas. Também aqui os parâmetros são insuficientes. Isso porque se concebe o acesso à justiça prioritariamente na acepção da assistência judiciária gratuita, sem revelar quais os aspectos da tutela jurisdicional qualificada – adequação, tempestividade e efetividade - estão sendo descumpridos em maior ou menor monte.

Além disso, o aspecto da litigiosidade não permite aferir quais tipos de ações estão causando o congestionamento processual. Igualmente, não conduz à identificação das especificidades das causas em comento, se são coletivas ou individuais, se traduzem demandas de massa, etc..

Embora seja notório o esforço do CNJ em mapear a Justiça brasileira, há ainda muito o que ser feito para a concretização de sua missão constitucional, a saber: “contribuir para que a prestação jurisdicional seja realizada com moralidade, eficiência e efetividade, em benefício da sociedade”⁵².

5.3 Das dilações indevidas no processo coletivo

As dilações indevidas costumam ser ainda mais severas quando se trata de processo coletivo, onde há interesse social no conhecimento do mérito e em sua máxima efetividade.

Esse ramo específico do direito processual é pautado no formalismo mínimo e na adaptação do processo à realidade do direito material em virtude do interesse de toda a sociedade nos direitos em questão.

Por essa razão, vige o princípio da máxima prioridade da tutela coletiva, que determina a primazia do julgamento desses processos frente aos de cunho individual, salvo exceções de extrema urgência ou que o

⁵² Informação retirada do site do Conselho Nacional de Justiça, cf.: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Sobre o CNJ**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj>>. Acesso em: 02/09/2011.

Diké, Aracaju, vol. 03 n 01 , jan/jul/2014, p.52 a 68, Agosto/2014|<http://www.seer.ufs.br/index.php/dike>

bem tutelado objeto do processo individual exija de outro modo.

Na prática, todavia, nem sempre essa prioridade é conferida. Isso se deve, em grande parte, à complexidade natural do processo coletivo, mas não só: também à falta de Varas especializadas para a tutela coletiva e ao fato de as metas e estatísticas que pautam a atividade jurisdicional não fazerem qualquer distinção entre os feitos individuais e coletivos, impulsionando os juízes a atingir números e, por isso, a buscar a resolução em massa de processos menos complexos.

Nesses casos, a morosidade da Justiça atinge de forma direta determinadas coletividades, protelando direitos metaindividuais tão preciosos como o desenvolvimento sustentável, o meio ambiente ecologicamente equilibrado e a segurança pública.

Por essa razão, a conduta estatal que levou à procrastinação do processo é ainda mais nefasta e não pode conduzir à ausência de responsabilidade em virtude de serem eventualmente indeterminados os sujeitos de direito.

Por analogia ao aplicado no âmbito da ação civil pública, entendemos que, em casos como este, se a tutela for pecuniária, o montante da condenação deve ser destinado ao fundo de defesa dos direitos difusos e, havendo execução individual da sentença coletiva, caso se trate de direito individual homogêneo, deve ser revertido prioritariamente ao particular lesado.

6 PARÂMETROS PARA AVALIAÇÃO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Abordada os fundamentos e aspectos da responsabilidade do Estado por ato do Judiciário que afronte a duração razoável do processo, resta ainda estabelecer o que se entende por duração razoável e os critérios para a contagem e valorização do tempo de duração do processo.

Com a apresentação desses elementos, torna-se possível compreender as situações em que, extrapolada a duração razoável, cabe ao Poder Público reparar os danos ocasionados aos particulares.

6.1 A razoável duração do processo e a “doutrina do não prazo”

O tempo do processo deve corresponder a um tempo útil e ser adequado aos objetivos que visa atender, afastando-se, assim, a legitimidade de qualquer “tempo morto”.

Nesse sentido, compreende-se que o tempo de duração do processo deve ser adequado para restabelecer o equilíbrio violado com o litígio que lhe deu causa e que a prestação jurisdicional deve ser pautada na segurança jurídica e efetividade das decisões.

Por essa razão, Jean-Claude Magendie reconhece o que se poderia chamar de “direito ao tempo”⁵³, um novo direito subjetivo surgido a partir de uma releitura do papel do Judiciário, que passa a ser repensado em termos de eficiência, credibilidade, justiça e oportunidade.

Esse “direito ao tempo” demanda uma atuação mais incisiva do magistrado voltada para a consecução do resultado útil do processo. Sob essa ótica, a demora tolerada no processo passa a ser exclusivamente aquela resultante da necessidade de assegurar o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, bem como a cognição adequada do julgador.

Em virtude disso, não é possível uniformizar o *quantum* que corresponderia à duração razoável de todo e qualquer processo, já que as especificidades de cada direito tutelado é que devem indicar qual será seu tempo útil. É o que se convencionou chamar de “doutrina do não prazo”. Não obstante, facilmente se detecta os “tempos mortos” nos processos.

6.2 Critérios para a contagem do tempo de duração do processo

Para a delimitação do tempo razoável do processo, devem-se estabelecer os marcos inicial e final da contagem do prazo.

Como limite inicial, em regra, adota-se o dia do ajuizamento da ação, a data informada no momento do protocolo.

Em algumas situações, todavia, é possível que o *dies a quo* anteceda a própria ação. Isso ocorrerá quando houver fase preliminar obrigatória, ainda que administrativa, já que, nesses casos, passa a haver condição *sinequa non* para o ajuizamento da ação e, existindo mora nesse momento inicial, já interfere negativamente no direito a ser tutelado.

⁵³ A expressão original é “*Droit au temps*” e pode ser conferida em seu MAGENDIE, Jean-claude. **Celeriteetqualite em La justice: la gestion du temps dans le procès**. Disponível em: <http://www.presse.justice.gouv.fr/art_pix/rapport-magendie.pdf>. Acesso em: 02 set. 2011. p. 23.

O termo final, por sua vez, corresponde ao momento em que, alcançado o resultado útil, o processo puder ser arquivado. Aqui, importante ressaltar, divergimos de parte da doutrina⁵⁴, que entende que o *dies ad quem* seria a data do trânsito em julgado da sentença.

Nosso entendimento justifica-se diante da nova concepção de direito à jurisdição, defendido em âmbito deste trabalho, que compreende não apenas o direito à declaração meritória, mas que se concretiza a partir do alcance do resultado útil do processo através da prestação de tutela jurisdicional qualificada.

Outrossim, faz-se mister destacar que na contagem total do tempo de duração do processo deve-se contabilizar também os tempos de suspensão por questões incidentais ou recursos com efeitos suspensivos, assim como o tempo de eventual processo penal que deu causa ao processo civil⁵⁵.

6.3 Critérios para valoração do tempo de duração do processo

Para aferir a duração razoável de dado processo, segundo a “doutrina do não prazo”, é imprescindível analisar o caso concreto a partir de diferentes critérios capazes de conduzir a uma materialização da devida duração processual.

Com essa finalidade, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos⁵⁶ passou a avaliar os seguintes critérios: complexidade da causa, comportamento das partes e de seus procuradores e comportamento das autoridades.

Com complexidade da causa, o Tribunal refere-se à complexidade estrutural, aferida, por exemplo, a partir do número de pessoas envolvidas, da notória complexidade de questões fáticas ou jurídicas ou do volume de fatos e direitos envolvidos.

Embora não possa constituir motivo suficiente para justificar a dilação indevida do processo, a complexidade da causa pode exigir o transcurso de período maior ou menor para a formação da convicção do magistrado, para produção de provas e para o exercício da ampla defesa e do contraditório.

No que pese não terem validade geral, há alguns *standards* que podem ser proposto para aferir a complexidade da causa, a saber: a) quanto mais questões fáticas tiver o processo, maior será sua complexidade, a contrário sensu, processos com questões exclusivamente de direito apresentam complexidade reduzida; b) quanto mais pessoas envolvidas, mais complexa a causa, já que abrange mais oportunidades de defesa e manifestação e exige um ritual dilatado de citações, intimações e prazos; c) quanto mais questões prejudiciais, mais difícil o julgamento da causa; d) quanto mais dilatado for o rito, maior será a complexidade do processo; e) quanto maior o número de incidentes processuais aduzidos, mais complexa será a causa; f) quanto mais partes envolverem fora da extensão territorial de competência da Vara ou Seção Judiciária, maior a dilação temporal necessária para conclusão do feito, em razão da necessidade de expedição de cartas precatórias e rogatórias.

Com isso não se pretende defender que causas que envolvem poucas pessoas e pouca ou nenhuma questão prejudicial não apresentam complexidade, apenas se defende que, nessas mesmas causas, havendo mais pessoas e mais questões prejudiciais, sua estrutura será ainda mais complexa.

Assim, sob o parâmetro da complexidade das causas, as mais simplificadas não justificam dilações excessivas do processo e as mais complexas exigem que os magistrados atuem de forma mais incisiva para sua resolução adequada. Estas, todavia, apresentam maior morosidade necessária, segundo a tipologia proposta por Boaventura, o que não pode ser imputado como responsabilidade do Estado, já que se trata de necessidade intrínseca à própria complexidade da causa.

Ainda a esse respeito, importante aclarar que, no que pese em regra as causas coletivas serem mais complexas do que as de caráter individual, essa característica não pode embasar dilações excessivas desses processos em razão do princípio que determina a tramitação prioritária das causas coletivas.

Pelo critério do comportamento das partes, visa-se identificar se a morosidade processual é endógena ou ativa, na tipologia de Boaventura de Sousa Santos. Assim, parte-se do dever de boa-fé processual e da

⁵⁴ A título de exemplo, cf. RAMOS, Carlos Henrique. **Processo civil e o princípio da duração razoável do processo**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 89-90.

⁵⁵ Cf. RAMOS, Carlos Henrique. **Processo civil e o princípio da duração razoável do processo**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 90.

⁵⁶ Nesse sentido, cf.: TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. 2ª Secção. Caso Martins Castro e Alves Correia de Castro c. Portugal. **Queixa nº 33729/06**.j. 10/06/2008. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/portugal-dh/acordaos/traducoes/Acord%E3o%20martins%20de%20castro%20tradu%E7%E3o%20portugu%EAs%20-%20vers%E3o%20final1.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2011.

Diké, Aracaju, vol. 03 n 01 , jan/jul/2014, p.52 a 68, Agosto/2014|<http://www.seer.ufs.br/index.php/dike>

necessidade de nexo de causalidade para excluir a responsabilidade do Estado pela dilação indevida do processo ocasionada pelo comportamento exclusivo das partes.

A chicana processual deve ser combatida por meio da estipulação das multas estabelecidas para tanto pelo Código de Processo Civil. Não podem gerar, contudo, necessidade de reparação do Poder Público, haja vista que a conduta danosa não adveio de agente seu em exercício.

O critério do comportamento das autoridades, por sua vez, compreende o dever do magistrado de, dirigindo o processo, zelar pela prestação de tutela jurisdicional adequada ao direito, tempestiva e capaz de produzir seu resultado útil.

Para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o dever do Estado de assegurar uma prestação jurisdicional qualificada é obrigação de resultado em razão das garantias fundamentais do processo e do acesso à ordem jurídica justa⁵⁷.

Por essa razão, se as falhas do Judiciário mostraram-se estruturais, e não meramente acidentais, mais severa deve ser a punição estatal, que, embora faça as vezes de Estado de Direito, não atua segundo os parâmetros normativos, nem sequer pauta sua existência na satisfação dos direitos da coletividade.

A contrario sensu, se restar provada que a causa que levou à extensão da duração do processo foi pontual e resultante de crise eventual, bem como que o Estado está tomando as medidas cabíveis para efetivamente solucionar a questão, a responsabilidade estatal deve ser minorada.

Por meio desse critério, responsabiliza-se o Poder Público pela dilação indevida resultante tanto de ação, quanto de omissão dos agentes estatais⁵⁸.

Importante também mencionar que, em determinados casos, a expectativa das partes influi no valorização do tempo de duração do processo. Isso se justifica pelo fato de algumas pessoas, como crianças, adolescentes, idosos, enfermos e presos, terem prioridade na tramitação de seus processos em razão da essencialidade de seus direitos⁵⁹.

Outro critério que pode ser analisado é a proporcionalidade entre a duração do processo e os prazos decadenciais ou prescricionais do direito e da ação. Assim, por exemplo, se a parte dispõe de prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias para impetrar mandado de segurança, não é razoável que o Judiciário possa procrastinar por vários anos o resultado útil desse processo⁶⁰.

Nesse aspecto, entendemos ser irrelevante a atuação diligente do magistrado, uma vez que, havendo a dilação desarrazoada do processo, deverá haver também responsabilidade do Estado.

7 CONCLUSÕES

O cidadão não pode ser obrigado a admitir que o descumprimento da lei e, conseqüentemente, de direito seu pelo Poder Público seja encarado com normalidade. A responsabilidade civil do Estado não só é corolário do Estado de Direito como advém da própria compreensão dos fins que justificam a existência do Estado.

Ultrapassada a fase da irresponsabilidade e da responsabilidade baseada na culpa, atingiu-se o estágio atual em que a responsabilidade estatal advém do risco administrativo, seja decorrente de ação ou omissão de seus agentes.

Assim, existindo o nexo a conduta do agente estatal, nesta condição, o nexo de causalidade e o dano, deverá haver responsabilidade estatal, salvo o caso das excludentes que tratam, na realidade, de rompimento do nexo causal.

No âmbito específico da responsabilidade pela dilação indevida do processo, justificam a responsabilidade estatal a condição de agente estatal do magistrado; a suficiência da previsão do art. 37, §6º, da Constituição Federal de 1988; o potencial danoso da morosidade indevida; e o fato da independência do magistrado ser garantia a ser assegurada em favor do jurisdicionado.

⁵⁷ Cf. RAMOS, Carlos Henrique. **Processo civil e o princípio da duração razoável do processo**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 98-99.

⁵⁸ BARRETO, Ireneu Cabral. **A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 149

⁵⁹ BARRETO, Ireneu Cabral. **A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 147.

⁶⁰ MORO, Luís Carlos. **Onde está a razoabilidade**: Como se define a “razoável duração do processo”, prevista na Reforma?. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-jan-23/definir_razoavel_duracao_processo>. Acesso em: 23 jan. 2005. p. 3.

Diké, Aracaju, vol. 03 n 01, jan/jul/2014, p.52 a 68, Agosto/2014 | <http://www.seer.ufs.br/index.php/dike>

O DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELO SEU DESCUMPRIMENTO

ISSN ELETRÔNICO 2237-2040

66

Além disso, a tese aqui defendida encontra respaldo jurídico na instrumentalidade e efetividade do processo; na eficácia jurídica da duração razoável do processo; no direito humano fundamental à tutela jurisdicional qualificada; e da efetividade processual consistir em dever do Estado, a ser prestado por intermédio do magistrado.

Essa responsabilidade, contudo, não é irrestrita: seguindo a tipologia proposta por Boaventura de Sousa Santos, o Estado não deve responder pela morosidade ativa ou pela necessária, uma vez que não se adotou, no país, a teoria do risco integral.

Para a identificação das principais causas da morosidade excessiva e da crise do judiciário nacional, faz-se imprescindível um mapeamento substancial da Justiça brasileira, para o qual muito pode contribuir o Conselho Nacional de Justiça.

Esse órgão também tem papel fundamental no possível descongestionamento de processos em fase de execução, podendo estimulá-lo a partir de inserção, nas metas propostas para o Judiciário, de critérios de celeridade em processos que estão nessa fase, à espera de um resultado útil.

Outra proposta para essa mesma finalidade seria inserir a prestação de tutela jurisdicional qualificada como elemento a ser apreciado para a concessão de promoções no âmbito do Judiciário.

Por fim, para a aferição concreta das dilações indevidas no processo, propomos, com auxílio de critérios adotados no Direito comparado, a análise da complexidade da causa, do comportamento das partes, do comportamento das autoridades, a expectativa das partes, a justificação da demora, a extensão da morosidade, o prejuízo causado à parte, o caráter estrutural ou acidental da duração desarrazoada e a proporcionalidade entre os prazos decadenciais e prescricionais e a duração do processo no Judiciário.

Quanto ao critério da complexidade da causa, foram propostos os seguintes *standards*: a) quanto mais questões fáticas tiver o processo, maior será sua complexidade; b) quanto mais pessoas envolvidas, mais complexa a causa; c) quanto mais questões prejudiciais, mais difícil o julgamento da causa; d) quanto mais dilatado for o rito, maior será a complexidade do processo; e) quanto maior o número de incidentes processuais aduzidos, mais complexa será a causa; f) quanto mais partes envolverem fora da extensão territorial de competência da Vara ou Seção Judiciária, maior a dilação temporal necessária para conclusão do feito.

Para essa compreensão, adotamos como marco inicial e final do cômputo da duração processual, em regra, respectivamente, o dia do ajuizamento da ação e a data em que, alcançado o resultado útil do processo, este pôde ser devidamente arquivado.

Com isso, pretendeu-se demonstrar que a crise do Judiciário não pode ser vista sob a ótica da normalidade e que é direito de todos a prestação jurisdicional qualificada – adequada, efetiva e tempestiva -, não podendo o Estado furtar-se a prestá-la adequadamente ou a reparar os danos decorrentes da violação a esse direito, seja essa responsabilização de cunho patrimonial ou extrapatrimonial.

Como objetivo maior desse trabalho, portanto, pretendeu-se contribuir para a realização da justiça social, que não se faz apenas por meio de instituições democráticas, mas sim através de sua prática efetiva.

REFERÊNCIAS

ANNONI, Danielle. **Responsabilidade do Estado pela não duração razoável do processo**. Curitiba: Juruá, 2009.

BARRETO, Ireneu Cabral. **A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2010**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/sum_exec_por_jn2010.pdf>. Acesso em: 03 set. 2011.

_____. **Sobre o CNJ**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj>>. Acesso em: 02/09/2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DELGADO, José Augusto. **A demora na entrega da prestação jurisdicional: responsabilidade do Estado: indenização**. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v.10, n. 2, p. 99-126, jul./dez. 1998.

Diké, Aracaju, vol. 03 n 01 , jan/jul/2014, p.52 a 68,Agosto/2014|<http://www.seer.ufs.br/index.php/dike>

66

O DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELO SEU DESCUMPRIMENTO

ISSN ELETRÔNICO 2237-2040

67

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GÓES, Ricardo Tinoco de. **Cognição e execução: uma aproximação pela instrumentalidade do processo**. 2004. 170 f. Dissertação (Mestrado) - UFRN, Natal, 2004.
- GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: o processo justo**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429>. Acesso em: 03 set. 2011.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Safe, 1991.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008
- KAFKA, Franz. **O processo**. São Paulo: Abril Cultural, 1975.
- KRAEMER, Eduardo. **A responsabilidade do Estado e do Magistrado em decorrência da deficiente prestação jurisdicional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- LEAL, Roger Stiefelmann. **Memória jurisprudencial: Ministro Orozimbo Nonato**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalMemoriaJurisprud/anexo/OrozimboNonato.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2011.
- MAGENDIE, Jean-claude. **Celeriteetqualite em La justice: la gestion du temps dans le procès**. Disponível em: <http://www.presse.justice.gouv.fr/art_pix/rapport-magendie.pdf>. Acesso em: 02 set. 2011.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da Justiça: alguns mitos. In: _____. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1-14. (8ª).
- _____. Tendências contemporâneas do direito processual civil. In: _____. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1984. (3ª).
- MORO, Luís Carlos. **Onde está a razoabilidade: Como se define a “razoável duração do processo”, prevista na Reforma?**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-jan-23/definir_razoavel_duracao_processo>. Acesso em: 23 jan. 2005.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- PASSOS, J. J. Calmon de. **Instrumentalidade do processo e devido processo legal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3062>>. Acesso em: 5 set. 2011.
- PORTO, Marcius. **Dano moral: proteção da consciência e da personalidade**. São Paulo: Mundo Jurídico, 2007.
- RAMOS, Carlos Henrique. **Processo civil e o princípio da duração razoável do processo**. Curitiba: Juruá, 2008.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da Justiça**. Disponível em: <http://72.29.69.19/~ejal/images/stories/arquivos/RevDemJust_FEV2011.pdf>. Acesso em: 01 set. 2011.
- _____. **Relatório breve do observatório permanente da Justiça portuguesa sobre bloqueios ao andamento dos processos e propostas de solução**. Disponível em: <<http://opj.ces.uc.pt/pdf/08.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das letras, 2000.
- SILVA, Ivan de Oliveira. **A morosidade processual e a responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Pílares, 2004.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>>. Acesso em: 06 set. 2011.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual**. São Paulo: RT, 1993.
- THE RIGHT TO THE REASONABLE DURATION OF THE PROCESS AND THE CIVIL**
Diké, Aracaju, vol. 03 n 01 , jan/jul/2014, p.52 a 68,Agosto/2014|<http://www.seer.ufs.br/index.php/dike>

67

LIABILITY OF THE STATE FOR ITS NON-COMPLIANCE

ABSTRACT

From the Absolutist State until then, the evolution of the civil responsibly of the State was total irresponsibility until reaching the objective responsibility, based in the administrative risk. If the evolution was remember from the acts of Executive Power and, certain part, from then the Legislative ones, the doctrine and national jurisprudence, in majority, remain shy about this recognition in the scope of the Judiciary. In this context, this research look for defend the possibility of responsibly of the Public Power for the acts of the Judiciary that confront the reasonable duration of the process. For in such a way, it was based in national and foreign bibliographical research; of document analysis, with focus in the reports of the Judiciary formulated by the Conselho Nacional de Justiça; of Brazilian legislation, international and communitarian on the subject; and from analysis of the Comparative jurisprudence. From the gotten data, it was arrived conclusion that the procedural congestion is still superior in the processes in execution phase and that the State must repair the actual damages for the extreme slowness in reason of the condition of state agent of the magistrate, of the state duty to give qualified jurisdictional guardianship and of the fundamental human right to the reasonable duration of the process. In the end, some parameters was propose for counting and valuation of the time in the reasonable duration of the process.

Keywords: Responsibly of the State; Procedural Slowness; Fundamental right to the adjusted jurisdictional guardianship.

Publicado no dia 06/08/2014

Recebido no dia 26/07/2013

Aprovado no dia 29/07/2013

A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE FACE À PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA ANÁLISE À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
THE RELATIVIZATION OF PROPERTY RIGHT FOR THE ENVIRONMENTAL PROTECTION: AN ANALYSIS BY FUNDAMENTAL RIGHTS

Angela Acosta Giovanini de Moura¹

RESUMO

O presente artigo aborda a evolução do direito de propriedade privada na sociedade contemporânea, considerando o processo histórico que o inseriu entre os direitos fundamentais do homem. Nesta trajetória, emerge o direito ao meio ambiente sadio, decorrente das necessidades da sociedade moderna, imersa a riscos e incertezas, pontuando os bens ambientais como valores supremos, porquanto difusos, coletivos, intergeracionais, cuja defesa impõe limite ao direito de propriedade. A releitura do direito de propriedade, pela lente do direito ambiental, lhe conferiu novo formato, orientado pelo entendimento de que o seu exercício não mais se apresenta absoluto e inderrogável, porquanto o meio ambiente e o interesse público prevalecem sobre o interesse individual. A relativização do direito de propriedade pela necessidade de ser mantido um meio ambiente equilibrado, para a presente e demais gerações que virão, decorre da inevitabilidade de ser preservado o núcleo duro dos direitos fundamentais, como forma de se garantir a sua manifestação perante o Estado. Neste diapasão, a doutrina é unânime em reconhecer na ordem constitucional a existência de um conteúdo mínimo e intangível do direito fundamental que deve sempre ser protegido em quaisquer circunstâncias, porque considerado indispensável à vida humana e a existência dos demais direitos.

PALAVRAS-CHAVES Direito de Propriedade. Meio Ambiente. Direitos Humanos. Função Social da Propriedade. Função Socioambiental.

ABSTRACT

This article discusses the evolution of private property rights in contemporary society, considering the historical process that inserted it between the fundamental rights of man. In this trajectory, emerges right to healthy environment as a result of the needs of modern society, immersed into risks and uncertainties, pointing out the environmental goods as supreme values, because they are diffuse, collective, intergenerational, whose defense imposes limits on property rights. The reworking of property rights, through the lens of environmental law, gave it new format, guided by the understanding that the exercise no longer has absolute and inalienable, because the environment and the public interest outweighs the individual interest. The reduced importance of property rights needs to be maintained by a balanced environment for this and other generations to come, the inevitable result of being preserved the core of fundamental rights, in order to ensure their demonstration against the state. In this vein, the doctrine is unanimous in recognizing the constitutional existence of the minimum and intangible assets of the fundamental right that must always be protected under all circumstances, as deemed essential to human life and existence of other rights.

KEYWORDS - Property Rights.Environment. Human Rights. Social Function of Property, Environmental Function

INTRODUÇÃO

O movimento filosófico que inspirou a Revolução Francesa, levando a queda do Estado Absolutista, exigiu que o exercício do poder fosse legitimado por princípios estabelecidos em lei e não mais na suposta ligação dos monarcas com Deus.

Nesta tangente, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi anunciada em 26 de agosto de 1789, sendo a primeira declaração de direitos elaborada pela sociedade, servindo de fonte para outras que vieram posteriormente, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948.

O direito de propriedade, institucionalizado desde a Grécia antiga, foi proclamado indispensável ao homem naquela Declaração de 1789, assumindo várias feições no decorrer do processo de construção dos direitos humanos, evoluindo, de uma concepção sagrada e absoluta, para um instituto vinculado a funções sociais.

¹ Angela Acosta Giovanini de Moura, titular da 2º promotoria de justiça de Quirinópolis, mestranda em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Endereço eletrônico: angelagiovanini@yahoo.com.br.

Neste aspecto, o reconhecimento do meio ambiente como valor indispensável à vida influiu decisivamente, porquanto o direito ambiental, como os demais direitos fundamentais, também surgiu da necessidade humana em regulamentar e proteger novos interesses, agora relacionados com a sobrevivência individual ou coletiva.

A valorização do meio ambiente pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos é fruto de longo processo histórico. Vinculado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, o meio ambiente foi formalmente declarado como essencial à vida humana na Declaração de Estocolmo para o Meio Ambiente Humano e na Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento

Os direitos estabelecidos e declarados nos dois primeiros documentos internacionais, especialmente o direito de propriedade, e nos posteriores que consagraram o meio ambiente, não estão sistematizados hierarquicamente. No entanto, a tendência doutrinária endossa a construção teórica da escola alemã sobre a existência de um núcleo essencial dos direitos humanos (Wesensgehalt²), que deve ser protegido sempre, como garantia do próprio direito, por ser indispensável à existência humana digna.

Registra-se, assim, que o meio ambiente, declarado em conclaves internacionais como indispensável à vida humana, integra o núcleo essencial dos direitos humanos, reclamando proteção absoluta do Estado, preponderando, inclusive, sobre os demais direitos, porque todos os outros gravitam em sua órbita.

Atualmente, o direito de propriedade somente receberá garantia e tutela por parte do Estado quando cumprir sua função social, onde a proteção ao meio ambiente também se manifesta, como expressão maior do direito à vida digna.

O presente artigo, aplicando o modelo de investigação histórica orientado pelo positivismo de Norberto Bobbio, analisa o direito de propriedade e sua limitação face à proteção dos bens ambientais, sob o prisma dos direitos humanos.

Para o alcance do objetivo proposto dividiu-se o trabalho em três partes. Na primeira parte discorreu-se sobre a concepção atual do direito de propriedade formatada pelos acontecimentos históricos que marcaram a sociedade contemporânea. A segunda parte tratou do estudo referente à inclusão do meio ambiente no rol dos direitos humanos, como resposta às necessidades da sociedade pós moderna. A terceira parte analisou a proteção jurídica do direito de propriedade e sua relativização face à proteção do meio ambiente, como necessidade de ser garantido o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

O DIREITO DE PROPRIEDADE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

O conceito de sociedade contemporânea surgiu após a Revolução Francesa quando, postergando o regime absolutista, implantou um novo governo e uma nova sociedade (LLSITA, 2004, p.64).

O direito de propriedade, na ocasião, absorveu os ideais de liberdade que definiram o Estado Liberal, se formatando como um direito sagrado, individual e absoluto, assim estatuído na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1789.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, assinada em 1789, apregoava:

Art. 1º Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais não podem fundar-se em nada mais do que na utilidade comum.

[...]

Art. 17. Sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, salvo quando o exigir evidentemente a necessidade pública, legalmente comprovada, e sob a condição de uma indenização justa e anterior.

Ressalta Figueiredo (2010, p.64), que a Revolução Francesa “reagiu às formas imprecisas do direito de propriedade medieval, inadequadas às exigências do capitalismo industrial do final do século XVIII”,

² A Lei Fundamental de Bonn declarou expressamente a vinculação do legislador aos direitos fundamentais (LF, art. 1, III), estabelecendo diversos graus de intervenção legislativa no âmbito de proteção desses direitos. No art. 19, II, consagrou-se, por seu turno, a proteção do núcleo essencial (In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesengehalt angestattet werden). Essa disposição, que pode ser considerada uma reação contra os abusos cometidos pelo nacional-socialismo, atendia também aos reclamos da doutrina constitucional da época de Weimar, que, como visto, ansiava por impor limites à ação legislativa no âmbito dos direitos fundamentais. Na mesma linha, a Constituição Portuguesa e a Constituição Espanhola contêm dispositivos que limitam a atuação do legislador na restrição ou conformação dos direitos fundamentais (Constituição portuguesa de 1976, art. 18º, nº 3 e Constituição espanhola de 1978, art. 53, nº 1). De ressaltar, porém, que, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais (Ministro Gilmar Mendes, voto proferido no HC 82.959-7- São Paulo)

passando a compreender o instituto como direito natural e individual, exercido de forma absoluta, não se sujeitando, inclusive, à intervenção ou positividade estatal.

Esse período histórico, marcado pela oposição perante o Estado, foi impregnado por ideias de amplo liberalismo, defendendo-se a não intervenção estatal na atividade particular, tolhida e cerceada em virtude do modelo anterior. Ao Estado caberia apenas garantir as relações estabelecidas pelos particulares, promovendo a proteção da vida, da segurança individual do cidadão e da propriedade (FIGUEIREDO, 2010, p. 64-65).

De igual entendimento Furlan (2009, p. 105) anota:

A liberdade nessa época é considerada em sua acepção negativa, no sentido de que o indivíduo tem a possibilidade de agir, sem ser impelido, sem sofrer interferência de outros. Essa exaltação da liberdade da origem ao Liberalismo, no qual se verifica a expansão da personalidade individual, com o Estado tendo um papel limitado e garantista.

Sobre o exercício absoluto do direito à propriedade, Pereira (1950, p. 18), esclarece:

A doutrina liberal hauriu seus fundamentos nos princípios da Revolução Francesa e orientou as leis florestais no sentido da ausência absoluta de intervenção na atividade particular. Os proprietários das matas têm inteiro arbítrio sobre a forma de exploração das mesmas. Podem utilizá-las, como melhor lhes aprouver, sem que o poder público tenha o direito de intervenção, uma vez que o direito de propriedade é total e insuscetível de qualquer limitação, por qualquer pessoa fora do respectivo dono.

A concepção individualista e não intervencionista do Estado não resistiu as mudanças decorrentes da Revolução Industrial, ante as transformações infligidas às condições de vida e trabalho da sociedade, marcadas por grande exploração e miséria. O modelo de organização política estatal não mais atendia aos anseios do grupo social que reivindicava maior igualdade econômica e social, para além da isonomia legal.

O novo paradigma foi moldado pelas pressões sociais e ideológicas do marxismo que criticava a forma pela qual o capitalismo espoliava o trabalhador, para enriquecer uma única classe social, a burguesia (LISITA, 2004, p.70-72). A desigualdade social era impactante e o modelo estatal não enfrentava os contrastes sociais, decorrentes do acelerado processo de industrialização que estimulou a urbanização, levando as pessoas a trabalharem em fábricas sob condições desumanas (MACEDO, 2008, p. 3-5).

O cenário foi fecundo para a disseminação de novas ideias, agora de igualdade, exigindo-se do Estado, não mais uma posição negativa consubstanciada na não intervenção, mas uma atuação positiva, de modo a conferir justiça social a toda sociedade.

A doutrina socialista, que visava combater o liberalismo e o capitalismo, propiciou nova compreensão sobre o direito de propriedade, pois os ideais que permearam os fatos históricos ocorridos na Rússia, México e Alemanha, no início do século XX, contribuíram para a mudança do paradigma adotado no Estado Liberal.

A Revolução Russa, em 1917, extinguiu a propriedade privada, as quais foram confiscadas de grande proprietários rurais e distribuídas entre os camponeses, para exploração (LISITAS, 2004, p.72-73).

No mesmo período, a Revolução Mexicana, em 1910, marcada pelo movimento dos camponeses que se mobilizavam em torno de uma reforma agrária, culminou com a edição de uma nova carta constitucional, em 1917, concedendo ao Estado o direito de expropriar terras para benefício público (MAGÓN, 2003, p. 53-58).

Foi com a nova ordem constitucional que se instalou no México, após a revolução de 1910, que o interesse social, justificando o exercício da propriedade, foi positivado pela primeira vez, embora a concepção de agregar à propriedade um valor social emanasse na escola aristotélica³ e nas teologias de Tomás de Aquino⁴. (LISITA, 2004, p.109).

A constituição Mexicana, de 1917, em seu artigo 27 dispõe:

La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de a riqueza pública,

³ Aristoteles defendia a ideia de que os bens deveriam ter também uma destinação social. O direito a propriedade era assegurado ao homem que deveria usa-la em proveito proprio, objetivando seu bem estar e sustento, mas deveria também server aos objetivos sociais (LISITA, 2004, p.109).

⁴ É com Santo Tomás de Aquino que a ideia de função social da propriedade ganha contornos mais expressivos, quando admite que a propriedade é um bem natural, devendo seu uso atender a uma função social (LISITA, 2004, p. 88).

cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana⁵.

Na Alemanha, a destruição das instituições políticas, em decorrência da primeira Guerra Mundial, desestabilizou a ordem social. A situação em Berlim era de insegurança, com muitos conflitos nas ruas, fato que levou a Assembleia Constituinte, convocada para estabelecer uma nova ordem constitucional, se reunir na cidade de Weimar. A Constituição para a Alemanha republicana, conhecida como Constituição de Weimar, foi promulgada no ano de 1919, disciplinando a reforma agrária e sujeitando o uso da propriedade ao interesse geral (FILHO, 2010, P. 66).

A propriedade, antes concebida como direito absoluto e exclusivo, no Estado Social assume novos contornos, com características de um direito limitado e condicional, afastando-se a concepção patrocinada pelo Liberalismo, que a situava no “ mesmo plano da liberdade individual, como direito natural e imprescritível do homem “. (CAMPOS JÚNIOR, 2010, p.96).

A partir desses marcadores históricos, o conceito de propriedade desapareceu-se da postura conservadora ditada pelo Estado Liberal, cujo aproveitamento restringia-se à vontade e interesse particular do proprietário, para ligar-se aos interesses da sociedade, no novo modelo estatal.

Sobre o tema esclarece Derani apud Figueiredo (2010, p. 101):

Não se trata de limitar o desfrute na relação de propriedade, mas conformar seus elementos e seus fins dirigindo-se ao entendimento de determinações de políticas públicas de bem-estar coletivo. Esse comportamento decorre do entendimento de que a propriedade é uma relação com resultados individuais e sociais simultaneamente. Os meios empregados e os resultados alcançados devem estar condizentes com os objetivos jurídicos.

Com a socialização do direito à propriedade, que jamais deixou de ser privada, o seu uso passou a conferir à coletividade uma utilidade, “ dentro da concepção de que o social orienta o individual ” (CARVALHO, 2010, p. 833).

Deduz Figueiredo (2010, p.70), a respeito

O conceito de função social revolucionou a exegese jurídica de valores como *liberdade e propriedade*. No sistema individualista, a liberdade é entendida como o direito de fazer tudo que não prejudicar a outrem e, portanto, também o direito de não fazer nada. De acordo com a teoria da função social, todo indivíduo tem o dever social de desempenhar determinada atividade, de desenvolver da melhor forma possível sua individualidade física, intelectual e moral, para com isso cumprir sua função social da melhor maneira. [...] Transportando esta teoria para o campo patrimonial, Duguit sustenta que a propriedade não tem mais um caráter absoluto e intangível. O proprietário, pelo fato de possuir uma riqueza, deve cumprir uma função social. Seus direitos de proprietário só estarão protegidos se ele cultivar a terra ou se não permitir a ruína de sua casa. Caso contrário, será legítima a intervenção dos governantes no sentido de obrigarem ao cumprimento, pelo proprietário, de sua função social

É possível compreender o direito de propriedade a partir dos movimentos sociais bem definidos. O caráter individualista e absoluto da propriedade foi concebido pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em consequência da Revolução Francesa. Os movimentos sociais deflagrados no México e na Rússia e a Constituição de Weimar, na segunda década do século 20, refletiram sobre a propriedade, moldando-a com novo perfil: o social.

Mais tarde, quando os horrores da Segunda Grande Guerra abalaram o mundo, causando inquietação internacional ante a possibilidade de se repetirem os mesmos massacres, a Organização das Nações Unidas, criada em 1945, passou a conceber os direitos humanos de forma coletiva, os quais imprimiram nova moldura ao direito de propriedade.

A concepção contemporânea dos direitos humanos, introduzidos pela Declaração Universal de 1948, é comentada por Piovesan (2006, p. 8),

Esta concepção é fruto da internacionalização dos direitos humanos, que constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir do Pós-Guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como o grande violador de direitos

⁵ A Nação terá, a todo tempo, o direito de impor à propriedade privada as determinações ditadas pelo interesse público, assim como o de regular o aproveitamento de todos os recursos naturais suscetíveis de apropriação, com o fim de realizar uma distribuição equitativa da riqueza pública e para cuidar de sua conservação, alcançar o desenvolvimento equilibrado do país e melhores condições de vida da população rural e urbana. (tradução livre).

humanos, a Era Hitler foi marcada pelo lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, que resultou no envio no envio de 18 milhões de pessoas a campos de concentração, com a morte de 111 milhões, sendo 6 milhões de judeus, além de comunistas, homossexuais e ciganos. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direito, ao pertencimento a determinada raça – a raça pura ariana.

A releitura dos direitos fundamentais da pessoa humana, consagrados pela Revolução Francesa, se consubstanciou na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. A partir de então, a comunidade internacional, firmou dois instrumentos de proteção a estes direitos, a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), que ficou conhecida como Pacto de San José da Costa Rica.

A partir da década de 1970, quando a preocupação com a crescente degradação ambiental, em razão do uso abusivo dos recursos naturais, passou a ocupar a agenda internacional, o direito fundamental do ser humano ao meio ambiente sadio foi objeto de estudo pela Comissão Mundial Sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, criada em 1984, pela Organização das Nações Unidas. O relatório conclusivo da Comissão apontou o desenvolvimento sustentável como meta a ser atingida pelos países que se propunham a combater os problemas ambientais e sociais que ameaçam a vida humana na Terra.

Novamente a sociedade humana foi surpreendida com outros desafios, os quais impunham a remodelação do regime estatal para abrigar novos valores, agora de ordem coletiva, como a paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, o direito ao patrimônio comum da humanidade, à autodeterminação dos povos e o direito à comunicação, que se convencionou nomear de direitos de solidariedade ou fraternidade (FILHO,2010, P.75-76).

Neste aspecto Campos Júnior (2010, p.32) considera

A nota distintiva dos direitos de terceira geração, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, reside basicamente no fato de se desprenderem, em principio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação, etc.), caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.

A preocupação com o meio ambiente passa a ser a tônica dos discursos na ordem internacional, porque as pressões ao meio ambiente aumentavam a pobreza, além de comprometer a qualidade da vida humana. O crescimento urbano, industrial, o desenvolvimento tecnológico e a dimensão dos fenômenos ambientais do efeito estufa e aquecimento global exigiram a definição de regras legais de preservação e conservação dos recursos naturais (FURLAN, 2010, p. 108-109).

A propriedade impregna-se, assim, dos valores ambientais. A sustentabilidade é conceito que passa a delinear o moderno perfil do direito à propriedade e que influenciou os textos constitucionais em várias partes do mundo, inclusive no Brasil, na solidificação do atual modelo estatal Democrático de Direito.

O recorte temático permite concluir que a propriedade, inserida na categoria de direitos humanos, no período pós-revolução francesa, foi concebida como um direito subjetivo de caráter absoluto, depois se revestiu de uma função social, impregnando-se das ideias que inspiraram as lutas sociais, para apresentar-se, atualmente, como um instituto comprometido com a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A doutrina da função social da propriedade aportou ao texto constitucional brasileiro em 1934, influenciada pelo constitucionalismo alemão de Weimar de 1919, associando o uso da propriedade privada ao interesse social e coletivo.

A Constituição de 1937, outorgada pelo chefe do executivo, seguindo o ritmo do governo implantado pelo Estado Novo, suprimiu o condicionamento estatuído pela carta constitucional anterior, sujeitando o direito de propriedade ao conteúdo e aos limites das leis infraconstitucionais.

O Código Civil de 1916, em vigor na época, assegurava ao proprietário o domínio pleno, ilimitado e exclusivo de seus bens, conforme disposição contida nos artigos 524 a 529.

Com o fim do Estado Novo, nova ordem constitucional foi implantada, oportunidade em que o conteúdo social foi resgatado e definido no artigo 147, da Constituição Federal de 1946, condicionando o uso da propriedade ao bem-estar social.

Afirma Falconi (2005, p. 110) que a Constituição de 1946 fortaleceu a concepção social do direito de propriedade, ao estabelecer a desapropriação, mediante previa indenização, como instrumento de

distribuição justa da propriedade.

O Estatuto da Terra, Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, que conferiu corpo ao direito agrário, repetiu a fórmula constitucional e condicionou o uso da propriedade ao bem-estar coletivo, impondo ao Poder Público o dever de zelar para que a propriedade da terra desempenhe essa função, o que se verifica quando, simultaneamente, favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias; mantém níveis satisfatórios de produtividade; assegura a conservação dos recursos naturais; observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivam (BRASIL, 1964).

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 01 de 1969, estabeleceram pela primeira vez como princípio a função social da propriedade, garantindo o direito de propriedade como “direito fundamental e como direito econômico passível de cumprimento da função social, figurando ambos (propriedade e função) como princípios incorporados à ordem econômica e social [...]” (FALCONI, 2005, p.111).

Com o advento do Estado Democrático de Direito, consagrado pela Constituição de 1988, a função social se conecta intrinsecamente à propriedade, porque garantido o direito à propriedade privada, exigiu-se o atendimento a uma função social, legitimando o seu uso e gozo. Houve a “harmonização entre o interesse individual e o coletivo” (CAMPOS JUNIOR, 2010, p. 102).

Embora o princípio da função social permeie outros institutos legais, no que tange à propriedade, o conceito somente alcança a esfera privada. Neste sentido, preleciona Grau (2008, p.233):

[...] a ideia da função social como vínculo que atribui à propriedade conteúdo específico, de sorte a moldar-lhe um novo conceito, só tem sentido e razão de ser quando referida à propriedade privada. A alusão à função social da propriedade estatal qualitativamente nada inova, visto ser ela dinamizada no exercício de uma função pública. E a referência à função social da propriedade coletiva, como vínculo a tangê-la, consubstanciaria um pleonismo.

De acordo com a Constituição Federal, a propriedade urbana cumpre sua função social quando, na forma estabelecida no artigo 182, § 2º, “atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” (BRASIL, 2001, p. 86).

A propriedade rural, a seu turno, cumpre esta função, nos moldes do artigo 186⁶ da CF, quando atendidos, simultaneamente, os seguintes requisitos (BRASIL, 2001, p.87):

- a) aproveitamento racional e adequado
- b) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente
- c) observância das disposições que regulam as relações de trabalho
- d) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

A função social da propriedade privada tem o propósito de submeter o interesse individual ao interesse coletivo, tendo em conta o bem-estar geral. Isto não significa limitação ao uso e sua exploração, mas se revela como um poder dever do proprietário de dar à propriedade destino determinado.

A propriedade rural, mais que a urbana, deve cumprir a sua função social para que, explorada eficientemente, possa contribuir para o bem-estar não apenas de seu titular, mas, por meio de níveis satisfatórios de produtividade e, sobretudo, justas relações de trabalho, assegurar a justiça social a toda a comunidade rural. (ARAUJO, 199, p.161).

A nova ordem constitucional “reafirmou a instituição da propriedade privada e sua função social como princípio da ordem econômica (art. 170, II e III) [...] com sanções para o caso de não ser observado (arts.182, 184 e 186)” (SILVA, 2009, p.120), ensejando a desapropriação para fins de reforma agrária, em atenção ao interesse social, mediante justa indenização.

A propriedade privada, fundada no modo capitalista de produção, adquiriu um valor social que se lhe agregou à própria natureza, “devendo seus frutos reverter de alguma modo à sociedade, o que não exclui naturalmente o poder de fruição particular inerente ao domínio, sem o qual o conteúdo privado da propriedade estaria esvaziado”. (DERANI, 2009, p. 238).

Destaca-se, que a propriedade, considerada como direito fundamental pela Constituição Federal (art. 5º, XXII), foi enunciada como princípio da ordem econômica juntamente com sua função social, razão pela qual não pode ser considerada unicamente como direito individual, porque seu conceito e significado

⁶ Referido dispositivo foi regulamentado pela Lei 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, que disciplinou a reforma agrária previstas no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal.

foram relativizados pelos referidos princípios, os quais foram estabelecidos para “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (SILVA, 2009, p.712).

Esta conotação foi conferida, no plano infraconstitucional, pelo Código Civil em vigor, ao garantir ao proprietário a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou a detenha, condicionando seu exercício com suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados os bens ambientais.

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Neste contexto, pode-se afirmar que o direito à propriedade rural, no Estado Democrático, apresenta-se como um instituto comprometido com a Justiça social, porquanto assume uma dimensão econômica, correspondente ao seu aproveitamento racional e adequado; uma dimensão ambiental, representada pela utilização adequada dos recursos naturais e preservação do meio ambiente; e, uma dimensão social, caracterizada pela observância das disposições que regulam as relações de trabalho, e pela exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

A FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE

O Estado Democrático de Direito fundamenta-se em vários princípios, conforme estabelecido no art. 1º da Constituição Federal, dentre os quais destaca-se, para o presente abordagem, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Canotilho (2003, p. 225) acentua que o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como núcleo essencial da República exprime a ideia de uma sociedade inclusiva “pautada pelo multiculturalismo mundivisional, religioso ou filosófico”.

A dignidade da pessoa humana é valor supremo da República, atraindo o “conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida” (SILVA, 2009, p. 38).

Moraes (2003, p. 50) também se refere a dignidade da pessoa humana como princípio garantidor de todos os demais direitos fundamentais, razão pela qual importa reconhecer a dimensão ecológica que lhe conferiu a ordem constitucional vigente.

O artigo 225 da CF confere a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, posto que essencial à sadia qualidade de vida. Portanto, uma vida digna e saudável é indispensável para a solidificação do princípio da dignidade da pessoa humana, como mandamento constitucional e como elemento estruturante do Estado e da Sociedade.

Ressalta-se, que o texto constitucional ao procurar garantir o equilíbrio do meio ambiente para a atual e para as futuras gerações, ampliou a dimensão temporal da dignidade da pessoa para existências humanas futuras (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 40).

O entendimento de que o equilíbrio ambiental é fundamental para garantir a vida, impondo a preservação ecológica para a presente e futuras gerações, decorre da emergência de riscos pressionando a sociedade, sobretudo quando se constata que muitos recursos tecnológicos podem causar impactos irreversíveis ao planeta.

Para Derani (2009, p. 257-259), a eleição de novos modos de agir na sociedade atual, objetivando assegurar qualidade ambiental para as futuras gerações, é conceito inédito no ordenamento jurídico

brasileiro, a medida que prescreve direitos para quem ainda não existe: as futuras gerações. Ampliado temporalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento das atividades econômicas no planeta “deve se conduzir por uma perspectiva orientada para o futuro”.

Seguindo com esta orientação, vários autores apregoam que o pacto social foi remodelado para agregar à dignidade da pessoa humana, e demais valores conquistados pelos modelos estatais anteriores, os valores ambientais, ensejando a construção teórica do Estado Sócio Ambiental, apoiado pelos pilares da função social e ecológica da propriedade, solidariedade e da proibição de retrocesso em matéria ambiental (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 44).

O novo modelo de Estado de Direito “objetiva conciliar direitos liberais, direitos sociais e direitos ecológicos num mesmo projeto jurídico – político para a comunidade estatal e o desenvolvimento existencial do ser humano”. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 44).

Afirma Santilli in Freitas (2010, p.235) que a releitura da dimensão ecológica da função social da propriedade contribuiu para a construção do princípio socioambiental da propriedade, como princípio orientador de todo sistema constitucional, com efeitos sobre diversos institutos jurídicos.

A amplitude que a Constituição Federal conferiu ao princípio da função social da propriedade deixa evidente que, implicitamente, o aspecto socioambiental integra seu conteúdo. Nesta órbita, denota-se que a obrigação legal imposta ao proprietário rural em recompor a vegetação nativa da área de reserva legal e preservação permanente em sua propriedade, ainda que não seja o autor do desmatamento, decorre do princípio da função socioambiental da propriedade rural. (PADILHA, 2010, p. 275).

Importa ter em conta, por outro lado, que Constituição Federal distribuiu o dever de preservar o meio ambiente a todos. Neste aspecto, Ayala in Canotilho e Leite (2010, p.419) comentando decisões do Supremo Tribunal Federal assinalou que, que o princípio da função socioambiental da propriedade não deve ser compreendido como “um ônus exclusivo imposto ao proprietário pelo Poder Público”, embora pese sobre o mesmo o dever primeiro de preservação, isto porque a obrigação pela proteção do meio ambiente também é da coletividade.

Infere-se, pois, que a dimensão ecológica do princípio social da propriedade se desdobra no princípio socioambiental, reclamando políticas públicas de gestão que garantam a exploração da propriedade rural dentro do paradigma de sustentabilidade, orientadas pela compreensão de que o meio ambiente embora constitua direito de todos, a sua preservação é dever lançado a toda sociedade.

O MEIO AMBIENTE NO ROL DOS DIREITOS HUMANOS

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, não arrola expressamente o meio ambiente na categoria dos direitos indispensáveis ao ser humano.

No entanto, observa Vulcanis, apud Freitas (2010, p. 36) que a crise ambiental, decorrente do modelo de desenvolvimento adotado pela sociedade contemporânea, após a Revolução Industrial, conduzido pela “concepção positivista de progresso em que o homem deveria dominar a natureza”, inseriu a emergência da temática ambiental na pauta de discussões da comunidade global.

Os movimentos ecológicos e preservacionistas, as descobertas científicas apontando a situação alarmante dos recursos naturais no mundo e as graves consequências decorrentes dos fenômenos do aquecimento global e do efeito estufa para a qualidade da vida humana, reclamava a cooperação entre as nações, diante da constatação de que o fenômeno não se limita a fronteiras, levando os países a refletirem sobre a valorização do meio ambiente em suas Cartas Constitucionais (FREITAS, 2010, p.38).

Assim, a Organização das Nações Unidas, em 1972, em resposta a crise ambiental deflagrada pelo modelo de desenvolvimento que pressionava o ecossistema, convocou uma Conferência para inserir o tema na agenda global.

O conclave foi realizado em Estocolmo, na Suécia, em 1972, e contou com a participação de 113 países, os quais elaboraram um documento com vinte e seis princípios voltados para a proteção do meio ambiente. Neste documento⁷ o meio ambiente ecologicamente equilibrado foi reconhecido como um direito indispensável ao ser humano, conforme estabelecido no Princípio 1:

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-

⁷ Declaração de Estocolmo sobre o meio ambiente, de 16 de junho de 1972.

estar e é portador solene de obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras. A esse respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de denominação estrangeira permanecem condenadas e devem ser eliminadas.

Decorre do texto internacional a preocupação, não apenas com a proteção do meio ambiente, mas também com a proteção do Homem. O documento reiterou o direito à liberdade e à igualdade, os quais foram consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos. O direito à liberdade e à igualdade, contidos nos princípios da Conferência de Estocolmo, se reportam ao direito a uma vida digna e ao dever de se proteger o meio ambiental como garantia à vida.

A Declaração de Estocolmo de 1972, como leciona Silva (2002, p. 69), "abriu caminho para que as Constituições supervenientes reconhecessem o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito humano fundamental entre os direitos sociais do Homem", até porque o meio ambiente sadio e equilibrado é condição indispensável para que a vida se manifeste e se mantenha.

Dentre os princípios que informam a Declaração de Estocolmo sobre o Meio ambiente Humano, destaca-se o Princípio da Intervenção Estatal Obrigatória na Defesa do Meio Ambiente, inscrito no item 17, moldando o meio ambiente com as características de um direito indisponível. Este princípio se traduz no dever de o Poder Público atuar na defesa do meio ambiente, tanto no âmbito administrativo, quanto no âmbito legislativo e até no âmbito jurisdicional, cabendo ao Estado adotar as políticas públicas e os programas de ação necessários para cumprir esse dever imposto. Ademais, deste princípio, que estabelece o dever de agir do Estado, decorre a supremacia do interesse público sobre o particular, na questão de proteção ambiental.

Duas décadas depois de Estocolmo, a Organização das Nações Unidas realizou no Rio de Janeiro, no ano de 1992, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, que ficou conhecida como Rio 92, a qual reafirmou os princípios da Declaração de Estocolmo e introduziu outros sobre o desenvolvimento sustentável, objetivando conciliar desenvolvimento econômico e proteção dos recursos naturais.

Destas Declarações decorre a indispensabilidade de ser mantido equilibrado o meio ambiente como necessidade e condição à manutenção da vida humana na Terra. Daí porque é pacífico o entendimento de ser o direito ao meio ambiente equilibrado, corolário do direito à vida, estando, por isso, inserido no núcleo dos direitos iderrogáveis, prevalecendo sobre todos os demais em razão dos valores que encerra.

Discorrendo sobre o tema da inclusão do meio ambiente no elenco dos direitos humanos, Campos anotou que,

No que concerne à proteção dos direitos humanos de terceira geração, o meio ambiente sadio, é necessário que haja uma base jurídica internacional capaz de assegurar a proteção dos recursos naturais de interesse da humanidade e os direitos inerentes à própria preservação e a vida do homem. Hoje, a humanidade depara-se com problemas comuns e preocupantes, diante de um mundo globalizado, os danos podem ser sentidos não apenas onde ocorrem, mas até causar desastres ecológicos com efeitos catastróficos incalculáveis e até irremediáveis, atingindo mais de um Estado. Portanto, o ordenamento jurídico internacional deve estar preparado para enfrentar e harmonizar os impasses criados por essas questões novas, imprevisíveis e preocupantes.

Para Cançado Trindade (1993, p.75) "o direito a um meio ambiente sadio e o direito à paz configuram-se como extensões ou corolário do direito à vida".

Alguns autores compreendem os direitos humanos em dimensões ou gerações, aduzindo que "ao lado dos direitos, que foram chamados de direitos da segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos da terceira geração [...]. O mais importante é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído". (BOBBIO, 2004,p.6)

Para Bonavides (1999, p. 525) são "direitos de primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e a fraternidade".

Na mesma seara, Filho (2010, p. 101) também se vale da classificação dos direitos humanos em gerações, afirmando que tais direitos correspondem, respectivamente, aos direitos de liberdade, igualdade e fraternidade, completando assim o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. A terceira geração de direitos humanos, para o mencionado autor, consubstancia-se na ideia de fraternidade, e está ligada à qualidade de vida e à solidariedade entre os seres humanos. Por isso, afirma que os

principais direitos de solidariedade são: o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente e o direito ao patrimônio comum da humanidade.

O reconhecimento do meio ambiente, enquanto valor a ser tutelado, foi conferido pela Constituição Federal de 1988, que, além de dedicar-lhe um capítulo próprio, tratou das obrigações da sociedade e do Estado brasileiro para com o mesmo (ANTUNES, 1996, p. 37).

As constituições anteriores, embora fizessem referência a alguns elementos integrantes do meio ambiente, não tutelaram diretamente os recursos naturais, conferindo limite a sua utilização irracional e degradadora (PADILHA, 2010, p. 156).

Neste contexto, Magalhães (1998, p.61), comparando o tratamento constitucional brasileiro dispensado ao meio ambiente, com o de outros países desenvolvidos, ressalta a superioridade da constituição brasileira em matéria ambiental.

Na concepção de Milaré (2008, p. 152) a Constituição de 1988 pode ser denominada de “verde”, ante o alto grau de destaque conferido ao meio ambiente, aduzindo que se trata de “um dos sistemas mais abrangentes e atuais do mundo sobre a tutela do meio ambiente”.

Sublimando o texto vanguardista da Constituição Federal de 1988, Silva (2002, p. 48) pontua, A Constituição de 1988 foi, portanto, a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental. Pode-se dizer que ela é uma Constituição eminentemente ambientalista. Assumiu o tratamento da matéria em termos amplos e modernos. Traz um capítulo específico sobre o meio ambiente, inserido no título da “Ordem Social” (Capítulo VI do Título VIII). Mas a questão permeia todo o seu texto, correlacionada com os temas fundamentais da ordem constitucional.

Atribuindo ao meio ambiente um caráter de direito coletivo, indispensável à vida, a ordem constitucional obriga a coletividade, em parceria com o Poder Público a sua defesa e preservação, não só para as presentes gerações, mas também para as gerações futuras.

Neste sentido, o caput do artigo 225, da Constituição Federal determina

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.

Para Carli (2004, p.13) o dever jurídico-constitucional de preservar e defender o meio ambiente, porquanto pressuposto para o atendimento de outro valor, o direito à vida, constitui garantia para que as futuras gerações possam receber o patrimônio ambiental nas melhores condições.

Assim, o meio ambiente, ao ser alçado ao patamar constitucional, levou a construção de conceitos sociojurídicos com o objetivo de serem regulamentados direitos e deveres ecológicos (BELCHIOR, 2011, p. 84).

Sustenta Antunes (1996, p.37) que a disposição constitucional atribuiu ao meio ambiente o caráter de direito fundamental. De igual posicionamento, Benjamim (2010, 93), assinala “que o meio ambiente é alçado ao ponto máximo do ordenamento, privilégio que outros valores sociais relevantes só depois de décadas ou mesmo séculos, lograram conquistar”.

De igual forma, Derani (2009, p.97) afirma que o “direito fundamental do meio ambiente protegido é um desdobramento do direito fundamental à vida”

Por direito fundamental, Favoreau apud Benjamim (2010, 116), entende como sendo “aqueles que reconhecidos na Constituição Federal e em tratados internacionais, atribuem ao indivíduo ou a grupos de indivíduos uma garantia subjetiva ou pessoal”.

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL,2001) dispõe sobre os Direitos e Garantias Fundamentais no Título II (artigos 5º a 17), acrescentando no parágrafo 2º do art. 5º, a seguinte redação:

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.

É possível afirmar, diante do texto constitucional, que os direitos fundamentais não são simplesmente aqueles explicitados no Título II, porquanto a interpretação do § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal, possibilita a o entendimento de que o rol de direitos fundamentais expresso no citado artigo pode ser estendido para alcançar outros direitos fundamentais pinçados no corpo constitucional, bem como previstos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Este entendimento é perfilhado também por Vulcanis in Freitas (2010, p. 44),

A Constituição Federal brasileira, em seu artigo 5º, § 2º, exterioriza o entendimento segundo o qual, além do conceito formal de direitos fundamentais, há um conceito material, no sentido de que existem direitos que, por seu conteúdo, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando expressamente do catálogo.

Observa Derani (2009, p. 206) que o reconhecimento do meio ambiente como direito fundamental sustenta-se na teoria que procura um sentido material às normas de direitos fundamentais, em contraposição ao entendimento formalista que reconhece como fundamentais apenas os direitos descritos como tais na norma constitucional.

Discorrendo sobre o tema Mascarenhas (2008, p.69) é contundente ao afirmar que “ Na geração de direitos fundamentais estão presentes os direitos de fraternidade e de solidariedade de caráter altamente humano”.

Para Carvalho (2001, p. 48) o direito ao meio ambiente foi se tornando extensão dos direitos humanos fundamentais até se concretizar como núcleo de um direito humano fundamental, pertencente a toda a sociedade, tornando-se, por isso, um direito de massas⁸.

Ademais, todos os demais direitos fundamentais pressupõem um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, sendo este um desdobramento do direito fundamental à vida (MAZZUOLI, 2006, p. 585).

Neste sentido, Silva (2003, p. 70), conclui,

O que é importante é que se tenha a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do Homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Cumpre compreender que ele é um fator preponderante, que há de estar acima de quaisquer outras considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente. É que a tutela da qualidade do meio ambiente é instrumental no sentido de que, através dela, o que se protege é um valor maior: *a qualidade da vida*.

Nesta perspectiva, a proteção da ordem ambiental constitui um dos objetivos fundamentais do Estado, cuja responsabilidade no dever de preservar e proteger o meio ambiente deve ser compartilhada com a sociedade, criando-se, assim, um “elo de solidariedade, que implica, inclusive, um compromisso com as futuras gerações”. (PADILHA, 2010, p. 160).

A concepção protetiva inserida no art. 225, da Constituição Federal de 1988, impõe ao Poder Público e a sociedade a responsabilidade por ações efetivas no combate à degradação ambiental, mesmo porque o reconhecimento constitucional do meio ambiente como direito fundamental que sustenta a vida, por si só não irá operar a preservação dos recursos naturais, impondo-se, por parte do Estado e da sociedade civil, uma postura pró ativa estrategicamente voltada para o alcance dos propósitos legais.

A PROTEÇÃO JURÍDICA DA PROPRIEDADE E OS VALORES AMBIENTAIS

Em linhas gerais, os documentos internacionais sobre direitos humanos e a ordem constitucional interna, reconhecem o direito à propriedade como um direito fundamental, sem lhe conferir, todavia, o mesmo valor jurídico dispensado aos demais direitos inerentes ao ser humano, considerados essenciais e inderrogáveis, porquanto o seu exercício pode ser restringido pelo interesse público, encontrando-se a defesa dos bens ambientais neste contexto.

Com efeito, os direitos arrolados como fundamentais à pessoa humana não possuem o mesmo grau de proteção jurídica, porquanto há aqueles que possuem uma expressão jurídica nuclear, em torno do qual os demais gravitam. São direitos universais e atemporais que, segundo Canotilho, integram um *núcleo essencial (standard minimum)* de proteção e garantia, como condição mínima de existência, indispensável à sua fruição (CANOTILHO, 1997, p. 521).

É consenso na doutrina que o direito de propriedade não está incluído no *standard minimum* de proteção, por ser um direito disponível, não se encontrando entre aqueles considerados indispensáveis à existência humana, como é o direito ao meio ambiente equilibrado.

⁸ Sociedade de massa, embora se caracterize por ser um fenômeno recente, é resultado de um longo processo de modernização, que pressupõe um progressivo envolvimento social, político e cultural das grandes massas da população. Segundo Tércio Sampaio Ferraz Junior, apud CARVALHO (2001, p. 50), na sociedade de massa os interesses pessoais, individuais, localizados, passaram a ser gerais, coletivos,

A política intervencionista adotada pelo Brasil sobre a propriedade imóvel agrária privada, objetivando a proteção de bens ambientais definidos nas áreas de preservação permanente e áreas de reserva legal, reflete bem o peso e a preponderância de um direito sobre o outro. Na mesma esteira de valoração se insere o interesse público motivando as desapropriações ou o tombamento de propriedade privada para fins de conservação do patrimônio cultural, histórico ou paisagísticos.

A função social e a preservação do meio ambiente, na ordem interna, é condição obrigatória para o exercício do direito de propriedade, consoante estabelece a constituição federal e o código civil. Não se admite o exercício do direito de propriedade sem a observância destes princípios de ordem pública. Neste sentido, registra-se nos tribunais do País inúmeras decisões acolhendo pedido formulado em ação civil pública para a demolição de edificações locadas em área de proteção ambiental.

Na órbita internacional, a Convenção Europeia de Direitos Humanos no artigo 1º, do Protocolo nº 1, estabelece que ninguém pode ser privado de sua propriedade a não ser por utilidade pública, e a lei regulamentará o uso dos bens de acordo com o interesse geral.

A Convenção Americana Direitos Humanos, por sua vez, no artigo 21º, dispõe que a lei pode submeter o uso e gozo dos bens à utilidade pública ou ao interesse social.

Destaca-se, ainda, outro importante instrumento de proteção aos direitos humanos, a Carta Africana de Direitos Humanos que, no artigo 14, reconhece a função social da propriedade ao submetê-la à utilidade pública ou ao interesse geral da comunidade.

Infere-se que o direito de propriedade suporta limitações impostas pela legislação interna e pela legislação internacional de direitos humanos, pela qual o seu exercício deverá preservar a integridade do patrimônio ambiental nela existente.

O estudo comparado dos documentos internacionais sobre direitos humanos com a legislação interna evidencia a convergência do *status* conferido ao direito de propriedade que, mesmo colocado numa posição linear ao lado dos demais direitos humanos, não recebe a mesma proteção conferida àqueles que não se pode derogar.

O meio ambiente, intrinsecamente ligado à dignidade da pessoa humana, constitui direito fundamental componente do núcleo essencial e intangível do direito fundamental, cuja proteção é absoluta e necessária a preservação do próprio direito. Assim é que as restrições impostas ao direito de propriedade somente se justificam em razão da preservação ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de propriedade, tanto na ordem constitucional, como pelo direito internacional dos direitos humanos, é reconhecido como um direito fundamental, trazendo limitações impostas pelo interesse público e coletivo. Neste aspecto, destaca-se a função social, condição indispensável ao uso da propriedade privada e que engloba, também, os valores ambientais.

Embora o direito de propriedade e o direito ao meio ambiente sadio se apresentem com o *status* de direitos humanos, resultantes de conquistas sociais elaboradas em momentos históricos distintos, não existe entre ambos qualquer relação de hierarquia.

Ademais, o direito de propriedade somente é reconhecido pela ordem jurídica quando cumprida sua função social, e, uma vez desatendida esta imposição constitucional, o direito de propriedade perde a condição legal para ser legitimamente amparado pelo direito.

Ressalta-se, que o direito de propriedade se manifesta na esfera individual do indivíduo e o direito ao meio ambiente sadio incide na órbita coletiva da sociedade. No entanto, o direito de propriedade deve ser exercido com vistas ao interesse social e, não há interesse social mais soberano, do que o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado para ser gozado por esta e pelas gerações do futuro.

A relativização do direito de propriedade face à proteção dos valores ambientais é ordem emanada da Constituição Federal, que somente permite a restrição ao exercício de um direito fundamental dado a importância de se garantir a incolumidade do seu núcleo essencial e inderrogável, dentro do qual o meio ambiente se destaca, reclamando proteção absoluta do Estado, por ser imprescindível à manutenção da vida humana na Terra.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1996.

ARAÚJO, Telga de et.al. **A propriedade e sua função social**. In: Direito agrário brasileiro. Raymundo Laranjeira. São Paulo: LTr, 1999.

- ARAÚJO. Gustavo Henrique de Souza; ALMEIDA. Josimar Ribeiro de; GUERRA. Antonio José Teixeira. **Gestão Ambiental de Áreas Degradadas**. 6º ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.
- BELCHIOR. Germana Parente Neiva. **Hermenêutica Jurídica Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BENJAMIN, Antônio Herman. **Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens. (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**. 8 Ed., São Paulo, Editora Malheiros, 1999.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1934**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001.
- BRASIL. **Estatuto da Terra**. Lei Ordinária Federal n. 4.504, de 30 de Novembro de 1964. Senado: Brasília, 1964.
- CAMPOS JÚNIOR. Raimundo Alves de. **O Conflito entre o Direito de Propriedade e o Meio Ambiente**. Curitiba: Juruá, 2010.
- CAMPOS. Christiano Pires de. **A conservação das florestas no Brasil, mudança do clima e o mecanismo de desenvolvimento limpo do protocolo de Quioto**. Dissertação de Mestrado na Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2001.
- CAMPOS. Ingrid Zanella. Andrade. **A evolução histórica internacional dos Direitos Humanos e a questão da relativização da soberania**. Disponível em <<http://jusvi.com/artigos/34672>>. Acesso em 20/06/2011.
- CANÇADO TRINDADE. Antônio Augusto. **Direitos Humanos e Meio-Ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7º ed. Portugal, Coimbra: Edições Almedina, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE. JOSÉ Rubens Morato. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. Org. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CARLI. Vilma Maria Inocêncio. **A obrigação legal de preservar o meio ambiente**. Campinas: ME Editora, 2004.
- Carta Africana Dos Direitos Humanos E Dos Povos**. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>>. Acesso em 20/06/2011.
- CARVALHO. Carlos Gomes de. **Introdução ao Direito Ambiental**. 3º ed. São Paulo: Editora das Letras & Letras, 2001.
- CARVALHO. Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 16º ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- Convenção Americana Sobre Direitos Humanos Em Matéria De Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm> Acesso em 02/06/2011.
- CURRY. Carlos Roberto Jamil Cury. **A constituição de Weimar: Um capítulo para a educação**. Disponível em <www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15356-15357-1-PB.pdf> Acesso em 21/06/2011.
- Declaração De Estocolmo Sobre O Meio Ambiente Humano**. Disponível em <<http://www.dhnet.org>> Acesso em 21 de junho de 2011.
- DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FALCONI. Luiz Carlos. **O uso inadequado das áreas de preservação permanente e reserva legal como causa de desapropriação da propriedade imobiliária rural no Brasil**. Tese (doutorado) Universidade Federal de Goiás. Goiânia, 2005.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **O Código Florestal e a proteção da biodiversidade**. In: CONCEIÇÃO, Maria Collares F. (coord.). *Os quarenta anos do Código Florestal Brasileiro*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2007.
- FIGUEIREDO. Guilherme José Purvin. **A propriedade no Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FREITAS **Direito Ambiental em Evolução**. Vladimir Passos. (coord)– N 5 – Curitiba: Juruá, 2010.

- FURLAN, Melissa. **Mudanças Climáticas e Valoração Econômica da Preservação Ambiental**. Curitiba: Juruá, 2010.
- GRAU. Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13º ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- LISITA, Cristiane. **Fundamentos da Propriedade Rural**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- MACEDO. José Emerson Tavares de. **A cidade de Londres no século XIX: uma abordagem sobre os marginalizados**. Revista Alpharrabios. Universidade Estadual da Paraíba. Vol. 2, n. 1, 2008.
- MAGALHAES. Juraci Perez. **Evolução do Direito Ambiental no Brasil**. 1º ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- MAGÓN. Ricardo Flores. **A Revolução Mexicana**. Trad. Plínio Augusto Coelho. São Paulo: Imaginário, 2003.
- MASCARENHAS, Luciane Martins de Araújo. **Desenvolvimento Sustentável**. Curitiba: Letra da Lei, 2008.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MÉXICO. **Senado de La República**. Disponível em <<http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sen&mn=2>> Acesso em 10/06/2011.
- MILARÉ, Edis. **Direito do Meio Ambiente**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MORAES. Alexandre. **Direito Constitucional**. 13º ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos**. Disponível em <<http://www.onu-brasil.org.br>> Acesso em: 04 junho de 2011.
- Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em <<http://www.onu-brasil.org.br>> Acesso em: 04 junho de 2011.
- PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- PEREIRA. Osny Duarte. **Direito Florestal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1950.
- PIOVESAN. Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- SARLET. Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER. Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: estudos sobre a constituição e os direitos fundamentais e a proteção do meio ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SILVA, José Afonso da. **Comentários Contextual à Constituição**. 6º Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 4 Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

Publicado no dia 06/08/2014

Recebido no dia 26/07/2013

Aprovado no dia 29/07/2013

CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS ACERCA DA RESPONSABILIDADE NA TERCEIRIZAÇÃO
TRABALHISTA

Dayse Coelho de Almeida¹

Resumo

A terceirização trabalhista é um fenômeno de reestruturação produtiva, gerador de multifacetados efeitos. O estudo de tal fenômeno revela-se imprescindível ante suas consequências econômicas, sociais e jurídicas. Estas, não adstritas à localidade brasileira, mas realidade no prisma mundial. O assunto pode ser analisado de múltiplas formas, não sendo pretensão deste trabalho esgotar a discussão, mas, fomentar reflexão e crítica acerca da responsabilidade na terceirização. A perspectiva analítica da responsabilidade na terceirização e o seu confronto com as normas celetistas e civilistas – postas, aplicadas analogicamente e de acordo com expresse comando normativo-celetista, assim como as consequências jurídicas advindas da terceirização lícita e ilícita e seus impactos nos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores – são o ponto central do artigo. Os resultados da análise são submetidos ao crivo crítico-reflexivo da aplicação progressiva dos direitos sociais e da preservação do patamar mínimo civilizatório nas relações juslaborais.

Palavras chave: Direitos Sociais. Responsabilidade. Terceirização.

Resumen

El outsourcing de mano de obra es un fenómeno de reestructuración productiva que genera efectos multifacéticos. El estudio de este fenómeno parece ser esencial frente las consecuencias económicas, sociales y legales. Estas no adjuntas a la localidad brasileña, pero en la perspectiva de la realidad global. El tema se puede analizar de muchas maneras, este trabajo no pretende agotar la discusión, sino fomentar la reflexión y el análisis crítico de la responsabilidad en la contratación externa. La perspectiva de análisis de la subcontratación y la responsabilidad en su confrontación con los estándares de las leyes laborales y del civismo - puestos, analógicos y aplicados de acuerdo con la orden expresa normativo de las leyes laborales, así como las consecuencias jurídicas derivadas del outsourcing lícito e ilícito y su impacto en los derechos sociales fundamentales de los trabajadores - son el punto central del artículo. Los resultados son sometidos al análisis crítico-reflexivo de la aplicación progresiva de los derechos sociales y la preservación del nivel mínimo de civilización de las relaciones juslaborales.

Palabras clave: Derechos Sociales. La responsabilidad. Outsourcing.

1 Considerações Iniciais

A partir da década de 70, do século XX, após o fim dos anos dourados², os níveis de desemprego ampliavam-se e a inflação assolava, em geral, as nações. Aquele período tortuoso iniciou-se em 1973, com a crise no ramo petrolífero e incrementou-se nos anos 80. Estes citados fatores desencadearam o período pós-industrial, marcado por uma série de modificações na estrutura jurídico-laboral. Como bem caracteriza Julio Armando Grisolia³,

esta etapa se caracteriza por los siguientes factores: la informatización, la robotización, la electrónica aplicada, la automatización de los procesos de producción y la búsqueda de la eficiencia y el bajo costo. Se materializa en los procesos de globalización, flexibilización laboral y precarización del empleo⁴.

A globalização é um fenômeno econômico, social e político, fomentador de uma série de mudanças e reestruturações. Em sua faceta econômica afeta, decisivamente, as relações de trabalho. A economia dos

¹ Discente do programa de doutorado em Derecho Laboral da Universidad de Buenos Aires (UBA/Argentina); Mestre em Direito do Trabalho pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG); Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG); Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (UCAM/RJ); Docente nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Faculdade Estácio de Sergipe (Estácio/Fase) e da Faculdade Sergipana (FASER); Advogada e Consultora Jurídica; membro da Associação Brasileira de Advogados (ABA), do Instituto de Advogados do Estado de Sergipe (IASE) e da Associação Sergipana de Advogados Trabalhistas (ASSAT).

² Os trinta anos que sucederam ao pós-guerra foram extremamente pujantes economicamente e foram tratados pelos historiadores como anos dourados.

³ GRISOLIA, Julio Armando. Manual de derecho laboral. 7º ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2011, p. 839.

⁴ Esta etapa caracteriza-se pelos seguintes fatores: informatização, robotização, eletrônica aplicada, automatização dos processos produtivos e busca de eficiência e baixo custo. Os processos de globalização materializam-se em flexibilização do trabalho e precarização do emprego. (Tradução da articulista)

países é dependente e interligada, por isso, as decisões político-econômicas podem significar o progresso ou o retrocesso de um país. Participar do comércio globalizado, antes de ser uma questão ideológica, é uma questão de sobrevivência no capitalismo global.

Os países elaboram formas de inserção no capitalismo globalizado, a exemplo da formação de blocos com finalidade econômica e sociointegrativa (a exemplo do MERCOSUL e da União Europeia). “Como consequência da integração dos países e da criação de mercados comuns, a concorrência do comércio mundial exige cada vez mais qualidade, produtividade e custos baixos”⁵. Entretanto, para países periféricos, como o Brasil, e em geral os formadores do Mercado Comum do Cone Sul (MERCOSUL), o investimento em tecnologia nem sempre é possível, em razão das vultosas quantias necessárias a tal intento, da fragilidade do comércio local e da ausência de planejamento estatal com eficazes políticas públicas de fomento ao desenvolvimento.

Ante a inviabilidade de investir-se em tecnologia, o vínculo empregatício representa um fator relevante no custo da produção, e sobre ele tem repousado a pecha de entrave econômico⁶, haja vista que todo e qualquer direito laboral implica prestação financeira direta ou indireta. Para os países periféricos, como o Brasil, resta a saída mais simples - a flexibilização de direitos, a precarização do trabalho, a redução de direitos, a supressão de direitos ou artifícios congêneres. Este é o discurso corriqueiro e apresentado como solução viável e rápida.

Nesse contexto de competitividade internacional, esta efetivamente global, novas formas de estruturação produtiva surgem como opções ao modelo tradicional de relação empregatícia celetista. O ponto comum entre as novidades advindas de outros países é que representam um ataque ao modelo tradicional de trabalho ou mesmo propostas veladas de sua destruição. “[...] a terceirização trabalhista [...] é, essencialmente, desorganizadora do sistema de garantias e direitos estipulados pelo clássico Direito do Trabalho”⁷.

O cerne da questão é o ataque, velado e embutido contido no discurso salvacionista, às garantias estabelecidas em favor dos empregados e ao patrimônio jurídico-protetivo consolidado, ambas consequências da relação empregatícia e do processo histórico-evolutivo do Direito do Trabalho. A ideia de retirar direitos, a fim de preservar ou aumentar o número de postos de trabalho, numa estrutura jurídico-protetiva inferior, “equivale, na verdade, a reproduzir um sistema que não deu certo, sem que se tenha, expressamente, que admitir isso”⁸.

As necessidades do mercado ocasionam a criação de novas formas de realização do trabalho e contratação de serviços, a exemplo da terceirização, cooperativa, consórcio de empregadores, teletrabalho, *trainee*, etc. Estas novas formas de estruturação ou reestruturação produtiva devem ser alvo da mais profunda análise, discussão e crítica⁹. Destas novas formas de representação do trabalho destacamos a terceirização.

2 Conceito de Terceirização

A Administração de Empresas é a ciência que primeiro trouxe esta expressão, que integra o mundo jurídico. “Terceirização deriva do latim *tertius*, que seria o estranho a uma relação entre duas pessoas. Terceiro é o intermediário, o interveniente”¹⁰. Como explica Américo Plá Rodríguez:

Na complexidade da atividade econômica moderna, muitas vezes uma empresa encomenda a realização de uma tarefa, complementar e especializada, a outra empresa. Razões de economia de custos, de maior

⁵ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. A terceirização na Administração Pública e constitucionalidade do art. 71, Lei 8.666/93, declarada pelo STF (novembro de 2010). *Revista LTr*, São Paulo, vol. 75, nº 3, p. 276 a 281, março 2011.

⁶ O aspecto puramente econômico do ser humano trabalhador implica a ofensa à dignidade da pessoa humana e retira do trabalho o valor social preconizado pelo texto constitucional. A coisificação do trabalhador ou o seu tratamento como mero dado econômico vem sendo combatida no plano internacional pelos tratados de direitos humanos e pelas diretivas e princípios da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e no plano interno pelas normas limitadoras da exploração desmedida e instituidoras de direitos, tais como a Constituição Federal (CF/88), leis esparsas e, principalmente, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego*. Entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2006, p. 44.

⁸ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Relação de emprego & direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 85.

⁹ Em outubro de 2011 foi realizada Audiência Pública pelo Tribunal Superior do Trabalho sobre a temática da terceirização. Dela participaram, dentre outros grandes estudiosos, o Prof. Dr. Márcio Túlio Viana e o Prof. Dr. Ricardo Antunes. Certamente este é o melhor caminho para solucionar os problemas e paradoxos da terceirização. Audiência Pública – Terceirização. *Site do Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: http://www.tst.jus.br/ASCS/audiencia_publica/index3.html. Acesso em 16 out. 2011.

¹⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 19.

eficiência nos serviços, de utilização plena de equipamentos técnicos excessivos para uma só exploração, explicam a proliferação dessas contratações ou subcontratações¹¹.

A ideia da Administração de Empresas é centralizar o gerenciamento empresarial na atividade principal, deixando as atividades periféricas a cargo de outra empresa. Com isto, o ganho advirá do elevadíssimo foco no produto final, eliminando da gerência empresarial as distrações advindas das atividades de apoio, indispensáveis, também, para o alcance do objetivo-fim.

“Terceirização é o fenômeno da transferência de produção de bens ou serviços para outra empresa ou pessoa, ou seja, é a descentralização das atividades da empresa¹².” “A terceirização permite flexibilizar o processo produtivo. Trata-se da reorganização da produção com a focalização das atividades fins das empresas e a externalização das demais”¹³. A gestão do vínculo empregatício advindo das atividades de apoio fica a cargo de uma empresa interveniente, que assume toda a responsabilidade e fiscalização do serviço, *a priori*. A empresa compradora deste serviço, a tomadora, centralizará toda a força produtiva na atividade central.

Luciano Martinez afirma tratar-se de

um fenômeno da organização do processo produtivo caracterizado pela contratação de uma empresa de serviços para gerenciar as parcerias [...] Note-se que a tomadora de serviços alia-se à empresa gestora por mera conveniência, criando naturais turbacões na identificação das responsabilidades contratuais¹⁴.

A possibilidade de empregabilidade direta tem sido amesquinhada com o tempo e avanço da terceirização.

Márcio Túlio Viana alerta:

[...] do ponto de vista das empresas, a terceirização apresenta vantagens: redução de custos, crescimento de lucros, ingresso rápido e simples de mão-de-obra, elevação da produtividade com a concentração de forças no foco principal de atividade. Contudo, adverte que, para os trabalhadores, comporta a técnica imensa gama de desvantagens: redução de postos de trabalho, aumento da carga de subordinação, destruição do sentimento de classe, degradação de condições de higiene e segurança e redução de valores salariais¹⁵.

3 Conceito Jurídico de Terceirização

A doutrina trabalhista estabeleceu um conceito de terceirização a partir da análise dos elementos e características do fenômeno.

Terceirização é o fenômeno no qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente¹⁶.

Gabriela Neves Delgado conceitua terceirização como “instrumento facilitador para viabilização da produção global, vinculada ao paradigma da eficiência nas empresas”¹⁷. A terceirização, a princípio, não desarticula a existência do emprego. Este fica mantido com a empresa interveniente. Porém, há de se vislumbrar que as empresas intervenientes são, em geral e quase que integralmente, frágeis financeiramente. A sua existência baseia-se em auferir lucros de contratos de prestação de serviços firmados. As empresas de terceirização de serviços, em verdade, nada de material produzem, prescindem de matéria prima, dispensam ambiente de trabalho amplo para abrigar os obreiros e raramente possuem algum patrimônio, além da mobília do escritório no qual os contratos são formalizados.

Pois bem, o que se extrai deste contexto é a conseqüente lógica da precarização das garantias dos trabalhadores, pois há a transferência da responsabilidade de uma empresa economicamente sólida ou de um ente público para uma empresa que não possui, necessariamente, nenhum lastro econômico e cuja atividade não vai além de organizar a atividade de alguns trabalhadores e lhes repassar o valor que lhe seja pago pelo ente contratante dos serviços, o qual, ademais, não faz mesmo questão de saber se o valor pago

¹¹ RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de direito do trabalho. 3. ed. São Paulo, LTr, 1996, p. 259.

¹² MARQUES, Fabíola & ABUD, Cláudia José. Direito do trabalho. Série leituras jurídicas provas e concursos. 7. ed., vol. 22. São Paulo: Atlas, 2011, p. 21.

¹³ LIMA, Jacob Carlos. A terceirização e os trabalhadores: Revisitando algumas questões. Cadernos de Psicologia Social do Trabalho. São Paulo, v. 13, n. 01, p. 17 a 23, 2010.

¹⁴ MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 197.

¹⁵ VIANA, Márcio Túlio. Fraude à lei em tempos de crise. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Paraná, vol. 21, julho-dezembro 1996, p. 61 a 70.

¹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 428.

¹⁷ DELGADO, Gabriela Neves. Terceirização: Paradoxo do direito contemporâneo. São Paulo, LTr, 2003, p. 136.

vai, ou não, fragilizar o ganho dos trabalhadores, pois que vislumbra destes apenas o serviço prestado, sendo certo que considera, por óbvio, a utilidade de obter esse serviço pelo menor preço possível¹⁸.

Na periferia do capitalismo, no entanto, o avanço da terceirização significou o rebaixamento das condições de trabalho. Isso porque o setor público e as empresas privadas terminaram utilizando-se do expediente da terceirização para impor forte redução do custo de mão de obra¹⁹.

Ainda há aspectos negativos como “a redução dos direitos globais dos trabalhadores, tais como promoção, salários, fixação na empresa e vantagens decorrentes de convenções e acordos coletivos”²⁰.

Jorge Luiz Souto Maior informa que na França a intermediação de mão-de-obra é considerada, se houver finalidade de lucro da empresa prestadora, tráfico de mão-de-obra. Situação também intrigante, ainda segundo o mesmo autor, é a da Espanha. Naquele país a empresa prestadora deve ter patrimônio e meios compatíveis e próprios de contratação, inibindo a mera lucratividade da simples exploração de mão-de-obra terceirizada²¹. Como se vê, nem todo país capitalista e inserido na economia global, com sucesso, tem como padrão de relação jurídica a terceirização.

Na América Latina, em geral, houve um excesso permissivo da terceirização com consequências extremamente negativas, gerando a necessidade de retroceder e reestabelecer direitos e garantias antes previstos aos trabalhadores, como explicam Consuelo Iranzo e Jacqueline Richter²²:

En América Latina, la regulación jurídica de las relaciones triangulares ha pasado por tres etapas bien diferenciadas. La primera se caracterizó por profundizar las restricciones patronales en el uso de estas figuras y reforzar las responsabilidades tanto de quien contrata al trabajador como de quien recibe el servicio. En casi todas las legislaciones se prohibieron las agencias lucrativas de colocación de trabajadores [...] En este período se construyó un Derecho del Trabajo de fuerte carácter protector. En la segunda etapa se abren las puertas para un uso ilimitado de esas figuras [...] Este es el período de la flexibilización laboral. El Derecho del Trabajo deja de tener como finalidad exclusiva la protección del trabajador para incorporar entre sus objetivos la productividad, competitividad y la generación de empleo. En la tercera fase que hemos denominado de “tensión entre protección y flexibilización” se comienza a retroceder en la flexibilización y se recuperan espacios para la protección [...] Además las reformas vuelven a limitar las contrataciones temporales e por tiempo determinado con lo que también se trata de frenar la expansión de la externalización²³.

Na relação jurídica da terceirização existem dois tipos de contrato. O primeiro contrato é de prestação de serviços (natureza civil) entre a tomadora de serviços (contratante) e a empresa prestadora de serviços ou interveniente (contratada). O segundo contrato é o contrato de emprego (natureza trabalhista) entre a empresa interveniente e os trabalhadores/empregados.

Inicialmente, o direito do trabalho não se ocupou em regular a terceirização porque a empresa interveniente ocupava a função jurídica de empregador, conservando o liame empregatício. Em tese, os direitos trabalhistas estavam garantidos. Com o tempo, foram aparecendo os desvios e fraudes à legislação trabalhista propiciados pela terceirização, gerando uma demanda por solução jurisdicional do problema.

¹⁸ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Carta aberta aos “terceirizados” e à comunidade jurídica. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Belém, vol. 44, n. 86, jan/junho 2011, p. 135.

¹⁹ POCHMANN, Márcio. “O papel da terceirização da mão de obra”. Revista Fórum. Disponível em: [Http://www.revistaforum.com.br/sitefinal/EdicaoNoticiaIntegra.asp?id_artigo=543](http://www.revistaforum.com.br/sitefinal/EdicaoNoticiaIntegra.asp?id_artigo=543). Acesso em: 23 out. 2011.

²⁰ JORGE NETO, Francisco Ferreira & CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. A terceirização na Administração Pública e constitucionalidade do art. 71, Lei 8.666/93, declarada pelo STF (novembro de 2010). Revista LTr. São Paulo, vol. 75, nº 3, p. 276 a 281, março 2011.

²¹ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Trabalho descentralizado. A terceirização sob uma perspectiva humanista. Revista Latinoamericana de Derecho Social. México, n. 09, p. 159 a 174, Julio-diciembre 2009, p. 165-166.

²² IRANZO, Consuelo & RICHTER, Jacqueline. La subcontratación laboral. Bomba de tiempo a la paz social. Cuadernos de integración andina. La subcontratación laboral – análisis y perspectivas. Consejo consultivo laboral andino, n. 20, Diciembre 2007, p. 165.

²³ Na América Latina, a regulamentação jurídica das relações trilaterais passou por três etapas distintas. A primeira das fases caracterizou-se pelo aprofundamento da restrição do uso pelos empregadores e a ampliação da responsabilização de quem contratava o trabalhador e de quem recebia os serviços. Em quase todas as legislações foram proibidas as empresas intervenientes. [...] Nesse período, o Direito do Trabalho assumiu um forte caráter protetivo. Numa segunda etapa, a terceirização foi ampliada. [...] Esse é o período da flexibilização trabalhista. O Direito do Trabalho abandona a concepção protetiva do trabalhador para incorporar como objetivos a produtividade, competitividade e geração de emprego. A terceira fase é marcada pela tensão entre a proteção e a flexibilização, quando a flexibilização retrocede e ganha espaço o retorno protetivo. Além disso, as reformas voltam a limitar contratações temporárias e trabalho por tempo determinado, além de frear a externalização (forma de terceirização). (Tradução da articulista).

Até hoje não há uma norma específica sobre a terceirização, e as tentativas de implementar uma legislação tem sido infrutíferas, lamentavelmente.

4 Aspectos da Terceirização: Tratamento Jurídico e Caracterização Lícita e Ilícita

4.1 Tratamento jurídico

Apesar de a terceirização trabalhista ser aplicada no Brasil há mais de três décadas não há uma norma que a regulamente de forma geral. “Como a legislação brasileira não proíbe nem regula as formas de exteriorização de mão de obra, as práticas foram as mais diversas possíveis, demonstrando gritante abuso de direito (modalidade de ato ilícito – art. 187 do CC)”²⁴. A primeira legislação, no Brasil, que delineava a terceirização foi o Decreto Lei 200/1967. Amauri Mascaro Nascimento apresenta um breve histórico legislativo, apontando as principais normas a respeito:

Há leis que autorizam a terceirização: a empreitada (Código Civil, art. 610), a subempreitada (CLT, art. 455), a prestação de serviços (Código Civil, art. 605), a segurança bancária (Dec.-leis ns. 1.212 e 1.216, de 1966, e 1.304, de 1969), a vigilância ostensiva e o transporte de valores (Leis ns. 7.102, de 1983, 8.863, de 1994, e 9.017, de 1995), o fornecimento de mão de obra (Lei n. 8.039, de 1990, art. 15, § 1º), os serviços de telecomunicações (Lei n. 9.472, de 1997, art. 94), os serviços de limpeza e conservação no âmbito da Administração Pública (Lei n. 5.645, de 1970, e Decreto n. 2.031, de 1996) e as cooperativas (CLT, art. 442, § único). Os serviços médicos são permitidos pela Súmula n. 282, do TST²⁵.

A pressão do capital fomentou a alteração desta restrição e o Tribunal Superior do Trabalho, visando regular e organizar as inúmeras formas de terceirização que foram surgindo, editou a Súmula 331²⁶.

4.2 Terceirização: Lícita e ilícita

As hipóteses de terceirização ilícita são as não enquadradas naquelas previstas nas leis e na Súmula 331 do TST. A figura jurídica do vínculo empregatício deve ser protegida e valorizada, a edição de normas que possibilitam a terceirização em atividade fim é abusiva e limitadora de direitos sociais fundamentais. A situação torna-se, ainda mais abusiva e materialmente inconstitucional, quando o processo discursivo de formação da norma é realizado sem ampla publicidade, sem meios reais de participação popular efetiva.

A problemática, mais comum, na caracterização de licitude ou ilicitude na terceirização, é a distinção entre a atividade meio (terceirização lícita) e atividade fim (terceirização ilícita).

Atividade fim²⁷ é a ligada à finalidade da empresa, ao objetivo da produção empresarial ou prestação de serviço. Trata-se de atividade indispensável, sem a qual a própria empresa perde sua utilidade. É aquela atividade que acaso retirada do contexto empresarial impõe o fim da atividade.

Para análise da atividade fim o princípio da primazia da realidade deve ser amplamente utilizado, uma vez que evita fraudes ao arcabouço normativo protetivo, nos termos do artigo 9º da CLT²⁸. É possível utilizar, através de um critério analógico, o art. 581, parágrafo 2º da CLT que traz uma boa definição de atividade fim: “Art. 581 [...] § 2º - entende-se por atividade preponderante a que caracterizar a unidade de produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades convirjam, exclusivamente, em regime de conexão funcional”²⁹. “Atividade meio é compreendida como aquela que se presta meramente a instrumentalizar, a facilitar o alcance dos propósitos contratuais sem interferir neles”³⁰. “As atividades-meio são aquelas que não coincidem com os fins da empresa contratante e atividades-fim são aquelas que coincidem”³¹.

Poucos autores ocupam-se de explicar porque a resistência em não se permitir a terceirização de atividade fim. Se acaso a atividade fim pudesse ser livremente terceirizada, nenhuma empresa contrataria mais empregados de forma direta, afinal a intermediação traz inúmeras vantagens, dentre as quais a inexistência, *a priori*, de passivo trabalhista.

²⁴ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 511.

²⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 218.

²⁶ Há toda uma história evolutiva jurisprudencial até a edição da Súmula 331 do TST.

²⁷ A atividade fim normalmente vem descrita no objeto do contrato social da empresa. Porém, com a diversificação das empresas e adequação ao mercado é possível que o contrato social esteja em desacordo com a atividade fim de fato, quando se oportuniza a aplicação do princípio da primazia da realidade à questão.

²⁸ Art. 9º da CLT - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação. (BRASIL, 1943)

²⁹ BRASIL. Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em 19 nov. 2011.

³⁰ MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 197.

³¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 218.

A busca pelo pleno emprego³², princípio constitucional (art. 170, VIII), e o princípio da continuidade da relação empregatícia estariam fadados à letra morta acaso pudessem ser terceirizadas atividades fim livremente. O argumento de que as empresas prestadoras de serviço possuem inúmeros contratos e que os obreiros apenas sairiam de um contrato e recairiam em outro, *permissa venia*, parece fantasiosa. Talvez algumas dessas empresas, em verdade, possuam inúmeros contratos de prestação de serviços. Porém, o empregado estaria sempre sujeito aos riscos da atividade econômica, quer seja a manutenção dos contratos de prestação de serviços de seu empregador, ou o êxito licitatório e a existência de novos contratos. E, uma das características do liame empregatício é a alteridade, que estaria sendo afrontada diuturnamente.

Em que pese os argumentos apresentados realçando o risco, alguns vislumbram outras possibilidades de terceirizar atividade fim na legislação extravagante, como se percebe no inciso II do art. 94 da Lei nº 9.472/97, Lei Geral de Telecomunicações. Entretanto, não é pacífico na jurisprudência e na doutrina³³ juslaboral se esta possibilidade seria constitucional. A seguir, dispositivo legal:

Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência:

[...]

II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.³⁴

Alguns vislumbram no citado dispositivo legal autorização expressa para terceirizar atividades fim no setor de telecomunicações. Entretanto, o Tribunal Superior do Trabalho vem demonstrando através de vários acórdãos discordar do citado entendimento, conforme a seguir:

TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA CONTRATANTE. O entendimento da quinta Turma e o majoritário desta Corte é de que é ilícita a terceirização da atividade-fim. Recurso de revista de que não se conhece. [...]

PROCESSO Nº TST-RR-57800-86.2007.5.01.0066. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª turma. Publicado no DEJT em 14/10/2011³⁵

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA *IN VIGILANDO*. Nos termos do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, a Administração Pública não responde pelo débito trabalhista apenas em caso de mero inadimplemento da empresa prestadora de serviço, o que não exclui sua responsabilidade em se observando a presença de culpa, mormente em face do descumprimento de outras normas jurídicas. Tal entendimento foi firmado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADC nº 16 em 24.11.2010. Na hipótese dos autos, há registro expresso quanto à culpa do ente público a ensejar sua responsabilização subsidiária. Incidência da Súmula nº 331, IV e V. Recurso de revista não conhecido.[...]

PROCESSO Nº TST-RR-134200-39.2009.5.04.0018. 2ª Turma. Relator Min. Caputo Bastos. Publicado no DEJT em 16/09/2011.³⁶

A interpretação da jurisprudência laboral acerca do referido e citado dispositivo é que “atividades inerentes, acessórias ou complementares” significa atividade meio. Desta sorte, é possível perceber que há uma clara tendência jurisprudencial balizada no entendimento recrudescido de que terceirização em atividade fim é ilícita, salvo expressa e inequívoca disposição normativa a este respeito.

De igual forma, deverá ser o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho sobre o art. 25, § 1º da Lei

³² Sobre este princípio há um excelente trabalho acadêmico publicado no Compedi. SANTOS, Roseli Rêgo. O princípio da busca do pleno emprego como aplicação da função social da empresa na lei de falências e recuperação de empresas. Anais Compedi. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/roseli_rego_santos.pdf> Acesso em 08 out. 2011.

³³ OLIVEIRA, Maria Fernanda Pereira de. Do processo de terceirização nas empresas de telecomunicações. Da possibilidade da terceirização da atividade-fim. Inaplicabilidade da Súmula 331, III, do TST. Inteligência da Lei Geral de Telecomunicações. Jus Navigandi. Teresina, ano 13, n. 1702, 28 fev. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10995>>. Acesso em: 26 abr. 2011.

³⁴ BRASIL. Lei 9.472 de 16 de julho de 1997 Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 19 nov. 2011.

³⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo nº TST-RR-57800-86.2007.5.01.0066**. Terceirização Ilícita. Atividade-Fim da Empresa Contratante. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª turma. Publicado no DEJT em 14/10/2011. Disponível em: <www.tst.jus.br> Acesso em: 19 nov. 2011.

³⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo nº TST-RR-134200-39.2009.5.04.0018**. Responsabilidade Subsidiária. Ente Público. Culpa *In Vigilando*. 2ª Turma. Relator Min. Caputo Bastos. Publicado no DEJT em 16/09/2011 Disponível em: <www.tst.jus.br> Acesso em: 19 nov. 2011.

8.987/95 que versa sobre serviços de telefonia. Observamos que o texto desta lei é assemelhado e quase que idêntico ao texto da lei de telecomunicações. Esta identidade faz crer que a interpretação do Tribunal Superior do Trabalho será a mesma utilizada para o setor de telecomunicações³⁷.

Há outras possibilidades de terceirização da atividade fim, a exemplo: trabalho temporário, da empreitada na construção civil (art. 455 da CLT), indústria automobilística. Acerca do último exemplo, a indústria automobilística, ocorre comumente

a necessidade de contratação de empresas especializadas para a colocação, durante a produção e montagem dos veículos, de rádio, ar-condicionado, blindagem e demais acessórios. [...] Esta terceirização só pode ocorrer se não houver pessoalidade e subordinação entre o trabalhador e o tomador de serviços³⁸. Ainda que existam previsões de terceirização de atividade fim, a interpretação deve ser restritiva, uma vez que se trate de exceção. Entender de modo diverso implica subverter a ordem lógica, transformada o disposto excepcionalmente em regra.

5 Responsabilidade na Terceirização

Com a finalidade corrigir as distorções na utilização da terceirização foram surgindo teorias para fundamentar a responsabilização da empresa cliente ou tomadora, mesmo que não seja ela a contratante ou empregadora dos trabalhadores. São muitos os fundamentos que justificam esta responsabilização, inclusive os metajurídicos, como os sociais.

O exame da responsabilidade civil do empregador depende da adoção do paradigma da solidariedade social que a Constituição assumiu como novo fator axiológico para a interpretação e aplicação do ordenamento. É a partir desse novo paradigma, que as relações privadas devem ser examinadas³⁹.

O novo paradigma solidarista implica o reconhecimento do dano ao empregado causado pelo inadimplemento da empresa interveniente, através do contrato de prestação de serviços que firmou com a empresa tomadora, precisa ser reparado.

5.1 Teoria da despersonalização da empresa e grupo econômico

O art. 10 e o art. 448 da CLT trouxeram a ideia de que a empresa é o empregador e de que as mudanças estruturais ou de propriedade não acarretam mudanças ao obreiro, que continua com direito à manutenção de suas condições laborais e tem os seus direitos adquiridos respeitados. Explica Luciano Martinez:

Observe-se que, com base em qualquer dos citados dispositivos, as transformações operadas não afetam a existência do empreendimento, tampouco os direitos de seus contratados. Nesse sentido há clara despersonalização empresarial, sendo minimamente relevantes para o contrato de emprego as alterações estruturais (mudança de sócios, conversão de sociedade por cotas de responsabilidade limitada em uma sociedade empresária etc.) ou as mudanças na propriedade (alienação, cessão, fusão, cisão, incorporação etc.). Essas modificações podem ser praticadas em atendimento às conveniências do mercado, sem que em nada afetem os contratos de emprego em curso ou os direitos adquiridos pelos empregados⁴⁰.

No direito do trabalho a proteção ao empregado, hipossuficiente da relação jurídico-trabalhista, não reside apenas na faceta principiológica. O artigo 2º da CLT reforça a ideia de despersonalização da empresa. Esta preconiza que a empresa ou atividade econômica desenvolvida é o empregador. Desta forma, a empresa tomadora ou contratante que assume em suas dependências físicas o corpo de empregados de outra empresa (a empresa prestadora de serviços) atrai para si a condição jurídica de empregador.

As empresas unidas (tomadora e prestadora) propiciam o alcance dos mesmos objetivos em parceria,

³⁷ O entendimento hermenêutico do TST é de que as Leis 8.987/95 e 9.472/97 não contêm, em seus textos, a autorização para terceirizar atividade fim. Porém, as concessionárias de serviços públicos não aceitam tal entendimento e têm utilizado todos os instrumentos jurídicos existentes para alcançar seu intento de terceirizar, livremente, as suas atividades fim. Como exemplo disto, cite-se a tramitação no STF da ADC nº 26 movida pela Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica (ABRADEE), cujo objetivo é ver declarado constitucional o art. 25, § 1º da Lei Geral de Concessões (Lei 8.987/1995). O objetivo, claramente demonstrado, é de terceirizar atividades-fim, comercialização de energia elétrica. O pedido de liminar para obstar as ações civis públicas foi negado pelo Min. Ricardo Lewandowski. Há, também, a Reclamação nº 11256 STF que questiona se o Tribunal Regional da 3ª Região (Minas Gerais) viola a Súmula Vinculante nº 10 do STF ao afastar a incidência da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97) e considerar ilegal a terceirização de atividade de *callcenter* sem analisar a inconstitucionalidade.

³⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do trabalho. 5. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 516.

³⁹ SILVA, Alessandro da; KROST, Oscar & SEVERO, Valdete Souto. Fundamentos à responsabilidade solidária e objetiva da tomadora de serviços na “terceirização”. Revista LTr. São Paulo, vol. 75, nº 01, p. 66 a 79, jan. 2011.

⁴⁰ MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 177.

através de um vínculo de cooperação ou coordenação⁴¹. Por este fundamento, a empresa cliente ou tomadora também seria responsável nas obrigações trabalhistas dos empregados da empresa intermediadora, pois ambas locupletam-se da força de trabalho dos obreiros envolvidos, conforme Art. 2º, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, *in verbis*:

Art. 2º [...]

[...]

Sempre que uma ou mais empresas, tendo embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas⁴².

O conceito de grupo econômico foi alargado pela incidência do art. 3º, § 2º da Lei 5.889/73. Consoante aliteridade do citado dispositivo⁴³, basta um vínculo de cooperação ou colaboração para formar o grupo econômico, ante a possibilidade de preservação da autonomia das empresas. Na terceirização, justamente, há autonomia entre a tomadora e a interveniente, ligadas pelo liame colaborativo ou de cooperação. Portanto, poder-se-ia aplicar tal dispositivo diante da lacuna normativa existente e fazer incidir a responsabilidade solidária na relação terceirizada.

A terceirização não é meio fácil de eximir o beneficiário da força de trabalho dos encargos trabalhistas que, incautos, apressam-se em apregoar. Ao contrário, tem a desvantagem de retirar do empresário o poder de comandar diretamente as atividades de apoio de sua empresa e obrigá-lo a responder pela eventual inadimplência do terceiro contratado⁴⁴.

A terceirização não pode ser, por si só, um argumento para que não seja reconhecida a condição de grupo econômico.

5.2 Responsabilidade por ato de terceiro

Existe uma lacuna normativa acerca da responsabilidade na terceirização, o que atrai a aplicação do art. 8º da CLT⁴⁵. Esta aplicação viabiliza que sejam utilizados, por analogia, os dispositivos referentes à responsabilidade civil no Código Civil de 2002, na Consolidação das Leis do Trabalho e na legislação especial trabalhista à terceirização. Esta proposta atende ao

[...] novo paradigma solidarista, fundado na dignidade da pessoa humana, modificou o eixo da responsabilidade civil, que passou a não considerar como seu principal desiderato a condenação de um agente culpado, mas a reparação da vítima prejudicada. Essa nova perspectiva corresponde à aspiração da sociedade atual no sentido de que a reparação proporcionada às pessoas seja mais abrangente possível⁴⁶.

O tratamento da responsabilidade civil por ato de terceiro está localizado nos artigos 932, III⁴⁷; 933⁴⁸ e 942 § único⁴⁹ do Código Civil de 2002⁵⁰ e deve ser aplicado por analogia à situação.

⁴¹ Para a formação de grupo econômico rural pode estar preservada a autonomia empresarial. Art. 3º, § 2º da Lei 5.889/73: “Sempre que uma ou mais empresas, embora tendo cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob direção, controle ou administração de outra, ou ainda, quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico ou financeiro rural, serão responsáveis solidariamente nas obrigações decorrentes da relação de emprego.” (grifos nossos). (BRASIL, 1973)

⁴² BRASIL. Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em 19 nov. 2011.

⁴³ Sempre que uma ou mais empresas, embora tendo cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma delas autonomia, integrem o grupo econômico ou financeiro rural, serão responsáveis solidariamente nas obrigações decorrentes da relação de emprego. (grifos nossos) (BRASIL, 1973).

⁴⁴ CAMINO, Carmen. Direito individual do trabalho. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 240.

⁴⁵ “Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.” (BRASIL, 1943).

⁴⁶ SILVA, Alessandro da; KROST, Oscar & SEVERO, Valdete Souto. Fundamentos à responsabilidade solidária e objetiva da tomadora de serviços na “terceirização”. Revista LTr. São Paulo, vol. 75, nº 01, p. 66 a 79, jan. 2011.

⁴⁷ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: [...] III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; (grifos nossos) (BRASIL, 2002)

⁴⁸ Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos. (grifos nossos) (BRASIL, 2002)

⁴⁹ Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se Diké, Aracaju, vol. 03 n 01, jan/jul/2014, p.83 a 96, Agosto/2014 | <http://www.seer.ufs.br/index.php/dike>

Raimundo Simão de Melo enfatiza que os dispositivos citados impõem uma responsabilidade solidária passiva e objetiva:

Da leitura e interpretação sistemática dos referidos dispositivos legais decorre que alguém, mesmo não tendo praticado diretamente ato danoso para outrem, pode ter que responder pelas conseqüências desse ato, praticado por um terceiro com quem mantenha alguma relação jurídica estabelecida por lei ou contratualmente, sendo esta responsabilidade entre o comitente e o preposto objetiva (art. 933) e solidária (§ único do art. 942).

É o caso das terceirizações trabalhistas, que se enquadram nas figuras do comitente (tomador de serviços) e do preposto (prestador de serviços), este, que está sob a vinculação de um contrato de preposição, exercendo uma atividade sob autoridade e no interesse de outrem, sob suas ordens e instruções, cabendo àquele fiscalizá-la e vigiá-la para que proceda com a devida segurança, de modo a não causar danos a terceiros⁵¹.

O citado autor explica que a Súmula 331 do TST aplicou responsabilidade subsidiária em virtude de ter-se baseado nos artigos 1.521⁵² e 1.523⁵³ do Código Civil de 1916, devendo o citado tribunal reformular sua súmula e adequá-la ao Código Civil de 2002, mais precisamente aos artigos 932, 933 e 942, aplicando a responsabilidade objetiva e solidária⁵⁴ em virtude da expressa e inequívoca previsão legal.

O contrato civil realizado entre a empresa tomadora e a empresa intermediadora não deve ser mote de lesões a terceiros, alheios à contratação, ou seja, os efeitos do contrato de prestação de serviço devem estar adstritos às partes. A empresa tomadora tem o dever jurídico contratual de escolher empresa intermediadora mais sólida financeiramente (idônea) para a realização do contrato de prestação de serviços, pois deve zelar para que as atividades oriundas da contratação não sejam lesivas aos não participantes do contrato. A doutrina civilista denomina estas obrigações de culpa *in eligendo*⁵⁵ e culpa *in vigilando*⁵⁶ e, também, conduta negligente⁵⁷ (culpa).

A escolha responsável da empresa intermediadora e a fiscalização são deveres jurídicos da empresa tomadora de serviços, e o descumprimento deve, irremediavelmente, acarretar responsabilidade para esta. A hipótese legal genérica está prevista no artigo 186 do Código Civil⁵⁸, responsabilidade indireta ou responsabilidade por ato ilícito de outrem. Também há previsão específica para a intermediação temporária - Art. 16 da Lei 6.019 de 1974.

Se a terceirização no trabalho temporário prevê a possibilidade da aplicação da culpa extracontratual, o que se dizer da terceirização comum, a princípio indeterminada do ponto de vista do empregado da empresa prestadora de serviços. Não há sentido em se atribuir responsabilidade para algo efêmero e se pretender excluí-la de algo perene ou contínuo, uma vez que o sistema justralhista brasileiro é protetivo e garantista.

a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932. (grifos nossos) (BRASIL, 2002)

⁵⁰BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 19 nov. 2011.

⁵¹MELO, Raimundo Simão de. A necessária revisão da Súmula 331 do TST diante do Novo Código Civil. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Belém, vol. 44, n. 86, jan/junho 2011, p. 152.

⁵² Art. 1.521. São também responsáveis pela reparação civil: I. Os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia. II. O tutor e curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições. III. O patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião deles (art. 1.522). IV Os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educadores. V os que gratuitamente houverem participado dos produtos do crime, até à concorrente quantia. (BRASIL, 1916)

⁵³ Art. 1.523. Excetuadas as do art. 1.521, nº V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no artigo 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte. (BRASIL, 1916)

⁵⁴MELO, Raimundo Simão de. A necessária revisão da Súmula 331 do TST diante do Novo Código Civil. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Belém, vol. 44, n. 86, jan/junho 2011, p. 156.

⁵⁵ Culpa *in eligendo* – modalidade em que o agente não toma as cautelas necessárias para a escolha de uma coisa e de pessoa para exercer uma atividade. HORCAIO, Ivan. Dicionário Jurídico Referenciado. São Paulo: Primeira Impressão, 2006, p. 235.

⁵⁶ Culpa *in vigilando* – modalidade em que o agente não fiscaliza uma atividade, própria ou de terceiro, com a cautela necessária. HORCAIO, Ivan. Dicionário Jurídico Referenciado. São Paulo: Primeira Impressão, 2006, p. 235.

⁵⁷ Negligência – omissão de cautela a que uma pessoa está obrigada em face das circunstâncias em que é praticada a ação. HORCAIO, Ivan. Dicionário Jurídico Referenciado. São Paulo: Primeira Impressão, 2006, p. 728.

⁵⁸Art. 186 do Código Civil, *in verbis*: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” (BRASIL, 2002).

Diké, Aracaju, vol. 03 n 01 , jan/jul/2014, p.83 a 96, Agosto/2014|<http://www.seer.ufs.br/index.php/dike>

Desta sorte, por analogia, podem ser aplicados os dispositivos do Código Civil, da Consolidação das Leis do Trabalho ou da Lei de Trabalho Temporário à terceirização, e, todos os citados diplomas normativos contêm a previsão de aplicação da responsabilidade solidária.

Portanto, o tomador de serviços, no caso da terceirização, somente se exonerará da responsabilidade em relação aos trabalhadores terceirizados se provar caso fortuito ou força maior ou que o evento se deu sem nexos de causalidade com relação a ele, ou seja, que a conduta foi praticada fora dos limites da preposição⁵⁹.

O inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa prestadora tem duas raízes. A primeira funda-se na ausência de critérios sérios para escolha da empresa prestadora de serviços pela empresa tomadora. Se acaso fosse escolhida uma empresa de terceirização de serviços idônea, não haveria inadimplemento das obrigações laborais dos empregados terceirizados. A segunda raiz da inadimplência da empresa de terceirização é a ausência de fiscalização da execução do serviço contratado pela empresa cliente ou tomadora, pois, caso a vigilância do contrato houvesse sido bem feita, não haveria possibilidade de haver parcelas de qualquer natureza em aberto, mormente trabalhistas e previdenciárias.

Muitas vezes, a empresa tomadora de serviços utiliza a terceirização sem nenhum critério ou utilizando como tal apenas o valor cobrado pela empresa interveniente, ignorando os impactos e consequências deste ato para os trabalhadores contratados. É justamente nesta hipótese que se caracteriza a culpa extracontratual. A empresa tomadora, diante da citada culpa deverá responder, também, pelos danos causados.

Apesar dos argumentos citados, a posição da jurisprudência do TST é de que a responsabilidade será subsidiária. A responsabilidade solidária seria possível, somente, se há terceirização ilícita. Consoante dito, a terceirização lícita, havendo inadimplemento por parte da empresa de intermediação, ocorrerá a responsabilidade subsidiária⁶⁰ da tomadora de serviços e da prestadora. Na terceirização ilícita, forma-se o vínculo empregatício com o tomador de serviços, gerando responsabilidade solidária⁶¹ entre este e a empresa intermediadora.

A ilicitude na terceirização destrói o vínculo empregatício com a empresa intermediadora e produz um vínculo empregatício direto com a empresa tomadora, ou cliente. A ilicitude na terceirização induz à responsabilidade solidária. A opção, no sistema jurídico brasileiro, da responsabilidade solidária advém da lei ou da vontade das partes. A ideia de radicalidade desse posicionamento perde força quando se pesquisa a legislação⁶² na América Latina em geral, consoante explica Graciela Bensusán⁶³:

En materia de responsabilidad solidaria por parte de la empresa usuaria, algunos países siguen reglas más estrictas encaminadas a proteger mejor a los trabajadores, como cuando se establece ineludiblemente esta responsabilidad en casos em que la actividad subcontratada corresponda a las que normalmente desarrolla la empresa, tal como ocurre en Argentina, Panamá, Colombia y Venezuela. Incluso en el primero de estos países, la jurisprudencia establece desde 2002 que el trabajador puede optar libremente por demandar a su empleador, a la empresa con que la que aquél contrato o a ambos conjuntamente, lo cual se debió a la enorme dificultad que enfrentan los trabajadores ante la insolvencia de sus empleadores⁶⁴.

⁵⁹MELO, Raimundo Simão de. A necessária revisão da Súmula 331 do TST diante do Novo Código Civil. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Belém, vol. 44, n. 86, jan/junho 2011, p. 155.

⁶⁰GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Curso de Direito Civil. Vol II, 4ª ed, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 75, *in verbis*: “nada mais do que uma forma especial de solidariedade, com benefício ou preferência de excussão de bens de um dos obrigados.”

⁶¹ Art. 264 do Código Civil. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda. (BRASIL, 2002)

⁶² A legislação sobre terceirização na América Latina, em geral, é extremamente protetiva. Citamos como exemplos legislativos relevantes sobre terceirização: Argentina (Lei 30/2003; arts. 30 e 136 da LCT (Lei do Contrato de Trabalho)); Paraguai (arts. 24 a 26 da Lei 213/93); Uruguai (Lei 18.098/2007; Lei 18.099/2007 e Lei 18.251/2008); Chile (Lei 20.123/2006 e art. 92 do Código de Trabalho Chileno) e Peru (Lei 27.626/2002; Lei 29.245/2008 e Decreto Legislativo 1.038/2008).

⁶³ BENSUSÁN, Graciela. La subcontratación laboral y sus consecuencias: problemas de diseño institucional o de implementación? Cuadernos de integración andina. La subcontratación laboral – análisis y perspectivas. Consejo consultivo laboral andino, n. 20, Diciembre 2007, p. 42.

⁶⁴ Em matéria de responsabilidade solidária da empresa tomadora, alguns países seguem regras mais restritivas e protetivas da classe trabalhadora quando a atividade terceirizada é normalmente desenvolvida na empresa, tal como ocorre na Argentina, Panamá, Colômbia e Venezuela. Inclusive, no primeiro país citado, a jurisprudência estabelece desde 2002 que o trabalhador pode escolher a quem processar, podendo optar pela empresa tomadora, a empresa interveniente ou ambas conjuntamente. Isto decorre do reconhecimento da grande dificuldade pela qual passa o trabalhador diante da insolvência de seus empregadores. (Tradução da articulista)

“Nos países da América Latina, a maioria dos instrumentos normativos que regulam as relações triangulares estabelece que a empresa tomadora tenha responsabilidade solidária sobre o trabalhador e deva responder pelos direitos trabalhistas”⁶⁵. Há um claro descompasso entre o posicionamento de responsabilidade previsto no Brasil e o adotado na América Latina.

6 Considerações Finais

Apesar da abrangência da proteção constitucional acerca dos direitos sociais, indubitavelmente, o principal destinatário são os menos favorecidos economicamente, uma vez que o atendimento de suas necessidades é um imperativo do princípio da dignidade da pessoa humana⁶⁶, uma garantia de mínimo existencial⁶⁷.

“Os direitos sociais, como direitos de segunda dimensão, convém lembrar, são aqueles que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de implementação da igualdade social dos hipossuficientes”⁶⁸.

As políticas públicas, *lato sensu*, compreendem as prestações positivas estatais advindas dos poderes. E, cada um dos poderes, tem o dever de implantar em sua seara medidas de estímulo, preservação e adimplemento do Estado em relação ao hipossuficiente. No artigo 6º da Constituição da República são caracterizados como sociais direitos de cinco naturezas distintas: trabalhistas, previdenciários, econômicos, culturais e de segurança pública. E, no Texto Constitucional há artigos tratando destes assuntos, definindo e demarcando em que aspectos deve a política pública agir e beneficiar o hipossuficiente.

No art. 7º da Constituição da República, por excelência, encontram-se, minuciosamente tratados, os direitos trabalhistas. “Observa-se que, no trato dos direitos sociais individuais do trabalho, a Constituição foi extremamente generosa, tratando de açambarcar diversos dos direitos trabalhistas presentes na História jurídica nacional, criando, ainda, outros, em caráter inovador”⁶⁹.

Apesar de encontrar, facilmente, autores na área jurídica e na Administração que alçam a terceirização à condição de solução de todo problema econômico e indispensável ao desenvolvimento e êxito empresarial, começam a surgir estudos em programas de mestrado⁷⁰ sobre empresas que aplicaram a terceirização e não obtiveram resultados satisfatórios. Chamada de primeirização a movimentação no sentido de retroagir a terceirização para as contratações diretas, no modelo tradicional bipolar empregatício. Não se trata, pois, a terceirização, de solução perfeita, tampouco de vetor decisivo para o sucesso econômico de uma empresa.

[...] Direito do Trabalho, emergente na fase da socialização do direito, prepondera a função instituidora de modelos socialmente adequados. Esse ramo especial do Direito insere regras não aplicadas espontaneamente pela comunidade, mas que, à luz da solidariedade entre os homens, devem ser observadas. [...] Não revela assentamento do que se praticava no rito social, mas, pelo contrário, intervém drasticamente, para cercear a prática vigente, transformando-s, em prol do avanço da própria sociedade. [...] O que deu particularidade a esse ramo do Direito é justamente o modo novo com que fez a regulação das relações de trabalho que, [...] implicou uma mudança na forma de conceber a igualdade das pessoas, a qual “deixa de ser um ponto de partida do direito, para se converter em meta ou aspiração da ordem jurídica”⁷¹.

Tão complexo fenômeno, como o da terceirização trabalhista, deve ser analisado consoante os princípios

⁶⁵FALVO, Josiane Fachini. Balanço da regulamentação da terceirização do trabalho na América Latina. Instituto de Estudos Latino-Americanos (IELA). Universidade Federal de Santa Catarina, nº 03, 2009. Disponível em: <www.iela.ufsc.br.> Acesso em 12 out. 2011.

⁶⁶ “O homem, e duma maneira geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim.” KANT, Immanuel. Metafísica dos costumes. Lisboa: Edições 70, 2003, p. 68.

⁶⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 231.

⁶⁸ TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 827.

⁶⁹ TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 836.

⁷⁰ VEIGA JÚNIOR, Jorge. Da terceirização à primeirização: transformações das relações de trabalho na Petrobras. São Paulo, 2009. Dissertação (Curso de Mestrado em Direito). Orientadora: Professora Doutora Dorothee Susanne Rüdiger. Universidade Metodista de Piracicaba. e LIMA NETO, Walmir Maia Rocha. Quando a terceirização não funciona: a “primeirização” das atividades de manutenção industrial na Caraíba Metais. Bahia, 2008. Dissertação (Curso de Mestrado Profissional em Administração). Orientador: Professor Doutor Sandro Cabral. Universidade Federal da Bahia.

⁷¹ SILVA, Alessandro da; KROST, Oscar & SEVERO, Valdete Souto. Fundamentos à responsabilidade solidária e objetiva da tomadora de serviços na “terceirização”. Revista LTr. São Paulo, vol. 75, nº 01, p. 66 a 79, jan. 2011.

inspiradores de nossa Constituição da República, sob pena de tornar os dispositivos protetivos constitucionais trabalhistas em instrumentos incapazes de realizar seu desiderato. Como bem ensinou Pontes de Miranda:

Nada mais perigoso do que fazer-se Constituição sem o propósito de cumpri-la. Ou de só se cumprir nos princípios e que se precisa, ou se entende, devam ser cumpridos - o que é pior (...) no momento, sobre a Constituição que, bem ou mal, está feita, o que nos incumbe, a nós, dirigentes, juízes e intérpretes, é cumpri-la. Só assim saberemos para que serviu e a que não serviu, nem serve. Se a nada serviu em alguns pontos, que se emende, se reveja. Se algum ponto a nada serve, que se corte este pedaço inútil. Se a algum bem público desserve, que pronto se elimine. Mas, sem cumprir, nada saberemos. Nada sabemos, nada poderemos fazer que mereça crédito. Não cumpri-la é estrangulá-la ao nascer⁷².

Portanto, pugna-se pela proteção e respeito às normas-princípios constitucionais, valorizando os direitos fundamentais sociais insculpidos pelo legislador originário, a fim de que sejam alcançados os objetivos propostos pela Constituição Federal e construirmos e que se construa uma sociedade justa e igualitária.

A terceirização trabalhista pode ser realizada dentro de parâmetros adequados à satisfação dos direitos sociais trabalhistas. A proteção jurídica prevista no Texto Constitucional e reforçada pelos dispositivos da CLT tornam imperiosa a responsabilização do tomador de serviços e do intermediador pela exploração da mão de obra, inadimplência da empresa de terceirização e demais desvios e ilegalidades na terceirização.

A interpretação sistemática das normas tratadas favorece o entijecimento da responsabilidade na terceirização, além da demonstrada tendência na América Latina em reforçar o conteúdo protetivo do contrato de trabalho frente às tentativas de precarização e flexibilização. O recrudescimento da responsabilidade gera como consequência a adequação das empresas prestadoras e maior acuidade dos tomadores de serviços. Isto contribui para evitar ilicitudes, fraudes e descumprimento das obrigações trabalhistas dos empregados terceirizados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Audiência Pública – Terceirização. Site do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: http://www.tst.jus.br/ASCS/audiencia_publica/index3.html. Acesso em 16 out. 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BENSUSÁN, Graciela. La subcontratación laboral y sus consecuencias: problemas de diseño institucional o de implementación? Cuadernos de integración andina. La subcontratación laboral – análisis y perspectivas. Consejo consultivo laboral andino, n° 20, Diciembre 2007.

BRASIL. Lei 3.071 de 1° de janeiro de 1916. Código Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em 12 out. 2011.

_____. Decreto-Lei 5.452 de 1° de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em 12 out. 2011.

_____. Lei 5.889 de 08 de junho de 1973. Estatui normas reguladoras do trabalho rural. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 12 out. 2011.

_____. Lei 9.472 de 16 de julho de 1997 Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n° 8, de 1995. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 12 out. 2011.

_____. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 out. 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo n° TST-RR-134200-39.2009.5.04.0018**. Responsabilidade Subsidiária. Ente Público. Culpa *In Vigilando*. 2ª Turma. Relator Min. Caputo Bastos. Publicado no DEJT em 16/09/2011 Disponível em: <www.tst.jus.br> Acesso em: 12 out. 2011.

_____. **Processo n° TST-RR-57800-86.2007.5.01.0066**. Terceirização Ilícita. Atividade-Fim da Empresa Contratante. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª turma. Publicado no DEJT em 14/10/2011. Disponível em: <www.tst.jus.br> Acesso em: 12 out. 2011.

CAMINO, Carmen. Direito individual do trabalho. Porto Alegre: Síntese, 2003.

⁷²MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967, com emenda n° 1 de 1969. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 15-16.

- CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do trabalho. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.
- DELGADO, Gabriela Neves. Terceirização: Paradoxo do direito contemporâneo. São Paulo, LTr, 2003.
- DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- _____. Capitalismo, trabalho e emprego. Entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2006.
- FALVO, Josiane Fachini. Balanço da regulamentação da terceirização do trabalho na América Latina. Instituto de Estudos Latino-Americanos (IELA). Universidade Federal de Santa Catarina, nº 03, 2009. Disponível em: www.iela.ufsc.br. Acesso em 12 out. 2011.
- GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Curso de direito civil. Vol. 02, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GRISOLIA, Julio Armando. Manual de Derecho Laboral. 7º ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2011.
- HORCAIO, Ivan. Dicionário jurídico referenciado. São Paulo: Primeira Impressão, 2006.
- IRANZO, Consuelo & RICHTER, Jacqueline. La subcontratación laboral. Bomba de tiempo a la paz social. Cuadernos de integración andina. La subcontratación laboral – análisis y perspectivas. Consejo consultivo laboral andino, nº 20, Diciembre 2007.
- JORGE NETO, Francisco Ferreira & CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. A terceirização na Administração Pública e constitucionalidade do art. 71, Lei 8.666/93, declarada pelo STF (novembro de 2010). Revista LTr. São Paulo, vol. 75, nº 3, p. 276 a 281, março 2011.
- KANT, Immanuel. Metafísica dos costumes. Lisboa: Edições 70, 2003.
- LIMA NETO, Waldir Maia Rocha. Quando a terceirização não funciona: a “primeirização” das atividades de manutenção industrial na Caraíba Metais. Bahia, 2008. Dissertação (Curso de Mestrado Profissional em Administração). Orientador: Professor Doutor Sandro Cabral. Universidade Federal da Bahia.
- LIMA, Jacob Carlos. A terceirização e os trabalhadores: Revisitando algumas questões. Cadernos de Psicologia Social do Trabalho. São Paulo, vol. 13, nº 01, p. 17 a 23, 2010.
- MARQUES, Fabíola & ABUD, Cláudia José. Direito do Trabalho. Série leituras jurídicas provas e concursos. 7. ed., vol. 22. São Paulo: Atlas, 2011.
- MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MELO, Raimundo Simão de. A necessária revisão da Súmula 331 do TST diante do Novo Código Civil. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Belém, vol. 44, nº 86, jan/junho 2011.
- MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967, com Emenda nº 1 de 1969. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- OLIVEIRA, Maria Fernanda Pereira de. Do processo de terceirização nas empresas de telecomunicações. Da possibilidade da terceirização da atividade-fim. Inaplicabilidade da Súmula 331, III, do TST. Inteligência da Lei Geral de Telecomunicações. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1702, 28 fev. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10995>>. Acesso em: 26 abr. 2011.
- POCHMANN, Márcio. “O papel da terceirização da mão de obra”. Revista Fórum. Disponível em: <http://www.revistaforum.com.br/sitefinal/EdicaoNoticiaIntegra.asp?id_artigo=543>. Acesso em: 23 out. 2011.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de direito do trabalho. 3. ed. São Paulo, LTr, 1996.
- SANTOS, Roseli Rêgo. O princípio da busca do pleno emprego como aplicação da função social da empresa na lei de falências e recuperação de empresas. Anais Compedi. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/roseli_rego_santos.pdf. Acesso em 08 out. 2011.
- SILVA, Alessandro da; KROST, Oscar & SEVERO, Valdete Souto. Fundamentos à responsabilidade solidária e objetiva da tomadora de serviços na “terceirização”. Revista LTr. São Paulo, vol. 75, nº 01, p. 66 a 79, jan. 2011.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Relação de emprego & direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2007.
- _____. Carta aberta aos “terceirizados” e à comunidade jurídica. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Belém, vol. 44, nº 86, jan/junho 2011.
- _____. Trabalho descentralizado. A terceirização sob uma perspectiva humanista. Revista Latinoamericana de Derecho Social. México, nº 09, p. 159 a 174, Julio-diciembre 2009.
- TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- Diké, Aracaju, vol. 03 n 01 , jan/jul/2014, p.83 a 96, Agosto/2014|<http://www.seer.ufs.br/index.php/dike>

VEIGA JÚNIOR, Jorge. Da terceirização à primeirização: transformações das relações de trabalho na Petrobras. São Paulo, 2009. Dissertação (Curso de Mestrado em Direito). Orientadora: Professora Doutora Dorothee Susanne Rüdiger. Universidade Metodista de Piracicaba.

VIANA, Márcio Túlio. Fraude à lei em tempos de crise. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Paraná, vol. 21, p. 61 a 70, julho-dezembro 1996.

Publicado no dia 06/08/2014

Recebido no dia 26/07/2013

Aprovado no dia 29/07/2013

SUBVENÇÃO ECONÔMICA *VERSUS* INCENTIVO FISCAL: UMA DISCUSSÃO SOBRE O FOMENTO DA INOVAÇÃO NO BRASIL

Dany Rafael Fonseca Mendes¹

Adalberto Amorim Pinheiro²

Michel Ângelo Constantino de Oliveira³

Resumo

Este artigo examina os possíveis impactos da Política Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação, especialmente no que se refere a uma parte do seu marco regulatório, nos indicadores do processo inovativo. Trata-se de estudo geral, não se atendo ao exame explanatório e pormenorizado da legislação aplicável, tampouco de análise aprofundada dos índices escolhidos como referência. São observadas, através dos dados atualizados, tão somente as prováveis relações entre duas das principais normas que cuidam do tema, Lei da Inovação e Lei do Bem, e um dos indicadores de inovação mais utilizados: investimento em Pesquisa e Desenvolvimento, particularmente o dispêndio privado em P&D. Diante de indícios que, a partir da vigência do marco regulatório em epígrafe (2004 em diante), apontam para a majoração do indicador selecionado, este estudo busca avaliar a evolução dos investimentos em Pesquisa e Desenvolvimento de 2005 a 2009. Os resultados da pesquisa demonstram que houve confirmação das hipóteses sob análise, pois, a partir da vigência das leis em estudo, verifica-se evolução positiva dos investimentos privados em P&D.

Palavras-chave: Inovação. Política Nacional. Marco Regulatório. Indicadores. P&D.

Abstract

This article examines the possible impacts of the National Policy on Science, Technology and Innovation, especially with regard to a part of its regulatory framework, the indicators of the innovative process. This study is not usually attend the explanatory and detailed examination of the applicable law, nor in-depth analysis of the indices chosen as reference. Are observed through the updated data, so only the probable relationship between the two main standards that take care of the theme, Innovation Law and Law of Good, and one of the most commonly used indicators of innovation: R & D investment, particularly private spending R & D. Faced with evidence that from the validity of the above regulatory framework (2004 onwards), point to the increase of the indicator selected, this study aims to assess the evolution of investments in Research and Development from 2005 to 2009. The survey results show that there was confirmation of the hypothesis under consideration, therefore, from the validity of laws under study, there was positive evolution of private investment in R & D.

Key words: Innovation. National Policy. Regulatory Framework. Indicators. R & D.

1. Introdução

A era do conhecimento, pós-revolução industrial, proporcionou, dentre muitas outras mudanças, uma nova ordem econômica, e, de acordo com Falcão (2008), essa nova ordem mundial impôs transformações significativas no contexto das relações entre as nações, especialmente no que tange à competição macroeconômica.

Com a globalidade (conectividade dada pelo mundo em rede), as ações em curso no Planeta se tornaram imprevisíveis em um campo de concorrência promovido pelo desafio de ameaças e oportunidades (OLIVEIRA, 2010). O desafio dos países é promover desenvolvimento a partir do conhecimento edificado pelo seu próprio capital humano. Para tanto, é preciso construir um ambiente institucional capaz de promover inovação, da pesquisa básica ao mercado.

Sobre a constante ameaça de “serem relegados à posição de nações escravas: cortadoras de lenha e carregadoras de água para os povos mais esclarecidos”⁴, os Estados devem assumir a posição de protagonista na criação e manutenção de políticas públicas voltadas para a inovação.

¹ Advogado, Mestrando em AED – Análise Econômica do Direito – pela Universidade Católica de Brasília (UCB) e Gestor de Ciência e Tecnologia do Núcleo de Inovação Tecnológica da mesma Universidade.

² Advogado, Doutorando pela Universidade de Aveiro – PT, Gerente de Inovação e Transferência de Tecnologia do Centro de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Universidade de Brasília (CDT/UnB).

³ Pesquisador do IPEA, Doutorando em Economia pela Universidade Católica de Brasília (UCB).

⁴ Lord Rutherford – Prêmio Nobel de Química em 1908. Citado no documento “Ciência e pesquisa – contribuição de homens do laboratório e da cátedra à Magna Assembleia Constituinte de São Paulo”, 1947, que deu origem a FAPESP. In: V. S. Motoyama, Et al, 1999.

No Brasil, o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI), com a incorporação de duas das mais importantes agências de fomento do País – a Financiadora de Estudos e Projetos (FINEP) e o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq)– passou a coordenar o trabalho de execução dos programas e ações que consolidam a Política Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação. O objetivo dessa política é transformar o setor em componente estratégico do desenvolvimento econômico e social do Brasil, contribuindo para que seus benefícios sejam distribuídos de forma justa à toda a sociedade (MCTI, 2010).

O objetivo do presente artigo é avaliar a Política Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação, em especial a influência da legislação de diretrizes da inovação e de incentivo fiscal e seus impactos nos indicadores de inovação.

O campo empírico desta pesquisa está limitado à Lei da Inovação (2004) e à Lei do Bem (2005), utilizando dados da Pesquisa de Inovação Tecnológica (PINTEC – IBGE), da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD) e do MCTI.

Para tanto, o estudo será dividido em sete seções: esta introdução, a revisão teórica na segunda seção, o panorama da inovação e o histórico e marco legal nas seções três e quatro, respectivamente. A metodologia de pesquisa foi descrita na seção 5, acompanhada da análise dos resultados e conclusão.

2. Revisão Teórica

Joseph Alois Schumpeter, um dos mais importantes economistas do século XX, em “A Teoria do Desenvolvimento Econômico”, definiu as inovações como novas combinações de materiais e forças que aparecem descontinuamente e se referem a:

- Introdução de um novo bem — ou seja, um bem com que os consumidores ainda não estiverem familiarizados — ou de uma nova qualidade de um bem;
- Introdução de um novo método de produção, ou seja, um método que ainda não tenha sido testado pela experiência no ramo próprio da indústria de transformação, que de modo algum precisa ser baseada numa descoberta cientificamente nova, e pode consistir também em nova maneira de manejar comercialmente uma mercadoria;
- Abertura de um novo mercado, ou seja, de um mercado em que o ramo particular da indústria de transformação do país em questão não tenha ainda entrado, quer esse mercado tenha existido antes, quer não;
- Conquista de uma nova fonte de oferta de matérias-primas ou de bens semimanufaturados, mais uma vez independentemente do fato de que essa fonte já existia ou teve que ser criada;
- Estabelecimento de uma nova organização de qualquer indústria, como a criação de uma posição de monopólio ou a fragmentação de uma posição de monopólio.

O Manual de Oslo, em sua 2ª edição (1997), carregando uma visão schumpeteriana do conceito de inovação, ainda que trate especificamente de inovação tecnológica de produto e processo, define, no § 130, o termo como:

“Inovações Tecnológicas em Produtos e Processos (IPP): compreendem às implantações de produtos e processos tecnologicamente novos e substanciais melhorias tecnológicas em produtos e processos.”

A Lei de Inovação traz a definição de inovação, em seu Art. 2º, alínea IV, como:

“introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo ou social que resulte em novos produtos, processos ou serviços.”

Apesar de decorrente do Art. 28º da Lei de Inovação, o Capítulo III da Lei do Bem, por sua vez, no Art. 17º, § 1, preferiu trazer uma definição para inovação tecnológica não linearmente derivada da definição da Lei de Inovação, como:

“Inovação Tecnológica: concepção de novo produto ou processo de fabricação, bem como a agregação de novas funcionalidades ou características ao produto ou processo que implique melhorias incrementais e efetivo ganho de qualidade ou produtividade, resultando maior competitividade no mercado.”

Adicionalmente, o Manual de Oslo, em sua 3ª edição (2005), inseriu dois tipos adicionais de inovação: organizacional e de marketing. Em seu §146, a edição traz que:

“Uma inovação é a implementação de um produto (bem ou serviço) novo ou significativamente melhorado, ou um processo, ou um novo método de marketing, ou um novo método organizacional nas práticas de negócios, na organização do local de trabalho ou nas relações externas.”

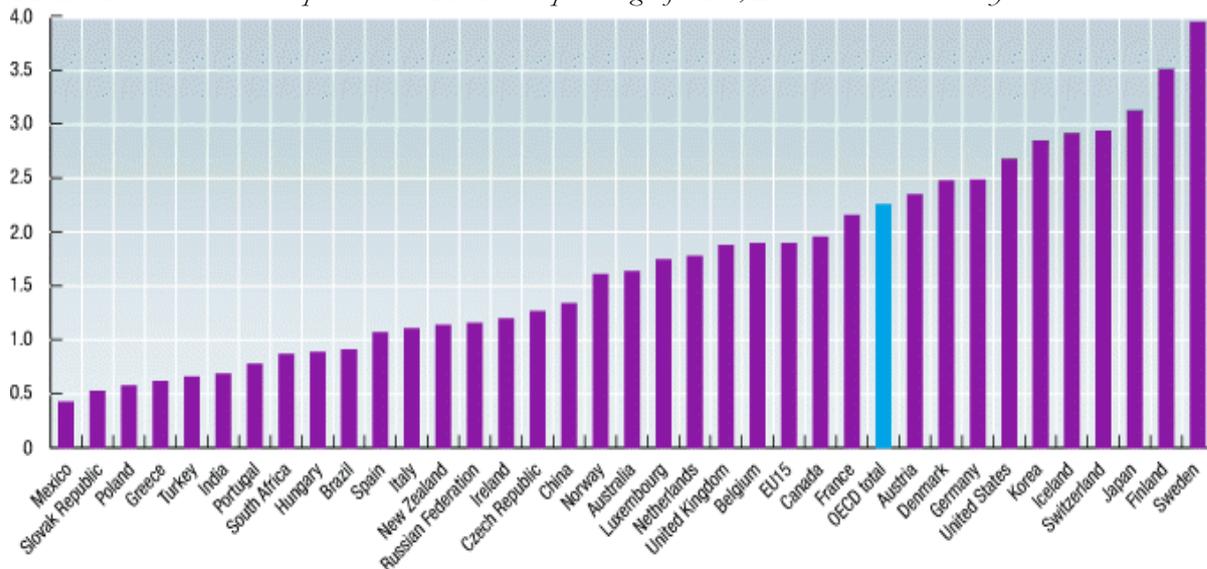
As definições regulamentares supramencionadas revelam um desenvolvimento dos conceitos, e os

elementos desta evolução conceitual mostram que a expansão do conceito de inovação para além da tecnológica é mais que uma tendência.

3. Panorama da Inovação

Conforme Moreira, et al,(2007) a inovação tecnológica tem sido reconhecida por diversos autores no mundo como o motor da chamada Nova Economia. Nesse aspecto, inúmeros estudos comparam o desempenho dos países, como o gráfico abaixo, da OECD (2007), que analisa países desenvolvidos e em desenvolvimento, utilizando o percentual do Produto Interno Bruto (PIB) aplicado em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D).

Gráfico 1: *Gross domestic expenditure on R&D as a percentage of GDP, 2005 or latest available year*



Fonte: Moreira, et al,(2007) Dados: OECD (2007).

Já naquele ano, o Brasil aparece em destaque, se considerarmos que à sua frente aparecem apenas países já desenvolvidos. Somente o gigante asiático China é exceção em quase todos os indicadores, haja vista seu expressivo crescimento nos últimos dez anos. A posição brasileira indica que o País investia quase 1% do PIB em pesquisa e desenvolvimento. Em comparação, os países-membros da OECD, todos desenvolvidos, investem em média (coluna clara da figura) 2,25% das suas produções nacionais (MOREIRA, et al, 2007).

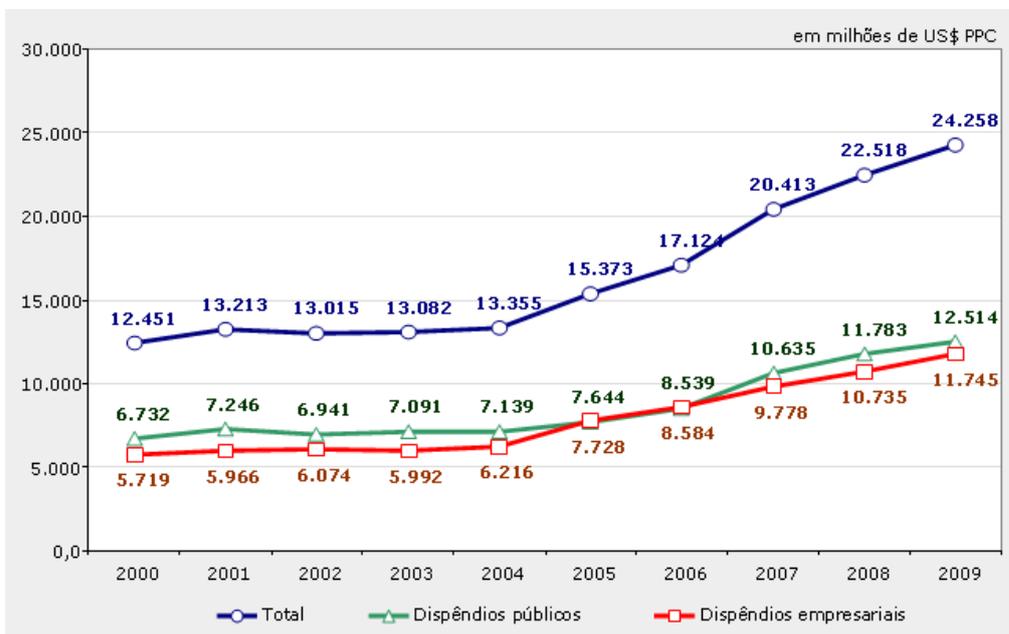
O Ministério de Ciência e Tecnologia – MCT, não por acaso, mudou sua denominação para Ministério da Ciência Tecnologia e Inovação – MCTI. Esse é apenas mais um sinal da preocupação governamental de inserir o Brasil no rol dos países considerados inovadores. Tal inquietação, conforme apresentação do Ministro de Estado da referida pasta, está lastreada, dentre outros indicadores, na diferença entre o superávit da balança comercial total e o déficit crescente de parcela da mesma balança, considerando-se apenas produtos de base tecnológica.

Na interpretação de Silva Júnior (2009), os gastos com pesquisa e desenvolvimento são um dos principais fatores a influenciar o processo de inovação tecnológica. E, apesar de não ser o único indicador, o percentual de investimento em P&D será adotado como proxy quantitativa para análise do impacto no presente estudo.

Em função das novas políticas públicas criadas no período recente, o apoio à inovação e ao P&D privado vem aumentando no Brasil. Dentre os vários instrumentos criados, destacam-se duas leis principais: Lei de Inovação (2004) e Lei do Bem (2005).

De acordo com dados do MCTI (2010), o setor empresarial vem aumentando gradativamente seu investimento em P&D com relação ao PIB, como podemos observar o gráfico abaixo:

Gráfico 2: Brasil: Dispendio nacional em pesquisa e desenvolvimento (P&D) por setor, em paridade de poder de compra (PPC) 2000-2008



Fonte(s): Dispendios federais: Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (Siafi). Extração especial realizada pelo Serviço Federal de Processamento de Dados - Serpro; Dispendios estaduais: Balanços Gerais dos Estados e levantamentos realizados pelas Secretarias Estaduais de Ciência e Tecnologia ou instituições afins; e Dispendios empresariais: Pesquisa de Inovação Tecnológica - Pintec/IBGE e levantamento realizado pelas empresas estatais federais, a pedido do MCT.
Elaboração: Coordenação-Geral de Indicadores (CGIN)- ASCAV/SEXEC - Ministério da Ciência e Tecnologia.

O gráfico indica a tendência de crescimento do dispêndio do setor privado em P&D, sendo que de 2004 em diante se mostra com forte tendência positiva.

Na próxima seção, os estudos recaem sobre um breve histórico da legislação brasileira sobre inovação.

4. Política Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação: Histórico e Marco Legal

Nesta seção, pretende-se demonstrar a evolução regulatória da inovação no Brasil, por meio de fontes secundárias de pesquisa, quais sejam: a legislação e os relatórios governamentais.

Conforme o Manual de Orientações Gerais sobre Inovação do Ministério das Relações Exteriores (2011), a legislação brasileira de inovação é relativamente nova, com origem na década de 1990. Até então, a legislação cobria simplesmente atividades de Ciência e Tecnologia, predominantemente em instituições superiores de ensino e pesquisa.

A Lei nº 8.661, de 02 de Junho de 1993, que dispôs sobre os incentivos fiscais para a capacitação tecnológica da indústria e da agropecuária, introduziu a concessão de incentivos fiscais para estímulo à capacitação tecnológica da indústria e da agropecuária nacionais, através de Programas de Desenvolvimento Tecnológico Industrial e Programas de Desenvolvimento Tecnológico Agropecuário. Por se tratar de estímulo ao desenvolvimento na indústria e na agropecuária, ainda que sem o propósito específico de gerar inovação, esta lei pode ser considerada como a primeira legislação brasileira sobre inovação.

Pacheco (2007), no entanto, considera que a ênfase dada pelo Governo Federal do Brasil, no período 1999 a 2002, às políticas de incentivo à inovação, tivera poucos precedentes. Ainda segundo o autor, exceto a criação do CTPetro em 1997, que é o Fundo Setorial do Petróleo, as iniciativas legislativas anteriores a 1999 foram importantes para a regulação das atividades de C&T (Lei de Propriedade Industrial, Lei de Cultivares, Lei do Software e de Biossegurança), as quais, no entanto, quase não afetaram a estrutura de incentivos à inovação, fomento e financiamento à C&T.

Atualmente, o marco legal para a inovação pode ser sinteticamente considerado como alicerçado sobre as leis listadas a seguir:

4.1. Lei de Inovação– Lei nº 10.973 de 2 de Dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 5.563 de 11 de Outubro de 2005.

A Lei de Inovação é considerada um dos principais pontos de referência da Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior (Pitce), que tem como objetivo o aumento da eficiência econômica e o desenvolvimento e difusão de tecnologias com maior potencial de indução do nível de atividade e de competição no comércio internacional (BRASIL, 2003).

Regulamentada com o objetivo principal de estimular a cooperação entre universidades e empresas e gerar inovações tecnológicas capazes de incrementar a competitividade nacional. Nesse sentido, esta lei está organizada em três vertentes: i. constituição de ambiente propício às parcerias estratégicas entre as universidades, institutos tecnológicos e empresas; ii. estímulo à participação de instituições de ciência e tecnologia no processo de inovação; iii. incentivo à inovação na empresa.

A lei reflete a necessidade do País de contar com dispositivos legais eficientes que contribuam para o delineamento de um cenário favorável ao desenvolvimento científico e tecnológico e ao incentivo à inovação (MOREIRA et al, 2007).

As leis estaduais de inovação são similares à federal, transpondo a nível estadual, os preceitos da lei federal, contemplando obviamente as Instituições Científicas e Tecnológicas e medidas de incentivos a inovação – recursos de subvenção econômica e incentivos fiscais, no âmbito estadual. A Lei de Inovação, portanto, dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, estabelecendo medidas “com vistas à capacitação e ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento industrial do País (...)”.

4.2. Lei do Bem – Lei nº 11.196 de 21 de Novembro de 2005, regulamentado (o capítulo III somente) pelo Decreto nº 5.798 de 7 de Junho de 2006.

Moreira et al (2007) afirma que, nos últimos anos, novos programas de incentivos fiscais foram introduzidos e outros modificados, com o objetivo de torná-los mais generosos e direcionados a pré-determinados tipos de beneficiários, como pequenas empresas ou certos tipos de indústrias. As formas especiais de tratamento fiscal para gastos com P&D incluem: dedução imediata dos gastos correntes com P&D e vários tipos de reduções fiscais, como crédito fiscal ou desconto em lucros taxáveis. Enquanto muitos dos incentivos existentes recompensam aumentos incrementais nos investimentos em P&D (baseados em diversas fórmulas), os novos incentivos se baseiam no nível de investimento em P&D no ano corrente. Em 2004, Espanha, México e Portugal estabeleceram grandes subsídios sem fazer distinção entre pequenas e grandes empresas. O Canadá, os Países Baixos e especialmente a Itália são significativamente mais generosos com as pequenas empresas do que com as maiores. Áustria, Finlândia, Alemanha e os Países Baixos estruturaram e consolidaram seus programas de apoio à inovação, visando a simplificação de sua utilização (OCDE, 2005).

Segundo Pacheco (2010), o Brasil tem feito progresso no apoio a inovação. Há cerca de dez anos, com pequenos percalços no caminho, a agenda de ciência e tecnologia incorporou o tema inovação como prioridade na política pública, e, paulatinamente, a legislação de incentivos ao setor privado foi sendo aprimorada. Primeiro, com a instituição dos fundos setoriais, depois, com a criação de incentivos para abatimentos de gastos em P&D e com a criação de subvenções ao setor privado. A tabela abaixo faz uma síntese da evolução do marco regulatório de subvenção e incentivo fiscal à P&D no Brasil.

Tabela 1: Base Legal de Subvenção e Incentivo Fiscal à P&D no Brasil:

LEI	ANO	FINALIDADE
Lei nº 10.973/04 (Lei de Inovação)	2004	Estimula a inovação e retira gargalos institucionais à cooperação público-privada e cria uma subvenção econômica, no âmbito do FNDCT, para produtos ou processos inovadores no setor privado.

SUBVENÇÃO ECONÔMICA *VERSUS* INCENTIVO FISCAL: UMA DISCUSSÃO SOBRE O FOMENTO DA INOVAÇÃO NO BRASIL

ISSN ELETRÔNICO 2237-2040

102

Lei nº 11.196/05 (Lei do Bem) – (Convertida da MP 255/05 e alterada pela Lei nº 11.487, de 15.06.2007)	2005	Amplia os incentivos da Lei nº 10.637/02 permitindo abater em dobro as despesas com P&D do IRPJ e da Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido – CSLL; redução de 50% do IPI incidente sobre máquinas e equipamentos para P&D; depreciação integral e amortização acelerada de equipamentos e bens intangíveis para P&D; redução a zero da alíquota do IR nas remessas para o exterior destinadas ao registro e manutenção de marcas e patentes; crédito de 20% (em 2008) e de 10% (no período de 2009 à 2013) do IRRF incidente sobre remessas em contratos de transferência de tecnologia averbados no INPI.
--	------	--

Fonte: Adaptado de Pacheco, 2010.

No estudo do Instituto de Estudos para o Desenvolvimento Industrial (IEDI, 2010), o incentivo mais largamente utilizado para estimular a inovação é a constituição de regimes tributários que favorecem o gasto em P&D. No caso brasileiro, o incentivo fiscal para atividades de P&D no Brasil está basicamente concentrado na Lei de Informática e na Lei do Bem. Somados, estes incentivos corresponderam, em 2008, a cerca de 31,2% do gasto privado em P&D estimado para esse ano. É um percentual muito alto, que colocaria o Brasil dentre os países com regimes tributários mais favoráveis às atividades de P&D em todo o mundo, como mostra a tabela seguinte (IEDI, 2010).

Pacheco (2010) corrobora o estudo analisando o caso de exclusão da renúncia da Lei de Informática, o incentivo fiscal passa a corresponder a apenas R\$ 0,102 para cada R\$ 1,00 gasto em P&D, patamar similar a países em que o incentivo é menos relevante e que utilizam outros instrumentos de suporte ao setor privado (apoio direto, ou seja, subvenção), como os Estados Unidos e o Reino Unido, o que não é o caso brasileiro.

Tabela 2: Incentivo Fiscal ao Gasto de P&D Privado (Incentivo para cada US\$ 1 gasto em P&D) – 2008

País	PMEs	Grandes Empresas
França	0.425	0.425
Espanha	0.349	0.349
Brasil (1)	0.312	0.312
Portugal	0.281	0.281
Índia	0.269	0.269
Brasil (2)	0.254	0.254
Canadá	0.326	0.180
Coréia do Sul	0.158	0.180
África do Sul	0.163	0.163
China	0.138	0.138
Itália	0.117	0.117
Austrália	0.117	0.117
Japão	0.159	0.116
Reino Unido	0.179	0.105
Brasil (3)	0.102	0.102
EUA	0.066	0.066

Fonte: Warda, J. (2009) “Na Update of R&D Tax Treatment in OECD

Countries and Selected Emerging Economies, 2008-2009” in OECD, 2009.

De acordo com o mesmo autor supracitado, a tabela abaixo traz um perfil mais detalhado do tipo apoio direto e indireto que é concedido ao setor privado brasileiro para atividade de inovação. Como se pode perceber, esse apoio vem aumentando nos últimos anos, tanto em função do aumento da renúncia fiscal da Lei de Informática (que depende essencialmente do desempenho econômico do setor), como da renúncia fiscal da Lei do Bem, que tem atraído um número crescente de empresas. Juntos, esses incentivos explicam quase 90% do aumento do apoio público para P&D (IEDI, 2010).

Tabela 3: Incentivo Fiscal e Subvenção ao Gasto em P&D no Brasil – 2006 a 2008 – Milhões de R\$

	2006	2007	2008
--	------	------	------

SUBVENÇÃO ECONÔMICA *VERSUS* INCENTIVO FISCAL: UMA DISCUSSÃO SOBRE O FOMENTO DA INOVAÇÃO NO BRASIL

ISSN ELETRÔNICO 2237-2040

103

Incentivos Fiscais			
Lei do Bem	229,0	883,9	1.544,5
Lei da Informática	1.990,1	2.759,0	3.183,6
Subvenção Econômica			
Lei de Inovação	40,0	344,8	319,0
Equalização de Juros	66,3	78,7	89,6
Outras Subvenções	32,6	32,4	49,5
Total (Incentivos e Subvenção)	2.358,0	4.098,8	5.186,3
Total (Incentivos e Subvenção – sem informática)	367,9	1.339,7	2.002,6
Gasto Privado em P&D	11.738,2	13.422,8	15.160,7
PIB	2.369.797,0	2.661.344,0	3.004.881,0
Total Apoio/Gasto Privado em P&D (%)	20,1%	30,5%	34,2%
Total Apoio/Gasto Privado em P&D (s/Informática) (%)	3,1%	10,0%	13,2%

Fonte: MCT e Relatórios de Execução Orçamentária In: IEDI, 2010.

Os percentuais indicados na tabela acima indicam que se excluirmos a Lei de Informática, pelas razões já apontadas, o apoio público ao dispêndio privado se situava em 13,2% do gasto privado, no ano de 2008, um percentual próximo à média do apoio concedido pelos países da OECD (que fomentam de 13% a 14% do gasto das empresas com P&D).

5. Metodologia

A metodologia de pesquisa do artigo em tela será descritivo-exploratório, pois as pesquisas descritivas exprimem em seu nome o objetivo em questão. Trata-se de uma investigação com a finalidade de exaurir as características do objeto proposto. Algumas pesquisas descritivas vão além da simples identificação da existência de relações entre variáveis, pretendendo determinar a natureza dessa relação. Neste caso, tem-se uma pesquisa descritiva que se aproxima da explicativa. Mas há pesquisas que, embora definidas como descritivas a partir de seus objetivos acabam servindo mais para proporcionar uma nova visão do problema, o que as aproxima das pesquisas exploratórias (GIL, 1994, p. 46).

Gil (1994) entende pesquisas exploratórias como sendo aquelas cujos objetivos se concentram em conhecer melhor o objeto a ser investigado. Segundo o autor, “pode-se dizer que estas pesquisas têm como objetivo principal o aprimoramento de ideias ou a descoberta de intuições”.

Uma pesquisa pode ser considerada de natureza exploratória, quando envolver levantamento bibliográfico, entrevistas com pessoas que tiveram, ou têm, experiências práticas com o problema pesquisado e análise de exemplos que estimulem a compreensão. As pesquisas exploratórias visam proporcionar uma visão geral de um determinado fato, do tipo aproximativo⁵.

Com o apoio das publicações atuais do MCTI, PINTEC, OECD e artigos complementares, tornou-se possível entender a origem promotora do Estado na Política Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação.

A coleta de dados secundários sobre o marco regulatório *in casu*, a fim de consubstanciar a pesquisa contribuiu para o aprofundamento dos objetivos deste trabalho, com propósito de verificar a importância de tais Leis. Analisadas a teoria pertinente ao tema e os dados secundários, foi possível verificar novas realidades sobre a inovação e seu marco regulatório, e, para tanto, foram observadas duas hipóteses centrais de estudo:

Hipótese 1 (H1): Houve evolução nos indicadores de inovação após a vigência da Lei da Inovação e da Lei do Bem.

Hipótese 2 (H2): A evolução foi significativa, confirmada a hipótese 1.

Metodologicamente, de acordo com o objetivo proposto e as hipóteses de estudo, verifica-se através dos dados quantitativos a evolução dos gastos em P&D como proxy de análise do impacto da Lei do Bem e da Lei da Inovação nessa evolução.

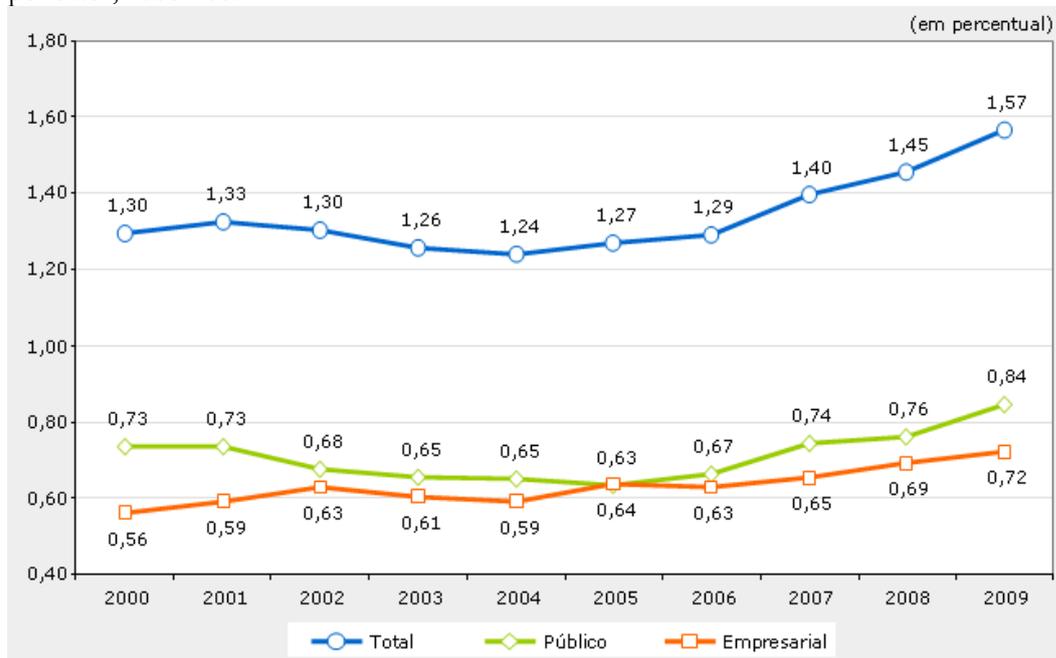
6. Análise dos resultados

Buscando responder as hipóteses (H1 e H2) do estudo, cabe analisar os gráficos abaixo:

Gráfico 3: Dispendio nacional em ciência e tecnologia (C&T) em relação ao produto interno bruto (PIB)

⁵GIL, A. C. (2007). *Pesquisa qualitativa, exploratória e fenomenológica: Alguns conceitos básicos*. Sítio Administradores <<http://www.administradores.com.br/informe-se/artigos/pesquisa-qualitativa-exploratoria-e-fenomenologica-alguns-conceitos-basicos/14316/>>. Acessado em 17 de abril de 2010.

por setor, 2000-2009



Fonte(s): PIB: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE;
 Dispêndios federais: Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (Siafi). Extração especial realizada pelo Serviço Federal de Processamento de Dados - Serpro;
 Dispêndios estaduais: Balanços Gerais dos Estados e levantamentos realizados pelas Secretarias Estaduais de Ciência e Tecnologia ou instituições afins; e
 Dispêndios empresariais: Pesquisa de Inovação Tecnológica - Pintec/IBGE e levantamento realizado pelas empresas estatais federais.
 Elaboração: Coordenação-Geral de Indicadores (CGIN) - ASCAV/SEXEC - Ministério da Ciência e Tecnologia.

O dispêndio do setor privado que foi privilegiado com a Lei do Bem, mostrou-se novamente crescente ao analisar o dispêndio nacional em Ciência e Tecnologia em relação ao PIB, saindo de 0,63% em 2006 para 0,72% em 2009.

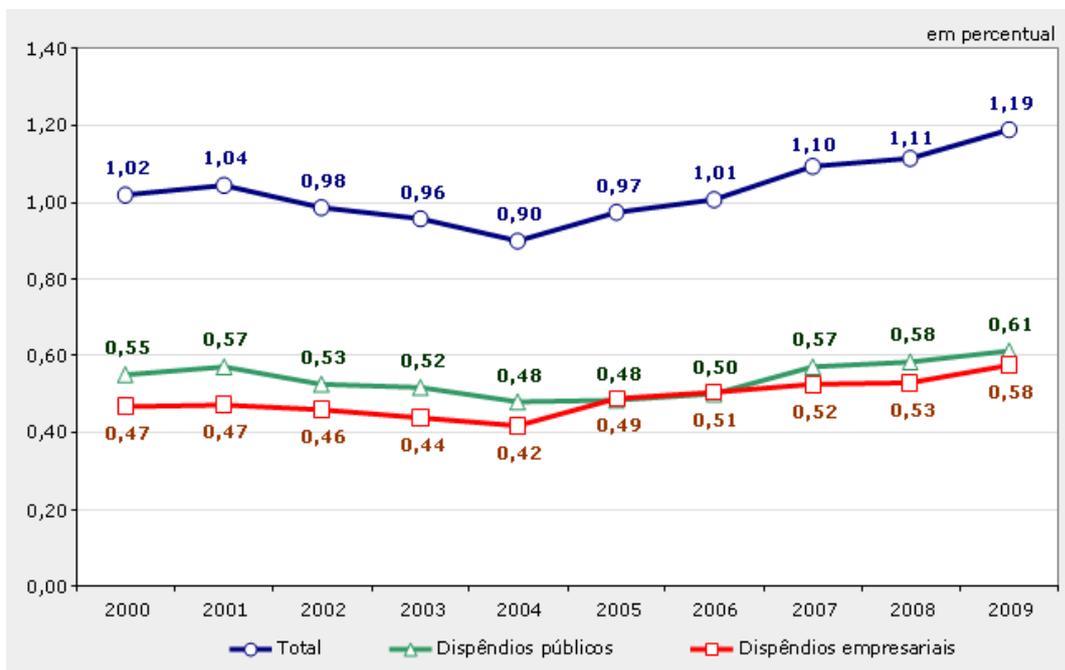
No próximo gráfico, é relevante notar a evolução percentual do dispêndio do setor público e, especialmente, do setor privado, o qual foi beneficiado sobremaneira com a Lei do Bem que incentiva a criação e expansão do P&D em empresas privadas.

Gráfico 4: Brasil: Dispêndio nacional em pesquisa e desenvolvimento (P&D) em relação ao produto interno bruto (PIB) por setor, 2000-2009.

SUBVENÇÃO ECONÔMICA *VERSUS* INCENTIVO FISCAL: UMA DISCUSSÃO SOBRE O FOMENTO DA INOVAÇÃO NO BRASIL

ISSN ELETRÔNICO 2237-2040

105

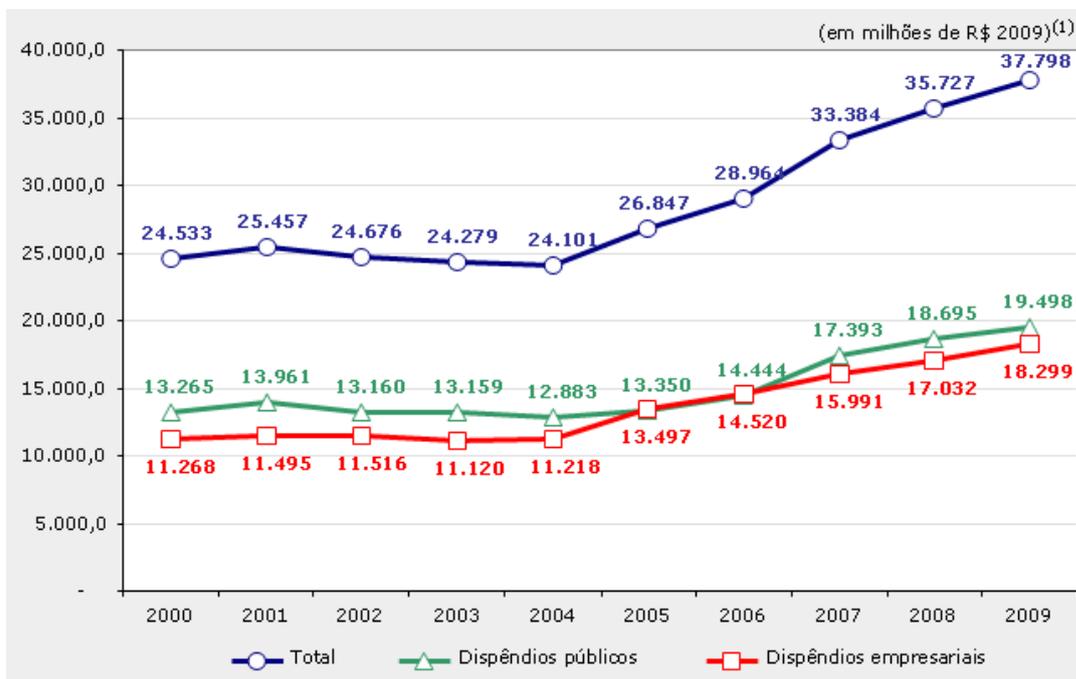


Fonte(s): Produto interno bruto (PIB): Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE; Dispendios federais: Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (Siafi). Extração especial realizada pelo Serviço Federal de Processamento de Dados - Serpro; Dispendios estaduais: Balanços Gerais dos Estados e levantamentos realizados pelas Secretarias Estaduais de Ciência e Tecnologia ou instituições afins; e Dispendios empresariais: Pesquisa de Inovação Tecnológica - Pintec/IBGE e levantamento realizado pelas empresas estatais federais, a pedido do MCT. Elaboração: Coordenação-Geral de Indicadores (CGIN) - ASCAV/SEXEC - Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT).

De acordo com o gráfico 4, de 2000 a 2009 a evolução do dispêndio nacional em P&D em relação ao PIB foi crescente, porém a partir de 2005 o crescimento foi a taxas positivas.

Os dispêndios empresariais cresceram exponencialmente de 0,49% em 2005 para 0,61% em 2009 em relação ao PIB. Período esse de início dos efeitos da Lei da Inovação e Lei do Bem.

Gráfico 5: Brasil: Dispendio nacional em pesquisa e desenvolvimento (P&D) total e por setor, 2000-2009



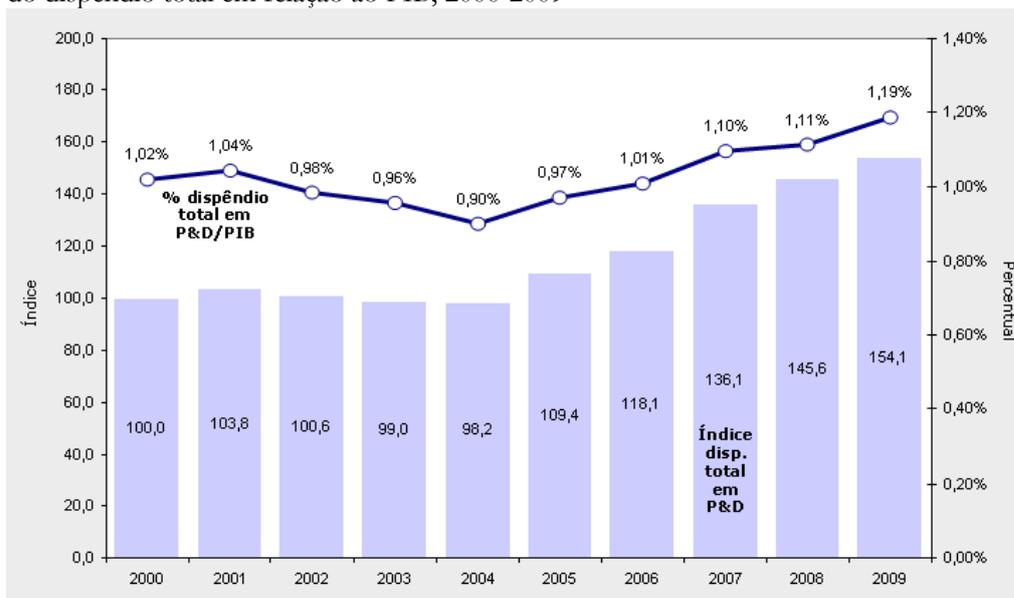
Fonte(s): Siafi, 2011.

Dispêndios estaduais: Balanços Gerais dos Estados e levantamentos realizados pelas Secretarias Estaduais de Ciência e Tecnologia ou instituições afins; e

Dispêndios empresariais: Pesquisa de Inovação Tecnológica - 2000, 2003 e 2005 - Pintec/IBGE e levantamento realizado pelas empresas estatais federais, a pedido do MCT.

Com confirmação dos dados anteriores, o gráfico 5, mostra a evolução do dispêndio nacional em P&D em relação ao PIB, porém, agora, com valores absolutos. Mais uma vez demonstrando a crescente evolução de 2005 a 2009. No setor público observamos aumento de R\$ 13.350 milhões em 2005 para R\$ 19.498 milhões em 2009. Em destaque, o setor empresarial investiu R\$ 13.497 milhões em 2005 e R\$ 18.299 em 2009. Impactando positivamente a vigência das normas em estudo.

Gráfico 6: Brasil: Comparação - índice real de crescimento do dispêndio total em P&D com o percentual do dispêndio total em relação ao PIB, 2000-2009



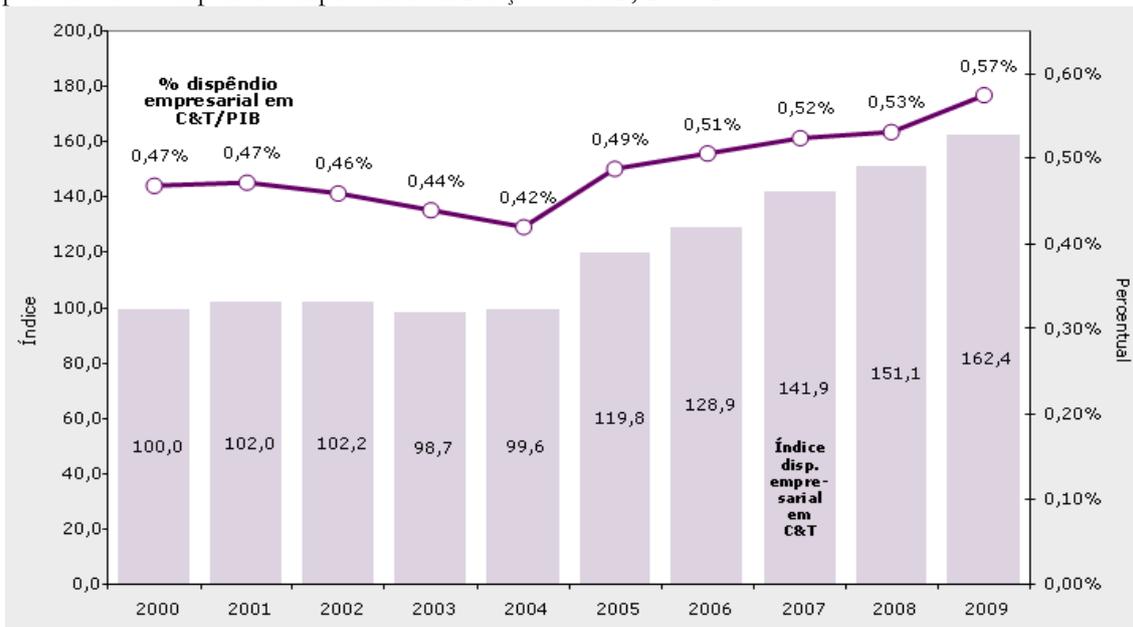
Fonte(s): Produto interno bruto (PIB): Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE); Governo Federal: Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (Siafi). Extração especial realizada pelo Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro); Governos Estaduais: Balanços Gerais

dos Estados; Dispendios empresariais: Pesquisa Industrial de Inovação Tecnológica - Pintec, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)

O gráfico acima permite visualizar o crescimento do dispendio em P&D e analisa-se que o país está a caminho de criar um ambiente científico e sustentável para a ciência.

Já os dados abaixo, em tese, seriam resultado das hipóteses colocadas à análise durante o desenvolvimento do propósito. Diante de hipótese sobre os impactos do marco regulatório, é possível, então, extrair conclusões de evolução positiva dos apontadores.

Gráfico 7: Brasil: Comparação - índice real de crescimento do dispendio empresarial em P&D com o percentual do dispendio empresarial em relação ao PIB, 2000-2009.



Fonte(s): Produto interno bruto (PIB): Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE); Pesquisa Industrial de Inovação Tecnológica - Pintec, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Nesse contexto, o setor privado ou empresarial encontra subsídios que lhe dão possibilidades de avançar em pesquisa e desenvolvimento, permitindo ao setor abater valores consideráveis gastos com P&D. Os dados mostraram que o impacto da Lei do Bem e da Lei da Inovação foram positivos, trazendo um processo de gestão empresarial capaz de transformar ameaças em oportunidades e de proporcionar investimentos que contribuam para o sucesso do empreendimento.

6.1. Analisando o Objetivo frente às Hipóteses:

O objetivo do presente artigo foi avaliar a Política Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação, em especial a influência da legislação de diretrizes da inovação e de incentivo fiscal e seus impactos nos indicadores de inovação. Com esse objetivo foi realizada uma pesquisa exploratória sobre as Leis da Inovação e a Lei do Bem, a fim de proporcionar uma análise quantitativa sobre o arcabouço teórico em questão.

De posse dos dados numericamente organizados podemos avaliar as hipóteses de estudo. São elas:

Hipótese 1H1: Houve evolução nos indicadores de inovação após vigência da Lei da Inovação e da Lei do Bem.

De acordo com os gráficos, a partir do ano de 2005-2006 temos em todos os gráficos do MCTI uma evolução positiva no aspecto de dispendio privado em P&D, confirmando a hipótese 1.

Hipótese 2H2: A evolução foi significativa, confirmada a hipótese 1.

Se a análise recair sobre o índice de crescimento do dispendio privado e o percentual de dispendio, também privado, há dados que confirmam a hipótese 2, e, como o gráfico 7 mostra, ocorreu um percentual de aumento de 0,42%, em 2004, para 0,57%, em 2009.

7. Conclusão

Diante de um ambiente de competição global pós-revolução industrial e das constantes ameaças e oportunidades que esse quadro traz, os países precisam criar e manter políticas públicas voltadas para a inovação. No Brasil, a Política Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação, cuja coordenação está

delegada ao MCTI, pode ser avaliada sob diversos aspectos. Dentre estes, exercem especial influência sobre os indicadores de inovação, em particular sobre dispêndio privado em Pesquisa & Desenvolvimento, a legislação de diretrizes da inovação, Lei da Inovação (2004), e de incentivo fiscal e a Lei do Bem (2005).

De posse dos dados numericamente organizados, foi possível examinar as hipóteses de estudo da seguinte maneira:

H1: Houve evolução nos indicadores de inovação após início da vigência do marco regulatório em foco, já que, de acordo com os dados apresentados, a partir do biênio 2005-2006, todos os gráficos do MCTI apresentam uma evolução positiva de dispêndio em P&D, particularmente o privado, confirmando a hipótese 1.

H2: ratificada a hipótese 1, foi possível confirmar também que a evolução foi significativa, pois, se a análise recaí sobre o índice de crescimento do dispêndio privado e o percentual de gastos, também privados, sobre o PIB, há dados que demonstram uma majoração percentual de 0,42%, em 2004, para 0,57%, em 2009.

As hipóteses em estudo foram confirmadas em todos os demais gráficos analisados no presente estudo, prevalecendo a evolução positiva dos parâmetros avaliados a partir de 2004.

Referências

BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. **Fundos Setoriais Orçamento e Execução**. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/27181.html>>. Acesso em: 20 maio 2007b.

BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. **Livro Branco**. Brasília, DF, 2002.

BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. **Relatório Anual de Avaliação da Utilização dos Incentivos Fiscais ao Congresso Nacional**. Brasília, DF, 2006.

BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. **Relatório de Gestão do MCT: 2003-2006**. Brasília, DF, 2007a.

FALCAO, M. A. **Mecanismos para facilitação do processo de integração econômica: a formação de zonas tributárias ótimas**. Revista de Direito Internacional, Econômico e Tributário, v. 3, p. 254-270, 2008.

GRIZENDI, E. **Manual de Orientações Gerais sobre Inovação**. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, no âmbito do Projeto No. BRA/07/017, “Projeto de Promoção Comercial e Atração de Investimentos: Coordenação Institucional em Contexto de Aceleração do Crescimento”. Brasil, 2011.

OLIVEIRA, M. A. C. **Políticas Públicas e Mapeamento de APLs em Mato Grosso do Sul**. In: Renato Ramos Campos; Fabio Stallivieri; Marco Antonio Vargas; Marcelo Matos. (Org.). Políticas Estaduais para Arranjos Produtivos Locais no Sul, Sudeste e Centro-Oeste do Brasil. 1 ed. Rio de Janeiro: E-papers Servicos Editoriais Ltda, 2010, v. 1, p. 279-322.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Factbook 2007**. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/083444666356>>. Acesso em: 30 maio 2007.

MOREIRA, D. A.; QUEIROZ, A. C. S. **Inovação organizacional e tecnológica**. São Paulo: Thomson Learning, 2007.

PACHECO, C. A. **As reformas da política nacional de ciência, tecnologia e inovação no Brasil (1999-2002), Manual de Políticas Públicas, Programa CEPAL-GTZ Modernización del Estado**. CEPAL, Chile, 2007.

SCHUMPETER, J. A. **The theory of economic development**. Cambridge, Harvard University, 1957.

SILVA JÚNIOR, G. G. **Inovação, salários e estrutura de mercado**. Porto Alegre, 2009 (Tese de Doutorado).

Publicado no dia 06/08/2014

Recebido no dia 26/07/2013

Aprovado no dia 29/07/2013

Ulisses e a Constituição:
Uma Possível Hermenêutica Crítica
da Contemporaneidade Civil-Constitucional.

Prof. Dr. Ricardo Aronne*

1. O Pagador de Promessas.

Seja permitido àquele que quita a dívida portátil escolher o lugar do pagamento. E quando este é feito mediante a Escritura, o lugar está sempre na alteridade, pois dá voz à pessoa. De um sempre ao outro. Se aqui uma dívida será paga, de início o faço na primeira pessoa, sem ofender os rigores da forma.

Quando se apagavam as luzes das sala de defesa da UFPR, exatamente uma semana antes dessas linhas começarem a tomar forma, o preclaro presidente dos trabalhos, meu sempre orientador, Prof. Dr. Luiz Edson Fachin, declarava haver, eu, um crédito e um débito junto à comunidade acadêmico-jurídica, após minha defesa em banca. O crédito se consolidava na titulação pós-doutoral em Direito Privado naquele nobre Sodalício, então outorgada; o débito consistia na concretização de um texto acessível aos saberes jurídicos tradicionais, no debastar da radical transdisciplinaridade que caracterizara o texto consubstanciador da tese aprovada e dialogasse transparadigmaticamente com mais porosidade para as gerações mais jovens, provincianas nos rudimentos filosóficos do ensaio da Tese.

* Professor Titular dos Programas de Mestrado e Doutorado da PUCRS, Pós-Doutor em Direito Privado/UFPR, Doutor em Direito Civil e Sociedade/UFPR, Mestre em Direito do Estado/PUCRS, Especialista em Direito Processual/PUCRS, Pós-Doutorando em Filosofia Pura, Matemática Contemporânea, Engenharia de Sistemas e Microfísica.

Diké, Aracaju, vol. 03 n 01, jan/jul/2014, p.109 a 154, Agosto/2014 | <http://www.seer.ufs.br/index.php/dike>

Esse chamamento, provindo em especial de quem o proferiu, aqui é tomado como um real desafio. É extremamente singela a possibilidade de racionalização daquilo que se compõe complexo e avesso às tradicionais reduções e simplificações. É desafiador tentar impor disciplinaridade ou especialização, àquilo que é gestado no intento de devorar as fronteiras das grades disciplinares. Porém, singeleza não traduz impossibilidade, mesmo que venha a exigir uma maior leveza intelectual da escritura em favor da clareza de leitura.

O desafio proposto por um sábio. Um texto que não se construa pelo saber e sim pela sabedoria. Estará aqui a quitação de minha dívida, paga diante da promessa de um novo ensaio ?

Tão somente após o termo de sua jornada, pôde perceber Ulisses que o retorno à Ítaca fora uma aventura tão pródiga quanto a Guerra em Tróia. Em larga medida, aqui se verifica o mesmo. Talvez a aventura da construção de um texto iniciático, voltado para neófitos, aqui componha semelhante aventura. Que apenas o receptor dessas linhas poderá dizer se alcançou seu porto... Ou não...

Em favor dessa compreensividade, será perseguido um texto curto e entrecortado qual a semiótica de um videoclipe, forte de imagens no contexto de cenas rápidas, equiparáveis à moldura da estrutura platônica dialogal entremeada pelo uso de metáforas para iluminar o pensamento vertido, em detrimento das usuais citações de referência. Segue um amplo referencial bibliográfico.

É, portanto, um diálogo de hospitalidade com as aplicações do Caos Quântico no Direito Civil-Constitucional brasileiro contemporâneo no sentido que vêm sendo proposto nas linhas de pesquisa do Prisma junto à PUCRS desde o início do século. Não um embate teórico entre escolas hostis entre si.

Aqui, talvez, resida o primeiro paradoxo dessa percepção. E ele é paradigmático. Pois trata-se de um pensamento onde a desconstrução constitui epiderme, cuja perspectiva

crítica lhe tatua qual como a um *Yakuza*. Não obstante o positivismo atuar uma nêmesis para a retórica pontual do fio condutor - quiçá pela influência frankfurtiana imanente aos olhares lúcidos do Séc XX, ainda presente e recente -, por incorporar a incerteza e a ambiguidade dialógica, os questionamentos positivistas e behavioristas não guardam sequer sentido em um paradigma que, não obstante os compreende, absolve e absorve.

E também, entre muitas questões paradoxais que se espiralam pelo texto, poder-se-ia perceber o que resulta proposto como uma sofisticada e refinada Teoria Geral para o Direito Civil, com fundamento na Constituição, para a Pós-Modernidade jurídica ser possível, ou não...

Não antecipemos rascunhos de paisagens, quando a trilha apenas abre-se diante do andarilho... *Keep walkin...*

2. Deus está Morto.

A solidificação do Direito pela encarnação da Lei, somente ganha sentido após a morte de Deus. Só tem espaço no tempo da Modernidade que encampou o desafio de dar vida ao projeto do Iluminismo. O Código Civil é a mais plena demonstração disso.

É na Modernidade Sólida, em especial no Séc. XIX, que a razão toma corpo social no Ocidente. Passa a ser naturalizada. As pessoas passam a ter designações nominais distintivas e números. As crianças vão para as escolas, estudar em grades regulares de disciplinas, para discipliná-las e prepará-las para a Sociedade/Mercado. Os números arábicos se disseminam em detrimento dos romanos, diante das necessidades desse novo tempo. A Família, ora delimitada qual o Contrato e a Propriedade Privada, é uma novidade que chega com a Família Mononuclear burguesa, em contraste com a anterior Grande Família. O Código regulando o mundo privado, cujas rédeas ficam nas mãos racionais do Mercado que inicia

uma selvagem industrialização de todos seus setores. Uma biografia determinista da vida, segundo os quadros da moral burguesa oitocentista, decantada nos personagens do marido, proprietário, contratante e testador. Do Homem para o Sujeito de Direito.

Imerso no Racionalismo que imanta a percepção do Direito enquanto uma das jovens ciências que despontam, dando-lhe a condição de verdade nesse mundo em trânsito, em ruptura com as tradições, na irrefletida homenagem ao progresso anunciado pela Revolução Científica. O Direito Civil se veste com o brilho da certeza, ostentando a armadura da codificação. Perdera qualquer flexibilidade, na crença da segurança, mesmo que pelo preço da inércia.

O constitucionalismo moderno, então na infância, acredita ter encontrado o real amuleto contra o Leviatão na conjugação dos Direitos Fundamentais nascentes, as liberdades públicas, com a Teoria dos Freios e Contrapesos, na qual investe a estrutura tripartite de Estado, concebida por Montesquieu.

Completude, Certeza e Coerência são as promessas das codificações para as paranóicas sociedades modernas, sedentas de segurança e alimentadas por um determinismo esquisóide que lhes impulsiona. Esse é o caldo ôntico primordial ao Direito Civil tradicional e seus códigos.

O Direito é a Lei, o Direito Civil, portanto, o Código Civil. Iluminado pela razão, hipertrofiada pelo horizonte da completude, assentado nos tijolos positivistas das escolas da Modernidade Sólida, em especial a Escola da Exegese e a Pandectista, atravessou o Século das Luzes resistindo aos muitos assaltos da vida real. Entre a vida nua e a vida qualificada.

A mecânica desse sistema se assenta no princípio formal da não-contradição, interna ao conjunto das regras codificadas no enrigecido *Code* de 1803, ou no ligeiramente flexibilizado *BGB* de 1894, elastecido por uma parte geral, cláusulas-gerais e conceitos

jurídicos indeterminados, que enriquecem esse modelo com o fito de resistir melhor ao tempo, em sua pretensão de perenidade.

Os direitos fundamentais concorrem também para manutenção dessa estrutura, garantindo que o Leviatã fique sedado, imune e inerte diante das pressões da realidade econômico-social sobre as muralhas do projeto iluminista; afirmando o credo da codificação como Constituição do Homem Privado. Se resumem as liberdades negativas que arrola, moduláveis e restringíveis tão somente diante da mítica autonomia de vontade, vivida no campo fetichista da autonomia privada.

O Direito Civil começava a se instalar como um sistema e sua importância tutelar todos os demais recantos do Estado Moderno. O Código se inscrevia como o instrumento substancial das promessas que esse novo mundo apresentava aos seus *players*. Importa perquirir como isso é proposto e como a Teoria Geral pode operar uma navalha jurídica nas veias da sociedade, no sempre axiológico campo de sentidos do Direito enquanto projeto político.

Com o Código, o Direito Privado se institui como um sistema fechado, formado por regras destinadas a instituir uma racionalidade disciplinar e purista, tida por refinada aos padrões do cientificismo crescente e decantada dos mundanos valores, instituídos apátridas pelo catecismo positivista.

A doutrina, que nasce, cria a Academia que a justifica e nela se justifica, para legitimar seus ecos, em ruptura às predecessoras tradições. É a Igreja dessa nova religião, paradoxalmente iluminista e secular, com seus pastores, dogmas e ritos para mostrar o caminho aos leigos e iniciar os neófitos. Novos Doutores para uma nova Igreja, repleta de novas verdades. E um novo Index... Novas fogueiras para homens e livros... Uma geografia da verdade.

A Sociedade se curva diante da Lei. Deus está morto, viva o novo deus.

3. A Política da Política: Engenharias Sociais e Matemáticas Jurídicas.

Para o mercado funcionar, segundo a percepção mecanicista em processo de afirmação, é necessária segurança. Essa é resultado de um caldo fluído e complexo, cozido no paradigmático fogo da cultura, especialmente no imaginário promovido pelos novos mitos. O revolucionário individualismo é um ingrediente fundamental, que passa a se instalar no cerne das instituições e caracterizar o contrato, a família e, em especial, a propriedade. Estes são o alfa e o omega da vida burguesa privada, de inflada jurisicidade e centralizadora das atenções do Código.

O Estado Moderno opera, disciplinarmente, seu papel no novo mundo relógio. Dissecado e especializado pela Teoria Tripartite, já não apresenta os riscos do antigo Leviatã ameaçador, diante dos freios e contrapesos que o imobilizam. Para garantir seu isolamento do Mercado, os direitos fundamentais que inauguram o Liberalismo Econômico se instalam entre o Público e o Privado. Um oceano entre os novos continentes jurídicos, em detrimento da pangéia havida até os estertores do *ancient regim*.

O positivismo exegético e, posteriormente, pandectista, exerce um papel definitivo nessa paisagem determinista da Modernidade Sólida, que inicia seu projeto de fundamento mecanicista e matrizes newtonianas. Determinismo. O Direito Civil é pensado como um relógio de engrenagens precisas. Completamente imerso nos paradigmas que atravessariam o Século das Luzes. Ação e Reação. Descrição e Previsão. Controle de causas para regular os efeitos de todo e qualquer fenômeno descrito nos campos cada vez mais especializados das novas ciências. Coerência, certeza e completude instituem-se mutuamente como cânones do instrumento mais insinuante e representativo desse novo mundo burguês. A codificação.

Tudo isso integra o corpo social da razão moderna, solidificando o projeto iluminista de vida. As pessoas, transmutadas em cidadãos passam a ter designações precisas, números de identificação, certidões garantidoras da vida e da morte, registros de cada passo do desenvolvimento desses novos indivíduos, apartados de qualquer interdependência e objetivados pelas reduções e avatares desse novo tempo que devora os espaços ocupados pelo velho modo de vida e produção.

O mundo privado, agora ancorado no contrato, família e propriedade, mediante uma profunda acepcia dos valores, tidos por irracionais pelo positivismo emergente e assim afirmados até o pós-guerra, nos estertores da Modernidade Tardia.

O Código implementa um sistema fechado e formal de regras, tendo a relação jurídica patrimonial por *gatekeeping* desse universo recente, estranho e que passa a sedimentar um exótico discurso de naturalização de suas premissas e fundamentos.

Uma hipertrofia de liberdades negativas, tributável à imolação das liberdades positivas no altar da segurança jurídica, conducentes a concentração das riquezas e distribuição de misérias. Uma matemática injusta, formalmente assentada nos ideais oitocentistas.

Seu inevitável fracasso, enquanto projeto politico-econômico, importou em forte guinada de sentidos de seus fins e de seus meios. Com a emergência do intervencionismo (aqui tomado em condição mais *latu*), o Estado Mínimo caracterizador da Modernidade Sólida vai cedendo lugar para uma percepção curialmente distinta do anterior voluntarismo da selvageria liberal-burguesa.

O próprio constitucionalismo, já adolescente, singra inexplorados mares abertos pela nova dimensão dos direitos fundamentais, que imprimem feições muito distintas aos mecanismos estatais e de mercado. É a emergência dos direitos sociais, arrostando, paradoxalmente, o Público para dentro do Privado.

Distintamente do modelo liberal anterior, esse novo constitucionalismo intervencionista e dirigente, para além da organização formal do estado, amplia o espectro material dos direitos fundamentais e suas garantias passando a regular diretamente as relações de mercado, através de um novo momento dessas novas cartas magnas a denominar-se ordem econômica.

O Estado passa, na dicção de Keynes, a lançar sua “mão invisível” sobre o Mercado, em oposição à letargia do modelo anterior, inspirado em Adam-Smith. Mudam os fins. Enquanto o modelo liberal privilegia o *status quo*, agora emerge o bem-comum, imantado pelo direitos sociais exigindo uma nova postura da esfera pública.

Porém, nessa transição de fins, como se operou a transição de meios? O fetiche da certeza, atravessou a modernidade inteira e sempre teve a Lei, na perspectiva iluminista, como seu obelisco. Em certa medida, com a transição da Modernidade Tardia e os ecos do relativismo, amplificados no despertar de certos sonhos iluministas feridos por NIETZSCHE, FREUD e EINSTEIN, provocou novas ondas positivistas e cientificistas, incorporadas por vezes que vão de LOMBROSO à Kelsen, absorvidos por delirantes racionalismos políticos fundamentalistas que tomaram corpo na Europa e se espalharam pelo mundo no Século XX.

Do Nazismo ao Fascismo, Trotskismo, Maoísmo, Franquismo, Stalinismo, até os muitos populismos latino-americanos destilaram certezas, números justificativos e argumentos científicos amparando políticas econômicas, raciais, sociais, médicas, educacionais, familiares e nos demais campos da vida civil. Mesmo a América de Roosevelt viveu as mazelas da Lei Seca e se recebeu a Modernidade Líquida, sob a égide do Macartismo.

O instrumento dessas muitas intervenções, a Lei: racional e pura, no recorte entre a vida nua e a vida qualificada. Entre sujeitos e sujeitados. Nunca neutra. Como a Ciência... Não obstante, o discurso de racionalidade agora enraizado na laicização crescente das relações

públicas e privadas, encobria ainda mais os valores nas brumas do instrumentalismo formal e servil. Leis não avaliadas por serem boas ou justas. São válidas ou inválidas. Em critérios objetivos. Nada tem valor... E tudo tem um preço... Esse, será liquidado em Nuremberg... Pago, talvez nunca...

Nesse arco histórico, o Direito Civil tradicional sofre seu golpe fatal; aplicado pelo próprio positivismo jurídico, qual Brutus fizera com Júlio César. A piramidificação do Direito serve de túmulo às mumificadas codificações iluministas. Se inicia a progressiva descodificação do Direito Privado. Chega a Era dos Estatutos. Proliferam os microsistemas jurídicos. Essa metástase legislativa foi o câncer da racionalidade dos códigos.

O Intervencionismo inaugurou o furor legislativo do Estado, que desde então não cessou sua sanha normativa. Setores inteiros do Direito Civil são objeto dessa atividade regulatória que passa a varrer todos os campos da vida privada, na garantia do bem-comum ou pelo nascente interesse público. E novas normas se sobrepõem constantemente, sem maiores preocupações posteriores do legislador.

Chega um tempo incompatível à clareza, certeza e completude que fundamentam todo o espectro de sentido das codificações civis. O Código representa uma idéia insepulta, velada pelos manuais jurídicos zelosos do credo clássico, de um civilismo conservador, vivido em um tempo que não lhes pertence mais.

Percebe-se isso na literatura jurídica séria, das respectivas épocas nacionais, que podem ser representadas respectivamente por duas obras emblemáticas: Os volumes do Código Civil Anotado, de BEVILÁQUA e, de outra banda, os volumes do Tratado de Direito Privado, de PONTES. Indo da *École* e o Código à Teoria Pura e a pluralidade de fontes legislativas.

Em ambos os casos, a simplificação inerente aos modelos fechados e seus sonhos controladores de um engenharia jurídico-social, trouxeram largas mazelas em diversos níveis

e promovendo diversas formas totalitárias de poder, do político ao econômico. Tudo amplificado tecnologicamente, do marketing à morte.

Nessa nova métrica positivista, a racionalidade do sistema era garantida por sua racionalidade formal, ainda tributária do princípio lógico da não-contradição ora ampliada para um polifacetado ordenamento de sub-sistemas legislativos mais especializados e supostamente minudentes. Chegara a Era da Descodificação, Era dos Estatutos, Fase dos Micro-Sistemas, ou qual o nome que prefira o leitor.

A *grundnorm* reposicionava a codificação para a planície legislativa, sem qualquer precedência às demais fontes e diante de uma inédita submissão a uma normatividade exógena. O furor legislativo do Estado Intervencionista vai decapando livro por livro da codificação, sem quaisquer pudores, fazendo de matérias inteiras alvo de sua normatividade.

Setores inteiros da codificação sucumbem diante de inúmeras leis especiais, que até hoje não cessam de adentrar o ordenamento jurídico, derrogando sagradas instituições canonizadas no *sanctum corpus civilis*.

Os valores seguem banidos por irracionais e os princípios desterrados de positividade e embebidos de um jusnaturalismo que apenas lhes empresta conteúdos retóricos ao discurso jurídico aplicado. Sem patamares de exigibilidade, cogência ou eficácia normativa.

A Modernidade Tardia, ainda tributária da razão iluminista, empresta aos critérios de solução de antinomias e polissemias a condição de último platô de objetividade que o critério jurídico-científico poderia dar. Ou seja, consoante a perspectiva kelseneana, dizer, segundo tais critérios, quais seriam as soluções possíveis na interpretação da norma. Dentre estas, a correta seria uma opção axiológica. Cientificamente arbitrária, portanto descabendo ao Direito dizer se correta ou não. Seria, no dizer de KELSEN, Política do Direito.

Com as possibilidades abertas ao totalitarismo, de Getúlio à Hitler, de Perón à Franco, o mundo assistiu a emergência da II Guerra Mundial e o Genocídio. O preço foi avistado em Nuremberg, quando os carrascos nazistas, em uníssono se defendiam alegando o estrito cumprimento da Lei.

Ou essa matemática jurídica se abria aos irreduzíveis diferenciais da Ética, ou o Direito estaria condenado a ser um instrumento da violência e do mal sem nenhum freio civilizatório que não a força. O Direito aprendera que valores, diferente de preços, são inegociáveis. Todos perdemos para isso... Muitos valores, um preço...

4. Das Pirâmides às Redes.

Seja aqui permitido, para não desfocar o texto em matéria de Teoria Geral do Direito, saltar do pós-guerra para a emergência da proposição de um pensamento tópico-sistemático, nos moldes percebidos por CANARIS e acolhidos com mansidão pelos juristas, como uma percepção razoável diante das oscilações entre estruturalistas, utilitaristas e funcionalistas.

Da uma sistematização formalmente hierarquizada e piramidalmente fechada de regras, o sistema jurídico passa a uma condição teleológica e materialmente hierarquizada topicamente, de valores, princípios e regras, com diversas densidades normativas, postos em uma rede aberta e axiológica.

Coerente ao Estado Social que instrumentaliza, o sistema jurídico brasileiro que emerge à partir de 1988, toma a própria jurisdição de um platô imperceptível aos modelos classicamente modernos de liberalismo e intervencionismo.

A emergência dos valores, resultantes da experiência do pós-guerra, além de reinstalar discursos que se perderam na solidez moderna, como o dos Direitos Humanos, que

ganhou contornos e impulso a partir dos anos 70 do Século XX, em especial na América Latina, colonizada por tirânicas ditaduras requeentadas pela Guerra-Fria.

No que pertine ao texto, destaca-se a migração dos princípios do direito natural para o direito positivo, a integração dos valores ao sistema e um literal renascer dos direitos fundamentais, que ganham novas dimensões em sua rota para a contemporaneidade.

A normatividade germinal atribuída a Constituição, retira essa do plano residualmente político e lança-a na arena hermenêutica do cotidiano jurídico, mormente no propalado Direito Privado. Esse papel dirigente lhe atribui a condição de meta a ser realizada pelo Estado e Sociedade, através de seus membros e instituições.

Os direitos fundamentais, imantados pelo desígnio de realização da dignidade da pessoa humana, importam no motor de sentido desse horizonte normativo, implicando diuturnamente na atividade do interprete do direito na atualidade.

O sistema jurídico, em diversos graus de concretude, se institui a partir dos valores, ganhando normatividade em densidade progressiva a partir dos princípios (do estruturante aos especialíssimos), densificando-se nas regras e alcançando a concreticidade das normas individuais. Tudo em potência, na imanência do sistema. Ganha transcendência e sentido, apenas nos casos concretos, através do discurso que o move e procede as hierarquizações axiológicas tópicas, solvendo antinomias, colmatando lacunas e relativizando princípios.

Uma dialógica intersubjetiva cimenta a paradoxal coerência conflitiva da normatividade contemporânea, incompatível com a racionalidade tradicional do positivismo moderno.

A unidade do sistema é axiológica e não mais axiomática, como nos modelos exegéticos, positivistas ou mesmo na ampliação da Teoria Pura. Essa unidade, que rejeita a fragmentação do discurso dos microssistemas, importa na vertência direta dos valores constitucionais, potencializados pelos direitos fundamentais, em todos os recantos do sistema.

Isso se reflete na aplicação do Direito, em todos os recantos do tecido normativo. O núcleo de sentido de tutela das relações de consumo, não deve ser buscado no Código de Defesa do Consumidor. Quando aplica-se as normas consumeiristas, deve ter-se em vista a realização do projeto constitucional que lhe impregna de sentido. O mesmo se dá com o Código Civil, rejeitando-se o discurso das cláusulas gerais, disfarçado de novo mas proveniente do encerramento do Séc. XIX, buscando apropriar o sentido da aplicação do Direito na sociedade do Séc. XXI.

A parte deve refletir o todo, no replicar axiológico que desenha os fractais representativos da jurisprudência brasileira. Esse modelo complexo, refuta a aplicação reducionista dos modelos simplificados de microsistemas. Quando aplica-se o art. 1228 do CCB, é aplicado todo o sistema pela lente do dispositivo. Percebido o Direito como sistema, sua incidência deve ser sistemática. E função social da propriedade, direito fundamental insculpido no art. 5 da Constituição, não pode ser reduzido a mera cláusula geral. Importa até mesmo em retrocesso em matéria de direitos fundamentais, o que é hermenêuticamente apontado como uma interpretação que deve ser descartada. Ou não há, verdadeiramente, um sistema.

5. Unidade Axialógica, Mobilidade, Abertura e Intersubjetividade.

Preservar a coerência material do sistema, para além da formal, é um desafio impossível à racionalidade axiomática moderna, avessa aos valores desde as raízes iluministas e sua neurose em relação a certeza e segurança.

O desafio desse postulado precisa abraçar alguns elementos demasiado estranhos ao mundo linear do racionalismo moderno. Entre eles, se destacam a alteridade e a incerteza,

nos sentidos originalmente propostos por LEVINAS e HEISENBERG, respectivamente na Filosofia e na Física.

Os rudimentos frankfurtianos colhidos na Ética Comunicativa proposta por HABERMAS, mestiçados com percepções existencialistas de sistema e discurso jurídico capacitam esse platô de “perceptude” crítica, compreendida a “norma” e o “fato” como Escritura, na moldura dinâmica e aberta da desconstrução.

Essa mobilidade é garantida pela axiologia do sistema jurídico em constante respiração com os demais sistemas, em especial o social. A cada interpretação abre-se uma nova sistematização do ordenamento a partir dos valores garantidos no núcleo constitucional, irradiados pela cadeia principiológica até sedimentarem-se nas normas individuais, que se reincorporam ao sistema; tudo isso pronto a ser instado constantemente no processo contínuo de circulação e enraizamento do ordenamento, formação da jurisprudência e edificação da própria jurisdição ou jurisdificação das relações públicas e privadas.

A abertura procede da suficiência do operador à colmatação de lacunas derivada da ausência de regras, sem o recurso arbitrário da neutralidade científica pela normatividade dos princípios e em especial pela vinculação aos valores que passam a inundar o sistema e relativizar o relativismo nos moldes deterministas. A complexidade e interconexão desses sistemas, em camadas dialéticas e superposições dialógicas também oferece uma gama de possibilidades hermenêuticas inimagináveis ao romântico instrumentalismo formal moderno.

A racionalidade intersubjetiva garante a coerência material do sistema em detrimento do engodo de segurança formal prometida, em cujas entranhas tiranias de todos os tipos prosperaram. Os valores promovem o fibrilar axiológico do ordenamento, ao sustentarem o conteúdo e conexão das normas em sua constante tensão hermenêutica, conflitual ou antinômica.

O ordenamento positivo princípios em ondas distintas de concreticidade, que promovem seu esclarecimento recíproco, tanto horizontal como especialmente de modo vertical. Do princípio estruturante do ordenamento aos especialíssimos, passando pelos fundamentais, gerais e especiais, se encadeia a aberta rede conflitual de normas que compõe a principiologia do sistema.

Ganhando sentido nos princípios, as regras conformam a cadeia antinômica de normas dessa rede que veste sua maior concreticidade nas normas individuais, repletas da socialidade que constituem os fenômenos jurídicos.

O papel do intérprete é fundamental ao sistema, cuja sistematização depende dele. O intérprete fundamenta o sistema através de uma dialógica relação hermenêutica que privilegia seu papel e elimina fundamentalismos formais.

6. De Apolo à Dionísio.

Essa mobilidade e abertura é também um mecanismo de preservação do sistema jurídico diante do corrosivo tornado do tempo, que passava como uma leve brisa quando era concebido o Código Civil. Perceba-se que o transporte, pouco alterou sua tecnologia entre as bigas egípcias e as carruagens da aurora do oitocentismo. Quando a ferrovia irrompe no Séc. XIX, é muito menor o arco em relação ao homem que colocou um veículo na superfície de Marte. Esse era um elemento que os iluministas não podiam prever, ficando de fora do sistema fechado das codificações que corroe por fora e por dentro.

A austeridade vitoriana que embalou a cegueira axiológica do Século das Luzes, não atravessou o Séc. XX, em especial com progressiva instanciação, tribalização e fragmentação das sociedades ocidentais, paradoxalmente potencializada pela mundialização

da cultura. Paradoxalmente, pode emergir um novo golpe aos valores no Direito, nesse horizonte de sua socialidade e complexidade intrínseca.

Quando FREUD legou para a civilização a primeira obra de Psicanálise Social, debruçava-se sobre a sociedade europeia do início do Séc. XX. Imperavam os valores burgueses retratados na codificação, biografários dos ideais de marido, contratante e testador, desconsiderando a mulher (o não-homem) como sujeito e lançando-a ao sujeitamento, como aos demais “não-algo-relevante” dentre esses *homo percipiens* idealizados pelo Liberalismo Clássico.

O Séc. XX foi irresistível às muralhas do vida burguesa, bombardeando a narrativa de mundo plano com valores muito plurais, fazendo suas paredes ruirem. O elo econômico, dessa não-linear cadeia de eventos, desde logo é encadeado por uma série de rupturas providas da Modernidade.

O primeiro se inicia com uma revolução aberta com o esforço militar no período das grandes guerras. Lares precisavam ser mantidos e o *front* abastecido de uma série de equipamentos, demandando intensamente mão-de-obra em um momento onde os homens estavam lutando.

As razões da eclosão dos conflitos mundiais, se enraizam no Modernidade; em especial no esboço dos mercados internacionais, desenhado com a decadência do colonialismo em favor dos imperialismos econômicos e culturais. A tecnologia militar latente, mortalmente superior ao Séc. XIX, levando a guerra, dos campos de batalha aberto para as trincheiras, também é um fator de peso, quando se conjuga com desequilíbrio econômico.

Essa mulher, da trajetória traçada entre a camponesa e a proletária, aprendeu o valor revolucionário do amor, através da poesia e do romance que o consolidaram ao longo do século anterior. Ela não queria apenas casar e ter um lar, ela sonhava em ser feliz e viver um grande amor, repleto de paixão e encantamento.

O encontro desse mar de historicidades fenomenológicas projetou as revoluções feministas, que são um marco importante desse vislumbre cujo texto guarda papel de Virgílio, como na obra de DANTE.

Essa geração feminina que embalará muitos berços *baby boomers*, acreditava que seu marido não tinha que ter amor em casa e sexo na rua. A felicidade viria em um pacote completo ou então deveria ser buscada. Iniciam as lutas pelo divórcio e pela independência econômica das mulheres, com notáveis batalhas pelo equilíbrio no mercado.

Os Panteras Negras, logo aos anos 60 do mesmo século, marcam o início dos muitos movimentos raciais por direitos civis. Na mesma década os homossexuais marcam seu papel protagonista na luta pelos direitos das minorias.

Os Direitos Humanos, que amplificam os ecos de todos esses movimentos (que não se esvaziaram até hoje), busca ampliar a gama de excluídos do *stablishment* a ter voz no sistema jurídico, para equilibrar suas muitas vulnerabilidades.

Outra fissura irrompe nos movimentos dessa rica década de 60, do qual a cultura tupiniquim restou um pouco alijada pelo isolamento relativo, fruto da Ditadura Militar e suas diversas mazelas. Essa, golpeia a racionalidade clássica, já curvada nas Ciências Exatas, sacudindo até mesmo a promessa civilizatória de futuro que estriba o credo moderno, em especial dentre as falsas garantias deterministas.

É percebido que a ciência e a tecnologia podem promover um pesadelo. Que a mesma razão que discursa a paz, pode promover o Genocídio. Que o progresso não é necessariamente civilizatório e capaz de erradicar o mal. A Era da Razão encaminhava-se para o fim, enquanto a humanidade lidava com a ameaça concreta de uma guerra nuclear encerrando seus dias.

Esse homem plural e complexo que cruzava a Modernidade Líquida, era irreconhecível aos seus ancestrais biografados no Code e lançava os embriões da condição que se instalaria na Pós-Modernidade próxima.

A descoberta do anticoncepcional promove outra revolução nos costumes e na família, engrossando o caldo da contra-cultura que começa a desenvolver-se como um movimento próprio. Uma realidade quase xamânica se introduz na relação da sociedade dos anos 60 com as drogas. As Universidades voltam seus estudos para as mais diversas formas de drogas alucinógenas, inclusive as sintéticas. Isso toca a música e se conjuga à todos demais influxos no movimento Hippie.

Woodstock e Ilha de Wright realizam históricos festivais de rock, onde as pessoas passam, sem qualquer organização, estrutura, conforto, segurança, higiene ou mesmo roupas, apenas fazendo sexo e usando drogas, em meio a um lodaçal no nada e tudo corre sem problemas. É a antítese da proposta de mundo do homem moderno.

SARTRE, FOUCAULT, DELEUZE, DERRIDA e GATTARI saem pelas ruas de Paris, frente aos estudantes e seguido por diversas classes trabalhadoras, em maio de 1968, enquanto a democracia brasileira adormecia sob o AI-5, gritando palavras de ordem e ostentando cartazes em prol da liberdade individual, sob o bordão “é proibido proibir”.

Esses novos valores se imantavam à ordem social progressivamente, sendo afinal incorporados à ordem jurídica brasileira em 1988, às portas da pós-modernidade que se abria com o fim da polarização do mundo, representada pela queda do Muro de Berlim, na aurora do retomada democrática nacional.

Impossível reduzir a tutela dos indivíduos aos modelos simplificados das arquiteturas jurídicas piramidais ou codificadas modernas. A sufocante segurança do sistema fechado, que se voltara contra a própria sociedade nos estados de direito totalitários que

emergiram no Séc. XX e produziram o genocídio é trocada pela liberdade dos projetos de vida.

Pode-se dizer, com certeza, que nunca fomos tão livres na história na humanidade como somos hoje. E isso parece pesar sobre nós, localizando um certo mal-estar pós-moderno na leitura aguda de BAUMAN, em contra ponto à percepção de FREUD.

7. Não Matem o Mensageiro.

No curso das impulsividades e imoderações do Poder na Antiguidade e Idade Média, sempre foi muito complicado ser portador de más notícias. Não raro o mal humor do Poder se abatia sobre esse arauto.

Denunciar esse divórcio entre o Direito e a segurança jurídica, fetiche moderno que ainda seduz multidões, nem sempre é fácil e ainda soa como um discurso repleto de más augúrios, difícil de ser proferido com tranquilidade.

A operação com a teoria dos princípios é inevitável à estruturação de um Direito incluyente em uma sociedade aberta e plural, tão diversa como a que é vivida na atualidade.

Essa sociedade está imersa em um tempo liquefeito, cujo curso é muito mais rápido que o tempo da Modernidade e os espaços muito mais reduzidos, nas estruturas do real e do virtual na geografia da contemporaneidade.

A ruptura com os modelos ontológicos e positivistas modernos civilistas é inevitável para a adequação do Direito Privado ao projeto constitucional que passa a imantá-lo. E somente na emergência de um real Direito Civil-Constitucional, os valores de um Estado Social e Democrático de Direito, no compromisso de seus direitos fundamentais, pode ser verdadeiramente vivido na jurisprudência brasileira, que muito recrudescer em 2002 com o advento do atual Código e suas homenagens hermenêuticas ao passado.

Essa residual “morte”, não representa um fim mas a possibilidade de um novo começo de novos compromissos ao Direito Civil no horizonte de sua despatrimonialização e repersonalização, para a efetiva tutela do ser em detrimento do ter.

A propalada constitucionalização não é formal. Não se trata de Direito Civil regulado na Constituição e a adequação de fora para dentro da disciplina codificada (qual percebe o discurso das cláusulas-gerais). O sistema ganha unidade a partir dos valores constitucionais. Quando aplica-se um dispositivo codificado, aplica-se todo o sistema pela lente do dispositivo. A parte somente terá sentido no todo.

7. Em Busca de Padrões.

O movimento da jurisprudência, portanto, esboça um padrão de trajetória que permeia esse diálogo entre intérprete e sistema, deixando pegadas axiológicas passíveis de serem percebidas e mapeadas.

Esses padrões são fruto da interconexão da malha axiológica do sistema, excitada à qualquer movimento da dança hermenêutica gestora do balé da jurisprudência contemporânea, para além das percepções fenomenológicas ou materialistas históricas.

O discurso é o instrumento de mobilização do sistema e onde se revelam as hierarquizações axiológicas das diferentes densidades normativas, resolvendo antinomias, colmatando lacunas e procedendo relativizações no curso dessa trajetória ético-comunicativa repleta de intersubjetividade.

Assim o Direito importa em um sistema na sua imanência e um discurso em sua transcendência. O sistema se comporta como onda e o discurso como partícula. Ou seja, o Direito é como a Luz; ora onda para, quando observada, se comporta como partícula. Ambos, intersubjetivamente considerados, informando reciprocamente seu conteúdo.

Para essa discursividade é essencial o elemento humano, consistente no intérprete que sistematiza o sistema jurídico diante dos inputs provindos dos demais sistemas, que também o informam material e formalmente, de forma conjunta ou sucessiva, amplificando a complexidade de sua aplicação.

Assim, o sistema jurídico é complexo, sensível, dinâmico e não-linear. O elemento caótico que o caracteriza, é resultante da sensibilidade do sistema às condições iniciais. A cada vez que essas condições se alteram, se alteram todas as condições do sistema, influenciando o seu sentido de aplicação.

Por trás da aparente desordem jurisprudencial na aplicação do Direito, emerge um padrão a revelar não se tratar de aleatório o motor que impulsiona seus sentidos. A Teoria do Caos é a expressão da vanguarda científica dessa percepção transdisciplinar e complexa de mundo.

8. Além das Certezas.

Decorrencia da opção por uma sociedade plural, sem a horizontalidade de valores do oitocentismo, chega o outono do provinciano determinismo do civilismo tradicional, em favor da eficácia direta dos direitos fundamentais no Direito Privado, privilegiando uma racionalidade axiológica e complexa, desafiadora do cartesianismo patrocinador das codificações.

Esse não é um território de certezas ou de equilíbrio. A incerteza é o único elemento de certeza no sistema, que o incorpora como riqueza tal qual incorpora a necessidade do erro para o aperfeiçoamento do próprio sistema, em verdade sempre operando em uma arquitetura β . Ele nunca está acabado, aperfeiçoando e renovando-se a cada interpretação.

Certamente poderia e tem potencial, essas proposições, a subsidiarem uma nova Teoria Geral capacitada com plenitude ao Direito Civil Contemporâneo com matrizes críticas e compromissos explícitos com os direitos fundamentais. Mas isso seria realmente novo, ou novo é recusar essa condição e vestir sua mestiçagem ao abraçar a transdisciplinaridade e complexidade com a devida maturidade, em detrimento do juvenil arroubo de uma resposta direta e simples que pode ser antropofágica desde o início ?

Esse é o risco de um pandectismo constitucional, empobrecendo todas as possibilidades de um novo paradigma pela escolha de uma nova ontologia para o Direito Civil.

Mas as certezas não devem pertencer a esse texto. Talvez sirvam para alguns construir novas muralhas racionalistas que adormecem seus medos da revolução do amanhã, que aconteceu ontem. Ou não...

9. Referências Bibliográficas.

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. Dialética do Esclarecimento. Rio de Janeiro : Zahar, 1985.

AGAMBEN, Giorgio. Homo sacer – O poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte : UFMG, 2007.

ALDAZ, Carlos Martínez de Aguirre y. El derecho civil a finales del siglo XX. Madrid: Tecnos, 1991.

ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona : Gedisa, 1994.

_____. Teoria da argumentação jurídica. São Paulo : Landy, 2008.

ALHIGUIERI, Dante. A Divina Comédia. São Paulo : EbookLibris, 2003.

- ANDRADE, Fábio Siebnichler. Da Codificação. Porto Alegre : Liv. do Advogado.
- ARENDT, Hannah. Responsabilidade e julgamento. São Paulo : Cia. Das Letras, 2004.
- _____. A condição humana. Rio de Janeiro: forense universitária. 2004.
- _____. Homens em Tempos Sombrios. São Paulo : Cia das Letras, 2008.
- ARISTÓTELES. A Política. Rio de Janeiro : Martins Fontes, 2011.
- ARONNE, Ricardo. Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos – Estudos Preliminares. Porto Alegre : Liv. do Advogado, 2006.
- _____. Razão & Caos no Discurso Jurídico e outros estudos de Direito Civil-Constitucional. Porto Alegre : Liv do Advogado, 2010.
- _____. Código Civil anotado. São Paulo : IOB/Thomson, 2005.
- _____. Direito das coisas. IN: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). Código Civil anotado. São Paulo : Síntese, 2004.
- _____. O princípio do livre convencimento do juiz. 1a ed., Porto Alegre : FABRIS, 1994.
- _____. Titularidades e Apropriação no Novo Código Civil. Breve ensaio sobre a Posse e sua Natureza. IN: SARLET, Ingo. (Org.). O novo Código Civil e a Constituição. 2a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. Disposições finais. IN: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). Código Civil anotado. São Paulo : Síntese, 2004.
- _____. Propriedade e domínio. 1a ed., Rio de Janeiro : Renovar, 1998.
- _____. Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados - das raízes aos fundamentos contemporâneos. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

_____. A Favela e o Estado: Brevíssimo Ensaio entre a Maloca e a Àgora. IN: GRUNE, Carmela. (org.) Direito na Cabeça e Samba no Pé. São Paulo : Saraiva, 2012, no prelo.

_____. Código Civil Anotado. São Paulo : IOB/Thomson, 2005.

AUFRAY, Jean-Paul. O Átomo. Lisboa : Piaget, 1997.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O Direito Civil tende a Desaparecer?. Revista dos Tribunais. São Paulo : RT, n. 472, 1975.

BARROSO, Lucas de Abreu. A Realização do Direito Civil – Entre Normas Jurídicas e Práticas Sociais. Curitiba : Juruá, 2011.

BARTHES, Roland. O neutro. São Paulo : Martins Fontes, 2003.

_____. A aventura semiológica. São Paulo : Martins Fontes, 2001.

_____. et all. Théorie d'ensemble. Tel Quel. Ed. Du Seuil, 1968.

BASTOS, Cleverson Leite; CANDIOTO, Kleber B.B. Filosofia da Ciência. Petrópolis : Vozes, 2008.

BAUMAN, Zigmunt. Vidas desperdiçadas. Rio de Janeiro : JZE, 2005.

_____. O mal-estar da pós-modernidade. Rio de Janeiro : JZE, 1998.

_____. Modernidade e ambivalência. Rio de Janeiro : JZE, 1999.

_____. Em busca da política. Rio de Janeiro : JZE, 2000.

_____. Amor líquido. Rio de Janeiro : JZE, 2004.

_____. Comunidade – A busca por segurança no mundo atual. Rio de Janeiro : JZE, 2003.

_____. Modernidade líquida. Rio de Janeiro : JZE, 2001.

_____. Globalização – As conseqüências humanas. Rio de Janeiro : JZE, 1999.

_____. Vida líquida. Rio de Janeiro : JZE, 2007.

_____. Medo líquido. Rio de Janeiro : JZE, 2008.

_____. Vida em Fragmentos – Sobre a Ética Pós-Moderna. São Paulo : Zahar, 2011.

_____. Capitalismo Parasitário. Rio de Janeiro : JZE, 2010.

_____. Identidade. Rio de Janeiro : JZE, 2005.

_____. A Sociedade Individualizada – Vidas Contadas e Histórias Vividas. Rio de Janeiro : JZE, 2008.

BECKER, Laércio Alexandre. (Org.) A escola de Frankfurt no Direito. Curitiba : EDIBEL, 1999.

BERGÉ, Pierre; POMEAU, Yves; DUBOIS-GANCE, Monique. Dos Ritmos ao Caos. São Paulo : UNESP, 1996.

BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas. 5a ed., Rio de Janeiro : Forense, s.d., Vol. 1.

_____. Em Defesa do Projecto de Código Civil. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1912.

BREEHAN, Marshall. Tudo que é Sólido se Desmancha no Ar. Porto Alegre : Cia das Letras, 2007.

BLAINEY, Geoffrey. Uma Breve História do Mundo. São Paulo : Fundamento, 2008.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Trad. Maria Celeste dos Santos. 6.ed. Brasília : Ed. UNB, 1995.

_____. Estado, governo, sociedade : para uma teoria geral da política. São Paulo : Ed. Paz e Terra, 1995.

_____. Liberalismo e democracia. 6.ed. Brasília : Ed. Brasiliense, 1994.

_____. O futuro da democracia : uma defesa das regras do jogo. 6.ed. São Paulo : Paz e Terra, 1986.

_____. O positivismo jurídico. Trad. Edson Bini. São Paulo : Ícone Ed., 1995.

BORRADORI, Giovanna. Filosofia em tempo de terror: Diálogos com Habermas e Derrida. Rio de Janeiro : JZE, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo : Malheiros, 1994.

BOURDIEU, Pierre. Contrafogos – Táticas para enfrentar a invasão neoliberal. Rio de Janeiro : JZE, 1998.

_____. Razões práticas – Sobre teoria da ação. 8a ed., Campinas : Papyrus, 2007.

CANARIS, Claus. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional. 6. ed. Coimbra : Almedina, 1993.

_____. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Coimbra : Coimbra Ed., 1994.

CARBONNIER, Jean. Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur. Paris: LGDJ, 1992.

CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioafetividade. IN: ARONNE, Ricardo. Estudos de Direito Civil-Constitucional. Vol. 2. Porto Alegre : Liv do Advogado, 2004.

CARVALHO, Orlando de. A Teoria geral da relação jurídica : Seu sentido e limites. 2. ed. Coimbra : Centelha, 1981.

CASTELS, Manuel. O Poder da Identidade. São Paulo : Paz e Terra, 1999.

CATALAN, Marcos Jorge. Descumprimento Contratual – Modalidades, Conseqüências e Hipóteses de Exclusão do Dever de Indenizar. Curitiba : Juruá, 2011.

CHALHUB, Samira. Funções da Linguagem. São Paulo : Ática, 2004.

- _____. A Meta-Linguagem. São Paulo : Ática, 2002.
- CHEVALLIER, Jacques. O Estado Pós-Moderno. Delo Horizonte : Fórum, 2009.
- CHOMSKY, Noam. O governo do futuro. Rio de Janeiro : Record, 2007.
- _____. O lucro ou as pessoas. Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 2002.
- CIURANA, Emílio Roger. Complexidade: Elementos para uma Definição. IN: CARVALHO, Edgard de Assis; MENDONÇA, Terezinha. Ensaios de Complexidade 2. Porto Alegre : Sulina, 2003.
- COMTE, Auguste. Reorganizar a sociedade. São Paulo : Escala, 2008.
- _____. Discurso sobre o espírito positivo. São Paulo : Escala, s.d.
- COELHO, Fábio Ulhôa. Roteiro de Lógica Jurídica. São Paulo : Max Limonad, 1996.
- COLLARES, Virgínia. Linguagem & Direito. Recife : Ed. UFPE, 2010.
- COLE, K. C. O Universo e a Xícara de Chá – A Matemática da Verdade e da Beleza. São Paulo : Record, 2006.
- COLETTE, Jacques. Existencialismo. Porto Alegre : L&PM, 2009.
- COURTIANO Jr, Eroults. O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas. Rio de Janeiro : Renovar, 2002.
- COVIELLO, Nicola. Manuale di diritto civile italiano. Milano : Società Editrice Libreria, 1924.
- DAMÁSIO, Antônio R. O Erro de Descartes – Emoção, Razão e Cérebro Humano. Portugal : Europa-América, 2000.
- DESCARTES, René. O Mundo ou Tratado da Luz. São Paulo : Hedra, 2009.
- _____. Discurso sobre o Método. São Paulo : Martin Claret, 2002.
- DEBBORD, Guy. A sociedade do espetáculo. Rio de Janeiro : Contraponto, 1997.

_____. Crítica à sociedade do espetáculo. 9a ed., Rio de Janeiro : Contraponto, 2007.

DERRIDA, Jacques. A farmácia de Platão. São Paulo: Iluminuras, 1991.

_____. A Farmácia de Platão. São Paulo : Iluminuras, 1998.

_____. Gramatologia. 2a ed. São Paulo : Perspectiva, 2004.

_____. Força de lei. São Paulo : Martins Fontes, 2007.

_____. O cartão-postal – De Sócrates a Freud e além. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2007.

_____. A escritura e a diferença. São Paulo : Perspectiva, 2005.

_____. Paixões. Campinas : Papyrus, 1995.

_____. et all. Théorie d'ensemble. Tel Quel. Ed. Du Seuil, 1968.

_____. (org.) A religião. São Paulo : Estação Liberdade, 2000.

_____. Pensar a Desconstrução. Rio de Janeiro : Estação Liberdade, 2005.

_____. Políticas da Amizade. Porto : Campo das Letras, 2003.

DUARTE, Écio Oto Ramos. Teoria do Discurso & Correção Normativa do Direito. São Paulo : Landy, 2004.

DUARTE, Fábio. Do átomo ao bit – Cultura em transformação. Pinheiros : Annablume, 2003.

DUFOURMANTELLE, Anne. Convida Jacques Derrida a falar da Hospitalidade. São Paulo : Escuta, 2003.

DUQUE ESTRADA, Paulo Cesar. (Org.) Às Margens – A Propósito de Derrida. Rio de Janeiro : Loyola, 2002.

DWORKIN, Ronald. The philosophy of law. Oxford : Oxford University Press, 1986.

_____. A Justiça de Toga. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. Taking Rights Seriously. Harvard : Harvard Press, 1984.

ECO, Umberto. Tratado geral de semiótica. 4a ed., São Paulo : Perspectiva, 2002.

EHRARDT Jr., Marcos. Direito Civil. Vol. 1. Salvador : Jus Podium, 2011.

ELIAS, Norbert. Escritos e Ensaios 1 – Estado, Processo, Opinião Pública. Rio de Janeiro : JZE, 2006.

EKELAND, Ivar. O Caos. Lisboa : Piaget, 1995.

FACHIN, Luiz Edson. (org). Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro : Renovar, 1998.

_____. A reforma no direito brasileiro: novas notas sobre um velho debate no direito civil. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, n. 757, 1998, p. 64-69.

_____. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

_____. Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. Rio de Janeiro : Renovar, 2008.

_____. Direito Civil Contemporâneo. Revista Consulex. Brasília : Consulex, n. 18, 1998.

_____. Limites e Possibilidades da Nova Teoria Geral do Direito Civil. Estudos Jurídicos. Curitiba : Ed. Universitária Champagnat, v. 2, n. 1.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil - Parte geral. 6a. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006.

FAUSTO, Bóris. História do Brasil. São Paulo : EDUSP, 1999.

FEIJÓ, Ricardo. Metodologia e Filosofia da Ciência – Aplicação na Teoria Social e Estudo de Caso. São Paulo : Atlas, 2003.

FERNANDES, Florestan; FREITAG, Barbara; ROUANET, Sérgio Paulo. Habermas. São Paulo : Ática, 1993.

FERRAZ Jr, Tércio Sampaio de. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 4a. ed., São Paulo : Atlas, 2003.

_____. A Ciência do Direito. São Paulo : Atlas, 2006.

FEYNMAN, Richard P. Lições de física – The Feynman lectures on physics: Mecânica, radiação e calor. Porto Alegre : Bookman, 2008, Vol. 1.

_____. Lições de física – The Feynman lectures on physics: Eletromagnetismo e matéria. Porto Alegre : Bookman, 2008, Vol. 2.

_____. Lições de física – The Feynman lectures on physics: Mecânica quântica. Porto Alegre : Bookman, 2008, Vol. 3.

_____. Dicas de física. Porto Alegre : Bookman, 2008.

FEYERABEND, Paul. Contra o método. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1989.

_____. Problemas da Microfísica. IN: MORGENBESSER, Sidney. (Org.) Filosofia da Ciência. São Paulo : Cultrix, 1975.

FLEISCHER, Margot. (org.) Filósofos do Século XX. São Leopoldo : Unisinos, 2000.

FIORIN, José Luiz. Linguagem e Ideologia. São Paulo : Ática, 2005.

FONTANILLE, Jacques. Semiótica do discurso. São Paulo : Contexto, 2007.

FOUCAULT, Michel. As Palavras e as Coisas. São Paulo : Martins Fontes, 2002.

_____. A verdade e as formas jurídicas. 3a ed., Rio de Janeiro : PUCRJ/NAU, 2005.

_____. Arqueologia das ciências e a história dos sistemas de pensamento. 2.Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. A arqueologia do saber. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

- _____. A ordem do discurso. São Paulo : Loyola, 2006.
- _____. Resumo dos cursos do Collège de France (1970-1982). Rio de Janeiro : JZE, 1997.
- _____. Microfísica do poder. 22a. ed. São Paulo : Cultrix, 2006.
- _____. Microfísica do poder. Rio de Janeiro : Graal, 1979.
- _____. et all. Théorie d'ensemble. Tel Quel. Ed. Du Seuil, 1968.
- _____. The Foucault Reader. New York : Pantheon Books, 1984.
- _____. Segurança, Território, População. São Paulo : Martins Fontes, 2008.
- FRANCHETTO, Bruna; LEITE, Yonne. Origens da Linguagem. Rio de Janeiro : JZE, 2004.
- FREITAS, Juarez. A Interpretação Sistemática do Direito. São Paulo : Malheiros, 1995.
- FREGE, Gottlob. Investigações lógicas. Porto Alegre : EDIPUCRS, 2002.
- FREUD, Sigmund. O Futuro de uma Ilusão, o Mal Estar na Civilização e Outros Trabalhos - Vol. XXI. São Paulo : Imago, 2006.
- _____. Totem e Tabú. IN: Obras Psicológicas Completas. Rio de Janeiro : Imago, 1996.
- _____. Freud por Ele Mesmo. São Paulo : Martin Claret, 2004.
- _____. O Mal Estar na Cultura. Porto Alegre ; L&PM, 2010.
- _____. O Futuro de uma Ilusão, O Mal-Estar na Civilização e outros Trabalhos (1927-1931). Vol. XXI. Rio de Janeiro : Imago, 1996.
- FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Os Deveres Contratuais Gerais nas Relações Cíveis e de Consumo. Curitiba : Juruá, 2011.
- GADAMER, Hans Georg. Verdade y método. Salamanca : Sigueme, 1994, Vol. 2.
- _____. Verdade e método. 3. ed. Petrópolis : Vozes, 1999, Vol. 1.

_____. et all. A religião. São Paulo : Estação Liberdade, 2000.

_____. Hermenêutica em Retrospectiva. Vol. 1. Petrópolis : Vozes, s.d..

GALBRAITH, John Kenneth. A economia e o interesse público. São Paulo :
Pioneira, 1998.

GAUER, Ruth Chittó. A Fundação da Norma: para além da Racionalidade
Histórica. Porto Alegre : EDIPUCRS, 2010.

_____. A Modernidade Portuguesa e a Reforma Pombalina de 1772. Porto
Alegre : EDIPUCRS, 1996.

GELL-MANN, Murray. O quark e o jaguar – aventuras no simples e no complexo.
São Paulo : Rocco, 1996.

GIANNETTI, Eduardo. O Valor do Amanhã. São Paulo : Cia das Letras, 2008.

GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 2.ed. Lisboa: Fund. Calouste
Gulbenkian, 1995.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. Revista dos
Tribunais. São Paulo: RT, n. 747, 1998, p. 35-55.

GLENADEL, Paula. Desertos, Senhas e Miragens: a Tradução e o Pensamento
Derridiano. IN: NASCIMENTO, Evandro. Jacques Derrida – Pensar a Desconstrução. São
Paulo : Liberdade, 2005.

GLEICK, James. Caos – a criação de uma nova ciência. Rio de Janeiro : Campus,
1990.

GLEISER, Ilan. Caos e complexidade - A evolução do pensamento econômico. Rio
de Janeiro : Campus, 2002.

GLEISER, Marcelo. A Dança do Universo – Dos Mitos de Criação ao Big-Bang.
São Paulo : Cia das Letras, 2006.

_____. Criação (Im)Perfeita – Cosmo, Vida e o Código Oculto da Natureza. Rio de Janeiro : Record, 2010.

GRAVES, Robert. New Larousse encyclopedia of mythology. London: Hamlyn, 1978.

GOLDENSOHN, Leon. As Entrevistas de Nuremberg. São Paulo : Cia das Letras, 2005.

GOMES, Orlando. Transformações gerais do direito das obrigações. 2. ed. São Paulo : RT, 1980.

_____. Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro. São Paulo : Martins Fontes, 2003.

GONNARD, René. La propriété dans la doctrine et dans l'histoire. Paris : LGDJ, 1943.

GUTFREIND, Cristiane Freitas; SILVA, Juremir Machado da. Guy Debord – Antes e Depois do Espetáculo. Porto Alegre : EDIPUCRS, 2007.

HABERMAS, Jürgen. Técnica e ciência como “Ideologia”. Lisboa: Edições 70, 1997.

_____. Pensamento Pós-Metafísico: estudo filosófico. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro 1990.

_____. Consciência moral e agir comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro 1989.

_____. A ética da discussão e a questão da verdade. São Paulo, Martins Fontes, 2004.

_____. Conhecimento e Interesse. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1982.

_____. A crise de legitimação do capitalismo tardio. 2.ed. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1994.

_____. Mudança Estrutural da Esfera Pública. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1984.

HALLIDAY, David; RESNICK, Robert; WALKER, Jearl. Fundamentos de Física 4 – Ótica e Física Moderna. Rio de Janeiro : LTC, 1995.

HARVEY, David. Condição pós-moderna. São Paulo : Loyola, 1992.

HAWKING, Stephen. The brief history of time – from the big bang to black holes. NY : Bantam Books, 1988.

_____. God play dices ?. <http://www.hawking.org.uk/lectures/dices.html>.

_____. (Org.). Os Gênios da Ciência – Sobre os Ombros de Gigantes. São Paulo : Campus, 2005.

_____. O Universo numa Casca de Noz. São Paulo : ARX, 2002.

HEIDEGGER, Martin. Identidade e diferença. Petrópolis : Vozes, 2006.

_____. Ser e tempo. 2a ed., Petrópolis : Vozes, 2006.

_____. A caminho da linguagem. 2a ed., Petrópolis : Vozes, 2004.

HEISENBERG, Werner. A parte e o todo. Rio de Janeiro : Contraponto, 1996.

_____. A Ordenação da Realidade. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2009.

_____. Physics and Philosophy. London : Penguin Books, 1990.

_____. The Physical Principles of the Quantum Theory. New York : Dover, 1949.

HESSE, Konrad. Escritos de derecho constitucional. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

_____. A força normativa da constituição. Trad. de Gilmar F. Mendes. Porto Alegre : Fabris, 1991.

_____. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre : Fabris, 1998.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo : Martin Claret, 2005.

HOBBS, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX – 1914-1991*. São Paulo: Cia. das Letras, 2003.

HOFSTADTER, Douglas R. *Gödel Escher Bach*. Brasília : Ed. UNB, 2001.

HOMERO. *Odisséia*. São Paulo : Abril, 1981.

HUME, David. *Investigação sobre o entendimento humano*. São Paulo : Escala, s.d.

HUNT, Lyn. *A Invenção dos Direitos Humanos*. São Paulo : Cia. das Letras, 2009.

HUSSERL, Edmund. *Fenomenologia de la Conciencia del Tiempo Inmanente*. Buenos Aires : Nova, s.d.

IRTI, Natalino. *L'Eta de la Decodificazione*. Milão : Giuffrè, 1992.

JAMESON, Fredric. *Espaço e Imagem – Teorias do Pós-Moderno e Outros Ensaio*. Rio de Janeiro : UFRJ Ed, 2006.

JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*. Rio de Janeiro : Contraponto, 2006.

KANT, Imanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo : Martin Claret, 2003.

_____. *Crítica da razão pura*. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1997.

KELSEN, Hans. *A teoria pura do direito*. Trad. João B. Machado. 4.ed. São Paulo : Martins Fontes, 1995.

_____. *O problema da justiça*. São Paulo : Martins Fontes, 1996.

_____. *Teoria geral das normas*. Trad. da ed. alemã de 1979 por José F. Duarte. Porto Alegre : Fabris, 1986.

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. João B. Machado. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

_____. *O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a Política no Espelho da Ciência*. 3.ed. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

- KIERKIEGAARD, Sören. O Conceito de Angústia. Petrópolis : Vozes, 2002.
- KLEIN, Étienne. A Física Quântica. Lisboa : Piaget, 1996.
- KNIGHT, Randall D. Física – Uma Abordagem Estratégica: Relatividade e Física Quântica. Vol. 4. Porto Alegre : Bookman, 2009, p. 602-633.
- KOLAKOWSKI, Leszek. Horror Metafísico. Campinas : Papirus, 1990.
- KOCH, Ingedore Villaça. A inter-ação pela linguagem. São Paulo : Contexto, 2006.
- KOPNIN, Pavel Vassilievitch. Fundamentos Lógicos da Ciência. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1972.
- KRISTEVA, Julia; et all. Théorie d'ensemble. Tel Quel. Ed. Du Seuil, 1968.
- KUHN, Thomas. A estrutura das revoluções científicas. 5a. ed. São Paulo : Perspectiva.
- _____. O caminho desde a estrutura. São Paulo : UNESP, 2006.
- KUMAR, Krishan. Da sociedade pós-industrial à pós-moderna. Rio de Janeiro : JZE,
- LARENZ, Karl. Derecho civil: parte general. 3.ed. Madri: Rev. Derecho Privado, 1978.
- _____. Metodologia da ciência do direito. 5.ed. Lisboa: Ed. Calouste Gulbenkian, 1983.
- LEVINAS, Emanuel. Entre Nós – Ensaio sobre a Alteridade. Petrópolis : Vozes, 2006.
- LÉVY, Bernard-Henry. O século de Sartre. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 2001.
- LEWIN, Roger. Complexidade: A vida no limite do caos. Tradução de Marta Rodolfo Schmidt. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

LIPOVETSKY, Giles. O Império do Efêmero – A Moda e seu Destino nas Sociedades Modernas. Cia das Letras : São Paulo, 2009.

_____. A Era do Após-Dever. IN: PRIGOGINE, Ilya; MORIN, Edgar. A Sociedade em Busca de Valores – Para fugir à alternativa entre o Cepticismo e o Dogmatismo. Lisboa : Piaget, 1996.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil. São Paulo : Saraiva, 2009.

LÍVIO, Mario. Deus é Matemático?. Rio de Janeiro : Record, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e mudança social. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, n. 722, 1995, p. 40-45.

_____. Constitucionalização do direito civil. Revista de Informação Legislativa. Brasília: senado federal, n. 141, 1999, p. 99-109.

LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo Civil. São Paulo : Martin Claret, 2005.

LORENZETTI, Ricardo. Fundamentos do Direito Privado. São Paulo : RT, 1998.

LÖWY, Michael. As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Munchausen. São Paulo : Cortez, 2009.

MANDELBROT, Benoît; HUDSON, Richard. Mercados financeiros fora de controle – a teoria dos fractais explicando o comportamento dos mercados. Rio de Janeiro : Campus, 2004.

_____. The fractal geometry of nature. S. Francisco : J. Wiley, 1982.

MARTINS-COSTA, Judith. A Reconstrução do Direito Privado. São Paulo : RT, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo : Saraiva, 2002.

MARX, Karl. A miséria da filosofia. São Paulo : Escala, 2007.

_____; ENGELS, Friedrich. Manifesto do Partido Comunista. Porto Alegre : L&PM, 2001.

MATTA, Emmanuel. O realismo da teoria pura do direito. Belo Horizonte : Nova Alvorada, 1984.

MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais e Interpretação Constitucional. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Porto Alegre : O Tribunal, n.30, p.21-34, 1998.

MONTAIGNE. A arte da conferência. São Paulo : Martins Fontes, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil - Direito das Coisas. São Paulo : Saraiva, 2003, 37ª ed. atualizada.

MONTESQUIEU, Secondant du. O Espírito das Leis. Brasília : Ed. UNB, 1995.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. Revista de Direito Civil. São Paulo : RT, n. 65, 1992.

MERLEAU-PONTY, Maurice. A Estrutura do Comportamento. São Paulo : Martins Fontes, 2006.

MORIN, Edgar. A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento. 10.Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

_____. Saberes globais e saberes locais: um olhar transdisciplinar. Rio de Janeiro: Garamond, 2001.

_____. Introdução ao pensamento complexo. Lisboa: Piaget, 1991.

_____. Ciência com consciência. 10a ed., Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 2007.

_____. A Cabeça Bem-Feita: Repensar a Reforma, Reformar o Pensamento. 10.Ed. Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 2005

MÜLLER, Marcos José. Merleau-Ponty: acerca da expressão. Porto Alegre : EDIPUCRS, s.d.

NALIN, Paulo. O Conceito Pós-Moderno de Contrato – Em Busca de sua Formulação Civil-Constitucional. Curitiba : Juruá, 2001.

NATIONAL GEOGRAPHIC. Guia Visual da Mitologia no Mundo. São Paulo : Abril, 2010.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Assim falou Zaratustra. São Paulo: Martin Claret, 2003.

_____. Cinco prefácios para cinco livros não escritos. 4a ed., Rio de Janeiro : 7 Letras, 2007.

_____. Ecce homo: como cheguei a ser o que sou. São Paulo: Martin Claret, 2001.

_____. A gaia ciência. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

_____. O livro do filósofo. São Paulo : Escala, 2007.

_____. O anticristo. 5. ed. Rio de Janeiro: INCM, 1978.

_____. Para além do bem e do mal: Prelúdio a uma filosofia do futuro. São Paulo : Martin Claret, 2006.

_____. O caso Wagner. São Paulo : Escala, 2007.

_____. O viajante e sua sombra. São Paulo : Escala, 2007.

_____. Miscelânea de opiniões e sentenças. São Paulo : Escala, 2007.

_____. Schopenhauer educador. São Paulo : Escala, 2008.

_____. O nascimento da tragédia. São Paulo : Escala, 2007.

_____. A filosofia na época trágica dos gregos. São Paulo : Escala, 2008.

_____. Crepúsculo dos ídolos. São Paulo : Escala, 2008.

_____. Da utilidade e do inconveniente da história para a vida. São Paulo : Escala, 2008.

_____. Aurora. São Paulo : Escala, s.d.

_____. Sobre Verdade e Mentira. São Paulo : Hedra, s.d.

- _____. A Genealogia da Moral. São Paulo : Martin Claret, 2004.
- _____. Humano, Demasiado Humano. São Paulo : Cia das Letras, 2005.
- NOVELLO, Mário. O que é cosmologia ? A revolução do pensamento cosmológico. São Paulo : JZE, 2006.
- OLIVA, Alberto. Racional ou social ?. Porto Alegre : EDIPUCRS, 2005.
- ORTEGA y GASSET, José. El Tema de Nuestro Tiempo. Buenos Aires : Espasa.
- _____. Obras Completas. Vol. 12. Madrid : Revista de Occidente, 1983.
- ORWELL, George. Nineteen-Eighty-Four. England/Germany : Longman, 1983.
- PASCAL, Blaise. Pensamentos. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- _____. Do espírito geométrico // Pensamentos. São Paulo : Escala, 2006.
- _____. A arte de persuadir. São Paulo : Martins Fontes, 2004.
- _____. Pensées. Paris : Galimard, 1962.
- PASQUALINI, Alexandre. Hermenêutica e sistema jurídico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- _____. O público e o privado. IN: SARLET, Ingo (Org.). O direito público em tempos de crise. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.
- _____. Sobre a interpretação sistemática do direito. Revista do Tribunal Regional Federal da 1.a Região. Brasília : O Tribunal, v.7, n.4, p.96, 1995.
- PECORARO, Rosária Rossano. Nilismo, Metafísica, Desconstrução. IN: DUQUE ESTRADA, Paulo Cesar. (Org.) Às Margens – A Propósito de Derrida. Rio de Janeiro : Loyola, 2002.
- PEIRCE, Charles. Semiótica. 3a ed. São Paulo : Perspectiva, 2003.
- PERELMAN, Chaïm. Lógica Jurídica. São Paulo : Martins Fontes, 2004.
- PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Rio de Janeiro : Renovar, 2008.

PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. A Pátria dos sem Pátria: Direitos Humanos e Alteridade. Porto Alegre : Ed. Uniritter, 2011.

PIZA, Antônio F. R. de. Schrödinger e Heisenberg – A Física além do Senso Comum. São Paulo : Odysseus, 2007.

POINCARÉ, Jules Henri. A ciência e a hipótese. Brasília: UNB, 1988.

POPP, Carlyle. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. In: LOTUFO, Renan (Org.). Direito Civil Constitucional. São Paulo : Max Limonad, 1999.

PRIGOGINE, Ilya. O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza. São Paulo: UNESP, 1996.

_____. Étude thermodynamique des phénomènes irréversibles. Liège : Desoer, 1947.

_____. As leis do caos. São Paulo : UNESP, 2002.

PRIGOGINE, Ilya; STENGERS, Isabelle. La nouvelle alliance. Paris: Gallimard, 1979.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A Constitucionalização do Direito Privado e a Sociedade sem Fronteiras. IN: FACHIN, Luiz Edson. (Org.) Repensando os Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

REALE, Miguel. O projeto do código civil – situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo : Saraiva, 1986.

_____. Visão geral do novo Código Civil. In: TAPAI, Giselle de Melo Braga. Novo Código Civil Brasileiro - Estudo Comparativo do Código Civil de 1916, Constituição Federal, Legislação Codificada e Extravagante. São Paulo : RT, 2002.

_____. Nova fase do direito moderno. São Paulo : Saraiva, 1998

- _____. Estudos Preliminares do Código Civil. São Paulo : RT, 2003.
- _____; ALVES, José Carlos Moreira; GOZZO, Débora. (Org.) Principais Controvérsias no Novo Código Civil. São Paulo : Saraiva, 2006.
- REDHEAD, Michael. Da Física à Metafísica. Campinas : Papyrus, 1997.
- REGIS, Ed. Who got Einstein's office. Mass. : Addison-Wesley, 1987.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do Direito Civil. Boletim da Faculdade de Direito. separata do v. 74, Coimbra : Universidade de Coimbra, 1998.
- ROMAN, Joel. Autonomia e Vulnerabilidade do Homem Moderno. IN: PRIGOGINE, Ilya; MORIN, Edgar. A Sociedade em Busca de Valores – Para fugir à alternativa entre o Cepticismo e o Dogmatismo. Lisboa : Piaget, 1996.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. Os Devaneios do Caminhante Solitário. Porto Alegre : L&PM, 2008.
- _____. Discurso sobre a Desigualdade entre os Homens. Porto Alegre : L&PM, 2009.
- _____. O Contrato Social. São Paulo : Martin Claret, 2005.
- RUSSELL, Bertrand. História do pensamento ocidental: a aventura das idéias dos pré-socráticos a Wittgenstein. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.
- _____. Da Denotação. Os Pensadores. São Paulo : Abril, 1974.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Um discurso sobre as ciências. São Paulo: Cortez, 2005.
- _____. Conhecimento prudente para uma vida decente: um discurso sobre as ciências revisitado. São Paulo: Cortez, 2004.
- _____. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

_____. O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre, Fabris, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. (Org.). O direito público em tempos de crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. (Org.). O novo código civil e a Constituição. 2a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. (Org.). A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.

_____. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre : Livr do Advogado, 2004.

SARTRE, Jean-Paul. A idade da razão. São Paulo : DIFEL, 1976.

_____. O ser e o nada. Petrópolis : Vozes, 2007.

_____. O existencialismo é um humanismo. São Paulo : Abril Cultural, 1984.

_____. Esboço para uma teoria das emoções. Porto Alegre : LP&M, 2007.

_____. Entre quatro paredes. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2005.

_____. Imaginação. Porto Alegre : LP&M, 2008.

_____. A Náusea. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 2005.

SILVA, Franklin Leopoldo e. Descartes – A Metafísica da Modernidade. São Paulo : Moderna, 1993.

SMITH, Adam. A Riqueza das Nações. São Paulo : Momento Atual, 2003.

SOUZA, José Crisóstemo. Filosofia, racionalidade e democracia: os debates Rorty & Habermas. São Paulo : UNESP, 2005.

SOUZA; Licia Soares de. Introdução às Teorias Semióticas. Petrópolis : Vozes, 2006.

SOUZA, Ricardo Timm de. Sentido e alteridade - Dez ensaios sobre o pensamento de Emmanuel Levinas. Porto Alegre: EDIPUCRS, coleção filosofia – nº 120, 2005.

_____. Em torno à diferença. Aventuras da alteridade na complexidade da cultura contemporânea. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008.

_____. O tempo e a máquina do tempo. Porto Alegre : EDIPUCRS, 1998.

_____. Sujeito, Ética e História – Levinas, o Traumatismo Infinito e a Crítica da Filosofia Ocidental. Porto Alegre : EDIPUCRS, 1999.

_____. Adorno & Kafka – Paradoxos do Singular. Passo Fundo : IFIBE, 2010.

_____. Razões Plurais. Porto Alegre : EDIPUCRS, 2004.

SOUZA, Valdemarina Bidone de Azevedo e. Interdisciplinariedade : busca da harmonia perversa? Participação e interdisciplinariedade - movimentos de ruptura/construção. Porto Alegre : EDIPUCRS, 1996.

STEIN, Ernildo. Seis Estudos sobre “Ser e Tempo”. Petrópolis : Vozes, 2005.

STEWART, Ian. Será que Deus joga dados? A nova matemática do caos. Rio de Janeiro: JZE, 1991.

_____. The problems of mathematics. Oxford : Oxford Univ. Press, 1987.

STRATHERN, Paul. Hawking e os buracos negros. São Paulo : JZE, 1998.

_____. Oppenheimer e a bomba atômica. São Paulo : JZE, 1998.

_____. Galileu e o Sistema Solar. Rio de Janeiro : JZE, 1999.

SZTOMPKA, Piotr. A Sociologia da Mudança Social. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1998.

TASSINARI, Simone. Do contrato parental à socioafetividade. IN ARONNE, Ricardo. Estudos de direito civil-constitucional. Porto Alegre : Liv. do Advogado, 2004, Vol. 2.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. 3.ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2004. Vol. 1 e 2.

_____. (Org.). Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TIMM, Luciano Bennetti. O Novo Direito Civil – Ensaio sobre o Mercado, a Reprivatização do Direito Privado e a Privatização do Direito Público. Porto Alegre : Liv. do Advogado, 2008.

TRABUCCHI, Alberto. Istituzione di diritto civile. 33.ed. Milão : CEDAM, 1992.

TUTIKIAN, Cristiano. Sistema e codificação: o Código Civil e as cláusulas gerais. IN: ARONNE, Ricardo (org.), Estudos de direito civil-constitucional. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2004, p. 19-79, Vol. 1.

_____. (org.) Olhares sobre o público e o privado. Porto Alegre : EDIPUCRS, 2008.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. Pensamento sistêmico – o novo paradigma da ciência. 4a. ed. Campinas : Papirus, 2002.

von NEUMANN, John; MORGENSTERN, Oskar. Theory of games and economic behavior. New Jersey : Princeton, 2004.

VERAS, Lilia Ladeira. Matemática Aplicada à Economia. São Paulo : Atlas, 1999.

WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno. Lisboa : Calouste Gulbenkian, s.d.

WILEY, Norbert. O Self Semiótico. São Paulo : Loyola, 1996.

WITTGENSTEIN, Ludwig. Gramática filosófica. São Paulo : Loyola, 2003.

_____. Observações filosóficas. São Paulo : Loyola, s.d.

_____. Investigações filosóficas. 4ed. Petrópolis : Vozes, 2005.

Publicado no dia 06/08/2014

Recebido no dia 26/07/2013

Aprovado no dia 29/07/2013

PASCAL, JUSTIÇA(S) E PODER(ES)

Convite ao Estudo da Filosofia Jurídica e Política em Blaise Pascal

Paulo Ferreira da Cunha

Instituto Jurídico Interdisciplinar da
Faculdade de Direito da Universidade do Porto

lusofilias@gmail.com

A imaginação dispõe de tudo; ela faz a beleza, a justiça e a felicidade, que é o todo do mundo. (...) essa faculdade enganadora que parece nos ter sido dada de propósito para nos induzir a um erro necessário.

Pascal, *Pensées*, II, 82.

Resumo

Senhor de um estilo vivo e de uma retórica persuasora, respeitado cientista e matemático consagrado, teólogo, ou pelo menos apologeta, vigoroso e temível, Pascal é tido como uma das maiores inteligências e dos mais belos verbos do Pensamento francês. Contudo, as suas reflexões filosóficas sobre o Direito, a Justiça e o Poder e os poderosos são menos conhecidas, ou resumem-se ao anedótico. Neste artigo, depois de termos recordado várias facetas desta figura cimeira da cultura europeia, procuramos sublinhar o seu contributo especulativo para o Direito, e pôr em relevo mais que a sua actualidade, que é inegável, o visível compromisso do autor com o que julga ser a Verdade. Mesmo num terreno proverbialmente atreito a enleios e manipulações, como este das leis e da política.

Palavras-Chave

Pascal. Direito. Poder. Justiça. *Pensées. Provinciales*

Abstract

A perfect master of a living style and a persuasive rhetoric, a respected scientist and mathematician, theologian, or at least strong and formidable apologist, Pascal is regarded as one of the greatest minds and of the most beautiful verb in French Thought. However, his philosophical reflections on law, justice and power and the powerful are less known, or boil down to the anecdote. In this article, after having recalled several facets of this figure in European culture, we emphasize its speculative contribution to the law, and highlight more than its timeliness, which is undeniable, the visible commitment of the author with what he thinks may be the Truth. Even in a field proverbially inclined to embarrassment and manipulations like this one of laws and politics.

Key-Words

Pascal. Law. Power. Justice. *Pensées. Provinciales*

I. Uma Não Introdução a Pascal

O presente ensaio não é, não pode nem pretende ser, uma introdução a Pascal (Clermond-Ferrand, 19 de Junho de 1623- Paris, 19 de Agosto de 1662). André Comte-Sponville é peremptório e tem toda a razão: “Nenhuma introdução nunca estará à altura dos *Pensamentos*, que se pode ler sem preparação” (Comte-Sponville, 2009: 161).

Visamos aqui apenas recordar, e sinteticamente, sobretudo na leitura dos *Pensamentos* (mas não só), a enorme actualidade de Pascal no concernente à reflexão sobre o Direito, a Justiça e o Poder. Ou talvez melhor: pôr em relevo o seu compromisso essencial e dir-se-ia visceral com aquilo que considerava ser a Verdade, sem compromissos e hipocrisias. E uma tal posição é, realmente, actualíssima, por ser exemplar e em grande medida original, com coragem e certamente inesperada no contexto, nos contextos.

É certo que uma ou outra citação de Pascal de vez em quando surgem, na sua força e carácter provocatório, mas descontextualizadamente, e depois dessa tirada o autor parece desaparecer de cena. Neste artigo procuramos colocá-lo no seu pano de fundo e contribuir para que se estude mais – também com o olhar do jurista e do filósofo do Direito.

II. Do Pascal cientista...

No séc. XVII, as ciências que hoje classificamos em "duras" e as "moles", ainda não estavam, na mente e na prática dos cientistas e dos humanistas, divorciadas e mutuamente incompreendidas como se encontram em grande medida hoje. Pascal é um exemplo flagrante da mais profunda espiritualidade (que é, obviamente, trans-científica já) e da mais exigente e bem sucedida prática das ciências físicas e matemáticas. Mas de modo nenhum estará isolado, no seu tempo. Era então

muito comum aliar-se ciências matemáticas, físicas, e naturais, com estudos humanísticos, morais e políticos. Só as designações, como é patente, dariam ensejo a rios de tinta...

Blaise Pascal revelou precocemente a sua inclinação científico-matemática. E ao contrário de muitos meninos-prodígio (hoje dizem-se, parece, sobredotados), viria a confirmar abundantemente na idade adulta a genialidade que os seus lhe detectaram em menino. Há um Pascal cientista rigoroso e inventivo. A ele se deve, por exemplo, a primeira calculadora, *la pascaline*.

II....*Ao Pascal teólogo... ou pelo menos apologeta...*

No plano teológico, a sua proximidade com Port-Royal, essa abadia-academia de rigoristas em religião, seguindo as teorias da Graça de Jansênio contra a alegada relaxação dos jesuítas, seria motivo para um fulgurante renome, nomeadamente com a publicação das suas *Lettres Provinciales*. Pascal foi, assim, ao longo de mais de um ano, a pena publicística dos teólogos jansenistas, dando à estampa dezoito cartas (e estava recolhido material para uma décima nona quando, ao que parece tacticamente, resolveria parar a catilinária), que animaram a opinião e que talharam um estilo novo na polemística mostrando um novo rosto, muito mais moderno, da língua francesa.

Há autores que procuram justificar uma ideia, ou uma posição, ou uma atitude (por vezes calando até em si próprios - ou na sua obra, por momentos, a complexidade do seu pensamento: como o republicano Maquiavel, que tantos interpretam como cínico, calculista, *maquiavélico*...), e há autores que, como Lutero em Worms (não sabemos se assim terá sido no seu polemismo contra os camponeses), dizem somente o que pensam (e nada mais e nada menos que isso), porque não sabem agir de outra forma. Essa sinceridade, quando levada às últimas consequências, produz, em Literatura, obras como *A la recherche du temps perdu*, de Proust, mais que própria e necessariamente as clássicas Memórias ou Autobiografias (que bem podem ser panfletos muito articulados de reconstrução do passado e da História). Já em Filosofia, e Ensaio, em que a busca, mesmo tortuosa e torturada, da "verdade" é (ou deveria ser) fito principal, essa preocupação de veracidade e completude, mesmo autognótica, se desdobra em géneros conhecidos, além de poder estar presente em todas as formas de expressão de que se reveste.

Pascal a pensar muitas matérias, mas especialmente as do direito, da justiça e do poder é sobretudo sincero, ainda que possa ser irónico ou mesmo cómico. Voltaire apreciava sobremaneira essa veia no autor das *Provinciales*. Hoje, infelizmente, entendemos mal a ironia. Ela pode ser a máxima sinceridade, apenas com o mínimo de opacidade para uma primeira protecção contra a nesciência. E ao entender mal a ironia, meio efeito da comédia se perde. Por isso tanto se lhe prefere o burlesco, e o efeito fácil da paródia e da bufoneria.

A sinceridade de Pascal deixou-nos dele *Pensamentos*, como poderia ter deixado *Meditações*, como em Marco Aurélio, e, mais ainda, *Confissões*, como em Santo Agostinho (as de Rousseau são pose... bela pose, mas ainda pose). É nesses pensamentos que temos de procurar o essencial da sua doutrina, das suas ideias, e das suas opiniões jurídico-políticas.

Este carácter aforístico e fragmentário dos *Pensamentos* levou Manuel Antunes a um dos textos mais completos (e contraditórios) sobre o autor, num Prefácio a uma edição de bolso:

“Há um Pascal jansenista e há um Pascal iluminista; há um Pascal racionalista e há um Pascal existencialista (antes da letra); há um Pascal empirista e há um Pascal fideísta; há um Pascal mecanicista (mesmo no plano das ciências humanas) e há um Pascal culturalista; há um Pascal realista e há um Pascal romântico (o Pascal do Infinito, do Espanto, do ‘Deus sensível ao coração’); há um Pascal conservadorista e justificador do *statu quo* e há um Pascal pré-marxista; há um Pascal trágico e há um Pascal dialéctico todo ele dado ao ‘renversement du pour au contre’; há um Pascal crente e há, até, um Pascal ‘ateu’” (Antunes, 1998: 5).

Seria por esta multiplicidade que o filósofo contemporâneo André Comte-Sponville, numa conferência, de imprevisto (quase que sob o efeito de uma súbita iluminação) sublinharia que Pascal era o maior espírito francês de todos os tempos?

Coisa bem diferentes dos *Pensamentos* são as Carta *Provinciales*. As *Provinciales*, constituindo outra sua obra de tomo, são demasiado votadas ao escopo teológico-moral. A questão fundamental, que na época fez correr rios de tinta e exaltar as paixões dos contendores, é a dialéctica do livre arbítrio e da Graça... O que não deixa de ter repercussões ético-jurídicas de relevo, designadamente na responsabilidade e na culpa. Aliás, toda a questão imediata das *Provinciales*, a que lhes dá imediatamente motivo, acaba por assentar em questões jurídicas.

Na verdade, antes de mais, trata-se de um tempo de exercício de um poder especial sobre a re-elaboração doutrinal (e a liberdade de expressão – dir-se-ia hoje, mas aqui, certamente, ainda com algum anacronismo) por parte dos eclesiásticos. No caso, várias condenações (que são julgamento religioso, mas não deixam de evocar uma *auctoritas* jurídica e um *modus operandi* até, eventualmente, dialéctico...no seu dogmatismo final).

A tese parece ser a revisão da síntese do problema da Graça e do livre arbítrio em Aurélio Agostinho e Tomás de Aquino, num sentido mais conforme ao último dos termos em presença, pelo jesuíta Molina, no seu *Acordo do Livre Arbítrio com a Graça Divina*, em 1588. Depois de acesa discussão com o molinismo, este acaba não por ser condenado, como muitos desejariam, mas, as *Congregationes de Auxiliis* (1597-1607) desembocariam em sucessivos decretos de interdição da edição sobre o assunto em geral – claramente para abafar a própria controvérsia (em 1611 e em 1625). Cornélio Jansénio, bispo de Ypres, responderá, entre poucos anos depois e a sua morte (1638) no sentido anti-molinista, com uma obra monumental (que demoraria duas décadas a elaborar) a que deu o nome de *Augustinus*, mas que não deu à estampa, e que viria a ser publicada, completa, pelos discípulos, em Lovaine, em 1640. Nova polémica, e o Papa condena a obra vagamente a obra em 1642, um ano depois da edição de Paris. Havia também pressões (algumas até políticas) para que a Sorbonne condenasse a obra. Mas as posições estavam divididas. Finalmente (mas não há na questão um “finalmente”), em 1649, a Sorbonne condena cinco proposições no *Augustinus*, solicitando que Roma fulmine a alegada heresia. O que vem, efectivamente, a ocorrer, em 1653 pela bula *Cum occasione*.

III. *Entre Teologia e Direito*

Ora é precisamente a propósito destas condenações que entra a metodologia do Direito, na sua mais clássica estrutura: a diferença entre o facto e o direito. Os jansenistas, a começar por Arnaud (que já em 1643 escrevera uma apologia de Jansenius), vão conceder que as proposições condenadas são, na verdade, condenáveis (*de iure*), mas não se encontrariam de forma alguma na obra do bispo de Ypres (*de facto*). Pascal retornará ao problema, especificamente nas Cartas XVII e XVIII das *Provinciales*, declarando o que parece óbvio: que quer Papas quer concílios não teriam autoridade sobre os factos. Sobretudo porque se não pode colocar X ou Y a dizer o que não disse. E tal levanta, obviamente, questões jurídico-hermenêuticas. O poder de interpretar é muito forte, e é crucial.

Algumas questões levantadas por Pascal contra a casuística laxista (ou como tal considerada) têm evidente importância jurídica.

Na Carta V, a propósito do chamado probabilismo, e da possibilidade de se crer e seguir um doutor contra outro, não podemos deixar de pensar no valor das autoridades jurídicas, e especificamente dos pareceristas.

Na Carta VII, é a questão da “d direcção da intenção” que desperta a atenção do jurista, e especificamente do filósofo do Direito: pode fazer-se o mal com a intenção do bem? No limite, alguns laxistas, como o espanhol Hurtado, consideravam legítimo que um filho desejasse a morte do pai com o fito de herdar, já que a herança por parte de filho legítima é coisa legal, e legítima... Contudo, haverá exemplos menos laxistas, que colocam a possibilidade dessa engenhosidade do espírito.

Na Carta VIII há questões sobre contratos, desde logo sobre a usura, e sobre os juízes.

Na Carta IX encontram-se observações sobre a reserva mental.

Nas Cartas XIII e XIV há interessantes observações sobre as teorizações jesuíticas justificadores do homicídio, em alguns casos. Pascal adverte solenemente os seus interlocutores, convidando-os a escolher o seu terreno, o da Jerusalém mística de que fala Santo Agostinho, ou o da Sodoma espiritual (Ap. XI, 8). E mantendo o rigor, assim termina a sua Carta: “l’homicide est le seul crime qui détruit tout ensemble l’État, l’Église, la nature et la piété”.

Será escusado dizer que as *Cartas Provinciais* serão, por seu turno, colocadas no índice de livros proibidos, em 6 de Setembro de 1657? Em 1661, Pascal haveria de pousar a pena polémica e mesmo de, numa visão certamente superior às disputas fraticidas, já bastante doente, e em discordância com Arnaud, abstém-se de toda a polémica.

Mas a grande obra filosófica de Pascal (além de teológica, evidentemente) são os *Pensamentos*.

Como é sabido, não são os *Pensamentos*, no estado em que nos chegaram, um convencional

tratado de apologética cristã organizado definitivamente pelo autor. Aliás, a sua organização e autenticidade - havia edições com interpolações e retoques - das passagens foi um dos quebra-cabeças nas edições - até que se resolveu ver os originais... Mas neste enorme laboratório e estaleiro de ideias, acabou por se misturar, como na realidade total da sua pessoa, o céptico, quer dizer, o filósofo, o geômetra, ou seja, o cientista, e o cristão, ou seja, o crente. Embora no geômetra haja filosofia, certamente, e no homem religioso, além da crença e do sentimento, também haja razão. Pascal separava as qualidades de duvidar, asseverar (ou provar, certamente), e submeter-se (ou acreditar) (v. *Pensées*, fr. 201). É ele que crê não ser o nosso mundo o país da verdade, mas, como *per speculum* (I Cor., XIII, 12) está ela velada por um véu, que ele só considera ultrapassável pela fé. Contudo, ele mesmo se considera pirrônico, onde é preciso duvidar.

O mundo do Direito aparentemente relevaria da fé e da demonstração, da teologia e da ciência. Mas o desconcertante Pascal vai sobretudo enquadrá-lo na dúvida, e até na crítica. Tal como o seu mestre Santo Agostinho, que sobre o poder nos deixa perplexos ao diante de nós nos pintar a cena do pirata altivo e do imperador pirata (na verdade, umas das passagens mais impressionantes da filosofia política, para mais vinda de quem vem), Pascal não nos contará uma história piedosa sobre a necessidade de existência do poder e da lei, e da bondade da obediência a uma e ao outro. É mais, pois, o discurso relativizador do pirata que nele colheremos:

«Sem a Justiça [...] *que são os reinos senão grandes bandos de ladrões? E o que é um bando de ladrões senão pequenos reinos? Porque se trata de uma reunião de homens em que um chefe comanda, em que um pacto social é reconhecido, em que certas convenções regulam a partilha do produto do saque. Se esta quadrilha funesta, recrutando para si malfeitores, cresce ao ponto de ocupar um país, de estabelecer postos importantes, de tomar cidades, de subjugar povos, então arroga-se abertamente o título de reino, título que lhe assegura não a renúncia à cupidez, mas a conquista da impunidade. Foi um dito certo e de espírito o que a Alexandre Magno respondeu um pirata caído em seu poder. ‘Em que pensas para infestar o mar?’ — questionou o monarca. ‘E em que cuidas tu para infestar a terra?’ — retorquiu o pirata, com audaciosa liberdade. ‘Mas porque tenho uma pequena frota, chamam-me corsário, enquanto tu, por teres uma grande marinha, dizem-te conquistador.’» (Agostinho, 426: IV, 9.)*

IV. *As Leis e a Justiça nos Pensamentos*

Pascal disserta especificamente sobre os costumes, as leis e a Justiça no artigo V dos seus *Pensamentos*. É a sua leitura que vamos comentar.

A primeira questão colocada é a arbitrariedade dos conceitos de justiça: porque se nasce deste lado da montanha, é justo o morgadio (V, 291); porque se está do outro lado da água (de um ribeiro, decerto) é lícito que Fulano mate Beltrano e ele é até um bravo que pratica uma ação justa (os seus reis devem estar em guerra), mas já seria crime se se matassem do mesmo lado da água (V, 292-293).

Parece que deveria haver uma justiça única, uma, geral, universal. Parece a Pascal que os costumes dos diversos países (e implicitamente as suas leis) são particularismos, e não propriamente manifestações de equidade a consideração dessas diferenças, porque o brilho de uma equidade verdadeira traria a luz e a “justiça constante” a todos, sem exceções, de forma a que essa equidade universal seria ela o modelo dos legisladores particulares, e não “as fantasias e os caprichos dos Persas e Alemães” (V, 294).

Assim ridiculariza Pascal a mudança das leis segundo situações fortuitas:

“Trois degrés d’élévation du pôle renversent toute la jurisprudence; un méridien décide de la vérité; (é a geografia a decidir, ou seja, algo de alheio à vera normatividade) en peu d’années de possession, les lois fondamentales changent (certamente alude ao direito de conquista sobre um território, que não é aliás, na prática diverso do usucapião privado pelo qual se adquire o que não era seu); le droit a ses époques, l’entrée de Saturne au Lion nous marque l’origine d’un tel crime (agora são as explicações passionais e esotéricas que são criticadas: pelo exemplo astrológico). Plaisante justice qu’une rivière borne! Vérité au deça des Pyrénées, erreur au delà” (de novo, e para rematar a tirada, o absurdo da mudança da justiça e da verdade por motivo de acidentes geográficos) (*Ibidem*).

Mas Pascal não ignora outras explicações dos senhores do Direito. E vai afrontá-las com coragem. O nosso filósofo sabe que os juristas remetem frequentemente o fundamento dos

direitos locais para “leis naturais, conhecidas em todos os países”. E então não se deveria julgar o Direito meramente pela variedade e desconexão (e contraditoriedade) das caprichosas normas daqui e dali, mas por algo superior. Contudo, Pascal não vê uma só dessas leis superiores que seja, realmente, positivada em toda a parte. Nenhuma lhe parece universal, pelo contrário, há até crimes (que o serão aos olhos da opinião que o lê, sem grande dúvida) que em algum tempo e lugar já foram considerados não só legais, como mesmo virtuosos. É certo que Pascal força um pouco a argumentação, porque a sua consideração positiva parece que sempre dependeu de circunstâncias especiais do seu cometimento, e não em geral e em absoluto. Em todo o caso, não deixa de ser impressionante o argumento, e não sem algum apoio na comparação dos direitos e na história jurídica: “Le larcin, l’inceste, le meurtre des enfants et des pères, tout a eu sa place entre les actions vertueuses” (V, 294).

Há, na verdade, muitas teorias sobre a origem e o fundamento da justiça, e o nosso autor não deixa de as elencar: a autoridade do legislador, a comodidade do soberano, o costume em curso... E esta última lhe parece mais acertada ainda, pois segundo apenas a razão não parece que nada seja justo em si mesmo, antes sujeito às ventanias mutáveis dos tempos... Mas precisamente por se tratar de costume, há uma grande vulnerabilidade nestas leis. E Pascal recorda como se invocam, por vezes, as “leis fundamentais e primitivas de um Estado”, que teriam sido revogadas por costumes injustos. É, curiosamente, essa argumentação a que virá, mais tarde, a ser usada pelas primeiras Constituições francesa, espanhola e portuguesa do liberalismo: o esquecimento das leis fundamentais teria levado aos presentes males. Pelos vistos, o argumento, que a nós sempre nos pareceu muito acertado (quer no plano fáctico, quer no plano mítico), já era conhecido no séc. XVII, e Pascal é dele crítico: seria um discurso legitimador (nas nossas palavras hodiernas) para iludir o povo – “c’est un jeu sûr pour tout perdre” (V, 294).

Três outros aspectos, de entre os vários que Pascal elege para a sua crítica, nos parecem merecer um apontamento.

Os primeiros dois têm entre si algum parentesco, porque radicam no que a etologia chamaria hoje territorialidade, instinto territorial, e que implica também o proprietarismo. Pascal conhece sem dúvida essa máxima pela qual o direito surge da necessidade de bem regular o “meu” e o “teu”. E este é o seu comentário nada simpático para com tal pseudo-ponto de Arquimedes do Direito: “Ce chien est à moi, disaient ces pauvres enfants; c’est là ma place au soleil.’ Voilà le commencement et l’image de l’usurpation de toute terre” (V, 295).

E esta febre de se apossar (nomeadamente do que outros já possuíam antes) é a base da invasão, da pilhagem, da guerra. E aí Pascal, nesse domínio que é já do foro internacional, descobre a evidência que mesmo nos tempos actuais não encontramos meio de pôr em prática: a necessidade de uma justiça internacional, de um juiz internacional: “Quand il est question de juger si on doit faire la guerre et tuer tant d’hommes, condamner tant d’Espagnols à la mort, c’est un homme seul qui en juge et encore intéressé: ce devrait être un tiers indifférent” (V, 296).

Pascal obtém assim uma ligação directa com a estrutura processual que é a essência da juridicidade numa perspectiva dialéctica: não pode haver direito se não houver um juiz, que seja um terceiro independente. E quiçá a expressão “indiferente” sublinhará ainda mais a dita independência. Embora não lhe possa ser indiferente a justiça, como é óbvio.

Pascal é muito objectivo e realista na análise do Direito. E por isso vai por um lado pôr em relevo o lugar imenso que a força nele tem, e, por outro, divide cargos e funções de poder e de direito entre os que são reais e os que relevam da imaginação.

Tem o filósofo consciência de que a justiça sem a força é impotente, tanto quando a força sem a justiça é tirânica (V, 298). Até aqui, apenas clarividência. Mas Pascal arrisca-se a ir mais longe: para ele como que a força, mais estável, mais convincente, mais forte afinal, substituiu pura e simplesmente a justiça. Assim,

“La justice est sujette à dispute, la force est très reconnaissable et sans dispute. Ainsi on n’a pu donner la force à la justice, parce que la force a contredit la justice et a dit qu’elle était injuste, et a dit que c’était elle qui était juste. Et ainsi, ne pouvant faire que ce qui est juste fût fort, on a fait que ce qui est fort fût juste” (V, 298).

Por isso, “a força é rainha do mundo”, e nem sequer o é a opinião, sendo a força que molda a própria opinião (V, 303). Mesmo os liames de respeito entre as pessoas são, em geral, cordas de

necessidade (V, 304), ou seja, motivadas pela força. A Justiça é, pois, o que se encontra estabelecido, as leis são tidas por justas sem serem examinadas, porque são estabelecidas (V, 312). É, obviamente, um efeito da força e da estabilidade e imobilidade que ela, uma vez estabelecida, imprime à ordem jurídica.

Porém, Pascal apercebeu-se que para além da força bruta, e da obediência cega a essa brutalidade, pela pura necessidade, há necessidades mais elaboradas e obediências de várias ordens. E que as correntes da força são, por vezes, como se diria bem mais tarde, agrinaldadas com as rosas da ideologia. Pascal fala em imaginação (V, 304).

A força pode reforçar-se e apoiar-se não só nas armas, mas em processos mentais, em narrativas, em símbolos, em formas de imaginação.

Pascal chega mesmo a explicar a variação dos titulares dos cargos pela fantasia de alguém ser duque, rei ou magistrado, embora os cargos, em si, sejam reais (V, 306). Afirma, nomeadamente: “Le chancelier est grave et revêtu d’ornements, car son poste est faux; et non le roi: il y a la force, il n’a que faire de l’imagination. Les juges, médecins, etc., n’ont que l’imagination”.

A opinião do autor sobre a nobreza, assim, não pode ser muito lisonjeira: “Que la noblesse est un grand avantage, qui, dès dix-huit ans, met un homme en passe, connu et respecté, comme un autre pourrait avoir mérité à cinquante ans. C’est trente ans gagnés sans peine” (V, 322).

E, mais adiante: “La puissance des rois est fondée sur la raison et sur la folie du peuple, et bien plus sur la folie” (V, 330).

V. *Os Poderes, os Poderosos, e as suas / nossas Ilusões*

Sobre esta matéria dos grandes e poderosos, desde logo nobres, parece que Nicole (1625-1695) seria o autor de três pequenos discursos, que editaria postumamente, propondo-se reproduzir o pensamento de Pascal sobre o tem. Trata-se de *Trois discours sur la condition des grands*, 1670.

Ao contrário do espanto e até escândalo de alguns, temerosos de um Pascal revolucionário, o primeiro discurso assenta sobre bases clássicas, que estão já claras em autores anteriores: desde logo, a propriedade (e, por extensão, os títulos) não são devidos a alguém por direito natural, mas, afinal (embora o texto o não diga nestes termos é o que significa), por direito positivo. Portanto, não há qualquer salto, ou restrição, ou incongruência em no mesmo discurso se negar que seja de direito natural a propriedade, a riqueza e a nobreza, e no mesmo texto se dizer que tudo isso não é ilegítimo, por ser estabelecido pelos homens. Mais interessante é a lição que daqui o autor extrai: podem os grandes não revelar ao povo o segredo de não o serem por terem diversa natureza (dir-se-ia o “sangue azul”), mas é mister que não abusem da sua condição “com insolência”...

O texto aproveita, no segundo discurso, para fazer um matiz mais: há esses grandes por estabelecimento dos homens e há os que o são, afinal, por natureza. Mas, nesse caso, trata-se, como é óbvio, não de postos e títulos, mas do valor intrínseco das pessoas. No fundo, a grandeza por direito positivo é artificial, e a que é natural (não sabemos se por direito natural...) não tem necessariamente correspondência nas coisas do mundo. Uma é mistificação, a outra, realidade.

Noutro contexto, Pascal já havia tratado da enorme parte de “imaginação” implicados pelas ciências, e designadamente a jurídica, e pelos poderes, especificamente a realeza. O segredo, o “mistério”, está afinal na mistificação. Em juristas e médicos:

“Nos magistrats ont bien connu ce mystère. Leur robes rouges, leurs hermines, dont ils s’emmaillotent en chats fourrés, les palais où ils jugent, les fleurs de lis, tout cet appareil auguste était fort nécessaire; et si les médecins n’avaient les soutanes et des mules, et que les docteurs n’eussent des bonnets carrés, jamais ils n’auraient dupé le monde qui ne peut résister à cette montre si authentique. S’ils avaient la véritable justice et si les médecins avaient le vrai art de guérir, ils n’auraient que faire de bonnets carrés; la majesté de ces sciences serait assez vénérable d’elle-même. Mais n’ayant que des sciences imaginaires, il faut qu’ils prennent ces vains instruments qui frappent l’imagination à laquelle ils ont affaire; et par là, en effet, ils attirent le respect”. (II, 82).

E um pouco mais à frente, acrescentará: “Nous ne pouvons pas seulement voir un avocat en soutane et le bonnet en tête, sans une opinion avantageuse de sa suffisance” (*ibidem*).

Contudo, na realeza, além do espanto, trompetas, tambores, exércitos engalanados, não tem ela só a *mise-en-scènes*. Tem também consigo a força. É uma significativa diferença, o que não significa

que prescindia, com a força, da encenação, que afinal é outra forma de força.

E certamente por isso a imaginação, tal como a opinião, por algum tempo, podem governar, num “império” “doce e voluntário”, como observa Pascal. Porém, reconhece que a força reina sempre (como que por detrás delas). E sintetiza: “Ainsi l’opinion est comme la reine du monde, mais la force en est le tyran” (V, 311).

E é a sina dos iconoclastas responsáveis, parece. Depois de ter impudicamente rasgado os véus da justiça, o autor dos *Pensamentos*, olha para o povo, e reconhece que a verdade pode não libertar, mas fazer mais mal ainda. Acaba por considerar que é “perigoso dizer ao povo que as leis não são justas”:

“Il est dangereux de dire au peuple que les lois ne sont pas justes, car il n’y obéit qu’à cause qu’il les croit justes. C’est pourquoi il lui faut dire en même temps qu’il y faut obéir parce qu’elles sont lois, comme il faut obéir aux supérieurs, non pas parce qu’ils sont justes, mais parce qu’ils sont supérieurs. Par là, voilà toute sédition prévenue si ont peu faire entendre cela, et ((ce)) que ((c’est)) proprement que la définition de la justice” (V, 326).

Não deixa de ser um tanto decepcionante que, depois da maior lucidez se resigna ao maior conformismo. Uma coisa será o preço a pagar pela outra? Como o sábio do provérbio, que, para se rir do mundo, teria que dele se esconder?

Em boa medida será apenas o escrúpulo do cientista que não consegue apreender cabalmente o seu objecto, e do moralista austero que não nos quer mentir sobre essa sua dificuldade: “La justice et la vérité sont deux pointes si subtiles que nos instruments sont trop mousses pour y toucher exactement. S’ils y arrivent, ils en écachent la pointe, et appuient tout autour, plus sur le faux que sur le vrai” (II, 84).

Referências Bibliográficas

Bibliografia activa específica

Lettres Provinciales (23 de Janeiro de 1656 a 24 de Março de 1657).

Pensées (póstumo e “editado” - 1670).

Trois Discours sur la condition des grands, 1670 (há quem discuta se a autoria não será antes de Nicole).

Há ainda fragmentos e manuscritos. Não se mencionam, por não pertinentes ao nosso escopo, as obras científicas ou puramente religiosas.

Edições

As edições dos *Pensamentos* mais usadas são, certamente, as de Brunchvicg e Le Guerne.

PASCAL (1954). *Œuvres Complètes*, texte établi par Jacques Chevalier. Paris: Bibliothèque de la Pléiade.

_____ (1963), *Œuvres Complètes*, ed. de L. Lafuma. Paris: Seuil.

_____ (1964-1992). *Œuvres Complètes*, ed. de Jean Mesnard. Paris: Desclée de Brouwer, 4 vols.

_____ (2000). *Pensées*, apresentação e notas de Gérard Ferreyrolles, texto estabelecido por Philippe Sellier, segundo a cópia de referência de Gilberte Pascal. Paris: Librairie Générale Française. É um volume acessível que faz referência a muitas questões editoriais e apresenta mesmo tábuas de concordância.

_____ (1965). *Provinciales*, ed. com introd. e notas de Louis Cognet. Paris: Garnier.

Bibliografia passiva selectiva

AGOSTINHO, Aurélio (Santo) (426? 427?). *Civitas dei*.

ANTUNES, Manuel (1998). *Prefácio a Pensamentos*, de Blaise Pascal, 3.^a ed.. Lisboa: Europa-América, pp. 5-10.

FERREYROLLES, Gérard (1984). *Pascal et la raison du politique*. Paris: PUF.

BOUCHILLOUX, H. (1995). *Apologie et raison dans les “Pensées” de Pascal*. Paris: Klincksieck.

BRIMO, Albert (1942). *Pascal et le droit*. Paris: Sirey. (tese).

COMTE-SPONVILLE, André (2009). *Présentation de la Philosophie*. Paris: Albin-Michel, 2002, trad. port. de Eduardo Brandão (2009). *Apresentação da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2.^a tiragem.

DENIS, J. (1893). *Vues politiques et sociales de Pascal*. Paris: Delesque.

KRAILSHEIMER, Alban (1983). *Pascal*. Oxford: Oxford University Press, trad. port. de Maria Manuela Pecegueiro. Lisboa: Dom Quixote.

LAZZERI, S. E. (1993). *Force et justice dans la politique de Pascal*. Paris: PUF.

MESNARD, Jean (1951). *Pascal, l'homme et l'oeuvre*. Paris: Boivin-Hatier.
ABRANCHES DE SOVERAL, Eduardo (1995). *Pascal. Filósofo Cristão*, 2.^a ed., Porto: Elcla.
PIEPER, Josef (2011). "La thèse de Pascal: théologie et physique" in "Le concept de tradition", *La Table Ronde* N.º 150, Paris, Plon, Junho de 1960, trad. port. de Jean Lauand, *A Tese de Pascal: teologia e Física. Uma Introdução ao Préface au Traité du vide*. "International Studies on Law and Education", n.º 7, São Paulo / Porto: CEMOrOc-Feusp / IJI-Univ. do Porto, Janeiro-Abril de 2011, ed. electrónica: URL: <http://www.hottopos.com/isle7/73-76Pieper.pdf>.

Publicado no dia 06/08/2014

Recebido no dia 26/07/2013

Aprovado no dia 29/07/2013

JUDICIALIZAÇÃO DO PROGRAMA DE AÇÕES AFIRMATIVAS DA UFS – PAAF/UFS: QUAL O POSICIONAMENTO MAJORITÁRIO DA JUSTIÇA FEDERAL SERGIPANA SOBRE ESTA AÇÃO AFIRMATIVA?

JUDICIALIZATION OF AFFIRMATIVE ACTION PROGRAM OF UFS - FNA / UFS: WHAT IS THE POSITION OF JUSTICE FEDERAL MAJORITY SERGIPANA ABOUT THIS AFFIRMATIVE ACTION?

Ilzver de Matos Oliveira¹
José Lucas Santos Carvalho²
Kelly Helena Santos Caldas³

Introdução

Objetiva-se, com este artigo, apresentar os resultados colhidos da pesquisa quantitativa e qualitativa de conteúdo feita a partir da análise das decisões dos magistrados da Justiça Federal de Sergipe nas ações ajuizadas no primeiro ano do Programa de Ações Afirmativas da Universidade Federal de Sergipe – PAAF/UFS, as quais questionavam a constitucionalidade do programa. Assim, antes da apresentação dos resultados colhidos, inicialmente expomos uma reflexão sobre o debate jurídico no Brasil sobre a judicialização das ações afirmativas, pois neste novo cenário surgido após a Constituição de 1988 uma nova postura do Judiciário emerge, onde este é chamado a solucionar demandas que buscam a efetividade e a concretização de direitos fundamentais. Logo após, apresentamos os resultados obtidos das análises. A análise quantitativa consistiu em verificar o número de ações ajuizadas e em quais cursos os vestibulandos não cotistas pleiteavam a vaga. Enquanto, a análise qualitativa do conteúdo consistiu, exatamente, em observar a fundamentação dos magistrados em suas decisões, para identificar as regras e princípios constitucionais, as normas legais nacionais e internacionais e os fundamentos teóricos e jurisprudenciais que embasaram as suas manifestações, para que fosse possível, ao final, delinear a postura da Justiça Federal Sergipana sobre este tema tão atual e relevante, qual seja a adoção de políticas de ação afirmativa.

1. O debate jurídico no Brasil sobre a judicialização das ações afirmativas

A Constituição Federal de 1988 trouxe para o âmbito da proteção jurídico-constitucional, direitos que outrora eram discutidos apenas no campo político, os quais não possuíam relevância legal, muito menos, obrigatoriedade de prestação estatal. Com o fim da Ditadura Militar e o renascimento do Estado Democrático ocorreu o processo de consolidação e criação de diversificadas garantias constitucionais, a fim de estruturar e definir os direitos fundamentais, individuais, sociais e coletivos, dos cidadãos. Em razão dessa evolução histórica, conceitos como dignidade humana, igualdade e cidadania são ampliados, fazendo-se emergir diversos mecanismos de efetivação dos referidos direitos pertencentes aos membros da sociedade brasileira.

Neste novo cenário, passou a exigir do Poder Judiciário, uma postura mais ativa e comprometida com a realização dos objetivos fundamentais da nova ordem constitucional, a fim de salvaguardar o bem-estar social em suas diversas vertentes. Diante disso, potencializaram-se as demandas de busca pela efetividade e concretização destes direitos perante o Judiciário, muitas vezes em decorrência da omissão dos outros poderes da república, os quais não adentram nos dilemas sociais impostos e não atendem o mínimo necessário, restando aos magistrados suprirem as lacunas deixadas.

Outro mecanismo de ampliação da cidadania e que está em consonância com o direito fundamental de acesso à justiça é o controle de constitucionalidade, o qual sofreu modificações com a promulgação da Constituição de 1988, dentre elas, a ampliação do rol de legitimados ativos responsáveis por propor as ações de controle, como também, à previsão do controle difuso e

¹ Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. E-mail: ilzver@gmail.com

² Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Tiradentes. E-mail: lucascarvalhohdir@hotmail.com.

³ Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Tiradentes. E-mail: kellycaldas2.0@hotmail.com.

concentrado, feito pelo magistrado, de forma incidental.

Para a concretização dos direitos fundamentais, o Estado brasileiro ampliou as políticas públicas⁴, todavia ficou o questionamento se estas caracterizariam ou não dentre os atos do governo, integrantes do chamado mérito administrativo, que não poderiam ser objeto de controle de legalidade pelo Poder Judiciário, porque seriam exercidos dentro de sua competência política, não podendo ser contrastada, sob pena de violação do princípio democrático e republicano, o qual preconiza a separação dos poderes.

Contudo, concluiu-se que dada a previsão constitucional destas ações, se faz necessário a adequação destas aos regramentos constitucionais ou legais relacionados à matéria, assim como a perspectiva de validade dos mecanismos usados para sua criação ou implementação. Sendo assim, não restam dúvidas da legitimidade e previsão da atuação jurisdicional no controle das políticas públicas, com o objetivo, não de sobrepujar os limites impostos entre os poderes, mas sim, de conferir a concretude aos mandamentos legais.

Dentre as políticas públicas implementadas pelo Estado brasileiro estão as ações afirmativas⁵, sendo estas consideradas pelos seus defensores como o abandono da neutralidade estatal no combate à discriminação e na efetivação da igualdade. Sobre a discussão no âmbito jurídico acerca das ações afirmativas diz Oliveira (2008):

(...) o Judiciário passou a exercer um papel de protagonista na reflexão sobre [ações afirmativas], começou a decidir o destino de várias destas políticas a partir das suas sentenças e assumir o papel de legitimador destas ações, em sua maioria, advindas das universidades, a partir do uso da sua autonomia, mas, que, também, estão sendo progressivamente adotadas pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, além de diversas entidades de caráter privado. (OLIVEIRA, 2008:12)

Portanto, o Judiciário é chamado a protagonizar esta reflexão e a decidir sobre o destino destas políticas, sobre as argumentações jurídicas discutidas judicialmente, diz Dominguez (2010):

No âmbito jurídico, a maior discussão que se trava é a respeito da violação ou não, pelas ações afirmativas, ao princípio da igualdade e também, nos casos de reserva de vagas em concursos públicos ou vestibulares, ao sistema meritório. Ainda que se esteja de acordo com a instituição das cotas, a discussão subsequente é sobre os seus critérios de aplicação, ou seja, se os percentuais estabelecidos nessas políticas não ferem o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade ou se, no caso das universidades, as cotas deveriam ter critérios apenas sociais ou raciais também. (p.59)

A adoção de políticas de ação afirmativa nas universidades públicas brasileiras levou ao processo de judicialização destas ações e, em Sergipe não foi diferente. A Universidade Federal de Sergipe instituiu mediante a Resolução 80/2008 o Programa de Ações Afirmativas - PAAF/UFS que começou a vigor no primeiro semestre do ano de 2010, entretanto, estudantes não cotistas impetraram ações contra o PAAF/UFS, argumentando terem sido prejudicados com a implantação do programa de cotas.

Com o objetivo de compreender a problemática no tocante as Ações Afirmativas de Ingresso ao Ensino Superior Público, em âmbito local, foram coletadas as sentenças proferidas pela Justiça Federal de Sergipe no primeiro ano da política afirmativa, a fim de apresentar qual o posicionamento dominante dos magistrados federais sergipanos quando o assunto é ações afirmativas étnico-raciais.

⁴Dominguez citando Eros Grau explica que: Não existe um conceito jurídico consensual sobre políticas públicas e, na verdade, nem todos os autores que tratam o tema se propõem a vencer este desafio. Eros Roberto Grau, por exemplo, elaborou um conceito bastante amplo, asseverando que a expressão política pública deve partir da “(...) pressuposição de uma bem marcada separação entre Estado e sociedade (...)” e, assim, “(...) designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social.” (p. 39-40)

⁵“As ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. (...). Em síntese, trata-se de políticas e mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.” (GOMES, 2001:40)

2. A judicialização do PAAF/UFS: o posicionamento da Justiça Federal de Sergipe sobre o programa

A coleta dos dados subsidiadores deste estudo foi feita no próprio sítio da Justiça Federal de Sergipe (www.jfse.jus.br), a partir da busca processual por nome da parte (Universidade Federal de Sergipe), sendo possível verificar, no primeiro momento, que o instrumento mais utilizado pelos autores das ações judiciais foi a ação ordinária, totalizando 59, seguida por 35 mandados de segurança e apenas uma ação declaratória incidental, resultando em um total de 95 ações.

As ações foram distribuídas entre as 1ª, 2ª e 3ª Varas Federais e julgadas pelos juízes Telma Maria Santos e Fábio Cordeiro de Lima na 1ª Vara; Ronivon de Aragão e Fernando Escrivani Stefaniu na 2ª Vara e, na 3ª Vara por Edmilson da Silva Pimenta e Rafael Soares Souza.

A análise qualitativa do conteúdo consistiu, exatamente, em observar a fundamentação dos magistrados em suas decisões, para identificar as regras e princípios constitucionais, as normas legais nacionais e internacionais e os fundamentos teóricos e jurisprudenciais que embasaram as suas manifestações, para que fosse possível, ao final, delinear a postura da Justiça Federal Sergipana sobre este tema tão atual e relevante, qual seja a adoção de políticas de ação afirmativa, em especial, quanto ao Programa de Ações Afirmativas – PAAF/UFS.

Da análise das decisões, observou-se que os magistrados ao julgarem o primeiro processo sobre o tema, utilizaram a mesma fundamentação nas sentenças seguintes, pois já possuem o seu convencimento formado. Assim, foi escolhida uma sentença proferida por cada magistrado para apresentação da sua fundamentação.

A partir dos resultados iniciais alcançados, que serão expostos individualmente nos tópicos referentes a cada Vara Federal, foi feita uma triagem inicial das sentenças colhidas, com a finalidade de se apurar se a sentença adentrava ou não no dilema existente acerca da constitucionalidade do programa. Isso porque, durante a pesquisa, constatou-se a existência de outras ordens de assuntos que são judicializados no debate sobre as cotas, já que há também ações ajuizadas por vestibulandos que queriam ser enquadrados como cotistas, mas não o foram, em função de terem estudado parte da vida apenas em escola pública, ou a escola não é pública, mas tem finalidade filantrópica e mais uma série de situações que não se identificam com o objeto da presente pesquisa, pois constituem outra vertente do assunto.

Assim, passamos ao exame do entendimento de cada Vara Federal para ao final delinear o posicionamento majoritário da Justiça Federal de Sergipe sobre o PAAF/UFS.

2.1 O entendimento da 1ª Vara Federal de Sergipe

A juíza titular da 1ª Vara Federal, Telma Maria Santos, ao julgar a Ação Ordinária, processo nº 0001372-67.2010.4.05.8500, ajuizada por Júlio César Melo dos Santos Júnior objetivando a sua matrícula no curso de fisioterapia da UFS, no turno matutino, decidiu pela procedência dos pedidos contidos na peça inicial e orientou-se, em síntese, pelos seguintes fundamentos e questionamentos: Para a Magistrada, o sistema de cotas instituído pela UFS objetiva garantir o acesso de grupos menos favorecidos aos cursos por ela ministrados, e não obstante a constatação de quanto os negros foram vítimas de injustiças atroz, tem-se indagado se a pouca representatividade deles nas Universidades Públicas decorre do fato da cor, ou da dificuldade e, até mesmo, em alguns casos, da impossibilidade de terem acesso a um ensino de qualidade que possibilite condições suficientes de aprendizagem, situação que, na verdade, acomete boa parte da população e mais fortemente, é de se reconhecer, os afrodescendentes, maioria, segundo apontam dados do IBGE.

Segundo o posicionamento de Telma Maria Santos, o critério renda familiar possivelmente parece mais palatável do que o baseado na cor porque além de alcançar os carentes existentes entre os afrodescendentes, também alcança os carentes de cores diversas. Por outro lado, convém ressaltar que o desenvolvimento de política afirmativa para alunos de baixa renda não se resume a estabelecimento de cotas para estudantes oriundos de escola pública, restando patente que um investimento no ensino público seria mais proveitoso para a formação do aluno do que ser jungido à condição de universitário sem o desempenho alcançado por aqueles que tiveram pontuações bem mais expressivas.

Citando a lição da Professora – Doutora e Juíza Federal Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva,

propôs critérios que permitem a identificação de uma discriminação positiva, os quais devem estar presentes, simultaneamente.

A juíza teceu longas considerações sobre o princípio da igualdade, suas diversas acepções ao longo da história, tanto a formal quanto a material, apresentando, ainda, algumas indagações sobre a matéria que, segundo ela, não podem deixar de ser respondidas:

“É a única solução capaz de atingir a finalidade que se deseja? Tal política poderia mascarar um problema crônico de deficiência nas Escolas Públicas, seja do ensino fundamental, seja do ensino médio? A opção mais segura poderia ser um investimento sério e profundo no ensino público? O tempo que se supõe necessário para tal reestruturação seria um fator intimidativo? A União, que está se dispondo a criar, nas Universidades Públicas Federais, cotas para os alunos que tenham cursado as Escolas Públicas, não poderia traçar planos de ajuda para Estados e Municípios, aos quais cabe, prioritariamente, velar pelo ensino fundamental e médio, respectivamente?”

Aduz ainda que a matéria deve ser tratada com extrema delicadeza, e citando Joaquim Barbosa a magistrada diz que outros Estados que adotaram ações afirmativas primaram sempre pela fixação de percentuais mínimos garantidores da presença das minorias que por eles se buscavam igualar. Portanto, para que uma diferenciação seja aceita como constitucional deve-se, segundo o pensamento de Telma Maria Santos, determinar critérios que atendam aos ditames constitucionais, dentre estes, o princípio da proporcionalidade e seus sub-princípios – razoabilidade, racionalidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Para a magistrada, a fórmula Aristotélica de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, isoladamente, não resolve a eterna busca da equidade, havendo necessidade de complementar este primor de pensamento pelo estabelecimento de parâmetros que apontem “Quem são os iguais e quem são os desiguais?”. Além disso, diz ainda que:

no caso específico das cotas, sejam elas em decorrência das raças, sem em decorrência da renda familiar, não se pode deixar de indagar qual é o objetivo que realmente se deve buscar, tendo como substrato a Constituição Federal: a igualdade de oportunidade para concorrer a uma das vagas nos cursos que se deseja graduar ou o ingresso nesses cursos, ainda que não atingindo o requisito objetivo da pontuação exigida para os demais candidatos.

Sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade no caso da política de cotas, a magistrada diz: as cotas para alunos afro e indídescendentes, cotas para alunos oriundos de escola pública independentemente da cor e, finalmente, cotas para alunos oriundos de escola pública, porém a maior quantidade delas reservadas para os afrodescendentes, conseguem atravessar ilesas os três subprincípios do princípio da proporcionalidade? Interessa, então, volver à adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Ao explicar o método da ponderação de interesses, à luz da necessidade de os direitos conviverem, a juíza conclui que “os percentuais adotados pela UFS afrontam a lição de ponderação e se tornam desarrazoados.” A magistrada finaliza que com a adoção de política de cotas:

Infelizmente, de forma tácita, o poder público está a um só tempo não apenas admitindo a incapacidade de o ensino público se ombrear com o ensino privado de qualidade, como também dizendo, com letras garrafais, que já não se pode esperar melhoria no ensino público e partindo-se para um atalho, ao invés de palmilhar um caminho mais trabalhoso e dispendioso, porém mais seguro, efetivo e com maiores probabilidades de solucionar as causas das disparidades que intenciona solucionar sofregamente.

Diferentemente da juíza Telma Maria Santos, o juiz substituto da 1ª Vara Federal, Fábio Cordeiro de Lima, diante de situação análoga, ao julgar a Ação Ordinária, processo nº 0000736-04.2010.4.05.8500, ajuizada por Nataly Leite de Castro, a qual requeria a declaração de inconstitucionalidade da Resolução nº 80/2008 que instituiu o sistema de cotas, com a consequente matrícula da autora para o curso de medicina, decidiu pela improcedência do pedido autoral.

Para o magistrado, as políticas de ações afirmativas têm por precípua finalidade dar efetividade ao conteúdo do princípio da isonomia. Esse princípio revela, com efeito determinante, a proibição de condutas ou tratamentos que ensejem a manutenção de discriminações e desigualdades, sendo este o intento da Constituição Federal ao estabelecer os objetivos fundamentais da República em seu

artigo 3^o, todos estes objetivos fundamentam a existência de ações afirmativas, desse modo, a realidade fática de desigualdade social no Brasil requer por parte do Poder Público uma atuação que viabilize a conquista da igualdade material, sendo assim, a não adoção de políticas públicas nesse sentido violaria as normas contidas na Carta Magna.

No tocante a instituição de cotas raciais, manifesta-se o magistrado:

“Quanto às cotas raciais, o que se busca é a implementação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, eis que é inegável que o Brasil necessita corrigir o déficit de políticas públicas que efetivamente alcança a população negra e indígena do país. Sobre esse aspecto, a realidade fática também demonstra que a população negra sempre esteve à margem da inclusão em vários setores da sociedade. Não se contesta, por exemplo, que os negros, pardos e índios estão sempre em número bem inferiores nos assentos das universidades brasileiras. Também são minoria em cursos em que se exige uma preparação maior dos candidatos, como Medicina, Direito, Odontologia, Engenharia.”

Salienta ainda que, as ações afirmativas possuem caráter temporário e devem ser acompanhadas de medidas que tornem cada vez mais desnecessária a sua utilização. Sobre a resolução 80/2008 que instituiu o PAAF/UFS, o julgador informa que a medida foi tomada com base na autonomia universitária prevista no artigo 207⁷ da Constituição Federal. A autonomia didático-científica das universidades encontra-se regulamentada pela lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n.º. 9.394/96), especificamente em seu art. 53, parágrafo único⁸.

O magistrado aduz que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação prevê que as universidades podem adotar critérios diferenciados para a admissão de candidatos. Assim, a implementação de políticas públicas de ação afirmativa no processo seletivo pode ser enquadrada nesse espectro de discricionariedade que a própria Constituição Federal confere às universidades. E diz ainda que:

Desse modo, a política de ação afirmativa implementada pela UFS não viola o princípio da isonomia, eis que prevê tratamento diferenciado para indivíduos em situação diferenciada. É temporária, como toda ação nesse sentido deve ser e não promove qualquer tipo de segregação.

Demais disso, tratando-se de matéria afeita à administração interna das instituições de ensino superior, não é dado ao Poder Judiciário se imiscuir ao ponto de alterar as regras de ingresso de discentes. A ingerência do Judiciário no poder regulamentar de órgão e entidades do Poder Executivo deve pressupor flagrante inconstitucionalidade e manifesta ilegalidade, o que não se vislumbra no caso em exame.

Nessa senda, qualquer discussão acerca da quantidade de vagas disponibilizada para alunos cotistas não cabe ao Judiciário, uma vez que a universidade possui discricionariedade para implementar e adotar ações afirmativas que julgar conveniente.

Nesse sentido, o juiz transcreveu precedentes que se coadunam com a tese por ele apresentada, assim apresentamos as ementas das decisões:

⁶Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁷Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

⁸Art. 53. No exercício de sua autonomia, são asseguradas às universidades, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições:

Parágrafo único. Para garantir a autonomia didático-científica das universidades, caberá aos seus colegiados de ensino e pesquisa decidir, dentro dos recursos orçamentários disponíveis, sobre:

I - criação, expansão, modificação e extinção de cursos;

II - ampliação e diminuição de vagas;

III - elaboração da programação dos cursos;

IV - programação das pesquisas e das atividades de extensão;

V - contratação e dispensa de professores;

VI - planos de carreira docente.

ADMINISTRATIVO - AÇÕES AFIRMATIVAS - POLÍTICA DE COTAS - AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA - ART. 53 DA LEI N. 9.394/96 - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO INC. II DO ART. 535 DO CPC - PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO - MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL EM FACE DE DESCRIÇÃO GENÉRICA DO ART. 207 DA CF/88 - DEFINIÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE REPARAÇÃO - CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL - DECRETO N. 65.810/69 - PROCESSO SELETIVO DE INGRESSO - FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS LEGAIS, PROPORCIONAIS E RAZOÁVEIS PARA CONCORRER A VAGAS RESERVADAS - IMPOSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO CRIAR EXCEÇÕES SUBJETIVAS - OBSERVÂNCIA COMPULSÓRIA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA.⁹

CONSTITUCIONAL. DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO. AÇÕES AFIRMATIVAS. ENSINO SUPERIOR. ACESSO À UNIVERSIDADE. CONCURSO VESTIBULAR. SISTEMA DE COTAS. RESERVA DE VAGAS PELO CRITÉRIO RACIAL E PARA EGRESSOS DO ENSINO PÚBLICO. CONSTITUCIONALIDADE. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. MANDAMENTO DE ANTIDIFERENCIAÇÃO E DE ANTI-SUBORDINAÇÃO. DISCRIMINAÇÃO DIRETA (INTENCIONAL) E INDIRETA (NÃO-INTENCIONAL). CONCEITO JURÍDICO DE DISCRIMINAÇÃO. PROMOÇÃO DA IGUALDADE FÁTICA. JUSTIÇA SOCIAL. SOLIDARIEDADE. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. PLURALISMO E DIVERSIDADE. IMPROCEDÊNCIA DAS OBJEÇÕES DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA. EXISTÊNCIA DE BASE LEGAL. AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA. PROPORCIONALIDADE DA MEDIDA.¹⁰

Sendo assim, é possível perceber a divergência de interpretação de uma mesma celeuma jurídica entre os juízes da 1ª Vara Federal de Sergipe, enquanto a magistrada Telma Maria Santos adota medidas contrárias ao modelo de cotas utilizado pela UFS, o juiz substituto da 1ª Vara Federal, Fábio Cordeiro de Lima, fundamentou sua decisão no sentido de legitimar e asseverar a constitucionalidade do sistema de ação afirmativa implantado pela Universidade Pública Federal em Sergipe, como sendo este um mecanismo de redução das desigualdades sociais.

2.2 O entendimento da 2ª Vara Federal de Sergipe

O juiz substituto da 2ª Vara Federal, Fernando Escrivani Stefaniu, ao julgar a Ação Ordinária, processo nº 0000941-33.2010.4.05.8500, ajuizada por Mariana Oliveira Andrade visando obter a invalidação da Resolução nº 80/2008 que instituiu o sistema de cotas, com a consequente matrícula da autora para o curso de direito diurno, decidiu pela procedência do pedido autoral.

O magistrado expõe que o sistema de cotas está alinhado com o princípio da isonomia e a concretização dos Direitos Fundamentais, encontrando seu fundamento no conteúdo material e dinâmico do princípio da isonomia. Assim disse o magistrado:

O propósito de se instituir mecanismos afirmativos para a superação de efeitos persistentes de desigualdades pretéritas, com a distribuição de benesses ou o favorecimento episódico das chamadas minorias, encontra eco, na verdade, no conteúdo material e dinâmico do princípio da isonomia.

Para ele, o pressuposto de ordem fática calcado na constatação de um desequilíbrio relevante de oportunidades dita a necessidade de medidas diferenciadoras voltadas à produção de um resultado final de equilíbrio. Todavia, afirmar a adequação teórica do sistema de cotas em relação ao princípio da isonomia, não satisfaz, por insuficiente, a indagação sobre a legitimidade da providência concretamente adotada pela Universidade Federal de Sergipe, devendo avaliar dois pontos relevantes: a aptidão normativa e a proporcionalidade da medida.

Sobre a aptidão da medida, as universidades não possuem competência para ditar regras de feição

⁹ STJ. Resp. nº 1132476. 2ª Turma. Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 13/10/2009.

¹⁰ TRF - 4ª Região. APELREEX nº. 200871000025462, 3ª Turma. Rel. Juiz Federal Roger Raupp Rios, julgado em 21/07/2009.

primária, revestidas de conteúdo de lei formal, pois o art. 207 da Constituição ao atribuir a autonomia universitária, a fez com limites restritos, pois a inclusão da autonomia universitária no Texto Constitucional se deu somente em decorrência do momento histórico em que a Carta Magna foi elaborada.

A autonomia das universidades no âmbito didático-científico e o administrativo foi examinado pelo magistrado:

Ao sacramentar a autonomia didático-científica, a Constituição conferiu às universidades, sem prejuízo do atendimento de parâmetros uniformes mínimos, a atribuição de estabelecer o conteúdo e a arquitetura curricular dos cursos oferecidos, de acordo com a linha técnica e intelectual por ela encampada em seus foros interiores. Patrocina-se aqui, portanto, a liberdade não-absoluta de escolha do objeto de estudo, ensino, pesquisa e extensão, bem como da forma e dos métodos necessários à execução desses encargos.

Exercendo posto ancilar ao destino institucional das universidades, a autonomia administrativa foi consagrada para impedir que o processo de aquisição, formação e transmissão do conhecimento pudesse ser frustrado por via oblíqua, excluindo-se da esfera de interferência externa, ainda que parcialmente, a organização e a concepção da atividade-meio encarregada de viabilizar, na prática, o cumprimento da atividade-fim das instituições de ensino superior.

Portanto, a distorção destes conceitos constitui violação ao sentido Constituição e produz, por consequência, atos materiais ou legislativos desprovidos de legitimidade jurídica. Corroborando com a tese levantada, o magistrado apresentou precedentes em que o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de esclarecer o espectro relativo e materialmente delimitado da autonomia universitária. Assim:

Por sua autonomia, as universidades podem, observados certos limites, escolher o quê e como ensinar, formatando a necessária estrutura para tanto. Não podem, todavia, escolher para quem ensinar quando o rito de escolha, deixando de levar em conta apenas parâmetros focados exclusivamente no desempenho acadêmico ou intelectual, acrescenta critérios sociais e étnicos - portanto, políticos, na acepção técnica do termo- que não são previstos em lei (sentido estrito, em caráter formal e substancial).

Afirma o magistrado que o sistema de cotas, ao contrário de outras decisões jurídico-políticas, não consta em específico, de nenhuma disposição constitucional particularizada e dotada de densidade normativa mínima. Carecendo o sistema de cotas de alicerce normativo primário.

Outro ponto relevante suscitado pelo magistrado é a proporcionalidade da medida, para ele, a invocação pela UFS de estudos estatísticos a registrar os desníveis que se pretende equacionar é insuficiente para valorar a sua razoabilidade e proporcionalidade, pois falta o inescusável exercício demonstrativo expresso da íntima e direta correlação entre a magnitude da situação fática apurada e o dimensionamento da atuação estatal corretiva.

O juiz titular da 2ª Vara Federal, Ronivon de Aragão, ao julgar os processos de sua atribuição filiou-se a fundamentação do juiz substituto Fernando Escrivani Stefaniu, adotando-a em sua íntegra, assim no julgamento do Mandado de Segurança, processo nº 0000550-78.2010.4.05.8500, impetrado por Thaísa Calumby Lima com a finalidade de obter a determinação judicial para que lhe fosse promovida a matrícula no curso de odontologia, o magistrado concedeu a segurança para determinar à autoridade impetrada que efetue a referida matrícula.

Nesse sentido, o posicionamento defendido pelos juízes da 2ª Vara Federal de Sergipe é idêntico, no momento em que discordam da forma como o sistema de cotas da UFS se operacionalizou, segundo eles, afrontando diretamente os limites constitucionais impostos ao princípio da autonomia universitária.

2.3 O entendimento da 3ª Vara Federal de Sergipe

O juiz titular da 3ª Vara Federal, Edmilson da Silva Pimenta, ao julgar a Ação Ordinária, processo nº 0000951-77.2010.4.05.8500, ajuizada por Thaysa Souza Santana pedindo a sua matrícula no curso de direito diurno da UFS e a declaração incidental da inconstitucionalidade/nulidade da Resolução nº80/2008 decidiu pela procedência dos pedidos contidos na peça inicial.

Na fundamentação o magistrado orientou-se pelo entendimento de que a República Federativa do

Brasil que é um Estado Democrático de Direito e tem como uns dos seus pilares o princípio da legalidade¹¹ e o da igualdade¹², possuindo entre os seus objetivos fundamentais a proibição da discriminação, daí que o tratamento diferenciado entre os cidadãos somente é possível quando autorizado pela Lei Maior.

O magistrado citou ainda dispositivos constitucionais que tratam do direito à educação¹³, dos princípios que norteiam o ensino¹⁴, da autonomia universitária e da competência para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, competência esta privativa da União prevista no artigo 22, inciso XXIV.

Após estas digressões, concluiu o juiz que:

É óbvio que a Resolução nº80/2008/CONEP extrapolou os limites de competência do Colegiado, tratando de matéria alusiva a ingresso na Universidade Pública, com normas discriminatórias não autorizadas na Carta Magna e, se houvesse essa autorização, seria dirigida à lei em sentido estrito, jamais a um Colegiado Administrativo, sem qualquer representação política e que não está apto a estabelecer políticas públicas que envolvam uma questão tão delicada quanto discriminação em razão de origem (escola pública ou particular) e em razão de raça ou cor (negros, pardos, índios e brancos). Legislar o CONEP sobre matéria reservado ao Congresso Nacional é usurpar competência do Poder Legislativo.

Assim, para o magistrado o estabelecimento do Sistema de Cotas para ingresso nas Universidades Públicas é, antes de tudo, uma questão jurídica, que não encontra amparo na Carta Magna, onde foi vedado tratamento discriminatório dessa natureza e que sequer a lei ousou disciplinar. Diante disso, não há nos dispositivos constitucionais qualquer autorização para edição de Resolução pela Universidade, disciplinando qualquer forma de ingresso mediante discriminação por qualquer critério.

Ademais, o ingresso na Universidade Pública foi atrelado ao princípio do mérito acadêmico, sem qualquer discriminação ou restrição, para que seja produzido o melhor em ensino, pesquisa e extensão, o direcionamento de vagas acadêmicas, através de processo seletivo, sem autorização constitucional, mediante discriminação pela origem (escola pública ou particular) ou por etnia (“brancos”, “negros”, “pardos”, “índios”) viola os princípios da Administração Pública. O julgador acredita ainda que:

A prevalecer a medida adotada pela UFS para ingresso no quadro discente, daqui a pouco teremos outras formas de Sistemas de Cotas ao arrepio da Carta Suprema, como para ingresso nas carreiras do serviço público, a exemplo da Magistratura e Ministério Público; para eleição dos parlamentares, que comporão o Congresso Nacional, as Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais; para a Diplomacia, dentre outras carreiras típicas de Estado onde o concurso público é a única via de acesso aos cargos públicos, sem qualquer discriminação, excetuadas aquelas preconizadas pela Carta Política, como é o caso dos portadores de necessidades especiais.

Em sentido diverso, o juiz substituto da 3ª Vara Federal, Rafael Soares Souza, ao julgar a Ação Ordinária, processo nº 0000893-74.2010.4.05.8500, ajuizada por Samara Dourado Matos, inscrita nas vagas para não cotistas, a qual questionava o sistema de cotas da UFS, qualificando-o como inconstitucional, decidiu pela improcedência do pedido autoral.

¹¹ Art. 5º *omissis*

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

¹²Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

¹³Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

¹⁴Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

VII - garantia de padrão de qualidade.

Inicialmente o magistrado tece argumentos que comumente são levantados a baila quando trata-se deste tema. Quanto aos argumentos favoráveis têm: o combate aos efeitos presentes da discriminação passada; a promoção da diversidade; a natureza compensatória das ações afirmativas; a criação de modelos positivos para estudantes e as populações minoritárias e a provisão de melhores serviços às comunidades minoritárias. Os argumentos contrários fundamentam-se na necessidade de observância do mérito e a consequente injustiça quanto aos adversários do regime comum de competição; tensão entre um modelo de proteção individual ou grupal dos direitos e a gravidade de algumas modalidades de ação afirmativa; caráter prejudicial às minorias raciais, dado o reforço dos estigmas e preconceitos deles decorrentes; violação ao princípio da legalidade e na igualdade nas condições de acesso e permanência na escola [e universidade] prevista no art. 206, I da Constituição.

Todavia, o julgador conclui que neste desafio de forças em conflito resulta-se no seguinte: as universidades públicas são praticamente privadas sob o ponto de vista da origem de seus acadêmicos, o conhecimento superior não se universaliza e a mobilidade social não acontece.

Outro ponto analisado pelo magistrado é a violação ao princípio da legalidade, pois não há lei federal específica versando sobre a política de cotas, embora tramitem diversos projetos, como o PL nº. 3.627/045. Contudo, reputa desnecessário qualquer ato legislativo neste ponto porque a autonomia universitária possui raiz constitucional, assim como o princípio da legalidade e o art. 51 da Lei nº. 9.394/96, Lei de Diretrizes e Bases da Educação, é explícito ao permitir que as Instituições de Ensino Superior credenciadas como universidades deliberem e instituem critérios diferenciados para admissão de estudantes¹⁵. Diz ainda o julgador:

Esta é a base para adoção de outras formas de acesso ao ensino superior, além do antes exclusivo vestibular. De mais a mais, se a universidade pode virtualmente extinguir o vestibular [o mais], pode também o menos, que é organizá-lo sob critérios diferenciados [o menos].

Salientou ainda que o Superior Tribunal de Justiça tem conferido interpretação extensiva ao citado dispositivo, juntando em sua fundamentação julgados do STJ neste sentido.

Portanto, a Resolução nº. 80/2008/CONEPE é formalmente válida, pois emitida dentro dos limites do art. 207 da CRFB e do art. 51 da Lei nº. 9.394/96.

Outra discussão levantada é a violação ao princípio da isonomia, sobre isso se manifestou o juiz:

No caso concreto, estudantes do ensino público e determinados grupos "raciais" embora sejam substancial parcela da população, não conseguem tamanha representatividade no ensino público superior por obstáculos reais e não meramente legislativos. São cidadãos formalmente iguais aos demais, sem dúvida; mas submetidos a situações desiguais de sorte e fortuna. Se nos tempos da Revolução Francesa a lei deveria igualar a nobreza e os demais súditos da França, encerrando os privilégios feudais, hoje, o caminho há de ser inverso: apenas com atuação positiva do Estado a realidade desigual pode ser transformada. É o chamado paradoxo da igualdade: a instituição de tratamento diferenciado entre os pólos das relações entre desiguais produz desigualdade jurídica.

Confirmando tal posicionamento, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial¹⁶, da qual o Brasil é signatário, veda qualquer interpretação que, sob o pálio da isonomia, tenda a anular ou impedir políticas de inclusão.

¹⁵Art. 51. As instituições de educação superior credenciadas como universidades, ao deliberar sobre critérios e normas de seleção e admissão de estudantes, levarão em conta os efeitos desses critérios sobre a orientação do ensino médio, articulando-se com os órgãos normativos dos sistemas de ensino.

¹⁶Artigo I - 1. Na presente Convenção, a expressão "discriminação racial" significa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundadas na raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por fim ou efeito anular ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos domínios político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública. [...]

4. Medidas especiais tomadas com o objetivo precípuo de assegurar, de forma conveniente, o progresso de certos grupos sociais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem de proteção para poderem gozar e exercer os direitos humanos e as liberdades fundamentais em igualdade de condições, não serão consideradas medidas de discriminação racial, desde que não conduzam à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido atingidos os seus objetivos.

Sobre a proporcionalidade da medida, o magistrado explicou que esta se fragmenta nos seguintes requisitos: adequação; necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Sobre a divisão das vagas da UFS, para o vestibular, em duas metades (50% para cotistas e outra metade pela competição normal), ele aduziu sobre o atendimento a cada requisito, em síntese, que:

(a) adequação: a reserva de vagas no ensino superior para determinados grupos é medida eficiente para assegurar que esta fatia da população tenha acesso à educação superior em termos de representatividade, e, assim, alavancar sua evolução social e pessoal;

(b) necessidade: sem a política de cotas, persistiria a situação desigual hoje reinante;

(c) proporcionalidade em sentido estrito: as cotas compensam pelo resultado esperado, por assegurar o acesso à universidade pública de pessoas que sempre estudaram em instituições igualmente públicas e hoje estão à margem do sistema, amenizando as distorções hoje presenciadas. Por outro lado, como foram mantidas 50% das vagas para a competição pelas regras tradicionais, restou preservado o núcleo mínimo do direito insculpido no art. 206, I da CRFB, equilibrando e limitando a intervenção em um nível tolerável.

Na 3ª Vara Federal de Sergipe, é possível perceber, novamente, uma divergência de interpretação entre os juízes Edmilson da Silva Pimenta e Rafael Soares Souza, enquanto o primeiro defende o princípio da legalidade, sendo inadmitida qualquer discriminação sem previsão expressa na Constitucional, sem esquecer, da obrigatória observância do princípio do mérito acadêmico, o segundo tem posicionamento favorável ao sistema de cotas da UFS, como mecanismo de mobilização social, resultante da aplicação do princípio da autonomia acadêmica, princípio este de raiz constitucional e, por isso, totalmente aplicável.

3. O entendimento majoritário da Justiça Federal de Sergipe sobre o PAAF/UFS

Da análise dos posicionamentos dos magistrados federais sergipanos nas ações impetradas contra o PAAF/UFS no primeiro ano do programa, 2010, chegou-se ao resultado de que apesar de majoritariamente a Justiça Federal de Sergipe ser contrária ao programa de cotas, tal posicionamento não se mostra pacificado. Uma vez que, existem fundamentações diversas para a resolução do mesmo conflito social, a qual perpassa por dois princípios cruciais: o princípio da igualdade material e o princípio do justo mérito.

Em breve síntese, os contrários a tais medidas afirmam que a Constituição Federal, nos seus artigos 3º, inciso IV, e 4º, inciso VIII, veda preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, além do art. 5º, caput, assegurar que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Em razão deste mandamento constitucional, para que a discriminação positiva estabelecida pela Universidade Federal de Sergipe fosse constitucional era necessário a sua previsão expressa, já que o princípio da legalidade pondera e limita a aplicabilidade do princípio da igualdade material.

Outro aspecto amplamente debatido pelos magistrados contrários ao Sistema de Cotas da UFS foi a formalidade adotada pela Universidade para estabelecer a ação afirmativa, a qual se deu mediante resolução administrativa. Segundo estes, o princípio da autonomia acadêmica não pode ser visto de maneira ampliada e absoluta, devendo-se ser sempre analisado em consonância com os demais mandamentos constitucionais, sob pena de extrapolar suas funções.

Enquanto isso, os favoráveis à ação afirmativa específica das cotas, por sua vez e também em apertada síntese, argumentam que o artigo 3º, inciso III, impõe como objetivo fundamental da República erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais, ao passo que já é superada na doutrina a alegada vedação à discriminação positiva (também chamada de tratamento preferencial), voltada justamente a assegurar a igualdade material (e não apenas formal) entre os integrantes de um Estado.

Para os favoráveis ao Sistema de Cotas da UFS, o mesmo mostra-se adequado e eficaz, uma vez que o princípio da autonomia administrativa possui bases constitucionais capazes de legitimar a adoção de medidas educacionais concatenadas com as diversas diferenças e realidades sociais apresentadas. Diante da “privatização” das universidades públicas, as quais são maciçamente frequentadas por egressos das instituições particulares de ensino, a mobilidade social mostra-se inaplicável se não fosse a adoção desses mecanismos de redução das desigualdades e geradores de

maiores oportunidades aos estudantes de baixa renda, os quais são, predominantemente, de cor negra.

Conclusão

Diante da pequena amostra coletada fica possível constatar o quão polêmica e incipiente ainda se mostra o debate das questões raciais e, especificamente, das ações afirmativas que visam a minimização destas desigualdades.

Um ponto importante pretendido pela pesquisa foi justamente confrontar argumentos e ideias levantadas pelos julgadores, pois são estes os maiores cientistas sociais, ao passo em que são eles que decidem a aplicabilidade ou não das medidas político-sociais pretendidas pelos diversos seguimentos da sociedade.

Note-se que houve uma evolução dos argumentos jurídicos no tocante a temática, o qual analisa as questões não mais somente pelo viés estritamente legal e sim pela compreensão constitucional e principiológica pretendida pelo legislador constituinte. Apesar de majoritariamente a Justiça Federal de Sergipe seja contrária ao programa de cotas da UFS, este posicionamento não é pacificado, havendo posições que demonstram interpretações divergentes dos dispositivos constitucionais, evidenciando o caráter interpretativo e dinâmico do Direito.

Bibliografia

BRASIL. Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF. 23 dez. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm> Acesso em: 02 fev. 2012.

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

DOMINGUEZ, Guilherme Diniz de Figueiredo. *Direito e desenvolvimento: as ações afirmativas nas universidades federais brasileiras sob a perspectiva da jurisprudência*. São Paulo, SP, 2010. 227f. Dissertação (mestrado). Pontifícia Universidade Católica.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: O direito como instrumento de transformação social*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

OLIVEIRA, Ilzver de Matos. *O Discurso Do Judiciário Sobre As Ações Afirmativas Para A População Negra Na Bahia*. Salvador, BA, 2008. 131f. Dissertação (mestrado em Direito Público). Universidade Federal da Bahia.

Publicado no dia 06/08/2014

Recebido no dia 26/07/2013

Aprovado no dia 29/07/2013