



**edite**  
Editora da  
Instituição Toledo de Ensino

# REVISTA DO INSTITUTO DE PESQUISAS E ESTUDOS

## DIVISÃO JURÍDICA

ISSN 1413-7100

Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos	Bauru	v.41, n.47	p. 1-348	jan./jun. 2007
---	-------	------------	----------	----------------



REVISTA DO INSTITUTO DE PESQUISAS E ESTUDOS (DIVISÃO JURÍDICA)  
Publicação semestral da Faculdade de Direito de Bauru  
Mantida pela Instituição Toledo de Ensino (ITE)

#### DIRETORIA EXECUTIVA

Ana Maria Leite de Toledo  
Antonio Euphrásio de Toledo Filho  
Daniel Camargo Leite de Toledo  
Edson Márcio de Toledo Mesquita  
Flávio Euphrásio de Carvalho Toledo

#### DIREÇÃO

Paulo Afonso de Marmo Leite – Diretor

#### SUPERVISÃO EDITORIAL

Maria Isabel Jesus Costa Canellas

#### COORDENAÇÃO EDITORIAL

Bento Barbosa Cintra Neto

#### PRODUÇÃO GRÁFICA

Canal 6 Projetos Editoriais  
www.canal6.com.br

#### CATALOGAÇÃO

Marcia Perez Viana – Biblioteca Rui Barbosa

#### CONSELHO EDITORIAL

Carlos Maria Cárcova  
Flávio Luís de Oliveira  
Iara de Toledo Fernandes  
Luiz Alberto David Araujo  
Luiz Antônio Rizzato Nunes  
Luiz Otavio de Oliveira Rocha  
Lydia Neves Bastos Telles Nunes  
Maria Isabel Jesus Costa Canellas  
Pietro de Jesús Lora Alarcón  
Roberto Francisco Daniel  
Rogelio Barba Alvarez  
Thomas Bohrmann

**edite** Editora da  
Instituição Toledo de Ensino

Praça 9 de Julho, 1-51 – Vila Pacífico – 17050-790 – Bauru, SP

Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos : Divisão Jurídica.  
Instituição Toledo de Ensino. -- n. 1 (1966) - .--  
Bauru, SP : a Instituição, 1966- .  
v.

Semestral  
ISSN 1413-7100

1. Direito – periódico I. Instituto de Pesquisas e Estudos. II. Instituição Toledo de Ensino

CDD 340

Solicita-se permuta.

NOTA: Os trabalhos assinados exprimem conceitos da responsabilidade de seus autores, coincidentes ou não com os pontos de vista da redação da Revista.

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS: Proibida a reprodução total ou parcial, sem a prévia autorização da Instituição, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos ou videográficos. Vedada a memorização e/ou recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de quaisquer partes desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e §§, do Código Penal, cf. Lei nº. 6.895, de 17-12-1980) com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 122, 123, 124 e 126, da Lei nº. 5.988 de 14-12-1973, Lei dos Direitos Autorais).

## 5 APRESENTAÇÃO

## DOCTRINA INTERNACIONAL

---

- 9 EM TORNO DO ESTATUTO DA PESSOA IDOSA NO DIREITO PORTUGUÊS –  
OBRIGAÇÃO DE ALIMENTOS E SEGURANÇA SOCIAL

*J. P. Remédio Marques*

- 41 EL OBSERVATORIO EUROPEO EN SALUD

*Bartolomé Ribas Ozonas e Ney Lobato Rodrigues*

## DOCTRINA NACIONAL

---

- 73 SOBERANIA E SUPERAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO

*Paulo Marcio Cruz e Osvaldo Ferreira de Melo*

- 99 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA E AUTO-DETERMINAÇÃO FRENTE  
AO PROBLEMA DO ABORTO: O ENFOQUE CONSTITUCIONAL DE RONALD  
DWORKIN

*Luiz Henrique Urquhart Cademartori*

- 111 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO  
TEMPO

*Cláudio Brandão*

- 129 VALORES ENTRAM EM CONFLITO? UMA PERSPECTIVA DE UM “OURIÇO”

*Ronald Dworkin*

- 141 A CONSTITUIÇÃO ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA: UMA REFLEXÃO SOBRE  
O SENTIDO PERFORMATIVO DO PROJETO CONSTITUINTE DO ESTADO  
DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO MARCO DA TEORIA DO DISCURSO DE  
JÜRGEN HABERMAS

*Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira*

- 161 A RACIONALIDADE DA DECISÃO JUDICIAL CONSTITUCIONAL

*Cláudia Servilha Monteiro*

- 179 DA POLÍTICA PÚBLICA DITADA PELO PODER JUDICIÁRIO NO TOCANTE À  
SAÚDE PÚBLICA

*Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*

- 187 USUÁRIOS E DEPENDENTES NA NOVA LEI DE DROGAS:  
DESCRIMINALIZAÇÃO, TRANSAÇÃO PENAL E RETROATIVIDADE BENÉFICA  
*Vladimir Brega Filho e Marcelo Gonçalves Saliba*
- 205 EFETIVIDADE DA DEFESA E OS REMÉDIOS PROCESSUAIS OFERTADOS AO  
SUJEITO PASSIVO NA EXECUÇÃO FORÇADA  
*Olavo de Oliveira Neto*
- 231 AS CONDIÇÕES DA PESQUISA CIENTÍFICA EM DIREITO PENAL  
*Ricardo de Brito A. P. Freitas*
- 267 SOBRE A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA CHEIA  
*Ricardo Soares Stersi dos Santos*
- 297 A BIOSSEGURANÇA E O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL  
*Reinaldo Pereira e Silva*
- 317 VÍDEO-CONFERÊNCIA INTERNACIONAL NORUEGA ↔ BRASIL – EXTRATOS  
FUNDAMENTAIS  
*Celma Regina Hellebust e D. Freire e Almeida*
- 331 TRADIÇÕES DEPENDURADAS UM CONTO JURÍDICO  
*Guilherme Sandi Foganholo*
- 347 INFORMAÇÕES AOS COLABORADORES

## APRESENTAÇÃO

---

*O sono da razão produz monstros*  
(inscrição em uma pintura de “Goya”)

Mais um ano. Mais uma RIPE. Mais um encontro conosco mesmos. Mais uma vez uma revista voltada aos assuntos jurídicos convida você, leitor amigo, a refletir - à guisa de introdução - sobre os mistérios da vida, da alma, da coragem, da força e do legítimo desejo de realização profissional - com alegria.

Um novo ano sugere uma retomada, um recomeço que é sempre positivo porque supõe reavaliação das experiências vividas. Merleau-Ponty denominava esse refletir como sendo uma oportunidade que se tem para *“reaprender a ver o mundo”*. O mundo aí está. Somos porque temos consciência do outro, de seus problemas e de suas conquistas. É o outro que nos dá o parâmetro de nosso próprio eu. Eu sou em relação ao outro, em relação ao universo. Somos, porque dialogamos. Somos, porque projetamos em nosso cérebro toda e qualquer produção a que nos propomos: seja de ordem intelectual, seja uma construção no mundo material. E aí reside a nossa responsabilidade sobre os nossos atos. Não podemos alegar que não pensamos direito e o suficiente. A liberdade de agir nos confere o dever de pensar e repensar.

A isto o convindo! Esta a razão pela qual você encontra em nossos diálogos introdutórios uma quase repetição, à exaustão quase, sobre valores, sobre passado, sobre os homens que construíram esta Instituição, sobre a necessidade de crença em Deus, no homem, nosso semelhante e, principalmente, em nós mesmos.

A RIPE nasceu para se constituir numa leitura capaz de propiciar conhecimento e prazer. Acreditamos que o segredo da excelência não está no número gênios que se tenha numa equipe ou nos dons e habilidades individuais, mas na capacidade de atuar como grupo, combinando tudo harmoniosamente, de maneira a convergir para o resultado final que é a satisfação de nosso público. Aí, acreditamos, reside a causa de nossa longevidade editorial.

Mais um ano já se foi. Estão gravados em nossa memória, com maior ou menor duração, os momentos que se sucederam em nossas vidas. Nossa alma determinou a duração dos acontecimentos. Por isso, acreditamos que alguns passaram rapidamente, outros arrastaram-se com sofrimento; alguns foram extremamente produtivos porque nos tornaram melhores e mais sábios, outros ainda exigem uma reparação, mesmo que seja no interior de nosso eu mais profundo.

Um novo tempo chegou. Com ele, nosso desejo renovado de que nossos leitores encontrem na RIPE uma forte marca da Instituição que a abriga. A marca do “grande general”: *...vamos caminhar com o espírito eternamente moço em busca das conquistas que Deus nos proporcionará... Imunes à vaidade e despídos de personalismo, que sempre leva os homens a caminhos diferentes, palmilharemos as mesmas estradas, viveremos os mesmos sonhos, sentiremos todas as emoções e conquistaremos, juntos, o respeito dos que nos cercam, através do trabalho que dignifica.*

*Maria Isabel Jesus Costa Canellas*

DOCTRINA  
INTERNACIONAL

---



# EM TORNO DO ESTATUTO DA PESSOA IDOSA NO DIREITO PORTUGUÊS – OBRIGAÇÃO DE ALIMENTOS E SEGURANÇA SOCIAL

J. P. REMÉDIO MARQUES\*

## 1. INTRODUÇÃO; SOLIDARIEDADE SOCIAL E SOLIDARIEDADE FAMILIAR PERANTE AS NECESSIDADES DAS PESSOAS IDOSAS

Inexiste no nosso ordenamento um *estatuto jurídico específico* da pessoa idosa. Essa ausência reflecte-se, seja no que tange ao suprimento da *incapacidade de facto* (v.g., lesões cerebrais e medulares, doenças de *Alzheimer* e *Parkinson*, etc.) destas pessoas, através de um regime especial de *tutela*, à margem dos institutos da *interdição* e da *inabilitação* (arts. 138º a 152º do Código Civil), para a assistência em certos assuntos (v.g., gestão de cuidados de saúde)<sup>1</sup>, seja no que respeita à *autonomi-*

---

\* Professor da Faculdade de Direito de Coimbra

1 De *lege data*, e uma vez que inexistente entre nós a figura do *Procurador de Cuidados de Saúde* ou outra análoga (cfr. o artigo 9º da Convenção de Oviedo sobre os *Direitos do Homem e a Biomedicina*, que prevê os *testamentos vitais* e a nomeação de *procuradores de cuidados de saúde*), no caso de o incapaz idoso não ter um representante legal constituído, deve-se recorrer ao *Ministério Público*, pois o artigo 2º/1 do Decreto-Lei n.º 271/2001, de 13 de Outubro, atribui a esta entidade a competência para suprir o consentimento (quando a causa de pedir é a incapacidade ou a ausência da pessoa). No mesmo sentido navega o artigo 3º/1, alínea *a*), da Lei n.º 60/98, de 27 de Agosto (*Estatuto do Ministério Público*). Assim, no quadro deste *processo especial de suprimento do consentimento*, cita-se a pessoa que for considerada mais idónea de entre as seguintes: o representante do incapaz ou o procurador ou o curador do ausente, o seu cônjuge ou o parente mais próximo e o próprio incapaz, se for inabilitado. Após este procedimento, o *Ministério Público* decide depois de produzidas as provas que

zação de uma massa patrimonial do idoso, que, sendo transmitida a um terceiro, se revele capaz de lhe garantir a subsistência e a prestação de variados serviços (v.g., manutenção, assistência sanitária, habitação, sustento, gestão de assuntos pessoais, etc.), por parte deste terceiro, à margem ou para além do fim económico e social dos contratos de *renda vitalícia* ou de *renda perpétua* – que, como é sabido, consistem sempre numa prestação *de dare* (determinada) e não numa prestação *de facere* e/ou *de dare* variável –, bem como à margem do *contrato de alimentos*<sup>2</sup>.

Nas últimas décadas, o *aumento da esperança de vida* das pessoas aliado às *baixíssimas taxas de natalidade* que, à parte a Alemanha e a Bélgica, coexistem principalmente em alguns países do sul da Europa, *maxime*, na Espanha, na Grécia, em Portugal e na Itália, colocou no centro dos debates jurídicos o tema da protecção da velhice<sup>3</sup>, do *envelhecer com dignidade*. Outros acontecimentos e mutações das estru-

---

admitir, de concluídas outras diligências necessárias e depois de ser ouvido o conselho de família, quando o seu parecer for obrigatório (artigo 3º/5 do citado decreto-lei n.º 272/2001). É óbvio que este procedimento pode ser muito moroso. Nada obsta, parece-nos, que se nomeie um *tutor provisório*, para o efeito de celebrar negócios ou actos jurídicos em nome do interditando cujo adiamento possa causar-lhe prejuízo, com autorização do tribunal (artigo 142º do Código Civil). Cfr. André DIAS PEREIRA, “A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica”, in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, Vol. II, A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 199 ss., pp. 201-205, pp. 231-242; João VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação de Vontade do Paciente)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 218.

- 2 Sobre este “tipo social” ou “legal” (p. ex., em Espanha) de contrato pelo qual, ao abrigo da Ley 41/2003, de 18 de Novembro, “*de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad*” (que alterou os artigos 1791 a 1797 do referido Código Civil), uma pessoa transmite certos bens a outra pessoa, comprometendo-se o adquirente a entregar periodicamente uma quantia (*obrigação de dare*) e a prestar um acervo de serviços (*obrigação de facere*) durante toda a vida do alienante ou ao abrigo de uma condição resolutiva, independentemente das possibilidades ou das necessidades concretas do alienante – à margem, portanto, do *critério de proporcionalidade* que ilumina a quantificação da *obrigação de alimentos legais* –, cfr. Eugenio LLAMAS POMBO, “la tipificación del contrato de alimentos”, in Mariano ALONSO PÉREZ/Eva Maria MARTÍNEZ GAL-LEGO/Justo REGUERO CELADA (coord.), *Protección Jurídica de los Mayores*, La Ley, Madrid, 2004, p. 193 ss.; I. ZURITA MARTÍN, “Contratos vitalicios: forma y simulación”, in *Actualidad Civil*, 2001, p. 909 ss.; entre nós, veja-se Paula TÁVORA VITOR, “Procurador para cuidados de saúde: importância de um novo decisor”, in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano I, n.º 1, 2004, p. 121 ss.; Paula TÁVORA VITOR, “Pessoas com capacidade diminuída: promoção e/ou protecção”, in *Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento*, Centro de Direito da Família, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 175 ss.
- 3 Nos Censos de 2001, a percentagem de pessoas residentes em Portugal com mais de 65 anos (16,4%) ultrapassou a dos jovens (16%). De igual jeito, o “índice de sustentabilidade potencial”, ou seja o quociente entre o número de pessoas em idade activa por cada pessoa idosa, diminui acentuadamente entre 1960 e 2001: nesta última data, constatou-se que existiam cerca de 24 pessoas idosas por cada 100 pessoas em idade activa – cfr. Joana SOUSA RIBEIRO, “Processos de envelhecimento: a construção de um direito emancipatório”, in *Direito*

turas familiares afectam, ou irão afectar, as condições da população com reflexo nas pessoas idosas, tais como<sup>4</sup> a “nuclearização” ou a diminuição dos agregados familiares complexos, o aumento das famílias compostas pelo casal<sup>5</sup> (unidos pelo matrimónio ou unidos em condições análogas às dos cônjuges), o aumento das famílias monoparentais e o aumento do número de divórcios<sup>6</sup>.

O apoio das situações existenciais das pessoas idosas, em particular as que têm mais de 65 anos, é uma *tarefa pública* que o Estado deve garantir, mesmo no actual *ocaso do Estado Social*, tal como tem sido desenvolvido e experienciado após a 2ª Guerra Mundial e, entre nós, a partir de 25/04/1974.

A par desta *protecção pública* surpreende-se, no quadro das *representações jurídicas* – representações nem sempre fiéis ao quadro real e concreto da vida das pessoas –, o sistema de protecção fundado no *auxílio da pequena família* nuclearizada primordialmente em torno das mulheres<sup>7</sup>: à luz das nossas representações ético-jurídicas, os idosos podem e devem encontrar um remédio para a *situação de necessidade* junto do seu cônjuge ou dos seus parentes mais próximos (descendentes e irmãos). Isto sem prejuízo da utilização ou da criação, *de lege ferenda*, de outras vias para a resolução deste tipo de problemas, como é, por exemplo, a utilização do “tipo” contrato de renda vitalícia, a doação onerosa, ou a criação de novos “tipos legais” de contratos que permitam, a um tempo, a entrega periódica de quantias pecuniárias e a prestação dos mais variados serviços em favor do idoso.

Assim, pese embora saibamos que estas *situações de necessidade* raramente são supridas pelas possibilidades económicas destes familiares, ainda quando tais possibilidades existem – e que a actuação voluntária da chamada *solidariedade familiar* é, cada vez mais, um *mito*, mesmo nas sociedades mediterrânicas –, os dois mecanismos concorrem para a solução deste mesmo problema da *satisfação das necessidades económicas das pessoas idosas*. Que este concurso e interferência recíprocas são um facto e uma realidade jurídicas, é um dado commumente partilhado. Mister

---

*da Infância, da Juventude e do Envelhecimento*, Centro de Direito da Família, Faculdade de Direito de Coimbra, 9, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 203 ss., p. 206 e nota 5.

4 Joana SOUSA RIBEIRO, “Processos de envelhecimento: a construção de um direito emancipatório”, cit., p. 211.  
5 O que impede ou dificulta a obtenção de recursos económicos junto dos descendentes.  
6 Circunstância que torna os idosos divorciados (e, em particular, as mães) mais vulneráveis à prestação efectiva e voluntária de cuidados por parte de eventuais descendentes, pois, do ponto de vista sociológico, torna mais difusa a assunção de responsabilidades por parte dos seus eventuais descendentes.  
7 Na verdade, e não obstante este apelo ao “regresso ao parentesco” ou à conjugalidade enquanto alicerce de *redes de suporte informal de ajuda*, não deve esquecer-se que estas redes de suporte informal são sustentada essencialmente pelas mulheres, pois o papel dos homens ainda é instrumental na partilha de responsabilidades para com os parentes mais idosos. Cfr. Joana SOUSA RIBEIRO, “Processos de envelhecimento: a construção de um direito emancipatório”, cit., p. 214 e nota 22.

é que saber qual a *medida*, os *contornos* e os *limites* destas *situações de concurso* entre a solidariedade familiar e a solidariedade estadual. Tal é o objecto deste pequeno apontamento.

Não é agora nosso propósito abordar aquelas *vias alternativas* à *solidariedade pública* ou *estadual* e à *solidariedade familiar* traduzidas na análise e no desenvolvimento normativo de novos “tipos legais” que permitam o emprego de recursos económicos de terceiros particulares na prossecução do objectivo da protecção das pessoas idosas.

### 1.1. VULNERABILIDADE À POBREZA; PERDAS ECONÓMICAS ASSOCIADAS À CESSAÇÃO DA ACTIVIDADE LABORAL

De entre os problemas que afectam as pessoas idosas, destaca-se, não raras vezes, as situações de necessidade de que padecem ou podem potencialmente vir a padecer, por falta ou escassez de recursos económicos que lhes permitam experimentar uma vida e subsistência dignas.

Estamos, na verdade, perante um sector da população muito vulnerável à ocorrência dos fenómenos da pobreza e da desagregação social e familiar que todos conhecemos. Após a *aposentação*, a perda de parte dos rendimentos que se auferia na vida activa potencia a precariedade da própria *autosubsistência*. Noutros casos, após a dissolução do casamento por *divórcio*, os ex-cônjuges acham-se, não raras vezes, privados de recursos económicos: este ex-cônjuge ainda quando obtenha o direito a uma pensão de reforma, esta é insuficiente, porque durante o casamento este ex-cônjuge exerceu apenas parcialmente uma actividade remunerada, ou não exerceu qualquer actividade fora dos muros da casa de família – abdicando, por exemplo, do exercício de uma profissão para, em contrapartida, cuidar dos filhos –, podendo apenas esperar a concessão de uma pensão no quadro dos *regimes não contributivos* para a Segurança social, cujo montante ainda será menor do que aquela que lhe caberia no âmbito dos *regimes contributivos*. A *solidariedade social* desempenha, destarte, um papel essencial na protecção das pessoas maiores necessitadas, especialmente as pessoas idosas maiores de 65 anos<sup>8</sup>.

As *mulheres* são especialmente visadas por estas vulnerabilidades: não só porque a longevidade das mulheres é maior do que a dos homens, não apenas porque

8 Nieves MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, “Los mayores como beneficiários de prestaciones familiares”, in Mariano ALONSO PÉREZ/Eva María MARTÍNEZ GALLEGO/Justo REGUERO CELADA (org.), *Protección Jurídica de los Mayores*, La Ley, Madrid, 2004, p. 119 ss., p. 121.

no casamento ou na união de facto, a mulher é, por regra, mais jovem do que o homem seu marido ou companheiro, mas também porque exercem (ainda) actividades quantitativamente menos remuneradas do que os homens. A morte do seu marido ou companheiro é susceptível de causar uma diminuição considerável do seu nível de vida. Mas ainda quando se admita a diminuição da dependência da mulher da família, a *pensão de sobrevivência* é calculada com base na pensão de reforma de que o outro cônjuge auferia ou a que teria direito ao tempo da sua morte, caso o direito à pensão já estivesse totalmente formado.

Mas o direito à pensão de sobrevivência não traduz a restituição das contribuições pagas e capitalizadas durante a vida profissional do cônjuge trabalhador no entanto falecido, visto que elas não são individualizadas para assegurarem a solidariedade dos trabalhadores activos e contribuintes perante os beneficiários das pensões.

Não obstante, não deveremos ignorar que, a par desta *solidariedade estadual*, também surpreendemos, pelos menos nas representações jurídicas, a *solidariedade familiar* desempenha, ou deve desempenhar, um importante papel assistencial. Na verdade, a ajuda da família mais próxima do carecido maior de idade é um elemento não desprezível. Todavia, este protagonismo decaiu com o advento do actual Estado Social de Direito. Mas a família e a *solidariedade familiar*, como veremos, não se acham totalmente apartadas da realização desta função assistencial.

## 1.2. O PAPEL DA SOLIDARIEDADE SOCIAL NA PROTECÇÃO DOS MAIORES NECESSITADOS; A TUTELA OBJECTIVA DOS VALORES E INTERESSES

De harmonia com o disposto no artigo 72º/1 da Constituição as pessoas têm *direito à segurança económica* e a condições de habitação, convívio familiar e comunitário que respeitem a sua autonomia pessoal e evitem e superem o isolamento ou a marginalização social.

Esta situação constitui uma *tutela objectiva prima facie* da situação das pessoas idosas, o que implica a constituição de *direitos a prestações estaduais*, prestações *de dare* (v.g., pensões de velhice, sobrevivência, etc.) e *de facere* (v.g., prestar serviços de apoio ao domicílio, etc.), ainda que o Estado preste ou contribua para a prestação de tais bens através da *concessão* a privados ou, indirectamente, através do apoio financeiro a instituições privadas de solidariedade social. Sempre que o Estado se ocupa dos cidadãos, *maxime*, dos cidadãos idosos em situação de particular necessidade

ou carência de recursos económicos, ele não faz *beneficência* ou *caridade*<sup>9</sup>, antes se assume como *Estado de Direito económico e social*, um *Estado-Providência* aberto a novas premissas de justiça económica e social e ao social concreto.

### 1.3. O DESEQUILÍBRIO DA IMPORTÂNCIA DA TUTELA DO VALOR E DOS INTERESSES DA FAMÍLIA CONSTITUÍDA POR PAIS E FILHOS RELATIVAMENTE À TUTELA DOS ASCENDENTES NA VELHICE

Constata-se, de facto, quando se comparam os artigos 36º da Constituição, *maxime* o seu n.º 5, com o 72º/1, um desnível de protecção entre a família constituída pelos pais e filhos e a família que acolhe os ascendentes: os pais têm o *poder-dever* de educação e manutenção dos filhos, mas, quanto aos seus ascendentes, eles têm apenas uma geral *obrigação de alimentos*.

Além disso, a colocação sistemática da tutela do valor e dos *interesses dos ascendentes* (pais e avós) não nos surge no Título II, Capítulo I, respeitante aos *direitos, liberdades e garantias pessoais*, mas tão só no Título III, em matéria de *direitos económicos, sociais e culturais*, o que espelha a menor importância que, de alguma forma, o legislador constitucional atribui à *relação familiar* entre os *filhos e os respectivos ascendentes*, independentemente do grau de parentesco na linha recta ascendente.

### 1.4. A SOLIDARIEDADE FAMILIAR COLABORA COM A SOLIDARIEDADE SOCIAL NA PROSECUÇÃO DE UM FIM COMUM.

Actualmente verifica-se que a superação das necessidades das pessoas maiores de idade é efectuada mediante a criação de um *sistema misto* de protecção e de solidariedade baseado na existência de mecanismos e instrumentos de cooperação públicos e privados: solidariedade familiar *versus* solidariedade estadual no apoio às pessoas idosas<sup>10</sup>. Enquanto a obrigação de alimentos se funda no *princípio da so-*

9 Luis DÍEZ-PICAZO/A, GUILLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Secesiones*, 8ª edição, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 47-48; João Paulo REMÉDIO MARQUES, *Algumas Notas sobre Alimentos (Devidos a Menores) «Versus» o Dever de Assistência dos Pais para com os Filhos (em Especial Filhos Menores)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 10.

10 Nieves MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, “Los mayores como beneficiários . . .”, cit., p. 122. Isto sem prejuízo de se afirmar que a *solidariedade familiar*, por que fundada na afectividade, é, não raro, *selectiva* e é baseada na lógica do *merecimento*, dependendo das relações entretacidas com com os diferentes membros da família – nestes termos, Joana SOUSA RIBEIRO, “Processos de envelhecimento: a construção de um directo emancipatório”, cit., p. 217.

*lidariedade familiar*<sup>11</sup>, as prestações do regimes de segurança social ancoram-se no *princípio da solidariedade estadual* na veste de *direito a prestações sociais de dare* enquanto tarefas públicas *prima facie*.

## 2. OS MAIORES NECESSITADOS COMO TITULARES DE UM DIREITO A ALIMENTOS

Os cidadãos maiores de 18 anos podem, como é sabido, ser *titulares actuais* de direitos a alimentos familiares: a situação de necessidade para prover ao seu sustento desencadeia o eventual nascimento e a constituição deste direito subjectivo familiar, cujos obrigados são, prioritariamente, o cônjuge, os ex-cônjuge e os descendentes do maior carecido – cfr., *infra*, n.ºs 2.2. e 2.3.

### 2.1. O MARCADO CARÁCTER ÉTICO DO DEVER JURÍDICO DE AUXÍLIO FINANCEIRO DOS FILHOS (ADULTOS) OU DOS NETOS RELATIVAMENTE AOS PAIS (E OS AVÓS)

É indesmentível a importância do papel da família na promoção da qualidade de vida dos idosos. O dever de alimentos em benefício dos ascendentes parece traduzir a construção social de acordo com a qual os cuidados devem ser assegurados de uma *forma natural*, bem como reflecte a ideia de que sempre houve uma “rede subterrânea e invisível de solidariedade familiar”<sup>12</sup> onde pauta a entajuda informal, que não tem que ser invariavelmente subsumível a transferências monetárias. Se é verdade que esta imagem ideal da sociedade familiar não reflecte, hoje, o aumento da instabilidade e das rupturas conjugais, o ingresso das mulheres na vida laboral ou a mobilidade e a dispersão geográficas dos membros da família, sendo não raras vezes uma justificação para a recusa de ajudas públicas – inclusivamente da recusa de eventuais auxílios monetários ou outros<sup>13</sup> que podem ser canalizados para estes prestadores informais adentro da redes familiares nucleares –, ela ainda representa um *dever-ser ético* transtemporal que tem atravessado os séculos a que tem correspondido uma verdadeira *obrigação jurídica* judicialmente exigível: tal como no direito romano, já as *Ordenações* do Reino consagra-

11 Luis DÍEZ-PICAZO/António GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, 8ª edição, cit., p. 47.

12 Joana SOUSA RIBEIRO, “Processos de envelhecimento: a construção de um direito emancipatório”, cit., p. 213.

13 V.g., licença laborar para prestação de cuidados a ascendentes.

ram a obrigação de alimentos não somente em relação aos pais, mas também, de forma *recíproca*, em relação aos filhos<sup>14</sup>.

## 2.2. SUJEITOS VINCULADOS À OBRIGAÇÃO LEGAL DE ALIMENTOS

De entre os sujeitos vinculados à *obrigação legal* de alimentos figuram os *descendentes* e os *ascendentes* (artigo 2009º, alíneas *b*) e *c*) do Código Civil, doravante CC); pessoas que se encontram *reciprocamente* vinculadas: a obrigação pode recair sobre os primeiros ou os segundos, consoante a sua *situação de necessidade*; qualquer destes sujeitos é *potencial* credor e devedor.

## 2.3. TITULARIDADE DO DIREITO A ALIMENTOS POR MAIORES

As pessoas maiores de idade podem, assim, ser titulares de um direito de alimentos perante os seus filhos (netos e/ou bisnetos), direito cujo nascimento está dependente dos seguintes pressupostos: *situação de necessidade* do ascendente carecido; *possibilidade económicas* dos descendentes.

## 2.4. O CONCEITO DE NECESSIDADE (ECONÓMICA)

A *necessidade de alimentos* é um conceito *dúctil e variável* em função de certas condições existenciais concretas<sup>15</sup> e *actuais*, já que *in praeteritum non vivitur*: idade, saúde, ambiente material em que se tenha vivido, nível cultural, atitude e aspirações; seja quais forem as circunstâncias que colocaram o idoso nessa situação, pois *qualquer que seja a causa*, o que importa é apenas averiguar a existência da situação de necessidade que justifica a obrigação de alimentos<sup>16</sup>.

14 *Ordenações Filipinas*, Livro I, Título 88; Livro IV, Título 99.

15 PEREIRA COELHO/GUILHERME DE LIVEIRA, *Curso de Direito da Família, I, Introdução. Direito Matrimonial*, 3ª edição, Coimbra, Editora, Coimbra, 2003, p. 743; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. V, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 581; Adoración PADIAL ALBÁS, *La Obligación de Alimentos entre Parientes*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 101 ss.

16 Assim, em geral, já Adriano VAZ SERRA, “Obrigação de Alimentos”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 108, pp. 113-114. Parece-nos, no entanto, claro que, uma decretada a obrigação de alimentos, o comportamento posterior do credor (v.g., inércia voluntária se tiver capacidade e aptidão para trabalhar, ociosidade, prodigalidade, jogo, alcoolismo, deboche, etc.) deve, obviamente, relevar enquanto causa de cessação da obrigação, nos termos do artigo 2012 ou, inclusivamente, ao abrigo da alínea *b*), do n.º 1 do artigo 2013º, ambos do CC.

## 2.5. O CONCEITO DE POSSIBILIDADE (ECONÓMICA)

Os *recursos económicos do devedor de alimentos*<sup>17</sup>, a par da necessidade económica do credor de alimentos, integra o critério de decisão da fixação do *quantum* dos alimentos, por isso mesmo que se cura de bitolas quantificáveis e se visa respeitar a *proporcionalidade* e a *adequação* daquelas *possibilidades* com estas necessidades.

Deve ponderar-se as possibilidades económicas à face das *necessidades pessoais de auto-subsistência* (e de subsistência da família que tem que sustentar, constituída pelo *cônjuge* e pelos filhos menores submetidos ao poder parental) do próprio *devedor* de alimentos; estes credores *têm preferência* relativamente aos *ascendentes* daquele a quem os alimentos sejam pedidos (artigo 2009º/1, alíneas *a*) e *c*), e n.º 2, do CC). Se, em relação aos menores credores de alimentos nos parece que o tribunal não deve incluir os bens de que este menor seja titular e que não dêem rendimentos<sup>18</sup>, a mesma solução já não parece adequada para os maiores idosos carecidos de alimentos, uma vez que estes já completaram, há muito, a sua formação sócio-afectiva, educativa e profissional, não carecendo, portanto, de dispor de um capital imobilizado para suprir necessidades futuras aliadas ao aumento das despesas com o crescimento, a formação profissional e a colocação.

Assim, embora a questão deva ser avaliada à luz do prudente arbítrio do julgador, as possibilidades económicas da pessoa idosa devem incluir tais bens infrutíferos de cuja alienação ou oneração possa resultar um capital para suprir as necessidades do próprio carecido ou para adquirir novos bens que produzam rendimentos. Não se esqueça que, não raras vezes, após a aposentação, estas pessoas alienam *alienam gratuitamente* bens a terceiros – *maxime*, instituições de solidariedade social ou sociedades comerciais, que exploram lares ou residências para idosos – com o encargo de estes terceiros os manterem e prestarem os demais cuidados de subsistência até à morte dos doadores.

17 Sobre as possibilidades económicas do devedor de alimentos, cfr. Adoración PADIAL ALBÁS, *La Obligación de Alimentos entre Parientes*, cit., p. 143 ss.

18 Tb. João Paulo REMÉDIO MARQUES, *Algumas Notas sobre Alimentos*, cit., pp. 81-84; Maria CLARA SOTTO-MAYOR, *Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio*, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2002, p. 205.

## 2.6. SUJEITOS OBRIGADOS (CONT.)

Quanto aos *sujeitos obrigados* a prestar alimentos à pessoa idosa (e ao seu eventual cônjuge), e embora a obrigação seja *recíproca*<sup>19</sup>, todos os seus *descendentes* são potencialmente obrigados: não só os *filhos*, como também os *netos* ou, inclusivamente, os *bisnetos*. A responsabilidade não é, porém, puramente *solidária*<sup>20</sup>, nem puramente *parciária* ou *conjunta*. O artigo 2010º do CC prevê, para a hipótese de *pluralidade de vinculados* integrados no mesmo grau da escala de prioridades fixada no artigo 2009º/1, que cada um deles apenas responde por uma quota da prestação integral. Se, por exemplo, o ascendente carecido tiver um filho e dois netos, filhos de um filho pré-falecido, e as suas necessidades foram quantificadas no montante de 400 Euros mensais, o filho deverá pagar 200 Euros e a cada um dos netos caberá pagar 200 Euros.

Não obstante, o legislador estabelece uma *preferência* no n.º 2 do artigo 2009º: o *princípio da preferência de graus de parentesco* (artigo 2035º do CC), implica que os *parentes de grau mais próximo* relativamente ao necessitado sejam os obrigados prioritários. Quanto à determinação desse quota, a lei preceitua que cada vinculado deve contribuir na *proporção do quinhão de cada um como presuntivo herdeiro legítimo do alimentando* – ao derredor, porventura, dos resquícios do velho brocardo *ubi emolumentum successionis, ibi et onus alimentorum*. Todavia, a *quota* de cada um dos obrigados corresponderá ao *limite máximo* a que estão adstritos a prestar, pois a lei também manda atender aos meios daquele que houver de prestar os alimentos (artigo 2004º/1 do CC).

Ou seja: *se todos tiverem possibilidades económicas* de prestar alimentos, o *máximo* que cada deve prestar não pode ultrapassar o *quinhão legítimo* que, se o alimentando morresse antes do respectivo obrigado, lhe caberia na herança destes (p. ex., os irmãos germanos do idoso carecido pagam o dobro do montante da pensão

19 Assim era expressamente determinado no artigo 172º do Código Civil de 1967, entre descendentes, ascendentes e irmãos.

20 Se assim fosse, a prestação podia ser pedida, *na totalidade*, a qualquer dos convededores, atribuindo-se um direito de regresso *pro quota*. Afastando a regra da *solidariedade passiva*, João de CASTRO MENDES, “L’Obligation Alimentaire en Droit Comparé”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1972, p. 51 ss., p. 75; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 596; Maria de Fátima ABRANTES DUARTE, *O poder paternal: contributo para o estudo do seu actual regime*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1989, p. 100 ss.; EDUARDO DOS SANTOS, *Direito da Família*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 199, p. 522 (autor que, em matéria de alimentos a *filhos menores*, recusa a solidariedade, afirmando a *obrigação é conjunta e divisível*); Luís da CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em comentário do código Civil Português*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1930, p. 433, p. 444 (defendendo que, ao abrigo do Código Civil de 1867 – art. 172º e ss. – a obrigação não era solidária).

de alimentos relativamente aos irmão uterinos). *Mas pode ser menos*, exactamente nas eventualidades em que as possibilidades económicas do obrigado ficam aquém da sua quota como herdeiro legítimo à herança do alimentando. Se tal suceder, determina o n.º 2 do artigo 2010º do CC que a parte em falta para cobrir essa quota será prestada pelos restantes onerados do mesmo grau da escala de prioridade (ou de classes) do artigo 2009º/1, *contanto que disponham de meios financeiros*<sup>21</sup>.

Daqui resulta que *a obrigação alimentar não é pura ou estritamente parcíaria ou conjunta*, visto que cada um dos obrigados não se encontra, apenas, obrigado à sua parte na prestação total; pelo contrário, *podem* eles responder pela parte que a outros caiba prestar, na falta ou insuficiência de meios económicos destes últimos, desde que os primeiros disponham de tais possibilidades. Mas também não é *puramente solidária*, pois que ela não pode ser pedida, *na totalidade*, a qualquer um dos devedores da mesma *classe* (v.g., descendentes, ascendentes, etc.) ou do mesmo *grau* (v.g., filhos, netos, bisnetos, etc.) em função dos respectivos recursos económicos.

### 2.6.1. PREFERÊNCIAS

O maior necessitado de alimentos pode, assim, dirigir, em primeiro lugar, a sua pretensão contra os *filhos* e, somente no caso de impossibilidade de os prestar, contra os *netos* e os *bisnetos*. Mas isto não significa, como veremos já a seguir, que o idoso carecido tenha que demandar *autónoma e sucessivamente* os seus parentes ou até mesmo o ex-cônjuge até que obtenha a condenação de algum ou de alguns deles.

### 2.6.2. Uma particularidade da vertente do exercício judicial do direito a alimentos: a pluralidade subjectiva “subsidiária”

No domínio do exercício judicial do direito a alimentos cabe usar a possibilidade, introduzida na reforma processual de 1995/1996, *de accionar todos os obrigados à luz do regime da coligação*, no caso de *pluralidade subjectiva subsidiária* – artigo 31º-B do Código de Processo Civil (doravante CPC): dedução do mesmo pedido (de alimentos) contra réu diverso do que é demandado a *título principal* –, no caso de *dúvida fundada sobre o sujeito da relação controvertida*<sup>22</sup>.

21 João Paulo REMÉDIO MARQUES, *Algumas Notas Sobre Alimentos*, cit., p. 330.

22 Sobre isto, cfr. Miguel TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*, 2ª edição, Lex, Lisboa, 1997, pp. 166-167; Miguel TEIXEIRA DE SOUSA, “Apreciação de alguns aspectos da «revisão do processo civil»”, in

Se o idoso, ou a instituição de segurança social que se haja sub-rogado no seu direito (cfr., *infra*, n.ºs 7.1. e 7.2.), tiverem dúvidas sobre *quem goza de possibilidades económicas* para custear os alimentos, pode deduzir-se acção de alimentos *contra todos* os obrigados legais em regime de *litisconsórcio (voluntário inicial)* ou, inclusivamente, requerer a *intervenção principal provocada* de outro ou outros obrigados legais que não hajam sido inicialmente demandados (artigo 325º/2 do CPC) – *litisconsórcio voluntário sucessivo*. Não há aqui, note-se, a formulação de dois ou mais *pedidos subsidiários* ou *alternativos* de alimentos: o pedido é só um; acontece, porém, que é dirigido contra vários réus (*v.g.*, filhos e netos), que devem assumir o estatuto de partes principais.

Ocorre, assim, uma *cumulação subjectiva* – que a lei, enganadoramente, designa por “subsidiária” – respeitante a *um único pedido* (o de alimentos), aí onde as partes, ao que parece, devem discutir simultaneamente a mesma matéria de facto, ainda que, eventualmente, em oposição umas com as outras. Daí que o adequado recorte dogmático da figura em análise seja o da *pluralidade alternativa subjectiva aparente*<sup>23</sup>. Não estamos perante uma *alternativa real objectiva* ou face a uma *alternativa aparente objectiva*, visto que nestas eventualidades ocorre uma cumulação de pedidos emergente ora das “características da própria relação material controvertida”, ora da “forma como os pedidos são formulados perante o tribunal”<sup>24</sup>. Não apenas não é necessário demandar sucessiva e autonomamente os vários obrigados, como também não é preciso justificar, neste caso, que os obrigados em primeira linha (*in casu*, os filhos) não carecem de possibilidades económicas.

Quer dizer: por exemplo, os netos (ou os bisnetos) ou os irmãos da pessoa idosa carecida só serão reconhecidos como titulares passivos do dever de alimentos e, por conseguinte, somente serão condenados, se a acção de alimentos não for procedente contra os outros demandados *principais, in casu*, os filhos, os netos ou os bisnetos, respectivamente. Neste lado passivo, os *litisconsortes subsidiários* (*v.g.*, os netos ou os bisnetos) e os *litisconsortes principais* (*v.g.*, os filhos) acham-se, normalmente, numa

---

*Revista da Ordem dos Advogados*, ano 55, 1995, p. 353 ss., pp. 378-379; RUI PINTO, “Problemas de legitimidade processual”, in *Aspectos do Novo Processo Civil*, Lex, Lisboa, 1997, p. 157 ss., pp. 189-193; LEBRE DE FREITAS/JOÃO REDINHA/RUI PINTO, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 69-70, anotação ao artigo 31ºB.

23 Em sentido análogo, TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*, cit., p. 153; Maria JOSÉ CAPELO, “A reforma processual e as acções de filiação”, in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Vol. I, *Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 743 ss., p. 753, p. 755.

24 Sobre este tipo de cumulação, cfr. João de CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil*, Vol. II, Lisboa, 1987, pp. 389-390; Miguel TEIXEIRA DE SOUSA, *As Partes, O Objecto e a Prova nas Acções Declarativas*, Lex, Lisboa, 1995, p. 148.

situação de oposição mútua, pois cada um deles irá considerar com os outros são responsáveis pela obrigação de alimentos ao seu ascendentes demandante.

## 2.7. PLURALIDADE DE DESCENDENTES OBRIGADOS

*No caso de pluralidade de descendentes de 1º grau (filhos), a obrigação recairá sobre todos os que disponham de possibilidades económicas, na proporção das suas quotas como herdeiros legítimos. Está vedado ao credor, pessoa idosa, dirigir-se apenas a um dos descendentes e exigir a totalidade da prestação.*

## 3. MODO DE CUMPRIMENTO

Ao abrigo do preceituado no artigo 2005º do Código Civil, a obrigação de alimentos pode ser cumprida mediante uma prestação periódica, normalmente uma *quantia pecuniária* mensal, através de *prestação em espécie: casa e companhia*; ou, ainda, através da constituição de um direito de usufruto ou de um contrato de renda vitalícia com um terceiro<sup>25</sup>.

Pode imaginar-se, ademais, o cumprimento através do pagamento, *una tantum*, de um capital, de uma só vez, por parte dos descendentes<sup>26</sup>, equivalente às necessidades antecipadamente aceites calculadas para dilação temporal e para certas condições. Mas, atento o *carácter indisponível* dos alimentos, os devedores descendentes não se libertam desta obrigação relativamente a necessidades que surjam no futuro<sup>27</sup>, e que não tenham sido visadas no cálculo do montante do capital: se assim for, nada impede que os ascendentes necessitados voltem mais tarde a requerer alimentos, provando (uma nova) situação de necessidade, contanto que essa necessidade seja devida a actos de delapidação desse capital imputáveis, pelo menos, a título de *negligência*, ao próprio credor.

25 Tb. Maria João VAZ TOMÉ, “Sobre a negociabilidade das modalidades de cumprimento da obrigação de alimentos como efeito do divórcio”, in *Iure et de iure*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998, p. 195 ss., p. 212.

26 Maria João VAZ TOMÉ, *O Direito à Pensão de Reforma Enquanto Bem Comum do Casal*, Studia Iuridica, 27, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 336 ss., pp. 385-386.

27 Maria João VAZ TOMÉ, *O Direito à Pensão de Reforma*, cit., pp. 338-339, para quem o carácter definitivo e (imutável) do pagamento *una tantum* equivalerá a uma transacção inadmissível, pois implicará uma *renúncia negocial* aos alimentos.

À parte este caso, a cláusula *rebus sic stantibus* e a regra do artigo 2012º do Código Civil impõem a possibilidade de *revisão* da situação constituída após o pagamento *una tantum* do capital. Se, após o pagamento *una tantum* deste capital, o credor ascendente contrair logo novas núpcias com pessoa que desfruta de possibilidades económicas para o *manter*, ou aumentar a fortuna por motivo da realização de negócios ou contratos aleatórios (jogos de fortuna e azar, concursos, etc.), parece-nos que não deve ser afastada a possibilidade de os descendentes peticionarem ao ascendente a restituição de parte dessa quantia com base nas regras do *enriquecimento sem causa*.

### 3.1. HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO; CRITÉRIO DE DECISÃO

Se é certo que o acordo quanto à fixação dos alimentos e ao modo de os prestar pode ser obtido nas Conservatórias do Registo Civil, nos casos de divórcio por mútuo consentimento e curando-se de alimentos devidos a filhos maiores, nos termos do artigo 1880º do CC<sup>28</sup>, por isso mesmo que não se esteja perante um típico processo judicial litigioso – pois o *interesse público* concorrente à *autocomposição* adulta entre devedor e credor não é aqui tão forte em termos de assegurar que os resultados do processo negocial, ora promovido nas Conservatórias, sejam justos entre as partes<sup>29</sup> –, caso esse acordo não seja obtido, a intervenção do tribunal, numa típica acção de alimentos promovida pelo ascendente contra os descendentes ou outros obrigados, pode levar à formação de um outro acordo sobre a prestação dos alimentos, o qual deverá ser objecto de *controlo judicial*.

A *decisão quanto à opção por qualquer uma destas modalidades de cumprimento* não obedece à regra do *favor debitoris*, no sentido de permitir que os obrigados escolham o modo de prestar os alimentos; a prestação *em espécie*, com casa e companhia, pode ser lograda mediante acordo entre devedor e credor. Se o devedor

28 Artigos 5º, alínea a), e 14º, ambos do Decreto-Lei n.º 172/2001, de 13 de Outubro.

29 Veja-se, na mesma linha, o regime do *divórcio por mútuo consentimento*, em vigor desde o dia 1/01/2002, por força do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 10 de Outubro, aí onde o legislador assume dá oportunidade aos cônjuges de, se for caso disso, acordar sobre o montante da pensão de alimentos a pagar após o trânsito da decisão da Conservatória, sem intervenção judicativa do tribunal (muito menos do Conservador ou do Ministério Público), posto que vê tais acordos como *razoáveis*, exactamente porque parte da ideia de que os *resultados do processo negocial* havido entre os cônjuges, em matéria de fixação de alimentos entre eles (que não a favor de filhos menores, acordo este de regulação do exercício do poder paternal que é objecto de fiscalização por parte do Ministério Público), que se pretendem divorciar, são justos não havendo a necessidade de os proteger contra a sua própria ignorância ou contra a desigual capacidade de negociação. Isto sem prejuízo de tais acordos poderem ser objecto de posterior alteração, nos termos do artigo 2012º do Código Civil, ou inclusivamente de sindicância por motivo da verificação de vícios da vontade por ocasião da sua formação ou alteração.

não puder prestar quantias pecuniárias, o juiz pode unilateralmente decretar o *cumprimento em espécie*, com *casa e companhia* (artigo 2005º/2 do CC).

### 3.2. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DESACONSELHAM A PRESTAÇÃO COM CASA E COMPANHIA: PROBLEMAS DE CONVIVÊNCIA ENTRE PAIS E FILHOS (OU NETOS)

Há certas circunstâncias que desaconselham a fixação dos alimentos nesta modalidade. O *credor* pode, na verdade, ver comprometida a sua vida privada e a sua liberdade de decidir viver onde queira e com quem queira, de tomar as suas próprias decisões sobre o que comer, os seus horários, as suas preferências de lazer<sup>30</sup> (v.g., programas de televisão, saídas com amigos, etc.).

O devedor também pode ver afectadas a sua intimidade, o seu modo de vida quotidiano, as suas relações familiares, etc. Todavia, se o devedor demonstrar que não pode pagar uma quantia pecuniária e que somente pode receber o credor em casa, parece que essa sua atitude vale como *renúncia* à preservação desta esfera ou *reserva de intimidade de vida privada*.

Se há vários obrigados a alimentos (v.g., vários filhos ou netos), e um ou vários pedem que o cumprimento da sua quota-parte seja prestado com casa e companhia, parece desaconselhável impor uma rotatividade do acolhimento do credor (ascendente), excepto se este o aceitar. O juiz deve, pois, ouvir o credor, baseando a sua decisão na opinião deste quando não padeça de qualquer *incapacidade de facto* para entender ou querer.

## 4. A ESCASSEZ DO NÚMERO DE PRETENSÕES DE ALIMENTOS DIRIGIDAS AOS DESCENDENTES

Na prática, são raríssimas as eventualidades em que os descendentes prestam auxílio material (e espiritual) aos seus ascendentes no cumprimento de uma *obrigação legal* de alimentos; fazem-no, pelo contrário, no cumprimento de *obrigações naturais*.

Há vários motivos que explicam *esta realidade*: (1) o recurso ao exercício da obrigação legal de alimentos diminuiu substancialmente por mor da protecção social do Estado; (2) nos casos em que existe verdadeira necessidade, os ascendentes

30 Nieves MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, “Los mayores como beneficiários ...”, cit., p. 129.

ostentam, por vezes, um verdadeiro pavor e angústia em peticionar judicialmente estes alimentos.

## 5. A DIMINUIÇÃO DAS SITUAÇÕES DE NECESSIDADE GERADORAS DE ACÇÕES DE ALIMENTOS; O ADVENTO DA PROTECÇÃO SOCIAL NA VELHICE

Se é certo que se surpreendem cada vez mais casos de *exclusão social e familiar*, não é menos verdade que a assunção, por parte das autoridades estaduais, da protecção dos cidadãos face à diminuição dos meios de subsistência contribuiu para que, cada vez mais (tal como antes do advento do regime democrático, aí onde este era um problema dos “ricos” e dos “poderosos”<sup>31</sup>), diminuam as acções de alimentos e o número de efectivos credores.

### 5.1. A SOLIDARIEDADE FAMILIAR E O ADVENTO DO ESTADO SOCIAL

A criação, num primeiro momento, de *pensões de aposentação*, no quadro dos *regimes contributivos da segurança social*, e, depois, de *pensões de velhice* e outras prestações sociais, no *quadro dos regimes não contributivos*, foram factores decisivos para o decaimento das situações de necessidades dos idosos. Estas e outras prestações de segurança social, no quadro dos *regimes não contributivos*, dirigem-se às pessoas sem recursos económicos que, ou bem que nunca descontaram por ocasião do exercício de actividades profissionais, ou bem que descontaram montantes cuja soma não lhes permite ter direito a uma pensão no quadro dos regimes contributivos.

Até então, a *solidariedade familiar* baseada na afectividade e na voluntariedade desempenhava um protagonismo hegemónico na assistência e manutenção dos membros necessitados da família: em caso de necessidade, essa obrigação assumia a natureza de obrigação jurídica, na veste de obrigação de alimentos.

A *obrigação legal* de alimentos fez, na verdade, da *família* a primeira instância onde se soluciona o problema da *pobreza*; subsidiariamente era convocada a *intervenção do Estado*, através da *caridade pública*. Esta *caridade pública* em caso algum era entendida como *obrigação do Estado*.

31 Cfr. João Paulo REMÉDIO MARQUES, *Algumas Notas sobre Alimentos*, cit., pp. 30-40, nota 39.

## 5.2. A ACTUAL HEGEMONIA DA SOLIDARIEDADE ESTADUAL

Actualmente, nos países mais desenvolvidos do planeta, o *Estado Social de Direito*, o *Estado-Providência*, procura prover ao bem-estar dos cidadãos. Fá-lo no exercício de uma autêntica *obrigação jurídica*<sup>32</sup>, *sob reserva do possível*, no âmbito dos direitos sociais. O Estado liberal transformou-se num *Estado activo*, que assumiu novas responsabilidades nos sectores da sociedade e da economia.

Nestas circunstâncias, a influência da *protecção social na velhice* repercutiu-se acentuadamente na existência e no cumprimento das obrigações familiares: a imagem da *família enquanto centro de segurança e de apoio material e espiritual* foi parcialmente substituída pelo paradigma da *colectividade responsável* pelas condições sócio-económicas das pessoas e respectivas famílias.

Temos, pois, um *sistema misto* de protecção baseado na cooperação entre as esferas de *intervenção pública e privada*.

A esfera de protecção pública *não substituiu*, todavia, a esfera privada, familiar.

As *prestações públicas* dos vários regimes da segurança social não são, em muitos casos, suficientes para se viver dignamente, embora o artigo 72º/1 da Constituição imponha aos poderes públicos o dever de *assegurar a suficiência económica* das pessoas idosas (“*direito à segurança económica ... que respeitem a sua autonomia pessoal*”). De igual sorte, o artigo 63º/3 da Constituição impõe que o sistema de segurança social proteja os cidadãos na doença, *na velhice, na invalidez, na viuvez*, no desemprego e na orfandade.

Se as pensões de aposentação dos *regimes contributivos e não contributivos* não permitem alcançar estes objectivos, por força dos constrangimentos orçamentais, a *solidariedade familiar* torna-se indispensável enquanto *função de complementação da solidariedade social*.

32 RIBOT IGUALADA, *Alimentos entre parientes y subsidiariedad de la protección social*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pp. 164-165.

### 5.3. A SUBSIDIARIEDADE DAS PRESTAÇÕES FAMILIARES ALIMENTÍCIAS; REGIMES CONTRIBUTIVOS E NÃO CONTRIBUTIVOS DA SEGURANÇA SOCIAL; REFERÊNCIA AO COMPLEMENTO SOLIDÁRIO PARA IDOSOS E AO RENDIMENTO SOCIAL DE INSERÇÃO

Embora haja uma coexistência entre a *solidariedade estadual* e a *solidariedade familiar* para fazer frente às necessidades das pessoas idosas, sustenta-se, por vezes, que as prestações familiares são sempre (ou quase sempre) *prestações subsidiárias*<sup>33</sup> relativamente às *prestações estaduais* dos regimes de segurança social.

Isto nem sempre assim será.

De facto, as *prestações alimentícias familiares* não são sempre *prestações subsidiárias*, de segunda linha.

As *prestações alimentícias familiares* somente se posicionam numa *relação de subsidiariedade* quando as *prestações públicas* da segurança social constituem um *direito subjectivo prima facie*, para o respectivo beneficiário<sup>34</sup>; quando elas traduzem um *direito independente e autónomo das suas concretas necessidades* e das *possibilidades económicas* dos seus parentes mais próximos mencionados nas várias alíneas do n.º 1 do artigo 2009º do CC; *direito subjectivo*, esse, que é constituído ao longo de uma *carreira contributiva* quando o carecido alienava a sua força de trabalho ou prestava trabalho autónomo.

Neste caso, e uma vez totalmente formado o direito à pensão de reforma, a prestação social tende a *desligar-se* da *concreta situação familiar* do titular a essa prestação, embora, lamentavelmente, quer o regime da *pensão de sobrevivência* [arts. 7º e 8º do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de Outubro, para o sector privado e empresarial do Estado, e o artigo 41º/1 e 3 do Decreto-Lei 142/73, alterado pelo Decreto-Lei n.º 191-B/79, de 25 de Junho, para o funcionalismo público], quer o do *subsídio por morte* [arts. 7º, 9º e 11º do citado Decreto-Lei n.º 322/90] a favor do ex-cônjuge do trabalhador ou dos familiares que vivessem a seu cargo se encontrem, ainda e de alguma forma, *conexionados* com uma situação de *necessidade* entendida *lato sensu*. Nestas eventualidades, sente-se a presença de alguma *individualização* no regime

33 Entre outros, Luís Díez-PICAZO/António GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, 8ª edição, cit., p. 48, para quem a situação de necessidade do credor de alimentos – desencadeadora do nascimento da obrigação legal de alimentos, – só existe quando a segurança social não cumpre as funções assistenciais: só assim não será, para estes Autores, nas eventualidades em que a lei faça depender a atribuição de prestações sociais da falta ou insuficiência das prestações familiares.

34 Tb., neste sentido, Nieves MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, “Los mayores como beneficiários ...”, cit., p. 134.

de atribuição das pensões, ou seja, uma orientação das prestações de acordo com as *condições pessoais (et, pour cause, familiares)* do beneficiário.

\*

Há, por isso, que distinguir as *prestações sociais do regime contributivo*, – quer a totalização dos períodos contributivos seja cumprida ao abrigo do *regime geral da segurança social*, quer essa totalização seja lograda ao abrigo do *regime da função pública* – das que são concedidas mesmo que o beneficiário não haja feito quaisquer descontos durante a sua vida laboral activa ou tais descontos sejam insuficientes para auferir uma pensão (*regimes não contributivos*).

De facto, nestas últimas eventualidades, no que tange aos *regimes não contributivos da segurança social*, as *prestações familiares* tendem a constituir a *primeira linha*, o primeiro reduto aí onde o idoso carecido deverá procurar apoio. Aqui, a *solidariedade estadual* é o recurso *subsidiário*; a *solidariedade familiar* constitui-se, pelo contrário, como a *via principal* de satisfação de tais necessidades dos idosos.

Por isso se estabelece que a *concessão de pensões sociais nos regimes não contributivos* deve ser precedida de uma avaliação dos recursos económicos do requerente, do seu *agregado familiar*, bem como dos seus descendentes (*maxime*, os filhos enquanto obrigados legais à prestação de alimentos). Aqui o direito às pensões ligase à *capacidade económica do requerente* e do seu *agregado familiar*. Estas prestações sociais não visam assim *substituir* rendimentos que o beneficiário deixou de auferir com o termo da vida laboral activa, mas sim actuar como *compensação* ou como *acréscimo pecuniário* relativamente aos recursos económicos de que podem dispor, *por si só ou através dos familiares mais próximos*. Isto sem que se deixe de notar que estas prestações sociais somente são atribuídas em situações de manifesta necessidade para subsistir, ainda que com graves dificuldades, ou seja, em situações de manifesta indigência dos carecidos, facto que subtrai deste tipo de protecção social muitos cidadãos que ostentam escassez de recursos económicos<sup>35</sup>.

\*

---

35 Tb. Purificación MORGADO PANADERO, “La protección de la tercera edad en el nivel no contributivo de la Seguridad Social”, in M. ALONSO PÉREZ/E. M<sup>a</sup> MARTÍNEZ GALLEGÓ/J. REGUERO CELADA (coord.), *Protección Jurídica de los Mayores*, la Ley, Madrid, 2004, p. 495 ss., p. 499.

Veja-se o disposto nos artigos 5º e 6º do Decreto-Lei n.º 232/2005, de 29 de Dezembro, que criou o *complemento solidário para idosos*: é considerado não apenas o rendimento do próprio requerente à prestação social, não somente o rendimento da pessoa que com ele viva em união de facto há mais de dois anos, bem como o rendimento dos filhos e o das pessoas que compõem o seu agregado familiar, nos termos em que o mesmo se encontra definido no Código do IRS<sup>36</sup>, mesmo que não convivam com o requerente da prestação. Além disso, os apoios dados pelos filhos do requerente a título de transferências monetárias ou de pagamento de equipamentos sociais (a chamada “componente de solidariedade familiar”) são considerados como *solidariedade familiar*, os quais acrescem aos rendimentos do requerente<sup>37</sup>, podendo, inclusivamente, determinar a exclusão do direito a este complemento solidário<sup>38</sup>.

36 Artigo 6º do Decreto Regulamentar n.º 3/2006, de 6 de Fevereiro.

37 Cfr. os artigos 7º/9, 9º/3 e 10º, alínea c), todos do Decreto Regulamentar n.º 3/2006, de 6 de Fevereiro. Nos termos do artigo 26º deste Decreto Regulamentar as transferências monetárias são as *doações* e as *pensões de alimentos* (pagas pelos descendentes ou outros obrigados, ao que parece) que traduzem uma forma de apoio monetário dirigida a melhorar o nível de rendimento dos elementos do agregado familiar do requerente desta pensão. Não são consideradas as prestações *de facere, com casa e companhia*.

38 Para poder aceder a esta prestação social é necessário ter idade igual ou superior a 65 anos, nos termos do artigo 4º/1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 232/2005, de 29 de Dezembro, ainda que a exigibilidade desta prestação social somente ocorra a partir do ano de 2009, relativamente às pessoas que, nesse ano, tenham entre 65 e 70 anos (artigo 24º, alínea d), do citado decreto-lei). Obviamente, este limite mínimo etário não obsta a que cidadãos *mais idosos* peticionem esta prestação, independentemente da idade e do lapso de tempo ocorrido entre a data de entrada em vigor deste regime não contributivo e o pedido do cidadão idoso. Este novo regime não contributivo, a mais de se aplicar aos *cidadãos estrangeiros titulares de autorização de residência ou de protecções temporárias* (no caso dos refugiados e dos apátridas), exige um período mínimo de permanência em território português: *6 anos* imediatamente anteriores à data da apresentação do requerimento da prestação (artigo 4º/1, alínea b), do Decreto-Lei n.º 232/2005, de 29 de Dezembro). Para efeitos do cômputo deste período de 6 anos anteriores à formulação do pedido, é preciso que se resida, de forma contínua e ininterrupta em, pelo menos, *270 dias em cada ano civil* (artigo 4º/1, do Decreto Regulamentar n.º 3/2006, de 6 de Fevereiro e artigo 3º/1 do Decreto-Lei n.º 232/2005). Os *cidadãos portugueses que tenham exercido a sua última actividade profissional no estrangeiro* podem beneficiar desta prestação se, *cumulativamente*, à data da entrega do requerimento residirem em Portugal; se residirem em Portugal pelo período igual ao que intermediou entre o momento em que lhe foi atribuída pensão de velhice, de sobrevivência ou equiparada (pela entidade estrangeira competente) e o momento da apresentação do requerimento; e se a atribuição da pensão de velhice, de sobrevivência ou equiparada não tenha ocorrido há mais de 6 anos (artigo 4º/2, alíneas a), b) e c), do citado Decreto-Lei n.º 232/2005).

O estado de necessidade do idoso é, obviamente, requisito de atribuição da prestação. Posto que o montante desta prestação social corresponde à diferença entre o *montante dos recursos económicos do requerente* e o *valor de referência* do complemento, ou seja, o montante de €200/ano (susceptível de actualização periódica por portaria conjunta dos Ministros das Finanças e do Trabalho e da Segurança Social), faz-se mister apurar os recursos do requerente. E aqui toma-se em conta não apenas os *recursos do agregado familiar do requerente* (composto por si próprio, pelo cônjuge ou pessoa com quem viva em união de facto há mais de 2 anos: artigo 5º do citado decreto-lei), como também os *rendimentos dos filhos do requerente* (artigo 6º/1, alínea a), do mesmo decreto-lei), mesmo que com ele não convivam, mesmo que não efectuem transferências monetárias

No mesmo sentido navega o artigo 6º/1, alínea *b*), da Lei n.º 13/2003, de 21 de Maio, na redacção da Lei n.º 45/2005, de 29 de Agosto, que criou o *rendimento social de inserção*<sup>39</sup>; outrossim, o artigo 9º do Decreto-Lei n.º 283/2003, de 8 de Novembro, na redacção do Decreto-Lei n.º 42/2006, de 23 de Fevereiro, que *regulamentou o regime do rendimento social de inserção*: previamente à atribuição da pensão social procede-se à avaliação dos *rendimentos do agregado familiar do requerente*<sup>40</sup>. Pois, para a atribuição e cálculo do momento desta prestação de segurança social devem considerar-se os *valores ilíquidos* da totalidade dos *rendimentos do agregado familiar*.

Embora os parentes do carecido convivam com ele, as prestações sociais são concedidas se e quando o *rendimento global do agregado familiar* considerado não exceder certos montantes previamente definidos. E embora tais parentes possam coincidir com os obrigados a alimentos perante o seu ascendente ou perante o outro cônjuge, o certo é que a *pensão não contributiva* será concedida e mantida enquanto perdurar um certo nível de rendimentos do agregado familiar *inferior* ao legalmente considerado.

Resta saber se todos estes parentes, ainda quando convivam com o cidadão requerente da *pensão do regime não contributivo*, ficam exonerados da obrigação legal de alimentos enquanto as pensões forem sendo auferidas pelo seu parente necessitado. É o que veremos adiante.

---

ou bancárias para o idoso ou ainda que não satisfaçam voluntariamente quaisquer necessidades do idoso carecido, ou seja, toma-se em conta a *componente da solidariedade familiar* (artigo 9º/2 do mesmo decreto-lei), ainda quando esta não seja, de facto, exercida voluntariamente pelos descendentes do carecido. O *montante deste complemento solidário para idosos*, a pagar pela instituição de segurança social, corresponde à diferença entre o *valor de referência do complemento* (€200/ano) e o *montante dos recursos do requerente*, aqui onde se incluem os *rendimentos do agregado fiscal dos filhos do requerente* (cfr. as diferentes hipóteses previstas no artigo 11º do Decreto Regulamentar n.º 3/2006, de 6 de Fevereiro).

39 O montante da prestação do denominado *rendimento social de inserção* é igual à diferença entre o valor do rendimento social de inserção correspondente à composição do agregado familiar do requerente e a soma dos rendimentos daquele agregado familiar (artigo 10º/1 da Lei n.º 13/2003, de 21 de Maio, na redacção da Lei n.º 45/2005, de 29 de Agosto). O valor do rendimento social de inserção correspondente à composição do concreto agregado familiar calcula-se nos termos do n.º 2 deste artigo 10º

40 Nos termos do artigo 5º/1 e 2 da Lei n.º 13/2003, de 21 de Maio O *agregado familiar* do requerente é constituído por outras pessoas que com ele vivem em *economia comum* (v.g., cônjuge ou pessoa que viva com o requerente em união de facto há mais de dois anos; os menores, parentes em linha recta até ao 2º grau, ou seja até aos netos; os menores, parentes na linha colateral até ao 2º grau, ou seja os irmãos menores do requerente, etc.). Os artigos 6º e 7º do Decreto-Lei n.º 283/2003, de 8 de Novembro, na redacção do Decreto-Lei n.º 42/2006, de 23 de Fevereiro, definem, respectivamente, o *sector normativo* das situações de *economia comum* e de *exclusiva dependência económica*.

## 6. IMBRICAÇÃO ENTRE TAREFAS ESTADUAIS ASSISTENCIAIS E AS RESPONSABILIDADES FAMILIARES ASSISTENCIAIS

Do exposto resulta que as *prestações estaduais assistenciais* e as *prestações familiares alimentares* não só não se excluem, como, pelo contrário, se *complementam* na função de *tutela da segurança económica* das pessoas idosas. Não poderia, de resto, ser de outro modo, haja em vista que a *função assistencial da família* é um bem fundamental, insusceptível de ser “expropriado” pelo Estado, mesmo pelo hodierno *Estado Social*.

O que não significa que a *família* não pode pedir ao *Estado Social* que proceda à satisfação de necessidades insusceptíveis de ser satisfeitas à luz da insuficiência de recursos do agregado familiar considerado. As prestações da Segurança social nos *regimes não contributivos* visam a protecção do grupo familiar enquanto *protecção individual* das pessoas que o compõem, protecção essa dirigida à satisfação das suas necessidades individuais.

Daqui decorre que tutela estadual assistencial dos cidadãos idosos nos *regimes não contributivos* é realizada, não com uma total independência e desconsideração das obrigações familiares, *maxime* das obrigações familiares alimentares, mas sim em atenção às *possibilidades económicas dos agregados familiares* e dos *descendentes* sob quem recai a obrigação de prestar alimentos legais aos *ascendentes*, mesmo que estes não convivam com o beneficiário. Isto supõe o reconhecimento de uma ineliminável *função assistencial da família* para com os seus membros mais idosos.

## 7. A INSUFICIÊNCIA DAS PRESTAÇÕES PÚBLICAS E A RENÚNCIA FÁCTICA AO DIREITO DE OS MAIS IDOSOS EXERCITAREM O DIREITO A ALIMENTOS CONTRA OS SEUS DESCENDENTES

A insuficiência da maioria das prestações sociais, especialmente nos *regimes não contributivos*, suscita potencialmente a intervenção assistencial dos restantes membros da família obrigados a alimentos. São, todavia e como referimos, raros os casos em que os cidadãos mais idosos reclamam a fixação e o pagamento de tais pensões de alimentos perante os seus *descendentes*.

Os *ascendentes* não desejam, por via de regra, viver com os seus filhos adultos, nem deles depender economicamente. Confiam na suficiência dos recursos que foram acumulando por capitalização ao longo de uma carreira laboral contributiva, seja através de regimes contributivos obrigatórios, seja por via da subscrição de fundos de pensões junto de entidades privadas ou outras aplicações financeiras a longo

prazo, de jeito a permitir-lhes fruir de autonomia económica e desfrutar na velhice de um nível de vida digno.

Em caso de insuficiência económica, não hesitam em recorrer às prestações assistenciais públicas, as quais já não são vistas como *caridade pública*.

O mesmo não ocorre quando as pessoas idosas têm que alcançar essa ajuda no seio da família que geraram. Os idosos não têm normalmente a consciência de que são titulares activos de *pretensões legais* alimentícias contra os seus descendentes, apenas consideram, quanto muito, essas obrigações como *obrigações morais*. A maioria aguarda apenas o *auxílio económico espontâneo* dos seus descendentes.

O que se compreende: para muitos cidadãos idosos, esse exercício significa um profundo golpe na sua auto-estima e sentido de responsabilidade<sup>41</sup>, pois de devedores de alimentos e devedores dos demais cuidados para com os seus descendentes, especialmente quando estes eram menores, tornaram-se agora credores de alimentos.

Este modo de sentir e proceder tem um alcance profundo no quadro da relação entre a *assistência social pública*, nos regimes não contributivos, e *assistência familiar alimentar*, no quadro das obrigações legais de alimentos.

### 7.1. CONSEQUÊNCIAS DA FALTA DE EXERCÍCIO DO DIREITO A ALIMENTOS PARA EFEITOS DE ATRIBUIÇÃO DE PENSÕES NOS REGIMES NÃO CONTRIBUTIVOS; A SUB-ROGAÇÃO DA SEGURANÇA SOCIAL NOS DIREITOS DE CRÉDITO DO BENEFICIÁRIO; CRÍTICA

A obrigação de alimentos é uma obrigação *personalíssima*, cuja titularidade é inerente à *pessoa do carecido* de alimentos. Se este for *incapaz*, a falta de *capacidade judiciária* é suprida mediante a intervenção do seu *representante legal*, que, *ultima ratio*, pode ser o *Ministério Público*, nos termos do artigo 17º do CPC.

Observe-se que ainda não se atribuiu, no nosso direito, *legitimidade processual* para intentar acções declarativas condenatórias de alimentos às pessoas ou entidades (v.g., pessoas colectivas, públicas ou privadas, proprietárias de lares para terceira idade) que tenham recolhido o idoso e onde este recebe os mais variados serviços (v.g., habitação, cama, vestuário, alimentação, saúde, etc.)<sup>42</sup>.

41 Nieves MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, “Los mayores como beneficiarios . . .”, cit., p. 138.

42 Diferentemente do que sucede, por exemplo, no quadro do artigo 261 do Código Civil da Catalunha de 2002. Cfr. *Codi Civil de Catalunya i legislació complementaria, edició preparada, anotada i concordada* por Joan EGEA FERNANÁNDEZ/Josep FERRER RIBA, EUB, Barcelona, 2003. O panorama português é desolador quanto ao suprimento voluntário ou judicial da autorização do idoso em outros aspectos da sua existência, *no plano*

O progenitor idoso carecido é, como se sabe, o único a quem a lei commumente atribui *legitimidade activa e interesse processual* para exercer o seu direito a alimentos contra os descendentes, o que se explica não apenas por se tratar de um *direito pessoalíssimo* do alimentando, mas também porque a exigência judicial do cumprimento desta obrigação por outrem que não o carecido tem sido entendida como uma fonte de potenciação de conflitos intrafamiliares – regime que, num certo sentido, e à parte os eventuais apoios directos da segurança social no quadro do rendimento social de inserção ou, especificamente, no domínio do *complemento social para idoso* (cfr. *infra*), aconselha a criação de um *Fundo de Garantia* destinado aos idosos carecidos à semelhança do que ocorre com o *Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores*.

Este facto assume uma importância decisiva nos casos em que a segurança social decide atribuir pensões dos *regimes não contributivos*.

A colocação de obstáculos legais ao exercício do *direito de reembolso* contra os obrigados a alimentos das prestações entregues ao cidadãos idoso pelos organismos da segurança social pode tornar impossível ou extremamente difícil recuperar uma parte ou a totalidade dos montantes pagos a título dessas prestações sociais.

Estamos, como referimos, perante situações em que a Segurança Social presta uma série de serviços e entrega quantias pecuniárias ao carecido ou a um terceiro (familiar, ou não) que o acolha; prestações a que não está obrigada em primeira linha, mas apenas *subsidiariamente* – pois, trata-se de pensões pagas no quadro de *regimes não contributivos*.

Se o cidadão tem familiares obrigados a alimentos, a intervenção estadual não os exime do cumprimento das suas obrigações legais alimentares. A Segurança Social como que *adianta* ou *antecipa* um acervo de prestações pecuniárias a que, em princípio, o beneficiário tem direito *apenas a título subsidiário* por ainda ter familiares com potenciais possibilidades económicas para acudir à satisfação dessas necessidades vitais do carecido.

Nestas circunstâncias, coloca-se a questão da *existência* e do *exercício* do direito da entidade pública de segurança social a ser *reembolsada* das quantias que já tenha entregue ao cidadão carecido.

---

*estritamente pessoal*: por exemplo no quadro do *acolhimento familiar dos idosos*, o artigo 4º do Decreto-Lei n.º 391/91, de 10 de Outubro, prescinde do *suprimento judicial do consentimento* idoso quando este, não tendo sido declarado *interdito*, seja incapaz de manifestar a sua vontade, a qual é, sem mais, suprida pela família do “acolhido”; ademais, uma pessoa idosa não pode realizar um *contrato de mandato* com outra pessoa, pelo qual esta última se obriga a praticar, em substituição do mandante e por conta e no interesse dessa pessoa, todos os actos jurídicos e operações respeitantes à sua *esfera de interesses eminentemente pessoais*, no caso de a primeira ficar *incapacitada de facto* para o fazer (v.g., escolha da adequada prestação de cuidados de saúde, internamento em lares, mudança de estabelecimento, etc.).

Creemos que, nestas eventualidades, a entidade de segurança social actua como um *terceiro* que cumpre uma obrigação que, *embora seja uma obrigação própria*, serve para satisfazer a *falta do cumprimento de obrigações legais alheias (in casu*, dos familiares sobre quem recai a obrigação legal de alimentos).

Será que o reembolso junto daqueles outros familiares das prestações pagas pela Segurança Social está sempre condicionado pela *indispensabilidade* e pela *necessidade* de o cidadão idoso exercitar tais direitos face aos familiares obrigados?

## 7.2. A EVENTUAL SUB-ROGAÇÃO DA SEGURANÇA SOCIAL NOS DIREITOS ALIMENTARES DO PENSIONISTA; ALGUNS EFEITOS

A resposta à questão há pouco formulada é, bem ou mal, resolvida em termos de as instituições competentes para a atribuição das pensões dos regimes não contributivos se *sub-rogarem (sub-rogação legal)* no direito que o beneficiário da pensão goza perante os seus familiares *obrigados a alimentos*. E essa faculdade de *sub-rogação*, que tem contornos mais vastos do que o mero alargamento da *legitimidade activa* para peticionar alimentos, é uma faculdade *autónoma e independente* da *vontade do beneficiário* das pensões de segurança social.

A prestação denominada *rendimento social de inserção* – que substituiu a pretérita prestação do *rendimento mínimo garantido* – e a prestação chamada *complemento solidário para idosos* constituem os mais recentes exemplos da consagração deste direito de *sub-rogação legal do terceiro que cumpre em lugar do devedor (in casu*, do devedor de alimentos). Não se alargou expressamente, note-se, essa legitimidade activa às pessoas humanas ou colectivas à sombra das quais o idoso carecido receba alimentação, cuidados de saúde e outros serviços, ao invés do que sucede no actual artigo 269 do citado Código Civil da Catalunha. De 2002.

Na verdade, o artigo 16º/2 da referida Lei n.º 13/2003, de 21 de Maio, sobre o *rendimento social de inserção* determina que “*Nos casos em que o titular do rendimento social de inserção não possa exercer por si o direito previsto no número anterior [ou seja, o direito de cobrança de eventuais créditos perante outras instituições de segurança social, ou o direito de alimentos contra os obrigados, legais ou voluntários, note-se], fica sub-rogada no mesmo direito a entidade competente para a atribuição da prestação em causa*”. Isto porque previamente ao exercício deste direito de sub-rogação, o titular da prestação compromete-se a manifestar disponibilidade para exercer o *direito de cobrança* de eventuais créditos ou para *reconhecimento do direito a alimentos*. O que significa que a propositura das acções de alimentos *não é condição de atribuição* da prestação ao requerente [a lei diz que o “ti-

tular deve manifestar disponibilidade . . . para exercer o direito de cobrança de eventuais créditos ou para o reconhecimento do direito de alimentos”, o que faz supor a atribuição da prestação independentemente da concretização dessa disponibilidade assumida pelo requerente da prestação], mas a sua falta, uma vez verificados certos pressupostos, é *condição do exercício* do direito de sub-rogação legal pela instituição de segurança social.

O artigo 17º/3 do Decreto-Lei n.º 283/2003, de 8 de Novembro, que regulamentou o *rendimento social de inserção*, reafirma, na mesma linha, este *direito de sub-rogação*, agora na veste de *substituição processual*, sempre que o titular da prestação social em causa não possa, *por si só*<sup>43</sup>, exercer o direito de acção para cobrança dos seus créditos alimentares (em sede de acção executiva) ou para o reconhecimento do seu direito a alimentos (no quadro de uma acção declarativa condenatória), pois preceitua que: “. . . É reconhecido à entidade distrital de segurança social competente para a atribuição da prestação de RSI o direito de interpor as respectivas acções judiciais”.

É também *causa de suspensão do pagamento do rendimento social de inserção* a falta de realização do exercício das acções de alimentos (ou pedidos dirigidos a outros organismos de segurança social) no prazo de *90 dias* contados após o despacho de atribuição deste rendimento social de inserção ou após o conhecimento pelos serviços de situações supervenientes, nos termos do artigo 64º/1, alínea *a*), do mencionado Decreto-Lei n.º 283/2003, de 8 de Novembro.

Esta *suspensão* do pagamento da prestação social do *rendimento social de inserção* pode ser seguida da *cessação* do direito à pensão, na eventualidade de o beneficiário não intentar essas acções no prazo de *90 dias* a contar da suspensão dos pagamentos (artigo 64º/2 do citado Decreto-Lei n.º 283/2003, de 8 de Novembro, na redacção do Decreto-Lei n.º 42/2006, de 23 de Fevereiro).

O mesmo parece suceder com o *complemento social para idosos*. Na verdade, nos termos do n.º 3 do artigo 14º do Decreto-Lei n.º 232/2005, de 29 de Dezembro, a entidade gestora (isto é, o *Instituto da Segurança social*) fica *sub-rogada* no exercício dos *direitos de crédito* que o beneficiário tenha para com terceiros, na eventualidade

43 Seja porque se encontra numa situação de *incapacidade de facto*, seja porque ainda não haja sido nomeado o curador *ad litem* ou o tutor numa *acção de interdição*. Mas já não quando o próprio idoso ou o seu representante legal se *recusem* a interpor tais acções. Note-se, assim, que a *legitimidade processual activa* da instituição de segurança social *não parece ser concorrente* com a legitimidade processual activa que a lei atribui ao curador ou ao tutor, pois doutro modo não faria sentido cominar a falta de propositura de tais acções (ou execuções) de alimentos com a *suspensão do pagamento* das quantias e, *ultima ratio*, a *cessação do direito* a esta pensão, previstas no artigo 64º/1, alínea *a*), do Decreto-Lei n.º 283/2003, de 8 de Novembro, e no artigo 64º/2 do mesmo diploma, respectivamente.

de este não os exercer nos 60 dias úteis subsequentes à notificação para o fazer (n.º 2 do artigo 14º do mesmo diploma).

Ao cabo e ao resto, o princípio da *solidariedade familiar* prevalece sobre o da *solidariedade estadual*, posto que o Estado provê ao sustento dos titulares nas situações de extrema carência de recursos, mas, atento o mecanismo da *sub-rogação legal* é, na prática, a família do beneficiário da prestação, que, dispondo de património penhorável (*maxime*, após a prolação da decisão administrativa de concessão da pensão), suporta, *ultima ratio*, o sacrifício económico<sup>44</sup>.

### 7.2.1. Enquadramento dogmático

Do ponto de vista dogmático, e não obstante estarmos perante um *direito pessoalíssimo*, ocorre uma *transmissão do direito de crédito* de alimentos. Os organismos de segurança social desfrutam, de facto, de *interesse jurídico próprio* ou *directo* na realização dos pagamentos, nos termos do artigo 592º/1 do CC – com o que surpreendemos um caso típico de *sub-rogação legal*<sup>45</sup> –, pois é *tarefa objectiva* do Estado *garantir*, sob *reserva do possível*, a *segurança económica* e as condições de habitação e convívio familiar e comunitário, que respeitem a *autonomia pessoal* das pessoas idosas (artigo 72º/1 da Constituição), protegendo, em geral, os cidadãos na velhice enquanto *situação geradora de falta ou de diminuição de meios de subsistência* (artigo 63º/3 da Constituição).

### 7.2.2. Alguns efeitos da sub-rogação ao credor de alimentos

O cumprimento por parte dos organismos da segurança social *não implica*, desta maneira, a *extinção do dever de prestar a cargo dos concretos obrigados* a alimentos, se a situação de necessidade da pessoa idosa se mantiver.

Além disso, o *cumprimento destas prestações de segurança social provoca a perda, total ou parcial, do crédito de alimentos para o antigo credor* (o beneficiário da prestação de segurança social) relativamente às *necessidades passadas*.

A Instituição de Segurança social competente deverá, assim, proceder à *notificação do devedor de alimentos* para que a *sub-rogação* seja plenamente *eficaz e oponível* contra ele (artigo 594º do CC), de jeito a evitar que, por exemplo, o descen-

44 João Paulo REMÉDIO MARQUES, *Algumas Notas Sobre Alimentos*, cit., p. 217.

45 Cfr. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. II, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 1997, p. 344.

dente devedor de alimentos pague ao beneficiário da pensão de segurança social na ignorância, *sem culpa*, da existência da sub-rogação, facto que inviabilizaria um novo pagamento, por sub-rogação, agora a favor da instituição de segurança social.

Operada a *sub-rogação ao credor* (beneficiário da segurança social), o crédito de alimentos continua a estar garantido com a *hipoteca legal* (artigo 705º, alínea *d*), do CC) e com *hipoteca judicial*, nos termos gerais (artigo 710º do mesmo Código), agora a favor do organismo de Segurança Social.

Por último, os obrigados a alimentos (*in casu*, os descendentes) estão livres de continuar a poder invocar contra o organismo de segurança social competente todos os meios de defesa que poderiam invocar contra o ascendente credor de alimentos<sup>46</sup> (*v.g.*, impossibilidade económica de os prestar: artigos 2004º/1 e 2013º/1, alínea *b*), do CC; violação dos deveres do credor ascendente face ao devedor, etc.).

Isto pode significar que a sub-rogação não possa ser *total*, mas apenas *parcial*, na medida em que, em homenagem ao *princípio da proporcionalidade*, o obrigado (ou alguns dos obrigados) a alimentos não disponha de *possibilidades económicas* para ser condenado a pagar as quantias que o organismo de segurança social passou a pagar mensalmente ao beneficiário, antigo credor de alimentos relativamente às prestações que no entretanto se forem vencendo<sup>47</sup>.

Se o organismo de segurança social pagar uma *pensão* (do regime não contributivo) *inferior ao montante já eventualmente fixado em acção de alimentos dirigida contra os descendentes*, parece que apenas lhe é lícito subrogar-se no que efectivamente pagou ao beneficiário, estando impedido de exigir o cumprimento de prestações que venham a vencer-se no futuro, nos termos do artigo 593º/1 do CC.

### **7.2.3. Alguns «custos» do regime da sub-rogação ao credor; a via do direito fiscal como mecanismo estimulador do *cumprimento voluntário* do auxílio económico às pessoas idosas**

É verdade que estes expedientes dirigidos à facilitação do exercício do direito de sub-rogação visam atenuar o esforço financeiro da Segurança Social, repercutindo os montantes atribuídos, no quadro dos *regimes não contributivos*, na esfera jurídico-patrimonial dos obri-

46 ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. II, 7ª edição, cit., p. 352; João Paulo REMÉDIO MARQUES, *Algumas Notas Sobre Alimentos*, cit., pp. 227-228.

47 João Paulo REMÉDIO MARQUES, *Algumas Notas sobre alimentos*, cit., p. 227.

gados a alimentar o cidadão idoso beneficiário das pensões, em particular o ex-cônjuge e os seus descendentes, contanto que disponham de possibilidades económicas.

Mas, além dos *custos administrativos* em erigir um subsistema de solidariedade não contributivo [v.g., acesso e quantificação dos rendimentos do requerente, do seu agregado familiar, bem como dos filhos que com ele não convivem, renovação da prova dos rendimentos, eventual emissão e análise dos meios de prova dos rendimentos, elaboração de relatórios sociais, entrevistas, eventuais programas de inserção, renovação da prova da manutenção das condições de que depende a continuação dos pagamentos, etc.], esta faculdade de *sub-rogação legal* origina um ineliminável e perverso *custo social* reflectido, as mais das vezes, na vivência espiritual e nas emoções dos cidadãos mais idosos e/ou mais carecidos.

E consiste esse *custo social*, por um lado, no aumento dos *conflitos familiares* por ocasião do exercício efectivo do direito de sub-rogação por parte da instituição pagadora das pensões e, por outro, no *desincentivo à prestação voluntária*, seja com *casa e companhia*, seja através de transferências monetárias dos obrigados a alimentos para a esfera jurídica patrimonial do idoso carenciado – *cumprimento voluntário*, este, que poderia ser estimulado mediante a consagração de determinadas medidas fiscais<sup>48</sup>, *maxime* em sede de *deduções à colecta* no IRS dos obrigados<sup>49</sup>, contanto que a sua violação ou a prática de actos simulados e actos emulativos, por parte destes obrigados, fosse eficazmente sancionada, contra-ordenacional e criminalmente.

Doutra sorte, esta faculdade jurídica de *sub-rogação legal* coloca os potenciais beneficiários destas pensões do *regime não contributivo* num verdadeiro dilema: se, de um lado, não concebem exigir dos seus descendentes, por razões de preservação legítima da auto-estima, o cumprimento das suas obrigações familiares, do outro, o acesso a estas pensões de segurança social também depende da *emissão de uma sua declaração de vontade no sentido de se disponibilizarem a exercer o direito a alimentos* que tenham, ou venham a ter contra esses seus descendentes (ou outros obrigados legais ou negociais) – cfr. o artigo 4º/4, alínea c), do Decreto-Lei n.º 232/2005, de 29 de Dezembro, e os artigos 27º/3, alínea c), e 29º/3<sup>50</sup>, ambos do Decreto Regulamentar

48 Cfr. Maximino CARPIO GARCIA (coord.), *Política fiscal y familia*, Fundación Argentaria, Madrid, 1999, p. 54; Paloma TOBES PORTILLO, “Los gastos fiscales de protección a la familia”, in Maximino CARPIO GARCIA (coord.), *Política fiscal y familia*, cit., p. 219 ss.

49 Actualmente, apenas se considera dedutível à colecta as despesas geradas pelo *internamento* de familiares do contribuinte, nos termos do artigo 55º/1, alínea a), do Código do IRS. Não são assim consideradas as despesas respeitantes à manutenção do idoso no seu domicílio, nem os demais encargos suportados pelos familiares (*maxime*, pelos descendentes) do idoso.

50 Há, no entanto, uma vantagem associada à emissão de *declaração de disponibilidade para exercer o direito de alimentos em relação aos filhos*: não se considera o montante dos rendimentos desses filhos (qual componente de *solidarie-*

n.º 3/2006, de 6 de Fevereiro (*complemento social para idosos*); *idem*, artigo 16º/1 da Lei n.º 13/2003, de 21 de Maio (*rendimento mínimo de inserção*).

## REFERÊNCIAS

Adoración PADIAL ALBÁS, – *La Obligación de Alimentos entre Parientes*, Bosch, Barcelona, 1997.

Adriano VAZ SERRA, – “Obrigação de Alimentos”, in *B.M.J.*, n.º 108, 1961.

André DIAS PEREIRA, – “A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica”, in *Comemorações do 35 Anos do Código Civil dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Vol. II, *A Parte Geral do Código Civil e a Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 199 ss.

Maria de Nazareth LOBATO GUIMARÃES, – *Reforma do Código Civil*, Instituto da Conferência, Ordem dos Advogados, Lisboa, 1981.

F. M. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, – *Curso de Direito da Família*, 1, *Introdução. Direito Matrimonial*, 3ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 737-751.

PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, – *Código Civil Anotado*, Vol. V, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, anotações aos arts. 2004º e ss..

J. P. REMÉDIO MARQUES, – *Algumas Notas sobre Alimentos (Devidos a Menores)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 8-20, pp. 30-41, pp. 225-228, pp. 282-283, pp. 303-304.

– “Aspectos sobre o cumprimento coercivo das obrigações de alimentos, competência judiciária, reconhecimento e execução de decisões estrangeiras”, in *Comemoração dos 35 anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Vol. I, *Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora, 2004, pp. 613-710.

Joana SOUSA RIBEIRO, – “Processos de envelhecimento: a construção de um direito emancipatório”, in *Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento*, Faculdade de Direito de Coimbra, Centro de Direito da Família, 9, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 203 ss..

João VAZ RODRIGUES, – *O Consentimento Informado no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação de Vontade do Paciente)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

---

*dade familiar*) na determinação dos recursos económicos do requerente do *complemento solidário para idosos*. Para o efeito, o requerente deste *complemento* não tem apenas que manifestar disponibilidade para exercer esse direito de alimentos; ele deve também propor a acção própria no prazo máximo de *seis meses* após a segurança social ter reconhecido o direito a esta pensão – apresentando o duplicado da petição inicial que dera entrada no tribunal – sob pena de os rendimentos desse(s) obrigados(s) serem automaticamente considerados na determinação dos recursos económicos do idoso, nos termos do n.º 6 do artigo 29º do Decreto Regulamentar n.º 6/2006, de 6 de Fevereiro. Isto sem prejuízo de a falta de propositura desta acção no prazo de *60 dias úteis* a contar da notificação conduzir à *suspensão* dos pagamentos a partir do mês seguinte àquele em que ocorreram os factos que a determinaram (artigo 11º/1, alínea c), e n.º 2, do Decreto-Lei n.º 232/2005, de 29 de Dezembro), e à perda do direito à prestação, uma vez decorridos *dois anos* após o início da suspensão (artigo 12º, alínea a), do citado decreto-lei).

Jordi RIBOT IGUALADA, – “El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes”, in *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LI, Julho/Setembro, 1998, p. 1146 ss.;

– *Alimentos entre parientes y subsidiariedad de la protección social*, Tirant lo blanch, Valência, 1999.

Luis da CUNHA GONÇALVES, – *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1930.

M. CAFFERA, – *Famiglia e assistenza, Il diritto della famiglia nel sistema della sicurezza sociale*, 2ª edição, Zanichelli, Bologna, 1996.

Luis DÍEZ- PICAZO/Antonio GULLÓN, – *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, 8ª edição, Tecnos, Madrid, 2001 (reimpressão de 2003).

Maximino CARPIO GARCIA (coord.), – *Política fiscal y familia*, Fundación Argentaria, Madrid, 1999.

P. SENAVER, – “Solidarité familiale et solidarité communautaire dans la société en crise”, in M. T. MUELDERS-KLEIN/J. EEKELAAR (coord.), *Famille, État et sécurité économique d'existence*, Kluwer, Bruxelles, 1998, p. 448 ss..

Maria de Fátima ABRANTES DUARTE, – *O poder paternal: contributo para o estudo do seu actual regime*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1989.

Maria João VAZ TOMÉ, – *O Direito à Pensão de Reforma Enquanto Bem Comum do Casal*, Studia Iuridica, 27, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pp. 24-87, pp. 203-223, pp. 301-398.

Maria CLARA SOTTOMAYOR, – *Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio*, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 195-225.

Nieves MARTÍNEZ RODRIGUEZ, – *La obligación legal de alimentos entre parientes*, La Ley, Madrid, 2002.

– “Los mayores como beneficiarios de prestaciones familiares”, in M. ALONSO PÉREZ/E. Mª MARTINEZ GALLEGUO/J. REGUERO CELADA (coord.), *Protección jurídica de los mayores*, La Ley, Madrid, 2004, pp. 119-143.

Purificación MORGADO PANADERO, – “La protección de la tercera edad en el nivel no contributivo de la Seguridad Social”, in M. ALONSO PÉREZ/E. Mª MARTÍNEZ GALLEGUO/J. REGUERO CELADA (coord.), *La Protección Jurídica de los Mayores*, La Ley, Madrid, 2004, p. 495 ss.



# EL OBSERVATORIO EUROPEO EN SALUD

BARTOLOMÉ RIBAS OZONAS\*  
NEY LOBATO RODRIGUES\*\*

## 1. PREÁMBULO

Son numerosas las instituciones sanitarias responsables de la salud en Europa. Entre ellas, además de la propia Comisión de la Unión Europea, su Parlamento y otras, consideramos el Observatorio Europeo, la Oficina Europea de la Organización Mundial de la Salud, las propias de cada país y Comunidades Autónomas, y otras relacionadas con ella.

El Observatorio Europeo está implicado directamente sobre los sistemas de salud y sus normativas, lo que permiten hoy día actualizar y cuantificar las informaciones y conocimientos en minutos y en su caso horas, y transmitir cualquier opinión, informe, suceso o accidente sanitario en todo el planeta. Los avances científicos permiten también la detección e identificación de los agentes causales en cortos

---

\* Médico. Profesor Universitario. Instituto Carlos III. Madrid. Miembro Académico de Numero de la Real Academia Nacional de Farmacia y del Grupo de Estudios y Investigación de las Ciencias Jurídicas y Biológicas, Facultad de Derecho de Bauru de la Institución Toledo de Ensino, ITE/ São Paulo. Brasil.

\*\* Profesor Universitario. Facultad de Derecho de Bauru de la Institución Toledo de Ensino, ITE/Bauru. Titular en Bioquímica-UNESP/Botucatu. Miembro Académico Correspondiente de la Real Academia Nacional de Farmacia y del Grupo de Estudios y Investigación de las Ciencias Jurídicas y Biológicas de la Facultad de Derecho, ITE/ Bauru. Máster en Derecho Constitucional, ITE/Bauru. Investigador del Programa de Máster en Derecho-ITE/Bauru. Abogado.

periodos de tiempo. Los avances en bioquímica analítica, salud pública, virología y epidemiología facilitan y acortan este proceso.

Una aportación importante del Observatorio Europeo consiste en tratar de reducir gastos sanitarios, de los Sistemas Nacionales de Salud europeos, y también de otros países, mediante estudios, normativas y actuaciones, para la disminución de los índices de enfermedades crónicas (pulmonares, cardíacas, cardiovasculares, asma, alergias, cáncer, infertilidad, disfunciones hormonales), y las degenerativas (Alzheimer, Parkinson, artrosis, osteoporosis). Uno de los caminos, que se pretende se añadan a este fin, es a través del control de la toxicidad y persistencia de los compuestos tóxicos persistentes, y a través de la evaluación del riesgo para los humanos y el ecosistema, con el “Reglamento de Evaluación y Autorización de Sustancias Químicas”. Existe una legislación vigente, que debería aplicarse sobre medio ambiente, seguridad alimentaria, salud pública y trabajo, promoviéndose una educación sanitaria, docencia e investigación, es decir, mediante una promoción integral de la salud (Bando Casado, 2002).

## 2. SIGNIFICADO DEL OBSERVATORIO EUROPEO

### 2.1. FUNCIONES

El Observatorio Europeo es una Unidad de Salud dedicada a los Sistemas de Salud de la Unión Europea. Aunque entre sus objetivos no se contemple monitorizar el estado de salud de las poblaciones, podría incidir en un ámbito estadístico sobre ello. Apoya y promueve políticas sanitarias basadas en la evidencia, a través de un riguroso y comprensivo análisis, de los sistemas de atención sanitaria en Europa y otros países del planeta. En consecuencia, conoce los ámbitos de asistencia técnica, promoción, control y evaluación, de la salud. Observa y analiza el desarrollo, evolución y mejoras de la salud en beneficio de los ciudadanos europeos y del planeta en general. Estudia e informa sobre los Sistemas de Salud Pública por países, realiza perfiles sanitarios y estudios analíticos por países, y la difusión de la información entre los países de la Unión.

El Observatorio Europeo depende de siete áreas geográficas europeas y otras tantas instituciones también europeas, entre las que se hallan dos mundiales. Entre las dos últimas, el Banco Mundial y la Oficina Europea para la Salud de la Organización Mundial de la Salud. Entre las siete europeas se cuentan los Gobiernos de Bélgica, España, Finlandia, Grecia, Noruega, la Región del Véneto, Suecia, el Banco Europeo de

Inversiones, la Escuela Londinense de Economía y Ciencia Política, la Escuela Londinense de Higiene y Medicina Tropical y el Instituto para la Sociedad Abierta.

El Observatorio Europeo para la salud es fuente de información sobre la salud en Europa, y al observar los sistemas de salud de los países europeos, y el estado de los sistemas de salud, elabora sus propios temas, cuya información transfiere a las diferentes regiones europeas mediante consejos y recomendaciones, revistas, monografías y libros.

En sus actividades, plantea retos sanitarios comunes en base a la evidencia, en temas sanitarios respecto de la salud. Debe ser independiente de las ideologías y disponer de amplios conocimientos, evitando las modas pasajeras. Es decir, debe participar y proporcionar conocimientos para establecer políticas sanitarias basadas en la evidencia. Influye en la coordinación de las políticas sanitarias, de los que las planifican y deciden, en los investigadores y en la industria farmacéutica. Las normativas son importantes como medio de regulación, aunque muchos proveedores y usuarios de investigación social están descontentos, los primeros porque no se les escucha y los últimos porque no oyen suficientemente ni con la necesaria atención lo que les gustaría escuchar.

Los objetivos principales propuestos son: a). cubrir el espacio entre la evidencia científica y las necesidades de las políticas sanitarias. b). el análisis comparativo de la evidencia existente; y c). el desarrollo de temas prácticos y alternativas en política sanitaria.

El Observatorio Europeo procura evitar que cada país realice experimentos propios, ya realizados por otros, con el consiguiente gasto de energías, tiempo y esfuerzos humanos, sin considerar ni utilizar la experiencia adquirida con anterioridad. Las experiencias habidas en otros países o regiones geográficas son importantes, como resultado de haber tenido situaciones análogas, y poder evitar el pasar por situaciones repetibles y obtener idénticas conclusiones. Debe evitarse que, al ser parte de Europa, manifiesten con posterioridad de haber fracasado, tras el proceso de la aplicación de su plan local o de sus pautas, que lo recriminen al Observatorio. Sin que este estuviera implicado, y no haber prevenido, ayudado o apoyado.

El Observatorio influye, por supuesto indirectamente, en las decisiones políticas, y según los casos puede que demasiado pronto o tal vez demasiado tarde, lo que depende de la solicitud de su intervención. Todos los países tienen:

- Retos sanitarios comunes.
- Globalización de las pensiones.

- Transferencia de modelos e ideas a través de contextos socio-económicos y culturales distintos.
- Convergencia aparente en las estrategias adoptadas.

## 2.2. PROMOCIÓN DE UNA POLÍTICA SANITARIA BASADA EN LA EVIDENCIA

Una buena política sanitaria es la de aumentar la calidad de vida, es decir, vivir mas años con una ancianidad activa y en ausencia de enfermedades crónicas y degenerativas. Un nuevo medicamento no puede ser lanzado al mercado sin pruebas científicas exhaustivas, sin embargo, generalmente se introducen nuevos caminos en proporcionar servicios sanitarios con insuficiente, poca o ninguna evaluación científica. Ocasionalmente, una morbilidad y mortalidad significativa puede estar asociada a los nuevos modelos instalados de asistencia sanitaria. Los cambios en el sistema de asistencia sanitaria están sometidos a dictámenes de aseguramiento de la calidad, y si las evaluaciones de nuevos fármacos, siguieran un proceso de calidad similar, probablemente no serían autorizados después de su experimentación animal, para su aplicación a los seres humanos (Hillman, 1998). La experimentación animal es importante, pues en caso de su prohibición, debería aplicarse el medicamento directamente en humanos, lo que no es agradable, ni para el paciente o enfermo, ni para su familia o allegados, sin conocerse una respuesta en mamíferos. Debe recapitarse sobre el tema de prohibición de mamíferos para la experimentación de nuevos fármacos. Ante la no utilización de animales, las nuevas sustancias tendrán que administrarse en humanos, quedando a salvo los animales, que sin embargo se beneficiarán de las personas y no al revés, como debería ser. Recientemente ha sido aprobado por el Parlamento Europeo, el REACH, 2005, Reglamento para la Evaluación y Autorización de Sustancias Químicas, y que debe ser supervisado por la Comisión, de Bruselas, con el objetivo de prevenir la salud humana y del medio ambiente y para ahorrar gastos sanitarios, al disminuir en consecuencia, las enfermedades crónicas y degenerativas.

## 2.3. ANÁLISIS COMPARADO DE SISTEMAS

Diferencias internacionales en sistemas de asistencia sanitaria y el abordaje o apertura a reformas, pueden proporcionar a los analistas, un experimento natural. Que si se analiza rigurosamente, puede facilitar el aprendizaje a través de los éxitos y fracasos de otros países. Se ha observado, que la mayoría de los países, aplican reformas de asistencia sanitaria, como si estuvieran solos en el planeta. Pocos entre ellos,

han intentado aprender de otros. Cada país, antes de aplicar una reforma, debería estudiar las de los demás, por su experiencia, resultados, riesgos y costes (Mossialos et al., 2002). Realiza un control y monitorización por países de la salud en transición (HiT = Health in Transition), y sus perfiles sanitarios (Bentes et al., 2004).

#### 2.4. DIFUSIÓN DE LA INFORMACIÓN

El Observatorio Europeo de sistemas de servicios sanitarios promueve la elaboración de normativas basadas en la evidencia, a través del análisis comprensivo y riguroso de los sistemas de asistencia sanitaria en Europa. Trabaja en colaboración con Gobiernos para describir los sistemas de servicios sanitarios y las modificaciones que se deseen introducir. Reúne los responsables, académicos, legisladores y sanitarios, para el análisis de las diferentes tendencias en los servicios sanitarios. Utiliza la experiencia adquirida en algunas áreas Europeas para iluminar nuevas normativas. Gestiona, a través del esfuerzo de sus colaboradores, encuentros y grupos de trabajo para proporcionar a los legisladores de cada área geográfica, consejos basados en la evidencia. Elaborar una amplia gama de estudios analíticos y comparativos para los sistemas de servicios sanitarios.

El Observatorio Europeo depende de las instituciones siguientes, que voluntariamente han tenido la iniciativa e interés, de poner en marcha esta función interna europea y mundial, en una institución de regulación, control y promoción de la sanidad, y a su vez les que proporciona la oportuna información como a todos los Gobiernos, Instituciones y a la población. Disponible en Bibliotecas de Salud y a los ciudadanos que la soliciten

- Oficina Europea de la Organización Mundial de la Salud
- Banco Mundial
- Banco de Inversión Europeo
- España, Noruega, Grecia
- Bélgica, Finlandia y Suecia
- Región del Veneto
- LSE (Escuela Londinense de Economía)
- LSHTM (Escuela Londinense de Higiene y Medicina Tropical)
- Instituto de Sociedad Abierta

### 3. REFORMA DE LA SANIDAD

En virtud de la experiencia adquirida durante los años, y de la aplicación de planes sanitarios en diversos países, son siempre útiles, en algunas áreas, la aplicación de los resultados positivos obtenidos, ventajas y sus conclusiones, en los ámbitos siguientes.

- Cambios en las necesidades de la población en salud.
  - Envejecimiento y enfermedades degenerativas
  - Enfermedades crónicas
- Discusión sobre la libre elección
- Desarrollos tecnológicos
- Difusión de la información
- Su significado/cambio en los valores sociales
- Mejores expectativas para pacientes y ciudadanos

### 4. ENFERMEDADES CRÓNICAS Y GASTO

#### 4.1. EL RETO DE LAS ENFERMEDADES CRÓNICAS

El Observatorio Europeo analiza el reto que presentan las enfermedades crónicas, que conllevan un acusado gasto económico en la mayoría de los países de la Unión. El número de las enfermedades crónicas va en continuo aumento, solidariamente con el envejecimiento de la población. Deben analizarse los factores para en lo posible poner remedio a la situación, entre estos cabe destacar el sedentarismo, hábitos nutritivos, tabaco, alcohol, dieta grasa, y la polución del ecosistema, del que dependen los alimentos. No hay que olvidar que el 80% de las patologías cancerosas tienen un componente o etiología medioambiental (González Barón y Casado Sáenz, 1997). Hoy en día se encuentran cifras de plaguicidas (insecticidas, herbicidas, bactericidas) en frutas, hortalizas, legumbres, agua de bebida, aire y materiales de plástico. El tratamiento terapéutico, cuidados sanitarios y de rehabilitadores alargan la vida pero conllevan un acusado gasto sanitario. La artrosis es la segunda causa de incapacidad laboral, afecta a 7 millones de españoles y cursa con inflamación de las articulaciones con pérdida progresiva del cartílago con importante gasto sanitario.

Los efectos agudos a corto plazo son improbables o muy leves, sin embargo los crónicos pueden ser importantes, sobretudo en la edad adulta, y conllevan un acusado gasto sanitario a escala social, por el número de personas afectadas en el conjunto de la sociedad. Las estadísticas muestran actualmente un incremento de las enfermedades crónicas y de padecimientos múltiples en personas ancianas con tratamiento de hipertensión, insuficiencia cardiaca, angina, enfermedad pulmonar obstructiva crónica o artritis o diabetes. Hay que añadir en zonas industriales, una disminución de la fertilidad. El incremento de enfermos infecciosos con Inmunodeficiencias (HIV) con tratamientos de por vida, con costosa medicación antiviral (retrovirales). El SIDA o Síndrome de inmunodeficiencia adquirida, que para a incrementar el número de enfermedades crónicas que además de tener tratamiento de por vida, es letal e infecciosa. A este grupo debemos añadir los enfermos de cáncer, operados y en prevención, con un largo tratamiento inmunosupresor. Los que reciben una terapia sustitutiva con hormonas tiroideas y sexuales. Un médico de cabecera puede tener un centenar de enfermos en tratamiento con cocktails de medicamentos, con un gasto todavía mas acusado.

#### 4.2. CONTROL DEL GASTO

Es importante mantener ambos criterios, tanto del gasto-beneficio como del riesgo-beneficio. Bruselas llama la atención sobre el gasto producido por los efectos de los productos químicos, como factores de riesgo en la etiología en las enfermedades crónicas, sugiriendo que es mayor a 5 mil millones de euros/año, y solo para el asma y alergias en Alemania. A este gasto sanitario hay que añadir más de 2.000 casos de cáncer y el de todo el grupo de las enfermedades crónicas.

En este sentido y después de una discusión de años, sobre la trascendencia de la polución de sustancias químicas en el ambiente y sus posibles efectos en la salud humana, en el ecosistema y sus costes sanitarios, el Parlamento Europeo aprobó el 17 de noviembre 2005, el nuevo “Reglamento” (REACH: siglas en inglés de Register, Evaluation and Authorization of Chemicals). Estas disposiciones, deben ser revisadas todavía por la Comisión, en Bruselas. Pero ya se ha dado un paso importante y decisivo. Se obliga a la industria europea a registrar los compuestos vendidos en mas de una tonelada/año, que son unos 30.000 de mas de 100.000 sustancias químicas registradas. Hoy estamos expuestos a la mayoría de ellos, sin conocer con exactitud, en que medida influyen o son factores de riesgo de la etiología de enfermedades crónicas, como: cáncer, cáncer de mama, asma, alergias, Alzheimer, Parkinson, artrosis, diabetes, problemas hormonales de tiroides, criptorquidia, infertilidad, cambio de

sexo. El objetivo es proteger la salud, sin perjudicar la competitividad de la industria europea, actualmente líder mundial en la síntesis, elaboración y comercialización de estos productos.

El nuevo ordenamiento obliga a las compañías que solicitan el permiso de comercializar sus productos, a proporcionar toda la información con los datos experimentales, publicaciones y monografías, sobre los efectos biológicos de las sustancias químicas, en los preparados que deseen poner a la venta. La documentación presentada será revisada para una evaluación del riesgo, para la salud y el ecosistema, por expertos, nombrados por la Agencia de Productos Químicos, con sede en Helsinki. Por otra parte, sobre los medicamentos, actúa la Agencia Europea del Medicamento (EMA) con sede en Londres, y con subseces contratadas para las evaluaciones de riesgo en York (Reino Unido) y Braunschweig (Alemania). A partir de la documentación presentada por los laboratorios, se elaborará una Monografía sobre la sustancia en cuestión, sea nueva o ya conocida o antigua, en la que se caracterizará su peligrosidad, mediante toda una serie de datos farmacológicos y toxicológicos, estableciéndose claramente sus dosis, y sus efectos ante la exposición. Se establece la obligación de revisar las autorizaciones cada cinco años. Se tiene previsto que el nuevo reglamento se aplique en toda su extensión en el año 2007, y en su totalidad en el 2018.

Este “Reglamento” REACH, de Registro, Evaluación y Autorización de Productos Químicos, ha sido el más complejo de los reglamentos que ha conocido la Unión, por las exigencias de las partes intervinientes, su trascendencia económica, su proyección en diferentes ámbitos de la salud y del ecosistema y los diferentes ministerios implicados. Entre ellos cabe destacar: el poder político que obra a partir de los datos científicos proporcionados por los expertos, los agricultores que desean abaratar costes, reducir las plagas y aumentar las cosechas, aplicando los compuestos más potentes y baratos, la industria con su economía y el interés de sus propietarios. Pero siempre el objetivo de fondo es el de abaratar costes en relación a los Sistemas de Salud Europeos, Seguridad Social y Servicios Hospitalarios. Estas sustancias se vierten en toneladas en el medio ambiente, y sin duda tienen sus efectos nocivos.

Los productos químicos son imprescindibles en todos los ámbitos de la vida, tanto en la agricultura y en la ciudad como en el hogar, desde insecticidas, herbicidas (plaguicidas), a esmaltes de uñas, perfumes, cremas (dermofarmacia), pasando por los plastificantes de juguetes o utilizados en la fabricación de todo tipo de aparatos, ordenadores y vehículos. La vida sin ellos sería hoy imposible y sin embargo, aunque se conocen escasos datos acerca de cada compuesto, lo que se quiere detallar y aclarar son todos los efectos biológicos a que pueden dar lugar, y si se pueden considerar factores etiológicos de las enfermedades crónicas anteriormente mencionadas.

La Comisión Europea admite que ignora casi todo a este nivel de garantía de calidad, en el 99% de todas las sustancias químicas. En el día de hoy, numerosos compuestos son comercializados y utilizados en todos los hogares, conociéndose algunos de los efectos biológicos, pero no todos los que se deberían, como su fisiopatología, bioquímica, mecanismos de acción, y sobre el genoma; y también sus antídotos, para casos de necesidad o intoxicación. Por ello, se aplicará a partir de ahora, un “análisis del riesgo” completo, es decir, a)- una “evaluación del riesgo” a partir de las dosis, metabolismo, mecanismos de acción y peligrosidad (toxicología y metabolismo), tanto para la salud humana como para el ecosistema (ecotoxicología), fundamentados en los resultados científicos de la biología experimental; b)- una “gestión del riesgo”, con la correspondiente recogida, tratamiento, neutralización y reciclaje con vistas al medio ambiente y la salud humana; y c)- una correcta “comunicación del riesgo” en su justa medida, sin sobresaltos ni inquietudes para el día a día en el devenir de la Sociedad Europea.

Con ello se quieren evitar, aunque haya otros caminos para conseguirlo, los males de la Humanidad por la vía de los conocimientos científicos, en lo que respecta a la Salud. Se sospecha de algunos compuestos químicos son cancerígenos o mutágenos, mientras otros se acumulan en el organismo y producen alergias, asma y alteraciones hormonales. Se observa que otros, aumentan sus niveles en el agua de bebida, alimentos y medio ambiente, alertándonos como alteradores endocrinos, feminizando o masculinizando especies, efectos ya observados en bivalvos de rías y puertos, por el estaño de las pinturas de embarcaciones (tributilestaño).

La trascendencia del reglamento REACH va encaminada a soslayar los efectos del medioambiente sobre las enfermedades crónicas, y ahorrar gastos a los Sistemas de Salud Europeos. Por ello se ha tenido gran interés en implantar el REACH, al imponer que todas las sustancias elaboradas o importadas en la UE, por encima de una tonelada, salvo las exentas por su demostrada inocuidad, queden registradas en la futura Agencia de Productos Químicos con sede en Helsinki.

Las sustancias que no estén registradas y tampoco estén exentas, no podrán ser comercializadas y por ende utilizadas en toda la Unión. El “Registro”, tendrá datos sobre propiedades y utilización de los productos. El plazo de registro para todas las sustancias que se emplean en la UE es de 11 años, en una escala temporal que tiene en cuenta las cantidades producidas, vendidas y su peligrosidad. Las que superen las 1.000 toneladas, y las más tóxicas, persistentes y potentes por su mayor efecto biológico, deberán ser registradas, evaluadas y aprobadas antes del plazo señalado. Una enmienda establece, que los derivados del tabaco deberán ser sometidos al procedimiento de Registro. Esta fue aprobada con un margen ajustado, y es susceptible de modificaciones en los proce-

dimientos pendientes. Las enmiendas aprobadas obligan a que las autorizaciones estén limitadas a un plazo máximo de cinco años, y que sólo se concedan si se demuestra que no hay sustancias o tecnologías alternativas, y que las ventajas socioeconómicas compensan los riesgos para la salud y el medio ambiente, el conocido riesgo-beneficio. Se pretende incentivar el desarrollo de nuevas alternativas y de nuevas tecnologías.

El reglamento establece el principio, de que son las Empresas las que deben proporcionar los datos, aunque con tantas excepciones y limitaciones, que para las alrededor de 20.000 sustancias producidas en cantidades de entre 1 y 10 toneladas sólo entre el 10% y el 30%, las de mayor riesgo, deberán ir acompañadas de una información exhaustiva.

Estas limitaciones fueron introducidas con el propósito de aligerar las cargas económicas de las pequeñas y medianas empresas, consideradas como más vulnerables a nuevos requerimientos y pruebas de laboratorio. Con el mismo fin se mantiene el principio de “Una sustancia, Un registro” (One Substance One Register, en sus siglas en inglés = OSOR) que obliga a compartir los datos con otras compañías, algo a lo que se niegan las grandes multinacionales. Atendiendo a sus demandas se ha aumentado el número de casos en que dejará de aplicarse OSOR, pero las empresas que quieran acogerse a ese derecho, deberán exponer sus motivos a la Agencia, que podrá aceptarlos o no. El principio de OSOR se aplicará estrictamente a las pruebas con animales, incluidos los invertebrados. En todo caso, la experimentación con animales deberá reducirse a la mínima expresión.

## 5. EVOLUCIÓN FUTURA

Hay pacientes que sufren un tratamiento a largo plazo tan complejos que requieren diversos especialistas (dietista, oftalmólogo, cardiólogo, nefrólogo y podólogo), incrementándose el gasto de la Sanidad. Los enfermos ambulatorios, pueden autoadministrarse, después de una enseñanza de iniciación, como en el caso del autocontrol de los diabéticos (pincharse para su autoanálisis, administración de insulina y preparación de su dieta, y curaciones), todo ello con la supervisión inicial y temporal de una enfermera ambulante o fija en su Ambulatorio.

## 6. DESARROLLO DE LAS NORMATIVAS EN INGLATERRA

El 60% de la población adulta e Inglaterra padece de enfermedades crónicas (Wilson et al., 2005), sus demandas son desproporcionadas para el sistema de atención sanitaria inglés. El 15% tiene tres o más problemas crónicos, y requieren el 80% de las consultas,

y representan el 30% de los días de ingreso. Esto requiere una política de prevención futura de enfermedades crónicas, como prioridad del Sistema Nacional de Salud, con la reducción de los ingresos en urgencias del 5% para el año 2008 (Technical Note, 2004).

Estudios piloto se realizan actualmente con 9 grupos de enfermos con tratamientos crónicos, todavía inconclusos, con el objetivo de conseguir una reducción de las admisiones en urgencias (United Health Europe, 2005; Borden et al., 2005). El gasto proporcional en salud de enfermedades crónicas en EE.UU. es inferior que en Europa. Como ejemplo, se aduce la enfermedad diabética, en la que ocurre una mortalidad 5 veces superior en los jóvenes USA que en Europa, debido a la sistemática de los cuidados y en los tratamientos, alcanzando así en Europa una mayor supervivencia y mayor gasto sanitario (McKee and Nolte, 2004). La atención primaria es crucial en todas las reformas sanitarias (Nolte and McKee, 2005).

## 7. EQUILIBRIO ENTRE PRESENTE Y FUTURO

El Observatorio Europeo realiza estudios comparativos en el ámbito de la salud, no solo entre diversos países de la Unión, sino también con otros de la órbita y extranjeros. Son temas de interés, el estudio, la prospección y el impacto para compartir gastos entre Instituciones, Compañías de Seguros y Asegurados. Estudios sobre los pagos por asistencia sanitaria y los convenios con Compañías de Seguros privados.

- Mejora de la salud y atención primaria
- Eficiencia macro-económica, sostenibilidad
- Eficiencia micro-económica
- Equidad (acceso, financiación), solidaridad
- Calidad, seguridad
- Capacidad de dar respuesta, elección

## 8. ANÁLISIS COMPARATIVOS / ESTUDIOS

- Financiación de los servicios sanitarios: opciones en Europa.
- Seguros médicos voluntarios en la Unión Europea.
- Adquisiciones instrumentales, para mejorar la puesta en práctica de la asistencia sanitaria de calidad y de diagnóstico.

- Servicios apropiados de calidad de los Hospitales, con Unidades Ambulantes de cuidados intensivos o primarios; Recursos humanos con una formación seria, para la salud en Europa.
- Descentralización de la asistencia sanitaria.
- Regulación y facilitación de la conducta emprendedora.
- Impacto de la legislación de la UE sobre la asistencia sanitaria.
- Regulación y control de los medicamentos.

Otros estudios y análisis comparativos, que se realizan en el Observatorio implican la implantación de la Seguridad Social en los países del este Europeo (McKee et al., 2004). Y la evaluación y aplicación de los sistemas sanitarios de los países nórdicos; el mapeo de la evaluación de la extensión de la salud en Europa, la descentralización de sistemas sanitarios, sus objetivos clave o blanco y la evaluación de las normativas, en la Base de Datos de la “Salud para Todos” (HFA = Health For All, Oficina para Europa de la OMS). Las normativas y prácticas en salud mental en Europa, enfermedades contagiosas, y servicios de tratamientos crónicos (Albrecht et al., 2002; McKee et al., 2004)

- Asistencia sanitaria en Asia Central
- Normativas sanitarias y ampliación de la UE
- Sistemas de Salud en transición CEE-NIS (Countries East Europa - New Independent Countries, de la antigua Unión Soviética)
- Sistemas de Seguridad Social en Europa Occidental
- Implantación de la Seguridad Social (SHI = Social Health Insurance) en Europa Oriental
- Sistemas sanitarios en países nórdicos

## 9. DESARROLLO DE ACTIVIDADES

Entre las actividades del Observatorio Europeo, mencionamos las Series de publicaciones, que dan a conocer los sistemas de servicios sanitarios de cada país, en concreto, como Health Care Systems in Transition, series (HiTs). Perfiles de los sistemas de servicios de la salud de todos los 51 países europeos. El sumario en Base de Datos, de los perfiles en HiTs de cada país. Estos estudios, de los que muchos de ellos están publicados en colaboración con la editorial Open University Press.

- Publicaciones (Observatory Series). Intercambio rápido
- Colaboración con otras instituciones. Edición de libros y monografías.
- Incorporación de estudios líder, del exterior.
- Difusión de Revistas sanitarias y de la especialidad, para informar a los responsables de las normativas: Eurohealth; Euro-Observer; Reuniones científicas; Internet: [www.observatory.dk](http://www.observatory.dk)

## 10. REFORMA DE LOS SERVICIOS SANITARIOS

Es importante conocer la satisfacción de los ciudadanos y su confianza en la calidad de sus servicios sanitarios. Se cree preciso y necesario presionar para las reformas sanitarias en Europa. Josep Figueras del Observatorio Europeo, en abril 2005, abre el debate sobre convergencias y divergencias, en los sistemas sanitarios de Europa. Se plantearon los siguientes temas en discusión

- Cambios en las necesidades en salud: Envejecimiento, enfermedades degenerativas, perinatales, genéticas, mentales y crónicas (Nolte and McKee, 2005).
- Desarrollo tecnológico, su implantación
- Desarrollo de la nutrición y su aplicación en Colegios
- Difusión de la información
- Significado / Cambio de los valores sociales
- Mejores expectativas en salud para pacientes y ciudadanos

## 11. OBJETIVOS, VALORES Y EQUILIBRIOS

Objetivos, valores y equilibrios, en los que se destaca la sostenibilidad, la solidaridad y la libertad de elección.

- Mejora de la salud
- Eficiencia macro-económica, sostenibilidad
- Eficiencia micro-económica
- Equidad (acceso, financiación), solidaridad
- Calidad, Seguridad
- Capacidad de dar respuesta, elección

## 12. FUNCIONES DE LOS SISTEMAS DE SALUD

Entre las funciones destacan, su financiación y el aprovisionamiento de fondos, también es importante la generación de recursos y los patronazgos y tutelas. En la financiación considera, el Observatorio, el cobro de rentas, reunión de fondos y adquisiciones. Entre el aprovisionamiento de fondos, se consideran las prestaciones sanitarias personales y las no personales.

(Figura de Funciones de los sistemas de salud)

Financiación del sistema sanitario

(Figura)

La financiación del sistema sanitario se fundamenta en el triángulo: ciudadano-proveedor-intermediario. El ciudadano es el consumidor del seguro; el proveedor es el Estado (Infraestructuras; Insalud en España); y el intermediario es la Aseguradora o comprador. Para su financiación es importante recoger los fondos y la recaudación. Es importante el pre-pago y el riesgo de la recogida de fondos. La estabilidad de los principales mecanismos de recogida de fondos. Países con Seguridad Social para la Salud (SHI = Social Health Insurance (o Bismarck). Impuestos Generales (GT = General Taxes) (o Beveridge). Consenso sobre el significado del Estado, asegurando la cobertura y la solidaridad universales. La competitividad limitada y férreamente regulada entre las Compañías de Seguros.

Proporción de los impuestos y de los montantes de los Seguros (SHI=Social Health Insurance), como porcentaje de los gastos totales para la Salud (THE=Total Health Expenditure) en Europa Occidental.

(Gráfica)

Gráfica del Gasto Sanitario como % del PNB

(Si la hubiera posterior del 2002)

Source OECD Health TH Data 2004, 3rd edition.

## 13. SERVICIOS

### 13.1. PROVISIÓN DE SERVICIOS

- Movimiento para mejorar la calidad
- Organización descentralizada respecto a los proveedores
- Agrupaciones de empresas, firmas públicas, fundaciones, autogestión.

- Delimitación de competencias: clasificación de sociedades de Hospitales
- Traslado de límites de cuidados (menos Unidades Estacionarias y mas Unidades Ambulantes)
- Hospitales reestructurados / Reducción de camas
- Cuidados integrados y de substitución
- Asistencia primaria desde el asiento de la ambulancia: monitorización
- Selección del proveedor

### 13.2. PRESTACIÓN DE SERVICIOS A EFECTOS DEL GASTO

#### ORGANIZACIÓN

INCENTIVO	UNIDAD BUROCRÁTICA	UNIDAD CONTRATADA	UNIDAD DE MERCADO
Derechos de decisión	Jerarquía vertical	Dirección Autónoma	
Responsabilidad	Control Jerárquico Directo	Reglas, Procedimiento según normas establecidas y Contratos	
Exposición al Mercado	Cuota directa desde el Presupuesto	Ingresos no presupuestados	
Finanzas	Fondos Públicos	Propietarios Privados	

### 13.3. ELECCIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS

#### 13.3.1. Elección y gasto

Se procura otorgar a los ciudadanos de la Unión el derecho a ejercer un cierto grado de elección sanitaria en sus diferentes aspectos, teniendo presente la responsabilidad, eficiencia, efectividad y economía (costes—beneficios). (Thomson, Dixon, Bech, Riesbberg and Dourgnon, 2004)

La libertad de elección es un elemento crucial en el tradicional modelo económico, pues está en función de la infraestructura y de la disponibilidad de recursos. Los asegurados desconocen algunas veces la naturaleza de la infraestructura y las posibilidades médicas, y puede tener preferencia por Unidades Clínicas de inferior calidad y peor dotadas que aquella a la que se le envía o adscribe. A pesar de todo el paciente o enfermo prefiere hacer su propia elección, sea la mejor o a veces la desfavorable, aunque no conocida.

Por todo ello, la información de los asegurados es muy importante en vista a las alternativas, para ejercer una correcta elección con seguridad y tranquilidad en vista a las posibles consecuencias.

Algunos economistas argumentan que la libre elección puede reducir el bienestar individual (Rice, 2001).

- Necesidad de información adecuada
  - Capacidad de elección tiene importancia creciente en países europeos, es central en la Seguridad Social General, y aumentada en España en el Servicio Nacional de Salud
  - Elección de asistencia primaria y de Hospitales (también en sistemas de asistencia sanitaria nacional)
  - Elección reforzada, por documentos autorizantes, para los pacientes y sus derechos
  - Disposición limitada para abonar según la elección, cuando esta última no resulta de calidad o sea insuficientemente eficiente
1. La elección del comprador (asegurador) en contra de la elección del ciudadano?
  2. Elección restringida de especialista y del responsable (Médico de Cabecera)  
¿Compartir gastos?
- Una desacertada elección induce a un sentimiento de pesar
  - Elecciones desacertadas de unos influyen en otros pacientes
  - Los gastos sociales de posibilidad de elección son mas gravosos que los beneficios.

### 13.3.2. Elección y sistema de salud

Es necesario conocer que clases de elecciones, en teoría, es posible realizar, los factores capaces de limitar aquellos en la práctica, y los motivos y objetivos de

las normativas. En la tabla 1 se especifican tres amplios ámbitos en los cuales existe posibilidad de elección en el sistema de salud.

**Table 1.- Posible elección en los Sistemas de Salud** (Thomson and Dixon, 2004).

ASEGURADOR SANITARIO	PROVEEDOR SANITARIO	TRATAMIENTO TERAPÉUTICO
Tener Aseguradora o estar asegurado	Proveedor del primer contacto	Opción de rechazar el tratamiento
Aseguradora pública O privada	Médico General	Elección del tratamiento
Servicios básicos cubiertos por la Aseguradora	Especialista	Cuando ser tratado
Reserva Aseguradora pública	Acceso directo a los especialistas	Elección del lugar, por. ej: nivel y lugar del servicio
Cuota de contribución	Hospital	De las facilidades y comodidades
---	Doctor en Hospital	De participar en pruebas (estudios)

Si se ofrece la elección, debe ser libremente disponible para toda la población. Sin embargo, en la práctica difícilmente la elección es totalmente “libre” (Levett et al., 2003). Normalmente la elección está implícita o explícitamente restringida.

Ejemplos de restricción explícita incluyen limitar la elección a:

- Grupos de población específicos, como los que ganan mas de un cierta cantidad al año.
- Una gama limitada de opciones, como p.ej. proveedores sanitarios dentro de un área geográficamente definida.
- Un punto particular en el tiempo o una decisión definitiva
- Aquellos que están dispuestos a pagar honorarios o cuota adicional

Por otra parte, la elección está disponible en teoría, pero limitada en la práctica, debido a restricciones que surgen del contexto en el que se desarrolla (Levett et al., 2003). Estos factores incluyen:

- Capacidad individual: conocimiento e información
- Capacidad del sistema sanitario: recursos financieros y técnicos
- Proximidad a los servicios
- Capacidad de pago: por acceder a servicios privados o por tener un acceso incrementado dentro del sistema público
- Normas culturales o institucionales; y
- Respuestas institucionales a incentivos particulares, tales como selección de riesgos por las Aseguradoras en competencia.

Aunque la elección en los sistemas de salud europeos son diferentes pueden identificarse tendencias comunes. Algunas normativas tienen por objeto aumentar el acceso equitativo a los servicios sanitarios, por ej., reduciendo variaciones en tiempos de espera o nivel de contribución; o la extensión de la elección a la población total. Otras normativas tratan de aumentar la eficiencia del sistema sanitario, a menudo aumentando la competición entre los proveedores estableciendo competitividad, como candidatos (Hospitales, médicos, especialistas).

### 13.3.3. Significado de la elección

En algunos países europeos occidentales, la elección ha sido una característica duradera en el sistema sanitario, y por lo tanto no es una cuestión de discordia en las normativas, aunque los efectos de estas elecciones pueden ser causa de preocupación. En otros países los Gobiernos han introducido deliberadamente normativas que intentan aumentar o reducir la elección. Estas normativas han sido particularmente predominantes desde los años 90.

En Inglaterra, en los años 80, los modelos de Asistencia Sanitaria integrada públicamente en el Sistema Nacional de Salud (NHS=Nacional Health Service), y también en Escandinavia, con el sistema de salud descentralizado, se desacreditaron bajo crecientes críticas, debido a su ineficacia, pobre organización y falta de respuesta a las necesidades de sus usuarios (Enthoven, 1989). Hubo un aumento de interés en consumismo, y aumento de preocupación sobre la capacidad de los servicios públicos de responder a las expectativas del público (Freeman, 1998).

En el año 2000, el informe de la OMS sobre la aplicación y desarrollo de los sistemas de salud en el mundo, incluye la capacidad de respuesta o de oferta a las

expectativas del público, como uno de los 4 criterios usado para evaluar las realizaciones de los sistemas sanitarios (WHO Report, 2000).

Recientes normas del Tribunal de Justicia Europeo, subrayan el hecho de que los Sistemas de Salud en la U.E. deben orientarse a sus normas de competitividad, acuciando a los Gobiernos de algunos de los estados miembros, a distribuir los pacientes a proveedores diversos, en los lugares donde haya embarazosas listas de espera (Brouwer et al., 2003).

#### 13.3.4. Ejemplos de libre elección

En la Unión Europea se estimula la competitividad entre Aseguradoras públicas y privadas, que conduce a un aumento de eficacia y realizaciones en los Sistemas de Salud en su conjunto (Saltman et al., 2002; Saltman et al., 2004; McKee and Healy, 2002).

En la práctica, sin embargo, este tipo de planteamiento no es común. En Europa Occidental está solamente implantado en Alemania. Aunque los Gobiernos de Austria (1999), Portugal (1993), y España (1975), consiguieron un aumento en el acceso a Aseguradoras de salud privadas, de grupos específicos de trabajadores, que, no son de libre elección, porque son obligatorios e implican una decisión colectiva (Mossialos y Thomson, 2004).

En Alemania la libre elección entre Aseguradoras públicas y privadas han llevado a una gran complejidad y descontento con el sistema y preocupación por poder ser mantenido el actual sistema de seguros de enfermedad. Y esto fue uno de los motivos principales de problemas en las elecciones del 2002; y algunos exigen una revisión radical de los seguros públicos y privados. La competencia entre las Aseguradoras privadas en Alemania, se desarrolló esperando que así aumentarían incentivos para fondos y poder trabajar con mas eficacia (Schut et al., 2003).

En nuestra opinión, la causa fue, que el Estado fomentó los Seguros privados para descargar los públicos, por falta de medios suficientes, años después de la reunificación alemana. Por un lado se tiene la preocupación de si el Estado puede pagar por sus deudas; y por otro lado también de si los privados pueden ponerse a la altura de la inflación, cada vez más amenazante. Sin embargo, sigue todo igual, con preocupación añadida de los ancianos, sobre sus futuras pensiones de vejez, y también la de sus propios servicios sanitarios.

En Europa, la libre elección se implanta como medida para aumentar la eficacia y la solidaridad. En la mayoría de los países de la Unión, el paciente, previa a la visita del especialista, debe pasar por el médico de cabecera, del que existe libre elección, como norma y derecho fundamental de la persona humana en la mayoría de los sistemas de salud europeos, y este envía el paciente al especialista. Esta última

opción no parece muy popular a los enfermos porque entorpece la accesibilidad y a la calidad de los servicios primarios de salud. Aunque el paciente, por desconocimiento, no alcance a evaluar la calidad, la preparación y la diligencia del médico al que es remitido. Existen excepciones, y el médico de cabecera puede enviar a petición del enfermo al especialista propuesto por este, posteriormente el jefe de Administración o Subdirector de Hospital proporciona su visto bueno.

La libertad de elección en los servicios sanitarios de los Ambulatorios contrasta, con la obligatoriedad de los pacientes ingresados, obligados a los servicios hospitalarios donde están ingresados, a menos que sean ingresados por la vía de urgencia, emergencia o accidente. En Alemania, donde existe libertad de elección de hospital, el médico de cabecera tiene un importante significado en la decisión del paciente para ser tratado en un determinado Hospital. Ello está derivado de la existencia de una amplia gama de Hospitales, especialistas y médicos, por ello es fácil elegir entre asistencia pública y privada. A pesar de la gran diversidad y de las posibilidades, en Alemania y Francia, desde Aseguradoras públicas y privadas, infraestructuras, especialistas y médicos, y el “status” de los Hospitales, los enfermos desconocen con exactitud la realidad de la situación y sus disponibilidades, por ello debe dejarse guiar por su médico de cabecera. Solo mediante una determinada indicación por el conocimiento de un determinado especialista, puede, a través de un excepcional procedimiento con permiso de la dirección del Hospital acceder a ese determinado Hospital.

#### 14. AVANCES EN ATENCIÓN SANITARIA

Algunos ciudadanos europeos, enfermos de áreas geográficas limítrofes o bien no residentes en ese país, y por consiguiente desprovistos de buenos servicios sanitarios o carente de ellos, mientras haya convenios bilaterales entre países, pueden ejercer el derecho de elección, para acceder a los servicios sanitarios de otro país, mientras esté previsto el reembolso de los servicios prestados, y los de la población no residente. En España se acoge plenamente la población emigrante, en el Sistema Nacional de Salud.

Recientemente, los Gobiernos de Alemania, Bélgica y Holanda, han establecido convenios, para atender independientemente a su población que esté en una larga lista de espera. En la Comunidad Autónoma de Madrid, la lista de espera quirúrgica es inferior a un mes para ser asistido o atendido. La elección de Hospital en el propio país, para rebajar el tiempo en las listas de espera, ha sido implantado en Inglaterra, Dinamarca, Suecia y Holanda, sin embargo, en realidad ha sido sorprendentemente

baja. El enfermo elige lo que le es más cómodo a su medio ambiente, lo cercano y familiar (Thomson and Dixon, 2004).

En Holanda durante el año 2005, se prosigue con el objetivo de limitar los costos farmacéuticos a través del control de precios. Se ha observado en los Sistemas de Salud europeos, que quienes ejercen, principalmente, la libertad de elección, es la población informada, joven, sana, acomodada y educada, con mayor capacidad de movilidad, pero también de dejarse persuadir de que no la ejerzan. Uno de los factores son los gastos, su propia conveniencia y relatar experiencias anteriores. Otros factores que contribuyen a relegar la libertad de elección son, falta de incentivos tanto para los enfermos como los proveedores (Hospitales, especialistas y médicos), escasez de la necesaria información, gastos para obtener y procesar esta información, resistencia de las instituciones, normas culturales y falta en la seguridad de mejores expectativas.

En Dinamarca, sus residentes pueden elegir entre dos grupos para recibir servicios de atención primaria. Los ciudadanos del grupo 1, están registrados a un médico de cabecera en un radio de 15 Km de su casa, y de 5 Km en la capital Copenhague, y tienen libre acceso a médico y a especialista, pero a este último con volante del médico de cabecera, excepto para el otorrinolaringólogo y para el oftalmólogo (Bech, 2004). Si el enfermo lo hace por iniciativa propia debe abonar sus propios gastos. Cada seis meses tiene derecho a elegir nuevo médico de cabecera, aunque es infrecuente. Los individuos del grupo 2 tienen libertad de visita a médico de cabecera y de especialista, pero hay co-pago para todos los servicios, excepto para el tratamiento en Hospital. Solamente el 1,7 % de la población ha optado pertenecer al grupo 2 (Bech, 2004).

A partir de 1993, en Dinamarca, la libre elección de Hospital se limitó, y en el año 2000 solo el 7,9 % de tratamientos de los enfermos no agudos ingresados y el 6,7 % de los ambulantes no agudos fueron realizados en un distrito diferente al de residencia del enfermo (Sundhedsstyrelsen, 2002). Los enfermos deben abonar, por supuesto, sus gastos de viaje, lo que representa una limitación en la libre elección de Hospital. Sin embargo, existe discusión en el marco de la legislación vigente sobre la libre elección de Hospital (Vrangbaek and Bech, 2004). Desde el año 2000, la aportación de los distritos a los Hospitales representó un 3 % de su remuneración total, y esta aportación no deja de aumentar año tras año. El tiempo de espera en sus listas se ha reducido de 3 a 2 meses. Si el periodo de espera es superior, el enfermo tiene el derecho de gestionar su tratamiento en otro Hospital, incluso privado en Dinamarca o en otro país con el que su propio distrito tenga convenio sanitario. En Dinamarca, el % de las camas hospitalarias en el sector privado es inferior al

1% (Bech, 2004). En el año 2007 se tiene la pretensión de re-estructurar el Sistema Sanitario descentralizado en cinco regiones nacionales.

Todos los países europeos al unísono persiguen como objetivo común limitar los costes farmacéuticos mediante el control de los precios, para ello se creó el grupo de los medicamentos genéricos, de precio inferior, para su provisión mediante la receta médica.

El Alemania, el Sistema plural de Salud impone un elevado énfasis en la libre elección de proveedores (Hospitales, médicos, especialistas), y de aseguradoras, acoplados a una gran densidad de capacidades y personal sanitario, que permiten un fácil acceso a Ambulatorios y al ingreso en Hospitales. En el 2003 la Seguridad Social (Social Health Insurance) cubría un 88% de la población, es decir, la mayoría de los 82,3 millones de habitantes. La Seguridad Sanitaria Privada aproximadamente el 10%, los servicios de atención gubernamental específicos libres cubren el otro 2%, y el 0,2% no está cubierto por ninguna entidad (Busse and Riesberg, 2004; McKee and Healy, 2002). El Servicio de Atención Sanitaria Pública alemana, cuenta con el 99% de todas las camas, y el 1% restante es solo accesible a enfermos privados, que tienen ambos aseguradora pública y abonan los gastos de su bolsillo personal (Riesberg, 2004). En el año 2004, un millón de enfermos asegurados al Servicio de la Seguridad Social (SHI) han participado en un programa dirigido para enfermos crónicos de diabetes, cáncer de mama y de insuficiencia cardiaca congestiva crónica (Busse, 2004)

## 15. SOBRE REGULACIÓN DEL MERCADO DE MEDICAMENTOS

En Europa se hace un esfuerzo para alcanzar la eficacia, la igualdad y la calidad en los Sistemas de Salud (Mossialos et al., 2004). Los medicamentos constituyen un ente crucial en la Sanidad. La regulación del mercado farmacéutico es un tema complejo que implica la interacción dinámica de múltiples actores, y no solo del médico que prescribe y del farmacéutico que los vende. El farmacéutico tiene una implicación activa, no solo en dispensar un determinado producto, también en la selección de los específicos de múltiples orígenes, y en su adquisición. El enfermo hoy en día se informa sobre su propia salud y como la puede mejorar, con la ayuda de la información disponible de prospectos y catálogos de propaganda de numerosos laboratorios y publicaciones, y del consumo de determinados medicamentos por cuenta propia. Es conocido que en algunos domicilios se tienen cajones y armarios llenos de medicamentos, y que la política de información en los farmacéuticos, es la de retirar y devolver los que no se utilizan en los depósitos de retirada disponibles en las Farmacias.

De nuevo citamos aquí la trascendencia de los medios de información, periodísticos y visuales en la información y formación en salud y la conducta a seguir. Los mayoristas tienen algo que decir en los precios al por menor, con las diferencias que los obtienen de los laboratorios por su compra al por mayor. Por su parte la industria farmacéutica también influye en el consumo de medicamentos, en función de la difusión de la información, propaganda y precio. La actitud de los Gobiernos y las Aseguradoras de cada país, para implantar una regulación, es compleja y diversa. La globalización tiene también su propia influencia en la provisión y precio de los medicamentos.

Los Gobiernos hacen frente a los gastos farmacéuticos, que en muchos países crecen a índices superiores a los del producto doméstico y a otros presupuestos de atención sanitaria. Para muchos países europeos, se trata de un serio problema, y se realizan intentos de contener estos gastos. Pero los Gobiernos tienen otras responsabilidades, como mejorar la calidad de los servicios de atención sanitaria que ofrece, viendo las necesidades del enfermo y asegurar la igualdad, solidaridad y eficacia, como hemos visto en los temas precedentes.

La industria farmacéutica proporciona empleo y los medios necesarios para una buena salud, pero exporta sus ganancias. Los Gobiernos tienen que tratar con mucha cautela los intentos de exigir a la industria farmacéutica de contener sus ganancias, y sin ahogar sus ventas, evitar el riesgo de perder los amplios beneficios sociales sanitarios alcanzados, de ahí la importancia de los medicamentos genéricos.

El Observatorio Europeo, con la publicación de Mossialos, Mrazek y Walley, 2004, en sus 21 capítulos, intentan poner en evidencia los factores que intervienen en regular el mercado farmacéutico en Europa. Habla de las amplias perspectivas, armoniza los intereses institucionales, políticos y supranacionales. Describe, analiza y compara los éxitos y fracasos, las iniciativas específicas para regular el mercado de los medicamentos en Europa.

En los capítulos 2 al 4 trata de los temas relacionados con los aspectos políticos, legales y de salud pública en la regulación farmacéutica a niveles nacionales y de la Unión Europea. Los caminos para evaluar y monitorizar los resultados en el sector farmacéutico son discutidos en el capítulo 5.

En los capítulos del 6 al 13 se discuten temas específicos relacionados con la regulación de los precios de los medicamentos, reembolsos de fármacos, la buena práctica de prescripción, los enfermos y sus medicamentos, los incentivos en la prescripción, regulación de la distribución y venta en Farmacias, el significado de las Farmacias de Hospital, y el impacto de las cuotas en el precio del medicamento.

En los capítulos 14 al 18 se explora como pueden variar las regulaciones en los diferentes tramos del mercado farmacéutico, para medicamentos fuera de patente o de estraperlo, las implicaciones actuales y futuras de los medicamentos que influyen en el estilo de vida, biotecnología y medicina alternativa.

Los capítulos 19 y 20 se examinan la regulación de los mercados farmacéuticos en otros países, especialmente de la Europa Central y del Este; y de la Commonwealth de estados independientes. Finalmente, el capítulo 21 examina los aspectos éticos relacionados con la administración de los mercados farmacéuticos (Light and Walley, 2004). La regulación del sector farmacéutico, por su complejidad y trascendencia, implica importantes y serias decisiones. Los capítulos que acabamos de señalar son muy amenos y decisivos para el futuro debate para lograr una necesaria eficacia, calidad e igualdad de participación para todos los estamentos implicados en el mundo de los medicamentos, desde la responsabilidad del enfermo hasta la solidaridad de los responsables de la industria farmacéutica, que por otra parte ya ocurre, como comprobamos, con la disponibilidad de los medicamentos genéricos.

## 16. REFORMAS

### 16.1. IMPLANTACIÓN DE LAS REFORMAS

Enthoven y Singer, 1999, no aconsejan la competencia organizada en los servicios sanitarios, para el Reino Unido. Hay demasiadas cuestiones sin resolver, sobre el funcionamiento futuro exacto, no existe todavía el convencimiento de que pueda hacerse practicable (...). Esquemas, como la competencia organizada, tendrían que empezar en algunas regiones geográficas típicas y pequeñas, y tendrían que ser observados cuidadosamente, y extendidos y ampliados en el caso de que funcionaran, y permitir su suspensión, en caso de que no lo hagan.

Uno de los principales fracasos del mercado interior, como normativa pública, fue que se pasó a descripciones fragmentarias del concepto de adopción e implantación, sin una fase adecuada de planificación y análisis para su implantación (...). Cualquier reforma de esta índole tendría que ser discutida y apoyada en público, y posteriormente puesta en práctica, con el apoyo bipartidista, para evitar los efectos negativos que penden sobre reformas bajo la amenaza de ser invertidas después de una próxima elección.

## 16.2. COMO CONSEGUIR EL CAMBIO EFECTIVO

- Comprendiendo el contexto. Aplicando influencias externas. Logrando sostenibilidad bajo restricciones económicas
- Tratando con actores implicados en el cambio. Asegurando la voluntad política (ante posibles protestas y cambios continuos). Trazando las agendas de los actores implicados y formando alianzas estratégicas. Asegurando el apoyo público
- Ejecutando el proceso. Manejando la estructura, responsabilidad, legislación. Calculando y manteniéndose a la altura de los cambios
- Formando capacidad institucional, directiva y humana

## 17. CONCLUSIONES

Con anterioridad al Tratado de propuesta para una Constitución de 2005, el artículo 152/CEE, del Tratado de la Comunidad Económica Europea, señala que un elevado nivel de protección de la salud humana está garantizado, en la definición de la aplicación de todas las políticas. Los sistemas de protección pública en la Unión Europea incluyen o contemplan, el acceso al sistema sanitario y los cuidados médicos, considerados como un bien público a través de: a).- la Seguridad Social en función de un límite o sin límite máximo de renta, y b).- del Servicio Nacional de Salud según categorías o bien universal.

Continuamente debe tratarse de mejorar aún más la Sanidad Pública en general, y la Atención Primaria en particular; para conseguir un Sistema Sanitario Público más eficiente, equitativo y satisfactorio para todos. Los tres agentes implicados en la Sanidad son: la población, los profesionales y los políticos; y son en quienes incumbe resolver las necesidades sanitarias existentes en base epidemiológica y poblacional, mediante, el control de la actividad desarrollada en todos los niveles asistenciales:

- 1) Elección del marco de la sanidad pública, universal y gratuita en el punto de atención
- 2) Mediante una forma sostenible, equitativa, accesible y eficaz
- 3) Mediante el estilo propio del humanismo social de integración equilibrada de las diferentes parcelas de la persona humana: laboral, profesional, familiar y social

#### 4) Procurando la mejor satisfacción del enfermo y del profesional de la salud

Existen toda una serie de medidas clave, para mejorar la calidad y dignidad de la Atención Primaria de salud:

Incremento de los presupuestos destinados a la Atención Primaria, como se ha hecho con los del Hospital. Adecuar el número y recursos materiales y plantillas a las necesidades de salud, las características de cada población y zona, funciones objetivos y actividades. Una gestión más profesionalizada con aplanamiento de la pirámide de decisión. Una organización en función de las necesidades, demandas y características específicas de cada zona, dentro de un modelo general básico. Movilidad de personal sanitario voluntaria, que depende de la zona geográfica y de sus necesidades, que pueden ser en ciertos casos, serias o hasta graves, para conseguir equipos más armónicos. Recientemente en España ha sido mejorada la gestión clínica, siendo realidad instalada una Base de Datos, respecto a las historias clínicas y modelo de recetas y su impresión. Este hecho ha incrementado la gratificación del personal sanitario y de los pacientes de Atención Primaria. Informatización que asegura la confidencialidad de los pacientes y el secreto profesional. Establecimiento de Áreas administrativas específicas y prominentes, solo las necesarias, con adecuación de funciones, para la atención de pacientes y ratio por médico. Atención al número de profesionales sanitarios, enfermería y técnicos en cuidados auxiliares de enfermería por funciones y responsabilidades, su formación continuada y necesidades. Aprovechamiento de tecnología diagnóstica y terapéutica, para un diagnóstico basado en la evidencia científica y tecnológica, en la experiencia clínica y en el saber fundamentado en el estudio del avance científico. Establecer Programas de formación continuada dentro del horario laboral. Promover la investigación epidemiológica y clínica en Atención Primaria, para favorecer la efectividad clínica, la gratificación en el trabajo, el saber clínico y teórico-experimental en beneficio del Sistema de Salud Pública. Programas para incentivar los logros científicos y de las necesidades sanitarias. Mejorar los Servicios Sociales y su coordinación con el Sistema Sanitario. Control de las condiciones de trabajo para su mejora, organización, limpieza, orden y discernimiento de sus necesidades. Implicar a la población para la toma de decisiones, mayor responsabilidad y uso racional de los Servicios de la Sanidad Pública. Disponibilidad del Libro de Reclamaciones y Buzón de sugerencias ya existentes, para posibles mejoras e innovaciones.

## REFERÊNCIAS

- Albrecht T. et al. Health care systems in transition: Slovenia. *European Observatory on Health Care Systems*. The European Observatory on Health Care Systems and WHO. vol 4, (2), 2002
- Bando Casado H.C. La promoción integral de la salud: un reto de futuro. GlaxoSmithKine, 2002.
- Bentes M., Dias C.M., Sakellarides C. and Bankauskaite V. Health Care Systems in Transition: Portugal. *European Observatory on Health Systems Policies*. vol 6, No 1, WHO 2004.
- Boaden R., Dusheiko M., Gravelle H., Parker S. et al., Evercare Evaluation Interim Report: implications for supporting people with long-term conditions. Manchester: National Primary Care Research and Development Centre, 2005.
- Brouwer W. van Exel J., Hermans B. Stop A. Should I stay or should I go? Waiting lists and cross-border care in the Netherlands. *Health Policy*, 63 (3), 2003.
- Busse R. Disease management programs in Germany's statutory health insurance system. A Gordian solution to the adverse selection of chronically ill people in competitive markets? *Health Affairs*, 23 (3), 56-67, 2004.
- Busse R. and Riesberg A. Health care system in transition – Germany. Copenhagen, World Health Organization, on behalf of the European Observatory on Health Systems and Policies. 2004.
- Enthoven A.C. What can Europeans learn from Americans? *Health care Finance Review*, December 49-63, 1989
- Enthoven A.C. and Singer S.J. The Manager Care Backlash: Unrealistic expectations born of defective institutions. *J. Health Polit. Polic. Law*, 25 (5), 1999.
- European Environment Agency. Published by: EEA (European Environment Agency) OPOCE (Office for Official Publications of the European Communities), 2005.
- Figueras J., Mckee M., Cain J., and Lessorf S. Health care system transition: learning from experience. *The Observatory on Health Care System Series*. 2004.
- Freeman R. Competition in context: the politics of health care reform inn Europe. *Internat. J. Qual. Health Care*, 10 (5), 1998.
- González Barón M. y Casado Sáenz E. *Cáncer y Medio Ambiente*. Editorial Noesis S.L., Madrid 1997.
- Hillman K. Restructuring Hospital Services. *Med. J. Australia*, 169 (5), 239 y siguientes, 1998.
- Levett R., Christie I., Jacobs M. Therivel R.A. A better choice of choice: quality of life. *Consumption and Economic Growth*. London, Fabian Society, 2003.
- Light D.W. and Walley T. A framework for containing cost fairly. In: *Regulating pharmaceuticals in Europe: striving for efficiency, equity and quality*. Mossialos E., Mrazek M. and Walley T. (ed.) Edited by European Observatory on Health Systems and Policies Series. Open University Press, Berkshire, U.K. Chapter 21, 346-358, 2004.
- Making decisions on Public Health: a review of eight countries. Edited by: S. Allin, E. Mossialos, M. McKee and W. Holland. *European Observatory on Health Systems and Policies*. World Health Organization 2004.

McKee M. and Healy J. Hospitals in a changing Europe. European Observatory on Health Care Systems Series. Open University Press, Buckingham, U.K. and Philadelphia, USA, Copyright WHO 2002.

McKee M and Nolte E. Responding to the challenge of chronic disease: ideas from Europe. *Clin. Med.*, 4, 336-342, 2004.

McKee M., MacLehose L. and Nolte E. Health policy and European Union enlargement. European Observatory on Health Systems and Policies Series. Open University Press, Berkshire, England 2004.

Mossialos E., Dixon A., Figueras J. and Kulzin J. Funding health care: options for Europe. European Observatory on Health Care Systems Series. Open University Press, Berkshire, England, Copyright WHO 2002.

Mossialos E. and Thomson S. Voluntary health insurance in the European Union. The Observatory on Health Care Systems Series. Copenhagen, World Health Organization Regional Office for Europe, 2004.

Mossialos E., Mrazek M. and Walley T. Regulating pharmaceuticals in Europe: striving for efficiency, equity and quality. European Observatory on Health Systems and Policies Series. Open University Press, Berkshire, England, 2004.

Nolte E. and McKee M. Responding to the challenge of chronic diseases: lessons from England? Newsletter of the European Observatory on Health Systems and Policies. *Euro-Observer*, vol 7 (2), 1-3, 2005.

REACH: Register, Evaluation and Authorization of Chemicals. Parlamento Europeo. Unión Europea. Bruselas, 2005

Rice T. Should consumer choice be encouraged in health care? J.B. Davis (ed.) En: *The Social Economics of Health Care*. London, Routledge, 2001.

Riesberg A. Choice in the German health care system. Newsletter of the European Observatory on Health Systems and Policies. *Euro-Observer*, 6 (4), 6-9, 2004.

Saltman R.B., Busse R. and Mossialos E. Regulating entrepreneurial behaviour in European health care systems. European Observatory on Health Care Systems Series. 2002

Saltman R.B., Busse R. and Figueras J. Social Health Insurance Systems in Western Europe. European Observatory on Health Systems and Policies Series. Open University Press, Berkshire, England. Copyright WHO 2004.

Schut F., Gresz S. and Wasem J. Consumer price sensitivity and social health insurer choice in Germany and the Netherlands. *Inter. J. Health Care Finance Economics*, 3, 2003.

Sundhedsstyrelsen Afregning af Fritvalgspatienter (Remuneration of free choice patients). Kobenhavn, Sundhedsstyrelsen, 2002.

Technical Note for the Spending Review 2004 Public Service Agreement 2005-2008. Department of Health, U.K.

Thomson S. and Dixon A. Choices in health care: the European experience. Newsletter of the European Observatory on Health Systems and Policies. *Euro-Observer*, 6 (4), 1-4, 2004.

Thomson S., Dixon A., Bech M., Riesberg A. and Dourgnon P. Choice in health care: the European experience. Newsletter of the European Observatory on Health Systems and Policies. *Euro-Observer*, 6 (4), 1-11, 2004.

United Health Europe. Assessment of the Evercare Programme in England 2003-2004. London: United Health, 2005.

Vrangbaek K. and Bech M. County level responses to the introduction of DRG rates for extended choice hospital patients in Denmark. *Health Policy*, 67 (1), 2004.

Wilson T., Buck D. and Ham C. Rising to the challenge: will the NHS support people with long term conditions? *Brit. Med. J.*, 330, 657-661, 2005.

World Health Organization. *The World Health Report 2000: Health System – Improving Performance.* Geneva, World Health Organization, 2000.



# DOCTRINA NACIONAL

---



# SOBERANIA E SUPERAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO

PAULO MARCIO CRUZ\*  
OSVALDO FERREIRA DE MELO\*\*

“Soberania é o conceito, ao mesmo tempo político e jurídico, em que confluem todos os problemas e contradições da teoria positivista do Direito e do Estado Constitucional Moderno”

Luigi Ferrajoli<sup>1</sup>

## RESUMO

Discussão científica sobre os efeitos da globalização na base teórica do Estado Constitucional Moderno e sobre o conceito tradicional de Soberania. Relato panorâmico sobre as mutações sofridas pelo Estado Constitucional Moderno e sua crise atual, com fenecimento do conceito de direitos protegidos por constituições soberanas a

---

\* Pós-Doutor em Direito do Estado Pela Universidade de Alicante, na Espanha. Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina e Mestre em Instituições Jurídico-Políticas também pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professor do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Foi Secretário de Estado em Santa Catarina e Vice Reitor da UNIVALI. Professor visitante permanente na universidade de Alicante, na Espanha, e colaborador na Universidade de Perugia, na Itália.

\*\* Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professor do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

1 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. p.125.

partir da quebra de paradigmas pela realidade capitalista liberal imposta ao mundo após o colapso do leste europeu comunista. Abordagem panorâmica sobre a possibilidade de superação do Estado Constitucional Moderno.

Palavras-chave: Soberania. Estado Constitucional Moderno. Democracia.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O conceito de Soberania, historicamente, esteve vinculado à racionalização jurídica do Poder, no sentido de transformação da capacidade de coerção em Poder legítimo. Ou seja, na transformação do Poder de Fato em Poder de Direito, configurando um dos pilares teóricos do Estado Constitucional Moderno.

Bobbio<sup>2</sup> indica que o conceito de Soberania pode ser concebido de maneira ampla ou de maneira estrita. Em sentido *lato*, indica o Poder de mando de última instância, numa Sociedade política e, conseqüentemente, a diferença entre esta e as demais organizações humanas, nas quais não se encontra este Poder Supremo. Este conceito está, assim, intimamente ligado ao Poder político. Já em sentido estrito, na sua significação moderna, o termo Soberania aparece, no final do Século XVI, junto com o Estado Absoluto, para caracterizar, de forma plena, o Poder estatal, sujeito único e exclusivo da política.

Com a superação do Estado Absoluto e o conseqüente surgimento do Estado Constitucional Moderno, a Soberania foi transferida da pessoa do soberano para a Nação, seguindo a concepção racional e liberal defendida por pensadores como Emanuel Joseph Sieyès, expressa em sua obra *A Constituinte Burguesa* e sistematizada por meio de sua teoria do Poder Constituinte.

Sieyès estabeleceu a doutrina da Soberania da Nação, dizendo que “*em toda Nação livre – e toda Nação deve ser livre – só há uma forma de acabar com as diferenças que se produzem com respeito à Constituição. Não é aos notáveis que se deve recorrer, é à própria Nação*”<sup>3</sup> Foi com essa posição que Sieyès concebeu, racionalmente, o princípio da Soberania da Nação como instrumento de legitimação para a instituição do Estado Constitucional Moderno.

Assim, a proclamação da Soberania como independência ante qualquer poder externo tornou-se uma manifestação característica e essencial do Estado Constitucional Moderno desde seu início. A consolidação do princípio democrático supôs

2 BOBBIO, Norberto et alii. *Dicionário de política*. p. 1179.

3 SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. p. 113.

a reafirmação da Soberania com relação ao exterior, passando a ser proibida qualquer interferência nas decisões internas da comunidade, adotadas livremente por esta. Em muitos casos, como nos movimentos pela independência colonial, estavam unidas aspirações pelo estabelecimento do sistema democrático e a consecução da independência nacional.

A Soberania Nacional, a partir do final da Segunda Guerra Mundial, passou a debater-se para conciliar-se com um fato inegável: que as comunidades políticas – os Estados – passaram a fazer parte de uma sociedade internacional, regida por normas próprias. O Estado Constitucional Moderno Soberano encontrou-se, forçosamente, vinculado a obrigações externas, obrigações estas que tiveram origens muito diversas. Podem ter sido resultado de tratados bilaterais, de convenções multilaterais ou podem ter sido resultado da existência, reconhecida e consolidada, de uma prática costumeira no âmbito internacional<sup>4</sup>.

Hodiernamente, o descumprimento de obrigações internacionais pode acarretar sanções importantes por parte dos outros Estados, normalmente representados por um organismo específico. Progressivamente, o ordenamento internacional passou a dispor de mais armas, jurídicas e econômicas, destinadas a assegurar o cumprimento dessas sanções, sempre numa perspectiva de conflito.

A existência de uma Sociedade internacional e, conseqüentemente, de obrigações vinculantes para o Estado Constitucional Moderno, não é incompatível, em princípio, com a Soberania deste. Tal compatibilidade é resultado do princípio de que os compromissos internacionais do Estado derivam do consentimento deste mesmo Estado.

Hans Kelsen, referindo-se à vinculação do Estado Constitucional Moderno por meio de tratados, escreveu que “*em regra geral, pode-se dizer que o tratado não prejudica a soberania, já que, definitivamente, esta limitação se baseia na própria vontade do Estado limitado; mais ainda: em virtude desta limitação, fica assegurada a soberania estatal*”<sup>5</sup>. Conforme essa construção histórica, o Estado Constitucional Moderno assume voluntariamente suas obrigações internacionais, ficando, dessa forma, submetido ao Direito Internacional por sua própria vontade soberana.

Como reflexo desta concepção, as Constituições passaram a prever que o Estado Constitucional Moderno “soberano” poderia assumir voluntariamente obrigações internacionais. Dessa forma, ficaria ressalvada a doutrina da Soberania. Acrescente-se que essas obrigações dependeriam, pelo menos as mais importantes, da aprovação dos respectivos parlamentos representantes do povo. Mesmo que seja o Poder Exe-

4 CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do direito constitucional*. p. 247.

5 KELSEN, Hans. *Teoria general del derecho y del estado*. p. 421.

cutivo o encarregado de gerir as relações internacionais, passou a ser exigido que os tratados fossem aprovados pelos parlamentos.

Até pouco tempo, essa construção teórica bastava para a discussão sobre a inserção do Estado do âmbito internacional, porém sabe-se que a realidade atual não corresponde a ela. Com a crescente inter-relação e interdependência entre Estados e a consolidação de princípios norteadores do comportamento entre eles foi sendo provocada, de maneira evidente, a consolidação de uma ordem jurídica internacional, cuja força vinculante é difícil de explicar em virtude da “aceitação” de cada Estado.

Antônio Celso Alves Pereira, no mesmo sentido, comenta que a Sociedade internacional, em seu atual estágio, por um lado definido pela interação cultural decorrente das facilidades de comunicação e transportes e, por outro, explicado pela globalização interdependente em vigor no planeta, não pode mais considerar o conceito de Soberania absoluta.<sup>6</sup>

Assim, o presente artigo está embasado em quatro hipóteses. A primeira é aquela que considera o conceito moderno de Soberania em pleno processo de fenecimento. A segunda hipótese opera com os efeitos dos movimentos de integração na Soberania moderna, assim como a terceira hipótese está concebida a partir das mudanças no conceito de Soberania operadas pela globalização. A quarta hipótese sustenta a necessidade de superação do conceito moderno de Soberania.

## 2. A FRAGILIDADE DO CONCEITO DE SOBERANIA

As análises em torno da fragilidade do conceito moderno de Soberania, a primeira hipótese elaborada para esse artigo, não são recentes. Jacques Maritain já questionava o conceito de Soberania em sua obra *El Hombre y el Estado*, dizendo que as razões para assim proceder é o fato de que, em suas origens históricas, a Soberania, como assinalou Jellinek, é um conceito político que foi posteriormente transformado para proporcionar uma base jurídica ao poder político do Estado Constitucional Moderno.

A tese de Maritain é que a filosofia política deveria liberar-se da palavra e do conceito de Soberania. Não porque seja um conceito caduco ou em virtude de uma teoria sociológico-jurídica do Direito objetivo, nem porque o conceito de Soberania cria dificuldades e confusões teóricas insuperáveis no campo do Direito Internacio-

---

6 PEREIRA, Antônio Celso Alves. *Soberania e pós-modernidade*. In *O Brasil e os novos desafios do direito internacional*. p.631.

nal, mas sim porque, tomado em seu autêntico sentido e na perspectiva do campo científico a que pertence (o da filosofia política), este conceito é intrinsecamente ilusório e não pode fazer outra coisa a não ser extraviar aqueles que continuem empregando-o com o pretexto de que foi aceito universalmente e por muito tempo para poder rechaçá-lo, negando-se a ver as conotações errôneas que são inseparáveis dele. O conceito de Soberania<sup>7</sup>, como escreveu Kelsen na conclusão de seu célebre ensaio de 1920 sobre o tema, deve ser resolvido de forma radical. Esta, segundo o doutrinador austríaco, seria a primeira revolução da consciência cultural necessária.

Maritain<sup>8</sup> afirma ainda que reconhece o direito do corpo político à autonomia plena, como direito natural e, inclusive, inalienável, entendido no sentido de que ninguém pode subtrair esse direito do cidadão pela força. Mas de nenhuma maneira no sentido de que a plena independência em questão seja inalienável em si mesma e o corpo político não possa abandonar livremente seu direito à plena autonomia se reconhece que não é já uma Sociedade “perfeita” e que se basta em si mesma e consciente em entrar numa Sociedade política mais ampla. Com isso ele já antevia a possibilidade de uma “Sociedade das Sociedades”, transnacional, numa posição extremamente avançada.

Em conseqüência, nem o primeiro elemento inerente à Soberania autêntica, ou seja, o direito *natural e inalienável* à independência e ao poder supremos, nem o segundo elemento inerente àquela, ou seja, o caráter “*absoluto e transcendentemente supremo*” desta independência e deste poder, que na autêntica Soberania são supremos separadamente do todo governado pelo Soberano e *por cima* desse todo, podem ser atribuídos de maneira alguma ao Estado Constitucional Moderno, que não é e nunca foi jamais autenticamente soberano.<sup>9</sup> Os conceitos de Absolutismo e Soberania foram forjados juntos no mesmo forno. Com relação ao Poder Público, o primeiro conceito já foi superado e o segundo apresenta evidentes sinais de exaustão.

Toda vez que prevalece a idéia de um organismo internacional, sem que haja a hegemonia de uma Nação ou de um grupo de nações, estamos, é verdade, superando o conceito de Estado Constitucional Moderno, cujo atributo principal é a Soberania, que tem dificuldade para conviver com a idéia de um sistema transnacional.

Sob esse ângulo, também, o Estado Constitucional Moderno Soberano não se sustenta. Na verdade, em face da economia mundial, a par do fenômeno das comunicações velozes, a Soberania estatal perde sua substância. A globalização da economia ge-

7 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. p.126.

8 MARITAIN, Jacques. *El hombre y el estado*. p.55.

9 MARITAIN, Jacques. *El hombre y el estado*. p.56.

rou relações de interdependência, nas quais os Estados têm sido, no mínimo, obrigados a reunirem-se em grupos, as fronteiras comerciais desaparecem e a moeda nacional será, pouco a pouco, substituída por outro instrumento comum de troca e de compra e venda. Criados os grupos, sem nenhuma conotação étnica, o passo subsequente será a execução de uma política de alinhamento não mais de países, mas de grupos, até a economia mundial tornar-se hegemônica – se já não o é – e as fronteiras econômicas desaparecerem.

É possível que o movimento de globalização<sup>10</sup>, com a intervenção de novos pressupostos democráticos, impulse outras formas de integração que permitam o início de uma caminhada em direção a uma maior fraternidade universal e a um desenvolvimento comum solidário.

O exame da realidade do mundo, nos dias de hoje, bem como as modificações havidas na trajetória histórica do Estado Constitucional Moderno, levam à verificação de que houve uma mudança estratégica na postura dos Estados, tanto no plano internacional como no interno, caminhando-se, a passos largos, para a superação de sua base teórica, conforme ele foi concebido como nacional, territorial e soberano.

Os ordenamentos jurídicos estatais, dessa forma, passaram a reconhecer, com maior ou menor intensidade, a intensa influência do meio externo, pelo menos no que diz respeito às suas regras mais universais. É de se destacar também que o princípio da “voluntariedade” da sujeição dos Estados às normas internacionais se vê também consideravelmente marcado pelo da incorporação dos Estados por organizações comunitárias transnacionais<sup>11</sup> que supõem uma limitação da Soberania, já que uma vez efetuada é praticamente irreversível.

Essa realidade alterou a característica mais evidente do Estado Constitucional Moderno, como forma de organização política, que é o tipo de poder que pretendeu exercer territorialmente, independente das características, pessoais ou sociais, dos membros da sua população. A evolução histórica definiu o poder do Estado Constitucional Moderno com um adjetivo que pretendeu resumir suas capacidades essenciais: o poder do Estado seria um poder Soberano.

A idéia de Poder Soberano, no sentido de poder supremo e irresistível desenvolveu-se historicamente na medida em que um dos poderes medievais, o do Rei, cresceu com a idéia do absolutismo, assumindo funções públicas em caráter de

10 O termo Globalização indica o transbordamento das fronteiras do Estado Constitucional moderno, a partir da hegemonia do capitalismo e do avanço do neo-liberalismo. Apesar de questionável, é ainda o melhor termo para caracterizar a mudança global que tomou impulso com a derrocada do comunismo do leste europeu.

11 O termo “transnacionais” significa que os estados nacionais passam a relacionar-se, no âmbito externo, a partir de pressupostos de solidariedade, com a preservação da capacidade de decisão interna, superando o sentido conflitivo e de disputa dos termos “internacional” e “supranacional”.

exclusividade, como a administração da justiça, emissão de moeda, manutenção de forças armadas, entre outras, o que o situava acima das demais instâncias de poder e organizações.

O conceito de Soberania aparece definitivamente concebido por Jean Bodin<sup>12</sup>, em sua obra **Os seis livros da república**, de 1575. Foi um conceito elaborado num determinado momento histórico, quando se produzia a afirmação da monarquia absoluta como regime de governo capaz de assegurar a paz social, tanto frente às guerras religiosas como diante de potenciais invasores ou poderes externos, como o Papado de Roma.

Por isso a Soberania aparecia como uma prerrogativa – ou um poder – supremo, tanto frente a instâncias interiores como exteriores.

Esse caráter supremo, predicado que num primeiro momento foi do “soberano”, foi mantido como prerrogativa estatal e teve acolhida nos textos constitucionais desde 1789 até nossos dias, normalmente com a indicação de que a Soberania pertence à Nação.

Assim, o conceito e o exercício da Soberania evoluíram historicamente, tendo começado com a Monarquia Absoluta e, posteriormente, absorvidos pelo Estado Constitucional Moderno, tanto quanto às suas dimensões como quanto a seu titular concreto – primeiro o Rei e depois a Nação – dentro do Estado. A Soberania podia ser definida como poder de autodeterminação. Seria o poder que teria uma comunidade nacional alçada em Estado, de dizer aos demais Estados que seria senhora do seu destino político, não admitindo qualquer interferência exterior nos assuntos de seu exclusivo interesse.

Com a atuação dos diversos fatores que surgiram com a globalização capitalista, está evidente a emergência de uma nova concepção de Soberania, ajustada aos interesses liberais do mercado. Esse movimento está ligado, principalmente, a dois fatores<sup>13</sup>:

1 – o fim dos países socialistas do leste europeu e o conseqüente desaparecimento do bloco de oposição à mundialização da economia de mercado e do capitalismo; e

12 Jean Bodin, economista e jurista francês, nasceu em Angers, em 1529 e morreu em Laon, em 1596. Professor de Direito em Toulouse, depois advogado em Paris, publica em 1568 sua *Réponse au paradoxe de Monsieur Malestroit: l'enrichissement de toutes choses et le moyem d'y remédier*, uma das primeiras obras de economia política, na qual pôs em relevo o papel da moeda. Conselheiro do Duque de Aleçon (1517), defende a liberdade de consciência durante as Guerras de Religião. Procurador do Rei em Laon, sua principal obra é *La République*, de 1578, uma espécie de “anti-Maquiavel”, tendo alcançado êxito mundial e fundando os princípios do pensamento político moderno.

13 ALBERT, Michel. *Capitalismo contra capitalismo*. p.76.

2 – o efetivo desenvolvimento tecnológico e científico dos meios de comunicação e dos ambientes virtuais adotados pelas instituições financeiras e pelos operadores de comércio internacional.

O pretenso Poder Soberano do Estado Constitucional Moderno, pode-se dizer, encontra-se em adiantado processo de deterioração. Não é o Poder que desaparece, mas sim uma forma específica de sua organização e que teve seu ponto forte no conceito jurídico-político de Soberania.

A importância histórica dessa concepção está em haver objetivado uma conciliação entre Poder e Direito, entre ser e dever-ser. Essa síntese, sempre problemática, mas possível, buscou identificar um Poder supremo e absoluto, mas submetido à Lei, com o Poder da Sociedade política.

Com a crise dessa concepção de Soberania, vários autores indicam uma leitura atenta dos fenômenos políticos que estão ocorrendo. Como escreve Bobbio,<sup>14</sup> é preciso proceder a uma nova síntese jurídico-política capaz de racionalizar e disciplinar juridicamente as novas formas de Poder, as novas autoridades que estão surgindo.

Esse processo de fenecimento da Soberania Moderna está, como indica a doutrina aqui colecionada, vinculado com o fenecimento do próprio Estado Constitucional Moderno.

Tanto é assim, que no âmbito político já existe uma contradição, ou uma brecha, entre a idéia de Estado Constitucional Moderno Soberano, por um lado, e a realidade de um mundo multipolar, no qual se produz uma crescente transnacionalização dos processos de decisão política. Tudo isso afeta de forma importante o princípio da Soberania estatal moderna. É difícil encontrar ou identificar, atualmente, alguma Soberania que seja como aquela concebida pelas luzes da modernidade. As fronteiras são permeáveis e perdem seu significado quando, atores não-estatais, podem comunicar-se através do espaço.<sup>15</sup> O Estado Constitucional Moderno deixou de ser um ator unitário para converter-se num marco a mais, não o único, no qual se negociam e resolvem as diferenças políticas. A ação coletiva cada vez escapa mais da jurisdição do Estado Constitucional Moderno. Por isso, fica cada vez mais difícil manter a idéia do Estado como garantia – ou depositário – do interesse geral.

Joana Stelzer, por exemplo, trata do fenecimento da Soberania estatal apontando que o Estado perdeu a competência para deliberar acerca de interesses pátrios, tais como o do comércio internacional, restando transferida para instituições de natureza supranacional a missão de sentar-se à mesa de negociações com terceiros países. Passí-

14 BOBBIO, Norberto et alii. *Dicionário de política*. p. 1188.

15 JÁUREGUI, Gurutz. *La democracia planetária*. p.66.

vel de responsabilidade por um lado, incompetente por outro, o Estado Constitucional Moderno não é mais concessor do Direito, mas instrumento nas integrações regionais. Na esfera da integração, caracterizada por uma nova interpretação da soberania, a deliberação última já não é do Estado, eis que transferiu o poder de normatizar, executar e julgar determinados assuntos para instituições de viés supranacional.<sup>16</sup>

### 3. SOBERANIA E INTEGRAÇÃO

A relativização do conceito de Soberania e mesmo do poder supremo do Estado tornou-se cada vez mais evidente, principalmente por conta do fenômeno chamado de integração em comunidades supraestatais – ou supranacionais – que afeta, decisivamente, muitos países, principalmente os europeus ocidentais. Como escreve Dobrowolski<sup>17</sup>, também deve ser objeto de consideração, a real perda do poder soberano do Estado, com a ascensão de novas fontes de produção jurídica. No nível externo, o fenômeno das integrações regionais exclui da capacidade decisória da organização estatal diversos tópicos, que passam a serem regidos por meio de acordos internacionais. É a segunda hipótese trazida para a discussão.

A interdependência entre os diferentes Estados faz com que todos eles devam ter em conta a reação da comunidade transnacional no momento de adotar decisões as mais diversas. Mais precisamente, o desenvolvimento de organizações transnacionais – ou comunitárias, como gostam alguns autores - levou muitos Estados a renunciarem – implícita ou explicitamente – à sua independência de ação, em muitas áreas, em favor de outros países – no caso de alianças militares com países mais fortes – ou em favor de organizações de Estados, cujo exemplo mais paradigmático é o da União Européia.

Como resultado desse processo de transnacionalização do Estado Constitucional Moderno, poderes que antes eram atribuídos ao Rei, à Nação, ao Povo ou ao Estado, estão agora, inclusive juridicamente, transferidos para outras esferas. Assim, a Soberania atual não se caracteriza como uma qualidade inalterável, que pode definir-se como um conteúdo permanente e indissolúvel. Muito pelo contrário. Muitos dos poderes do Estado Constitucional Moderno, como o de legislar, tributar ou julgar, hoje, estão transferidos a outras instâncias.

16 STELZER, Joana. *De Soberano a Membro: o papel do estado inserido na dinâmica comunitária européia.* p 193-205.

17 DOBROWOLSKI, Sílvio. *A constituição no mundo globalizado.* p.305.

Também se deve ter em conta a relativização do conceito clássico de Soberania diante do processo de globalização econômica, pois já não são os governos do Estado Constitucional Moderno que manejam sozinho os rumos da economia. Os “mercados” podem, atualmente, inviabilizar muitos Estados, principalmente os ditos emergentes ou em desenvolvimento.

Como é óbvio isso pode supor, num futuro não muito longínquo, a alteração da concepção básica do próprio Estado Constitucional Moderno, levando à sua superação, o que será considerado de maneira mais veemente mais adiante.<sup>18</sup>

Quando se fala em “integração” transnacional está-se falando de algo muito além da mera cooperação. Não só o Estado Constitucional Moderno contrai obrigações vinculantes (caso dos tratados internacionais clássicos) ou, mais do que isso se submete ao controle de organismos transnacionais quanto ao seu cumprimento (como é o caso das Convenções Européia e Americana de Direitos Humanos), transferindo poderes a esses organismos, que se convertem em titulares de competências que antes lhe pertenciam: o poder deste, portanto, se “esvazia” paulatinamente.

O Estado de base nacional, que surgiu na Idade Moderna, perdura até os dias de hoje. Contudo, a partir dele, com base nele, mas em superação a ele, ao longo da Idade Contemporânea se desenvolveu uma progressiva relativização da Soberania, que está culminando presentemente na constituição da Comunidade ou União supranacional, na Europa, cuja força cultural ainda é a locomotiva da civilização ocidental. Assim como os feudos se globalizaram em estados nacionais, agora na evolução européia o processo de união continua pela globalização dos estados nacionais em comunidade supranacional<sup>19</sup>. Esse processo se desenvolve tendo origem e base na formação de um mercado comum, antes suprafeudal e agora supranacional, mas, partindo desse fundamento econômico, tem por seqüência e consequência a constituição de nova sociedade política por coligação e relativização, antes dos domínios feudais e agora das soberanias nacionais.

O exemplo da Comunidade Econômica Européia e sua progressiva construção podem ser considerados um paradigma neste processo.<sup>20</sup>

18 CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do direito constitucional*. p.48.

19 BARROS, Sergio Rezende de. *Noções sobre o Estado Democrático de Direito*. [www.srbarros.com.br/aulas](http://www.srbarros.com.br/aulas) Acessado em 10/10/05.

20 Diversos instrumentos jurídicos contribuíram para a estruturação desta Comunidade. Primeiramente, os tratados que criaram a Comunidade Européia do Carvão e do Aço, assinados em Paris, em 1951, a Comunidade Econômica Européia, assinado em Roma, em 1957, e a Comunidade Européia da Energia Atômica, assinado também em Roma e no mesmo ano.

A amplitude da Comunidade Econômica Européia foi sendo efetivada mediante diversos tratados de adesão, e seu desenvolvimento institucional, no tocante às suas competências, prosseguiu por meio da aprovação da Ata Única Européia, em 1987, e o Tratado da União Européia, assinado em Maastricht, em 1992.

O processo de transformação da Comunidade Econômica Européia em União Européia foi baseado, essencialmente, na cessão de competências – ou Soberania – pertencentes aos Estados-membros para a Comunidade e para a União Européia. E isso com uma importante particularidade: não se trata de competências enumeradas taxativamente, mas de competências que se definem de forma indireta.

Por outro lado, esse traslado de Soberania supôs que os órgãos da União Européia irão exercê-la de modo a espargir seus efeitos sobre todos os Estados-membros e, dentro destes, sobre os cidadãos, impondo-se sobre as normas internas desses Estados.

Esse novo Direito, chamado de Comunitário, e as instituições que o criaram e passaram a aplicá-lo não representaram um conjunto desorganizado ou incoerente de normas e poderes. Passaram a ser expressão, pelo contrário, de uma estrutura coordenada, com ordenamento jurídico próprio para o cumprimento de determinados fins. António Fernandes<sup>21</sup> aborda essa questão quando trata do Direito Internacional Europeu e do Direito Internacional, entendendo que o primeiro está matizado pelo segundo, mas as organizações européias também praticam atos jurídicos que escapam às regras do Direito Internacional e estão mais próximos das normas jurídicas do direito estadual. E são esses atos, previstos nos tratados originários (constitutivos), que consubstanciam a autonomia do ordenamento jurídico desta organização.

O crescimento dos poderes e funções da União Européia não deixou de suscitar reações, como seria esperado, desde a perspectiva da Soberania nacional. As reações acontecem, principalmente, com relação a dois aspectos: como deve ser feita a transferência de Soberania dos Estados-membros para a União Européia e quais seriam os limites dessa transferência.

Mas aconteceram também reações a partir de posições contrárias à globalização da economia, fatalmente vinculadas à formação de comunidades de Estados com fins econômicos. José Eduardo Faria<sup>22</sup> assinala que com o gradativo fenecimento do Estado Constitucional Moderno, a Soberania vai sendo erodida na mesma velocidade com que a política tradicional se descentraliza, desterritorializa e transnacionaliza, conduzindo, assim, a uma outra importante questão: como a globalização vai levando a “racionalidade do mercado” a se expandir sobre âmbitos não especificamente econô-

21 FERNANDES, António José. *Direito institucional europeu*. p. 380-381.

22 FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica*. p.143.

micos, as fronteiras entre o público e o privado tendem a se esfumarem e os critérios de eficiência e produtividade a prevalecer às custas dos critérios “sociais” politicamente negociados na Democracia Representativa.

De qualquer maneira, pode-se dizer que a Soberania dos Estados-membros, em organizações como a União Européia, continua sendo mantida. Mesmo que essa manutenção seja meramente formal. A União Européia está definida como uma organização com vontade de permanência indefinida. Os poderes cedidos à União Européia muito provavelmente não voltarão mais aos Estados cedentes. Além disso, esses poderes – que na prática são irrecuperáveis – aumentam continuamente, subtraindo dos Estados-membros mais âmbitos da Soberania.

As reformas constitucionais são, portanto, a melhor expressão da força integradora que obriga os Estados a mudarem sua própria Constituição para adaptá-la a processos de integração.

Recentemente, o movimento para aprovação de uma Constituição Européia sofreu um sério revés. França e Holanda rejeitaram, em plebiscitos ou referendos, a Carta Constitucional européia que estava sendo proposta. O impacto da negativa por parte desses dois países foi tão grande porque são membros fundadores e grandes contribuintes para o orçamento da União Européia. Mas esse fato, ao contrário de indicar um retrocesso no processo de transnacionalização da Europa, mostra que a nova ordem que seria criada a partir da Constituição Européia não poderá apenas considerar fatores econômicos.

A dimensão, relativizada, da Soberania e da Constituição diante do processo de integração da Europa não suportaria uma “nova modernidade liberal e capitalista”.

#### 4. SOBERANIA E GLOBALIZAÇÃO

A mundialização atua restritivamente sobre as “senhas” da Soberania. Um enfoque geral pode não ser suficiente, na medida em que possa marginalizar uma parte muito importante dos dados. Efetivamente, ainda que seja característico do atual processo de superação do Estado Constitucional Moderno, a cessão (ou desaparecimento) de algumas de suas funções tradicionais, seja a favor de órgãos supranacionais, seja em favor dos poderes privados, existe uma área na qual o processo parece haver se invertido. Trata-se dos controles de fronteiras e, em geral, dos processos migratórios.

Em todo caso, não parece existir teoria capaz de integrar adequadamente o processo de liquefação do Estado Constitucional Moderno como resultado da mun-

dialização e o simultâneo reforço dos controles de imigração. Sem dúvidas, até agora as teorias sobre a mundialização ignoraram esses fatos e ativeram-se, principalmente, à crise da Soberania Moderna.<sup>23</sup> Opera-se aqui a discussão da terceira hipótese de pesquisa nesse artigo.

As piores conseqüências nesse sentido, como observa Michel Albert,<sup>24</sup> e como tem sido ao longo da história do Estado do Estado Constitucional Moderno, estão se manifestando em países pobres ou em desenvolvimento. Como diz Albert, atualmente estão os ricos ainda mais ricos e pobres cada vez mais lisos (sem recursos), iletrados e excluídos.

Dessa maneira, o Estado Constitucional Moderno acaba subordinado a um tipo de constitucionalismo mercantil global, não dirigido a controlar os poderes, mas sim a liberá-los, elevando a uma série de interesses corporativos as normas do ordenamento jurídico internacional. A dependência das sociedades nacionais às empresas e financeiras transnacionais é de tal ordem, que qualquer pronunciamento de agências privadas internacionais de avaliação de crédito e risco acabam provocando instabilidade política, provocando crises monetárias, enfim, criando dificuldades de toda ordem para o Estado Constitucional Moderno.<sup>25</sup>

Esse fenômeno, por sua vez, se traduz numa degradação do Direito do Estado Constitucional Moderno, que tem que co-existir com um Direito, não oficial, ditado por múltiplos centros criadores de normas jurídicas. Estes centros, por seu poder econômico, acabam transformando seus interesses em normas jurídicas, disputando com o Estado o monopólio da violência e do Direito.<sup>26</sup>

O grande desafio neste século XXI será encontrar uma nova forma de organização político-jurídica que compatibilize estas tendências de globalização econômica com a necessidade premente de distribuição de riquezas, de justiça social e de uma nova concepção de civilização.

O exame da realidade do mundo, nos dias de hoje, bem como as modificações havidas na trajetória histórica do Estado Constitucional Moderno, levam à verificação de que houve uma mudança estratégica na sua postura, tanto no plano internacional

23 DEL CABO, Antonio. *Constitucionalismo, mundialização e crise del concepto de soberania: alguns efectos em América Latina y e Europa.* p.20.

24 ALBERT, Michel. *Capitalismo contra capitalismo.* p.292.

25 PEREIRA, Antônio Celso Alves. *Soberania e pós-modernidade.* In *O Brasil e os novos desafios do direito internacional.* p.631

26 DEL CABO, Antonio. *Constitucionalismo, mundialização e crise del concepto de soberania: algunos efectos em América Latina y e Europa.* p.32.

como no interno, caminhando-se, a passos largos, para a superação de seu conceito jurídico, conforme ele foi concebido como nacional, territorial e soberano.<sup>27</sup>

Sob o ângulo econômico, também o Estado Constitucional Moderno Soberano não se sustenta. Na verdade, em face da economia mundial, a par do fenômeno das comunicações velozes, a soberania estatal perde sua substância. A planetarização da economia gerou relações de interdependência, na quais os Estados têm sido, no mínimo, obrigados a reunirem-se em grupos, as fronteiras comerciais desaparecem e a moeda nacional será, pouco a pouco, substituída por outro instrumento comum de troca e de compra e venda.

Com o advento da globalização econômica, podemos constatar a crise ou o declínio do Estado Constitucional Moderno, decorrente da transnacionalização da economia, respaldada pela teoria econômica do neoliberalismo, em face da gradual erosão da Soberania, da obsolescência das fronteiras nacionais, do retraimento da esfera pública em favor do mercado e da perda dos direitos políticos dos cidadãos como resultado do esvaziamento da sua participação política.<sup>28</sup>

Países como o Brasil que, assim como toda América Latina, desde sua independência se debatem para encontrar seu modelo de desenvolvimento completo, não só o econômico, está no “olho do furacão” da economia globalizada e encontram dificuldades em vislumbrar – e propor - outras alternativas, pelo menos a curto e médio prazos.

O Estado Constitucional Moderno não consegue mais dar respostas minimamente consistentes às sociedades atuais. Mesmo nos países ricos, como já registrado, está sendo substituído por conglomerados financeiros e industriais ou dominado por seus tentáculos.

A noção de Estado Constitucional Moderno Soberano se transforma cada vez mais em uma categoria oca e sem conteúdo. É um mero critério formal de caracterização. É provável que se esteja vivendo o “tempo de transição” entre a modernidade e a era que a substituirá e, em conseqüência, de superação da Soberania Moderna.<sup>29</sup> Hoje, graças à rapidez das comunicações, todos os fatos que ocorrem no mundo são de interesse de todos os habitantes do planeta, assim como nenhuma parte do planeta pode ser esquecida.

Deve ser objeto de consideração a real perda do poder soberano do Estado, com a ascensão de novas fontes de produção jurídica. Em nível externo, como já foi

27 POLETTI, Ronaldo. *Estado brasileiro: reforma e superação democrática*. p.142.

28 LIMA, Abili Lázaro Castro. *Globalização econômica e crise dos estados nacionais*. In *Repensando a teoria do estado*. p.154.

29 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. p.149.

visto, o fenômeno das integrações regionais exclui da capacidade decisória da organização estatal diversos tópicos, que passam a serem regidos por meio de acordos internacionais.<sup>30</sup>

Tudo leva a crer que o principal fator dessas crises cíclicas esteja localizado exatamente no próprio Estado Constitucional Moderno. Ou, melhor dizendo, é o próprio Estado Constitucional Moderno.

Pode-se especular, já sem muita preocupação com erro essencial, que o Estado – pelo menos o Estado Constitucional Moderno surgido das revoluções burguesas do Século XVIII – já seja uma construção político-jurídica insuficiente para atender à complexidade da Sociedade atual.<sup>31</sup> Os motivos pelos quais o Estado Constitucional Moderno foi concebido há mais de dois séculos, como o individualismo, capitalismo, economia de mercado e acumulação de riqueza ilimitada, em suas versões globalizadas, podem determinar seu desaparecimento.

Essa tendência colabora para modificar substancialmente a Soberania como um dos paradigmas teóricos fundamentais sobre os quais se há sustentado o poder e a legitimidade do Estado Constitucional Moderno. Na verdade, nos encontramos diante de uma profunda crise do Estado Constitucional Moderno, tal como foi concebido até o presente.

Definitivamente, a Soberania no seu sentido clássico deixou de existir. Trata-se, agora, de uma Soberania limitada, compartilhada ou parcial, coisa que é contraditória com sua própria definição. A noção de Estado Constitucional Moderno Soberano, desenvolvida nos séculos XVII e XVIII, se constituiu num autêntico progresso em comparação com a noção de feudalismo da Idade Média, mas hoje se converte num verdadeiro freio para questões vitais para a sobrevivência do mundo. Nesse sentido, o Estado Constitucional Moderno tornou-se muito pequeno para os grandes problemas e demasiado grande para os pequenos problemas, em referência que Oller I Sala faz a Daniel Bell<sup>32</sup>.

Ou como escreve Ulrich Beck<sup>33</sup>, ao afirmar que a Soberania da informação, por exemplo, do Estado Constitucional Moderno, como parte da Soberania política, faleceu. O Estado Constitucional Moderno já não pode continuar vivendo esse ambiente de conflito internacional. Sua atuação fora de suas fronteiras é desastrosa.

30 DOBROWOLSKI, Sílvio. *A constituição no mundo globalizado*. p.305.

31 OLLER I SALA, M. Dolors. *Un futuro para la democracia: una democracia para la gobernabilidad mundial*. p10.

32 BELL, Daniel. *El advenimiento de la sociedad post-industrial: un intento de prognosis social*. p.45.

33 BECK, Hulrich. *Qué es la globalización: falácias del globalismo, respuestas a la globalización*. p.38.

O Estado Constitucional Moderno verdadeiramente Soberano, na acepção do termo, não poderia jamais abandonar sua Soberania e nem consentir que fosse restringida.<sup>34</sup> Enquanto o corpo político, que não é soberano, mas tem direito à plena autonomia, pode livremente abandonar esse direito – à autonomia – se reconhece que já não é uma Sociedade perfeita e decide entrar numa Sociedade mais vasta, verdadeiramente dotada dos pressupostos de uma Sociedade justa, transnacional, pautada por solidariedade e cooperação.

O futuro do Estado Constitucional Moderno é certamente voltado ao seu esgotamento.<sup>35</sup> Deve-se ter em conta que os atuais estados constitucionais modernos constituíram, em seu momento, uma resposta institucional necessária diante de novas formas de organização social surgidas depois da Idade Média. Está-se numa situação semelhante, atualmente. Tudo dependerá da capacidade para teorizar outro tipo de Estado, fora dos paradigmas teóricos do Estado Constitucional Moderno.

Resta saber quem serão os substitutos de Descartes, Bodin, Hobbes, Rousseau, Adam Smith, Mill, Locke, Constant, Kant e Sieyès, para citar apenas alguns dos “construtores teóricos” daquilo que seria uma inevitabilidade histórica, como afirmou Francis Fukuyama<sup>36</sup>.

## 5. A SUPERAÇÃO DO CONCEITO MODERNO DE SOBERANIA

Ultrapassada a idéia de Soberania estatal ou nacional, vencida a retórica do Estado meramente burguês de Direito, afastado tanto o liberalismo como o socialismo autocrático, a falsa democracia liberal e o sonho revolucionário, fundado em Hegel ou em Marx, a representação oligárquica e a reação das massas, decretado o fim do Estado-Patrimonial e do Estado-Assistencialista, as reformas se impõem por conta própria, indiferentes às nossas vontades. Elas decorrem da inexorável marcha do término de um ciclo, simbolizado no Estado Constitucional Moderno que se exauriu. É a constatação que serve de base para a quarta hipótese trabalhada nesse artigo.

O fato não serve para a realização do sonho anarquista com o desaparecimento de toda a autoridade, mas para uma nova ordem pública transnacional, na qual, no lugar da situação anárquica – essa sim – da convivência entre Estados-nacionais ou

34 MARITAIN, Jacques. *El hombre y el estado*. p.216.

35 OLLER I SALA, M. Dolors. *Un futuro para la democracia: una democracia para la gobernabilidad mundial*. p.26.

36 Ver a obra *O fim da história e o último homem*, de Francis Fukuyama, editada no Brasil por Edições Loyola, em 2006.

da pretensão de um Estado-mundial, haja solidariedade democrática entre os povos, somente possível com o desaparecimento das fronteiras econômicas, sociais, raciais, políticas e culturais da modernidade.<sup>37</sup>

O aparato político destinado às decisões do Poder Público, no Estado Constitucional Moderno, está cada vez mais tenso, exausto, sobrecarregado, afogado em dados fúteis e enfrentado por perigos estranhos.<sup>38</sup>

O que estamos vendo, por conseguinte, são fazedores de política do governo incapazes de tomar decisões de alta prioridade (decidindo muito mal) enquanto se agitam freneticamente para tomar milhares de decisões de importância menor e, frequentemente, triviais. Mesmo quando grandes decisões são tomadas, geralmente vêm tarde demais e raramente atendem aquele objetivo para o qual foram destinadas.

Não é demais anotar que a noção de Estado Constitucional Moderno Soberano se transforma cada vez mais em uma peça de ficção. É um mero critério formal na caracterização do Estado. Vive-se, atualmente, o início do desaparecimento do Estado Constitucional Moderno e, em consequência, do próprio conceito de Soberania Moderna.

Não é demais dizer que não há nada sob o sol que seja absolutamente novo e que simplesmente nos encontramos diante de uma nova fase do internacionalismo próprio do sistema capitalista. Mas parece ser um equívoco não avaliar que agora, pela primeira vez, estão criados uns espaços situados além das fronteiras nacionais e do Estado Constitucional Moderno, que estão articulados com âmbitos próprios de atuação, mesmo que, de vez em quando, tenham algumas fixações territoriais ou “nacionais”, mas que também são relativas. Existem alguns poderes móveis, resistentes aos limites das fronteiras, que vivem nesses espaços sem lei, sem ordem, sem Rei nem caudilho. Alheios à Soberania Moderna.

O Estado Constitucional Moderno, diz Isidre Molas,<sup>39</sup> ao mesmo tempo em que viu a Sociedade diversificar suas reivindicações, fragmentou os espaços, que se superpõem em ordens diferentes e simultâneos, não necessariamente coerentes. Isso acontece de uma maneira tal que resulta difícil manter a concentração em determinados objetivos quando há uma complexidade social elevada. O Estado Constitucional Moderno (ou os países) não são soberanos sobre seus territórios e as pessoas que vivem – ou passam por – neles, no sentido de potestade.

A configuração atual de muitos Estados Constitucionais Modernos europeus é resultado de movimentos de caráter nacionalista que buscavam a organização es-

37 POLETTI, Ronaldo. *Estado Brasileiro: reforma e superação.* p.109 a165.

38 TOFFLER, Alvin. *A terceira onda.* p.388.

39 MOLAS, Isidre. *Por um nuevo pacto social.* p.44.

tatal de grupos étnicos e culturais antes divididos – como a Alemanha e a Itália – ou a independência de grupos desse tipo integrados em Estados multi-étnicos, como foi com o Império Austro-Húngaro e, mais recentemente, com a União Soviética. O movimento nacionalista também matizou o processo de descolonização na Ásia, na África e na América Central e do Sul.

Atualmente é muito difícil admitir que a referência à Nação como base humana do Estado Constitucional Moderno seja equivalente a uma noção linguístico-cultural<sup>40</sup>. O conceito de Nação como grupo homogêneo, definido por características socioculturais ou religiosas comuns não se conjuga facilmente com a realidade dos Estados Constitucionais Modernos, por conta dos seguintes pontos:

- a) em alguns casos, a proclamação, ou reconhecimento, de uma entidade nacional foi produzida em países com uma clara pluralidade de comunidades culturais. Este é o caso, por exemplo, da Espanha e da Bélgica. Nesses casos, a Constituição reconhece o pluralismo cultural interno, ao admitir a existência, dentro da Nação, de comunidades – no caso da Bélgica – e nacionalidades – no caso da Espanha – com características culturais próprias;
- b) os movimentos migratórios foram os grandes responsáveis pela eliminação da homogeneidade cultural. É cada vez maior o número de Estados que começaram sua trajetória histórica com uma população mais ou menos homogênea cultural, étnica e lingüisticamente que, com as seguidas ondas migratórias, tiveram alterado essa composição nacional. Em muitos casos, os novos grupos nacionais permanecem intactos, mesmo convivendo sob um mesmo Estado Constitucional Moderno, ou fazendo parte da mesma “Nação Jurídica”;
- c) as tentativas de manter uma identificação jurídica entre “Nação” e “grupos étnico-culturais” acabaram por dividir a população do Estado Constitucional Moderno, em alguns lugares, em castas, segundo sua maior ou menor vinculação ao grupo “nacional”. Os exemplos da Alemanha de Hitler e do *apartheid* na África do Sul são eloqüentes a este respeito. Ao contrário, as pretensões do Estado Constitucional Moderno se baseiam na igualdade e não-discriminação, condenando os tratamentos desiguais por motivos étnicos, religiosos etc., ou seja, precisamente mediante daqueles motivos que se associam ao feito “nacional”.

---

40 Sobre isto ver, em especial, a obra *Fundamentos de ciência política*, coord. por André de Blas Guerrero e Jaime Pastor Verdu, p.133 e s.

O conceito jurídico-constitucional de Nação não pode, dessa forma, referir-se a diferenças de caráter étnico, cultural, religioso ou lingüístico. A identificação entre Nação Cultural e Nação Jurídica e Política é, de certa forma, questionável. Por isso, a referência à Nação como base humana da organização estatal não pode ser entendida além de uma referência à Nação Jurídica. Isso sim, mesmo com os problemas já apontados, é compatível com populações mono ou pluri-nacionais.

A globalização questiona um pressuposto fundamental da primeira modernidade, ou seja, essa construção lógica que Adam Smith denominou de “nacionalismo metodológico”.

Com a globalização, em todas as suas dimensões, surge frente a isso não só uma nova multiplicidade de conexões e relações entre Estados e Sociedades, mas, além disto se arraiga com maior força a estrutura dos pressupostos teóricos que o idealizavam, organizavam e viviam até agora as Sociedades e os Estados como unidades territoriais reciprocamente delimitadas.<sup>41</sup> A globalização rompeu a unidade do Estado Constitucional Moderno, estabelecendo novas relações de poder e competitividade, com conflitos internos e transnacionais.

A Soberania, um dos paradigmas do Estado Constitucional Moderno que convertia o poder estatal num poder supremo, exclusivo, irresistível e substantivo, único criador de normas e detentor do monopólio do poder de coação física legítima dentro de seu território, ao tempo que único interlocutor autorizado a falar com o exterior, está se desmanchando, o que faz afundar os alicerces sobre os quais se sustentava a teoria clássica do Estado Constitucional Moderno, como escreve Oller I Sala.<sup>42</sup> Por outro lado, a perda da eficiência do Estado Constitucional Moderno provocou a erosão de sua legitimidade perante o cidadão. O Estado Constitucional Moderno cada vez oferece menos respostas às demandas de segurança e desenvolvimento. É cada vez menos Soberano.

Esta crise do Estado Constitucional Moderno é uma crise histórica que terá repercussões diversas. Sem dúvidas, será de responsabilidade da cultura jurídica e política utilizar esta “razão artificial” que é o Direito, e que já no passado modelou o Estado Constitucional Moderno em suas relações internas, para orientar os itinerários que passam, evidentemente, como escreve Ferrajoli<sup>43</sup>, pela superação democrática deste mesmo Estado Constitucional Moderno e a re-fundação do Direito Internacional, não já sobre a Soberania, mas sobre a autonomia dos povos.

41 BECK, Hulrich. *Qué es la globalización: falácias del globalismo, respuestas a la globalización.* p.43.

42 OLLER I SALA, M. Dolors. *Un futuro para la democracia: una democracia para la gobernabilidad mundial.* p.11.

43 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil.* p.151.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como costuma acontecer em tempos de transição profunda, estão aparecendo posições epistemológicas extremas e até insensatas em relação à condição de subjugado do Estado Constitucional Moderno.<sup>44</sup> A relação entre ele e a crescente autonomia do mercado mundial, as implicações da desproporção entre capital produtivo e especulativo, as conseqüências ainda imprevisíveis dos novos sistemas de multimídia – isto é, a convergência da televisão, telefone, cinema e computador numa só tecnologia – e o significado de um desemprego mundial de 30% da população economicamente ativa, são alguns dos parâmetros da nascente sociedade global, não integrados de maneira apropriada a uma cosmovisão à altura das mudanças que vivemos e capaz de orientar os indivíduos e coletivos sociais na direção de uma nova Democracia e de um novo capitalismo.

As investigações nesse sentido indicam, como o faz Bilbeny<sup>45</sup> que, sem Democracia Solidária e sem a democratização do capital, com distribuição da riqueza, não há como organizar um novo Poder Público, que seja fruto da superação da Soberania endógena do Estado Constitucional Moderno.

A debilidade e desorganização da Sociedade Civil são devidas ao poder desvirtuado de um Estado Constitucional Moderno que, ainda que formalmente democrático, é inerentemente opressor, ineficaz e predador, fazendo com que sua debilidade torne-se um requisito indispensável para o fortalecimento da sociedade civil. Esse consenso está assentado, principalmente, sobre o seguinte dilema: só o Estado pode produzir sua própria debilidade, já que é preciso ter um Estado forte e capaz de produzir com eficiência e assegurar, com coerência, essa sua debilidade.

Boaventura de Sousa Santos<sup>46</sup> diz que a debilidade e o enfraquecimento do Estado Constitucional Moderno produziram, portanto, efeitos perversos que questionam a viabilidade de suas funções como detentor de um Poder Público débil: o Estado Constitucional Moderno débil não pode controlar sua debilidade.

Não se deve buscar as raízes da crise no Estado Constitucional Moderno ou na Sociedade, sua criadora. E há que se tentar a recuperação dessa Sociedade. O Estado Constitucional Moderno está em crise porque suas versões reformadas são incapazes de responder, satisfatoriamente, às solicitações da Sociedade e, inclusive,

44 CHONSKY, Noam & DIETERICH, Heinz. *A sociedade global: educação, mercado e democracia*. p.91.

45 BILBENY, Norbert. *Política sin estado*. p.67.

46 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reinventar la democracia, reinventar el estado*. Madrid: Ediciones Sequitur, 1999, p.17.

quando intervém para atendê-la produz, normalmente, outros problemas novos. A crise é atávica, de origem, da base teórica, de anacronismo

A Sociedade atual mostra um crescente e perpétuo dinamismo e complexidade que brotam de cada um dos subsistemas que a compreendem e que não sintonizam com o Estado Constitucional Moderno.<sup>47</sup> A isso se acrescenta a negligência, quando não cumplicidade, dos aparelhos estatais na deterioração e deprecação da Natureza e do Meio Ambiente, que são imprescindíveis para a qualidade de vida da Sociedade e das pessoas que a integram.

O Estado Constitucional Moderno começou a dar sinais mais efetivos de sua insuficiência, na sua essência, primeiro com a crise de 1929.

Depois foi a escalada intervencionista e de desenvolvimento do Estado de Bem-Estar, com sérios problemas de tensão, tanto no mercado (distorções regulamentares, inflação, questionamento éticos do trabalho, crescente poder dos sindicatos) como no próprio Estado (déficit crescente, rebelião fiscal, desenvolvimento das práticas burocráticas, tensões corporativas pela distribuição de serviços públicos).

Também a não-funcionalidade criada pela mundialização e uma estrutura estatal voltada para seu caráter interno, nacional.<sup>48</sup>

A opinião pública dos países democráticos inquieta ante o nível de degradação da segurança interna é, a princípio, geralmente a favor do fortalecimento da ação pública. O corpo político entende que é melhor o Estado Constitucional Moderno voltar a centrar-se no conjunto de competências que lhe são próprias em lugar de dispersar-se em outras atividades que as empresas privadas sabem fazer melhor, enfim, que faça menos coisas, mas que as faça bem.<sup>49</sup> Para que essa linha de defesa do papel do Estado pudesse ser convincente, seria necessário que, nos terrenos que parecem ser próprios de sua atuação, sua legitimidade seja indiscutível e que não conte com nenhuma concorrência séria. Não é esse o caso. As mais tradicionais funções de “Soberania”, que pareciam claramente ser de competência do Estado Constitucional Moderno, estão submetidas a uma erosão lenta, mas contínua.<sup>50</sup> Aparecem novos atores e a legitimidade dos Estado Constitucional Moderno muda de natureza, quando não é diretamente posta em dúvida. Tanto o relativo à defesa nacional como a polícia e a justiça deverão ser, no futuro, assuntos entendidos como meros serviços e não expressão de Soberania.

47 ARDANZA, José Antônio *et alii*. *La crisis del estado y Europa*. Ponencia de Pablo LUCAS VERDU. *Crisis del estado social de derecho e imaginación constitucional*. p.157.

48 TOMAS CARPI, Juan Antonio. *Poder, Mercado y estado en el capitalismo maduro*. p.159.

49 HUNTINGTON, Samuel P. *Choque de civilizaciones?* p.78.

50 AYUSO TORRES, Miguel. *Después del Levitán? Sobre el estado y su signo*. p.36.

Alguém que possua um arquivo com aqueles cinquenta mil franceses mais endinheirados, é mais rico que o joalheiro que possui muitos broches de ouro. Desde o momento em que há desaparecido a penúria típica da época dos reis, acredita-se que o valor está relacionado a uma boa oferta e com uma boa demanda<sup>51</sup>. Com a revolução das telecomunicações se “desterritorializa” a rede. Ou seja, se passa da estruturação pelas vias navegáveis e pela auto-estrada a uma estrutura voltada ao transporte aéreo, às telecomunicações, que redefinem a noção de espaço. Em sua atividade econômica, o executivo da IBM que pode se conectar com a agenda exclusiva de sua empresa de qualquer parte do mundo, está tão “conectado” como o pescador do glorioso município de Navegantes, no bairro do Pontal, de onde nunca saiu, a não ser para ir a Itajaí conhecer a civilização. O essencial já não é dominar um território, mas sim ter acesso a uma rede.

A essência do Estado Constitucional Moderno está ligada a um determinado grau de homogeneidade, como era a sociedade burguesa dos séculos XVIII e XIX. Hoje há um número cada vez mais crescente daqueles que não entram no padrão cada vez mais rigoroso imposto pelas elites liberais capitalistas e que devem ser excluídos: negros, imigrantes, rechaçados, marginalizados.<sup>52</sup> Esses seriam descartados como peças com defeito de fabricação, que não passariam por um “controle de qualidade” rigoroso. Essas peças “defeituosas” são o resultado da política liberal capitalista, que quis impor um padrão de homogeneidade artificial, insensível e desumana.

Necessita-se, portanto, de um projeto teórico de transformação radical, e não de reforma, tanto política como cultural da Sociedade em seu conjunto. E também do sistema econômico, gerador de valores que muitas vezes caminham em sentido contrário ao que se necessita para levar a termo o referido projeto. E isso, entendendo-se que a Democracia não deve ser imposta de maneira uniforme a todas as comunidades políticas do mundo, já que se sabe que o acesso ao universo democrático, por sua própria natureza, implica em graduar e dosar sua aplicação podendo produzir resultados distintos, mas contínuos.

Em linhas gerais, o mundo está sendo empurrado para um tipo de modelo de Terceiro Mundo por uma política deliberada do Estado Constitucional Moderno, cúmplice das corporações internacionais, com setores de grande riqueza e uma grande massa de miseráveis. Uma grande população supérflua desprovida de todos os direitos, porque não contribui em nada para a geração de lucros, o único valor entendido atualmente pelo capitalismo globalizado.<sup>53</sup>

51 GUÉHENNO, Jean-Marie. *El fin de la democracia: la crisis política y las nuevas reglas del juego.* p.24.

52 GUÉHENNO, Jean-Marie. *El fin de la democracia: la crisis política y las nuevas reglas del juego.* p.60.

53 CHONSKY, Noam & DIETERICH, Heinz. *A sociedade global: educação, mercado e democracia.* p.59.

Por outro lado, o Estado Constitucional Moderno perde centralidade e o Direito oficial se desorganiza ao coexistir com um Direito não-oficial ditado por múltiplos legisladores de fato que, graças a seu poder econômico, acabam transformando o fato em norma, disputando com o Estado o monopólio da violência e do direito.<sup>54</sup> A caótica proliferação de poderes dificulta a identificação dos inimigos e, em algumas ocasiões, inclusive a das vítimas. A Soberania se desfaz com essa multiplicação de centros de poder.

É evidente que a Soberania da modernidade soçobrou. Os filósofos da pós-modernidade foram os primeiros a conferir, de maneira concreta e enfática, o certificado de obsolescência à sua pretensão de racionalidade.

O que se faz passar por universalismo ocidental da ilustração e dos direitos humanos não é outra coisa que a opinião de homens brancos ocidentais, que oprimem os direitos das minorias étnicas, religiosas e sexuais enquanto impõem de maneira absoluta seu “metadiscorso” com pretensão hegemônica.<sup>55</sup>

Esses fatos acarretaram conseqüências de uma enorme transcendência. Depois de séculos de certeza em ideologias frutos da modernidade, a humanidade enfrenta um heterogeneização do modelo monista, predicado pelos pensadores modernos, a ponto de pôr em questão, de modo direto e substancial, alguns de seus aspectos medulares.<sup>56</sup> Esse questionamento não afeta apenas aspectos políticos (a fadiga e saturação do Estado Constitucional Moderno), econômicos (a globalização), tecnológicos (a sociedade da informação de um lado, ou as armas de destruição em massa do outro), culturais (a reivindicação do multiculturalismo), ecológicos (a proteção e restauração do meio ambiente), mas incide no que é mais nuclear para a modernidade: o indivíduo. A pós-modernidade abala sua identidade específica: sexual, familiar, ideológica, profissional, etc.

Ao abalo desse espírito transformador, próprio da modernidade, deve-se acrescentar, ainda, a perda de referência dos grandes modelos doutrinários vigentes ao longo destes últimos séculos. A progressiva saturação e a fadiga das certezas ideológicas dominantes até agora constitui outro elemento, importante, no processo de “heterogeneização” do modelo criado pela modernidade. Está-se assistindo a uma progressiva regressão do pensamento. A ausência de um (ou de uns) modelo racional de pensamento só faz agravar as incertezas.

54 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reinventar la democracia, reinventar el estado.* p.10.

55 BECK, Hulrich. *Qué es la globalización: falácias del globalismo, respuestas a la globalización.* p.25.

56 JÁUREGUI, Gurutz. *La democracia planetária.* p.16.

A única saída para o impasse pós-moderno é o urgente início de um decidido processo de teorização destinado a suprir as lacunas da modernidade. Porém, primeiro é preciso convencer aqueles que passaram a vida toda tratando das coisas do Estado Constitucional Moderno, que ele já não é mais tão importante. Esses talentos devem ser redirecionados ao processo de teorização da pós-modernidade. Saber como desgrudá-los do Estado Constitucional Moderno é que será o grande desafio.

## REFERÊNCIAS

- ALBERT, Michel. *Capitalismo contra capitalismo*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- ARDANZA, José António et alii. *La crisis del estado y Europa*. Ponencia de Pablo LUCAS VERDU. *Crisis del estado social de derecho e imaginación constitucional*. Oñati: HAEE/IVAP, 1988.
- AYUSO TORRES, Miguel. *Después del Levitán? Sobre el estado y su signo*. Madrid: Editorial Dykinson, 1998.
- BARROS, Sergio Rezende de. *Noções sobre o Estado Democrático de Direito*. [www.srbarros.com.br/aulas](http://www.srbarros.com.br/aulas) Acessado em 10/10/05.
- BELL, Daniel. *El advenimiento de la sociedad post-industrial : un intento de prognosis social*. 1ª ed., 5ª reimp., Madrid: Trotta, 2001.
- BECK, Hulrich. *Qué es la globalización: falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Trad. Bernardo Moreno y Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2004.
- BILBENY, Norbert. *Política sin estado*. Barcelona: Ariel, 1998.
- BOBBIO, Norberto et alii. *Diccionario de política*. 6 ed. Trad. Carmem Varrialle et alii. Brasília: Ed. da UnB, 1994.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CHONSKY, Noam & DIETERICH, Heinz. *A sociedade global: educação, mercado e democracia*. Blumenau: FURB, 1999.
- CRUZ, Paulo Márcio. *Política, poder, ideologia e estado contemporâneo*. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentos do direito constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentos do direito constitucional*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2004.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DEL CABO, Antonio. *Constitucionalismo, mundialização e crise del concepto de soberania: alguns efectos em América Latina y e Europa*. Alicante: Publicaciones Universidad de Alicante, 2000.
- DOBROWOLSKI, Sílvio. *A constituição no mundo globalizado*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.
- FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996.

- FERNANDES, António José. *Direito institucional europeu*. Braga: Bertrand – Cruz, 1996.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. Andréa Greppi. Madrid: Alianza, 1999.
- GUÉHENNO, Jean Marie. *El porvenir de la libertad: la democratización en la época de la globalización*. Trad. Javier Palácio. Barcelona: Paidós, 2000.
- \_\_\_\_\_. *El fin de la democracia: la crisis política y las nuevas reglas del juego*. Barcelona: Paidós, 1995.
- HUNTIGTON, Samuel P. *Choque de civilizaciones?* Texto crítico de Pedro Martínez Montávez. Madrid: Tecnos, 2002.
- JÁUREGUI, Gurutz. *La democracia planetária*. Oviedo: Ediciones Nobel, 2000, p.66.
- KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y del estado*. 3 ed. Ciudad de México: UNAM, 1969.
- LIMA, Abili Lázaro Castro. *Globalização econômica e crise dos estados nacionais*. In *Repensando a teoria do estado*, organizado por Ricardo Marcelo Fonseca. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- MARITAIN, Jacques. *El hombre y el estado*. Trad. Juan Miguel Palacios. Madrid: Ediciones Encuentro, 1983.
- MELLO, Celso de Albuquerque. *Anuário: direito e globalização. 1 – A Soberania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- MOLAS, Isidre. *Por un nuevo pacto social*. Barcelona: Ediciones Mediterránea. 2004.
- OLLER I SALA, M. Dolors. *Un futuro para la democracia: una democracia para la gobernabilidad mundial*. Barcelona: CRISTIANISME I JUSTÍCIA, 2002.
- PEREIRA, Antônio Celso Alves et alii. *Soberania e pós-modernidade*. In *O Brasil e os novos desafios do direito internacional*. Obra coordenada por Leonardo Nemer Caldeira Brandt. Rio de Janeiro: Forense/Konrad Adenauer Stiftung/Centro de Direito Internacional-CEDIN, 2004.
- POLETTI, Ronaldo. *Estado brasileiro: reforma e superação democrática*. In Revista Notícia do Direito Brasileiro. Nova série, 1 semestre, 1996, Brasília: UnB/LTR.
- ROGEIRO, Nuno. *A lei fundamental da República Federal da Alemanha*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reinventar la democracia, reinventar el estado*. Madrid: Ediciones Sequitur, 1999.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. Org. Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa (Qu'est-ce que le tiers état?)*. Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.
- SILVA, Paulo Napoleão Nogueira. *Elementos de direito público*.
- SILVA, Luiz Roberto. *Direito econômico internacional e direito comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- STELZER, Joana. *União européia e supranacionalidade: desafio ou realidade?* Curitiba: Juruá, 2000.
- \_\_\_\_\_. *De Soberano a Membro: o papel do estado inserido na dinâmica comunitária européia*. Revista Novos Estudos Jurídicos. Universidade do Vale do Itajaí, Curso de Pós Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica. Ano 6. n 11, Itajaí: Editora da UNIVALI, 2000.

TOFFLER, Alvin. *A terceira onda*. 18 ed. Rio de Janeiro: Record, 1992.

TOMAS CARPI, Juan Antonio. *Poder, Mercado y estado en el capitalismo maduro*. Valência: Tirant lo blanch, 1992.

# OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA E AUTO-DETERMINAÇÃO FRENTE AO PROBLEMA DO ABORTO: O ENFOQUE CONSTITUCIONAL DE RONALD DWORKIN

LUIZ HENRIQUE URQUHART CADEMARTORI\*

## RESUMO

O texto apresenta, de forma sintética, os principais argumentos constitucionais desenvolvidos pelo jurista norte americano, Ronald Dworkin, a respeito do aborto e suas implicações face às liberdades individuais. Isto pressupõe incursões nos âmbitos político religioso e moral. Desta forma, efetuou-se uma síntese sobre tais reflexões visando uma contextualização com os âmbitos social e jurídico do Brasil.

Palavras-chave: Aborto. Religião. Direito. Interpretação constitucional.

## INTRODUÇÃO

A questão, recorrentemente polêmica, sobre a interrupção voluntária da gravidez envolve, além de inúmeros casos e circunstâncias, enormes dificuldades quanto ao

---

\* Mestre em Instituições Jurídico-políticas e Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Pós-doutorado em Filosofia do Direito pela Universidade de Granada – Espanha. Professor no programa de Mestrado em Ciência Jurídica e na graduação em Direito da Universidade do Vale do Itajaí UNIVALI. Membro do conselho editorial da revista Novos Estudos Jurídicos do programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali. Consultor do INEP e SESu – MEC para avaliação de cursos de direito no território nacional. Assessor jurídico do CECCON – Centro de Controle de Constitucionalidade da Procuradoria de Justiça de Santa Catarina. Autor de várias obras e artigos sobre Direito Público.

seu tratamento pelo Direito. As razões disto decorrem, não somente da complexidade de suas implicações como também da extrema relevância do valor intrínseco que tal problema encerra, qual seja, o da própria vida em toda a sua dimensão existencial.

Com respeito a um problema de dimensões e decorrências tão amplas como é o caso do aborto, o presente artigo não pretende tratar da questão de forma analítica, ou seja, tecendo considerações sobre cada uma das situações específicas onde se possam analisar os seus prós e contras. O que se objetiva é tratar da questão a partir de um aspecto que lhe é mais subjacente, qual seja, o do valor da vida e suas implicações moral, religiosa, política e constitucional face a este tema. Isto tudo, poderá redundar na construção de parâmetros mais seguros, visando equacionar o papel do Estado e do Direito face ao problema do aborto e da religião.

Para tanto, o embasamento teórico a ser utilizado estará fundamentalmente apoiado nas reflexões de Ronald Dworkin a respeito do aborto e seu tratamento face às liberdades individuais. A escolha deste autor decorre, dentre outras razões, da sua peculiar forma de tratar do tema, com atualidade e acuidade suficientes como para construir um sofisticado posicionamento o qual, embora assuma um dos pólos da questão, mostra-se igualmente respeitoso com relação aos variados e antagônicos posicionamentos ideológicos e morais sobre o aborto.

Destaque-se, entretanto, que a análise aqui empreendida procederá a um recorte teórico da citada obra, com base em critérios próprios e tidos como os mais relevantes sobre as opiniões de Dworkin, sem se prender de forma linear a todo o conjunto de ponderações que o autor constrói ao longo de toda a obra.

## 1. OS ARGUMENTOS EM FAVOR DO ABORTO E SEUS ASPECTOS CRÍTICOS

Inicialmente, cabe considerar dois argumentos básicos que Dworkin esboça como parâmetros de posicionamentos contrários ao aborto: o primeiro deles afirma que o aborto é errado, como linha de princípio, pelo simples fato de estar violando o direito de alguém a não ser morto, tal como matar um adulto, igualmente é errado na medida em que viola-se um direito à vida.

Esta objeção ao aborto é chamada pelo autor, de objeção *derivativa* pelo fato de que ela pressupõe direitos e interesses que todos os seres humanos têm, incluindo-se aqui, os fetos. Este posicionamento leva, então, ao entendimento de que o governo deveria proibir ou, no mínimo, regulamentar os casos de aborto por ter uma res-

pensabilidade que, além de dizer respeito à vida dos seus cidadãos, é derivativa com relação ao feto.

A segunda objeção radicaliza o seu posicionamento afirmando que a vida humana possui um valor intrínseco e inato, sendo sagrada em si mesma. Assim, a sacralidade da vida começaria quando a vida biológica se iniciasse, vale dizer, antes mesmo de que a criatura à qual esta vida é intrínseca possa ter movimentos, sensações, interesses ou direitos próprios.

Nessa linha de entendimento, o aborto seria errado por desconsiderar e insultar o valor intrínseco e sagrado de qualquer estágio ou forma de vida humana. Esta objeção é chamada de *independente*, precisamente por não depender de nenhum interesse ou direito em particular e nem sequer os pressupor.

Essas duas objeções podem ser problematizadas nos seguintes termos: começando-se com a segunda objeção, a dificuldade inicial em aceitá-la reside no próprio radicalismo do seu argumento, a tal ponto que, levantamento estatístico mostrado pelo autor, revela que, nos Estados Unidos, apenas 10% dos entrevistados em pesquisa *Time/CNN* realizada em agosto de 1992, disseram que o aborto deve ser ilegal em qualquer circunstância.

Com efeito, caso se considere o contexto brasileiro, tal argumento é ainda mais restritivo e politicamente conservador, que a própria legislação penal sobre o tema (a qual é criticada em sua totalidade, como defasada, pela maioria dos juristas) vez que esta ainda permite casos de aborto em situações tais como risco de vida para a mãe ou gravidez que tenha sido fruto de estupro.

Em linhas gerais, se toda vida humana, inclusive aquela de quem virá a tornar-se um ser humano é, incondicionalmente intocável, em uma linha de raciocínio igualmente extrema, institutos como o da legítima defesa acarretariam uma contradição lógica insolúvel na medida em que: não posso tirar a vida de outrem para me defender, vez que ela é sagrada, mas ao não fazê-lo, acabo tirando a minha própria vida igualmente sagrada.

Por essas razões, resulta mais proveitosa a discussão a respeito da primeira objeção (derivativa) inclusive por ser ela a que, majoritariamente, é levada em consideração ao tratar do aborto e os direitos e interesses envolvidos na sua regulamentação, proibição ou permissão.

Adentrando, então, na discussão deste ponto de vista, o questionamento preliminar é do de saber se um feto tem direitos e interesses, principalmente o de não ser destruído a partir da sua concepção. Para Dworkin, esta idéia resulta extremamente problemática.

Em primeiro lugar, o autor ressalta que nem tudo o que pode ser destruído, tem interesses em contrário. Nesta linha de argumentações a ser desenvolvida, as concepções são tecidas de forma mais abrangente e, aparentemente, arbitrária, entretanto, Dworkin irá produzindo um jogo de aproximações, partindo de coisas e chegando aos seres humanos, visando com isto, melhor situar a idéia de interesses pela vida.

Para tanto, inicia seu argumento constatando que, uma bela escultura poderia ser despedaçada, constituindo isto uma grave ofensa ao seu valor intrínseco, que grandes obras carregam, afetando o interesse (aqui sim) das pessoas que se comprazem em admirar ou estudar ditas obras, mas isto não significa que a obra em si mesma tivesse, em algum momento, interesses contrários à sua destruição.

Mas mesmo aquilo que é vivo ou se encontra em processo de transformação em algo mais amadurecido, também não terá interesses próprios, tal como um broto de cenoura colhido antes da sua maturação para ser servido como uma iguaria, ou mesmo uma borboleta, o fato de ser mais bela que uma lagarta, não faz com que esta última tenha algum interesse em transformar-se em borboleta.

Considerando, agora, seres humanos, também neste caso torna-se difícil afirmar que para que algo tenha interesses, seja suficiente que - em um sentido indiscriminado - ele possa se desenvolver até tornar-se um ser humano. Para melhor ilustrar este caso, o autor desenvolve o seguinte exemplo: imagine-se que os médicos fossem capazes de produzir uma criança a partir de um óvulo não fertilizado, por partogênese. Neste caso, a menstruação estaria contrariando os interesses do óvulo? E, nessa mesma linha de entendimento, uma mulher que usa anticoncepcionais, estaria violando, todos os meses, o direito fundamental de uma criança em formação?

Em suma, segundo Dworkin, para que algo tenha interesses, não é suficiente, sequer, que esteja em vias de transformar-se em um ser humano, ou melhor dizendo, não em qualquer circunstância. Em realidade, o aspecto fundamental é que tenha ou tenha tido, alguma forma de consciência, no sentido de algum tipo de vida mental e de vida física.

Portanto, toda criatura capaz de sentir dor, têm interesse em evitá-la. Por exemplo, é contrário aos interesses dos animais a sua submissão à dor quando apalhados em armadilhas ou quando submetidos a dolorosas experiências científicas.

Da igual modo, infligir dor a um feto que já possui um sistema nervoso desenvolvido, contraria frontalmente seus interesses e aqui, a despeito de toda a gama de pesquisas sobre conexões neuronais e sua fluência nos receptores nervosos do feto, embora a ciência não possua, ainda, dados suficientes sobre o exato momento em que tais conexões nervosas ocorrem, há sim certezas de que isto se produz depois

de transcorrido metade do período de gestação. Tal constatação, serve, por seu turno, como parâmetro para a fixação de limites éticos e jurídicos para a interrupção da gravidez, a partir de tal período.

Ainda assim, há muito o que se argumentar com respeito a tal possibilidade. Para tanto, Dworkin desenvolve suas ponderações com base em casos concretos, no âmbito da jurisprudência norte-americana, como é, aliás, o seu estilo de fundamentação teórica. É de se frisar que, o fato de que tais argumentos e casos se situem em âmbito estrangeiro, isto não impede a sua aproximação e contribuição no tratamento de tal tema no contexto do Brasil.

## 2. O PROBLEMA DO ABORTO EM FACE DA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANA

Com efeito, o que se irá salientar sobre tais decisões, não serão os seus aspectos processuais ou demais meandros formais, bastante diversos - na *common law* e no modelo continental europeu que o Brasil adota - mas sim o conteúdo dos problemas apresentados e os padrões de argumentação que deles decorrem sempre sob um enfoque de ponderação material, o que, pelo que se observará, pode ser transposto para a realidade jurídica e moral brasileira

O primeiro caso em análise é *Roe vs Wade* de 1973, é com base nele que o juiz Blackmun sentenciou que, uma mulher grávida tem um direito constitucional específico à privacidade em questões de procriação e tal direito inclui o direito ao aborto, desde que ela e seu médico optem por fazê-lo. É importante frisar que Blackmun também deixou claro que as razões de um estado capazes de anular tal direito, tornando o aborto um crime, não são inexoráveis até o sexto período de gravidez.

Portanto, o Estado (ou um dado estado-membro da federação norte-americana) não poderia proibir o aborto até a chegada desse período. Ainda nesse caso, o voto divergente foi proferido pelo juiz Rehnquist ao entender que as mulheres não têm um direito constitucional específico sobre o controle da própria reprodução. Segundo ele, as mulheres tem, tão somente, um interesse de liberdade.

Nessa medida, tal interesse torna-se fortalecido apenas para tornar inconstitucional qualquer lei que proíba o aborto, quando este for necessário para preservar a vida da mãe. Entretanto, declarou também que são legítimos os objetivos pelos quais um estado deve lutar pela proibição do aborto, mesmo que movido por outras razões, ainda que se trate de casos envolvendo fases iniciais da gravidez e, nessa medida, a decisão estatal de proibir o aborto, não seria irracional.

No que diz respeito à decisão de Blackmun, várias sentenças anteriores da Suprema Corte já haviam estabelecido que uma pessoa tem um direito constitucional específico de tomar decisões próprias em questões relativas à procriação. Um caso paradigmático a respeito dessa questão foi *Griswold vs Connecticut* de 1965, onde o tribunal decidiu que o Estado não pode proibir a venda de anticoncepcionais a pessoas casadas e, em sentenças posteriores, tal liberdade foi estendida a pessoas solteiras.

Para esse último caso, o juiz Brennan, em *Eisenstad vs Baird* de 1972, se pronunciou no sentido de que: se o direito à privacidade significa alguma coisa, trata-se do direito do indivíduo, casado ou solteiro, de estar livre da intrusão do governamental em questões que afetam tão profundamente uma pessoa como é o caso da decisão de ter um filho e poder criá-lo.

É, precisamente, com base nesses últimos argumentos, que Dworkin entende correta a decisão de Blackmun, pois, uma vez que se considerem sentenças tais como a do caso *Griswold vs Connecticut* como válidas, decorrerá disto que as mulheres têm, efetivamente, um direito constitucional à privacidade o qual inclui a decisão, não apenas de conceber ou não seus filhos, como também a decisão de tê-los ou não.

Assim é que, decisões tais sobre a privacidade justificam-se partindo do pressuposto de que as decisões que afetam o casamento e o nascimento dos filhos são, a tal ponto íntimas e pessoais que as pessoas devem ter a liberdade suficiente de tomar tais decisões com base nas suas próprias convicções, ao invés de permitir que a sociedade - via atuação estatal - lhes imponha uma decisão coletiva.

Da mesma forma, decisões sobre aborto são tão pessoais quanto quaisquer outras decisões sobre direito à privacidade que os tribunais tenham protegido. E neste último caso, seria ainda maior o grau de privacidade envolvendo tais decisões na medida em que ela diz respeito, não apenas às relações sexuais da mulher, como também às mudanças que se verificam no seu corpo e, neste caso, a Suprema Corte também já reconheceu de diversas maneiras, a importância da integridade física.

Com isso, Dworkin quer dizer que, sob tal abordagem, não é possível diferenciar, o aborto da contracepção. Em realidade, parece impossível diferenciar, coerentemente, inclusive do ponto de vista médico, o aborto de alguns casos mais comuns de contracepção, posto que, os contraceptivos mais eficientes e seguros, vale dizer, os dispositivos intra-uterinos e as pílulas anticoncepcionais agem como abortíferos, ao destruir os óvulos fertilizados.

A despeito de toda essa discussão sobre os argumentos judiciais travados nos casos antes apresentados, Dworkin chama a atenção para o que realmente polarizou o debate acadêmico travado em torno da sentença do caso *Roe vs Wade* o qual está

centrado nos argumentos sobre qual a correta interpretação constitucional, do juiz Rehnquist ou do juiz Blackmun.

Em termos mais precisos, os defensores do posicionamento de Rehnquist concordam com a sua afirmação de que a Constituição, de fato, não contém nenhum preceito específico sobre a liberdade de escolha em caso de aborto e que, Blackmun simplesmente inventou tal direito, afirmando que o teria encontrado na Constituição.

A tal respeito, Dworkin posiciona-se em favor do argumento de Blackmun, afirmando que a Constituição realmente protege tal direito, sendo que a fundamentação da sua opinião demanda uma análise sucinta sobre o papel da Constituição e sua correta interpretação na visão do autor.

### 3. O DIREITO AO ABORTO E SUA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

O ponto central da divergência de Dworkin com posicionamentos tais como os de Rehnquist reside no fato de que a Constituição está estruturada, fundamentalmente em princípios e não em regras precisas e textualmente exaustivas, como também é o caso da Constituição brasileira (quanto aos direitos individuais, coletivos, difusos, políticos, culturais e econômicos, por exemplo) embora esta também possua regras. Ocorre que, ao tratar-se de princípios, a precisão dos termos da lei que informam seu conteúdo, devem ceder espaço às concepções valorativas que informam as razões dos princípios para cada caso em que tais *standards* do campo da moral (e esta é a concepção de princípios prevalente em Dworkin) sejam considerados adequados, em um jogo de equilíbrio entre decisões judiciais precedentes e a moral institucional vigente.

Nos termos de Dworkin, isso significa que, qualquer interpretação da Constituição deve ser procedida e testada com base em duas dimensões, ao mesmo tempo amplas e correlatas: a primeira delas é a da adequação. Ou seja, uma dada interpretação constitucional deve ser rejeitada se as práticas jurídicas concretas forem totalmente incompatíveis com os princípios jurídicos que tal interpretação recomenda. Isto equivale a dizer que, o ponto de apoio da correta interpretação deve estar fundado na prática jurídica real.

A segunda dimensão corresponde à da justiça nos seguintes termos: quando duas concepções diferentes sobre a melhor interpretação de certo dispositivo constitucional passarem no teste de adequação, já mencionado, deve-se dar preferência àqueles cujos princípios parecem refletir melhor os direitos e deveres morais das

pessoas (ou seja, as convicções de direito e justiça compartilhadas pela comunidade política) pois a Constituição é uma afirmação de ideais morais abstratos os quais, cada geração deve interpretar por si mesma, independente da vontade originária e descontextualizada de cada legislador constituinte.

Em outros termos, pode-se dizer que cada cláusula constitucional revela-se abstrata ao seu modo, posto que, cada uma delas desenvolve um uso de conceitos alheios à linguagem jurídica, bem como aos demais ramos das ciências sociais, tais como economia, ou qualquer outro. O uso efetivo é o moral e político, correntes no meio social.

Por essa razão, expressões tais como “liberdade”, “autodeterminação” “crueldade” ou “igualdade” consideradas em abstrato, tornam-se por demais amplas. Quando estas expressões se consideram no seu sentido literal, segundo Dworkin, elas assumem o sentido de que o governo trate a todos os que se encontram sob o seu domínio, com igual consideração e respeito, o que equivale a não infringir as suas liberdades mais básicas.

Esta linguagem principiológica está estruturada de forma abrangente, em duas das principais fontes de reivindicação dos direitos fundamentais da cultura ocidental, quais sejam: igual consideração e liberdades básicas, ou nos termos do juiz Cardozo no caso *Palko vs Connecticut*, de 1937, “à idéia mesma de liberdade com ordem”.

Em linhas gerais, pode-se dizer que a teoria da interpretação de Dworkin não se desenvolve exclusivamente nos planos da sintaxe e semântica dos termos da lei e isto se revela crucial nos casos que envolvem os chamados “conceitos indeterminados” os quais predominam nos direitos fundamentais tais como liberdade, dignidade ou igualdade, por exemplo.

O sentido de tais expressões não se resolve, na visão do autor, através de operações lógicas no seu interior e sim sob um modelo pragmático o qual remete-se diretamente ao uso social e contextual de cada expressão. Em resumo, o problema a ser tratado pela interpretação da lei, não diz respeito tanto à conceitos da linguagem e sim às concepções sociais sobre eles.

É por essa razão que nenhuma técnica interpretativa sobre o uso correto do idioma é capaz de explicar a suposta diferenciação entre direitos constitucionais explícitos ou, taxativamente enumerados e os chamados direitos “implícitos”. Isto porque os direitos fundamentais se baseiam em princípios amplos e abstratos de moral política cuja correta interpretação e aplicação dependem de percepções morais e não de usos linguísticos.

Também por essa razão é que, a distinção entre direitos específicos, explicitamente enumerados e os que não o são, torna-se, então, irrelevante.

Apesar da aparente simplicidade desta explicação, Dworkin reconhece que em muitos casos constitucionais, torna-se difícil decidir se alguma interpretação proposta pode atender o critério da adequação, correspondente à primeira dimensão interpretativa, proposta por ele, ou seja, em termos de adequação da correspondência do caso em questão, com a prática e a história jurídica visando a aprovação no teste desta dimensão.

Entretanto, no caso *Roe vs Wade*, a decisão, nestes termos, não resulta difícil. Ocorre que, a alegação que, tanto o juiz Blackmun como todos os demais rejeitaram, a de que o feto seria uma pessoa constitucional, é facilmente descartável na medida em que é frontalmente constestada pela história e prática judicial norte americana.

#### 4. A INTERVENÇÃO ESTATAL NO ÂMBITO DAS LIBERDADES JUSFUNDAMENTAIS

A esse respeito, cabe destacar que o conceito de “pessoa” como *status* a ser conferido a um feto, por exemplo, revela-se extremamente difuso dificultando sua explicitação com respeito aos diversos âmbitos onde se deseje aproximá-lo, já seja o científico, filosófico, religioso ou jurídico.

No caso em apreço, a décima quarta emenda da Constituição norte americana determina que nenhum estado negará a nenhuma pessoa a igual proteção da lei, mas não há nenhuma remissão ao feto como tal. No caso do direito brasileiro, esta questão também não é tratada nesses termos, na Constituição, remetendo-se ela à lei civil.

Assim, o artigo 2º do Código Civil afirma que, embora a personalidade civil da “pessoa” comece com o seu nascimento com vida, confere-se o direito à vida ao nascituro.

Portanto, também aqui não há uma declaração de *status* de pessoa ao feto, mas por uma espécie de ficção da lei, o nascituro tem o seu direito resguardado. O problema de tal determinação legal é o de que ela se encontra, muito mais voltada a uma dimensão religiosa do que moral ou de direito, nos termos a seguir explanados.

Segundo Dworkin, certas pessoas, por motivos teológicos, entendem que, no momento da concepção, Deus provê ao feto de uma alma racional, sendo que ele passa a ter um direito moral à vida. Entretanto, quase a totalidade daqueles que defendem tal ponto de vista (teológico) também admitem que ele não é relevante para a interpretação constitucional, pois esta defende a rígida separação entre Estado e

Igreja e, portanto, a laicidade estatal faz com que argumentos doutrinários de cunho religioso não possam ter validade jurídica. Assim sendo, tais pessoas poderiam admitir, mesmo sem abandonar tais convicções religiosas, que o feto não é uma pessoa constitucional.

A partir desse ponto, desenha-se mais nitidamente o desfecho da argumentação de Dworkin a respeito do problema do aborto e sua relação com a interferência estatal face às liberdades individuais, ao circunscrever esta questão referente ao valor da vida em toda a sua complexidade, como um valor religioso embora o sentido de religião necessite uma melhor explicitação.

## 5. O PAPEL DA RELIGIÃO NO ÂMBITO DA EXISTÊNCIA HUMANA E DO ESTADO

Para tanto, o autor coloca como premissa, a afirmação de que a crença da maioria das pessoas no valor inerente da vida humana é uma crença essencialmente religiosa. Se, de uma parte, muitos acreditam que as crenças, para serem consideradas de natureza religiosa, devem pressupor a fé em uma divindade pessoal, de outra parte, algumas formas de budismo e hinduísmo não consideram, como base da sua crença, a fé em um ser supremo de tal natureza.

Em tal caso, ao descartar-se a idéia de um ser superior e metafísico como fundamento de toda qualquer crença tida como religiosa, tornam-se necessários outros critérios para classificar uma dada crença como tal. Segundo Dworkin, a resposta para tal problema remete-se a uma classificação menos rigorosa de tais tipos de crenças, e dessa forma então, uma dada crença será considerada como sendo de natureza religiosa ao perguntar-se se ela é semelhante, em conteúdo, às crenças inequivocamente religiosas.

Aqui também torna-se relevante evidenciar que, certas convicções sobre valores existenciais tais como o valor intrínseco da vida humana e sua inviolabilidade, por exemplo, serão considerados como valores religiosos, independente do seu defensor crer em algum deus ou estar filiado a alguma seita ou credo de fé.

Em termos mais precisos e transpondo, então, tais critérios para a crença de que o valor da vida humana transcende seu valor com respeito à criatura de cuja vida se trate e, portanto, que a vida humana é impessoal e objetivamente valiosa, esta revela-se, então, uma crença religiosa, creia ou não em Deus o seu defensor.

É por essa razão que, segundo Dworkin, a religião ou qualquer religião assume a função de responder à mais aterradora característica da vida humana, qual seja,

a de que é necessário viver a vida e enfrentar a morte sem razão alguma para acreditar que a própria vida e, menos ainda o modo de se viver, fazem alguma diferença.

O questionamento de natureza existencial sobre o fato da vida humana ter alguma importância intrínseca ou objetiva, já sofreu vários tipos de problematizações teóricas. Mas, no entender de Dworkin, tal questão crucial não pode ser respondida através da observância de um certo tipo de código de conduta ou mesmo, a partir de uma dada teoria da justiça.

Isso ocorre pelo fato de que, não são as respostas a tais questões que irão tornar os seus seguidores, pessoas mais seguras, livres, determinadas ou prósperas. Também não são tais condicionantes as que auxiliarão os seus destinatários a cumprirem sua natureza humana, na medida em que, o problema da existência é ainda mais profundo pois perquire o porquê de todas essas indagações.

É por tais razões que pode-se, então, estabelecer uma relevante diferença entre as crenças e diversas concepções sobre a importância intrínseca da vida humana e, de outra parte, as convicções de caráter secular sobre moral, equidade e justiça o que leva à conclusão de que, ordens tais como o Direito, encontram-se alheias a tais questionamentos existenciais.

A partir de tais constatações, torna-se possível atingir o cerne desta argumentação, vale dizer, a constatação de que âmbitos tais como o da Moral ou Direito referem-se, mais a problemas tais como servir, conciliar ou resolver interesses antagônicos entre pessoas e dificilmente irão refletir concepções particularistas sobre as razões de interesses humanos terem importância intrínseca ou se chegam a possuí-la.

Para embasar tais conclusões, Dworkin remete-se, de forma específica e breve, ao pensamento de John Rawls por ser ele o formulador da teoria de justiça que fundamenta a sua concepção a esse respeito.

Segundo Rawls, tanto a sua como outras teorias sobre a justiça, diferenciam-se, significativamente, dos - por ele chamado - “esquemas religiosos” ou “éticas abrangentes”. Assim é que, a diferença fundamental entre tais âmbitos é a de que as teorias políticas ou da justiça não pressupõem nenhuma opinião sobre as razões de ser intrinsecamente importante que a vida tenha continuidade e prospere, embora tais teorias sejam, efetivamente, compatíveis com um grande número de opiniões dessa natureza.

Em síntese, pode-se dizer que, um Estado verdadeiramente laico, embora deva ter entre as suas atribuições os problemas atinentes à moral social, política e justiça, não faz parte da sua esfera de atuação os âmbitos das convicções pessoais,

filosóficas ou religiosas, onde residem os questionamentos a respeito do valor da vida e seus fundamentos existenciais.

É por assumirem um grau tão elevado de importância pessoal, que tais questionamentos não podem ser remetidos à potestade estatal ou mesmo regulados pelos mecanismos institucionais de controle social. Ao contrário disto, um dos deveres mais fundamentais do governo que são reconhecidos pelas democracias ocidentais, desde o século XVIII, reside em assegurar o direito de que as pessoas possam viver de acordo com suas próprias convicções religiosas.

A vida consciente, nos termos já referidos, como vida humana que é, deve e é protegida constitucionalmente como direito fundamental, mas de igual forma, os direitos e garantias constitucionais, dentro de uma visão estrutural e pragmática, protegem o direito à autonomia procriadora, como decorrência mais elementar dos direitos de liberdade.

## REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. *Los Derechos em Serio*. Barcelona: Ariel. 1989

\_\_\_\_\_. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 1999

\_\_\_\_\_. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes. 2000

\_\_\_\_\_. *Domínio da Vida*. São Paulo: Martins Fontes. 2003

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

# INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO TEMPO

CLÁUDIO BRANDÃO\*

## 1. OBJETO DO ESTUDO

A lei é um ato de vontade do legislador e como tal não possui eficácia universal e permanente, mas uma eficácia circunscrita à vontade que a anima<sup>1</sup>. Deste modo, a “vida” lei penal é limitada no tempo: seu nascimento se dá com a promulgação e publicação e sua morte se dá com a revogação, por uma lei posterior que expressamente cesse a validade temporal da primeira ou por uma lei posterior que tacitamente a faça. Chama-se ab-rogação a revogação completa da lei e chama-se derrogação a revogação que se circunscreve à parte da lei<sup>2</sup>.

Por que a lei penal é limitada no tempo é possível haver a edição de leis penais novas, que são susceptíveis de regular o mesmo fato de forma diversa, quer de forma mais rigorosa, quer mais branda. Consoante a lição de Antolisei, quando uma norma se extingue e é substituída por outra há a presença da denominada sucessão de leis penais<sup>3</sup>.

---

\* Professor do Programa de Pós-graduação da UFPE.

1 Jiménez de Asúa, Luis. *La ley y el delito*. Caracas: Andrés Bello. 1945. P.178.

2 Hungria, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. V. I T.I. Rio de Janeiro: Forense. 1958. P. 105.

3 Antolisei, Francesco. *Manuale di Diritto Penale*. Milano: Guiffrè. 1997. P102. No mesmo sentido, embora especificando mais o tema, Taipa de Carvalho, *verbis*: “O problema do conflito temporal de leis penais pressupõe, obviamente, uma sucessão de leis penais, isto é, uma alteração legislativo-penal”. *Sucessão de Leis Penais*. Coimbra: Coimbra editora. 1997. P 109.

Se uma lei posterior reger de forma mais rigorosa o delito, ela não será aplicada para regular os fatos anteriores à sua vigência. Como sabido, toda incriminação de conduta sob a ameaça de uma pena depende de uma previsão legal, que seja prévia ao fato, o que se dá por força do Princípio da Legalidade, que tem sede constitucional (art. 5º, XXXIX da CF)<sup>4</sup>. Por conseguinte, antes de uma incriminação legal, o fato deve ser considerado penalmente lícito<sup>5</sup> e o que é lícito não pode ser apenado. Assim como é proibido à lei nova incriminar uma conduta que até então não era proibida pelo Direito Penal, também não é permitida a retroatividade para aumentar a pena de algum delito já existente no ordenamento<sup>6</sup>, nem para prejudicar de qualquer forma o réu. Como diz Jescheck:

A irretroatividade das leis penais significa que uma ação que era impune no momento de sua realização, não pode ser considerada depois como punível e que, da mesma forma, está proibida uma agravação da pena já existente, que se opere pelo mesmo modo.<sup>7</sup>

Todavia, a lei penal que de algum modo beneficia o agente tem eficácia retroativa. A exposição de motivos da Parte Geral do Código Penal é elucidativa sobre o assunto ao dispor que: “Na aplicação da lei penal no tempo, o Projeto permanece fiel ao critério da lei mais benigna. (...) Resguarda-se, assim, a aplicação da *Lex mitior* de qualquer caráter restritivo, no tocante ao crime e a pena”.

Com relação à sucessão de várias leis penais, a tradição jurídica brasileira, desde a década de quarenta do século XX, aponta que prevalece a lei mais benigna, “pois

4 Palazzo consigna a irretroatividade da lei penal é o núcleo mais estável nas enunciações constitucionais do Princípio da Legalidade. In verbis: “non c’è dubbio che l’irretroatività costituisce della legalità il nucleo storicamente più risalente e stabile, come è dimonstato dal fatto che ancora oggi l’è enunciazione costituzionale dalla legalità penale sono tutti immancabilmente incentrate próprio sul diveto di applicazione si pone della legge penale incriminatrice.” Palazzo, Francesco. *Introduzione ai Principi di Diritto Penale*. Torino: Giappichelli. 1999. P. 286.

5 Antolisei, Francesco. *Manuale di Diritto Penale*. Milano: Guiffre. 1997. P102. P104.

6 Com muita lucidez, desde o séc. XIX. Tobias Barreto aponta que essa proibição também decorre do Princípio da Legalidade: “Que as penas mais graves da lei nova não devam ser impostas por crimes cometidos no vigor da lei antiga, que aliás cominava punição menor, é ainda uma verdade contida no princípio *nulla poena sine lege poenali*” Barreto, Tobias. “Comentário Teórico e Crítico ao Código Penal Brasileiro”. *Estudos de Direito II*. Rio de Janeiro: Record. 1991. P.171.

7 Tradução livre de: “Das Verbot der Rückwirkung von Strafgesetzen bedeutet, daß eine Handlung, die im Zeitpunkt ihrer Begehung straffrei war, nicht nachträglich für strafbar erklärt werden darf und daß auch eine nachträglich Strafchärfung ausgescholssein ist.” Jescheck, Hans-Heinrich. *Lerhbuch des Strafrechts*. Berlin: Duncker u. Humblot. 1988. P.123.

é evidente que, aplicando-se ao fato lei posterior somente quando favorece ao agente, em caso algum poderá se cogitar na aplicação de lei sucessiva mais rigorosa.”<sup>8</sup>

Quando se trata, portanto, da lei penal no tempo, em verdade se regula a aplicação da lei mais favorável ao agente. Os institutos que são estudados na análise temporal da lei penal são os seguintes: *Abolitio Criminis*, *Lex Mitior*, *Lex Tertia*, Ultra-atividade da Lei Penal e Tempo do Crime.

## 2. ABOLIÇÃO DO CRIME (*ABOLITIO CRIMINIS*)

O Código Penal brasileiro regula a lei penal no tempo a partir da hipótese da abolição do crime (*abolitio criminis*). Estabelece o artigo segundo do Código Penal que:

Art. 2º. Ninguém pode ser punido por fato que a lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Por óbvio, as leis não são imutáveis. Ao contrário, por ser o Direito uma ciência cultural, e por ser da essência da cultura a mudança de valores de acordo com a vivência na sociedade, todas as normas jurídicas são susceptíveis de mudanças. É em face desta dita mudança que integra a Teoria Geral do Direito o assunto referente à revogação das normas jurídicas. É certo que o Direito Penal não escapa à Teoria Geral do Direito, já que suas normas também podem ser revogadas e o instituto da dogmática penal que trata da revogação por ab-rogação da norma penal é chamado de *abolitio criminis*. Cuida este instituto da revogação de uma incriminação penal por uma lei posterior que não mais considere o fato como criminoso, o que traz como consequência a cessação de todos os efeitos penais decorrentes do fato revogado, extinguindo-se a punibilidade. Neste exato sentido, expressa-se Palazzo:

Portanto, quando sobrevém a ab-rogação de uma norma incriminadora precedente sob a vigência da qual foi cometido o fato, o seu autor não poderá mais ser condenado e, se intervisse a condenação, aqui se conclui a execução e todos os efeitos penais.<sup>9</sup>

8 Exposição de motivos do Código Penal de 1940. Decreto-lei 2.848/40. Item 7.

9 Tradução livre de: “pertanto, qualora soppravenga l’abrogazione di una precedente norma incriminatrice sotto la cui vigenza è stato commesso il fatto, il suo autore non potrà più essere condannato e, se fosse già intervenuta la condanna, ne cessano l’esecuzione e tutti gli effetti penali.” Palazzo, Francesco. *Introduzione ai Principi di Diritto Penale*. Torino:Giappichelli. 1999. P. 295.

O Direito Penal brasileiro tem alguns exemplos recentes da *abolitio criminis*. A parte especial do Código Penal em vigor, que data de 1940, trazia na sua redação original os crimes de Adulterio (art. 240: Cometer adultério: Pena – detenção, de quinze dias a seis meses) e de Sedução (art. 217: Seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança: Pena – reclusão de dois a quatro anos).

Ora, como foi dito, o Direito é uma ciência cultural, e a cultura é dinâmica. Se na década de quarenta do século passado a sexualidade era culturalmente contida e reprimida, nos dias atuais esse panorama sofreu uma drástica modificação e o Direito Penal acompanhou dita modificação.

O Código Penal em sua redação original incriminava o adultério, que era o sexo com um parceiro diverso do cônjuge, considerando que entre os deveres do casamento está o de fidelidade recíproca, no sentido de não manter relações sexuais fora da união nupcial. Todavia, em 28 de março de 2005, a Lei nº 11.106 revogou o delito de adultério, concretizando a *abolitio criminis*. Com isso, a partir da revogação do adultério, cessaram-se todos os efeitos penais daqueles que estavam condenados por aquele crime. Isto significa que se alguém estava cumprindo uma pena, ela imediatamente se extingue; se alguém era réu em processo criminal de adultério, não há mais justa causa para o processo; se alguém era considerado reincidente por ter cometido crime de adultério, não mais o é. Com a *abolitio criminis* cessam todos os efeitos penais da condenação além de extinguir-se a punibilidade (art. 107 do Código Penal), não subsistindo nenhum efeito penal decorrente daquele fato.

O outro exemplo trazido à baila é o do delito de Sedução. Este delito tinha como sujeito passivo a mulher virgem, maior de quatorze e menor e dezoito anos. É indubitável a mudança no papel da mulher na sociedade, quando o Código Penal entrou em vigor na década de quarenta, as mulheres tinham conquistado há pouco tempo o direito ao voto, mas as casadas eram consideradas relativamente incapazes perante o Direito. Ressalte-se que somente com o Estatuto da Mulher Casada, uma lei da década de 60 do século XX, a referida mulher casada passou a ser, perante o Direito, um sujeito plenamente capaz. É neste panorama que foi incriminada a Sedução, onde a mulher virgem consentia com a relação sexual em face de sua inexperiência (em assuntos de ordem sexual) ou em face de depositar confiança no homem. Neste segundo caso, a doutrina traz como exemplo o aceite da relação sexual por conta da promessa de casamento. Todavia, é certo que o papel da mulher mudou com a evolução da cultura, pois a autonomia sexual feminina dos dias atuais não se coadunava mais com aquela incriminação. Por isso, em 28 de março de 2005, pela Lei nº 11.106, houve a revogação expressa do art. 217 do Código Penal, que tipificava a sedução;

houve, portanto, a *abolitio criminis*, o que trouxe como consequência a cessação de todos os efeitos penais condenatórios referentes aquele delito.

### 3. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENIGNA (*LEX MITIOR*)

Caso fosse possível ao Estado incriminar fatos anteriores à vigência da lei penal, o Princípio da Legalidade ficaria esvaziado na sua função de garantia. Com efeito, seria fácil aos detentores do político utilizar-se de forma arbitrária do Direito Penal para alcançar fatos passados desagradáveis a eles, se não houvesse a proibição da retroatividade da lei penal. É por isso que a formulação constitucional do Princípio da Legalidade exige que a lei penal seja prévia ao fato, não podendo retroagir para prejudicar o réu. Assim, parafraseando Jescheck, a proibição de retroatividade é uma norma protetora do réu<sup>10</sup>.

Todavia, a proibição da retroatividade não é absoluta. Com efeito, se não é possível que a lei penal retroaja para prejudicar o réu, é perfeitamente possível a retroatividade da lei penal quando houver algum benefício para o réu. O fundamento desta retroatividade foi magistralmente exposto por Maurach:

A rigorosa aplicação da proibição de retroatividade encontra suas fronteiras no lugar de onde, ao invés de se cumprir o fim perseguido pela retroatividade – proteção do autor frente às penas ‘sobrevindas’ – se produziria um prejuízo para o sujeito. Toda modificação é signo de uma mudança valorativa; pela supressão ou atenuação da ameaça penal, manifesta o legislador uma mudança na sua concepção primitiva em favor de uma mais suave. Se se quisesse manter aqui a proibição de retroatividade, deveria ser castigado o autor sobre a base de uma concepção jurídica não professada mais pelo próprio legislador. Com o objeto de evitar esta violação da justiça material, prevê-se a obrigatória retroatividade da lei penal mais benigna<sup>11</sup>

Assim, a lei penal que beneficie o agente, chamada de *lex mitior*, retroage para alcançar os fatos anteriores à sua vigência. Esta retroatividade está prevista expressamente no art 2º, parágrafo único do Código Penal, *in verbis*:

10 Jescheck, Hans Heirich. Jescheck, Hans-Heinrich. *Lerhbuch des Strafrechts*. Berlin:Duncker u. Humblot. 1988. P. 125.

11 Maurach, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. T.I Barcelona:Ariel. 1962. P. 143.

A lei posterior que de qualquer modo favorece o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Como visto, o Código Penal se utiliza da expressão “lei que de qualquer modo favorece o agente”. Em várias situações a lei nova poderá ser mais benéfica ao agente, como, exemplificativamente: (a) quando diminui a pena do crime; (b) quando torna a execução do crime menos rigorosa; (c) quando cria institutos não existentes na lei antiga que reduzem a limitação à liberdade; (d) quando torna menos gravosa ao patrimônio a pena de multa ou se facilita seu pagamento; (e) quando é aumentado o rol das causas de exclusão da antijuridicidade ou de exclusão da culpabilidade; (f) quando se acrescenta ao tipo uma causa de diminuição de pena; (g) quando se aumenta o rol das circunstâncias atenuantes; (h) quando se altera os critérios de fixação da pena base, tornando-a menos gravosa ao agente.

Ocorre que, se por vezes pode ser evidente o benefício da lei nova (como no caso de uma redução na pena), pode também não estar claro se a retroatividade da lei, de fato, beneficia o agente. Isto porque, “mais benigna é a lei mais favorável ao autor no caso concreto”<sup>12</sup>. É, pois, indispensável a análise do benefício em face da singularidade de cada caso concreto.

O ordenamento espanhol, reconhecendo explicitamente este problema, fez constar naquele Código Penal que em caso de dúvida na determinação da lei mais favorável, se a lei nova ou a lei mais antiga, o réu será ouvido, antes de o juiz decidir<sup>13</sup>.

Em que pese não haver norma explícita no ordenamento penal brasileiro, no caso da dúvida na determinação da lei mais favorável, não há nenhuma proibição para a oitiva do réu. Se o julgador entender necessário, para dirimir a dúvida, tem a faculdade de determinar a oitiva, o que é de todo recomendável, sobretudo em face do próprio sentido da norma penal brasileira, que se utiliza da expressão “beneficie o agente”. Assim, é necessário um benefício pessoal concedido pela lei nova ao réu e, sendo o condenado um sujeito considerado juridicamente como capaz, já que ele conserva todos os direitos não atingidos pela condenação, nada mais natural que ouvi-lo. Assim, a opinião do réu sobre a lei nova duvidosamente mais favorável pode ser colhida pelo julgador, embora o órgão julgador não esteja vinculado a ela.

12 Maurach. Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. T.I Barcelona: Ariel. 1962. P. 143.

13 Art. 2º, nº 2. da Lei Orgânica 10/95.

Após estas considerações, cabe considerar uma hipótese: qual o Direito aplicável, se a lei nova surge quando o processo está em grau de apelação? Parafraseando Tobias Barreto, ainda aí ela deve prevalecer, em face das condições de maior favorabilidade<sup>14</sup>.

Como foi visto, uma vez determinado que uma lei nova é mais favorável ao agente ela retroage para beneficia-lo. Todavia, uma questão ainda se põe: quando é possível aplicar a lei posterior mais benigna?

A primeira vista, a resposta seria a partir da entrada em vigor da lei nova, porque a Teoria Geral do Direito estabelece que a entrada eficácia da norma se dá com a vigência. Como sabido, após a publicação da lei, se a própria norma não dispuser de um prazo diverso, ela vigorará a partir de trinta dias, em caso dela dispor de prazo diverso, vigorará no prazo que estiver estabelecido nela própria. Todavia, porque o Direito Penal está sempre ligado, em sua essência, ao uso estatal da violência – o que se concretiza com a pena – por vezes ele tem um lógica diferenciada dos demais ramos do Direito. Passemos ao exame da questão com o seguinte exemplo:

Caio é condenado definitivamente por crime de Deserção (crime militar próprio), estando o Brasil em guerra com uma potência estrangeira, à pena de morte por pelotão de fuzilamento. Fica determinado que a pena será executada um mês depois da condenação. Todavia, dez dias após o trânsito em julgado da sentença condenatória, surge uma nova lei que retira a pena de morte do rol das penalidades para a Deserção, só que dita lei tem uma *vacatio legis* de seis meses, isto é, somente entrará em vigor seis meses após a sua publicação. Assim, quando a lei que retira a pena de morte do crime militar de Deserção, em tempo de guerra, entrar em vigor, a pena de morte já terá sido executada.

Como se vê, a pena – sanção exclusiva do Direito Penal – é a mais grave forma do Estado intervir na esfera de seu súdito, porque as penas retiram do agente seus direitos fundamentais (vida, liberdade, patrimônio). Deste modo, a interpretação da lei penal no tempo deve considerar uma variável importante: é que o Estado não tem o poder de fazer retroagir a flecha do tempo para restituir a vida retirada ou a liberdade que deixou de ser gozada. Pois bem, por conta da gravidade da sanção denominada de pena, o Direito Penal é regulado pelo Princípio Constitucional da Legalidade (Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal), princípio este elencado no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais (art. 5º, XXXIX da CF). Por que a lei penal é uma Garantia Fundamental ela tem aplicabilidade imediata, conforme dispõe expressamente o texto constitucional. *In verbis*:

14 Barreto, Tobias. "Comentário Teórico e Crítico ao Código Penal Brasileiro". *Estudos de Direito II*. Rio de Janeiro:Record. 1991. P.173.

Art. 5º, §1. As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Assim, para efeito da aplicação da lei penal no tempo, retroage-se a lei mais benéfica a partir da sua publicação, não sendo necessário esperar sua entrada em vigor, já que a lei na esfera penal é um Garantia Fundamental, com aplicação imediata, por força de dispositivo constitucional.

Uma outra questão interessante refere-se à retroatividade favorável de uma interpretação jurisprudencial consolidada. Visualizemos esta questão com um exemplo: em face de uma antiga decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro, o uso de arma de brinquedo idônea para enganar, no delito de roubo, justifica a aplicação da forma qualificada daquele crime<sup>15</sup>. Tal entendimento, embora deveras criticável, ganhou um significativo eco na jurisprudência pátria. Imagine-se para efeito de argumentação, entretanto, que o próprio STF, conhecendo um recurso extraordinário de sua competência, declare supervenientemente que tal interpretação é inconstitucional. Imagine-se, ainda, que esta nova decisão do STF acarretou a modificação posterior da interpretação jurisprudencial dos demais tribunais sobre a forma qualificada do tipo de roubo, que não mais se imputaria ao crime cometido com o uso de arma de brinquedo. Pergunta-se: seria possível a retroatividade do entendimento jurisprudencial consolidado para beneficiar o réu?

Enfrentando este problema, Zafarroni, afirma que quando a jurisprudência com valor indicativo geral muda de critério, temos que considerar três hipóteses:

- 1ª) dita jurisprudência pode passar a considerar atípica uma ação que até então era julgada adequada a um tipo penal;
- 2ª) dita jurisprudência pode passar a considerar como incurso na forma simples do tipo a ação que era anteriormente considerada como adequada à forma qualificada; ou,
- 3ª) dita jurisprudência pode considerar justificado por uma causa se exclusão de antijuridicidade o que era considerado anteriormente como ilícito.

Em todos os três casos, não reconhecer a eficácia retroativa da jurisprudência, “provoca um escândalo jurídico, pois duas pessoas que realizam idênticas ações, reguladas pela mesma lei, resultam julgadas de modo que uma seja condenada e

---

15 Este entendimento, que se iniciou cronologicamente no Supremo Tribunal Federal, foi também seguido e sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça.

outra absolvida, só porque a primeira foi julgada antes”<sup>16</sup>. Com efeito, é a interpretação jurisprudencial consolidada que determina os contornos da ação criminosa. Se essa interpretação consolidada muda, embora não exista alteração na definição legal, muda-se o próprio significado conceitual do crime. Por que é a jurisprudência que determina a aplicação concreta da lei, a mudança da interpretação consolidada acima referida, determina a retroatividade da lei penal, considerada em seu elemento mais palpável: sua aplicação.

#### 4. COMBINAÇÃO DE LEIS (*LEX TERTIA*)

Uma questão central no estudo da lei penal no tempo é a da combinação de leis. Tratemos deste assunto com um exemplo: imaginemos que, quando um determinado crime foi cometido, a pena estabelecida era de reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos. Posteriormente ao cometimento do delito, uma lei nova alterou a pena do mesmo crime para reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos. Como se vê, a lei posterior tem um elemento mais favorável: a pena mínima; e a lei anterior tem um elemento mais favorável que a posterior: a pena máxima. Como, no caso, se determina a lei mais favorável?

Vê-se que nenhuma das duas leis, por si sós, podem ser apontadas como a mais favorável, o mais favorável ao agente, no caso, seria a combinação das leis (da pena mínima da lei posterior – um ano de reclusão – com a pena máxima da lei anterior – quatro anos de reclusão). Segundo Bagio Petrocelli, a combinação de leis, neste caso, é necessária por força da equidade, para regular algumas situações transitórias, que se verificam em face da sucessão de leis penais.<sup>17</sup>

Na dogmática penal brasileira, não houve uma unanimidade na admissão da combinação de leis. Néelson Hungria, por exemplo, afirma não ser possível a combinação de leis porque transformaria o juiz em legislador<sup>18</sup>.

Todavia, essa opinião não pode se sustentar. Na combinação de leis o juiz está operando com leis do ordenamento jurídico, não está ele criando *ex nihilo*, isto é, do nada, uma nova norma. Ressalte-se, ainda, que a sentença é uma norma do caso concre-

16 Zaffaroni, Eugenio Raúl *et al. Derecho Penal. Parte general.* Buenos Aires:Ediar. 2000. P.126.

17 Petrocelli, Biagio. *Principi di Diritto Penale.* V. I. Nápoles:Eugenio Jovene. 1950. P.150-151.

18 Diz Hungria: “Cumpre advertir que não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da *lex nova* com os da lei antiga, pois, de outro modo, estaria o juiz arvorado em legislador, formando uma terceira lei, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo.” Hungria, Néelson. *Comentários ao Código Penal.* V. I. T. I. Rio de Janeiro:Forense1958. P. 110.

to, criada pelo juiz. Assim, na sentença judicial, que se repita, é uma norma criada pelo juiz, é perfeitamente possível ao julgador se movimentar dentro dos quadros legais do ordenamento jurídico. Lúcida, sobre o assunto, é a lição de José Frederico Marques:

Dizer que o juiz está fazendo lei nova, ultrapassando assim suas funções constitucionais é argumento sem consistência, pois o julgador, em obediência a princípios de equidade consagrados pela própria Constituição, está apenas movimentando-se dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente legítima. O órgão do judiciário não está tirando *ex nihilo*, a regulamentação eclética que deve imperar *hic et nunc*. A norma do caso concreto é construída em função de um princípio constitucional e com o próprio material fornecido pelo legislador<sup>19</sup>.

A lição de Frederico Marques permanece atual, sobretudo em face do princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, assegurado pela Constituição Federal de 1988. Com efeito, não podemos esquecer que a sanção penal atinge Direitos Fundamentais, constitucionalmente assegurados. Destarte, se a combinação de leis promove uma redução à lesão destes Direitos Fundamentais atingidos pela pena, não é só por equidade que se deve aplicar a combinação de leis, mas, sobretudo, porque o respeito à Dignidade da Pessoa Humana impõe a menor lesão possível dos Direitos Fundamentais.

Para se concluir a argumentação sobre a combinação de leis, traga-se à colação a irreprochável lição de Taipa de Carvalho:

Sobre a alegada *ilegitimidade* da aplicação das disposições favoráveis de cada uma das leis, não se vê onde esteja a ilegitimidade; deve-se mesmo dizer-se que tal é imposto pela *ratio* jurídico-política da proibição da retroatividade desfavorável e pela *ratio* político-criminal da imposição da retroatividade favorável.<sup>20</sup>

## 5. ULTRA-ATIVIDADE DA LEI PENAL (LEI PENAL EXCEPCIONAL OU TEMPORÁRIA)

O Código Penal prevê uma exceção à regra da *abolitio criminis*: é o caso da lei penal excepcional ou temporária<sup>21</sup>. Como sabido, se uma conduta deixa de ser considerada como criminosa, cessam todos os efeitos penais condenatórios. Mas se uma

19 Marques, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. V.I. São Paulo:Saraiva. 1964. P.210.

20 Taipa de Carvalho, Américo. *Sucessão de Leis Penais*. Coimbra:Coimbra editora. 1997. P. 197.

21 No sentido de ser a lei excepcional ou temporária uma exceção aos princípios gerais, veja-se Nuvoione, Pietro. *Il Sistema del Diritto Penale*. Padova:CEDAM. 1975. P.40.

lei penal com prazo de vigência determinado deixa de vigorar pelo término do prazo os das circunstâncias que a ensejaram, todos os fatos que se deram sob a sua vigência são regulados por ela, a isso a dogmática chama de ultra-atividade penal.

Quando uma lei passa a existir no ordenamento jurídico, sabe-se o início de sua vigência, conforme foi dito: trinta dias após a sua publicação ou, caso ela disponha de modo diverso, o prazo que for estabelecido na própria norma. Mas se é verdade é sempre sabido o termo inicial da lei, a regra é que ela não disponha de prazo de término de vigência.

Contudo, parafraseando Welzel, algumas leis são criadas para regular uma situação transitória<sup>22</sup>, tendo prazo de vigência determinado. Existem duas possibilidades da lei penal ser editada com prazo determinado, a primeira é a lei excepcional. Neste caso a lei fixa na sua definição circunstâncias concretas que, enquanto existirem, possibilitarão a sua vigência. Podemos visualizar a presente hipótese com um exemplo: Imagine-se que o Brasil esteja sofrendo uma ameaça terrorista determinada em face da visita de um chefe de Estado estrangeiro. Entretanto, suponha-se também que, em face da dita ameaça terrorista, entre em vigor uma lei que incrimine a conduta de manter em depósito, sem a autorização estatal, compostos químicos que possam provocar explosão, enquanto durar a ameaça. Ora, essa lei penal hipotética tem um termo final previsto na própria norma, pois com o fim do dito estado de ameaça que é uma circunstância concreta e excepcional, ela deixa de vigorar; assim, essa norma é classificada como excepcional. Segundo Jiménez de Asúa a derrogação da lei excepcional se dá “por haver desaparecido o objeto, circunstância ou privilégio que deram nascimento a ela”<sup>23</sup>.

A segunda hipótese é lei temporária, que é aquela que leva “no próprio texto ou em outra lei, de igual ou superior hierarquia, a data de caducidade”<sup>24</sup>, declarando-se explicitamente o tempo em que deixará de vigorar perante o ordenamento jurídico. É o caso, por exemplo, de uma norma penal que é publicada e, nas suas disposições finais existe o seguinte comando: esta norma vigorará por seis meses.

Manzini esclarece que não se enquadraram no conceito de leis excepcionais ou temporárias aquelas normas que, embora se refiram às situações transitórias, são permanentes, como é o caso dos crimes cometidos em tempo de guerra.<sup>25</sup> Com efeito, o tempo de guerra é um tempo excepcional, já que dentre os fins do Estado está a convivência pacífica com as outras potências, mas os crimes previstos para o tempo

22 Welzel, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Santiago:Editoria Jurídica del Chile. 1976. P.44.

23 Jiménez de Asúa, Luiz. *La Ley y el Delito*. Caracas:Andrés Bello. 1945. 179.

24 Jiménez de Asúa, Luiz. *La Ley y el Delito*. Caracas:Andrés Bello. 1945. 179.

25 Manzini, Vincenzo. *Trattato di Diritto Penale Italiano*. V.I. Torino:Unione Tipografico. 1950. P.337.

de guerra não são leis excepcionais, já que eles são consubstanciados em uma norma permanente (no Brasil, o Código Penal Militar, Decreto-Lei nº1.001/69). Assim, somente as normas não permanentes, isto é, com vigência limitada por prazo determinado ou pela presença de circunstâncias excepcionais podem ser consideradas para efeito da ultra-atividade penal.

No caso das leis penais excepcionais ou temporárias, ainda que cessadas as circunstâncias que determinaram a edição da norma ou ainda que cessado o prazo, os fatos ocorridos no período de sua vigência são sempre regulados segundo seus comandos. Tal norma é constante no artigo terceiro do Código Penal, *in verbis*:

Art. 3º. A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante a sua vigência.

## 6. QUESTÕES PONTUAIS DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO TEMPO

### 6.1. MEDIDAS DE SEGURANÇA

O Direito Penal tem duas conseqüências previstas para a violação de suas normas: a pena e a medida de segurança. Enquanto a pena é aplicada como a conseqüência jurídica do crime, a medida de segurança é aplicada para os sujeitos que não podem ser objeto de uma censura pessoal, em face de serem portadores de anomalias mentais e, por conta desta anomalia, não conseguir compreender o caráter ilícito do fato ou determinar-se conforme esse entendimento. Por exemplo, se um sujeito doente mental mata alguém por obedecer a “ordens sobrenaturais” – caso característico de esquizofrenia paranóide – não pode ele sofrer uma pena, mas será submetido à medida de segurança.

Surge, aqui, uma importante questão: às normas referentes à lei penal no tempo aplicam-se às medidas de segurança? A resposta é positiva: as normas referentes à lei penal no tempo também se aplicam à medida de segurança.

Polaino Navarrete, discorrendo sobre a medida de segurança, faz uma advertência segundo a qual as citada medidas de segurança não são estabelecidas arbitrariamente, não se acham isentas de fundamentação jurídica e possuem a natureza penal, por isso se lhe aplicam os postulados da lei penal no tempo<sup>26</sup>. Destarte, proíbe-se a re-

26 Polaino Navarrete, Miguel. *Derecho Penal. Parte General*. T.I. Barcelona: Bosch. 1983. P.494.

troatividade da lei torne de qualquer modo mais gravosa esta medida e aplica-se-lhe as leis posteriores que de qualquer modo representem benefícios aos que a cumprem.<sup>27</sup>

Com efeito. Para haver a aplicação de uma medida de segurança é necessário que o sujeito, portador de uma anomalia mental que anula sua capacidade de consciência ou de auto-determinação, tenha violado uma lei penal. Se um doente mental não praticar nenhum fato incriminado em uma lei penal sob a ameaça de uma pena, não há a possibilidade de se lhe imputar uma medida de segurança. Assim é condição para a aplicação da medida de segurança a violação da lei penal, sendo a aplicação da referida medida de segurança o produto da interpretação sistemática da lei penal incriminadora e das normas gerais sobre a culpabilidade, presentes na Parte Geral do Código Penal. Ora, como a lei penal, que é condição prévia para a aplicação da medida de segurança, é regulada segundo as normas referentes à lei penal no tempo, não há como a dita medida de segurança também não sê-lo.

Chama-se norma penal em branco a lei penal que, para ter a individualização da conduta proibida, precisa ser completada por outra norma. Na norma penal em branco a lei penal descreve o núcleo da conduta proibida, já que a dita lei sempre traz na sua descrição abstrata o verbo, o qual indica o comportamento que é vetado pelo Direito Penal sob a ameaça de uma pena. Todavia, o complemento do verbo, sempre necessário para a individualização da conduta incriminada, é feito por outra norma jurídica.

Um exemplo esclarecerá a questão: a Lei nº 6.368/76, que trata do tráfico e do consumo de substâncias entorpecentes dispõe do seguinte crime:

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar:

Pena – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Como visto, a presente lei traz na sua descrição o núcleo da proibição, que é expresso pelos verbos que indicam os comportamentos proibidos (adquirir, guardar, trazer), mas somente se pode individualizar a conduta proibida se houver a determinação do complemento do verbo. É complemento do verbo, nesta lei, o conceito de substância entorpecente, sem ele não se alcançará a taxatividade penal, isto é, a conduta proibida não poderá ser individualizada. Pois bem, quais são as substâncias en-

27 Neste sentido: Taipa de Carvalho, Américo. *Sucessão de Leis Penais*. Coimbra:Coimbra editora. 1997. Pp.208-209.

torpentes? A lei não as define, mas estabelece no seu art. 36 que elas serão definidas em lei ou relacionadas pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, do Ministério da Saúde. Como visto, a Lei 6.368/76 remete seu complemento a uma outra norma, logo ela é uma norma penal em branco.

Com relação à lei penal no tempo, a norma penal em branco está submetida às mesmas regras gerais explicadas anteriormente, inclusive com relação ao seu complemento<sup>28</sup>. Por exemplo, se a portaria do Ministério da Saúde que relaciona as substâncias entorpecentes é acrescida por um novo elemento, não é possível a incriminação retroativa do uso da novel substância. Com efeito, somente se poderá incriminar o uso da novel substância entorpecente a partir da vigência da nova portaria. De outra parte, se a mesma portaria do Ministério da Saúde retira de seu rol uma determinada substância, haverá a *abolitio criminis* com relação a todas as persecuções penais envolvendo o uso da substância que foi retirada da norma. Como se vê, todos os postulados referentes à lei penal no tempo se aplicam à norma penal em branco.

## 7. TEMPO DO CRIME

Ponto central na aplicação temporal da lei penal é a determinação do tempo do crime. Um exemplo comprovará a importância do tema: Caio, com o fim de matar, desferiu um disparo de arma de fogo em Paulo. Este último é socorrido logo após a ação de Caio, mas morre cinco dias depois, por conta dos ferimentos sofridos. Todavia, entre a ação de Caio e a morte de Paulo entra em vigor uma lei majorando a pena do homicídio. Somente podemos saber se a lei nova é aplicável ao caso após a determinação do tempo do crime.

Ao longo do desenvolvimento teórico da dogmática penal, três teorias foram formuladas para a determinação do tempo do crime.

A primeira é a Teoria da Atividade ou da Ação. Segundo ela o crime é considerado praticado ao tempo da ação ou da omissão, ainda que seja outro o momento do resultado. Essa teoria é chamada da atividade porque considera momento do crime

---

28 Neste mesmo sentido, veja-se a lição de Cerezo Mir: “Se discute si el principio de irretroactividad de las leyes penales debe aplicarse a las leyes o disposiciones que complementan las llamadas leyes penales en blanco. Em realidad dichas leyes o disposiciones, aunque pertenezcan a otro sector del ordenamiento (Derecho Civil, Derecho Administrativo) queden incorporadas a las leyes penales, al completarlas con la descripción de las conductas prohibidas u ordenadas. Debe regir, pues, para ellas el principio de la irretroactividad, así como el de la irretroactividad de las leyes penales de caracter favorable”. Cerezo Mir, José. *Curso de Derecho Penal Español*. Madrid: Tecnos. 1993. P.180.

tanto o momento da ação positiva (comissão), quanto o momento da ação negativa (omissão). Segundo Jescheck,

o tempo de comissão do fato punível se determina pelo momento da ação, isto é, pelo momento em que a vontade é manifestada e não no momento da realização do resultado. Nos delitos de omissão, o tempo de realização se determina no momento em que o autor deveria ter atuado.<sup>29</sup>

A segunda doutrina construída foi a Teoria do Resultado. Segundo ela o resultado é o momento em que o dano ao bem jurídico se perfaz. Assim, o resultado encerra o processo temporal do crime, devendo ser ele o tempo do crime. No dizer de Antolisei, a teoria do resultado “considera cometido o delito no momento em que se verificou o efeito exterior da conduta humana”.<sup>30</sup>

A terceira posição é a teoria eclética, que considera tempo do crime tanto o tempo da ação ou da omissão quanto o tempo do resultado.

O Código Penal brasileiro, no seu artigo quarto, adotou expressamente a Teoria da Atividade, ao estabelecer que:

Art. 4º. Considera-se praticado o crime no momento da ação ou da omissão, ainda que seja outro o momento do resultado.

Entretanto, algumas questões sobre o tempo do crime precisam ser tratadas. A primeira diz respeito aos crimes permanentes. Crime permanente é que se protraí no tempo, não se realizado num instante determinado. Veja-se o delito de Extorsão mediante seqüestro (art. 159 do Código Penal) cujo núcleo é o verbo seqüestrar. Ora, o verbo seqüestrar indica uma privação de liberdade que se estende no tempo. Como se dá o tempo do crime se a ação se prolonga no tempo? No caso do crime permanente, será considerado tempo do crime todo o percurso temporal, até haver cessado a permanência.

A segunda questão a ser enfrentada no que diz respeito ao tempo do crime é a questão do crime continuado. O crime continuado é aquele que, em face das circunstâncias de tempo, lugar, modo de execução, ou outra que possa indicar a referida continuidade, a ação antecedente deva ser vinculada à posterior, num nexos ideal de

29 Tradução livre de: “Die Begehungszeit der Straftat bestimmt sich nach dem Zeitpunkt der Handlung, d.h. nach dem der Willensbetätigung, nicht nach dem Zeitpunkt des Erfolgeintritts im Falle des Unterlassens nach dem Zeitpunkt, zu dem der Täter hätte handeln müssen“. Jescheck, Hans-Heinrich. *Lerhbuch des Strafrechts*. Berlin: Duncker u. Humblot. 1988. Pp.123-124.

30 Antolisei, Francesco. *Manuale di Diritto Penale*. Milano: Guiffirè. 1997. P. 115

continuação, de modo a se reconhecer não mais duas ações, mas uma única e, portanto, não mais crimes diversos, mas um único crime (art. 71 do Código Penal).

Um exemplo elucidará o conceito: O tesoureiro de um banco determinado, todos os dias, durante uma semana, subtrai valores do cofre do estabelecimento, de que tinha a detenção. Neste caso não existiram sete crimes de apropriação indébita, mas um crime único, em face da regra do crime continuado. Por força da norma jurídica do crime continuado, ele é visto como um crime único, por isso surge uma questão: quando é que se verifica o tempo de sua realização? Do mesmo modo que o crime permanente, o tempo de sua realização se dá até a prática do último ato ligado pelo liame da continuidade delitiva. Assim, o tempo de realização no crime continuado é, por conseguinte, todo o espaço de tempo que se dê até o término da ação <sup>31</sup>.

Nestas hipóteses se uma lei passa a vigorar após iniciada a permanência ou a continuidade, mas antes de cessados todos os atos integrantes daquelas ações, ela é aplicável, ainda que mais gravosa, porque sob o seu império se deu parte da atividade executiva<sup>32</sup>. Neste caso não há que se falar em retroatividade de lei posterior, porque a lei é posterior ao primeiro ato da ação criminosa, mas é anterior ao último ato da referida ação.

## REFERÊNCIAS

- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale*. Milano:Guiffè. 1997.
- BARRETO, Tobias. “Comentário Teórico e Crítico ao Código Penal Brasileiro”. *Estudos de Direito II*. Rio de Janeiro:Record. 1991.
- CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español*. Madrid:Tecnos. 1993.
- HUNGRIA, Néson. *Comentários ao Código Penal*. V. I T. I. Rio de Janeiro:Forense. 1958.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Lerhbuch des Strafrechts*. Berlin:Duncker u. Humblot. 1988.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La ley y el delito*. Caracas:Andrés Bello. 1945.
- MANZINI, Vincenzo. *Trattato de Diritto Penale Italiano*. V. I. Torino:Unione Tipografico. 1950.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. V. I. São Paulo:Saraiva. 1964.
- MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. T. I Barcelona:Ariel. 1962.
- NUVOLONE, Pietro. *Il Sistema del Diritto Penale*. Padova:CEDAM. 1975.

31 Jescheck, Hans-Heinrich. *Lerhbuch des Strafrechts*. Berlin:Duncker u. Humblot. 1988. P.124.  
32 Antolisei, Francesco. *Manuale di Diritto Penale*. Milano:Guiffè. 1997. P. 116.

PALAZZO, Francesco. *Introduzione ai Principi di Diritto Penale*. Torino:Giappichelli. 1999.

PETROCELLI, Biagio. *Principi di Diritto Penale*. V. I. Nápoles:Eugenio Jovene. 1950.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho Penal. Parte General*. T.I. Barcelona:Bosch. 1983.

TAIPA DE CARVALHO, Américo. *Sucessão de Leis Penais*. Coimbra:Coimbra editora. 1997.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Santiago:Editoria Jurídica del Chile. 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* *Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires:Ediar. 2000.



## VALORES ENTRAM EM CONFLITO? UMA PERSPECTIVA DE UM “OURIÇO”<sup>1 2</sup>

RONALD DWORKIN\*

O conflito é, atualmente, uma história familiar entre filósofos e teóricos políticos. É o começo da maturidade, muitos deles dizem, do reconhecimento de que valores políticos importantes entram em conflito e nos empurram em diferentes direções. Igualdade e liberdade são ambos desejáveis, por exemplo, mas só podemos ter um à custa de outro. Em meu recente livro, *Sovereign Virtue*<sup>3</sup>, descrevi uma consequência dessa história. É uma exigência soberana frente ao governo que ele trate todos aqueles sujeitos a seu domínio como iguais, ou seja, com igual consideração. Isto mostra

---

\* Professor da Cátedra Henry Sommer de Direito e Filosofia da New York University e da Cátedra Jeremy Bentham de Teoria do Direito da University College de Londres. Essa palestra foi proferida pelo Professor Dworkin na Conferência em Memória de Isaac Marks na Faculdade de Direito James E. Rogers, Universidade do Arizona. Publicado pela primeira vez na *Arizona Law Review*, n. 43, p. 251, 2001.

1 Tradução de Emílio Peluso Neder Meyer. Revisão de Alonso Reis Siqueira Freire.

2 N.T.: o título do ensaio faz referência a uma distinção estabelecida pelo teórico americano Isaiah Berlin. Para ele, havia pensadores que poderiam ser chamados de “ouriços” e pensadores que poderiam ser chamados de “raposas”; para os primeiros, seria possível teorizar de uma maneira universal acerca da história e ação humanas. Para os segundos, essa tarefa seria barrada pela multiplicidade cultural, não havendo aspectos que pudessem ser chamados de universais. Dworkin seria um “ouriço”. Para tanto, cf. BERLIN, Isaiah. O ouriço e a raposa. In *Estudos sobre a humanidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

3 DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue*. Harvard University Press, 2000. Trad. bras. DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. Rev. Cícero Araújo e Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

que a igual consideração pode permitir a pobreza? Pareceria que não. Mas somos também informados que igual consideração requer o respeito pela liberdade das pessoas da mesma forma. Então, a igual consideração requer uma reflexão acerca destas duas virtudes: o governo deve fazer uma difícil escolha e apenas dogmáticos insistiriam que a igualdade é sempre mais importante que a liberdade.

Esse não é o único suposto conflito no seio de nossas virtudes políticas. Quase sempre se diz que a democracia entra em conflito com direitos individuais fundamentais. A Suprema Corte pode proteger tais direitos fundamentais, de acordo com essa história, porém apenas a custo da democracia, porque sempre que ela declara nula alguma lei estadual em nome de direitos individuais, a Corte está, então, usurpando a função da maioria e colocando em perigo a democracia. Há ainda outro suposto conflito entre direitos e liberdades individuais e o conceito de uma verdadeira comunidade. A ênfase liberal nos direitos individuais negligencia as responsabilidades que as pessoas devem à comunidade, de acordo com essa reivindicação, e a permissividade liberal, que encoraja as pessoas a desenvolver seu próprio senso pessoal de moralidade, põe em perigo o espírito da comunidade, o qual depende de um senso comum e compartilhado de imperativos morais. Assim, novamente, uma difícil escolha é necessária e, de acordo com muitos críticos do liberalismo, os Estados Unidos têm errado, nas últimas décadas, ao seguir a direção da liberdade liberal. É tempo, dizem esses críticos, de restabelecer o equilíbrio.

Há outros exemplos de conflitos de valor com um impacto menos político. É um senso comum na teoria moral, por exemplo, que as pessoas sempre, ou ao menos algumas vezes, confrontem dilemas morais, nos quais elas agem erradamente não importa o que façam. Deus ordenou a Isaac que escravizasse seu próprio filho<sup>4</sup>; o patriota transtornado de Jean Paul Sartre teve que decidir se deixava sua mãe desprotegida para se integrar à resistência contra os nazistas<sup>5</sup>; a Sophie de William Stryon teve que escolher uma de suas crianças para salvar deixando outra morrer<sup>6</sup>.

Esses são dilemas morais, mas podemos facilmente construir dilemas éticos também. Gaugin teve que decidir se seu papel em sua família era mais importante que o talento que o chamava ao Taiti para pintar. Alguém que vocês conhecem pode ter tido que tomar uma decisão similar entre sua religião e sua identidade étnica, que podem ter convocado-o para imigrar para Israel, e o desejo por uma carreira significativa que pede que ele permaneça nos Estados Unidos. Em um nível mais

---

4 *Gênesis* 22.

5 Cf. SARTRE, Jean-Paul, *Existentialism Is a Humanism*, in *Existentialism from Dostoevski to Sartre*, Walter Kauffman ed., 1988.

6 Cf. STYRON, William. *Sophie's choice*, 1979.

prosaico, as pessoas devem quase sempre decidir se é certo que sacrifiquem algo que consideram importante, como amizades valiosas, a fim de se concentrarem em algo profissional ou outro objetivo que lhes pede uma dedicação total e irrestrita.

Vamos parar um momento para considerar o caráter ou estrutura desses conflitos ditos familiares. O conflito suposto não é apenas uma questão de alguém não ser capaz de ter tudo o que deseja, ou de uma comunidade política não ser capaz de realizar tudo que seus membros possam conceber como útil ou desejável. Esse tipo de conflito é claramente inevitável. Não posso viajar para toda terra estrangeira que pudesse querer; não tenho o tempo ou o dinheiro. Não posso ler todo livro que gostaria de ler. Os Estados Unidos não podem direcionar todos os seus recursos apenas para a ciência, não importa o quão excitante fosse o resultado. Esse não é o tipo de conflito que quero discutir, já que ele não é ameaçador. Não tem as conseqüências políticas que descrevi. Vamos assumir que é verdade que se uma nação mostra igual consideração pelas vidas de todos os seus cidadãos, ao invés de uma consideração especial por seus poetas, produzir-se-á, com isso, menos poesia de qualidade. Não quero dizer que isto é adequado, mas apenas que é possível. Até agora, isto não apresentaria qualquer dilema ou conflito, porque pareceria óbvio que a poesia, por mais importante que seja, é menos importante que a imparcialidade política.

O conflito se torna ameaçador quando não é apenas uma questão de escolha, mas de uma escolha trágica – quando algo de ruim ou errado é praticado não importa a decisão que se tome. Isto é evidentemente claro no caso dos dilemas morais; seja qual for a escolha que Sophie de Styron faça subtrai de uma criança aquilo que ele ou ela têm o direito de ter: a proteção de uma mãe num momento de grande necessidade. É isto o que faz dos conflitos ditos políticos tão terríveis. Se protegermos direitos, por meio da expansão da jurisdição da Suprema Corte, então subtrairíamos a democracia, que não é tão-somente uma questão de não termos tudo o que desejamos, mas de fazer algo em si errado. Se protegermos a igualdade denegando liberdade, então, uma vez que a liberdade é um direito fundamental, ou, em qualquer caso, algo de importância fundamental, teremos feito algo muito errado. Essa sugestão assustadora – de que, às vezes, fazemos algo errado não importa o que fazemos – é o fundamento da idéia moderna do conflito inevitável.

Mas isto é realmente verdade? Devo me concentrar nos casos políticos e, em particular, no suposto conflito entre liberdade e igualdade que comecei a descrever. É claro que podemos definir as várias virtudes políticas de um modo que o conflito [seja], sem dúvida, inevitável. Suponhamos que definimos a igualdade da maneira que certos socialistas o fizeram: igualdade significa todos tendo a mesma riqueza, não importa quais escolhas faça alguém sobre trabalho, lazer, consumo ou investi-

mento. Podemos definir liberdade no modo como John Stuart Mill e Isaiah Berlin o fizeram: a liberdade de alguém é a sua faculdade de fazer o que quer que queira fazer livre da interferência de outros. Então, certamente, teremos um conflito entre liberdade e igualdade. De maneira a proteger a igual distribuição de bens, temos que proibir o roubo, o que é uma negação da liberdade. Se permitirmos às pessoas que possam produzir e comerciar mercadorias, então a desigualdade irá aparecer, por que alguns serão mais talentosos na produção que outros, não importa a frequência com que acumulemos recursos para redistribuição. Assim, se queremos garantir igualdade, devemos proibir o comércio, o que é uma grande interferência na liberdade. O primeiro desses compromissos de liberdade pareceria justificado: deveríamos proibir o roubo. O segundo não parece: não deveríamos proibir o comércio. Mas os dois casos são parecidos no sentido de que em cada um tivemos que escolher entre proteger a igualdade e proteger a liberdade: não podemos proteger ambos ao mesmo tempo.

Assim, se definirmos liberdade e igualdade do modo como fiz, então o conflito surge. Mas por que devemos defini-los daquela maneira? Aqui estão duas outras definições que quero colocar diante de vocês. Vou apresentá-las, por ora, no formato de um esquema, uma vez que isto será suficiente para mostrar que elas não geram (pe-los menos claramente) um conflito entre os dois valores políticos. Podemos definir a igualdade dinamicamente, como fiz em *Sovereign Virtue*. A igualdade é preservada quando ninguém inveja o conjunto do trabalho e recompensa que qualquer outro tenha conquistado. Suponha-se que as pessoas comecem com recursos iguais de todos os tipos: elas têm a mesma riqueza, saúde, sorte e talento iniciais. Elas divergem apenas em suas preferências sobre trabalho e lazer, bem como tipos de trabalho e consumo. Alguns gostam de trabalhar produzindo o que outros desejam, como música popular ou computadores; outros produzindo o que poucas pessoas desejam, como poesia ou filosofia. Alguns gostam de trabalhar muito e outros gostam mais do lazer. Se cada um leva a efeito tais preferências, eles terão logo diferentes riquezas, mas a igualdade terá sido preservada.

É claro que essa explicação é irrealista no sentido de que as pessoas não têm talentos e sorte iguais. Então, em *Sovereign Virtue*, propus que venhamos a instituir o que chamei de mercados de seguro hipotético. Perguntamos: o que teriam as pessoas comprado, em média, a fim de se assegurar contra a pobreza, em alguma era primitiva, se isto lhes fosse oferecido em iguais condições? Daí instituímos um esquema de tributação baseado em alguma resposta razoável a esta questão hipotética. Levamos em conta nos tributos o total do que julgamos que as pessoas teriam pago por prêmios de seguro em tal mercado e distribuímos o dinheiro apurado para aqueles que gastam menos do que aquilo que acreditamos que a maior parte das pessoas teria assegurado para se garantir. Aquilo proveria, sem dúvida, mais no que concerne a auxílios-desemprego

do que qualquer auxílio que no momento os Estados Unidos provêem. Não pretendo defender esse esquema novamente aqui, mas apenas oferecê-lo como um exemplo de uma compreensão concorrente daquilo que a igualdade requer.

Agora, considerem a seguinte definição de liberdade. Sua liberdade é sua faculdade de dispor como quiser da propriedade ou dos recursos que lhe foram conferidos sob um sistema razoavelmente legítimo de propriedade e outros direitos, livre da interferência de outros, desde que não viole o direito de ninguém. Há várias maneiras de um governo falhar no respeito à liberdade assim entendida. Ele deve possuir um conjunto razoavelmente legítimo de leis, mas poderia tentar ditar-lhe como deve gastar ou dispor de sua propriedade sob tais leis. Poderia dizer a você que não pode usar seu dinheiro para publicar material de crítica ao governo ou para comprar drogas, ou que você deve usar cintos de segurança para dirigir seu próprio carro. Mas ele não compromete sua liberdade quando lhe diz que não deve roubar por que ele está dizendo que você não pode dispor de uma propriedade que não lhe foi conferida por um regime justo de leis.

Não há razão para aceitar que se definirmos igualdade e liberdade dessas novas maneiras, elas irão entrar em conflito. Não precisamos proibir o comércio para proteger a igualdade; pelo contrário, o comércio será indispensável para a igualdade genuína. Devemos proibir o roubo para proteger a igualdade, mas a proibição do roubo não compromete a liberdade. Então, temos agora dois grupos de concepções de liberdade e igualdade. Vamos denominá-los. Devo chamar o primeiro grupo – as definições tradicionais sob as quais o conflito é evidente e inevitável – de concepções estáticas de igualdade e liberdade. Devo chamar o segundo grupo – as concepções diferentes sob as quais liberdade e igualdade não entram em conflito, pelo menos obviamente, de concepções dinâmicas.

Se há um conflito entre essas duas virtudes políticas importantes, isso depende, então, de como as concebemos. (Isto pode ser também demonstrado como verdadeiro no que diz respeito aos outros conflitos políticos que descrevi: entre direitos individuais e democracia, entre liberdades individuais e comunidade, mas não posso gastar tempo desenvolvendo a questão separadamente para estes diferentes pares de conceitos.) Devemos nos voltar para a questão claramente importante. Como podemos decidir quais concepções são as corretas? Ou, se vocês se opuserem ao fato de haver alguma questão certa ou errada aqui, quais são as melhores? A questão do conflito se volta para aquele assunto mais avançado, mais intuitivamente filosófico.

Podemos tornar nossas vidas mais difíceis descartando rapidamente algumas sugestões inúteis. Não podemos escolher concepções de liberdade ou igualdade olhando num dicionário ou fazendo uma pesquisa de opinião para ver como a maio-

ria das pessoas definiria os termos “liberdade” e “igualdade”. Nem se trata de uma questão do que a maioria dos filósofos políticos, ou outros supostos especialistas, diria. É fácil ver por que a questão de qual é a concepção adequada de um conceito político não é apenas uma questão semântica ou de especialistas. Liberdade, igualdade, democracia, comunidade e outros conceitos são conceitos *interpretativos*<sup>7</sup>. Concordamos que cada um nomeia uma virtude e concordamos no que seriam exemplos óbvios do que seria uma violação de igualdade ou liberdade, democracia ou comunidade. Mas parte da política consiste, mais precisamente, em argumentar em que, dentro dos limites desses paradigmas, significam as virtudes.

Precisamos de uma análise filosófica para nos dizer o que liberdade e igualdade realmente são, não o que elas supostamente são de uma maneira geral. Mas que tipo de análise filosófica? Uma comparação com aquilo que os filósofos chamam de espécies naturais pode ser útil aqui. Aprendemos o que o ouro é de fato – aprendemos sobre a natureza verdadeira ou essência do ouro – por meio da análise química: essa análise poderia mostrar que muito do que pensamos agora ser ouro, na realidade, não é. A analogia com o ouro é instrutiva, contudo, porquanto [ela] falha num aspecto chave. Acreditamos que o ouro é o que é de uma maneira suficientemente independente de interesses, ambições ou necessidades humanas. Mas isto não é nem remotamente plausível no que respeita a uma virtude política como igualdade ou liberdade. Não podemos olhá-las e encontrar uma composição química ou um peso específico. Elas são o que são porque somos o que somos: acreditamos que um governo que respeita liberdade e igualdade de alguma maneira melhora a vida daqueles que governa.

Liberdade e igualdade não são espécies naturais, como ouro e cães, mas *valores*, e não podemos entender um valor a menos que compreendamos por que é importante que respeitemos ou alcancemos este valor, a menos que entendamos o que é bom acerca dele. Sem dúvida, toda idéia de conflito entre nossos valores pressupõe, como enfatizei, não apenas que escolhas sejam necessárias, mas que algo de valor é perdido sempre que uma escolha é feita. Então, devemos ser guiados por esta suposição. Nossas interpretações de liberdade, igualdade e de todo o resto devem buscar mostrar o que é bom acerca da virtude em questão. Devem buscar mostrar por que, se a virtude é comprometida, algo de *mal* aconteceu, algo de valor foi perdido, pessoas não foram tratadas como tinham o direito de ser tratadas.

7 Ver DWORKIN, Ronald, *Law's Empire* (1986) (discutindo conceitos interpretativos). Trad. bras. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Se usarmos esse teste, então devemos dispensar, rapidamente, o que chamei de concepções estáticas de igualdade e liberdade. Em concepções estáticas de igualdade, a igualdade é comprometida quando o gafanhoto não tem muito da sobra como a formiga tem – ou seja, quando pessoas que poderiam ter trabalhado escolhem, ao invés, o lazer, e o Estado não tirou daqueles que trabalharam o necessário para compensar a diferença. A concepção estática de igualdade assume que isto é um insulto à igualdade, mesmo quando aqueles que não trabalharam tiveram as habilidades e oportunidades para fazê-lo. Mas alguém pensa que algo de mal aconteceu quando o Estado se recusa a tirar daqueles que trabalharam para tornar igualmente mais prósperos aqueles que escolheram não trabalhar? Que algo aconteceu de modo que o indolente tem um direito a ser protegido? Que algo de valor se perdeu? Se não, então, no teste que acabei de propor, a definição antiga, estática, de igualdade falha imediata e drasticamente.

Podemos propor a mesma questão acerca da definição estática de liberdade. De acordo com esta definição, é uma violação da liberdade quando sou impedido de roubar sua propriedade. Mill e Berlin concordam que leis que me impeçam de roubar são justificáveis, porém eles insistem que tais leis, apesar de tudo, comprometem a liberdade. Então, outra vez, a concepção estática falha no teste metodológico, direta e drasticamente. Algo de valor foi perdido quando sou impedido de derrubá-lo e levar sua carteira? Ou de seqüestrar seu filho? Pode alguém pensar seriamente que o direito ou os legítimos interesses de ninguém são ofendidos por leis que me impedem de atacar as pessoas daquela maneira? Se não, precisamos de uma nova explicação da liberdade.

Contrariamente, pelo menos à primeira vista, parece que as concepções dinâmicas de liberdade e igualdade obedecem ao nosso princípio metodológico. Nada deu errado quando pessoas detêm agora menos recursos porque haviam escolhido viver uma vida cara. Mas algo, sem dúvida, deu errado quando elas têm menos agora porque tiveram uma sorte brutalmente má, incluindo uma sorte geneticamente má. Portanto, a concepção dinâmica de igualdade passa no teste. Não é de se lamentar quando são negados recursos às pessoas porque seria ilegítimo que elas os possuíssem. Contudo, é lamentável quando outras pessoas ditam a elas como devem usar os recursos que são legitimamente seus. Assim, a concepção dinâmica de liberdade também passa no teste.

Estabelecemos algo importante: na medida em que o famoso e celebrado conflito entre liberdade e igualdade depende da adoção de concepções estáticas dessas duas virtudes, trata-se de um conflito falso. Mas esse não é, obviamente, o fim da história. É uma conclusão importante, pois aqueles que reivindicam um conflito ine-

vitável entre valores políticos simplesmente assumiram algo como essas concepções indefensáveis. Ainda não devemos ser preguiçosos em outra direção. Não podemos anunciar a conclusão oposta até que tenhamos construído concepções que enfrentem nosso teste metodológico e pareçam não produzir conflito. Dei início a isto, descrevendo o que chamei de concepções dinâmicas das duas virtudes. Agora devo tentar defendê-las, primeiro contra certas objeções e, daí, tentando mostrar como elas realmente passam nos testes que descrevi. Em seguida – e apenas aí – seria correto considerar se elas geram conflitos ou não. Deverei enfatizar, contudo, que mesmo que eu tenha sucesso nesses objetivos limitados, vocês não se convencerão. Pois vocês podem pensar que existem concepções melhores que aquelas que defendi, que também passam no teste metodológico, e produzem conflito. Devo retornar a essa possibilidade mais tarde, mas queria que vocês estivessem conscientes de que não estou ignorando-a.

Deixe-me restabelecer resumidamente as concepções dinâmicas de igualdade e liberdade. A igualdade é satisfeita quando quaisquer diferenças nos recursos das pessoas refletem os diferentes custos para outras das escolhas que fizeram. A liberdade consiste em ser capaz de fazer o que se deseja, sem violar os direitos de outros, com recursos atribuídos por uma distribuição razoavelmente justa. Uma objeção a essas definições é inevitável: ao formulá-las, eu teria ignorado a questão do conflito que estou supostamente discutindo. Defini, sem dúvida, essas virtudes políticas de uma maneira que o conflito é, digamos, improvável. Mas esta não é, pelo menos não é ainda, uma objeção legítima. Não defini as virtudes da maneira que fiz de modo a evitar o conflito. Eu as defini desse modo para captar o que é bom acerca da virtude em questão, para ajudar-nos a ver por que é um motivo para se lamentar quando pessoas são trapaceadas em sua liberdade ou igualdade. Assim, qualquer objeção deve contestar a substância, não a conseqüência de minhas definições. Se não, o crítico está ignorando a questão na direção oposta.

A concepção dinâmica de igualdade capta o que é bom acerca da igualdade? Bem, o que ela deixa de fora? O núcleo da concepção dinâmica é o fato de que os recursos que alguém possui devem ser adequados a suas escolhas, mas inadequados a seus dotes naturais. A tributação modelada no esquema hipotético de seguros não alcançaria realmente aquela meta em circunstâncias práticas, mas objetiva chegar o mais perto possível. Considerem cada um dos ramos dessa ambição – a de que a distribuição deve ser sensível à escolha e deve ser insensível aos dotes naturais – separadamente. Podemos, em troca, avaliar as objeções dirigidas a cada ramo.

Deveria a distribuição ser sensível à escolha? Muitos filósofos eminentes, incluindo tanto os utilitaristas quanto John Rawls, objetariam que a escolha é sempre

ilusória. Não temos tanto controle sobre nossas preferências como suponho. Muitos de nossos gostos são inatos, e alguém cujos gostos são particularmente dispendiosos para serem satisfeitos pode, por isso, queixar-se que ele simplesmente teve uma má sorte genética. Em alguns casos, gostos dependem não de genes, mas de um ambiente que é imposto às pessoas. Jovens dos guetos dos grandes centros desenvolvem [, às vezes,] uma aversão ao trabalho, mas esta é presumivelmente uma conseqüência do fato de que o trabalho disponível para eles – se há algum – é instável, mal-pago e degradante.

Mas a importância da escolha para a igualdade não depende de qualquer idéia de que selecionamos gostos ou preferências fora das escolhas que fazemos. Obviamente que não: podemos tentar inculcar preferências que desejamos que possuíssemos, mas fazemos isto sob a coordenação das ambições mais fundamentais que não escolhemos ter. A questão é mais no sentido de recapitular, na política, o papel que a escolha desempenha em nossas próprias críticas, individuais, de nossas vidas e nossa própria responsabilidade. Queremos que nossa política seja uma continuidade de nossa ética pessoal e não poderíamos lidar com isto, ao direcionar nossas vidas, sem a distinção ética crucial entre as conseqüências pelas quais devemos deter responsabilidade, porque refletem nossas escolhas, e aquelas pelas quais não somos responsáveis, porque refletem uma má sorte ou as decisões de outros<sup>8</sup>.

Concordo que a aversão do gueto ao trabalho, na medida em que ela existe, leva a uma discussão especial. Não podemos simplesmente dizer que pessoas que evitam o trabalho, porque procedem de um pano-de-fundo no qual o trabalho satisfatório foi negado a elas, devem assumir as conseqüências dessa atitude. Mas resistimos a esta conclusão severa por uma única razão: o ambiente que produziu sua aversão ao trabalho é profundamente injusto – porque desigual. (Existem cretinos aristocratas na Grã-Bretanha, onde vivo parte do tempo, que reivindicam uma especial consideração por que foram condicionados a pensar que o trabalho ordinário está para além deles. Temos menos, se alguma, simpatia por eles.) Por agora, devemos àqueles que sofreram alguma injustiça dessa maneira uma especial atenção: mais deveria ser gasto em sua educação, por exemplo, por aquela razão. Mas nossa meta a longo prazo deveria ser alcançar uma situação justa na qual não tenhamos nenhuma boa razão para não pedir às pessoas que assumam as conseqüências de escolhas que, por qualquer motivo, elas livremente fizeram.

Agora, considerem as objeções dirigidas ao segundo ramo de nossa concepção de igualdade. Os críticos concordam que a distribuição deveria ser insensível aos

8 Ver *Sovereign Virtue*, caps. 6 e 7 (2000).

dotes naturais, mas queixam-se, primeiro, que a tributação redistributiva modelada segundo os mercados de seguro hipotético não eliminará todas as diferenças no que respeita aos destinos das pessoas, exceto aquelas atribuíveis à escolha. Isto é verdade, como admiti. Ninguém iria adquirir um seguro de desemprego, para se garantir, recebendo o maior salário na comunidade, ou algo próximo disto. Os prêmios para tais seguros seriam literalmente impossíveis de pagar. Então, nenhuma política ou bem-estar para os desempregados que sejam modelados segundo o seguro irá erradicar as diferenças de renda entre aqueles que ganham nos níveis mais altos e aqueles que se livram da pobreza apenas por meio de transferências de renda medidas pelo seguro hipotético.

Esta é uma objeção importante, porque nos força a refinar o segundo ramo de nossa concepção de igualdade. Devemos considerar a diferença na sorte como uma diferença nos dotes naturais? Se vocês e eu apostamos, ambos livremente, em cavalos, mas o de vocês vence e o meu perde, então a diferença em nossos recursos não é sensivelmente atribuível a qualquer diferença nas escolhas que fizemos. Vocês simplesmente tiveram uma melhor sorte. Devemos levar nossa concepção dinâmica de igualdade para se manifestar naquele resultado? Não, porque apagar aquele tipo de diferença entre nós eliminaria as apostas – incluindo não apenas cavalos, mas investimentos – de nossas vidas, e tornando-nos piores. As concepções dinâmicas supõem que o que é ilegítimo em nosso mundo de empregos não é que no fim a sorte exerça um papel, mas que as pessoas não têm uma oportunidade razoável e igual de proteger-se contra a má sorte por meio dos seguros.

Agora considerem uma segunda objeção. É claro que nenhum governo poderia elaborar um esquema de tributação, para o seguro hipotético, pessoa por pessoa. Não poderia determinar, para cada cidadão individual, o que este cidadão teria gastado em seguros de desemprego em condições apropriadas e, então, tributar aquela pessoa apenas no prêmio que teria pagado e conferir a ela compensação, caso fosse sub-empregada apenas no nível de cobertura que tivesse adquirido. O esquema que propus utiliza médias especulativas: o governo tenta decidir a proporção na qual a maioria das pessoas, ou as pessoas em média, teriam segurado. Aquele, concordo, é um compromisso genuíno com a concepção dinâmica de igualdade imposto a nós por necessidades práticas. Mas o dano é limitado: mercados de seguro reais estarão ainda disponíveis mesmo em comunidades que adotam o seguro hipotético como base para um esquema de tributação, e pessoas que querem mais seguros que a média podem adquiri-los nos mercados reais. Em qualquer caso, a igual consideração requer apenas o melhor que possamos fazer.

Assim, não acredito que estas sejam objeções convincentes contra a explicação dinâmica da igualdade. É claro que não se segue que não existam boas objeções que não considere. Ou que uma melhor concepção de igualdade não possa ser encontrada. Mas devemos nos voltar agora para a liberdade. Que valor a concepção dinâmica de liberdade falha em captar? Podemos construir uma resposta, ao longo das linhas que se seguem. É sempre ruim que a plasticidade natural do espírito humano seja frustrada. Se quero tomar sua propriedade, então será necessário impedir-me, mas há, sem dúvida, algo lamentável quando sou impedido.

Alguém – talvez um seguidor de Nietzsche – poderia acreditar nisto. Mas vocês acreditam? Lembrem-se, a questão não é se, quando o roubo é obstado, algumas pessoas são impedidas de ter o que querem. Obviamente que elas são, e vocês podem pensar que isto é sempre melhor, *pro tanto*, quando as pessoas têm o que querem. A questão é se algo de *errado* foi feito, se às pessoas foi negado algo que elas têm o direito de ter. Não posso acreditar que as pessoas tenham um direito de roubar se desejarem, e duvido que vocês também acreditem.

Novamente, este não é o fim da história. Minha preocupação principal foi a de advertir contra uma conclusão preguiçosa de que valores políticos só podem entrar em conflito. Devemos fazer o trabalho contra um pano-de-fundo de uma compreensão acerca do que é entender um valor. Na medida em que fui capaz de levar adiante o argumento, o conflito é uma ilusão, uma vez que, no melhor entendimento das duas virtudes, elas são complementares, uma atraindo a outra, não entrando em conflito. Mas a próxima etapa na argumentação pode muito bem revelar algo que perdi.

Quero retornar, entretanto, a um tema um pouco menos acadêmico e mais político. Comecei dizendo que, entre os políticos contemporâneos (e incluo aí a suposta nova ou centro-esquerda, assim como os velhos conservadores), o pretense conflito entre liberdade e igualdade serve a um propósito de caráter político. Políticos apelam para a necessidade ou valor da liberdade como uma desculpa para ignorar a igualdade. Gostaria de encerrar chamando a atenção para um uso particularmente triste e poderoso dessa estratégia. Políticos dizem que tributos, que poderiam ser usados para ajudar os pobres, levam embora o dinheiro de vocês, e que vocês sabem melhor que o governo como gastar seu dinheiro. A segunda daquelas duas reivindicações erra a questão. Se os tributos fossem eliminados, e vocês tivessem “seu” dinheiro para gastar com vocês próprios, a primeira coisa que fariam, se fossem sensíveis, seria entender como reunir seu dinheiro com o de outros para comprar o que não podem comprar sozinhos. Isto é chamado de tributos. Mas é a primeira reivindicação – a de que os tributos levam seu dinheiro embora – que parece tão bizarra.

O que pareceria ser seu dinheiro depende, entre outras coisas, do caráter do sistema tributário em vigência. O governo, agora, recolhe tributos de maneira a permitir que vocês distingam sua renda pré-tributada de sua renda pós-tributada. Mas esta é apenas uma escolha de contabilidade. O governo poderia recolher seu dinheiro advindo de tributos num modo bem diferente: por exemplo, por intermédio de impostos sobre o consumo inseridos em preços, assim como a maior parte do encargo tributário é inserida na Europa. A falácia no argumento é mais profunda ainda, contudo, já que por trás da idéia bizarra de que o que o governo detém em termos de rendimentos tributários é seu dinheiro está a velha e estática concepção de liberdade que discuti.

Devo encerrar repetindo minhas reivindicações sobre a virtude soberana da igualdade. O governo deve tratar todos aqueles submetidos a seu domínio com igual consideração: a vida de todos importa, e igualmente. Isto é inegociável. É claro que este princípio tem sido negado, no curso da história humana, mais do que tem sido honrado: pessoas de uma linhagem, classe, credo, nação ou talento têm parecido importar mais do que outras pessoas. Mas nós, em nossa nação e nesse século, reivindicamos a aceitação do princípio da igual consideração. Nenhum político que pretendeu consideração especial para um grupo dentro do eleitorado, ou um *status* de segunda classe para outro grupo, sobreviveria agora. Devemos, nesse momento, trabalhar para tornar o princípio da igual consideração soberano na prática, tal como ele é soberano na retórica. Aquele que está confortável entre nós deve ter em mente igual consideração pelos pobres e doentes quando designamos nossos votos e pressionamos nossas autoridades políticas. Se nós não o fazemos, então estamos correndo o perigo de nos privarmos não apenas de nossa decência como pessoas, mas de nossa legitimidade enquanto sociedade política.

A CONSTITUIÇÃO ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA: UMA  
REFLEXÃO SOBRE O SENTIDO PERFORMATIVO DO **PROJETO**  
CONSTITUINTE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO  
NO MARCO DA TEORIA DO DISCURSO  
DE JÜRGEN HABERMAS

“Minha versão do sentido performativo implícito na prática de elaboração de uma Constituição é o seguinte: Os membros do povo fundam uma associação voluntária de cidadãos livres e iguais, e prosseguem no exercício do auto-governo, por mutuamente acordarem, uns com os outros, certos direitos fundamentais, regulando, assim, sua vida em comum por meio do Direito positivo e coercitivo, de um modo legítimo. Graças a esse conhecimento intuitivo do que significa elaborar uma Constituição, qualquer cidadão pode se colocar, a qualquer momento, na posição de um constituinte e verificar se, e em que medida, as práticas e as regulações da deliberação e da tomada de decisão democráticas encontram no presente as condições requeridas para procedimentos que conferem legitimidade.”

(Habermas 2003b: 193)

MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA\*

---

\* Mestre e Doutor em Direito (UFMG). Professor de Teoria da Constituição e de Direito Constitucional (UFMG). Professor de Filosofia do Direito e de Hermenêutica e Teoria da Argumentação Jurídica (PUC-MG).

*Para Dalmo de Abreu Dallari, José Afonso da Silva, José Alfredo de Oliveira Baracho, José Joaquim Gomes Canotilho, José Luiz Quadros de Magalhães, Lenio Luiz Streck, Menelick de Carvalho Netto e Paulo Bonavides, nos trinta e um anos da Constituição da República Portuguesa de 2 de abril de 1976 e nos dezanove anos da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988.*

## RESUMO

O presente artigo pretende refletir acerca do sentido performativo do *projeto constituinte* do Estado Democrático de Direito. Para isso, toma como marco teórico a Teoria Discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito proposta por Jürgen Habermas.

Palavras-chaves: Constituição. Projeto Constituinte. Estado Democrático de Direito.

## 1. INTRODUÇÃO

No presente artigo, quero retomar a discussão sobre o sentido do *projeto constituinte* do Estado Democrático de Direito. Antes de tudo, trata-se de uma oportunidade de trazer mais uma vez ao debate algumas reflexões sobre o sentido performativo do exercício do *poder constituinte* como gênese da legitimidade do Estado Democrático de Direito que tenho buscado reconstruir (Cattoni de Oliveira 2006), no marco da Teoria do Discurso, da Democracia e do Direito, de Jürgen Habermas (1998).<sup>1</sup>

Afinal, a teoria do poder constituinte é um tema que, entre os constitucionalistas e cientistas políticos, teria pouco avançado, em relação à formulação que lhe teria dado um autor clássico como Sieyes (2001),<sup>2</sup> sem que, contudo, se tivesse atentado *adequadamente*, é bom frisar, para as especificidades dos movimentos constitucionais inglês, norte-americano e alemão, em face do movimento constitucional francês.<sup>3</sup>

1 Sobre a obra habermasiana recente e o Direito, ver CHAMON JUNIOR 2007 e SALCEDO REPOLÊS 2003.

2 Para uma sugestiva e perspicaz análise do pensamento de Sieyes sobre o *pouvoir constituant* da Nação, ver ARENDT 1990: 130-131.

3 Com *movimentos constitucionais*, não quero dizer que não se possa falar do constitucionalismo como fenômeno universal, apenas reconhecer os modos específicos com que os princípios constitucionais do Estado democrático de Direito e sua autocompreensão ganharam densidade em contextos diversos. Quem aborda tal questão, com a erudição que lhe é própria, é CANOTILHO 2002: 49-84. Para uma análise das continuidades e descontinuidades entre o *constitucionalismo histórico inglês* e o *constitucionalismo norte-americano* e, especialmente, no que se refere à própria *invenção* setecentista do conceito moderno de Constituição, ver PINTO 2004.

Nesse sentido, pretendo contribuir para a discussão sobre a própria questão acerca da concepção moderna de legitimidade política, da legitimidade *da* modernidade como legitimidade *na* modernidade – a *autonomia*, que não é somente política ou moral, mas também jurídica, em razão da relação intrínseca entre democracia moderna e Direito moderno -, subjacente a essa controvérsia, considerando as reflexões desenvolvidas por Jürgen Habermas (2003a: 153), por exemplo, em artigo escrito em resposta a objeções apresentadas por Frank Michelman, um dos grandes representantes do republicanismo cívico nos Estados Unidos.

## 2. O DEBATE MICHELMAN-HABERMAS

Segundo as objeções de Frank Michelman, a prática constituinte não poderia ser reconstruída conforme os critérios da Teoria do Discurso, mais especificamente, de acordo com a idéia segundo a qual haveria uma coesão interna entre Estado de Direito e democracia, direitos humanos e soberania popular (Habermas 1998: 150 e seguintes), pois esses critérios não explicariam de que modo se estabeleceriam as formas de comunicação pública, necessárias à institucionalização jurídica da ampla rede de canais discursivos que pressupõe a própria forma do Estado Democrático de Direito (Habermas 2003a: 163).

Para Michelman, a proposta de democracia deliberativa apresentada por Habermas não teria sido capaz de solucionar a suposta relação paradoxal entre Estado de Direito e democracia. Esse paradoxo ressurgiria todas as vezes que se tentasse identificar, de modo retrospectivo, o ato que criou uma Constituição e se tentasse averiguar se a própria formação da opinião e da vontade daqueles que se reuniram para dar origem à Constituição poderia ser entendida como um processo democrático (Habermas 2003a: 161). Por exemplo, a própria Assembléia Constituinte não poderia garantir a legitimidade democrática das normas com base nas quais ela mesma teria sido constituída, o processo democrático cairia num regresso ao infinito, pelo caminho de uma autoconstituição circular (Habermas 2003a : 165). É nesse sentido que Michelman pergunta onde poderia ser encontrado esse momento constitutivo primário, a partir do qual os cidadãos fariam o uso originário de uma autonomia política que se constituiria, de um modo performativamente auto-referencial, e, assim, como esse momento seria possível (Michelman 1996: 312)

Afinal, a democracia não é aquela forma de governo cujas decisões são tomadas pela *maioria política*? Todavia, mesmo onde uma *maioria* governa, a *minoría* não teria direitos assegurados? Se a resposta for sim, como assegurar direitos às minorias, em face das decisões da maioria governante? Atribuindo-se a uma instituição,

ao judiciário, por exemplo, um poder contramajoritário? Assim, todas as vezes que a maioria lesasse direitos das minorias, o judiciário estaria autorizado a proteger esses direitos. Mas quem autorizaria, numa democracia, o judiciário, que sequer é eleito, a controlar as decisões majoritárias que supostamente violariam direitos das minorias? Resposta: A constituição. Mas por que uma constituição autorizaria o judiciário a controlar decisões tomadas pela maioria, para que elas não firam direitos das minorias? A constituição, nesses termos, não seria contrária à democracia? Resposta: Não, se entendermos que a constituição não foi estabelecida nem pela maioria, nem pela minoria, mas pela nação. A nação, portanto, acima das maiorias e das minorias, é quem soberanamente estabelece a constituição do estado para que, dentro do estado, decisões tomadas por maioria não violem os direitos das minorias. A nação é o fundamento de todo poder e de toda autoridade. Mas quem autoriza a nação a estabelecer uma constituição, que autoriza o judiciário a controlar decisões majoritárias, para que essas decisões não violem direitos das minorias? A própria nação. Pois se trataria de uma questão de fato, não de direito, ou, pelo menos, não de direito “positivo”, quem sabe “moral”, já que todo direito é posto pela nação? Não há direito sem nação. Mas se a nação cria o direito, quem cria a nação? Ora, uma nação se cria. Mas como uma nação se cria? Por uma fatalidade da história ou a história teria um sentido imanente? De toda forma, como um “fato” se afirma como nação, dotada de soberania, para estabelecer uma constituição, que autoriza o judiciário a controlar a maioria, que toma suas decisões, desde que não fira os direitos da minoria? Uma nação impõe-se pela sua própria soberania. No final, quer dizer, *no princípio*, está a própria soberania, ou seja, uma *força* que a todos submete e que não se submete a ninguém. Mas por que a nação quereria estabelecer uma constituição do estado em que, por um lado, as decisões fossem tomadas pela maioria, e, por outro, que as maiorias pudessem ser controladas pelo judiciário, para que a maioria não pudesse violar o direito das minorias? Se a nação é soberana para assim decidir, ela poderia ter decidido de outro modo, por exemplo, que a minoria governe sobre a maioria, ou seja, ter decidido por um governo de poucos ou até mesmo de uma só pessoa? A nação estaria obrigada a decidir pela democracia? O que faz com que a nação decida pela democracia? Ela teria, em princípio, outras opções? Por que não delegar a um ou a poucos o poder de tomada de decisão? Há um *fundamento último* para essa opção? Ou se trata, pois, sempre de uma escolha com certa margem de arbitrariedade? E, ao fazer essa escolha, quem interpreta as decisões da nação? Quem fala pela nação? A nação fala por si mesma? Não, para isso existe o estado. O estado encarna a nação, representa-a, no sentido de torná-la presente, para si mesma e para todos. O estado é a representação política da nação. E se o estado é a representação política da nação, quem representa o estado? O governo representa o estado. E, numa democracia, quem

governa é a maioria. Se o governo da maioria representa o estado e se o estado representa a nação, em última análise, o governo representa a própria nação. Re-presenta – o governo é quem torna presente, quem atualiza, portanto, a nação. Ora, se o governo da maioria re-presenta a nação, se é ele quem incorpora o papel da nação, para que ou por que se falar em direitos para minorias, contra as decisões da maioria governante, e, mais ainda, decisões, essas, que seriam controladas pelo judiciário, ainda que fosse eleito pela maioria? Como falar em constituição, que garante as minorias em face das maiorias se a própria maioria governante representa a nação? Constituição, judiciário, direitos, minorias, para quê ou por quê tudo isso se a própria maioria governa representando a nação, se a maioria encarna a nação, se a maioria é, pois, a nação no governo, se o governo é a própria representação da soberania nacional? Assim, só se pode falar em constituição, judiciário e direitos, numa democracia, tão-somente nos próprios termos estabelecidos pelas decisões da maioria governante que, em qualquer tempo, re-presenta a nação, torna presente a nação, inclusive para si mesma, de tal sorte que, como num jogo de “espelhos” (Hobbes), o governo majoritário é, portanto, a própria soberania nacional que se re-presenta? Disso também resulta que certas instituições, como a constituição, que assegura direitos às minorias, seriam, *de quebra*, ingovernáveis e anti-democráticas, por serem, justamente, contramajoritárias? Afinal, o Estado Democrático de Direito não seria, assim, *uma união paradoxal de princípios contraditórios*, a se fundamentar, em última análise, numa mera *tautologia*? Ou, então, quem sabe, a democracia talvez não deva ser reduzida tão-somente a uma mera forma de governo cujas decisões são tomadas pela *maioria*? Ou quem sabe o constitucionalismo e sua garantia de direitos não devam ser tão-somente tomados como contra-majoritários? Afinal de contas, o que é democracia? *Governo da maioria*? O que é constituição? Um limite para o exercício do poder? A democracia é incompatível com uma *constituição garantidora de direitos porque limitadora do governo majoritário*? Como, pois, conceber adequadamente a relação entre constituição e democracia?

Em resposta, Habermas pretende demonstrar, a partir da análise crítica da concepção republicana da *hermenêutica constitucional*, proposta por Michelman, em *Brennan and democracy* (1999), que a relação pretensamente paradoxal entre Estado de Direito e democracia, direitos humanos e soberania popular, resolve-se na dimensão do tempo histórico, como um processo que corrige a si mesmo, se compreendermos a Constituição como um projeto que transforma o ato fundador num processo constituinte progressivo que tem continuidade, que prossegue, por meio de sucessivas gerações (Habermas 2003a: 156).

### 3. O PROCESSO CONSTITUINTE BRASILEIRO DE 1987-88 SOBRE O PANO DE FUNDO DE UMA RECONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA IDENTIDADE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Para retomar a questão acerca da gênese da legitimidade do Estado Democrático de Direito e do sentido performativo do exercício do poder constituinte, uma questão central para a Teoria da Constituição e para a Filosofia do Direito (Cattoni de Oliveira 2002: 184-190), proponho um resgate da *memória* do processo constituinte de 1987-88, assim como das vivências constitucionais sob a nova ordem jurídica pós-88.

Para o ex-Ministro Nelson Jobim, do Supremo Tribunal Federal (Jobim in Sampaio 2004), por exemplo, haveria um *deficit* de legitimidade da Assembléia Constituinte, de 1987-88, em razão não apenas do modo com que essa assembléia foi convocada – uma emenda à Constituição de 1967 – mas também em razão do seu funcionamento, e que teria sido compensado pela posterior atuação do Supremo Tribunal Federal.

Assim, qual seria a nossa *memória* do processo constituinte de 1987-88? Seria a mesma do ex-constituinte e ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal? A de um processo constituinte tão-somente conduzido por lideranças partidárias privatizadas, encasteladas no Congresso Nacional, que teriam atuado sem audiências públicas e sem a possibilidade de propostas de emendas populares, sem a menor contribuição ou pressão diuturna por parte dos setores organizados e mobilizados da sociedade, inclusive sem a pressão, até mesmo, do Palácio do Planalto? Sem ao menos uma assessoria parlamentar decente e respaldada por seminários e debates especializados ocorridos à época por todo o País? Ou teria sido, ao contrário, “o processo constituinte de maior participação popular da história do Brasil”? (Bonavides-Andrade 1989)

E, de 1988 até o hoje, o que, afinal, foi constituído em termos de *identidade constitucional*, feito de nós como sociedade política, e que se nos coloca como uma necessidade de reflexão crítica, de resgate ou de exercício dessa *memória*? Em outras palavras, em que sentido seria possível falar de uma *identidade constitucional*? (Rosenfeld 2003) Até que ponto se pode falar num fio condutor que liga a *geração dos constituintes* com a *geração presente* e com as *gerações do futuro*? Por outro lado, quais seriam os problemas para se falar numa identidade constitucional? (Rosenfeld 2003: 18) Um dos problemas, e que pelo menos é próprio das constituições escritas, cujo texto foi elaborado num determinado momento histórico, é o de se é possível resgatar a história da elaboração desse texto, da construção jurisprudencial, da reconstrução ou até mesmo da reinvenção Sampaio 2002; Cruz 2004) desse texto pela jurisdição constitucional, já que, como texto escrito, a Constituição estará sempre,

inexoravelmente, aberta a múltiplas interpretações plausíveis. (Rosenfeld 2003: 19) Um outro é o de se é possível resguardar essa identidade, se a própria Constituição prevê a possibilidade de reforma do seu texto. Emendas Constitucionais viriam estabilizar uma certa identidade ou romper como ela? (Rosenfeld 2003: 20) Afinal, considerando as histórias constitucionais do Brasil, nesses 18 anos, o que nós (nos) constituímos? O que foi construído, em termos do desenvolvimento e da realização do projeto constituinte de sociedade, que estaria subjacente à Constituição de 1988, a construção de uma sociedade fraterna, do compromisso com o pluralismo social e cultural, com a democracia e com a justiça social, com o Estado de Direito e com os direitos fundamentais. Enfim, hoje nós devemos criticamente nos perguntar, qual é o Brasil que nós constituímos?

Uma certa sensação de fracasso parece restar, como se o ano de 1988 tivesse sido um momento, mais uma vez, de crença e de fé na possibilidade de mudança, todavia, anos depois, ao se buscar olhar para trás e reconstituir toda essa caminhada, viria um sentimento de fracasso. Devo dizer que tenho severas dúvidas com relação à maneira com que essa *história de fracassos* possa ser analisada.<sup>4</sup> Para alguns juristas brasileiros, por exemplo, a quem se deve grande admiração, inclusive em razão de sua luta pela redemocratização, a Constituição e não só a Constituição, mas quem sabe o próprio projeto constitucional brasileiro, estaria morto; era, portanto, necessário, simplesmente celebrar uma *missa fúnebre* (Comparato in Fiocca e Grau 2001: 77 e seguintes) pela Constituição de 1988, reconhecendo nossa incapacidade de constituir uma sociedade de cidadãos solidários, livres e iguais. É esse o aprendizado que nós devemos procurar resgatar da nossa história? É essa a sensação que realmente deve nos ficar em relação a esses anos? Nada de diferente nos restou, a não ser esse sentimento recorrente de fracasso e essa sensação de frustração, mais uma vez, com o projeto de constituição de um Estado Constitucional e democrático no Brasil? Pois embora tais juristas tenham sido capazes, numa perspectiva normativa, de apreender de modo claro o sentimento difuso da atual situação constitucional brasileira, conducente ao perigo de um verdadeiro processo de anomia e de desintegração social, é preciso buscar apreender *algo* mais, algo que apenas um enfoque reconstrutivo, com base na Teoria do Discurso, proposta por Habermas, nos permitirá ver, precisamente para que possamos fazer jus à complexidade da questão. Não se trata apenas de uma suposta dualidade entre o *ideal constitucional* e a *realidade sócio-política* recalcitrante; há toda uma *idealidade já presente na facticidade dos processos políticos e sociais*, e que deverá ser por nós resgatada. O que, em outras palavras, significa dizer que a

4 “Fracasso constitucional” é o modo com que BARROSO 2003 se refere à experiência constitucional brasileira, num texto tremendamente instigante.

própria questão acerca da frustração constitucional, de que nada de diferente nos restou, a não ser esse sentimento de fracasso com o que poderia parecer uma não-realização do projeto de constituição de um Estado Constitucional e democrático, está muito mal colocada. Qual projeto constituinte não seria inconcluso? Qual projeto constituinte não estaria sujeito a tropeços? É preciso lembrar que em todo momento, o risco que nós corremos é justamente o de que nossas expectativas normativas, ainda mais se excessivas, sejam realmente frustradas.

Em “Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito”, Menelick de Carvalho Netto (1998) nos chama justamente a atenção para o modo com que tradicionalmente as teorias jurídicas vão lidar com o problema da efetividade do Direito, com a questão do seu cumprimento e de sua aplicação efetiva. Por um lado, tais teorias, que têm como exemplo a de Karl Loewenstein (1976), afirmam que o Direito representa um ideal de sociedade, que deve ser perseguido, mas que, todavia, a própria realidade da sociedade pode se apresentar como um obstáculo, a todo o momento, para que esse ideal seja realizado, como se, por um lado, essa realidade não fosse também um *constructo* e, por outro, como se esse mesmo ideal de construção de uma nova sociedade não tivesse surgido e, assim, não fizesse parte dessa própria sociedade que o projeta, assumindo, pois, em última análise, uma postura que agrava o problema que pretendem denunciar (Carvalho Netto 2002: 46:52).

Tudo isso, ao invés de procurar mostrar como é que esses ideais de democracia e de justiça, esses anseios por uma vida mais solidária, por uma relação de convivência pacífica, etc., já fazem parte da nossa convivência, ao se buscar resgatar criticamente seus vestígios na nossa própria história. É preciso explorar as **tensões** presentes nas práticas jurídicas cotidianas e reconstruir, de forma adequada ao paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, os fragmentos de uma racionalidade normativa *já presente* e vigente nas próprias realidades sociais e políticas, pois é exatamente essa dimensão de *idealidade destranscendentalizada* que torna, inclusive, passível de crítica uma *realidade* excludente.

Se esses ideais já não estivessem presentes, ainda que fragmentariamente, na nossa história, inclusive em razão de toda a “catastrófica realidade histórica e social”, nós não reconheceríamos o projeto de construção e realização desses ideais: sem uma pré-compreensão, sem uma vivência, da exclusão, por um lado, e sem a pré-compreensão de um conseqüente *constitucionalismo simbólico* (Marcelo Neves) daí decorrente, os textos de normas constitucionais que excluem a discriminação e a exclusão provavelmente não teriam sido incluídos de forma tão veemente na Constituição da República de 1988, como no caso dos textos dos arts. 1º, 2º, 5º, §§1º e 2º.

Cabe lembrar, inclusive, com Friedrich Müller (1998: 89), que a posituação jurídico-moderna como “textificação é faca de dois gumes”, porque a Constituição pode ser compreendida como desvirtuada no sentido de um “*constitucionalismo simbólico*”, mas também pode ser levada a sério, ou, nas palavras desse jurista alemão, “ao pé da letra”. A Constituição brasileira de 1988 não só fala de exclusão, senão que se pronuncia contra ela, principalmente nos Títulos que tratam dos princípios e dos direitos fundamentais, podendo revelar, portanto, diferentemente de um contraste entre ideal e real, inclusão e exclusão, uma tensão entre texto e contexto. Numa leitura discursiva, reconstrutiva, deve-se, inclusive, virar o texto constitucional contra a exclusão que, ao contrário de se ancorar numa lei natural, como se não fosse, como disse, também uma construção histórica e social, na verdade permanece vinculada à pré-compreensão social e política, não problematizada, de intérpretes, especializados ou não, que vivenciam essa Constituição. Por que, então, não resgatar nossas experiências solidaristas? Por que não resgatar, então, as nossas melhores tradições? As nossas tradições de civismo e de defesa da liberdade, as nossas tradições de resistência? E mostrar de que maneira essas tradições estão enraizadas no nosso imaginário e de que modo elas contribuem, inclusive, para nos sentirmos frustrados, assustados, violentados, diante de uma *realidade tão nua e tão crua*? Pois como bem afirma Bernardo Sorj:

Muitos estudos de ciências sociais, no lugar de descobrirem as formas e sentidos de construção social da cidadania a partir dos próprios agentes sociais, refletem as frustrações da intelectualidade e das classes médias locais com suas próprias sociedades. Tal atitude, embora compreensível, alimenta uma tendência secular à desmoralização das instituições democráticas existentes, e as ciências sociais perdem a oportunidade de mostrar que a América Latina é um canteiro de experiências sociais que, com os cuidados devidos, indica problemas igualmente relevantes para os países capitalistas avançados. (Sorj 2004: 20)

E, com isso, também não podemos concordar com Nelson Jobim quando afirma que apesar de todas as supostas *negociatas* que teriam sido realizadas durante o processo constituinte de 1987-88, “isso não colocaria a legitimidade atual da Constituição em questão, porque *nós* (leia-se, o Supremo Tribunal Federal) fizemos alguma coisa que se chamaria de Constituição ‘funcionar’ nestes últimos 15 anos”. Isso porque o Supremo Tribunal Federal não pode, sob a desculpa de querer guardar a Constituição, privatizar, apropriar-se da Constituição. Não se pode afastar a cidadania, nem do seu momento de criação, nem do seu processo de interpretação.

Somos todos intérpretes da Constituição. Uma postura contrária a uma “sociedade aberta de intérpretes da Constituição” não contribui para o resgate das tradições democráticas, que concorreram para elaboração da Constituição e para reafir-

mação, mais uma vez, de um projeto constitucional que, na verdade, não surgiu em 1988 e não se esgotou em 1988, no que reside a importância e o *sentido performativo* do processo constituinte de 1987-88:

O ato da fundação da constituição é sentido como um corte na história nacional, e isso não é resultado de um mero acaso, pois, através dele, se fundamentou um novo tipo de prática com significação para a história mundial. E o sentido performativo desta prática destinada a produzir uma comunidade política de cidadãos livres e iguais, que se determinam a si mesmos, foi apenas enunciado no teor da constituição. Ele continua dependente de uma explicação reiterada, no decorrer das posteriores aplicações, interpretações e complementações das normas constitucionais. Graças a esse sentido performativo, que permanece disponível à intuição de cada cidadão de uma comunidade política democrática, ele pode assumir duas atitudes: referir-se *criticamente* aos textos e decisões da geração dos fundadores e dos sucessores; ou, ao contrário, assumir a perspectiva dos fundadores e dirigi-la criticamente contra atualidade, a fim de examinar se as instituições existentes, as práticas e procedimentos da formação democrática da vontade preenchem as condições para um processo que produz legitimidade... Sob essa premissa, qualquer ato fundador abre a possibilidade de um processo ulterior de tentativas que a si mesmo se corrige e que permite explorar cada vez melhor as fontes do sistema dos direitos. (Habermas 2003a: 167)

#### 4. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA BRASILEIRA E SEU SENTIDO PERFORMATIVO

A Constituição de 1988 é um marco importantíssimo, se não for o mais importante na nossa história recente, de um projeto que transcende ao próprio momento de promulgação da Constituição e que lhe dá sentido normativo, de um projeto que é muito anterior, que vem se desenvolvendo, ainda que sujeito a tropeços, a atropelos, há muito tempo. Numa leitura reconstrutiva,<sup>5</sup> a Constituição reafirma, mais uma vez, porque os reinterpreta, os grandes ideais de autonomia e de emancipação presentes

5 Quem não parece compreender adequadamente o que seja *reconstrução* para a Teoria Discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito, de Jürgen Habermas, é o meu colega Álvaro Ricardo Souza Cruz que, apoiado numa leitura equivocada de Michel Rosenfeld, afirma que minha posição, em CATTONI DE OLIVEIRA in SAMPAIO 2004: 131 e seguintes, “pode parecer insuficiente” (CRUZ in GALUPPO 2006: 97). Afinal, se a “negação” pressupõe critérios normativos com base nos quais se deva julgar criticamente o passado, como veremos em seguida, é de se perguntar a Cruz como determinar tais critérios normativos, a não ser reconstrutivamente (HABERMAS 2001: 48-49). Ou será que tais critérios normativos seriam *dados a priori ou transcendentais* ou mesmo *platonicamente transcendentais, ahistóricos*?

nas grandes revoluções do final do século XVIII (Habermas 2003b: 193). Porque nós também somos herdeiros de um processo constitucional que se desenvolve há pelo menos duzentos anos,<sup>6</sup> que deve ser relido permanentemente no sentido de que só se garantem condições para o exercício da liberdade, em liberdade:

Esses duzentos e poucos anos de experiência constitucional da humanidade, trazendo inclusive a universalização do fenômeno do constitucionalismo, revelam-se hoje para nós um processo de aprendizado a ser reflexivamente assumido. (Carvalho Netto in Sampaio 2003: 155)

Assim, com os olhos postos no *futuro*, que se projeta com o ato de fundação que representa a Constituição, é possível reconstruir, também, um outro *passado*. Um *novo* passado, comprometido com esse projeto de futuro. Pois o nosso passado, resgatado nessa perspectiva, não é só um passado de frustrações. Pois a reconstrução da história, e poderíamos dizer que não só da história política e dos seus crimes, assim como de seu emprego público, como afirma Habermas, baseando-se em uma reflexão de Klaus Günther,

É manifesto que depende não apenas dos fatos, mas também da nossa visão dos fatos, como decidimos nas questões de imputabilidade. A observação histórica retrospectiva também depende de uma pré-compreensão com a qual abordamos o ocorrido, qual participação atribuímos às pessoas e qual às circunstâncias, onde traçamos as fronteiras entre liberdade e obrigação, culpa e inocência. A disponibilidade hermenêutica de reconhecer a verdadeira dimensão da responsabilidade e do conhecimento de causa varia com a nossa compreensão da liberdade – como nós avaliamos como pessoas responsáveis e quanto exigimos de nós mesmos como atores políticos. É essa pré-compreensão mesma que se encontra em discussão com as questões da autocompreensão ético-políticas. Como vemos divididas culpa e inocência na visão histórica retrospectiva, *também* reflete as normas com base nas quais estamos dispostos a nos respeitar reciprocamente como cidadãos desta República. (Habermas 2001: 48-49)

6 Sobre o significado das revoluções do final do século XVIII quanto à forma de legitimidade política moderna, ver HABERMAS 1998: 589 e seguintes. Também, HABERMAS 2001: 61-62. E HABERMAS 2003b: 193. Para uma comparação entre as duas revoluções, numa perspectiva *distinta*, ARENDT 1990.

## 5. O FUNDAMENTO DE LEGITIMIDADE DO PROJETO CONSTITUINTE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A REVISÃO DA TEORIA DO PODER CONSTITUINTE

Afinal, qual é o fundamento de legitimidade do projeto constituinte do Estado Democrático de Direito, senão a própria construção, e projeção a um futuro aberto, dessa legitimidade? (Habermas 2003b: 193) E de uma legitimidade através da *legalidade*, do reconhecimento segundo o qual se deve, inclusive, rever a concepção francesa e tradicional de poder constituinte como ato de força e compreender que, hoje, após mais de dois séculos de Constitucionalismo, o poder constituinte “requer mais do que a simples e bruta tomada do poder ou manipulações palacianas para obter apoio do povo.” (Carvalho Netto 2002: 45) Nesse sentido, para Menelick de Carvalho Netto, o poder constituinte, embora ilimitado em relação à ordem com a qual rompe,

...encontra-se vinculado a criar instituições capazes de garantir esses princípios [liberdade e igualdade] jurídica e politicamente, pois, ao institucionalizar o poder público, o faz de tal modo que a própria constituição dos órgãos e a forma de atuação dos mesmos os densifique. O Estado moderno retira de seu próprio operar, de seu funcionamento regido por esses mesmos princípios, o substrato de legitimidade necessário à sua reprodução cotidiana. (Carvalho Netto 2002: 41-42)

E é assim que Habermas (2003a: 162), ao reconstruir a pergunta pressuposta a um processo constituinte legítimo - acerca de quais direitos devemos atribuir-nos, reciprocamente, caso queiramos regular legitimamente nossa convivência por meio do Direito -, afirma que a forma jurídica moderna não se encontra à disposição da auto-legislação democrática, posto que a constituiu. Na modernidade, o poder constituinte legítimo só se expressa através do *medium* do Direito moderno. Enfim, trata-se de um *projetar-se* que, por ser moderno, é sempre carente de legitimidade, de uma legitimidade que é sempre vivida como *falta*, como *ausência*, na impossibilidade de um fundamento último, absoluto, na tradição, e que se lança, pois, a um futuro aberto. Esse *pro-jecto* remete a própria questão da legitimidade à idéia de *construção da legitimidade*, por meio da realização no tempo da coesão interna entre as noções de autogoverno e de iguais direitos individuais de liberdade, concretizadores de uma noção complexa de autonomia. Assim, as exigências normativas que se colocam a esse processo constituinte, ao invés de barreiras a ele, são, na verdade, uma forma de explicitação da própria noção complexa de autonomia que lhe é subjacente (Habermas 2003a: 171).

## 6. PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL CONTRA A FRAUDE À CONSTITUIÇÃO

Agora, como é possível construir permanente e reflexivamente essa legitimidade insistindo num dos grandes equívocos, que advém da incapacidade de compreender que o Direito não é capaz por si só de transformar a realidade ou de transformar o mundo? Que no máximo, no máximo, a Constituição pode promover mudanças na medida em que essa Constituição constitua algo. Que ela seja o centro de mobilização ou de integração política de uma sociedade, no sentido do desenvolvimento de um *patriotismo constitucional*. (Habermas 1998; Habermas 2002; Habermas 2003; Cattoni de Oliveira in Barretto 2006: 623-625; Cattoni de Oliveira 2006; Sampaio 2003: 50-54) É insistir num equívoco acreditar que a Constituição por ela mesma é capaz de transformar a realidade, ou que mais uma emenda constitucional vai resolver o problema da falta de efetividade da Constituição. Num equívoco que, ao contrário de reforçar a crença no Direito, contribui para mais frustração e para o agravamento do sentimento de fracasso constitucional.

Tal equívoco se faz presente, mais uma vez, quando ao invés de promovermos a transformação da compreensão da Constituição e das práticas políticas e sociais, no sentido do projeto de construção permanente e aberta do Estado Democrático de Direito entre nós, maiorias políticas, no governo ou fora dele, que são sempre conjunturais, insistem mais uma vez numa nova Emenda Constitucional ou mesmo numa nova Constituinte (Horta 2006: 150-152), na expectativa por demais idealista de que assim seriam resolvidos todos os problemas e crises sociais, econômicos, políticos e, até mesmo, os de efetividade do Direito. Mais grave ainda é quando se acredita que poderiam ser resolvidos *problemas de governabilidade* (sic) ou mesmo *crises políticas e morais* (sic), atribuindo-se *culpa* ao Texto Constitucional, como se fosse culpa da Constituição democrática o seu próprio descumprimento, como também todo e qualquer problema social, econômico, político ou moral. Atualmente, tramitam no Congresso Nacional pelo menos três Propostas de Emenda à Constituição, quer no sentido da convocação de uma nova assembléia constituinte, quer no sentido de se converter o Congresso Nacional em assembléia revisora, alterando-se o próprio art. 60, da Constituição da República, que regula o processo legislativo de reforma constitucional, sob a pretensa justificação, inclusive, apresentada por parte da doutrina, do que seria uma *compreensão evolutiva* (sic) *do poder constituinte*.

Cabe, antes de tudo, considerar que as normas constitucionais que regulam o processo legislativo de reforma constitucional possuem, como toda norma jurídica, uma dupla dimensão de validade: elas se endereçam aos seus destinatários tanto

como limites coercitivos para aqueles que atuam de forma estratégica ou, ao menos, visando tão-somente à satisfação dos seus próprios interesses, quanto como uma garantia do exercício de liberdades comunicativas àqueles que agem por respeito às normas democraticamente estabelecidas. (Habermas 1998: 90 e seguintes) Nesse sentido, é preciso deixar claro que as Propostas de Emenda à Constituição que visam à redução do *quorum* de três quintos para maioria absoluta, à diminuição dos turnos de votação, bem como à reunião unicameral das Casas Legislativas, enfim, a uma *simplificação* do processo legislativo de reforma, são inconstitucionais, estando sujeitas à declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário. Elas violam a *rigidez constitucional*, porque colocam em risco direitos e garantias das minorias políticas, bem como porque infringem as próprias condições constitucionais e processuais para deliberação por maioria, subvertendo o próprio processo legislativo democrático, sob a desculpa de *democracia*. Ora, decisões ainda que majoritárias, violadoras de direitos constitucionais das minorias políticas e que, assim, subvertem as próprias bases constitucionais para deliberação política, são, na verdade, *autoritárias*; não configuram, portanto, a manifestação de um poder político democrático, mas sim a expressão de *pura violência*.<sup>7</sup> Tais propostas, sob o argumento falacioso de que a convocação de uma assembléia revisora, ou mesmo de uma nova constituinte, cujos trabalhos seriam submetidos a um referendo popular, seria a expressão da *soberania popular* (sic) mesmo que *contrária à Constituição*,<sup>8</sup> são verdadeiras tentativas de *golpe de Estado*, devendo ser, portanto, denunciadas publicamente e a elas resistidas, posto que configuram uma grave ameaça contra o Estado Democrático de Direito.<sup>9</sup>

## 7. DIREITO E POLÍTICA

Esses são graves equívocos que precisam ser combatidos. Precisamos romper com concepções, ingênuas ou cínicas, segundo as quais bastaria mudar o texto das leis ou mesmo o da Constituição para serem solucionados de uma vez por todas todos os problemas de descumprimento do Direito. Pois mais uma nova emenda não vai resolver os nossos problemas de saúde, de educação, de habitação, etc. Inseriu-se, por exemplo,

7 Sobre a distinção entre *poder* e *violência* ver ARENDT 1999: 123-124. HABERMAS 1975: 205 e seguintes; HABERMAS 1998: 214 -218; MAGALHÃES 1985: 185-200.

8 Esse é o modo com que escandalosamente o Dep. Michel Temer pretende justificar a constitucionalidade de uma “PEC” que convoca uma assembléia revisora, em Parecer à Proposta de Emenda Constitucional n.º 157, de 2003, em tramitação perante a Comissão de Constituição e Justiça, da Câmara Federal.

9 Nesse sentido, ver o *Manifesto Republicano em Defesa da Constituição: Revisão é Golpe!*, 2006, disponível em [www.ihj.org.br](http://www.ihj.org.br).

no *caput* do artigo 6º, da Constituição, dentre os direitos sociais, o direito à moradia. É realmente ingenuidade acreditar que pelo simples fato de o direito à moradia ter sido inserido expressamente na Constituição, todas as pessoas no País já terão moradia, ou que a Constituição, por ela mesma, vai sair construindo casa por aí. É necessária uma política habitacional condizente. Ou que considerar racismo crime, que as pessoas vão deixar de ser racistas. É necessário fomentar uma cultura pluralista. Ou em razão da Constituição ter consagrado instrumentos de realização da reforma agrária, mais que necessária, já se teria realizado ou que tal coisa se realizará num passe de mágica. É necessária uma atuação governamental para isso. Como afirma Carvalho Netto:

A Constituição canaliza e viabiliza a democracia, mas se se espera que ela, unicamente por suas normas, possa substituir, apenas a título de exemplo, o tratamento político dos problemas políticos e o cuidado econômico das questões econômicas por imperativos constitucionais cogentes que dispensem o jogo democrático e a condução concreta de políticas econômicas e sociais, terminar-se-á por pagar o preço do incremento da desestima constitucional a corroer toda a potencial força normativa e a gerar a ineficácia de suas normas, produzindo, na prática, efeitos opostos aos almejados. (Carvalho Netto *in* Sampaio 2004: 282)

É preciso, pois, uma prática política correspondente, de compromisso com esses princípios, com essas diretrizes, esses direitos constitucionais, a fim de se romper reflexivamente com toda uma tradição anticonstitucional e antidemocrática de exclusão social e política. A Constituição, assim, nem dispensa, nem substitui a política.

## 8. O FANTASMA DO PODER MODERADOR E O PAPEL DEMOCRÁTICO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

E se por um lado a promulgação da Constituição representa, pois, um momento de amadurecimento, de construção e de aprendizado social, por parte da *nostra* sociedade, é preciso considerar também que essa mesma sociedade vem aprendendo a duras penas que não adianta recorrermos a um possível sucessor do Imperador, a um possível sucessor do Poder Moderador, para resolvermos todos os nossos problemas. A última moda do momento é transferirmos o nosso destino e o nosso exercício da cidadania para o Supremo Tribunal Federal, sob a desculpa da incapacidade dos cidadãos brasileiros de exercerem a sua cidadania. Nós já fizemos isso em relação ao Imperador, em

relação à Presidência da República, em relação aos militares. Vamos, agora, transferir para o Supremo Tribunal Federal e para o Judiciário tal responsabilidade.<sup>10</sup>

Todavia, se compreendermos a Constituição como a configuração de um sistema de direitos fundamentais, que assegura a inter-relação e a co-originalidade das autonomias pública e privada e que, assim, apresenta as condições para institucionalização jurídica das formas comunicativas necessárias para uma legislação autônoma, a Jurisdição Constitucional deve, diferentemente, referir-se tão-somente às condições procedimentais para a realização do processo democrático e das formas deliberativas da formação política da opinião e da vontade. Mas, para isso, temos de livrar nossa compreensão do processo político de conotações excessivas, impostas por uma concepção republicana comunitarista, que colocariam a Jurisdição Constitucional sob permanente pressão. Concordando com Habermas, a Jurisdição Constitucional “não pode assumir o papel de um regente que toma o lugar de um sucessor menor de idade ao trono”. (Habermas 1997: 1: 347)

## 9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, cabe concluir que não mais podemos ser ingênuos em relação à nossa história. Temos que assumir essa história, que é nossa, e que não pode ser privatizada por ninguém que pretenda adotar um ponto de observação privilegiado em relação a ela. Qual história nós queremos assumir? Qual é o passado que nós pretendemos escolher e resgatar, por um lado, e descartar, por outro, na construção do futuro? Isso não pode ser reduzido a um exercício privatizado de memória. Aliás, essa é uma questão pública, acerca da (re)construção da identidade constitucional. A Constituição não é do Supremo Tribunal Federal, não é do Presidente da República, não é do Congresso Nacional. Nenhum deles pode compreender o exercício de suas funções como substituição do papel dos cidadãos em uma democracia, sob pena de se dar continuidades a tradições autoritárias com as quais a Constituição vem romper. A Constituição é *nossa*, como um projeto aberto e permanente de construção de uma sociedade de cidadãos livres e iguais; se não, não é Constituição. Afirmar que tal projeto constitucional é *aberto* não significa dizer que ele não tenha substância ou conteúdo, esse *conteúdo* é preenchido pelo exercício, no tempo, da autonomia jurídica pública e privada, única fonte moderna de legitimidade política. Devemos assumir a

---

10 Para uma crítica radical a esse tipo de *transferência* ao Poder Judiciário, assim como à jurisprudência dos valores subjacente a essa proposta de “salvação de uma cidadania imatura e órfã”, ver MAUS 2000: 183 e seguintes.

responsabilidade, o destino que é nosso, e pararmos de transferir essa responsabilidade para um pretenso sucessor do Imperador, isso é um erro que com o qual precisamos romper. Nesse sentido, também, a crença excessiva de que resolveremos todos os problemas sociais editando novas leis. Nós não podemos atribuir ao Direito esse papel *dirigista* de transformação, que é de outras esferas da sociedade, porque senão nós vamos perpetuar exatamente o sentimento de frustração, por continuarmos a nutrir expectativas excessivas em relação ao Direito.

O projeto constituinte do Estado Democrático de Direito instaura, retrospectiva e prospectivamente, um processo de aprendizado permanente, sujeito a tropeços, que transcende até mesmo os grandes momentos e as grandes datas que, aliás, só são grandes momentos e datas a serem comemoradas se representarem alguma coisa para nós, em termos de construção do nosso futuro, sobre o pano de fundo de uma história mundial do constitucionalismo democrático. Eis, portanto, como tratar reconstitutivamente da legitimidade do Estado Democrático de Direito, a partir de uma reflexão sobre o projeto constituinte, moderno, aberto e plural, de uma sociedade de cidadãos solidários, livres e iguais, que se realiza ao longo do tempo histórico, embora sujeito a tropeços, mas que também podemos de forma reflexiva com esses tropeços aprender.

## REFERÊNCIAS

ARENDE, Hannah. *Da revolução*. Trad. Fernando Dídimo Vieira. São Paulo: Ática, 1990.

ARENDE, Hannah. "Da violência" in *Crises da República*. Trad. José Volkman. São Paulo: Perspectiva, 1999.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. Brasília: Paz e Terra, 1989.

BRASIL. *Cidadão constituinte: A saga das emendas populares*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

BRASIL. *Manifesto Republicano em Defesa da Constituição: Revisão é Golpe!*, 2006, disponibilizado em [www.ihj.org.br](http://www.ihj.org.br).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6.ª edição. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A revisão constitucional e a cidadania: a legitimidade do poder constituinte que deu origem à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e as potencialidades do poder revisional nela previsto. *Revista do Ministério Público Estadual do Maranhão*, São Luiz, n.º 9, jan./dez. de 2002, p. 5-50.

OLIVEIRA, Marcelo A. Cattoni de. *A Constituição entre o direito e a política: uma reflexão sobre o sentido performativo do projeto constituinte do estado democrático de direito no marco da teoria do discurso de Jürgen Habermas*.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 141-164..

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito constitucional*. Belo Horizonte, 2002.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. “O projeto constituinte de um Estado Democrático de Direito: por um exercício de patriotismo constitucional no marco da Teoria Discursiva do Direito e do Estado democrático de Direito de Jürgen Habermas” in SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.) *15 anos de Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.131-154.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. “Patriotismo Constitucional” In: BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos e Renovar, 2006, p.623-625.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional: O projeto constituinte do Estado Democrático de Direito na Teoria Discursiva de Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do Direito na alta modernidade: Incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. Réquiem para uma Constituição in FIOCCA, Demian e GRAU, Eros Roberto. *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p.77 e seguintes.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte; Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. “Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional” in GALUPPO, Marcelo Campos (coord.) *O Brasil que queremos: Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006, p.47-104.

JOBIM, Nelson Azevedo. “A constituinte vista por dentro – vicissitudes, superação e efetividade de uma história real” in SAMPAIO, José Adércio Leite (org.) *15 anos de Constituição: história e vicissitudes*. Belo Horizonte; Del Rey, 2004.

HABERMAS, Jürgen. “El concepto de poder de Hannah Arendt” in *Perfiles filosófico-políticos*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1975, p. 205 e seguintes.

HABERMAS, Jürgen. Cidadania e identidade nacional, publicado em anexo ao seu *Direito e democracia: Entre facticidade e validade*. 2 Vol.. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de Teoría del Discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: Ensaio políticos*. Trad. Márcio Sigmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: Estudos de teoria política*. Trad. George Sperbe e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

OLIVEIRA, Marcelo A. Cattoni de. *A Constituição entre o direito e a política: uma reflexão sobre o sentido performativo do projeto constituinte do estado democrático de direito no marco da teoria do discurso de Jürgen Habermas*.

HABERMAS, Jürgen. “On Law and disagreement: some comments on ‘interpretative pluralism’”. *Ratio Juris*, Oxford, v. 16, n.2, p.187-194, jun. 2003b.

HORTA, José Luiz Borges. “História, Constituições e Reconstitucionalização do Brasil”. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, Faculdade de Direito da UFMG, jul.-dez. de 2006, p.121-155.

MAGALHÃES, Theresa Calvet de. “Ação e poder em H. Arendt e J. Habermas”. *Revista Ensaio*, n.º 15 e 16, p.185 a 200, 1985.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’. Trad. Martonio Mont’ Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes Albuquerque. *Novos Estudos Cebrap*, novembro de 2000, p.183 e seguintes.

MICHELMAN, Frank. “Between Facts and Norms. Jürgen Habermas”. *The Journal of Philosophy*. Cambridge: Harvard University, v. XCIII, n.º 6, jun. 1996.

MICHELMAN, Frank. *Brennan and democracy*. Princeton, 1999.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. “A reação norte-americana aos atentados de 11 de setembro e seu impacto no constitucionalismo contemporâneo: um estudo a partir da teoria da diferenciação do Direito”. Belo Horizonte, Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG, 2004 (Tese de Doutorado).

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SALCEDO REPOLÊS, María Fernanda. *Habermas e a desobediência civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. “Teorias constitucionais em perspectiva: em busca de uma constituição pluridimensional” In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 3-54.

SIEYES, Emmanuel Joseph (1789). *A Constituição burguesa: ‘Qu’est-ce que le Tiers État?’* Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

SORJ, Bernardo. *A democracia inesperada. Cidadania, direitos humanos e desigualdade social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.



# A RACIONALIDADE DA DECISÃO JUDICIAL CONSTITUCIONAL

CLÁUDIA SERVILHA MONTEIRO\*

## RESUMO

O texto aborda o problema da racionalidade da decisão judicial constitucional da perspectiva da legitimidade de seus agentes e do papel das normas e valores em sua produção. A discussão teórica procura enfatizar as relações entre a decisão constitucional e o respeito ao processo político da Sociedade.

Palavras-chave: Decisão judicial. Decisão constitucional. Teoria da Decisão Judicial. Legitimidade da decisão judicial. Racionalidade da decisão judicial. Decisão judicial política. Processo político. Tribunais constitucionais.

## INTRODUÇÃO

A decisão política fundamental que positivada a norma constitucional é a obra-resultado em que a Sociedade faz imenso esforço para chegar a si mesma e as suas contradições: uma luta ideológica, econômica, cultural, que se dá objetivamente no ambiente da História, capítulo final do embate de grupos sociais distintos pela par-

---

\* Mestre e Doutora em Filosofia e Teoria do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Advogada. Presidente do Instituto Observatório do Estado. Professora e Pesquisadora da Universidade do Planalto Catarinense.

tipificação no Poder. A constitucionalização de normas jurídicas é, portanto, consequência de uma decisão política. É visivelmente este comprometimento político que constrói a normatividade constitucional e condiciona também o conteúdo de sua imperatividade glorificada no momento da decisão judicial.

Para abordar a crescente atividade judicial no controle político da Constituição, faz-se necessário enquadrá-la no território mais amplo das próprias compreensões envolvidas nas tarefas da jurisdição; isso, tanto de uma perspectiva interna, a autocompreensão de seus operadores privilegiados, ou seja, os agentes da decisão judicial de caráter constitucional, quanto na de uma ótica exterior, pressuposta na Dogmática Constitucional brasileira.

Com efeito, uma das consequências mais evidentes do impasse em que se encontra o Estado social diante do fenômeno da globalização é o deslocamento crescente e constante dos procedimentos decisórios emancipatórios para a esfera supranacional. Ao investigar a decisão judicial constitucional, procura-se compreender, simultaneamente, por quais mecanismos o aumento atual da juridificação da vida social acaba por refletir-se também no acréscimo de judicialização da Sociedade protagonizado pela jurisdição constitucional. As grandes concepções teóricas sobre direitos humanos, ou sobre os princípios do Estado Democrático de Direito, entretanto, encontram, nas deliberações judiciais constitucionais brasileiras, parâmetros exclusivamente nacionais e típicos das leituras levadas a efeito por seus aplicadores. É necessário compreender a forma pela qual o Estado e, mais especificamente, o exercício da função jurisdicional constitucional, realiza esta constelação de saberes e compreensões nem sempre coerentes e, freqüentemente, mitigadas com um lineamento teórico duramente arraigado na forma tradicional de lidar com os assuntos públicos brasileiros.

O esclarecimento das questões internalizadas sob a forma da adoção de critérios hermenêuticos tradicionais, do recurso aos conceitos operacionalizados pela dogmática do Direito Constitucional sobre o Direito e a Democracia, os direitos fundamentais e os princípios reguladores do Estado do Direito representam as concepções concretamente realizadas nos argumentos constitucionais brasileiros que fazem suporte às decisões do Supremo Tribunal Federal. São as formas pelas quais os membros da alta-magistratura traduzem o arcabouço teórico povoado por discussões já clássicas e renovadas em suas decisões judiciais.

No Brasil as decisões judiciais foram impactadas no período subsequente ao da transição democrática pelo debate em torno dos denominados *novos direitos*, considerados na lição de Paulo de Tarso Brandão (2001, p. 129, 130), tanto os nascidos “dos conflitos típicos da Sociedade contemporânea como a gama de direitos que são

efetivamente novos na sua configuração e não no momento de seu enunciado, quando já não mais guardam qualquer correspondência com sua origem”. Daí a relevância do problema de sua tutela judicial que deve compreendê-los “inseridos num contexto conflitual”.

As decisões judiciais pautadas no tema destas discussões enfrentam constantemente limitações interiores ao próprio processo perverso de deliberação. A herança do saber jurídico acumulado na máquina de decidir do Estado obstaculiza a autocompreensão pressuposta dos agentes deste tipo de decisão judicial da função política da sua própria tarefa. O patrimônio de concepções jurídicas e políticas carregadas pelos agentes é em tudo estranho, inclusive à possibilidade de tutela de direitos oriundos não de fontes formais do paradigma liberal do Direito e do Estado, e sim de um contexto extra-estatal de conquista e consolidação de transformações produzidas pela própria Sociedade, como no entendimento do pluralismo jurídico.

## 1. O PROBLEMA DA RACIONALIDADE DA DECISÃO CONSTITUCIONAL

A assimilação dos discursos teóricos no processo de tomada da decisão constitucional pressupõe a análise do próprio índice de legitimidade do agente da decisão constitucional. A racionalidade da decisão política depende como visto da legitimidade do agente e do próprio fundamento da decisão. A primeira exigência põe novamente o tema da controvérsia sobre os limites entre as funções jurisdicionais e as legislativas. O problema que se apresenta é o de como a decisão constitucional pode ser racional sem exercer função legislativa. A recondução do problema da racionalidade da decisão em jurisdição constitucional à divisão de poderes do Estado liberal deve-se à idéia de que ela depende da legitimidade do Direito vigente, que remete, por sua volta, à legitimidade do próprio processo legislativo, inacessível aos aplicadores judiciais do Direito.

A Teoria Discursiva do Direito coloca essa questão à luz do papel desempenhado pelo Poder Judiciário no Estado de Direito. Seguindo esse caminho, são relevantes para a consideração da decisão constitucional: a função do trabalho de controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário, seu significado e inevitáveis impasses, tais como o problema da legitimidade do agente diante da representatividade do legislador democrático para declarar o que vale ou não como constitucional. E, mais do que isso, seu posicionamento diante dos procedimentos legítimos da formação da vontade política dos cidadãos e o grau e a forma de proteção dada a esses procedimentos quando inteiramente democráticos ou não. Já que conforme destaca Streck (2006, p.105), o

“que sempre está em jogo [ é ] o problema dos limites entre a política e o direito, enfim, a discussão acerca da compatibilidade entre a democracia e o constitucionalismo”.

A compreensão procedimental das funções exercidas pelas instâncias estatais de formação do Direito leva a crer que um ajuste merece ser realizado no esteio de superação do déficit de legitimidade da jurisdição constitucional brasileira, no sentido da institucionalização de um Tribunal Constitucional. A legitimidade do Poder Judiciário para a tomada de decisões de amplitude constitucional é autorizada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988, uma vez que não provém diretamente do Povo, enquanto o Poder Executivo e o Poder Legislativo passam pelo procedimento de legitimação representativa.

O enfoque sobre o Direito como expressão de uma produção judicial já é conhecido. O debate se dá sobre a extensão desse Direito judicialmente determinado. É o terreno obscuro que separa a atividade de individualização do Direito no caso concreto, isto é, a decisão judicial, da criatividade ou do ativismo judiciário, que ocupa o lugar central das discussões sobre o assunto, principalmente no que concerne ao problema da legitimidade do juiz perante a legitimidade do legislador democraticamente eleito para a produção da decisão constitucional. Assim, o entendimento amplo dos procedimentos legislativos e jurisdicionais leva à formação de uma idéia mais clara dos limites das estruturas do Estado. E, por conseguinte, pode determinar os modos de organização política e social da legitimidade conferida aos Poderes do Estado Democrático de Direito.

Dentro dos limites do paradigma liberal, o Direito judicial não pode ser considerado racional na hipótese de exercício de funções legislativas. Essa irracionalidade do ativismo judicial remete o problema à doutrina da separação dos poderes do Estado. A questão levantada por Jürgen Habermas (1997a, p. 297), a partir dessas formulações da teoria jurídica, direciona a indagação para a prática decisional no Direito ligada à lei; portanto, a legitimidade da jurisdição remete diretamente à legitimidade do Direito vigente. Este, por seu turno, depende da racionalidade de um processo de legislação que, no modelo de tripartição de poderes do Estado de Direito, foge à disponibilidade dos aplicadores jurisdicionais.

Para Habermas (1997a, p. 297), o discurso jurídico só é levado em consideração pela Teoria do Direito como produto da prática jurisprudencial, negligenciando o discurso político e a prática legislativa como discursos. Tal metodologia de abordagem, como também a de Ronald Dworkin, reduziria a complexidade do problema à seara meramente jurídico-política de proteção de direitos.

Importa lembrar que a construção de um sistema de direitos é produto de vivência histórica, cultural, social, política e econômica de um povo para dizer o

mínimo. Compreender o sistema de direitos pelo qual deveria se pautar a Sociedade brasileira, hipercomplexa em suas expressões jurídicas, demanda clara autocompreensão paradigmática que ainda é ausente ou deveras incipiente.

As concepções *in-abstracto* (HABERMAS, 1997a, p. 308-309) do que venha a ser o sistema principiológico de direitos brasileiro podem assumir nova personalidade e conteúdo inteiramente outro no embate da realidade social pela qual passa o país. São três os movimentos de aproximação da decisão judicial em jurisdição constitucional.

O tratamento dado por Jürgen Habermas à teoria jurídica de Ronald Dworkin objetiva direcionar o debate para o que denomina o problema da racionalidade da jurisdição, qual seja a satisfação simultânea a ser dada tanto ao quesito da segurança jurídica quanto à aceitação racional das decisões jurisdicionais. Esse quadro de critérios necessários ao índice de autenticidade racional da produção judicial do Direito encontra-se intimamente vinculado à dupla exigência perelmaniana da forma anteriormente vista no elenco de exigências pragmático-formais de racionalidade para a decisão judicial. Como a decisão jurisdicional pode ser racional, ou seja, aceitável, sem exercer função legislativa, a questão levantada por Habermas é sobre o perigo da assunção de competências legisladoras pelo Judiciário.

Habermas se lança à análise do vínculo problemático entre justiça e legislação, a partir da ótica teórica do Direito, por isso o exercício autorizado do controle judicial da constitucionalidade considerado como um referencial institucional concreto.

## 2. A LEGITIMIDADE DO AGENTE DA DECISÃO CONSTITUCIONAL - OS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

A presença de um tribunal exclusivamente constitucional não é percebida em todos os Estados de Direito, e é controvertida a sua funcionalidade dentro das respectivas estruturas constitucionais e a legitimidade das decisões que prola.

Na Teoria do Discurso, a jurisdição constitucional pode ser tratada criticamente a partir de pelo menos três perspectivas diferenciadas, mas todas elas reconduzem ao tema da divisão de competências entre o Judiciário e o Legislativo. Essas três perspectivas se referem, primeiro, à disputa de paradigmas inserida na discussão da doutrina liberal clássica da separação de poderes e à superação do Estado liberal pelo Estado intervencionista e Estado de bem-estar social. Em segundo lugar, a crítica se volta para a jurisprudência dos valores do Tribunal Constitucional alemão que promove a equivalência entre princípios e bens. A terceira perspectiva toca

no problema da compreensão do processo político sob a luz da orientação metodológica discursiva. Nessa abordagem, leva-se em consideração, sobretudo no modelo norte-americano, o papel do Tribunal Constitucional na proteção do procedimento democrático da legislação, conduzindo a uma perspectiva não-instrumental do processo político.

Habermas (1997a, p. 297-354) ensina que o Tribunal Constitucional desempenha diferentes atividades ao mesmo tempo. São diferentes competências além da tarefa de interpretação constitucional e assim a proteção da coerência da ordem jurídica. No Tribunal Constitucional alemão, por exemplo, são três diferentes competências: 1- disputa entre órgãos, inclusive as controvérsias entre a União e os Estados; 2 – controle de constitucionalidade de normas jurídicas; e 3 – recursos constitucionais. As duas últimas competências são problemáticas do ponto de vista da divisão de poderes. Nesses casos o Tribunal Constitucional opera como uniformizador do Direito. Mesmo autorizado a declarar a importância das leis, no sistema jurisdicional ele se estrutura hierarquicamente ao lado dos tribunais superiores, assumindo as tarefas de reflexão e autocontrole. Do mesmo modo, cabe ao governo, como cúpula do Poder Executivo, o autocontrole da Administração. A primeira competência é a mais problemática porque atinge a separação das funções estatais, mas se justifica, em uma dimensão técnico-constitucional, na medida em que a superação dos conflitos entre os órgãos do Estado é necessária, por serem estes operativamente dependentes de entrosamento recíproco. Por conseguinte, a lógica da separação dos poderes exige que o Tribunal tenha à sua disposição os meios adequados para a imposição de suas decisões, diante da resistência do Parlamento e do Governo.

Em relação ao controle de normas, a relação concorrente entre o tribunal e o legislador democrático torna-se potencialmente mais séria. Pelo reexame judicial, uma lei originada do Parlamento será confrontada em termos de constitucionalidade e de coerência com o sistema de direitos. Até a votação final, o próprio Parlamento pode exercer essa tarefa. Habermas (1997a, p. 297-354) sugere o reexame da decisão parlamentar na forma de um autocontrole do legislador, organizado como tribunal institucionalizado, em que juristas especializados poderiam ser incluídos em uma comissão parlamentar. Esse tipo de internalização da auto-reflexão a respeito das próprias decisões sustentaria um vínculo mais estreito das deliberações parlamentares com os princípios constitucionais e seu conteúdo normativo. Esse tipo de autocontrole seria tão mais relevante quanto nas ocasiões em que redefinições de ordem ética e moral estivessem sendo processadas no seio do Parlamento, transformando-as em questões negociáveis, isto é, capazes de compromisso.

A existência do Tribunal Constitucional parlamentar seria uma diferenciação institucional auto-referencial no processo de controle de normas, contribuindo para aumentar o nível de racionalidade do processo legislativo. E se configura como um elemento importante da divisão de poderes, levada em consideração da perspectiva da Teoria do Discurso, porque, antes de mais nada, submete a Administração ao Poder gerado comunicativamente.

A partir da teoria discursiva, é necessária certa assimetria na lógica da divisão de poderes: o Poder Executivo não poderia dispor das bases normativas da legislação e da justiça e deveria se submeter ao controle parlamentar e judicial, e, obrigatoriamente, se omitir da supervisão dos outros dois poderes. Habermas, portanto, acompanha Hans Kelsen na crítica a Carl Schmitt, uma vez que este último proclamou o presidente do Reich como o guarda supremo da Constituição, e Kelsen considera tal postura um indicativo do Estado total.

Nessa controvérsia Hans Kelsen defendeu a idéia da criação de um Tribunal Constitucional a partir de argumentos políticos e da Teoria do Direito, que tinham sua razão de ser naquele momento histórico. Para Carl Schmitt, o controle abstrato de normas não era uma questão de aplicação de normas, e, portanto, uma consequência da prática de decisão judicial, somente regras gerais podem ser comparadas entre si, não podendo ser aplicadas ou subsumidas umas às outras, não haveria um nexo entre normas e fatos. Kelsen contra-argumentava que os fatos subsumidos à norma constitucional não constituem a norma e sim sua produção. Habermas (1997a, p. 301-302) acredita que a viabilidade deste argumento só se verificaria se a abordagem fosse procedimental e opta pelo argumento político-jurídico que para ele é decisivo. Como na maior parte das inconstitucionalidades, o Parlamento e o Governo são as partes envolvidas, apela-se para uma terceira instância. Mas a atribuição de competência a um órgão simples para efetuar o controle da Constituição não significa fortalecer ainda mais o poder de um dos dois portadores principais do Poder.

O modelo de separação de poderes, a partir da perspectiva da Teoria da Argumentação, funciona auto-reflexivamente em relação à legislação, da mesma forma como na Justiça, e possui a competência do controle de sua própria atividade. Para Habermas (1997a), se por um lado o legislador não tem competência para reexaminar a aplicação judicial do Direito, para verificar se está sendo baseada em argumentos normativos que conduzam à presunção de fundamentação racional da lei, por outro lado, ele deve ter como função indiscutível o controle abstrato de normas, assumindo a forma de um processo judicial.

A questão da institucionalização adequada da interpretação da Constituição, que diz respeito diretamente ao Legislativo, na verdade não importa muito para

Habermas (1997a, p. 302). A concretização do Direito Constitucional através de um controle judicial da constitucionalidade serve, em última instância, para a clareza do Direito e para a manutenção de uma ordem jurídica coerente.

Para Müller (2005, p. 131-132), o termo concretizar a Constituição significa “*produzir*, diante da provocação [no] caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito”. Canotilho (1993, p. 1201), por sua vez, complementa tal definição afirmando que a “concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do *texto da norma* para uma norma concreta – *norma jurídica* – que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da *norma de decisão* para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização”. No contexto de um Estado democrático de direito, o processo de construção dessa concretização deve seguir uma lógica normativamente orientada. Ao jurista concretizador, cabe a tarefa de “trabalhar a partir do *texto da norma* editado pelas entidades democráticas e juridicamente legitimadas pela ordem constitucional”. Por sua vez, a norma de decisão, instituto de representação da ordenação imediata e concretamente aplicável a um problema, não se apresenta como autônoma da norma jurídica e nem como uma “decisão voluntarista do sujeito de concretização”. A norma de decisão deve, neste sentido, “reconduzir-se sempre à norma jurídica geral”.

Habermas cita jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão que assume que o Direito não se resume ao conjunto das leis escritas e reconhece existir nos estatutos positivos do Poder do Estado, que também têm fundamento na Constituição, um acréscimo do que deve ser reconhecido como Direito e que deve ser levado em consideração no momento da busca da realização de seu sentido nas decisões judiciais. Assim, a interpretação será encontrada sob a forma de uma argumentação racional. Para Habermas (1997a, p. 303), esse tipo de formulação transparece uma autocompreensão problemática do Tribunal porque lhe atribui a função de desenvolvimento criativo do Direito.

A crítica dessa visão de forma se justifica: tanto a interpretação constitucional quanto a comum têm um caráter criativo. Essas competências não seriam uma ameaça à divisão de poderes. No modelo liberal, a separação de poderes ocupa espaço central. A decisão judicial é orientada para o passado, o legislador orienta-se para o futuro e o administrador administra o presente. A Constituição deve afastar o perigo de conflito entre o Estado e o cidadão comum, mas as relações entre as pessoas, que são horizontais e intersubjetivas, não têm nenhuma força estruturadora para o esquema liberal da divisão dos poderes. A decorrência é a representação positivista do

Direito como sistema de regras fechado recursivamente. No modelo do Estado social, a ordem jurídica é materializada, pois inclui objetivos políticos e fundamentação de princípios. A argumentação jurídica se volta para argumentos morais de princípios e argumentos políticos visando aos fins. As normas de princípio exigem interpretação construtiva do caso concreto e sensível ao contexto e referenciada em todo o sistema de regras. Enquanto isso, pode fortalecer a liberdade e a responsabilidade de sujeitos que agem comunicativamente, no interior do sistema jurídico isso significa um crescimento do poder da justiça e uma ampliação do espaço da decisão judicial, que ameaça desequilibrar a estrutura normativa do Estado clássico de Direito à custa da autonomia dos cidadãos. A jurisprudência passa a se orientar para o presente e o futuro, enquanto antes se voltava para a história institucional da ordem jurídica. O problema é que aí se corre o risco de a Justiça intervir em competências legislativas para as quais ela não possui legitimação democrática, e por outro lado ela pode promover uma estrutura jurídica flexível, o que também pode solapar a legitimação democrática do Direito. (HABERMAS, 1997a, p. 303-306)

O paradigma liberal do Direito, até as primeiras décadas do século XX, expressava um consenso de fundo entre os juristas, com um contexto de máximas dogmáticas de interpretação para a aplicação do Direito. Pensava-se que o Direito poderia ser aplicado sem o recurso a princípios, que deveriam ser interpretados, ou a conceitos-chave duvidosos.

Segundo Habermas (1997a, 313-314), toda ordem jurídica que se justifica a partir de princípios necessita de uma interpretação construtiva, as chamadas normas de fundo. Toda a decisão sobre princípios importa em uma justificação externa porque ultrapassa a interpretação do texto da lei. O problema para este autor é que o recurso inevitável a essas normas de fundo abre para o Tribunal Constitucional a possibilidade de uma criação de Direito inspirada politicamente, o que, segundo a lógica da divisão de poderes, deve ser reservada ao legislador democrático.

O controle de constitucionalidade das leis não precisa ser exercido obrigatoriamente pelo Poder Judiciário. A experiência alemã e a espanhola, aliás, assim o demonstram. O controle pode ser efetuado pelo próprio Parlamento, ou por um tribunal a ele ligado, tal como o Tribunal de Contas da União, e é, formalmente, considerado um órgão auxiliar do Congresso Nacional brasileiro.

Por outro lado, não apenas as normas jurídicas de origem parlamentar são objeto de controle, também o são os atos do Poder público e os regulamentos que este produz. Contudo, é justamente sobre o controle de constitucionalidade abstrata, que se opera sobre a legislação oriunda do Congresso Nacional brasileiro, que reside o ponto focal do debate da sua racionalidade e legitimidade.

A experiência originária de semelhante controle de constitucionalidade tem sua representação mais acabada no caso *Marbury X Madison* do ano de 1803, nos Estados Unidos, quando, então, o juiz Marshall assim o decidiu. Na Europa, a primeira experiência constitucional se deu na Carta austríaca de 1020. Mas, é somente após a Segunda Guerra mundial que tal controle se dissemina pela Europa, na própria Áustria, na Alemanha e na Itália. Na França o reconhecimento da necessidade do controle de constitucionalidade se deu somente implicitamente por uma decisão de 1971 e que foi confirmada por uma Emenda constitucional de 1974. Na maioria dos países que adotam o controle de constitucionalidade, adotaram-se também como parâmetro de sua utilização a visão unitária do Poder e não a doutrina liberal da separação dos poderes. Além disso, esse tipo de controle terá um alcance diferente e conseqüentemente produzirá diferentes resultados, conforme o país, que o assimile ao seu ordenamento, observe o sistema jurídico continental ou o *common law*.

### 3. NORMAS E VALORES NA PRODUÇÃO DA DECISÃO CONSTITUCIONAL

As reservas contra a legitimidade da jurisprudência do Tribunal Constitucional não dependem apenas da mudança de paradigmas, mas também de concepções metodológicas. Segundo Habermas (1997a, p. 314-316), o próprio Tribunal alemão desenvolveu uma doutrina da ordem de valores; portanto, uma autocompreensão metodológica dos juízes, que teve conseqüências problemáticas para os precedentes que formou. A crítica à jurisprudência de valores geralmente se volta para as suas conseqüências para o Estado de Direito. Mas, alerta que é mais do que isso, a doutrina de valores é conseqüência de uma auto-interpretação falsa, perde de vista a interpretação construtiva, segundo a qual, direitos não podem ser identificados com valores. Para o Tribunal alemão, a Lei Fundamental alemã não se constitui como um sistema de regras estruturado, mas uma ordem concreta de valores. Os juízos do Tribunal poderiam mesmo interpretar princípios como valores: normas fundamentais objetivas devem apoiar-se em decisões valorativas. Dessa forma, acompanha a tese de Robert Alexy que prevê a interpretação de princípios transformados em valores como mandamentos de otimização de intensidade variável.

Princípios, ou normas mais elevadas, a partir dos quais outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico, ao passo que valores possuem um sentido teleológico. Normas válidas obrigam seus destinatários, ao passo que valores expressam preferências compartilhadas intersubjetivamente. Com a adoção da doutrina de valores, corre-se o risco de produção de juízos irracionais, porque os argu-

mentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos. A validade jurídica do juízo tem o sentido deontológico de um mandamento, não o sentido teleológico daquilo que é atingível no horizonte dos nossos desejos. Aquilo que é melhor para cada um não coincide com aquilo que é igualmente bom para todos.

A presença da decisão judicial de caráter marcadamente político na atualidade deve-se ao próprio desenvolvimento político nacional. Segundo José Eduardo Faria (1978, p. 51-53), o *desenvolvimento político* é uma noção que permite avaliar a aptidão de sistemas políticos para a criação e a preservação do “consenso em torno dos interesses públicos” e também de legitimação das “escolhas operacionais que regulam os conflitos, permitindo-os absorver mudanças sociais e adaptar-se às circunstâncias, sem perda de sua integridade”.

#### 4. A DECISÃO CONSTITUCIONAL E O PROCESSO POLÍTICO

Tudo o anteriormente exposto não quer dizer que não exista a possibilidade de decisões constitucionais racionais em geral, mas somente se estabelece o problema da autocompreensão falsa e de suas conseqüências para o problema da legitimidade do controle judicial de constitucionalidade. Tanto os discursos de aplicação de normas quanto os de fundamentação de normas oferecem um critério lógico-argumentativo de delimitação de tarefas legitimadoras da administração da justiça e da legislação.

A lógica da divisão de poderes poderia estar na quebra do círculo do processo de legitimação normalmente fechado auto-referencialmente: em nenhum nível do processo de decisão o Poder político pode simplesmente legitimar-se pelo Direito que ele mesmo normatizou. O legislador se legitima seja pela observância das normas processuais da Constituição, seja através da vontade popular que o precede, mas nunca por leis por ele mesmo elaboradas. Somente o Judiciário se legitima pelo simples Direito, isso, porém, impede que ele mesmo o normatize. Este modelo possibilita o desconhecimento dos destinatários concretos da decisão no complexo de instâncias do Estado de Direito. (HABERMAS, 1997a, p. 324)

Pelo simples fato de tanto o tribunal quanto o legislador se ligarem às normas processuais, não significa que seus papéis estejam equiparados. Os argumentos legitimadores oriundos da Constituição são dados ao aplicador na perspectiva da aplicação do Direito e ao legislador para que interprete e configure o sistema de direitos. O tribunal tornará a operar com esses argumentos utilizados pelo legislador para legitimar suas decisões, mas não pode dispor deles para uma aplicação imediata porque

importaria em uma legislação implícita. Quando a norma não possibilita mais essa aplicação coerente, é necessário o controle abstrato de normas que deve ser empreendido na perspectiva do legislador. Se este procedimento ocorrer na instância judiciária, então se coloca o problema, é necessário se perguntar se a delegação parlamentar dos juízes constitucionais é suficiente para satisfazer a exigência de uma legitimação democrática. A função jurisdicional que tem que ser entendida como uma delegação do autocontrole do legislador ao Tribunal Constitucional, tanto em relação à Constituição como em função da lógica da divisão de poderes.

Essa concepção cética entende que se a decisão constitucional tem a função de resguardar a Constituição, ela deve, antes de mais nada, prestar atenção aos procedimentos e normas organizacionais das quais depende a eficácia legitimativa do processo democrático. O agente da decisão constitucional deve preservar intactos os canais para o processo inclusivo da formação da opinião e da vontade, através da qual uma comunidade jurídica democrática se auto-organiza.

Nesse contexto, os direitos de comunhão e de participação, constitutivos da vontade, adquirem lugar privilegiado, e as leis discriminatórias de minorias ferem o princípio da isonomia, não são pelo conteúdo, mas também pelo procedimento. Estas se constituem o resultado de processos políticos deformados nas condições procedimentais democráticas. Por isso, o controle abstrato de normas deve a) se referir à gênese democrática das leis; b) conseguir espaço para as vozes desviantes e reclamar efetivamente direitos de participação formalmente iguais; e c) garantir representação simétrica de todos os grupos relevantes, os interesses e as orientações axiológicas nas corporações parlamentares e atingir a fundamentação das deliberações parlamentares. Assim, imprime-se um rumo procedimental à desconfiança liberal em relação às minorias tirânicas. O Tribunal Constitucional só poderia conservar sua imparcialidade se resistisse à tentação de preencher seu espaço de interpretação com juízos de valores morais. Habermas (1997a, p. 327) acredita que tal atitude não é coerente porque tem que se pressupor a validade de princípios e recomendar ao tribunal uma interpretação dirigida por princípios, no sentido construtivo da Teoria da Integridade.

O próprio conceito de procedimento democrático apóia-se num princípio de justiça, no sentido de igual respeito por todos. Para Habermas (1997a, p. 327-330), este tipo de ceticismo é contra uma visão paternalista do controle jurisdicional da constitucionalidade que se alimenta de uma desconfiança amplamente difundida entre os juristas contra a irracionalidade de um legislador que depende de lutas do Poder e de votações emocionais da maioria. Além disso, justificaria o distanciamento da jurisdição constitucional da Política exercendo-a criativamente a partir da racionalidade dos seus próprios discursos profissionais. Esses discursos têm uma alta

pretensão de racionalidade porque são especializados em questões de aplicações de normas, e, portanto, institucionalizados. Por isso mesmo, esses discursos não podem substituir os discursos políticos, e o conceito procedimental da formação política da opinião e da vontade exige mais do que nunca de uma Teoria da Democracia.

Dois seriam as tradições de interpretação da Constituição: o paradigma liberal e o paradigma republicano. O adjetivo *republicano* é utilizado na continuidade da tradição da Política aristotélica, que passa pela filosofia romana. O pensamento político do Renascimento italiano assume as feições de um Direito natural moderno em Jean-Jacques Rousseau e entra na discussão americana da Constituição, como alternativa ao liberalismo de John Locke, passando por Harrington, opositor de Thomas Hobbes, e inspirando assim a concepção democrática dos fundadores. Tornou-se um humanismo da cidadania e se serve de uma linguagem da Ética e da Política clássica.

O conceito republicano de Política compreende esta como a prática de auto-determinação de cidadãos orientados pelo bem comum que se compreendem como membros livres e iguais de uma comunidade cooperadora que se administra a si mesma, ou seja, suas liberdades positivas. O Direito é secundário em relação ao contexto ético do exercício da cidadania. O republicanismo nos debates dos fundadores, no texto da Constituição e na jurisprudência constitucional atual, presta-se a desenvolver um conceito normativo do processo político e suas condições procedimentais.

Estas são as conseqüências desses princípios diversos para a avaliação do processo político: a) diferença de conceitos de cidadão; b) diferença de conceitos de direito; c) diferença de concepções sobre a natureza do processo político; d) condições processuais que dão a força legitimadora à formação institucionalizada da opinião e da vontade.

Falar em legitimidade leva necessariamente a discutir os modos de formação da vontade. A questão da legitimidade da jurisprudência constitucional envolve componentes deliberativos do processo de legislação. Com a contribuição da visão republicana, é possível formular de modo mais específico a proposta procedimentalista. A compreensão republicana de *Política* lembra o nexo interno entre sistema de direitos e a autonomia política dos cidadãos. Nessa perspectiva, o Tribunal Constitucional precisa utilizar os meios disponíveis no âmbito de sua competência para que o processo de normatização jurídica se realize sob condições de uma Política deliberativa. Esta última deve fundamentar a legitimidade, ou seja, a formação da vontade institucionalizada nas corporações parlamentares, programada para decisões, e institucionalizadas conforme o Direito procedimental e também contribuir para a formação política da opinião nos círculos informais da comunicação política. O modelo deliberativo da legislação é ameaçado entre outras coisas pelo Poder social

privado. O verdadeiro problema consiste na influência de grupos de interesses que impõem seus objetivos privados sobre o aparelho do Estado à custa de interesses gerais. Contra essa tirania das forças sociais, o republicanismo renovado entende o papel do Judiciário constitucional como o de guardião da política deliberativa. Até que ponto o Tribunal Constitucional pode intervir ofensivamente nas resoluções legislativas, geralmente é uma questão que se contrapõe mais às medidas controversas da Administração do que às resoluções do Legislativo. Para os republicanistas, o ativismo judicial constitucional é favorável porque pode compensar o desnível existente entre o ideal republicano e a realidade constitucional. O que desvirtua instrumentalisticamente o conceito de Política deliberativa. Para os republicanos, a Política correta só pode ser feita pelos virtuosos. (HABERMAS, 1997a, p. 343-345)

Para uma decisão constitucional discursiva, a formação democrática da vontade tira sua força legitimadora de pressupostos comunicativos e procedimentos que permitem que, durante o processo deliberativo, venham à tona os melhores argumentos, portanto não tem sua legitimidade fundada na convergência preliminar de convicções éticas consuetudinárias. A Teoria do Discurso rompe com a concepção ética da autonomia do cidadão. O Tribunal Constitucional que se deixa conduzir por uma compreensão constitucional procedimental não deixa a descoberto seu crédito de legitimação, pode se movimentar no interior das competências da aplicação do Direito – que são claramente determinadas na Lógica da argumentação – quando o processo democrático que ele deve proteger não for descrito como Estado de exceção. A verdade é que a eticidade substancial do consenso de fundo, suposto como natural, não combina com as condições do pluralismo cultural e social, caracteristicamente problemático das sociedades modernas. Habermas (1997a, p. 346-347) entende a Constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que estabelecem o nexo interno entre a autonomia pública e a privada, e, desse ponto de vista, uma jurisprudência constitucional ofensiva é necessária como uma exigência normativa quando se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade. Mas o conceito de Política deliberativa não pode colocar o Tribunal Constitucional sob pressão permanente no papel paternalista da Sociedade, no máximo no papel de um tutor, tudo isso sob o acompanhamento de uma comunidade de intérpretes da Constituição formada a partir da cidadania e que se constitui numa esfera pública jurídica politizada. A idealização da missão do Tribunal Constitucional provém de um estreitamento ético de discursos políticos e não está ligada ao conceito de Política deliberativa, portanto não é exigida para defender um princípio intersubjetivo do ponto de vista da Lógica da argumentação.

A jurisdição, ao levar em conta aspectos da aplicação, torna a desatar o feixe dos diferentes tipos de argumentos introduzidos no processo de normatização, for-

necendo uma base racional para as pretensões de legitimidade do Direito vigente. Assim, se considera a gênese democrática do Direito pelo ângulo da aplicação do Direito. Dessa forma, o modo deliberativo do processo de legislação é condição necessária da normatização legítima no processo de tomada da decisão judicial constitucional. Nesta mesma direção segue Canotilho (2001, p. 463) quando afirma que “a dinâmica constitucional exige dinâmica política”.

A Política deliberativa só tem sentido, contudo, dentro de um discurso ético ampliado, uma forma de auto-entendimento ético. A força legitimadora do procedimento democrático não é extraído de uma comunidade ética pressuposta e sim do próprio procedimento. Uma compreensão procedimentalista conseqüente da Constituição aposta no caráter intrinsecamente racional das condições procedimentais que apóiam a suposição de que o processo democrático em sua totalidade propicia resultados racionais. A partir daí é possível dizer que a razão incorpora-se nas condições pragmático-formais possibilitadoras de uma Política deliberativa e não mais situada além da comunicação política. Entretanto, o conceito de Política deliberativa depende de uma sólida concepção teórica de Democracia.

A questão que se coloca em relação ao controle de constitucionalidade das leis, do ponto de vista da Teoria e da Sociologia do Direito, é a da sua ilegitimidade quando operado pelo Judiciário, ainda que de forma constitucionalmente autorizada. Do ponto de vista da Teoria da Argumentação Jurídica, a questão que se coloca é a da racionalidade insuficiente da produção jurisdicional constitucional. As questões implicadas transcendem os limites do estudo da Constituição, a problemática é a da racionalidade e da legitimidade de todo os sistemas de direitos realizados a partir da formação da vontade política dos cidadãos.

Para Herrendorf (1998, p. 34-35), o problema que subsiste é o do caráter político das decisões tomadas em algumas situações pelos Tribunais judiciais. Em determinados momentos uma decisão que afeta o interesse de todos e possui indubitável caráter político pode ser capturada por um tribunal com faculdades para decidir com roupagens jurídicas, sem que seja obrigado posteriormente a submeter a aprovação ou reprovação dos eleitores.

No Brasil, a doutrina nacional tem se limitado a estudar a jurisdição constitucional dentro dos limites rigorosos da Dogmática Constitucional. O esforço acadêmico tem sido no sentido de apresentar soluções de operacionalização do Judiciário ante o aumento de demandas. De temas como o da importância dos juizados especiais à epistemologicamente confusa discussão sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade, o pensamento jurídico conservador nacional tem apresentado certa dificuldade em superar seu passado comprometido com a *doxa* dominante. Ver

além da Constituição é uma tarefa necessária ao estudioso do Direito hoje para compreender a decisão judicial constitucional.

A Política é o território das escolhas de caráter público sedimentadas no compromisso com a responsabilidade. No ambiente político, contudo, os conflitos não vêm suas respostas serem gerenciadas de acordo com o modelo da justiça processual. Muitas vezes a controvérsia provém de adversários político-ideológicos e não de advogados, promotores e procuradores que têm entre si o pacto intersubjetivo de respeito pelas referências institucionalizadas juridicamente. A ação política institucionalizada torna-se um dos recursos contra toda espécie de mazelas observadas na Sociedade.

O embate político não assume a forma de um confronto processual e, se há aí um modelo de gestão, é a do próprio processo histórico, o que não exclui, inclusive, o fato de que vários desses confrontos tenham formalizações previstas na Constituição. O embate político pode versar sobre os próprios procedimentos de decisão política a prevalecer e, ainda que acordos sejam possíveis, resultam provisórios, mesmo que perdurem em sua provisóriedade não se convertem em um fim definitivo, uma vez que o processo histórico não se conclui, mas segue em sua dialeticidade, teórica e comparativa.

Para além da compreensão oferecida pela Dogmática Constitucional, a forma como se processa o controle abstrato de constitucionalidade das leis no Brasil revela muito sobre a autocompreensão dos agentes das decisões constitucionais como sucedâneo da formação da vontade política dos cidadãos. A produção judicial do Direito Constitucional brasileiro sofre as conseqüências da constante tensão que se estabelece entre o legislador democrático e o aplicador judicial. A legitimidade da produção judicial do Direito estende-se tranqüilamente até os limites meramente reprodutores do ordenamento jurídico vigente, mas esbarra na força criativa da jurisprudência, fenômeno indiscutivelmente presente em nosso Direito, que tenta acompanhar a expansão do Estado brasileiro.

Entretanto, a autocompreensão da magistratura nacional, conforme se confirma pelos dados estatísticos, é a de seu “papel ético-moral na sociedade, educando-a para a vida pública e a cidadania”, com 76% das preferências de escolha efetuadas pelos juízes pesquisados contra apenas 14% da opinião do cidadão. (WERNECK VI-ANNA *et al*, 1996, p. 27)

A doutrina liberal da separação dos poderes determina reflexos profundos no pensamento jurídico da Dogmática Constitucional brasileira, o que se descortina nas concepções metodológicas absorvidas e reproduzidas pelos agentes de decisão, membros da alta-magistratura constitucional brasileira, em relação ao papel dos valores e das normas e princípios constitucionais no controle de constitucionalidade, o que deve ser capaz de atentar para a discussão sobre a racionalidade do agente destas decisões em sede concentrada, ou seja, a legitimidade do próprio Supremo Tribunal

Federal como órgão encarregado da guarda da Constituição no contexto maior da ampliação das bases de legitimidade de todo o sistema estatal. Para além dos limites normativos constitucionais, verificar a aplicabilidade de uma concepção procedimental da Constituição, abordando o tema do papel político do órgão de cúpula do Judiciário brasileiro no resguardo muito mais da Constituição do que do próprio procedimento democrático da formação da vontade na Sociedade que se institucionaliza pelo processo legislativo.

Neste sentido, Moreira (1995, p. 198) é bastante preciso quando destaca que “tudo o que na actuação dos poderes públicos infrinja a Constituição cai na alçada do juiz constitucional e deve ser por ele anulado” e segue pontuando que, apesar disso, “seus poderes acabam lá onde começa a *reserva do legislador*, ou seja, a formulação e selecção de opções legislativas de entre as não incompatíveis com a Constituição”.

## CONCLUSÃO

O papel do agente da decisão judicial constitucional é de forma alguma o de subtrair as funções transformadoras da Sociedade que tem pressuposto de respeitar as decisões tomadas no jogo político das tensões que se estabelecem no choque entre os grupos sociais. Ou seja, a decisão constitucional não usurpa funções legislativas, ela as resguarda, como manifestação formal da vontade popular, e as justifica, conforme o grau de aptidão para sustentar os valores principiológicos oriundos de uma ordem de preferência de critérios, estabelecida pela própria Sociedade.

## REFERÊNCIAS

- BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações constitucionais – novos direitos e acesso à justiça*. Florianópolis: Habitus, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e Justiça – a função social do Judiciário*. 3. ed. São Paulo: Ática, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia - entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a. 2 v.
- HERRENDORF, Daniel E. *El poder de los jueces – cómo piensan los jueces que piensan*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional: colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra Editora: Coimbra, 1995. p. 177-198

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

WERNECK VIANNA, Luiz. *O perfil do magistrado brasileiro*. Rio de Janeiro: Associação dos Magistrados Brasileiros/ IUPERJ, 1996.

## DA POLÍTICA PÚBLICA DITADA PELO PODER JUDICIÁRIO NO TOCANTE À SAÚDE PÚBLICA

JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO\*

Algumas matérias do Direito têm tamanha complexidade que se tornam de difícil trato, mormente pelo risco que se corre com posições necessariamente assumidas e, com frequência, manipuladas pelos que escutam mas não ouvem, quando ganham dimensões indesejáveis. Não há que temer, porém, os manipuladores, em geral calcados nas “suas” verdades e numa visão estreita e linear da vida, quando não agarrada ao passado tranqüilizador: fosse assim sempre o sol “continuar a girar em torno da terra” ou se estaria, ainda, comendo com as mãos. Há um preço a pagar pelo risco, todavia, como mostraram Galileu, Giordano Bruno e Campanella, só para ficar, talvez, no melhor exemplo. As duas *Weltanschauungs* (concepções do mundo) opostas estavam e jogo e a história se conhece relativamente bem, embora a situação de Tommaso Campanella, o dominicano de Stignano, talvez seja diversa e ligada ao tema por força do nome de seu livro *La Città del Sole*. Giordano Bruno (que vive em bronze no *Campo dei Fiori*, em Roma) e Galileu Galilei, porém, com finais diferentes, só sustentaram a visão de Copérnico, heliocêntrica, que se não discute hoje, como verdade. Bruno, genial (e de certa forma indefeso porque não pertencia à Academia ou ordem religiosa nenhuma e, portanto, não tinha quem por ele falasse), poderia ter

---

\* Professor Titular de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Especialista em Filosofia do Direito (PUCPR). Mestre (UFPR). Doutor (Università degli Studi di Roma “La Sapienza”). Chefe do Departamento de Direito Penal e Processual Penal da Faculdade de Direito da UFPR. Representante da Área do Direito junto a CAPES. Advogado. Procurador do Estado do Paraná. Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pelo Paraná.

preferido viver um pouco mais a se imortalizar numa praça romana no bronze, mais ou menos como fez o pisano Galileu ao abjurar, mudando a história da Filosofia e do mundo porque calou a boca de muitos (pelo medo imposto) ou a emigração para locais menos arriscados, como se passou com Descartes que, como se sabe, foi morar na Holanda. O tempo passa, o mundo muda, mas o risco segue com sua estatura. É preciso, não obstante, não calar; é preciso resistir; é preciso viver na realidade que se vive e, aqui, aprender com Enrique Dussel e não com Habermas ou Luhmann e outros que, corretamente – e talvez não pudesse ser diferente – pensam olhando para seus umbigos, para sua gente, deixando aos “locais” a missão de pensar por si seus próprios problemas e, se não se derem conta, copiar soluções equivocadas, muitas vezes salutares para a Europa e o primeiro mundo (absolutamente dentro da visão eurocentrista) mas, com certeza, fora dos padrões da miséria da América Latina e, máxime, da *terrae brasílis*.

Mas ele, o risco, vale à pena, “porque a alma não é pequena”, como ensinou Fernando Pessoa em *Mar Português* e, se não fosse por ele, Raimundo Faoro não teria subido a rampa do Palácio do Planalto (arriscando o pêlo e o prestígio da e na OAB) para, com inteligência, abrir, definitivamente, as portas para o retorno da esperança democrática. Para tanto, teve que convencer a muitos que valia sentar com o General, com humildade (embora pudesse parecer estar se rebaixando, mormente em tempos nos quais morria gente inocente pelo país afora por simples discordância com o regime) e muita sabedoria para, com os olhos no futuro e recordando do passado, plantar no presente.

A partir de tal premissa é que se deve discutir o presente tema, sem receio, para ver se, pelo diálogo, chega-se ao melhor para todos.

Assim, **é de conhecimento geral que ultimamente inúmeras demandas são aforadas no Paraná e, de resto, em todos os demais estados, pleiteando medicamentos e produtos**, desde fraldas descartáveis até mesmo tratamentos em Cuba, nos Estados Unidos da América e – pasme-se – eletrodos, os quais vêm sendo concedidos, indiscriminadamente, pelo Poder Judiciário, em aparente descompasso com os dispositivos constitucionais, infraconstitucionais e regulamentares previstos pela Política Nacional de Medicamentos. A matéria, contudo, não é simples, porque mexe com interesses individuais e, em contraposição, o dever estatal (União, Estados e Municípios) de propiciar saúde a todos, nos termos do artigo 196 da Constituição da República: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

A concessão indiscriminada e desenfreada de liminares e sua confirmação em sentenças vem, como não poderia deixar de ser, conduzindo a um colapso do Sistema Público de Saúde pois, num país como o Brasil, onde os recursos são escassos, as ordens judiciais para fornecimento de medicamentos e produtos de alto custo, sem qualquer comprovação técnica de eficácia, tampouco controle ambulatorial, acabam compelindo a Administração a limitar os recursos que seriam destinados aos programas básicos de saúde da população. Enfim, na falta de recursos orçamentários, acaba-se por tomar de todos para fornecer, por ordem do Poder Judiciário, a alguns.

Ora, era evidente que isso ia acontecer, de um lado porque com a minimização estatal (aplaudida por muitos e pelo próprio Poder Judiciário em outras Políticas Públicas, inclusive por alguns naquela que diz respeito à sua própria atuação, o que é algo execrável) trouxe, como conseqüência, a escassez de recursos, obrigando um redimensionamento das Políticas Públicas, incluso aquela da saúde e de distribuição de medicamentos. Por outro lado, o Poder Judiciário começou, de certo modo indiscriminado, a ditar a Política Pública, como se isso fosse possível diante do princípio Republicano (art. 2º, da CR) e, assim, desencadeou-se um aparente remédio democrático, mas sem o devido fundamento: a quem pudesse (recte: quem tivesse condições e chegasse antes), concedia-se, por liminares e sentenças, remédios e produtos, um tanto quanto sem critérios, à revelia das regras regulamentares da Política Pública. Isso não parecia nem legal, nem justo, porque era evidente que iria desestabilizar o sistema e gerar injustiça, por mais bem-intencionadas que fossem as decisões. Ora, quem negaria medicamentos a uma pessoa carente padecendo de Aids e outras doenças graves? Aos juízes, em tais condições – como parece sintomático –, dizer não seria como que assinar a sentença de morte do requerente; seria como dizer não à vida e, em tais circunstâncias, chamar para si uma responsabilidade que poderia – e é – descarregada, ou seja, algo compreensível diante dos valores que conduzem a cultura do país. Qualquer um, com um pouco de consciência, faria o mesmo.

**O problema central, contudo, não está aqui, como parece elementar, mas no vilipêndio do princípio da igualdade** (Avelãs Nunes, sobretudo e por todos) porque, sabe-se bem (e os médicos dos hospitais públicos que o digam), os doentes graves e carentes daqueles centros médicos (principalmente), não têm nenhuma condição de sequer chegar às portas do Poder Judiciário; e os referidos médicos, como não poderia deixar de ser, não entendem e nem aceitam o que se está a passar porque, além de risível (para eles, obviamente), a situação é de uma injustiça ímpar.

A questão, portanto, se juridicamente era complexa, do ponto de vista social era simples, pelo menos a quem tivesse um mínimo de sensibilidade; e isto, com as exceções de sempre, têm os nossos juízes que, para decidirem pela concessão, utiliza-

ram – e utilizam – os mais variados argumentos, dentre eles o desperdício das verbas públicas pelos governantes com atividades indevidas, como a publicidade (por exemplo), em uma mistura equivocada de premissas em razão, como é primário, do cumprimento orçamentário legitimamente aprovado. Como argumentação, porém, uma contra-resposta sempre foi – com razão – muito difícil; por sinal obra de alguém que quisesse arriscar a própria reputação democrática. O problema, contudo, não é desta ordem e o tempo – que é ser – encarregar-se-ia de mostrar como era preciso racionalizar devidamente a matéria, de modo a obrigar a todos muito mais que um encontro com a realidade, um encontro com o *real* lacaniano.

Enfim, como era de se esperar, foi-se à porta do colapso e, nele, não ganha ninguém, muito menos a democracia. Os efeitos de algo do gênero (não se ter para distribuir e cumprir as decisões) seriam desastrosos para os cidadãos e politicamente terríveis para os governantes mas, muito pior – sem dúvida –, para o Poder Judiciário que arriscou – e se seguir assim arrisca – não ter cumprida suas ordens, com um desgaste sem precedentes ao “lugar de referência” que ocupa no “registro simbólico” da sociedade, se fosse possível assim falar. Como diziam os romanos, *jurisdictio sine coercione nulla est*, justo porque se não cumpre um dos elementos basilares da jurisdição, ou seja, a *executio*.

O risco, como se pode pressentir, é se chegar ao *estado de natureza* hobbesiano: quem – teoricamente – tem poder, manda, mas essa coisa decorrente da capacidade de impor a própria vontade aos outros inclusive contra a vontade desses – eis o conceito de poder em Weber – pode se desfazer na ponta das baionetas ou não passar pelos tanques, dependendo do tirano de plantão, quizá um pseudo líder carismático, ou seja, um ilusionista que empunha uma bandeira qualquer para enganar os ingênuos, escolhe os inimigos e, em seguida, perde-se nos porões da barbárie tentando imitar um César romano com *imperium* (pelo gládio) e *ius*, como fizeram todos na história das gentes, de Napoleão a Hitler; ou mesmo enfrentar, em uma democracia alquebrada terceiro-mundista, a falta de recursos, mormente quando a opção econômica é pela visão caolha do neoliberalismo, como sucedido no Brasil que, como se sabe, segue comendo pelas mãos do Consenso de Washington; e uma elite que, por conta da competição, só quer ganhar, só quer ter lucro, a qualquer custo, mesmo correndo os riscos da falta devida – e insistente – de distribuição de renda. Enfim, um “mundo” de “especialistas” que se não importa de consumir a ética, não raro iludido pela equivocada visão de que pelo medo se “segura”, para sempre, os sujeitos, sem a mínima preocupação de olhar para os ensinamentos da história e, porque muito próximo, a queda do muro de Berlim.

Numa democracia todos são responsáveis pelo futuro democrático e ele só se dá com efetiva harmonia entre os Poderes. Claro, não se pode mais – os tempos são outros – pensar como Montesquieu, mas **quando um Poder como o Judiciário passa também a ditar uma Política Pública assume – e deve assumir – tanto a responsabilidade pelas escolhas feitas quanto, por outro lado, pelas conseqüências.** Por sinal, o douto Poder Judiciário, dentro da nova ordem constitucional e democrática, não resistiria à menor discussão pública do tema, por mais bem-intencionado que seja. Como parece elementar, há limites também às suas decisões – e que não são aqueles ingênuos e formais dados pelos *corifeus* da Filosofia da Consciência –, mas os determinados por um *real* impiedoso.

A somatória da Filosofia da Linguagem – e seus efeitos – com uma hermenêutica selvagem e manipuladora inspira uma liberdade inexistente se o espaço é democrático. Daí, p. ex., o uso indiscriminado do princípio da razoabilidade/proporcionalidade, inclusive contra a legalidade/constitucionalidade, o que é abominável, mas possível se não houver uma devida vigilância. Isso é Direito Alternativo às avessas e, por evidente, deve ser barrado se se quiser algo melhor no futuro.

Não serve, por seu turno, como argumento sustentável e diante da situação concreta, a panacéia do momento, ou seja, a *ponderação de princípios*, muito ao gosto de americanófilos e germanófilos (mas não todos) que insistem em fazer Direito Comparado sem o menor denominador comum. Afinal, não se precisa saber muito, por exemplo, do *common law* (desculpe-se, mas segue com o artigo definido masculino – no caso trata-se da contração dele com a preposição de – porque se trata de um sistema: Gilissen) e das matrizes que o regem e dentre elas os *immemorial principles of the realm*, algo inimaginável em um Direito de origem européia continental. São coisas assim que arrasam a *ponderação* (que Lenio Streck, acertadamente, chama de “repriminção da discricionariedade positivista”) e levam à beira do ridículo o chamado “peso” dos princípios (como se fossem algo para ser medido dessa forma) e outras propostas do gênero, ou seja, em se tratando de Brasil, “algo para inglês ver”, como na posição tomada diante da famosa lei antiescravagista. Verdadeiro *feu follet*; em geral usado com muita pompa e uma bela palavra em alemão – sem tradução – para impressionar os incautos.

Por outro lado, não cabe falar em *hard case* e *easy case*, no melhor estilo Dworkin (embora, não se esqueça, ele parte de outros pressupostos e não cai na esparrela da cisão feita pela teoria da argumentação jurídica). Ora, a proposta é impraticável em terra tupiniquim – e quiçá no Direito anglo-americano também –, mas, na hipótese concreta aqui em discussão, não há que cogitar. Afinal, o caso é fácil ou difícil? A resposta é óbvia, *ma non troppo*: mesmo que se pudesse sonhar ser um caso fácil, logo, nas hipóteses

concretas, tornar-se-ia um caso difícil, como sói acontecer. Pois. De há muito autores como Lenio Streck já desmi(s)tificaram essa cisão entre casos fáceis e casos difíceis. Como ele diz, “isso é pura metafísica”. O difícil de hoje é o fácil de amanhã, porque, acentua ele, a questão depende de pré-compreensão: o caso não é “em si” difícil ou fácil. É, simplesmente, “um caso”. Dá-se três passos para frente e se agregam três passos de complexidade, numa corrida viciosa, manejada (por alguns muito bem) como mero argumento retórico. Resolver mesmo, como interessa, não resolve. O busfílis, enfim, não se aloja aí, de forma a receber resposta simples e rasteira.

*Bueno*, quando em jogo está a vida das pessoas ou a dignidade da pessoa humana precisaria arrecadar muito “peso” para colocar no outro prato da balança e fazê-lo pender para ele. Na prática, porém, não é bem assim: juízes bem-intencionados, sérios e garantistas (se bem que se anda lendo mal Ferrajoli, isso quando se lê, de modo a permitir ao professor de Roma quase poder usar a paráfrase de Marx: *je ne sui pas marxiste!*), mantêm serem humanos amontoados, empilhados, depositados, como se fossem “coisas”, em cadeias e penitenciárias do país inteiro, tudo como se não fosse uma ofensa inominável à *dignidade da pessoa humana*, com frequência chancelando a escolha “dos que vão morrer”, como se noticia todos os dias. Um só exemplo, de uma das cidades mais prósperas do país: Cascavel, no oeste paranaense. A cadeia local, com 140 vagas, (não)comportava em março de 2007, 639 presos, entre homens e mulheres, em que pese separados sabe-se lá como. Os juízes, porém, têm-se por *blindados* contra o mal-estar (ou pensam estar) e contra as críticas, como se nada tivessem a ver com a situação. Nessas horas, nem sonham em ditar a Política Pública porque, no discurso, nada têm a ver com ela.

Ora, algo assim só é possível porque se não resolve pela ponderação, o que mostra não ser ela o mecanismo de solução concreta dos problemas, dos casos, pelo menos no Brasil. Basta ver – para começar – a posição do e. STF sobre o problema (gravíssimo), um tanto quanto alienada e um pouco na base do adágio popular: “morreu, morreu, que bom que não fui eu!” Quando um magistrado leva a sério a CR, seus princípios e regras (como sucedeu com aquele de Contagem – Livingston José Machado –, na grande Belo Horizonte, mandando soltar os presos após se enfadar de pedir providências aos órgãos próprios, pois em quatro celas da 2ª Delegacia daquela cidade, onde cabiam, quando muito, 28 presos, estavam 113), arrisca ser afastado de suas funções, como de fato aconteceu (Folha Online, 23.11.05, às 23h06). Como disse a Comissão Pastoral de Direitos Humanos em Carta Aberta de 06.12.05 (*A situação carcerária e o juiz de Contagem*), dentre outras coisas, “Membros da Comissão (...) Foram testemunhas de barbáries cometidas contra os detentos, ao visitar, em 27 de setembro p.p., todas as celas daquele Distrito. Constataram que vários presos eram portadores de doenças de pele infecto-contagiosas. O espaço reservado a cada preso

correspondia a 32 cm<sup>2</sup>; alguns declararam ter projéteis de arma de fogo alojados na cabeça, na perna e até no olho, sem que lhes fosse dispensado tratamento médico adequado (não havia remédio sequer para aliviar-lhes a dor!). A situação era de absoluta desumanidade: paredes mofadas, teto prestes a desabar, falta de iluminação, esgoto passando na porta da cela, detentos seminus. (...) A Comissão Pastoral de Direitos Humanos deseja que as condições de vida do povo sofrido e excluído, incluindo a população carcerária, sejam dignas de seres humanos e o respeito pela dignidade humana prevaleça sobre a barbárie.”

A matéria, enfim, está fora de ordem e não se resolve com soluções alienígenas, descontextualizadas. Como tem mostrado a história, quando o Direito luta contra a realidade é o *real* (lacaniano) que se impõe. E isso, por evidente, não é para ser louvado porque, como se sabe, ele não comporta apreensão e, portanto, não serve para nada, pelo menos se se olha desde aquilo que, de fato, interessa.

Sendo assim, há de haver limites; e eles continuam na lei, dentro do espaço do princípio da não-contradição (Aristóteles), com a CR iluminando tudo, sem exceção. E já há quem pense assim, pelo menos em se tratando da presente matéria e, por todos, a ilustre Ministra Ellen Gracie Northfleet, conforme se lê da decisão monocrática (de 02.03.07) proferida na Suspensão de Tutela Antecipada do Estado de Alagoas *in* DJU n° 43, de 05.03.07, Ata n° 21, Relação de Processos de Competência da Presidência, enfrentando a questão e fixando nova interpretação das normas constitucionais atinentes ao direito à saúde, em decisão que merece ser transcrita em parte:

(...) 5. A Lei 8.437/92, em seu art. 4º, autoriza o deferimento do pedido de suspensão de execução de liminar para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários.

Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados (...) e outros medicamentos

necessários para o tratamento (...)’ (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade.

Ademais, a tutela concedida atinge, por sua amplitude, esferas de competência distintas, sem observar a repartição de atribuições decorrentes da descentralização do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 198 da Constituição Federal. Finalmente, verifico que o Estado de Alagoas não está se recusando a fornecer tratamento aos associados (fl. 59). É que, conforme asseverou em suas razões, ‘(...) a ação contempla medicamentos que estão fora da Portaria n.º 1.318 e, portanto, não são da responsabilidade do Estado, mas do Município de Maceió, (...)’ (fl. 07), razão pela qual seu pedido é para que se suspenda a ‘(...) execução da antecipação de tutela, no que se refere aos medicamentos não constantes na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde, ou subsidiariamente, restringindo a execução aos medicamentos especificamente indicados na inicial, (...)’ (fl. 11).

6. Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido para suspender a execução da antecipação de tutela, tão somente para limitar a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do Estado de Alagoas ao fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde. Comunique-se, com urgência.

Ainda que com alguma diferença de base, v. Ap. Cível 2005.72.00.010339-5/SC, TRF 4ª Região, Rel. Des. Marga Inge Barth Tesseler; da mesma relatora, Ag. Inst. 2007.04.00.004589-0/RS.

O vital, porém, é o Poder Judiciário, na ordem posta, manter intacto seu “lugar de referência”, agora colocado em dúvida pela sua própria visão pequena (por sorte só de alguns) na condução da gestão pública: se se meter – ou continuar se metendo – indevidamente (fora dos limites legais) nas Políticas Públicas, deve ter consciência de que responde – e responderá – pelas conseqüências. Mas isso não é bom para ninguém.

# USUÁRIOS E DEPENDENTES NA NOVA LEI DE DROGAS: DESCRIMINALIZAÇÃO, TRANSAÇÃO PENAL E RETROATIVIDADE BENÉFICA

VLADIMIR BREGA FILHO\*  
MARCELO GONÇALVES SALIBA\*\*

## RESUMO

A nova lei de drogas inovou, no ordenamento jurídico, ao despenalizar a conduta criminal dos usuários e dependentes de drogas, estabelecendo unicamente penas restritivas de direitos e não privativas de liberdade ou pecuniária. Rompeu-se com a tradicional justiça penal, e um modelo de justiça penal terapêutica ganhou espaço em nosso ordenamento. Os princípios e as regras da *novatio legis* determinam uma interpretação sistemática em busca do tratamento e ressocialização social dos usuários e dependentes, tanto no momento da subsunção da conduta ao tipo, quanto na aplicação das medidas e penas alternativas e no conflito entre as leis penais no tempo.

Palavras-chave: Usuários e dependentes. Drogas. Despenalização. Descriminalização. Transação penal. Retroatividade benéfica.

---

\* Mestre em direito pela ITE-Bauru e Doutor em direito pela PUC-SP. Coordenador e professor do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro em Jacarezinho-PR. Promotor de Justiça em São Paulo e autor do livro *Suspensão condicional da pena e suspensão condicional do processo* publicado pela editora JHMizuno.

\*\* Mestrando em Ciências Jurídicas da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro em Jacarezinho-PR. Professor de direito penal e processual penal das Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO. Promotor de Justiça em São Paulo.

## INTRODUÇÃO

Não é de hoje que as drogas vêm causando sérios problemas à humanidade. Nelson Hungria relata que o aumento do consumo de drogas na Europa ocorreu após a primeira Grande Guerra, fruto das lembranças tétricas, das desventuras cruéis, do ódio e das ilusões desfeitas<sup>1</sup>. De lá para cá, o consumo de drogas só aumentou. Além do aumento do consumo das já existentes (cocaína, ópio, haxixe, maconha etc), surgiram as drogas sintéticas, feitas em laboratório, igualmente danosas ao ser humano. Tudo isso exige a busca de soluções para impedir o contínuo aumento do seu uso.

Nesse caminho, a lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, tenta aperfeiçoar o combate ao tráfico ilícito de entorpecentes, reprimindo mais severamente condutas criminosas e especificando, em novas figuras típicas, o comportamento humano proibido, bem como apresentando um novo tratamento penal aos usuários e dependentes de drogas.

O paradigma agora, em relação aos usuários e dependentes, está calcado na prevenção e reinserção social, tanto que a sanção privativa de liberdade e pecuniária foram abolidas. É uma reivindicação histórica de diversos grupos representativos da sociedade, que encontra amparo no princípio da mínima intervenção e dignidade da pessoa humana. E, amparada nesses princípios norteadores, a nova lei, em sua parte geral, alterou regras de tratamento, definições, competências e atribuições, disciplinando melhor a questão relativa aos usuários e dependentes.

A *novatio legis* deu nova definição ao *Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão*, que passou a denominar-se *Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas* (Sisnad), previsto no artigo 3º, e apontou como sua finalidade articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas à prevenção do uso indevido, à atenção e à reinserção social de usuários e dependentes de drogas. O título II é todo dedicado ao *Sisnad*, encontrando-se no artigo 4º um rol de princípios, destacando-se dois incisos: *I. o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade; III. a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados.*

O artigo 5º indica os objetivos do *Sisnad*, entre eles o de *contribuir para a inclusão social do cidadão, visando a torná-lo menos vulnerável a assumir comporta-*

---

1 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, Vol. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 127.

*mentos de risco para o uso indevido de drogas, seu tráfico ilícito e outros comportamentos correlacionados* (inciso I).

O Título III aborda as atividades de prevenção ao uso indevido, de atenção e de reinserção social de usuários e dependentes de drogas. No capítulo I, aborda especificamente as atividades de prevenção e seus princípios, enquanto, no capítulo II, discorre sobre as atividades de atenção e de reinserção social de usuários ou dependentes de drogas. A linha mestra no trabalho de prevenção e reinserção social está sedimentada numa atuação compartilhada de responsabilidade e colaboração mútua entre os entes públicos e privados, estes com ou sem fim lucrativo.

Vale ressaltar que não se vislumbra um trabalho de prevenção e reinserção sem a colaboração direta das comunidades afetadas. O envolvimento agora não se resumirá ao *disque-denúncia*, mas se estenderá para o comprometimento e solução do problema social. Isso representa significativo avanço em relação ao sistema anterior, que se baseia na tradicional justiça penal punitiva, impositiva e verticalizada.

Os diversos dispositivos inseridos nos capítulos I e II, do título III, determinam uma interpretação, amparada na vontade do legislador, no respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade, buscando uma nova “*censura*” aos usuários e dependentes de entorpecentes que não aquela tradicional sancionatória. Textualmente, observa-se que não há mais espaço para a punição pura e simples, pois, agora, acima da resposta penal, está a prevenção e a reinserção social. Isso levou alguns a afirmar que houve uma descriminalização na nova lei de entorpecentes, inclusive com afirmativas de que somente não houve uma integral descriminalização da figura em razão do momento político<sup>2</sup> pelo qual passava o país na data da votação e promulgação.

Num caminho lógico, decorrente da exposição feita nos capítulos precedentes, a nova lei de tóxicos dispensa um tratamento diferenciado aos usuários e dependentes de entorpecentes. Os operadores do direito devem determinar sua atuação de acordo com os princípios da nova lei, observando, sempre, o interesse maior de recuperação e reinserção do usuário ou dependente o que não deixa de ser, indiretamente, um combate ao tráfico de drogas.

Em suma, toda interpretação da nova lei deve ter por base os princípios e regras acima indicadas e, dentro dessa linha, nossa atividade passa a ser orientada pelos princípios e objetivos da nova lei.

2 Eleições para Presidente da República, Senado e Câmara Federal, Governo e Assembleias Legislativas Estaduais.

## 1. DROGAS PARA USO PRÓPRIO E A NOVA LEI DE TÓXICOS

O crime anteriormente definido no artigo 16 da Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976, não foi abolido pela nova lei, existindo nova figura típica para os usuários e dependentes de entorpecentes. A nova figura está descrita no artigo 28 e tem a seguinte redação:

Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas.”

Alguns doutrinadores vêm discutindo e afirmando que houve descriminalização com a nova lei, sob o fundamento de que, não mais havendo pena privativa de liberdade, reclusiva ou detentiva, inexistente crime e, inexistindo prisão simples ou multa, inexistente contravenção penal<sup>3</sup>. Até já se acena com uma nova classificação doutrinária – *infração sui generis*. A discussão se há ou não crime não é ontológica, pois inexistente diferenciação nesse ponto, mas é extrínseca e legal, com maior interesse ao meio acadêmico<sup>4</sup>, todavia com inegável repercussão prática.

A doutrina tradicional sedimentou o entendimento de que, no Brasil, nossa legislação adotou o critério bipartido para os delitos, ou seja, há crimes e contravenções, inexistindo outra espécie. Ao prever somente sanção restritiva de direitos e eliminar a privativa de liberdade e pecuniária, a nova lei afastou-se daquelas espécies legalmente definidas e criou uma nova. A nova espécie encontra-se ainda dentro do gênero delito ou infração penal, vez que há pena e regramento pelo Direito penal, todavia a nova classificação agora é *infração sui generis*. Essa é a posição defendida por Luiz Flávio Gomes quando sustenta a existência dessa nova classificação<sup>5</sup>.

A adoção dessa posição legalista gera inúmeras repercussões. Se, ao pé da letra, crime não há, a condenação anterior pelo artigo 28 não pode ensejar a reincidência, que exige condenação por crime. Não há ato infracional na conduta do ado-

3 A posição se baseia na Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro (Decreto-lei 3.914/41) que assim dispõe: “Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”.

4 O interesse na conceituação e distinção limita-se ao meio acadêmico por não representar qualquer diferença no âmbito social ou comunitário ao usuário/dependente, ainda mais por não afastar a nova lei a intervenção do sistema penal como meio de repressão a essas condutas. O rompimento do estigma também não se dará com a simples alteração das penas, vez que perante as comunidades o tratamento se mantém.

5 GOMES, Luiz Flávio (cord.). *Nova Lei de Drogas Comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 99-141.

lescente flagrado na posse de entorpecente para consumo, já que o artigo 103 diz que constitui ato infracional a prática de crime ou contravenção penal. A condenação não mais é hipótese de revogação da suspensão condicional da pena e do livramento condicional, pois ambos exigem condenação por crime.

Esse entendimento apegase ao legalismo para definir crime e contravenção e afirmar pela incompatibilidade do novo tipo com essas definições. Essa interpretação se mostra limitada, já que baseada exclusivamente no texto legal.

A repressão da conduta do usuário e dependente continua sendo a razão da movimentação do sistema penal como um todo, ou seja, atuação policial, procedimento investigatório criminal e ação penal perante a justiça penal. O novo tipo penal está fundamentado num novo modelo de justiça penal, terapêutica ou restauradora e substituiu a pena por uma “censura” o que não afasta a espécie crime num conceito material.

Há, difundidos pela doutrina nacional, três conceitos de crime: 1) conceito formal: “crime é toda ação ou omissão proibida pela lei, sob ameaça de pena”; 2) conceito material: “é o crime um desvalor da vida social”; 3) conceito analítico: “ação ou omissão típica, antijurídica e culpável”<sup>6</sup>.

Trabalhamos com o conceito material, sendo nossa linha doutrinária e conceitual influenciada pelo professor Eliezer Gomes da Silva que apresenta o seguinte conceito de crime, amparado numa concepção dos direitos humanos como objeto de limite do direito penal: “crime é toda conduta contrária ao humanamente exigível, a significar um interesse, cuja lesão ou perigo de lesão autoriza uma censura ou uma sanção estatal direcionada a seu autor”<sup>7</sup>.

A resposta do direito penal para se classificar a conduta como crime ou não, não se limita à pena prevista em abstrato, mas ao determinante fato de autorizar e “legitimar” a intervenção do sistema penal. A “censura” ou “sanção” não é unicamente privativa da liberdade. A lei de introdução ao Código Penal é da década de 40, Decreto-Lei 3.914/41, e está sujeita a todas as regras e princípios referentes à legislação ordinária, inclusive com possibilidade de não recepção pela nova ordem constitucional e revogação ou derrogação por novas leis. Com o surgimento de um novo tipo penal, com previsão unicamente de pena restritiva de direitos, o legislador derogou, tacitamente, aquele tradicional conceito de crime, ampliando-o.

6 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 175-9.

7 SILVA, Eliezer Gomes da. Direitos humanos como fundamento ético-argumentativo para um conceito material de crime - uma proposta de superação da teoria do bem jurídico-penal. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (ed.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Firmado o posicionamento da existência do crime, não se pode admitir a tese da descriminalização, compreendendo essa, conforme Cervini, como “sinônimo de retirar formalmente ou de fato do âmbito do Direito penal certas condutas, não graves, que deixam de ser delitivas”<sup>8</sup>, em três formas possíveis:

a) a descriminalização formal, *de jure* ou em sentido estrito, que em alguns casos sinaliza o desejo de outorgar um total reconhecimento legal e social ao comportamento descriminalizado, como por exemplo no caso da relação homossexual entre adultos, do aborto consentido e do adultério. Outras vezes esse tipo de descriminalização responde a uma ‘apreciação que difere do papel do Estado em determinadas áreas’, ou a uma valoração diferente dos Direitos Humanos que levam o Estado a abster-se de intervir, deixando em muitos casos a resolução desse fato em si mesmo indesejável às pessoas diretamente interessadas (autocomposição).

b) descriminalização substantiva, casos nos quais as penas são substituídas por sanções de outra natureza, como por exemplo, a transformação de delitos de pouca importância em infrações administrativas ou fiscais punidas com multas de caráter disciplinar.

(...)

c) (...) existe descriminalização de fato, segundo a autora, quando o sistema penal deixa de funcionar sem que formalmente tenha perdido competência para tal, quer dizer, do ponto de vista técnico-jurídico, nesses casos, permanece ileso o caráter de ilícito penal, eliminando-se somente a aplicação efetiva da pena.<sup>9</sup>

A nova lei de tóxicos manteve o crime no artigo 28. Não se pode falar em descriminalização, porém o seu caráter despenalizador é indiscutível. A nova figura aboliu as penas privativas de liberdade e pecuniária, bem como as restritivas de direitos de prestação pecuniária ou inominada, perda de bens e valores e interdição temporária de direitos. Por despenalização, compreende-se, segundo Zaffaroni, o

ato de ‘degradar’ a pena de um delito sem descriminalizá-lo, no qual entraria toda a possível aplicação das alternativas às penas privativas de liberdade (prisão de fim de semana, multa, prestação de serviços à comunidade, multa reparatória, semidetenção, sistemas de controle da conduta em liberdade, prisão domiciliar, inabilitações etc.).<sup>10</sup>

8 CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2002, p. 81.

9 CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2002, p. 82-3.

10 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 340-1.

René Ariel Dotti aponta ainda que a despenalização constitui manifestação de política criminal “que o legislador atende em função de interesses ocasionais ou permanentes” e conceitua-a como “todos os casos em que a pena criminal é substituída por sanção de outro ramo jurídico, mantendo-se o caráter ilícito da conduta”<sup>11</sup>. O caráter ilícito da conduta descrita no artigo 28 é inegável e igualmente inegável a substituição da sanção penal.

Além da alteração da sanção penal, o tipo penal incriminador do artigo 28 suprimiu a expressão “substância entorpecente” por “drogas” e descreveu condutas anteriormente não previstas, resolvendo divergências doutrinárias e jurisprudências que se arrastavam em nossos tribunais. O parágrafo 1º<sup>12</sup> do citado artigo resolve uma discussão que se fez presente durante todo o período de vigência da velha lei e fez surgir três posicionamentos: para alguns, não se permitia à subsunção ao artigo 16 daquele que cultivava plantas entorpecentes para consumo próprio, restando-lhe, por consequência, a tipificação do artigo 12, ou seja, tráfico de entorpecentes, mesmo que sua finalidade não fosse a traficância; para outros, a atipicidade de sua conduta era o correto; finalmente, para a posição majoritária, o enquadramento legal da conduta se dava ao artigo 16. A nova lei adotou este último entendimento jurisprudencial.

O parágrafo 2º do artigo 28, repetindo o disposto no artigo 37 *caput* da Lei 6.368/76, apresenta regras indicativas para a adequação típica da conduta daquele que é flagrado com entorpecente, determinando que o “juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”. São circunstâncias a serem observadas não somente pelo juiz no momento da prestação da tutela jurisdicional, mas por todos os órgãos de repressão, desde a formalização do procedimento policial até a manifestação do ministério público, visando à correta adequação típica.

As demais regras do capítulo estão relacionadas à sanção penal e aqui, acreditamos, está marcada a principal e fundamental diferenciação com as legislações anteriores, dando, inclusive, ensejo para a discussão inicial a respeito da descriminalização.

O artigo 27 deixa clara a intenção do legislador de buscar a melhor “censura” do direito para a prevenção e a reinserção social do agente. As penas previstas podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente e alteradas a qualquer tempo. A regra se-

11 DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 79.

12 Artigo 28, § 1º: às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

que princípio adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, no qual as medidas sócioeducativas podem ser revistas a qualquer momento.

Três são as penas previstas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Todas elas são restritivas de direitos e não são penas alternativas, pois não há privação da liberdade como pena principal, excepcionando a regra geral posta no Código Penal pela qual a natureza das penas restritivas de direitos previstas é substitutiva da privativa de liberdade<sup>13</sup>. A retribuição e prevenção, tradicional na justiça penal punitiva, dão lugar ao fim terapêutico, num moderno Direito penal.

Incabível, portanto, qualquer outra sanção penal que não aquelas elencadas no artigo 28, sob pena de afronta ao princípio da legalidade<sup>14</sup>, que determina a existência do crime e a sanção correspondente. Ademais, como visto no item anterior, os princípios norteadores da nova lei determinam uma interpretação terapêutica e inclusiva, não punitiva.

O prazo máximo para as penas previstas nos incisos II e III é de cinco meses<sup>15</sup>, podendo, em caso de reincidência, serem aplicadas pelo prazo máximo de 10 meses<sup>16</sup>. A reincidência é específica, ou seja, somente aquele que foi condenado anteriormente pelo crime descrito no artigo 28 e comete a mesma conduta criminosa poderá alcançar o prazo máximo da sanção.

## 2. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA

Feitas essas considerações a respeito do novo tratamento penal aos dependentes e usuários, não resta dúvida que a nova figura típica e as penas previstas são mais benéficas que as existentes anteriormente, impondo-se, por conseguinte, sua

13 Artigo 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade (...).

14 Artigo 1º do Código Penal: *Não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem prévia cominação legal.*

15 § 3º As penas previstas nos incisos II e III do *caput* deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

16 § 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do *caput* deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

aplicação retroativa, inclusive aos casos em que a decisão judicial tenha transitado em julgado, consoante determina a Constituição Federal, artigo 5º, inciso XL, e o Código Penal, artigo 2º.

Aos usuários a que tenham sido impostas penas diversas das previstas na nova lei e, sendo elas mais gravosas, a retroatividade é obrigatória. As condenações à pena privativa de liberdade e pecuniária foram abolidas e a retroatividade, nesses casos, é indiscutível ante a regra constitucional. Exemplos: usuário condenado, em definitivo, à pena privativa de liberdade de seis meses de detenção no regime aberto. A pena encontra-se abolida e é impossível a substituição da sanção por qualquer das espécies previstas na nova lei; usuário condenado em definitivo à pena pecuniária, cumulativamente aplicada com outra sanção. A pena pecuniária encontra-se extinta pela abolição.

As penas restritivas de direitos, substitutivas da privativa de liberdade, a que os usuários tenham sido condenados, somente poderão ser executadas se correspondentes às espécies previstas na nova lei, ou seja, prestação pecuniária, perda de bens e valores, interdição temporária de direitos e limitação de fins de semana estão extintas pela abolição, vez que a nova lei não as prevê como sanção penal e não permite sua aplicação. Assim, aquele que foi condenado à pena privativa de liberdade de seis meses de detenção, mínimo legal do artigo 16 da Lei 6.368/76, e teve sua pena substituída por restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária em favor de entidade pública, terá sua pena extinta.

Entretanto, para aqueles que foram condenados à pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, não há abolição, ante a correspondência legal. Todavia, deverão cumprir somente cinco meses, sem possibilidade de conversão em privativa de liberdade em caso de descumprimento e com observância das novas regras. Também nesse caso a adequação da pena deve ser feita pelo juiz da execução.

Frise-se que não há espaço para a substituição ou adequação da sanção anteriormente imposta por uma das espécies previstas na nova lei, sob pena de se afrontar a coisa julgada e o princípio da retroatividade da lei penal favorável. Importante ressaltar que a nova lei determina<sup>17</sup> aplicação das penas previstas no artigo 27, e é impossível a aplicação de qualquer outra restritiva de direitos que não aquelas.

17 Artigo 48, § 5º Para os fins do disposto no artigo 76 da Lei nº 9.099, de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena prevista no art. 28 desta Lei, a ser especificada na proposta.

Cabe, ainda, destacar, que a multa não é prevista como pena na nova lei, mas uma sanção administrativa pelo descumprimento das penas restritivas impostas, tanto que o artigo 29 se refere a ela como “medida educativa”, estabelecendo seus parâmetros. Houve, então, abolição da pena de multa e, caso existam condenações pendentes de cumprimento, a punibilidade encontra-se extinta.

Em relação às medidas de segurança aplicáveis aos inimputáveis, a nova lei fez menção a ela no artigo 45<sup>18</sup>, dentro do título destinado à repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, mais especificamente no capítulo dos crimes. Isso pode levar à interpretação que não se aplica aos usuários e dependentes, já que as sanções a eles impostas tem por fim o tratamento e não a punição, mesma natureza das medidas de segurança. Porém, a omissão legislativa, em nosso entender, pode gerar prejuízos aos usuários e dependentes, exigindo uma interpretação que permita a aplicação do referido dispositivo a eles. Ao firmarmos a posição que há crime no artigo 28, as conseqüências penais pela sua prática e condenação permanecem inalteradas e, portanto, o não reconhecimento da inimputabilidade e a não aplicação da medida de segurança é prejudicial. O exemplo a seguir é claro: usuário inimputável e traficante inimputável. Ao primeiro, condenação e pena do artigo 28 por não ser possível a medida de segurança; ao segundo, absolvição e medida de segurança. A diferença de tratamento não é razoável, levando-se em consideração os princípios indicadores da nova lei. Assim, ao usuário e dependente de drogas, poderá ser aplicada a regra do artigo 45 da nova lei ou, ainda, o código penal subsidiariamente. E, aqueles que receberam, sob a égide da antiga lei a medida de segurança, continuarão o tratamento, observando-se, somente, as novas regras da lei 11.343/2006.

Em todos esses casos, a competência é do juiz da execução criminal, cabendo-lhe aplicar ou não a nova lei (art. 66, I da LEP e súmula 611 do STF).

Outro problema a se discutir é relativo às medidas alternativas pendentes de cumprimento, exigindo-se uma avaliação criteriosa.

No caso dos réus beneficiados com a suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei 9.099/95), inexistindo sanção penal, não há que se falar em revogação ou extinção do benefício. Em caso de descumprimento das condições e revogação do benefício, o juiz deverá observar as novas penas no momento de proferir a sentença.

---

18 Artigo 45. É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único. Quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava, à época do fato previsto neste artigo, as condições referidas no *caput* deste artigo, poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado.

A controvérsia está presente em relação à transação penal.

A posição jurisprudencial firmada pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>19</sup> segue entendimento de que a transação constitui título executivo e seu descumprimento leva à execução da medida transacionada. O Supremo Tribunal Federal defende a possibilidade de oferecimento de denúncia em caso de descumprimento do transacionado<sup>20</sup>. Os dois posicionamentos<sup>21</sup> merecem questionamentos, mas uma resposta comum nos parece acertada. Se a pena aplicada na transação encontra correspondência com as penas previstas no artigo 27 da nova lei, a exigência de cumprimento é legalmente possível, todavia o prazo máximo de cinco meses deve ser respeitado. Significa dizer que, se na transação foi aplicada pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade por prazo superior a cinco meses, o transator está obrigado a cumprir somente o novo limite legal.

Por outro lado, se aplicada pena restritiva de direitos, não prevista no artigo 27, ou, pecuniária, em sede de transação penal, a extinção da punibilidade pela abolição da pena deve se operar. Para aqueles que defendem a formalização do título executivo há, em que pese não se tratar de sentença de mérito condenatória, aplicação “imediate de pena”, consoante o artigo 76 da Lei 9.099/95, e, sendo o caso

19 Neste sentido, REsp 203583: “PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. LEI 9.099/95. ART. 76. TRANSAÇÃO PENAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE. DESCUMPRIMENTO DO ACORDO PELO AUTOR DO FATO. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA PELO MP. INADMISSIBILIDADE. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. NATUREZA JURÍDICA CONDENATÓRIA. EFICÁCIA DE COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL. 1 - A sentença homologatória da transação penal, por ter natureza condenatória, gera a eficácia de coisa julgada formal e material, impedindo, mesmo no caso de descumprimento do acordo pelo autor do fato, a instauração da ação penal. 2 - Não se apresentando o infrator para prestar serviços à comunidade, como pactuado na transação (art. 76, da Lei nº 9.099/05), cabe ao MP a execução da pena imposta, devendo prosseguir perante o Juízo competente, nos termos do art. 86 daquele diploma legal. Precedentes. 3 - Recurso não conhecido.” E, ainda: STJ - RESP 172981-SP (JBC 42/120, RT 770/536, RDJTJDF 62/211), RESP 172951-SP, RESP 203583-SP (RSTJ 140/592), RESP 190194-SP (RJDTCSP 52/259, REVFOR 364/416), HC 11111-SP, RESP 190319-SP, HC 9853-SP, HC 10198-SP.

20 Nesse sentido: “O descumprimento da transação penal prevista na Lei 9.099/95 gera a submissão do processo em seu estado anterior, oportunizando-se ao Ministério Público a propositura da ação penal e ao Juízo o recebimento da peça acusatória, não havendo que se cogitar, portanto, na propositura de nova ação criminal por crime do art. 330 do CP (“Desobedecer à ordem legal de funcionário público”). Com base nesse entendimento, a Turma, por falta de justa causa, deferiu *habeas corpus* a paciente para determinar o trancamento de ação penal contra ele instaurada pelo não cumprimento de transação penal estabelecida em processo anterior, por lesão corporal leve. HC 84976/SP, rel. Min. Carlos Britto, 20.9.2005, informativo nº 402 (grifo nosso); E ainda: STF, HC-80802, rel. Min. Ellen Graice, informativo nº 225; STF, RE-268319, rel. Min. Ilmar Galvão, informativo nº 193; STF, HC 79.572, rel. Min. Marco Aurélio, informativo nº 180 (transcrições)

21 A possibilidade de conversão da pena imposta na transação penal em privativa de liberdade não foi mencionada por entendermos que hoje é pacífica sua impossibilidade, conforme posição jurisprudencial dos tribunais superiores. Outra posição existente sustenta a não homologação da transação enquanto não cumprida integralmente, restando revogada em caso de descumprimento. Sem questionar sua legalidade, essa posição encontra solução semelhante às estudadas.

de abolição da pena, a extinção da punibilidade deve ser reconhecida sem qualquer outra possibilidade. Para aqueles outros que defendem a possibilidade de oferecimento da denúncia em caso de descumprimento, somente o injustificado descumprimento autorizaria o início da ação penal. Não é isso que ocorre nesse caso, pois o descumprimento se dá pela abolição da pena fruto de uma alteração legislativa, sem qualquer interferência do autor do fato. Não é possível, então, o desfazimento da transação para oferecimento da denúncia, bem como a formulação de nova proposta aos moldes da nova lei. Ocorreu a preclusão consumativa e, tendo ocorrido a abolição, o caso é de extinção da punibilidade.

O reconhecimento da abolição decorre da imperativa determinação do artigo 48, parágrafo 5º<sup>22</sup>, de que, nas transações penais observar-se-ão as penas previstas no artigo 27, bem como seus limites, sem qualquer liberdade de consenso na escolha de outras sanções. Ora, se o legislador determinou a aplicação dessas penas, únicas previstas, todas as demais estão vetadas e abolidas para a norma penal incriminadora sob estudo, o que impede a execução de penas impostas anteriormente pelos juizados.

Ainda dentro da análise do tema retroatividade da lei mais benéfica, há a hipótese dos crimes praticados em data anterior ao da vigência da lei e que não tenham sido objeto de transação. Nesses casos, devem-se aplicar as novas regras para a transação penal previstas na *novatio legis* que veremos a seguir.

### 3. TRANSAÇÃO PENAL AOS USUÁRIOS E DEPENDENTES NA NOVA LEI DE DROGAS

A transação penal, instituto introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Lei 9.099/95, mitigou a obrigatoriedade da ação penal, estabelecendo um novo modelo de justiça criminal, centrado na busca da solução dos conflitos e não mais na decisão formalista do caso. Um revolucionário instrumento a possibilitar a solução rápida, sumaríssima, da lide penal.

A definição de transação penal está no artigo 76 da Lei 9.099/95 e nada mais é que a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa ao autor do fato. Damásio de Jesus diz tratar-se de um negócio entre o ministério público e a defesa, possibilitando-se ao juiz, de imediato, aplicar uma pena alternativa ao autuado, justa para a acusação e defesa<sup>23</sup>.

22 A expressão “poderá” está relacionada à discricionariedade regrada do ministério público em propor a transação penal e não a escolha da sanção penal.

23 JESUS, Damásio Evangelista. *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 62

A transação penal é medida alternativa que tem por fim impedir a imposição de pena privativa de liberdade, através de sentença condenatória, mas não deixa de constituir sanção penal. Como o próprio dispositivo estabelece, claramente, a pena será aplicada de imediato, ou seja, antecipa-se a punição. É pena no sentido de imposição estatal, consistente em perda ou restrição de bens jurídicos do autor do fato, em retribuição à sua conduta e para prevenir novos ilícitos<sup>24</sup>.

A pena a ser objeto de proposta pelo ministério público e aplicada ao autor do fato deve seguir os parâmetros do artigo 68 do Código Penal, não se admitindo que a sanção<sup>25</sup> fique ao livre arbítrio do órgão acusador, sem qualquer fundamentação. Cabe registrar que o ministério público é o titular da proposta, e há *discricionariedade regradada* em sua atuação, tanto que a legalidade da mesma será apreciada pelo juiz.

Sendo obrigatória a observância dos critérios do artigo 68 do Código Penal para a formalização da proposta de transação penal, igualmente obrigatório é que o membro do ministério público observe todas as demais regras e princípios de direito penal, sem qualquer restrição, sob pena de grave afronta aos dispositivos legais.

Firmou-se o entendimento na doutrina e jurisprudência brasileira, com a entrada em vigor da Lei 9.099/95, que na transação penal o acordo das partes não está vinculado à pena prevista em abstrato ao tipo penal<sup>26</sup>, mas há liberdade para se transacionar a aplicação de qualquer das espécies de penas restritivas de direitos existentes, mesmo que a pena prevista na norma penal seja unicamente pecuniária<sup>27</sup>.

24 Dotti, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 433.

25 O artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal estabelece que todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...). O Ministério Público, por seus órgãos de execução, também tem o dever de fundamentar suas manifestações.

26 A se firmar a posição de que o artigo 76 estendeu a possibilidade de aplicação de penas restritivas e pecuniárias além daquelas previstas em abstrato na lei, um limite temporal há que ser reconhecido para as transações, ou seja, nenhuma pena transacionada poderá ter prazo superior a 2 anos, pois esse é o limite quantitativo-conceitual para os crimes de menor potencial ofensivo. Assim, a aplicação de penas restritivas de direitos nas espécies de prestação de serviços à comunidade, limitação de finais de semana e interdição temporária de direitos, não poderão ter prazo superior a 2 anos, mantendo-se dentro dos limites dos crimes de menor potencial ofensivo. Um limite qualitativo igualmente deve ser imposto, e a aplicação das restritivas de direitos deve observar as regras gerais do código penal, no que for compatível com a lei dos juizados especiais criminais, ou seja, a pena restritiva de direitos transacionada deve ser aquela que seria legalmente possível no caso de condenação pelo crime ou contravenção executada. Apenas a título de exemplificação, para um fato criminoso não praticado com violação aos deveres inerentes ao exercício de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, impossível a transação penal na espécie de pena restritiva de interdição temporária de direitos (artigo 56 do Código Penal).

27 O enunciado 20 do FÓRUM NACIONAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS assim dispõe: "A proposta de transação de pena restritiva de direitos é cabível, mesmo quando o tipo em abstrato só comporta pena de multa."

Escolhida, então, a pena adequada, fundamentada, com observância das regras de Direito penal, a proposta será apresentada ao autor do fato.

A liberdade de escolha da pena, na transação penal para os crimes de menor potencial ofensivo, não tem a mesma extensão na nova lei de drogas, pois o artigo 48, parágrafo 5º, expressamente determinou:

Para os fins do disposto no art. 76 da Lei 9.099, de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena prevista no art. 28 desta Lei, a ser especificada na proposta.

Para a transação penal com os usuários e dependentes de drogas, deve-se observância às sanções previstas na figura incriminadora do artigo 28, sob pena de se afrontar o princípio da legalidade. Inexiste liberdade ao ministério público em escolher outras sanções que não aquelas previstas, pois a norma do artigo 48 é imperativa. Mostra-se arbitrário permitir que a transação envolva penas não previstas, nem mesmo determinadas no tipo penal.

Seguindo a regra do artigo 27, na proposta de transação, o ministério público poderá especificar uma pena, isoladamente, ou duas ou mais penas, cumulativamente. Inclusive, com possibilidade de substituição a qualquer tempo, com o fim de melhor adequá-la à recuperação e à reinserção do usuário e do dependente.

A transação penal parte do princípio do consenso entre as partes a respeito da pena a ser aplicada antecipadamente, todavia não é permitido transacionar a ilegalidade sob pena de afronta à Constituição Federal e à legislação penal. A liberdade das partes está limitada pelos princípios e regras de direito penal, cabendo ao magistrado, ao homologar a transação, avaliar a legalidade da mesma.

O princípio da legalidade, portanto, significa proteção contra o poder punitivo estatal e desdobra-se nos seguintes princípios: proibição da edição de leis retroativas que fundamentem ou agravem a punibilidade; proibição da fundamentação ou do agravamento da punibilidade pelo direito consuetudinário; proibição da fundamentação da punibilidade pela analogia; proibição de leis penais indeterminadas<sup>28</sup>.

Esse princípio proíbe, de forma absoluta, a aplicação de penas não previstas legalmente, limitando a atividade do operador do direito ao estabelecido na norma

---

Disponível em <[http://portal.tj.sp.gov.br/wps/portal/tj\\_noticia.visualizar?noticia\\_id=22679&urlVoltar=/wps/portal/tj\\_noticia.categoria?categoria=64&titulo=Juizados%20Especiais%20-%20Enunciados&mostrarLista=false&listarReduzido=20&listarAmplio=TUDO&tituloEstatico=&urlEstatico=&linkEstatico=&rodape=>](http://portal.tj.sp.gov.br/wps/portal/tj_noticia.visualizar?noticia_id=22679&urlVoltar=/wps/portal/tj_noticia.categoria?categoria=64&titulo=Juizados%20Especiais%20-%20Enunciados&mostrarLista=false&listarReduzido=20&listarAmplio=TUDO&tituloEstatico=&urlEstatico=&linkEstatico=&rodape=>)>. Acessado em 02 de outubro de 2006.

28 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*, 1986, p. 25-28.

penal incriminadora – artigos 27 e 28 da Lei de Drogas. Também não permite a fixação da pena além do previsto em lei.

A transação penal, antecipando a pena, tem de respeitar esse princípio e o juiz deve zelar por isso, não homologando a transação penal em caso de ofensa. Por tudo isso, compreende-se que agora, com a entrada em vigor da Lei 11.343/2006, as propostas de transação penal para os usuários ou dependentes que tenham sua conduta subsumida ao tipo penal previsto no artigo 28, somente poderão contemplar as penas previstas legalmente e dentro daquelas regras, ou seja: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

A aplicação imediata de pena de multa é impossível, sob pena de afronta ao princípio da legalidade. Da mesma forma, não é possível a aplicação de prestação pecuniária, perda de bens e valores, interdição temporária de direitos ou limitação de finais de semana. Por não estarem previstas legalmente como resposta do Direito penal para as condutas que se enquadram no artigo 28 não podem ser aplicadas, mesmo em sede de transação penal.

A transação penal não é carta em branco, e a possibilidade de acordo entre as partes não se sobrepõe aos princípios e regras de direito penal. A idéia da transação está no antecipar a pena que seria aplicada numa eventual sentença condenatória e, por essa razão, sustentamos que o ministério público deve se amparar no artigo 68 do código penal para apresentá-la, buscando chegar o mais próximo daquilo que seria aplicado ao final. Pela mesma razão, não se pode compactuar com a possibilidade de aplicação imediata de pena que não seria legalmente possível ao final, numa eventual sentença condenatória.

Por inexistir qualquer previsão legal, as regras impeditivas de nova transação penal àquele que realizou a transação nos últimos cinco anos ainda prevalece, visto que as disposições do artigo 76 da lei 9.099/95 encontram amparo na nova lei, à exceção da liberdade de escolha da pena<sup>29</sup>. Em caso de descumprimento do transacionado, o autor estará sujeito à admoestação verbal e à multa, conforme artigo 28, parágrafo 6º, nada impedindo a substituição das penas por outras, dentre aquelas previstas, que melhor alcancem os fins da prevenção, tratamento, conscientização e reinserção social.

29 A liberdade de escolha da pena restritiva de direitos ou pecuniária, independente de previsão em abstrato do tipo penal, continua a valer para todos os crimes de menor potencial ofensivo, à exceção do capitulado no artigo 28 da Lei 11.343/2006.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A nova lei de drogas inova ao cominar sanções penais não privativas de liberdade ou pecuniárias, com fim de prevenir, tratar e permitir a ressocialização dos usuários e dependentes de entorpecentes. Um vértice minimalista e garantista em um paradigma punitivo e prisional.

Os princípios fundantes da nova lei devem determinar a interpretação dos operadores do direito e sua efetiva implementação tem por fim uma justiça penal terapêutica e restaurativa.

A despenalização e não descriminalização abre, ao menos, quatro linhas de discussão para os fatos criminosos praticados sob a égide da lei velha, mais gravosa: 1) fatos ainda não julgados por sentença condenatória, nem objeto de transação penal; 2) fatos com transação penal ainda não cumprida; 3) fatos com sentença condenatória sem trânsito em julgado; 4) fatos com sentença condenatória com trânsito em julgado; 5) fatos com medida de segurança decorrente de sentença absolutória imprópria com ou sem trânsito em julgado.

As considerações e soluções para esses questionamentos têm por fim fomentar o debate e não é nossa pretensão esgotar o assunto.

Item 1 – ante o princípio da aplicação da lei mais benéfica, exige-se que o operador do direito observe a lei nova no momento da transação ou ao proferir a sentença. Tanto na transação penal quanto na sentença de mérito, as únicas penas possíveis de aplicação são aquelas previstas no artigo 28, podendo ser aplicadas isolada ou cumulativamente, estando vedada, frente ao princípio da legalidade, pena não prevista no artigo.

Item 2 – a nova lei, por ser mais benéfica, deverá ter efeito retroativo e caso a transação tenha estabelecido pena não prevista no novo tipo penal, o reconhecimento da abolição é de rigor. Caso a transação tenha envolvido uma das espécies de penas previstas no artigo 28, deverão ser observadas as novas regras, inclusive quanto ao limite de cumprimento. Nesse caso, se houver descumprimento, permite-se a admoestação verbal, multa e/ou substituição das penas por qualquer das previstas no artigo 28. Se já cumprida a transação e extinta a pena, nada resta a discutir.

Item 3 – as turmas recursais dos juizados especiais criminais têm competência para aplicar a lei nova. Tendo a sentença de primeiro grau imposto pena não prevista no novo tipo penal e, inexistindo recurso da acusação, deve ser reconhecida a extinção da pena. Existindo recurso do ministério público impugnando a pena na parte dispositiva, deverá a turma recursal adequá-la aos ditames da nova lei.

Item 4 – se já estiver cumprida a pena e, por conseqüência, extinta a pretensão executória, não há discussão. Ainda, se ainda não cumprida a sanção penal, a nova lei, por ser mais benéfica, deverá ter efeito retroativo e caso a condenação tenha estabelecido pena não prevista no novo tipo penal, o reconhecimento da abolição deverá ser feito pelo juízo das execuções. Cuidando-se de pena de prestação de serviços à comunidade, além da redução de seu prazo, é impossível a sua conversão em privativa de liberdade, permitindo-se a admoestação verbal, multa e/ou substituição das penas.

Item 5 – se aplicada medida de segurança ao usuário ou dependente considerado inimputável ou semi-imputável, a continuidade do tratamento é admissível, adequando-o aos moldes da nova lei.

## REFERENCIAS

- CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2002.
- DOTTI, René Ariel. *Bases alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Revista do Tribunais, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Penal*. 2ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- FALCONI, Romeu. *Despenalização*, in Revista da Faculdade de Direitos das Faculdades Metropolitanas Unidas, vol. 8, p. 201/221, nov., 1994.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GOMES, Luiz Flávio (cord.). *Nova Lei de Drogas Comentada*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Tendências político-criminais quanto à criminalidade de bagatela*. São Paulo: RBCrim, 1992.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal, Vol. IX*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- JESUS, Damásio Evangelista. *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MANZANERA, Luis Rodrigues & MENDES, Nelson Pizzotti. O enfoque criminológico da descriminalização, in *Justiça*, vol. 95, p. 163/173, out./dez., 1976.
- PRADE, Péricles. Descriminalização e despenalização: Breve abordagem jurídico-penal, in *Estudos Jurídicos em homenagem a Vicente Ráo* – São Paulo: Resenha Universitária, 1976.
- SILVA, Eliezer Gomes da. Direitos humanos como fundamento ético-argumentativo para um conceito material de crime - uma proposta de superação da teoria do bem jurídico-penal. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (ed.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.



# EFETIVIDADE DA DEFESA E OS REMÉDIOS PROCESSUAIS OFERTADOS AO SUJEITO PASSIVO NA EXECUÇÃO FORÇADA

OLAVO DE OLIVEIRA NETO\*

## RESUMO

O processo civil, a partir de 1973, sofreu a influência de dois grandes movimentos, que foram a reforma ideológica e a constitucionalização do processo civil, dando ensejo a uma nova forma de pensar os institutos processuais, gerando uma revisão. Percebe-se, então, que os embargos do devedor são insuficientes para atender aos princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo necessários outros meios para seu atendimento. Daí o estudo das várias formas de defesa do executado em face da execução, com a finalidade de obter a efetividade do processo.

Palavras-chave: Execução. Efetividade. Defesa. Executado.

---

\* Mestre e Doutor pela PUCSP. Pós-Doutorado na Università Degli Studi di Milano. Professor do programa de Doutorado, mestrado, especialização e graduação da ITE-Bauru. Professor de direito processual civil da Escola da Magistratura do Paraná e em inúmeros cursos de especialização. Prêmio “Professor Nota 10” de 1998. Vice-presidente do Centro de estudos de Direito Civil e Processual Civil – CECIPRO. Juiz de Direito no Estado de São Paulo.

## INTRODUÇÃO

### 1. A DEFESA DO EXECUTADO DO CPC DE 1939 AO CPC DE 1973

Sob a égide da Constituição de 10 de novembro de 1937, segundo ensina **Moacir Lobo da Costa**,<sup>1</sup> floresceu o quinto período do processo civil brasileiro, que teve como marco inicial a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1939, ocasião em que se implantaram substanciais modificações no que toca ao processo de execução.

Seguindo doutrina já ultrapassada em países que inicialmente a adotaram,<sup>2</sup> o Estatuto de 1939 distinguia duas formas de ação de execução: a ação executiva e a ação executória de sentença. Nas palavras de **José da Silva Pacheco**: “*As ações de execução, pois, podem ser: ações executivas e ações executórias de sentenças. As ações executivas podem ser as especificadas pelo Código e as determinadas por leis especiais; umas e outras podem ser ou não baseadas em título de dívida líquida e certa. Tudo depende da lei.*”<sup>3</sup>

A ação executiva tinha por escopo efetivar a prestação de uma obrigação não determinada por sentença judicial, isto é, promover a execução de título extrajudicial, embora houvessem hipóteses em que o autor podia utilizar-se da ação sem possuir título.<sup>4</sup> Estava prevista no Art. 298 do Código de 1939, que assim dispunha: “*Art. 298. Além das previstas em lei, serão processadas na forma executiva as ações:*”.

1 LOBO DA COSTA, Moacir. *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura*. São Paulo: RT, 1970.

2 LIEBMAN, Enrico Tulio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 83. Essa a lição do grande mestre peninsular: “... encontramos, assim, no direito vigente (brasileiro), incorporados a um ordenamento jurídico que segue os princípios da mais moderna técnica judiciária, institutos já muito desaparecidos das leis dos países em que nasceram e se formaram em séculos longínquos.”

3 PACHECO, José da Silva. *Tratado das execuções - Ações executivas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964. p. 72.

4 CARVALHO SANTOS, J. M. *Código de Processo Civil Interpretado*. 6ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1964. v. IV, p. 187. Essa é a lição do autor: “*Ação executiva, a que se inicia pela penhora. Tal como se fosse uma execução de sentença. Daí sua denominação. Costuma-se dizer que pressupõe a existência de um título, que, pela sua liquidez e certeza, equivalha a uma sentença para o fim de justificar o seu início pelo ato característico da execução, ou seja, a penhora. Mas em rigor e em verdade, não é bem assim. Há casos em que a lei autoriza a ação executiva, sem que o autor tenha título líquido e certo, equivalente a uma sentença. Outras vezes, mesmo, como no caso de cobrança de alugueres, quando não há contrato de locação, senão verbal, nem, ao menos, título algum existe. Em regra, não há dúvida, a ação executiva pressupõe a existência de um título, que deve ser uma prova preconstituída de obrigação líquida e certa. Como exceção, porém, há casos em que, por motivos de ordem política, administrativa e econômica, a lei empresta ao título uma força executiva, que ele absolutamente não tem.*”

A rigor, em que pesem as posições contrárias<sup>5</sup>, não se tratava de ação de execução verdadeira, mas sim de um misto entre o processo de execução e o de conhecimento, com a finalidade de abreviar, ao máximo, o tempo necessário à satisfação do credor, tendo em vista hipóteses especiais previstas em lei.

Nesse passo, embora iniciando-se com a citação para que o réu (esta era a terminologia do Código) efetuasse o pagamento em 24 horas, sob pena de penhora (Art. 299), efetivada esta, tinha aquele o prazo de 10 (dez) dias para contestar a ação, que prosseguia observado o rito ordinário (Art. 301), com saneamento do feito, instrução e julgamento da causa. Transitada em julgado a decisão proferida, reiniciavam-se os atos executivos, com a avaliação e arrematação dos bens penhorados. Não havendo contestação, também seguia a ação o rito ordinário, com a necessidade de julgamento da causa antes dos atos executivos propriamente ditos<sup>6</sup>.

Já a ação executória destinava-se a efetivar condenação imposta em sentença, tendo um rito mais abreviado. De acordo com o Art. 918 do Código de 1939, o devedor era citado para pagar ou nomear bens à penhora, no prazo de 24 horas, sob pena de serem penhorados os bens encontrados. Embora houvesse a possibilidade de interposição de embargos do devedor (Art. 995), este era considerado mero incidente processual, não tendo a natureza de ação, a não ser em casos especiais.<sup>7</sup>

Em resumo, como se vê, a execução contra o devedor solvente procedia-se de duas maneiras específicas, conforme a natureza do título. Tratando-se de sentença promovida-se a ação executória, com a defesa efetivada mediante a utilização de embargos. Tratando-se de uma das hipóteses previstas em lei, como no caso dos títulos extrajudiciais, promovia-se a ação executiva, com a defesa efetivada mediante contestação.

A tal respeito, aliás, ensinava com meridiana clareza **Orlando de Souza** que *“Efetivamente, embora muito se assemelhem, pois que ambas têm a mesma finalidade de promover a execução, uma de títulos com força de confissão judicial, e outra de sen-*

5 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1947. v. III, Tomo 1º, p. 18. Essa a posição do autor: *“Nas ações executivas do art. 298, os dois elementos, o executivo e o condenatório, enchem o processo, de modo que a ação não deixa de ser (ou já é) executiva, embora tenha de desenvolver o processo de cognição.”*

6 AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1941. 2º v., p. 96. Essa a lição ministrada: *“Não contestada a ação, deve seguir-se a avaliação e arrematação, entretanto a lei exige o rito ordinário sempre. Proferida, pois, a sentença que julga a penhora, em audiência de instrução e julgamento, e passando em julgado, é que se segue a avaliação e arrematação como nas execuções de sentença.”*

7 SOUZA, Orlando de. *Execuções de sentença*. 2ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1966. p. 209. Assim esclarece o autor: *“Quer provocados pelo executado, quer por terceiros, inúmeros incidentes podem surgir no curso da execução de sentença. Os mais importantes deles são os embargos. Surgem incidentalmente como meio natural de defesa do executado e, em certos casos, constituem verdadeira ação de oposição...”*

*tença proferida numa ação, não se confundem, pelo nosso direito, as duas entidades: a execução de sentença somente pode ter como base uma sentença prolatada numa ação de condenação, enquanto que a ação executiva tem seu fundamento num título de dívida líquida, título executivo, extra-judicial. A execução normalmente se processa nos autos da ação que lhe deu origem, ao passo que a ação executiva tem processo próprio, tanto que, no sistema do Código, se intercala nos processos especiais.”<sup>8</sup>*

Disto não destoa a posição de **Liebman**, para quem “*deve-se, pois, distinguir nitidamente título executivo de título executório, ação executiva de ação executória. Ambas estas ações se destinam a promover a execução; o que as distingue é o grau de dependência da situação real de direito material, isto é, da efetiva existência do crédito. Na ação executiva, esta dependência é ainda muito grande: a sua procedência está condicionada à verificação - que se faz, quando necessário, no próprio processo executivo - da existência do crédito; na ação executória, a dependência é muito menor e meramente indireta, porque a eficácia executória da sentença permite consumir a execução sem necessidade de justificar sua causa; e ao devedor é dada apenas a possibilidade de extinguir com os embargos aquela eficácia.*”<sup>9</sup>

Essa sistemática, em linhas gerais e singelas, regia o processo de execução de dívida pecuniária sob a égide do Código de Processo Civil de 1939, tendo perdurado até a entrada em vigor do atual Código de Processo Civil, em 1º de janeiro de 1974, ocasião em que se promoveram novas alterações substanciais no sistema da execução forçada.

Na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973, em seu item 21, o então Ministro da Justiça e elaborador do ante-projeto do estatuto **Alfredo Buzaid** fez constar que “*Dentre as inovações constantes do Livro II, duas merecem especial relevo. A primeira respeitante à unidade do processo de execução; a segunda, à criação do instituto da insolvência civil.*”<sup>10</sup>

A insolvência civil, como se sabe, nunca foi um instituto de larga utilização no direito brasileiro e, atualmente, embora sem a existência de dados estatísticos exatos a tal respeito, não é arriscado dizer que caiu em desuso.

Já a unificação das vias executivas foi efetivada para atender aos reclamos da doutrina da época que, como acima se viu, tinha por certa a necessidade de dotar o processo brasileiro de um perfil mais moderno e eficaz, visando a eliminação de formalidades que pareciam ser a causa da sua morosidade.

8 Op. cit., p. 20.

9 LIEBMAN, Enrico Túlio. *Processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1946. p. 54-55.

10 BUZOID, Alfredo. *Exposição de motivos do Código de Processo Civil*. Anexo introdutório à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Ao invés da existência de tipos diversos de ações para promover a execução de títulos de natureza diversa, optou-se por criar uma execução única, fosse o título judicial ou extrajudicial; com a defesa realizada unicamente mediante a ação incidente dos embargos do devedor. Eliminava-se, assim, a defesa mediante incidente processual ou mediante contestação, ambas realizadas no bojo da própria execução.

Houve, aqui, uma nítida opção por eleger apenas um meio de defesa, independentemente da matéria a ser nele veiculado. O executado teria que garantir o juízo mediante a penhora ou depósito de bens, para só então atacar o título executivo, seja no aspecto de conteúdo, seja no aspecto da forma, ou a própria execução.

A tal respeito alerta **Araken de Assis** que “... *consoante a diretriz legislativa de cada país, variam os meios de veicular matéria tão heterogênea. Em geral, estima-se de boa técnica separar, formalmente, a oposição aos atos executivos a oposição de fundo. Apesar da crítica de Liebman, segundo a qual a doutrina peninsular não distinguia com nitidez as duas espécies, nem avaliara corretamente a finalidade única de ambos os remédios, na Itália se separou a ‘opposizione agli atti executivi’ (art. 617) da ‘opposizione all’esecuzione’ (art. 615) ... Entre nós, a análise do art. 741, quer na versão originária, quer na versão atual, revela que os embargos aglutinam ambas funções, comportando a alegação de questões de processo (v.g., a cumulação indevida de execuções ou a ilegitimidade de partes) e de exceções substanciais nascidas após o surgimento da pretensão de executar (v.g., o pagamento).*”<sup>11</sup>

Em resumo, pois, a única forma possível para o executado efetivar sua defesa, segundo a diretriz do CPC de 1973, deveria ser mediante a interposição de embargos, após a segurança do juízo.

## 2. REFORMA IDEOLÓGICA E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO

Embora o CPC de 1973 tenha incorporado em seu corpo estruturas bastante atuais para a época em que veio a lume, desde o início do século passado já se esboçava e desenvolvia um movimento, nos quadrantes do processo civil, que visava alterar a maneira de se pensar o processo. Acorados nos ideais do acesso à Justiça, instrumentalidade de efetividade do processo, processualistas proclamavam a necessidade de repensar os institutos com o fito de adequá-los a uma nova realidade.

11 ASSIS, Araken. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 297-298.

Nesse sentido afirma **Bedaque** que “*A partir do momento em que se aceita a natureza instrumental do direito processual, torna-se imprescindível rever seus institutos fundamentais, a fim de adequá-los a esta nova visão. Isso porque toda a construção científica se deu na denominada fase autonomista, em que, devido à necessidade de afirmação da independência do direito processual, se valorizou demasiadamente a técnica. Passou-se a conceber o instrumento pelo próprio instrumento, sem a necessária preocupação com os seus objetivos, que, obviamente, lhe são externos. Em nenhum momento pode o processualista esquecer que as questões internas do processo devem ser solucionadas de modo a favorecer os resultados pretendidos, que são exteriores a ele.*”<sup>12</sup>

Ao movimento da doutrina no sentido de atualizar o conteúdo dos institutos, que pode ser considerado como uma verdadeira reforma ideológica do processo civil, deu-se a denominação de *revisitação do direito processual civil*. Na esmerada lição de *João Batista Lopes*: “*Por influência da doutrina italiana, os processualistas brasileiros passaram a utilizar o termo revisitação para designar postura mais moderna orientada no sentido de rever os institutos fundamentais do Direito Processual Civil. Essa tentativa de atualização (aggiornamento) se faz presente na doutrina mais autorizada, que, reconhecendo embora a importância da contribuição de autores clássicos como Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei e Liebman, procura avançar em busca de um modelo de processo mais moderno, ajustado aos anseios e reclamos da sociedade. Para alcançar o fim colimado, sentiram os autores a necessidade de visitar os institutos processuais no sentido de lhes dar nova visão e configuração em harmonia com as exigências da vida moderna. Assim, os institutos da jurisdição, ação e processo, além dos princípios do acesso à justiça, do contraditório, da igualdade das partes, do dispositivo, etc., foram, submetidos a rigorosa revisão ou reformulação a que se convencionou chamar de revisitação.*”<sup>13</sup>

Assim como aconteceu com todos os segmentos do processo civil, também a estrutura e a técnica do processo de execução passaram a ser revisitados, com a finalidade de que fosse dada aos seus institutos um perfil mais adequado com essa nova ideologia.

Entretanto, outro movimento de enorme magnitude acabou a atingir o processo e exigir uma nova postura em face de seus institutos: a denominada constitucionalização do processo civil, claramente operada com a Constituição de 1988.

Em 1215 é publicada a Carta Magna da Inglaterra, que surgiu com a finalidade de limitar o poder absoluto do rei em face de determinados direitos reconhecidos aos barões.

12 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1977. p. 13.

13 LOPES, João Batista. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 14-15.

Procurava-se, então, a criação de um sistema onde houvesse uma proteção aos direitos de determinada classe social, objetivando evitar os abusos ilimitados que existiam a época.

Após a consolidação do ideal de que o poder do rei, concebido como o próprio Estado, já não era absoluto e ilimitado, a declaração de direitos da Virgínia, em 1776, seguida da Revolução Francesa, de 1789, passaram a proteger os direitos dos indivíduos, sempre sob os auspícios dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade.

Percebeu-se, todavia, que para que houvesse uma efetiva proteção a tais ideais não bastava que eles constassem de declarações ou leis esparsas, sendo necessário consignar na lei mais importante de um País, a sua Constituição, normas que viessem a proteger aquilo que se havia conquistado, com o fito de tornar permanentes a proteção aos direitos do homem. Essa operação teve início com a Constituição do México, de 1917; logo seguida na Alemanha pela Constituição de Weimar, de 1919.

Foi após a segunda grande guerra, entretanto, com a declaração universal dos direitos do homem da ONU, em 1948, que este movimento se ampliou e consolidou por diversos países; ganhando vulto entre nós com o advento da Constituição de 1988, que ao positivar os direitos humanos os converteu, na ordem jurídica interna, nos diversos direitos fundamentais. Direitos fundamentais de primeira dimensão, também chamados de civis, individuais ou políticos, que relativos à liberdade impõe uma abstenção ao Estado; direitos fundamentais de segunda geração, também chamados sociais, econômicos e culturais, que dizem respeito à igualdade e exigem uma atuação do Estado visando superar as carência individuais e sociais; e, os direitos fundamentais de terceira geração, relativos à fraternidade, que têm o escopo de propiciar o desenvolvimento da humanidade.<sup>14</sup>

Com a inclusão dessas categorias de direitos em nossa ordem constitucional, a Constituição de 1988, se comparada com as anteriores, acabou por importar para seu interior normas das diversas disciplinas jurídicas, inclusive aquelas atinentes ao direito processual civil (v.g., ampla defesa, contraditório, fundamentação das decisões judiciais); fazendo com que toda a legislação infraconstitucional deva ser analisada sob a ótica daquilo que se encontra disciplinado na lei de maior hierarquia.

É por conta de tal sistemática que **Paulo Medina** afirma que *“É que se faz, hoje, impossível compreender o processo em sua exata dimensão fora da perspectiva constitucional. ... Compreende-se, pois, que um dos movimentos mais importantes que atualmente se verificam nos quadrantes do Direito Público seja o da ‘constitucionalização do processo’, que a teoria geral, como disciplina dedicada ao estudo dos funda-*

14 ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

mentos do direito processual e, por via de conseqüência, das novas tendências que o dominam, não pode ficar alheia.”<sup>15</sup>

Destarte, pois, sob esses novos prismas, relativos a reforma ideológica do processo civil e da constitucionalização de normas atinentes ao processo é que os doutrinadores passaram a reconstruir o direito processual civil, o que deu ensejo a inúmeras reformas legislativas até hoje experimentadas.

### 3. A INSUFICIÊNCIA DOS EMBARGOS COMO ÚNICA FORMA DE DEFESA NA EXECUÇÃO

Se o processo civil passava (e passa) por um momento de revisão dos seus institutos básicos, como acima se viu, cabia perquirir se a defesa no processo de execução, que pelo perfil do Código de 1973 se limitava apenas aos embargos, atenderia aos parâmetros constitucionais da ampla defesa e do contraditório, para o que tornou-se imprescindível observar os limites da cognição realizada em tal remédio processual.

Cognição, que é a maneira pela qual o juiz conhece o conteúdo de um processo, existe em todas as suas modalidades, como bem afirma **Kazuo Watanabe** ao ensinar que “*Inexiste ação em que o juiz não exerça qualquer espécie de cognição: até mesmo na ação de execução por título judicial, o juiz ‘é seguidamente chamado a proferir juízos de valor’, como anota Cândido Dinamarco.*”<sup>16</sup> Não é possível, pois, a existência de processo sem atividade de cognição.

Ocorre, porém, que nem sempre é permitido ao juiz analisar todo o conteúdo da relação jurídica de direito material controvertida, uma vez que esta pode sofrer limitações em inúmeros aspectos. Tratam-se dos limites da cognição impostos ao órgão jurisdicional que, diga-se de passagem, já era percebida por processualistas clássicos, como **Carnelutti**<sup>17</sup> e **Chiovenda**<sup>18</sup>.

15 MEDINA, Paulo Roberto Gouveia. *Direito Processual Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. P.07

16 WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: CEBEPEJ, 1999. p. 28.

17 CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de Derecho Procesal*. Buenos Aires: EJE, 1952. v. II, p. 27. “*Unas veces el proceso se utiliza para componer enteramente la litis, resolviendo todas sus cuestiones; otras veces se pide al juez que resuelva sólo algunas de ellas. Prescindo de ejemplos, ya que los he aducido abundantemente en mis Lezioni; agregó, en cambio, aun a peligro de abusar, que también el médico más de una vez combate separadamente las causas del mal. Comprobado este simple fenómeno, he creído oportuno distinguir con los nombres diferentes los dos tipos de proceso que corresponden a esas dos hipótesis, y he hablado de proceso integral y de proceso parcial.*”

18 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1, p. 218. “*Diz-se ordinária, ou seja, plena e completa, a cognição do juiz, quando tem por objeto o exame a fundo de todas as razões das partes, quer dizer, de todas as condições para a existência do direito e da ação e de todas as exceções*

Assim sendo, no plano horizontal, ou quanto a sua amplitude, a cognição pode ser plena ou parcial. Aqui se trata do segmento da relação jurídica de direito material que pode ser conhecida pelo juiz. Se ele pode conhecer totalmente o conflito, então a cognição é plena. Mas, ao contrário, se pode conhecer apenas parte do conflito, então a cognição é parcial. Já no plano vertical, ou quanto a intensidade, o juiz pode conhecer de três modos diversos o conteúdo do feito. Pode exercer cognição exauriente, cognição sumária ou cognição superficial.

No caso dos antigos embargos à execução fundado em título judicial (e também da atual impugnação ao cumprimento da sentença), o Art. 741 delimitava a matéria que podia ser objeto do feito de modo taxativo. Se o embargante alegava matéria não contida no preceito, por força da regra insculpida no Art. 739, II, do CPC, deveria o juiz indeferir de plano a inicial, já que lhe era vedado conhecer de outros fundamentos. Mas, no que toca a forma pela qual examinava as questões dos embargos, devia o magistrado realizar cognição exauriente, conhecendo a fundo todas as questões suscitadas.

Nos embargos à execução fundada em título extrajudicial, cuja sistemática ainda vige, o Art. 745 autoriza que o juiz conheça de qualquer matéria que possa ser objeto de processo de conhecimento, o que faz com que a cognição aparentemente seja plena. Aparentemente porque, como se sabe, existem as limitações decorrentes do direito material, como acontece no caso dos títulos cambialiformes, onde a lei indica hipóteses onde não é possível conhecer o conteúdo do título.

Destarte, os embargos podiam ser classificados, antes da entrada em vigor da Lei nº 11.232/05, que regulamentou o cumprimento da sentença, sob a ótica da cognição exercida, em duas espécies: 1) embargos de cognição parcial e exauriente à execução fundada em título judicial, à arrematação e a adjudicação; e, 2) embargos de cognição total e exauriente à execução fundada em título extrajudicial.

Fica fácil perceber, portanto, que os embargos não podiam ser a única via de acesso para que o executado pudesse se defender na execução, sob pena da infringência do princípio da ampla defesa, tornando-se necessário completar a plêiade de vias que podem ser utilizadas para a manifestações de suas pretensões. Foi por isso que surgiram, por criação da doutrina, outros meios de defesa do executado, como o incidente de pré-executividade e as chamadas ações autônomas de impugnação.

Essa a conclusão, alias, de **Dinamarco** ao asseverar que “*É preciso debelar o mitos dos embargos que leva os juízes a uma atitude de espera, portergando o conheci-*

---

*do réu. Qualifica-se de sumária ou incompleta a cognição do juiz quando o exame das razões das partes ou não é exaustiva ou é parcial.”*

*mento de questões que poderiam e deveriam ter sido levantadas e conhecidas liminarmente, ou talvez, condicionando o seu conhecimento à oposição destes. Dos fundamentos dos embargos (CPC, art. 741), muito poucos são os que o juiz não pode conhecer de ofício, na própria execução.”<sup>19</sup>*

Em resumo, pois, a evolução do processo civil demonstrou que os embargos, como único meio de defesa em face do processo de execução, devido a sua cognição parcial, não é suficiente para atender ao Princípio da Ampla defesa, havendo necessidade de dotar o executado de outras vias aptas a efetivar sua pretensão.

#### 4. MEIOS DE DEFESA DO EXECUTADO

Ao classificar os meios de defesa do executado em face do processo de execução **Sandro Gilbert Martins**<sup>20</sup> aponta três grupos distintos: a) a defesa incidental, que é exercida por meio dos embargos; b) a defesa endoprocessual, que ocorre no bojo do processo de execução e a defesa heterotópica, que é aquela que se realiza por meio de ações autônomas ao processo de execução.

Embora tal classificação também possa ser elaborada do ponto de vista da cognição, para os fins a que se destina este pequeno estudo, onde se procura a apresentação da técnica com escopo pragmático, ela se apresenta como suficiente para indicar as formas de defesa viáveis e postas à disposição do executado, seja no cumprimento da sentença, seja em caso de execução de título extrajudicial, cuja estrutura ainda não foi alterada.

Vejamos, pois, quais são os meios colocados à disposição do executado para efetivar sua defesa.

##### 4.1. EMBARGOS DO DEVEDOR

Em termos léxicos, embargos significa impedimento, estorvo, obstáculo, embaraço ou empecilho. Em outras palavras, significa opor resistência a algo. Por isso, aliás, que o magistrado que tem assento num Tribunal de Justiça deve ser tratado pelo título de desembargador, que quer dizer aquele que desembaraça, o que soluciona as questões intrincadas.

19 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. P.451.

20 MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas*. São Paulo: RT, 2002. p. 80.

Questão que gerou enorme polêmica, embora atualmente pacificada, foi a que dizia respeito à natureza jurídica dos embargos à execução. A idéia inicial era a de que tratava-se de contestação, já que tal remédio nada mais era do que a defesa que o executado oferecia ao processo de execução. Tal posição, porém, na atualidade, encontra sustentação apenas no pensamento de **Haroldo Pabst**, para quem “... *havendo dúvida acerca da real natureza do instituto escolhido pelo legislador, fica ao intérprete a tarefa de definir se os embargos são ação ou não – e, examinando as regras que compõe a estrutura jurídica do instituto e as circunstâncias de ordem social, só se pode concluir que essas regras e essa estrutura se ajustam ao direito de defesa, e não ao direito de agir.*”<sup>21</sup>

Outra posição, atualmente também abandonada, conferia aos embargos à execução a natureza jurídica de reconvenção. Isso porque se reconhecia a natureza jurídica de ação mas, a semelhança do que ocorre no processo de conhecimento, se observava que a atividade do executado era no sentido de contra-atacar o exequente. Assim, afirma **Celso Neves**: “... *Ação que – a semelhança da reconvenção, no âmbito tipicamente jurisdicional do processo –, no plano juris-satisfativo, se volta contra a atividade executória, tendo por pressuposto eventual, portanto, o exercício do direito de ação.*”<sup>22</sup>

A posição majoritária na doutrina nacional, todavia, sustenta que os embargos à execução tem natureza jurídica de ação. Isso porque sua estrutura está em plena consonância com o exercício do direito de ação. É necessária uma petição inicial que preencha os requisitos dos artigos 282, 283 e outros, do Código de Processo Civil; bem como o preenchimento das condições necessárias para a obtenção de uma sentença de mérito, que são a possibilidade jurídica, o interesse de agir e a legitimidade de parte.

Através de tal meio de defesa o que se objetiva é desconstituir a execução ou desconstituir o título executivo, tanto em seu aspecto de conteúdo, quanto em seu aspecto formal. Consequentemente, trata-se de ação constitutiva negativa, que obstará o prosseguimento da execução.

Por tais razões já tivemos a oportunidade de definir os embargos à execução “*como a ação constitutiva negativa incidental que tem por finalidade desconstituir o título executivo ou a execução.*”<sup>23</sup>

Embora a Lei nº 11.232/05 tenha revogado as normas que disciplinavam os embargos à execução fundada em título judicial, substituindo tal forma de execução

21 PABST, Haroldo. *Natureza jurídica dos embargos do devedor*. São Paulo: RT, 1986. p.137.

22 NEVES, Celso. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 225.

23 OLIVEIRA NETO, Olavo. *A defesa do executado e dos terceiros no processo de execução*. São Paulo: RT, 2000.

pelo cumprimento da sentença e a defesa prevista como normal a impugnação ao cumprimento da sentença, os embargos à execução por título extrajudicial, até que seja aprovado o projeto que dá novo perfil a este tipo de execução, continuam a ser a forma natural de defesa em face do processo de execução.

Assim sendo, além dos requisitos acima aduzidos, ainda há necessidade da segurança do juízo, mediante a penhora de tantos bens quantos bastem para garantir o valor do principal e de seus acessórios, sem o que tal forma de defesa não será admissível.

Recebidos os embargos e realizado o juízo de admissibilidade, o procedimento adotado continua a ser o mesmo, isto é, embargado terá o prazo de dez dias para ofertar resposta, devendo o juiz proceder desde logo o julgamento ou, se houver necessidade de instrução probatória, marcar uma audiência onde realizará a instrução e o julgamento do feito.

#### 4.2. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA

A Lei nº 11.232/05 criou o instituto do cumprimento da sentença que condena ao pagamento de quantia, eliminando a dicotomia existente entre o processo de conhecimento e o processo de execução. A efetivação do conteúdo da sentença, portanto, não mais está sujeita a processo de execução, havendo atividade complementar ao processo de conhecimento, embora de natureza executiva, independentemente da instauração de uma nova relação jurídica processual.

Assim, assevera o Art. 475-I, que “*O cumprimento da sentença far-se-á conforme os artigos 461 e 461-A ou, tratando-se de obrigação de pagar, por execução, nos termos dos artigos subseqüentes.*”; demonstrando que o cumprimento da sentença nada mais é do que uma forma de tentar repetir, para a obrigação de ressarcimento, a efetividade que as medidas previstas nos artigos 461 e 461-A deram para as obrigações de fazer e não fazer, e para a de dar coisa certa ou incerta, respectivamente.

O meio usual para que o executado efetive sua defesa no cumprimento da sentença é um novo instituto denominado impugnação, previsto nos artigos 475-L e 475-M.

A primeira observação que deve ser feita sobre a nova forma de defesa diz respeito a sua natureza jurídica, que é de incidente processual e não de ação incidente, embora o incidente possa se processar fora dos autos do cumprimento da sentença na hipótese em que não lhe for atribuído o efeito suspensivo do processo (Art. 475-M, § 2º).

Tal natureza fica evidente em face da redação dada ao Art. 475-M, § 3º, segundo o qual “*A decisão da impugnação é recorrível mediante agravo de instrumento, sal-*

*vo quando importar extinção da execução.”* Isso porque este é o recurso usual contra decisões interlocutórias, que é o ato judicial que encerra um incidente processual; à exceção do que acontece quando a decisão do incidente põe termo ao próprio processo. Em situação semelhante, como acontece com o incidente de pré-executividade, perfeitamente aplicável à nova hipótese, se o juiz acolhe o incidente e, conseqüentemente, tranca o andamento da execução, o recurso cabível é a apelação e, se rejeita o incidente e determina o normal prosseguimento da execução, o recurso cabível é o agravo de instrumento, já que o agravo retido não é eficaz na execução.

O prazo para sua interposição da impugnação, nos termos do Art. 475-J, § 1º, é de quinze dias, já que a tendência que se vislumbra nas reformas é a de procurar unificar prazos dentro do processo. As hipóteses de interposição continuam a ser taxativas e estão previstas no Art 475-L, em grande parte semelhantes as que estavam previstas no Art. 741, do CPC.

O parágrafo único deste artigo, entretanto, trás para o cumprimento da sentença importante requisito, que consiste na necessidade do executado indicar, quando alegar excesso de penhora, qual o valor que entende ser efetivamente devido. Tal providência, que já era prevista para o caso em que o réu, em contestação ofertada em ação de consignação em pagamento, alega que o depósito não é integral (Art. 896, parágrafo único), impede que o executado ofereça impugnação de forma genérica, o que não é permitido em face do princípio do ônus da impugnação específica dos fatos; mas que não é situação incomum no dia a dia forense. Com isso, pois, a indicação do valor que o impugnante entende devido seria condição preparatória para que tal argumento pudesse ser utilizado, permitindo ao juiz, na sua ausência, rejeitar de plano a impugnação ofertada.

No que toca ao procedimento previsto para a impugnação, há um problema grave que deriva da não aprovação do Projeto de Lei nº 4.497/2004, cujo conteúdo trata da nova execução de título extrajudicial. Não há previsão legal para o procedimento que deve ser adotado na impugnação. Isso porque o Art 475-R indica que se aplicam ao cumprimento da sentença, e conseqüentemente à impugnação, de forma subsidiária, as regras que regem a execução do título extrajudicial.

Com isso, pois, não aprovado o projeto, mister se faz aplicar as regras ainda em vigor para suprir as omissões relativas ao processamento da impugnação, com as alterações necessárias para afastar as incompatibilidades existentes. Por isso o prazo para responder à impugnação não pode ser de dez dias, como acontece nos embargos, já que um prazo diferente para impugnar e para responder a impugnação viria a ofender o princípio da dualidade das partes. Daí a necessidade de fixar o prazo de 15 dias para o impugnado responder.

No mais, o procedimento dos atuais embargos não se apresenta incompatível com o cumprimento da sentença, devendo o juiz decidir de plano ou, se houver necessidade de produção de provas, marcar audiência de instrução e julgamento.

Por fim, efetivada a penhora poderá o juiz atribuir a impugnação efeito suspensivo do cumprimento da sentença, nos termos do Art. 475-M, do CPC, “... *desde que relevantes seus fundamentos e o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.*”. Neste caso inverte-se o ônus da prova, cabendo ao executado, para obter o efeito suspensivo, formular o pedido e provar a possibilidade do dano e a sua qualificação.

Se o juiz acolher o pedido formulado pelo executado e conferir efeito suspensivo a impugnação, esta será instruída e decidida nos próprios autos. Caso contrário, como já observado, para não atrapalhar o curso da execução, será decidida em autos apartados. É o que preceitua o § 2º do referido artigo.

#### 4.3. INCIDENTE DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

O incidente de pré-executividade, como já tivemos a oportunidade de salientar, tem por finalidade levar ao juiz conhecimento de matéria que, de plano, pode ser decidida, seja ela relativa a admissibilidade, seja ela relativa ao mérito da execução. Presta-se a alcançar a efetividade no processo de execução, fazendo com que o executado possa, sem sofrer constrição, trancar o andamento da ação executiva, assim como ocorre o trancamento da ação penal por falta de justa causa. É por isso que tal instituto pode ser definido “...*como o incidente processual que tem por finalidade trancar o andamento de execuções ilegais ou infundadas, mediante cognição exauriente da matéria nele veiculada, a ser de plano realizada pelo juiz.*”<sup>24</sup>

Tratando-se de incidente processual, podemos afirmar que o executado pode formular seu pedido mediante simples petição, onde deduzirá o direito que afirma ter, sem a necessidade de atenção aos requisitos exigidos numa petição inicial. Não é necessário, portanto, o preenchimento dos requisitos exigidos pelo art. 282, 283 e outros, obrigatórios nos casos em que deve ser proposta ação.

Estará obrigado o executado, porém, a juntar todos os documentos que comprovem de plano seu direito, sob pena do imediato indeferimento do pedido, já que a prova deve ser, assim como no mandado de segurança, pré-constituída. Nesse sentido, aliás, precisa a lição de **Marinoni**, que estudando a tutela urgente de cognição

---

24 Idem, p. 121.

exauriente, praticada no mandado de segurança, afirma: “*Costuma-se afirmar que o mandado de segurança exige direito líquido e certo. Não é, contudo, o direito que deve ser líquido e certo. O que se requer, em verdade, é que a afirmação dos fatos se apresentem como indúvidas independentemente de instrução para o estabelecimento de sua certeza. Isto quer dizer que a prova deve ser pré-constituída, ou seja, tão somente documental, devidamente anexada à petição inicial do mandamus. A cognição do magistrado, pois, se dá exatamente no confronto da prova documental com o afirmado na petição inicial. A cognição do magistrado é exauriente.*”<sup>25</sup>

Tal exame, porém, não pode ser realizado sem que tenha o exequente oportunidade para se manifestar nos autos. Isso porque estar-se-ia infringindo o princípio do contraditório. Ademais, pode o exequente demonstrar que o direito que, aparentemente, é “líquido e certo”, na verdade é apenas aparente. É o caso, por exemplo, da alegação de quitação do título, com recibo de pagamento, apresentado mediante incidente de pré-executividade. Existe prova pré-constituída e aparente razão para o executado. Mas o que acontecerá se o exequente, instado a se manifestar, alegar falsidade da assinatura constante do título? Certamente o incidente deve ser rejeitado, já que não há possibilidade de dilação probatória, com realização de perícia grafotécnica.

A resposta do incidente, que também será feita na forma de uma simples petição, deve ocorrer, observado os princípios da brevidade e da utilidade dos prazos, em prazo exíguo fixado pelo juiz. Se não existe prazo legal ou convencional, o prazo da resposta passa a ser judicial, isto é, fixado pelo juiz. cremos, porém, que tal prazo não deverá ultrapassar dez dias, em benefício da celeridade processual, uma vez que o prazo para embargos é de dez dias e para a impugnação de 15 dias, sendo ambos remédios mais amplos do que o incidente.

Com ou sem oferecimento de resposta, que não implica na produção dos efeitos da revelia, já que não se trata de ação, deve o juiz decidir no prazo subsidiário previsto no Art. 189, inciso II, do CPC, que é de dez dias.

Em resumo, portanto, recebida a petição e sendo verossímil a tese formulada, deverá o juiz determinar que o exequente se manifeste, em obediência ao princípio do contraditório, erigido a norma Constitucional. Mesmo no caso da ausência de um pressuposto processual ou de uma condição da ação, tem o exequente direito de contraditar o pedido formulado pelo executado na exceção, por aplicação subsidiária dos artigos 326 e 327 do CPC. Em seguida o executado responde no prazo fixado pelo juiz tendo em vista os princípios da brevidade e da utilidade dos prazos processuais, já que o exequente pode ter necessidade de obter documento que não pode ser conse-

25 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT, 1992. p. 28.

guido de imediato. Findo o prazo fixado e não havendo pedido de dilação justificado, deverá o juiz acolher ou rejeitar o incidente, no prazo de dez dias, por força do que dispõe o Art. 189, inciso II, do CPC.

O momento final do procedimento acima proposto é a decisão judicial que acolhe ou rejeita o incidente. Aqui duas possibilidades se apresentam para o juiz: a) acolhe o incidente e, conseqüentemente, tranca o andamento da execução; ou, b) rejeita o incidente e determina o normal prosseguimento da execução. Acolhida a tese constante do incidente, a decisão proferida tem a natureza jurídica de sentença, já que põe termo ao processo de execução, dela cabendo o recurso de apelação.

Na segunda hipótese, por sua vez, a decisão que rejeita o incidente equívale a decisão que resolve questão incidente no processo de conhecimento e, portanto, passível de impugnação mediante agravo. Repita-se, porém, que o agravo aqui deve seguir a modalidade por instrumento, já que o recurso de agravo retido torna-se praticamente ineficaz no processo de execução, já que a sentença que põe termo a tal processo, em regra, é proferida quando satisfeita a obrigação.

Por fim, observa-se que o incidente continua a ter utilidade tanto na execução de título extrajudicial, quanto no cumprimento da sentença, já que pode veicular matéria de ordem pública, que poderá ser alegada em qualquer momento e grau de jurisdição, mesmo após o oferecimento de embargos ou de impugnação, se estas não conheceram e decidiram a questão.

#### 4.4. AÇÕES AUTÔNOMAS

##### 4.4.1. Ação declaratória

Vimos, acima, que o executado, embora tenha como forma usual para defender seus direitos na execução os embargos ou o cumprimento da sentença, também pode lançar mão do incidente de pré-executividade em situações nas quais a cognição exauriente pode ser realizada de plano pelo juiz. Estas três vias, entretanto, não são as únicas formas de defesa em face do processo de execução, já que o executado também pode fazer uso de ação com eficácia declaratória com a finalidade de discutir a obrigação contida no título.

A tal respeito, antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil, quando ainda não havia se consumado a unificação das vias executivas, observava **Ada**

**Pelegrine Grinover**<sup>26</sup> a natureza declaratória incidental dos embargos ofertados na ação executória, o que também ocorria na fase de conhecimento da ação executiva, embora sem caráter nitidamente incidental.

Tal declaração, que dizia respeito ao conteúdo do título, além de poder ocorrer como parte da eficácia da decisão proferida nos embargos, pode ser obtida, no sistema atual, através de ação declaratória. Nesse sentido a afirmação de **João Batista Lopes** que, indicando o posicionamento da doutrina e da jurisprudência a respeito do tema, sustenta que *“a existência, ou inexistência, de relação cambiária podem ser objeto de ação declaratória, presente o disposto no art. 4º, I, do CPC, em que se alude, genericamente, a relação jurídica.”*<sup>27</sup>

Já tivemos oportunidade, outrossim, de analisar a relação de conexão existente a execução e ação declaratória de nulidade de título cambial, ocasião em que dissemos que *“...pode ocorrer, sendo até mesmo comum, que concomitantemente à propositura da execução pelo credor, o devedor ajuíze uma ação objetivando a declaração de nulidade do título, visando a eximir-se da obrigação. Tanto a execução quanto a ação de conhecimento têm origem na mesma relação jurídica de direito material, existindo conexão entre elas. O título é representativo de uma dívida líquida e certa que tem o devedor para com o credor, sendo que sua anulação estará, fatalmente, fundada no mesmo conflito de interesses que alberga a necessidade de execução do título.”*<sup>28</sup>

Ora, quando o executado propõe ação cautelar de sustação de protesto e, no prazo legal, ação declaratória de inexistência de relação cambial, ambas devem ser apensadas, devido a conexão com a execução proposta e, eventualmente, com seus embargos ou impugnação, podendo o juiz proferir uma única decisão que resolva todos os feitos.

O problema a ser resolvido, porém, diz respeito a identidade ou não de conteúdo entre a ação declaratória e os embargos, bem como ao momento da sua propositura.

Nesse passo, quatro hipóteses podem ser inicialmente ventiladas: 1) a matéria veiculada na ação declaratória é idêntica à matéria dos embargos; 2) a matéria veiculada na ação declaratória é abrangida pela matéria veiculada nos embargos; 3) a matéria veiculada na ação declaratória abrange a matéria dos embargos; e, 4) a matéria veiculada na ação declaratória é absolutamente diversa da matéria dos embargos.

Na primeira situação estamos diante do fenômeno da litispendência entre as ações, que deve ser observado sob dois aspectos, levando-se em conta qual das duas

26 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental*. São Paulo: RT, 1972. p. 101.

27 LOPES, João Batista. *Ação declaratória*. São Paulo: RT, 1982. p. 43-48.

28 OLIVEIRA NETO, Olavo. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: RT, 1994. p. 93-94.

ações foi proposta anteriormente. Se a ação declaratória for a anterior, não deve o juiz aplicar a regra da anterioridade para extinguir a segunda ação em face da existência de pressuposto processual negativo, nos termos do Art. 267, V, do CPC, mas sim observar a regra da especialidade relativa aos embargos. Se este é o meio natural de defesa do executado na execução e os outros são meios supletivos das falhas existentes no sistema, então, havendo o remédio processual específico, outro não deve ser utilizado, sob pena de se atuar contra o sistema jurídico. Logicamente, diante do princípio da instrumentalidade e diante da admissão da prova emprestada pelo sistema, nada impede que os atos processuais praticados durante a instrução da declaratória sejam aproveitados nos embargos. Se a ação declaratória é posterior aos embargos, todavia, então deve esta ser extinta, com fulcro no dispositivo acima mencionado, reconhecendo-se a existência do pressuposto processual negativo.

Na segunda hipótese, estamos diante do fenômeno conhecido por litispendência parcial ou continência. Aqui, por força do regime jurídico dado pelo CPC a continência, assimilando-a a conexão, deve ocorrer o julgamento conjunto dos embargos e da ação declaratória, independentemente do fato da ação que foi proposta anteriormente.

Já na terceira hipótese, onde a matéria veiculada na ação declaratória abrange a matéria conteúdo dos embargos, também se verifica a ocorrência de duas situações. Se a declaratória é proposta anteriormente aos embargos, então as causas devem ser reunidas e ter julgamento conjunto. Porém, se a declaratória é proposta após os embargos, surge questão de difícil solução, onde podemos aduzir duas soluções. A primeira permitindo que a ação declaratória siga como ação autônoma, independentemente da execução, já que não se pode impedir o exercício do direito de ação. Uma segunda solução, todavia, seria no sentido de extinguir a ação declaratória. Isso porque, permitir o prosseguimento desta ação seria permitir, em última análise, que o executado desrespeitasse o sistema de defesa na execução forçada.

Ora, se o executado deixa transcorrer *in albis* o prazo para oferecimento de embargos, a permissão para que discuta posteriormente, em ação declaratória, a não existência dá relação jurídica contida no título, seria, em última análise, aniquilar o prazo para a propositura de embargos, desvirtuando a finalidade do sistema legal. O único ônus que teria o executado ao praticar tal conduta seria o fato de que a execução não seria suspensa, por força do imperativo constante do art. 585, § 1º, do CPC; isso para aqueles que admitem que a estrutura “... não inibe o credor de promover-lhe a execução.” também implica em suspensão do andamento da execução e não apenas na vedação da não propositura de outras ações.

O mesmo se daria quando o executado ‘esquecer’ de alegar qualquer fato nos embargos. Poderia, então, propor ação declaratória veiculando a matéria que não constou dos embargos, em nítido desrespeito ao princípio eventualidade, que se estende aos embargos, em face do seu caráter de defesa, embora com natureza jurídica de ação.

Como já tivemos a oportunidade de salientar, infelizmente, “*decorrido in albis o prazo para o oferecimento de embargos, embora preclusa a faculdade de ofertá-los, não ficará o devedor impedido de propor a ação anulatória do título, já que nada obsta que proceda desta forma. Em que pese a sua inércia na ação de execução, não há impedimento legal para que ajuíze a anulatória, já que a preclusão não projeta seus efeitos para fora do processo e não se confunde com a prescrição da ação. ... Diante disso, não seria um despropósito sugerir, de lege ferenda, que fosse elaborado preceito com o fim de coibir a prática do procedimento acima anotado, pois um executado poderia dele se utilizar apenas com a finalidade de protelar o desfecho da execução.*”<sup>29</sup>

Na última hipótese, embora a matéria da ação declaratória seja diversa da matéria dos embargos, ambas se fundam, necessariamente, na mesma relação jurídica de direito material. Por isso existe relação de conexidade entre as causas, embora não a conexão vista sob o enfoque da teoria tradicional, na forma do Art. 103, do CPC. A reunião de ambas, destarte, para julgamento conjunto, é de rigor, quando a declaratória é proposta anteriormente. Se proposta depois, então aplica-se o mesmo que foi dito no que toca a infringência do princípio da eventualidade, mas não se pode impedir a propositura de ação declaratória autônoma.

O mesmo aconteceria, *mutatis mutandi*, quanto a impugnação ao cumprimento da sentença, respeitada a sua natureza de incidente processual.

Em resumo, pois, desde que observados os parâmetros acima delineados, nada impede a propositura de ação declaratória, mesmo concomitante aos embargos ou ao cumprimento da sentença, para discussão da relação jurídica contida no título. Esta, porém, não suspende o curso da execução ou do cumprimento, que seguem na forma definitiva.

#### 4.4.2. Mandado de segurança

Questão que gerou polêmica outrora, hoje não mais se discute se é viável a impetração de mandado de segurança contra ato judicial. Tanto a doutrina, quanto a

29 OLIVEIRA NETO. *Conexão ...*, p.94.

jurisprudência, estão pacificadas no sentido de que é cabível o *mandamus* para corrigir ilegalidade emanada de ato jurisdicional ou administrativo praticado pelo Juiz.

Nesse sentido, aliás, a esclarecedora lição de **Hely Lopes Meirelles**, que ensina: “Atualmente é pacífico o entendimento de que os atos judiciais - acórdão, sentença ou despacho - configuram atos de autoridade, passíveis de mandado de segurança, desde que ofensivos de direito líquido e certo do impetrante, como também os atos administrativos praticados por magistrados no desempenho de funções de administração da justiça sujeitam-se à correção por via do *mandamus*.”

De tal lição não difere o posicionamento de **Teresa Arruda Alvim**,<sup>30</sup> que diz: “O cabimento do mandado de segurança contra ato judicial justifica-se principalmente se se encara o Direito Positivo como um todo, que tem seu funcionamento regrado às vezes mais de perto, às vezes mais a distância, mas sempre, em última análise, pela supremacia do Direito Constitucional.”<sup>31</sup>

Sabemos, outrossim, que a impetração de mandado de segurança contra ato jurisdicional, embora pacífica, está condicionada a certos requisitos, que também já estão delimitados. Por isso o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 267, cujo teor é o seguinte: “*Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correção.*”. Após a edição da Súmula, entretanto, o próprio Supremo Tribunal Federal tem abrandado seu rigor decidindo que, embora cabível recurso sem efeito suspensivo, é viável a impetração do *mandamus* se a parte puder sofrer dano de difícil reparação.<sup>32</sup>

De qualquer modo, interpretando de forma contrária o teor da Súmula, podemos concluir que o mandado de segurança é cabível contra as decisões judiciais que não são impugnáveis mediante recurso ou correção, bem como das decisões que não admitem recurso com efeito suspensivo e podem causar dano de difícil reparação.

No que toca ao cabimento do mandado de segurança no processo de execução, **Araken de Assis**, após indicar decisão proferida pelo STJ, sustenta, referindo-se aos embargos, que “*trata-se de remédio processual específico de oposição à execução, consoante reza o art. 736, insubstituível por outro, como o mandado de segurança, esclareceu a 3ª Turma do STJ.*”<sup>33</sup> Em outros termos, para o autor, o mandado de segurança não pode substituir os embargos, já que este é o meio natural de defesa do executado no processo de execução.

30 ARRUDA ALVIM, Teresa. *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1989. p. 62.

31 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ação popular*. 10ª ed. São Paulo: RT, 1985. p. 09

32 RT 503/222, 521/270 e 592/257.

33 ASSIS, p. 928.

Embora seja questionável tal posição, já que existem aqueles que sustentam que o mandado de segurança seria cabível em quaisquer situações, não vemos óbice algum em elencar o mandado de segurança como medida apta a complementar os meios de defesa no devedor na execução, ao lado de todos os outros remédios acima citados. Negar a possibilidade de sua aplicação aprioristicamente, nos parece, seria ir contra a própria finalidade do *mandamus*, que visa, mediante tutela urgente de cognição exauriente, evitar dano decorrente de ato ilegal de autoridade. Em suma, pois, que não havendo outra forma de defesa para o executado, pode este se valer do mandado de segurança para atacar ato executivo ilegal que venha a ferir direito líquido e certo.

## CONCLUSÕES

01. Sob a égide do CPC de 1939, a execução contra o devedor solvente procedia-se de duas maneiras específicas, conforme a natureza do título. Tratando-se de sentença promovia-se a ação executória, com a defesa efetivada mediante a utilização de embargos. Tratando-se de uma das hipóteses previstas em lei, como no caso dos títulos extrajudiciais, promovia-se a ação executiva, com a defesa efetivada mediante contestação.
02. A única forma possível para o executado efetivar sua defesa, segundo a diretriz original do CPC de 1973, deveria ser mediante a interposição de embargos, após a segurança do juízo.
03. Assim como aconteceu com todos os segmentos do processo civil, também a estrutura e a técnica do processo de execução passaram a ser revisitados, com a finalidade de que fosse dada aos seus institutos um perfil mais adequado a nova ideologia existente, fundada nos princípios do acesso à Justiça, efetividade e instrumentalidade.
04. Com a efetiva inclusão dos direitos fundamentais em nossa ordem constitucional, a Constituição de 1988, se comparada com as anteriores, acabou por importar para seu interior normas das diversas disciplinas jurídicas, inclusive aquelas atinentes ao direito processual civil (v.g., ampla defesa, contraditório, fundamentação das decisões judiciais); fazendo com que toda a legislação infraconstitucional deva ser analisada sob a ótica daquilo que se encontra disciplinado na lei de maior hierarquia.
05. Destarte, pois, sob esses novos prismas, relativos a reforma ideológica do processo civil e da constitucionalização de normas atinentes ao processo é

que os doutrinadores passaram a reconstruir o direito processual civil, o que deu ensejo a inúmeras reformas legislativas até hoje experimentadas.

06. A evolução do processo civil demonstrou que os embargos, como único meio de defesa em face do processo de execução, devido a sua cognição parcial, não é suficiente para atender ao Princípio da Ampla defesa, havendo necessidade de dotar o executado de outras vias aptas a efetivar sua pretensão.
07. Embora a Lei nº 11.232/05 tenha revogado as normas que disciplinavam os embargos à execução fundada em título judicial, substituindo tal forma de execução pelo cumprimento da sentença e a defesa prevista como normal a impugnação ao cumprimento da sentença, os embargos à execução por título extrajudicial, até que seja aprovado o projeto que dá novo perfil a este tipo de execução, continuam a ser a forma natural de defesa em face do processo de execução.
08. O meio usual para que o executado efetive sua defesa no cumprimento da sentença é um novo instituto denominado impugnação, previsto nos artigos 475-L e 475-M. Sua natureza jurídica é de incidente processual, sendo que seu recebimento não importa, em regra, na suspensão do curso do cumprimento da sentença.
09. O prazo para interposição e resposta da impugnação, nos termos do Art. 475-J, § 1º, é de quinze dias, seguindo-se o procedimento dos atuais embargos, que não se apresenta incompatível com o cumprimento da sentença, devendo o juiz decidir de plano ou, se houver necessidade de produção de provas, marcar audiência de instrução e julgamento.
10. O Art. 475-L, § 2º, do CPC trás para o cumprimento da sentença importante requisito, que consiste na necessidade do impugnante indicar, quando alegar excesso de execução, qual o valor que entende ser efetivamente devido. Tal providência, que já era prevista para o caso em que o réu, em contestação ofertada em ação de consignação em pagamento, alega que o depósito não é integral (Art. 896, parágrafo único), impede que o executado ofereça impugnação de forma genérica, o que não é permitido em face do princípio do ônus da impugnação específica dos fatos; mas que não é situação incomum no dia a dia forense. Com isso, pois, a indicação do valor que o impugnante entende devido seria condição preparatória para que tal argumento pudesse ser utilizado, permitindo ao juiz, na sua ausência, rejeitar de plano a impugnação ofertada.

11. Efetivada a penhora poderá o juiz atribuir a impugnação efeito suspensivo do cumprimento da sentença, nos termos do Art. 475-M, do CPC, “... desde que relevantes seus fundamentos e o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.” Neste caso inverte-se o ônus da prova, cabendo ao executado, para obter o efeito suspensivo, formular o pedido e provar a possibilidade do dano e a sua qualificação.
12. O incidente de pré-executividade, que tem por finalidade levar ao juiz conhecimento de matéria que, de plano, pode ser decidida, seja ela relativa a admissibilidade, seja ela relativa ao mérito da execução, continua a ter utilidade tanto na execução de título extrajudicial, quanto no cumprimento da sentença, seja antes da interposição de embargos ou de impugnação, seja após o oferecimento destes, aqui quando veicula matéria de ordem pública, que poderá ser alegada em qualquer momento e grau de jurisdição.
13. Embora o executado tenha como forma usual para defender seus direitos na execução os embargos ou o cumprimento da sentença, também pode lançar mão do incidente de pré-executividade em situações nas quais a cognição exauriente pode ser realizada de plano pelo juiz. Estas três vias, entretanto, não são as únicas formas de defesa em face do processo de execução, já que o executado também pode fazer uso de ação com eficácia declaratória com a finalidade de discutir a obrigação contida no título ou de mandado de segurança, quando houver manifesta ilegalidade no ato praticado.

## REFERÊNCIAS

- AMERICANO, Jorge. Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1941. 2º v..
- ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ARRUDA ALVIM, Teresa. *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial.* 3ª ed. São Paulo: RT, 1989.
- ASSIS, Araken. Manual do processo de execução. São Paulo: RT.
- \_\_\_\_\_. Cumprimento da sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1977. p. 13.
- BUENO, Cássio Scarpinella. A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUZAID, Alfredo. Exposição de motivos do Código de Processo Civil. Anexo introdutório à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de Derecho Procesal*. Buenos Aires: EJE, 1952. v. II.

CARVALHO SANTOS, J. M. *Código de Processo Civil Interpretado*. 6ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1964. v. IV.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Execução civil*. São Paulo: Malheiros.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental*. São Paulo: RT, 1972.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Forçada*. São Paulo: RT, 1995.

\_\_\_\_\_ *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947.

\_\_\_\_\_ *Processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1946.

LOBO DA COSTA, Moacir. *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura*. São Paulo: RT, 1970.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_ *Ação declaratória*. São Paulo: RT, 1982. p. 43-48.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à execução*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT, 1992.

MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas*. São Paulo: RT, 2002.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: princípios fundamentais*. São Paulo: RT, 2002.

MEDINA, Paulo Roberto Gouveia. *Direito Processual Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ação popular*. 10ª ed. São Paulo: RT, 1985.

NEVES, Celso. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *A Nova Execução*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: RT, 1994.

\_\_\_\_\_ *Liquidação da sentença*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

\_\_\_\_\_ *Breve notícia histórica sobre a execução*, in *Genesis* nº 12.

\_\_\_\_\_ *A defesa do executado e dos terceiros no processo de execução*. São Paulo: RT, 2000.

\_\_\_\_\_. *Novas perspectivas da execução civil*, in *Execução no processo civil – Novidades e Tendências*. Coord. Sergio Shimura. São Paulo: Método, 2005.

\_\_\_\_\_. *A defesa dos terceiros na execução forçada*, in *Aspectos polêmicos e atuais sobre terceiros no processo civil*. Coord. Fredie Didier Jr e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2004.

\_\_\_\_\_. *O reconhecimento judicial da fraude de execução*. In *Execução Civil – Aspectos polêmicos*. Coord. João Batista Lopes e Leonardo José Carneiro da Cunha. São Paulo: Dialética, 2005.

\_\_\_\_\_. *O novo perfil da liquidação de sentença*, in *Processo de execução civil – Modificações da Lei nº 11.232/05*. Coord. Paulo Hoffman e Leonardo Ferres da Silva Ribeiro. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PABST, Haroldo. *Natureza jurídica dos embargos do devedor*. São Paulo: RT, 1986. p.137.

PACHECO, José da Silva. *Tratado das execuções - Ações executivas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1947. v. III, Tomo 1º.

SOUZA, Orlando de. *Execuções de sentença*. 2ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1966.

SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense.

\_\_\_\_\_. *A execução da sentença e a garantia do devido processo legal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

\_\_\_\_\_. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel García. *Breves comentários à nova sistemática procesual civil*. São Paulo: RT, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Título executivo e liquidação*. São Paulo: RT, 1999.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: CEBEPEJ, 1999.



# AS CONDIÇÕES DA PESQUISA CIENTÍFICA EM DIREITO PENAL

RICARDO DE BRITO A. P. FREITAS\*

## RESUMO

Pretende-se neste ensaio demonstrar que a pesquisa em direito penal pode se revestir de características assemelhadas à da pesquisa científica, desde que observados certos pressupostos capazes de conferir legitimidade a este tipo de investigação teórica.

Palavras-chave: Ciência do Direito Penal. Cientificidade. Modelo Teórico. Método. Objeto. Fins do Conhecimento Científico. Neutralidade. Objetividade. Imparcialidade. Doutrina. Jurisprudência. Interdisciplinaridade. Método Comparado.

Todo trabalho científico pressupõe sempre a validade das regras da lógica e da metodologia, que constituem os fundamentos gerais de nossa orientação no mundo.<sup>1</sup>

---

\* Professor da cadeira História das Idéias Penais no Programa de Pós-Graduação em Direito (Doutorado e Mestrado) da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor Adjunto de Direito Penal da Universidade Federal de Pernambuco. Professor de Direito Penal da Faculdade Damas. Doutor em Direito. Procurador da Justiça Militar.

1 WEBER, Max. *Ciência e política*: duas vocações. São Paulo: Cultrix, 2005, p.36.

## INTRODUÇÃO

A dogmática penal não é um saber como os outros, o que certamente explica o fato de que apenas os estudiosos do direito a considerem uma ciência. É realmente difícil não apenas para os cientistas das ciências da natureza, mas também para os cientistas sociais, identificar a dogmática penal como algo mais que um simples conjunto de prescrições subjetivas formuladas com base em preconceitos políticos e ideológicos de toda espécie. Infelizmente, os denominados cientistas do direito penal pouco fazem de construtivo para alterar esta percepção. O estudioso do direito penal é um pesquisador que, desde a graduação nas faculdades de direito, acomodou-se a uma tradição em pesquisa que desfavorece o entendimento de que a dogmática penal pode vir a ser considerada, senão um saber verdadeiramente científico, pelo menos muito próximo disto.

Pretende-se, neste ensaio, estabelecer algumas condições reputadas como essenciais para que a pesquisa em direito penal possa ser considerada minimamente científica. Esta pretensão não se explica em razão de inquietações porventura existentes no tocante ao prestígio do direito penal no universo das ciências, mas sim em face da necessidade de se produzir conhecimento mais confiável, mais objetivo, mais preciso, em poucas palavras: mais útil aos fins práticos perseguidos pela ciência do direito penal.

Naturalmente, a pesquisa dogmática não é a única que se interessa pelo direito, ou seja, que tem o direito ou mesmo o fenômeno jurídico como objeto. A ciência penal ou dogmática penal é apenas uma das maneiras possíveis de se estudar o delito, dedicando-se a investigá-lo na sua dimensão propriamente jurídica. Ao seu lado, outras disciplinas não dogmáticas estão voltadas para o estudo do crime e das leis penais a partir de um outro enfoque, como por exemplo, a sociologia criminal, a história do direito penal, a filosofia penal, dentre outras. Porém, este ensaio é dedicado com exclusividade à reflexão sobre as condições da pesquisa científica em direito penal, isto é, as condições da pesquisa dogmática em matéria penal. Ressalte-se, desde logo, que a pesquisa dogmática não dispensa o enfoque político-criminal. Dogmática e política criminal são saberes que se encontram entrelaçados. A ciência do direito penal está inevitavelmente invadida pela política criminal, na medida em que as normas penais, objeto da disciplina, são expressão das opções político-criminais do legislador. Por outro lado, afirmar a possibilidade de pesquisas em torno do problema penal no âmbito de disciplinas não dogmáticas, não implica em considerar indesejável a existência de pesquisas interdisciplinares. O problema penal pode ser encarado sob diversos e variados ângulos correspondentes a cada saber particular, porém, eles podem e devem se articular em torno do objeto material comum representado pelo crime.

A formulação da doutrina não é a única tarefa do estudioso do direito penal, competindo-lhe contribuir na medida de sua capacidade para o avanço metodológico da disciplina e este texto se insere nesta linha de preocupação. Desde logo, registre-se que esta reflexão não é científica ela mesma, na medida em que apresenta uma preocupação predominantemente prescritiva.

O ensaio inicia-se com o exame da discussão sobre a cientificidade da ciência do direito penal. Em seguida, são abordadas as características peculiares deste saber partindo de uma investigação cuja perspectiva é histórica. Em um terceiro momento procura-se analisar e comparar os modelos peculiares das ciências sociais e da ciência jurídico-penal no que diz respeito ao seu método, ao seu objeto e aos seus fins. Por fim, busca-se sugerir algumas condições necessárias à pesquisa científica em direito penal, de modo a adequar a disciplina às exigências metodológicas comuns à generalidade das ciências.

## 1. A CIENTIFICIDADE DA CIÊNCIA DO DIREITO PENAL

Afirma-se que a sistematicidade é a qualidade que confere caráter científico ao pensamento dogmático.<sup>2</sup> A ciência do direito penal (dogmática penal) seria científica porque reuniria certos conhecimentos sistematizados mediante a utilização de metodologia própria da disciplina. Estaria na peculiaridade do método o principal elemento de caracterização da ciência do direito penal, da mesma forma, aliás, de toda e qualquer disciplina científica. De fato, segundo os estudiosos do problema, “é como maneira de visar seus objetos que o pensamento científico se diferencia essencialmente de qualquer outra espécie de conhecimento”.<sup>3</sup> Assim, por possuir método próprio e por sistematizar o conhecimento produzido a partir do método, a dogmática penal seria, por assim dizer, uma verdadeira ciência.<sup>4</sup>

2 Neste sentido: FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1988, p.13.

3 GRANGER, Gilles-Gaston. *A ciência e as ciências*. São Paulo: Unesp, 1994, p.45.

4 O termo “método” é polissêmico. Pode significar um conjunto de técnicas de investigação colocadas à disposição do pesquisador. Nesta acepção, funciona como um manual de instruções para viabilizar a coleta de dados na pesquisa empírica. Num segundo sentido, refere-se a uma determinada orientação teórica conferida ao trabalho científico. Com este significado, o método não é simplesmente a maneira pela qual os dados são coletados ou os diversos procedimentos de investigação, mas sim uma “perspectiva de conhecimento e explicação”, vinculando-se à teoria. Cf. MEIER, Robert F. An introduction to theoretical methods in criminology. In *Theoretical Methods in criminology*. Beverly Hills: Sage Publications, 1985, p.11-19, p.11. Neste ensaio, o termo “método” é utilizado com este último significado, isto é, como um “conjunto de princípios de avaliação de evidência, cânones para julgar a adequação das explicações propostas, critérios para selecionar hipóteses”

Esta noção, entretanto, embora costumeiramente aceita pelos cientistas do direito penal, pode ser considerada insuficiente não só por aqueles que encaram o problema da cientificidade do conhecimento a partir do modelo das ciências da natureza, como também pelos que o fazem com base nas exigências de caráter epistemológico comuns às ciências sociais em geral.

Questiona-se a cientificidade da ciência do direito penal, em primeiro lugar, em razão de seus enunciados não serem suscetíveis à verificação ou à refutação, ao contrário do que ocorre com as ciências empíricas. Por força desta característica, os enunciados da ciência penal são insuscetíveis de comprovação, contrariando-se, assim, um postulado corrente do conhecimento científico. Trata-se, decerto, de uma característica contrária à concepção de ciência positivista tributária do paradigma causal-explicativo.<sup>5</sup>

De acordo com o modelo teórico das ciências da natureza, posteriormente transplantado às ciências sociais, para que o conhecimento humano possa superar a limitada dimensão do senso comum faz-se necessário que exista um método capaz de assegurar a observação rigorosa dos fenômenos investigados, e este método é o experimental.<sup>6</sup> Por intermédio da experimentação, o cientista desvenda regularidades, matematicamente medidas e quantificadas. As regularidades, por seu turno, permitem a elaboração de leis científicas que viabilizam a constatação do caráter necessário de determinados fenômenos considerando-se a presença de certas causas. Assim, as leis científicas visam revelar quais as causas aptas a produzir determinados efeitos. A causalidade característica do modelo teórico das ciências naturais implica, basicamente, no reconhecimento da existência de um nexó necessário entre um fator condicionante e um fator condicionado. A produção do evento é previsível por intermédio da experimentação, método que comprova a sua regularidade, uniformidade e constância. Em termos esquemáticos, a causalidade se expressa desta forma: “Supõe-se, então, uma dependência entre o fenômeno A que explica o fenômeno B, tal que suas variações são

---

e não simplesmente como instrumentos (técnicas) de investigação científica. Cf. FERRAZ, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1988, p.11.

5 Para alguns, paradigma é o “conjunto de idéias aprovadas e sustentadas por uma geração ou um grupo coerente de cientistas contemporâneos”. PÉREZ TAMAYO, Ruy. *Existe el método científico?* história e realidade. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p.232. Para outros, é um “conjunto de regras e representações mentais e culturais ligadas ao surgimento de uma disciplina científica”. FOUREZ, Gerard. *A construção das ciências: introdução à filosofia e a ética das ciências*. São Paulo: Unesp, 1995, p.117.

6 Para aqueles que definem por científico apenas o conhecimento obtido por intermédio do método experimental, todo o restante se situa no âmbito do saber vulgar, da simples opinião variável e arbitrária. Trata-se de uma concepção de ciência que desqualifica o conhecimento produzido “fora do laboratório”. STENGER, Isabelle. *A invenção das ciências modernas*. São Paulo: editora 34, 2002, p.158-159.

concomitantes e que não se pode ter B sem A”.<sup>7</sup> A natureza teórica do conhecimento científico segundo este paradigma seria o seguinte: a ciência é o “conhecimento causal que aspira à formulação de leis, à luz de regularidades observadas, com vistas a prever o comportamento futuro dos fenômenos”.<sup>8</sup> Segundo este paradigma, portanto, a formulação de leis é tarefa central de toda e qualquer ciência.

Quando nos deparamos com o modelo teórico positivista-naturalista cujos traços essenciais são descritos no parágrafo anterior, podemos concluir que o cientista do direito penal não produz conhecimento exatamente nos moldes do referido paradigma. De fato, uma concepção positivista-naturalista de ciência torna difícil a admissão da dogmática penal como produtora de verdadeiro saber científico. Segundo este modelo teórico, como visto anteriormente, o método há de ser o empírico e, se possível, o experimental, preferido das ciências da natureza. A atividade científica baseia-se na observação rigorosa dos fatos objetos da investigação. Desse modo, apenas os fatos passíveis de observação empírica podem ser objeto da ciência, exceto os relativos à lógica e à matemática. Por outro lado, a concepção positivista da ciência exige que os fatos investigados sejam objeto de explicação. No âmbito das ciências sociais admite-se que os fatos sociais sejam compreendidos e não propriamente explicados, na medida em que precisam ser submetidos a uma valoração. O método causal-explicativo das ciências naturais corresponderia, assim, ao método compreensivo das ciências sociais (ciências culturais). Tanto numa como noutra hipótese, o saber científico não admite a possibilidade de formulação dos enunciados prescritivos característicos da dogmática penal.

De fato, o método experimental não tem lugar na ciência penal. O método dogmático é bastante diverso do método das demais ciências, inclusive das ciências sociais. O cientista do direito penal realmente não se limita a explicar ou a tornar possível a compreensão dos problemas que investiga, mas vai além, posicionando-se em relação a eles, decidindo por entre uma ou outra possibilidade com a intenção de proporcionar orientação prática ao profissional do direito penal. O fato do cientista do direito penal não se limitar simplesmente a conhecer o direito penal objetivo e a submetê-lo à análise, deixando de produzir, assim, conhecimento desinteressado, como supostamente agiria o físico, o químico ou mesmo o sociólogo positivista, acarreta a negação, por parte de alguns, de que sua atividade é científica. O cientista do direito penal não explica a ocorrência de um certo fenômeno, mas analisa a norma penal e prescreve uma solução visando à solução de uma questão de índole prática. Por exemplo: o dogmático examina no que consiste a conduta tipificada no

7 GRANGER, Gilles-Gaston. *A ciência e as ciências*. São Paulo: Unesp, 1994, p.90.

8 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. Porto: Afrontamento, 2002, p.16.

artigo 147, do Código Penal (crime de ameaça), porém, ele não se limita a descrever a conduta típica para dizer no que ela consiste ou apontar as divergências doutrinárias existentes a seu respeito, mas se posiciona e recomenda uma dada orientação. O cientista do direito penal pretende alcançar uma conclusão fundamentada acerca da possibilidade da cólera ou estado de embriaguez do agente afastar o caráter delituoso de sua conduta com o objetivo de orientar o profissional do direito no exercício de sua atividade de natureza técnica, vai indicar a melhor solução para o problema concreto que ele possa vir a enfrentar na prática. Diferentemente das ciências em geral, a ciência jurídico-penal é um saber dogmático. Ela não se confunde com as ciências empíricas, sejam elas puras ou aplicadas, na medida em que, ao contrário destas, persegue fins eminentemente práticos. Mesmo os dogmáticos reconhecem esta característica do saber penal pois, para eles, a ciência jurídico-penal tem por missão “satisfazer as necessidades da administração da justiça”, ou seja, esta disciplina pretende-se valiosa por servir de maneira eficiente à finalidade de aplicação do direito, muito embora conservando uma dimensão teórica.<sup>9</sup> Tal missão específica impôs ao direito penal uma metodologia denominada tradicionalista por alguns, cuja pretensão é a de “alcançar não só uma aproximação esclarecedora dos problemas que coloca a interpretação e a aplicação do direito, mas também, sobretudo, elaborar um instrumento, uma técnica segura que garantisse soluções concretas e justas”.<sup>10</sup>

Também se questiona a cientificidade da ciência do direito penal em razão da mutabilidade de seu objeto.<sup>11</sup> A norma penal é recriada freqüentemente, assim, as transformações produzidas no âmbito do direito penal positivo produziriam uma insuportável inconstância do objeto da ciência penal, o que seria incompatível com uma disciplina verdadeiramente científica.<sup>12</sup>

9 Neste sentido: MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, p.25. BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal: parte general*. Bogotá: Temis, 1996, p.19. Em sentido contrário, afirmando o caráter eminentemente teórico da ciência do direito penal, embora aplicado à prática: GRISPIGNI, Filippo. *Corso di diritto penale: introduzione*. Padova: CEDAM, 1932, p.7.

10 PETEV, Valentin. *Metodología y ciencia jurídica en el umbral del siglo XXI*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p.16.

11 O objeto de uma disciplina científica pode ser entendido como “aquilo sobre eu incide a observação científica, a própria matéria da investigação”. CARBONNIER, Jean. *Sociologia jurídica*. Coimbra: Livraria Almedina, 1979, p.161.

12 Na verdade, a mutabilidade do objeto da ciência penal só existe caso se considere um dado ordenamento jurídico-penal em particular, pois a norma em si mesma continua a se constituir no objeto formal da disciplina, não obstante as transformações ocorridas com o seu conteúdo. As modificações que freqüentemente ocorrem no interior do direito penal em nada alteram o fato de que a norma, seja qual for o seu conteúdo, continua a ser o objeto formal disciplina. Os fatos sociais também se sucedem e nem por isso pode-se dizer que as ciências sociais não sejam verdadeiramente ciências. Por outro lado, por significativas que as mutações no direito penal positivo aparentem ser, elas serão, na realidade, sempre secundárias, uma vez que não atin-

Crítica-se ainda a ausência de objetividade e neutralidade axiológica do cientista do direito penal. O dogmático se deixaria influenciar por suas preferências pessoais, por suas crenças, por suas posições políticas, enfim. Ele não agiria como um verdadeiro pesquisador, como o cientista que se despe de preconceitos ao realizar a investigação científica. Por exemplo, diante da questão da eutanásia, o dogmático não se limita a encará-la com a necessária isenção, mas se posiciona diante do problema, colocando-se contra ou a favor da descriminalização da conduta daquele que a pratica.

As objeções ao caráter científico do saber penal, com exceção daquela referente à suposta inconstância de seu objeto, representam de fato um considerável empecilho à pesquisa científica em direito penal, ainda quando pareçam excessivas e injustas. A questão que se coloca é a seguinte: é possível existir um efetivo conhecimento cientificamente fundado em direito penal? Neste caso, quais seriam as condições para a pesquisa científica? Os capítulos posteriores pretendem dar uma resposta satisfatória a estas indagações através de certas orientações que nos parecem relevantes.

## 2. A PECULIAR NATUREZA DO CONHECIMENTO PENAL

A cientificidade do conhecimento em direito penal não esteve entre as preocupações dos estudiosos deste ramo do direito até meados do século XIX. Nesse período, uma violenta reação empreendida contra a filosofia (metafísica) penal procurou reafirmar a cientificidade do saber penal numa dimensão totalizadora que acabou por destruir a autonomia científica da disciplina. Visando à superação da situação existente, produziu-se um dos primeiros esforços consistentes no sentido de reafirmar a autonomia metodológica do saber penal, tendo sido o tecnicismo-jurídico que, na Itália, se encarregou da tarefa sob a inspiração do positivismo jurídico-penal alemão que teve em Binding seu máximo representante.<sup>13</sup>

A proposta teórica do tecnicismo jurídico pretendeu dotar a ciência penal de método, objeto e missão distintos daqueles característicos das demais ciências criminais não dogmáticas. Para os adeptos desta corrente do pensamento jurídico-penal, tratava-se, em suma, de resistir aos esforços empreendidos pelo positivismo naturalista de reduzir a ciência criminal a uma disciplina empírica de natureza am-

---

gem a parte mais essencial do ordenamento jurídico-penal, que seriam os seus princípios e os seus conceitos fundamentais. Neste sentido: HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*. Madrid: Civitas, 1976, p.18.

13 Mesmo os dogmáticos contemporâneos consideram ser mérito definitivo do tecnicismo jurídico-penal a fixação de um método próprio, o que teria conferido à disciplina um rigor científico até então inexistente. Cf. MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale: parte generale*. Padova: CEDAM, 2001, p.29.

pla e totalizadora capaz de diluir em seu interior a especificidade do conhecimento dogmático. Assim, para o tecnicismo-jurídico seria indispensável uma perfeita individualização de cada uma das ciências criminais de maneira a separar, por exemplo, a ciência jurídico-penal da sociologia, da psicologia ou da antropologia criminais.<sup>14</sup> Pretendeu-se definir exatamente no que consistiria não apenas o seu método, mas também o seu objeto, seus princípios, seu perfil teórico e suas finalidades práticas. A tarefa a qual se dedicaram os primeiros dogmáticos consistiu, então, em desvincular a ciência do direito penal da dupla tradição representada, de um lado, pelo positivismo naturalista; de outro, pelo classicismo, corrente doutrinária impregnada pela filosofia do jusnaturalismo. O tecnicismo jurídico acusou os adeptos do classicismo de terem feito direito penal como se o direito positivo não existisse, o que teria produzido um saber teórico de “caráter absoluto, imutável, universal, cuja origem remontava à divindade ou à revelação da consciência humana, ou às leis da natureza e da idéia”.<sup>15</sup> No tocante ao positivismo-naturalista, apesar de reconhecer em seu favor o grande mérito de ter sepultado a “metafísica” dos juristas clássicos, o tecnicismo jurídico o rechaçou pelo que considerou uma generalizada ignorância do “princípio da divisão do trabalho científico” ao transformarem a ciência penal em um simples “capítulo e apêndice da sociologia”, terminando por criar um “direito penal sem direito”.<sup>16</sup>

Desse modo, tendo sido a ciência do direito penal apartada das demais ciências criminais, sua preocupação passa a ser exclusivamente o direito positivo.<sup>17</sup> O objeto formal da dogmática jurídico-penal torna-se exclusivamente o direito objetivo, ou seja, a norma penal.<sup>18</sup>

Segundo a nova orientação teórica, a missão da ciência do direito penal é a “elaboração técnico-jurídica do direito positivo e vigente” com a finalidade de viabi-

14 Na Itália, até mesmo estudiosos influenciados pelo positivismo-naturalista se sensibilizaram com a nova orientação técnico-jurídica. Grispligni, por exemplo, distinguiu, com base no método, as ciências em normativas, dentre as quais a ciência jurídico-penal, e as ciências empíricas, embora tenha admitido o interesse de ambas pela norma penal a partir de diferentes perspectivas. GRISPLIGNI, Filippo. *Corso di diritto penale: introduzione*. Padova: CEDAM, 1932, p.5.

15 ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*. Bogotá: Temis, 1999, p.4-5.

16 ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*. Bogotá: Temis, 1999, p.5-6.

17 Segundo a doutrina, a dogmática penal é a “ciência empírico-cultural, valorativa, normativa e finalista que tem por objeto de estudo o conhecimento sistemático do ordenamento positivo”. SAÍNZ CANTERO, José A. *Leciones de derecho penal: parte general*. Barcelona: Bosch, 1982, p.33.

18 Esclarece Reale que o objeto da ciência pode ser classificado em material ou formal. O objeto material de uma determinada disciplina pode ser comum a outras, porém, o objeto formal não, por tratar-se da “especial maneira com que a matéria é apreciada, vista, considerada”, traduzindo um exclusivo “ângulo especial de apreciação”. REALE, Míguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1983, p.74.

lizar a organização e a sistematização lógica do direito objetivo para fornecer orientação aos profissionais do direito encarregados de aplicá-lo.<sup>19</sup>

Quanto ao método, este foi concebido como sendo o conjunto dos meios necessários ao desempenho da tarefa prática da disciplina, consistindo em três modalidades de investigação denominadas, respectivamente de exegética, dogmática/sistemática e, por fim, crítica. A atitude valorativa por parte do cientista do direito penal só seria admitida nesta última fase.

A exegese, aspecto do método considerado rudimentar e de duvidosa cientificidade, teria o objetivo de fixar o sentido e o alcance das normas do ordenamento penal positivo mediante o uso das técnicas de interpretação tradicionais e da técnica de integração das lacunas da lei. A exegese teria a tarefa de fornecer os dados sobre os quais se daria a atividade propriamente dogmática.

O segundo aspecto do método é o dogmático que consiste na descrição e exposição dos “princípios fundamentais do direito positivo em sua coordenação lógica e sistemática” com base na indução. A atividade dogmática teria como base o conteúdo das normas penais revelado pela exegese.

O terceiro aspecto técnico-jurídico é o crítico, segundo o qual o cientista do direito penal deveria, obrigatoriamente, empreender uma “investigação do direito que há de se estabelecer ou direito ideal”. Pressuposto da crítica jurídica seria a atividade exegética e dogmática anterior, uma vez que, segundo Rocco, não se poderia criticar aquilo que não se conhece.<sup>20</sup>

Embora atualmente o método da ciência do direito penal seja denominado de dogmático em toda a sua extensão, enquanto que, para Rocco, o dogmático era apenas de um dos aspectos do método técnico-jurídico, é notável a vigência doutrinária de alguns dos postulados do tecnicismo-jurídico nesse particular. Para a doutrina contemporânea, assim como para o tecnicismo jurídico-penal, “o conhecimento dogmático do Direito vigente é pressuposto necessário para sua acertada reforma”, razão pela qual “antes de recorrer à modificação legislativa, a Dogmática tentará todo tipo de solução no marco da lei positiva” como maneira de comprovar “se não há outra via, com freqüência preferível, à reforma legal”.<sup>21</sup> Rocco subscreveria sem problemas a referida afirmação.

De acordo com o tecnicismo jurídico-penal, a crítica jurídica apresenta duas vertentes: na primeira, o cientista do direito penal, baseando-se no direito vigente, o

19 ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*. Bogotá: Temis, 1999, p.15.

20 ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*. Bogotá: Temis, 1999, p.31-33.

21 MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: 1994, p.21.

submete à análise com a finalidade de constatar “mediante dedução lógica” a existência de “disparidades, antinomias, discordâncias” que impedem o cumprimento da missão político criminal que lhe foi destinada pelo legislador. Apenas depois dessa investigação, o estudioso poderia ingressar numa segunda etapa da crítica jurídica. Nela, compete-lhe propor reformas no direito penal vigente, apresentar sugestões no sentido da criação ou revogação de normas penais. Ele realiza, dessa maneira, uma atividade tipicamente político-criminal.<sup>22</sup>

Ambas as modalidades da crítica jurídica, entretanto, encaram um direito penal como ele *deve ser* e não como *é* de fato. De toda sorte, sua importância parece evidente para os estudiosos. A crítica jurídica, acredita-se, “impede o isolamento do Direito como coisa deficientemente concluída e restaura na continuidade da evolução de que o Direito vigente é apenas um momento transitório”.<sup>23</sup>

O método técnico-jurídico, método dogmático da juventude do saber penal cientificamente autônomo, está conectado à dogmática contemporânea, a despeito de importantes transformações ocorridas na ciência do direito penal. Na Itália, por exemplo, criticou-se o tecnicismo jurídico-penal sob a alegação de que teria feita a ciência do direito penal descambar na direção de um formalismo excessivo. Embora o tecnicismo-jurídico tenha assegurado a autonomia da ciência do direito penal, ele teria esquecido a importância da investigação em torno dos aspectos “materiais” do direito em favor das suas características lógico-formais. Os estudiosos do direito penal teriam “abusado da lógica abstrata, com exagerada tendência à formação de categorias gerais e de sistemas” e descuidado da realidade da vida social.<sup>24</sup> Esta crítica, porém, não parece razoável, pois o tecnicismo-jurídico incluiu no método, como foi visto anteriormente, a possibilidade da atuação político-criminal do cientista do direito penal consistente em avaliar as repercussões da aplicação concreta da lei na vida social. Em segundo lugar, por ter assinalado ao conceito de bem jurídico uma posição

22 Aníbal Bruno afirma, sem razão, que para o tecnicismo penal a atividade de política criminal encontra-se excluída do âmbito de interesse do cientista penal. Cf. BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p.41. Porém, em ambas as direções da crítica jurídica, o cientista do direito penal está fazendo política criminal e não ciência, uma vez que ele chega até a indicar os caminhos que o direito penal deve seguir, não se furtando a valorar as opções existentes no sentido da reforma com base em um número ilimitado de premissas. Na atividade de crítica jurídica, o cientista penal atua independentemente de pontos de partida previamente estabelecidos e indeclináveis, isto é, de forma contrária a do dogmático. O tecnicismo jurídico-penal reconheceu que, pelo menos no que se refere a segunda vertente da crítica jurídica, o jurista não age exatamente como um cientista penal em sentido estrito, mas sim como um filósofo ou cientista político, haja vista estar avaliando fatos políticos e sociais. Cf. ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*. Bogotá: Temis, 1999, passim.

23 BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p.41.

24 ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal: parte general*. Bogotá: Temis, 1988, p.22.

central como objeto da proteção penal.<sup>25</sup> Seja como for, reconhece-se na atualidade que a dogmática penal “não se reduz aos aspectos lógico-estruturais, mas adentra em questões de conteúdo, das quais é impossível excluir a valoração ou, em todo caso, sua vinculação a uma forma de ver o mundo”.<sup>26</sup> Por outro lado, o cientista do direito penal “não mais é considerado simplesmente um fazedor de silogismos, que se limita a deduzir do texto da lei as soluções dos concretos problemas jurídicos da vida, antes alguém sobre quem recai a enorme responsabilidade de se dar à aventura de procurar e encontrar a solução *mais justa* para cada um daqueles problemas”.<sup>27</sup> Chega-se mesmo a propor ao dogmático penal uma abertura além das fronteiras de seu próprio saber.<sup>28</sup>

Pretendendo superar o suposto formalismo técnico-jurídico, a doutrina penal propõe, então, a adoção pela disciplina de uma “orientação realista” ou de uma “orientação teleológica” visando realçar a finalidade da norma no processo de interpretação. Ambiciona a doutrina, mediante esta atitude, atrair determinados aspectos que estariam sendo até então desprezados pelos dogmáticos para o interior do direito penal.<sup>29</sup> Esta nova tendência teórica tem por objetivo valorizar no campo hermenêutico, o “método teleológico” de interpretação, característico da lógica material.

A doutrina penal também chama a atenção para a importância da “valoração” (qualificação ético-jurídica) da norma positiva. Os estudiosos afirmam, por exemplo, que se a dogmática penal se limita a tratar o homicídio simplesmente como a morte de alguém cometida por uma pessoa, sem valorar a conduta do agente, este fato social não tem significado algum para o direito penal, só vindo a adquiri-lo quando se constata o caráter reprovável da conduta do autor do ilícito.<sup>30</sup> Em consequência, o método da ciência do direito penal torna-se, sobretudo, tributário da denominada interpretação teleológica que ultrapassa a exegese baseada em abstrações, preocupada unicamente com deduções silogísticas, e, ao mesmo tempo, permite seja desvendado o fim perseguido pelas normas penais e que consiste na tutela dos bens jurídicos.

25 Neste sentido: BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p.52.

26 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.33-50, p.35.

27 DIAS, Jorge de Figueiredo. A “ciência conjunta do direito penal”. In *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.19-49, p.34.

28 WÜRTEMBERGER, Thomas. *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*. Milano: Giuffrè, 1965, p.48-49.

29 Cf. ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal: parte general*. Bogotá: Temis, 1988, p.23. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de derecho penal: la ley y el delito*. Buenos Aires: Sudamericana, 1958, p.29.

30 BETTIOL, Giuseppe. *O problema penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1967, p.75-76.

A despeito das críticas dirigidas ao tecnicismo-jurídico por aqueles que realçaram o aspecto teleológico do direito penal, não se percebem entre as duas orientações nenhuma ruptura radical no aspecto metodológico da disciplina. O tecnicismo-jurídico, por exemplo, ressalta o conceito de bem jurídico-penal, permitindo a valorização posterior do aspecto teleológico na atividade desenvolvida pela doutrina. Pode-se concluir, então, que modificações substanciais no método dogmático da ciência penal não chegaram a ocorrer, muito embora tenha surgido a consciência de que a atitude valorativa por parte do dogmático penal não se faz presente apenas na etapa da “crítica jurídica” como pretendia o tecnicismo-jurídico, mas em toda a investigação científica desenvolvida no âmbito do saber penal.<sup>31</sup>

A concepção do direito penal como uma ciência dogmática também se encontra no cerne do pensamento da ciência penal alemã onde Binding, ao contrário dos estudiosos italianos da Escola positiva, jamais se distanciou do positivismo jurídico formalista.<sup>32</sup> Mesmo v. Liszt não abdicou em momento algum de considerar a ciência penal em sentido estrito um saber autônomo em relação às demais ciências criminais que influenciaram seu pensamento. Von Liszt foi, na realidade, “um moderno dogmático do direito penal”.<sup>33</sup>

V. Liszt permitiu que a sua concepção acerca da ciência do direito penal fosse influenciada pelo positivismo naturalista, no entanto, ele nunca deixou de considerar o direito penal positivo o objeto específico da disciplina. Para ele, a missão da ciência penal consiste em: “formular, desde o aspecto puramente técnico-jurídico, e baseando-se na *legislação*, os delitos e as penas como generalizações ideais; desenvolver as prescrições particulares da lei, elevando-se até as idéias fundamentais e os últimos princípios para formar um sistema fechado; expor na parte geral do sistema o conceito de crime e de pena, em geral; e, na especial, a série de crimes em particular e das penas legais”.<sup>34</sup> V. Liszt aceitava que as demais ciências criminais influenciassem a ciência do direito penal, desde que com ela não se confundissem, ameaçando

31 Neste sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Montevideo: Julio Cesar Fairea, 2001, p.278-279. MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método*. Montevideo: Julio Cesar Fairea, 2002, p.175.

32 A ciência penal alemã dividia-se em duas correntes, sendo a primeira o positivismo jurídico de Binding, Merkel e Beling e a segunda o positivismo naturalista de v. Liszt. Para o positivismo jurídico os conceitos básicos do direito penal são formulações puramente jurídicas, ou seja, são criações do direito; segundo o positivismo naturalista esses conceitos são entes reais, limitando-se a ciência penal a recolhê-los ao seu âmbito específico. MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método*. Montevideo: Julio Cesar Fairea, 2002, p.187-188.

33 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al derecho penal*. Bogotá: Temis, 1994, p.129.

34 LISZT, Franz v. *Tratado de derecho penal*. Madrid; Reus, 1929, p.6.

a sua autonomia. Ele admitia tão somente que a missão da dogmática precisava ser perseguida mediante o auxílio dos demais saberes sobre o fenômeno criminal.

Sob o aspecto metodológico, é verdade que a ciência penal de Binding “parte do abstrato, do absoluto, simplesmente deduz logicamente”, ao passo que a de v. Liszt “parte da realidade social, necessita observar, induzir, integrar, revistar constantemente de forma crítica e sobre essa base dar uma função coerente com determinados postulados garantidores do indivíduo, concebidos não em sua pura formalidade, mas com um conteúdo material”<sup>35</sup>, outrossim, este último, embora destoando da tendência normativista da ciência penal alemã da época, não chegou a abandonar a dimensão propriamente “jurídica” da disciplina, embora tenha se colocado sob a influência do método das ciências causal-explicativas, por ele consideradas auxiliares na sua concepção de ciência global do direito penal.<sup>36</sup>

Unicamente no sentido mencionado no parágrafo anterior se pode admitir a afirmação de que o método da ciência do direito penal no pensamento de v. Liszt possui uma dimensão empírica. Seu conceito de ação, por exemplo, deriva diretamente da constatação, no plano da realidade, da existência de fatos jurídicos “perceptíveis pelos sentidos e descritíveis num sistema de conceitos físicos ou biológicos”.<sup>37</sup> No entanto, não obstante a influência que o pensamento de v. Liszt sofreu das ciências da natureza, sua ciência penal é dogmática, embora não no mesmo sentido da dogmática de Binding. Acredita v. Liszt, dogmaticamente, que a ciência jurídico-penal em sentido estrito possui, ao mesmo tempo, uma dimensão sistemática e uma dimensão prática. Em termos sistemáticos, deve-se realizar a análise e a síntese das proposições jurídicas para, em seguida, ordená-las e simplificá-las, além de sistematizar os conceitos. Em termos práticos, a ciência penal se desenvolve a partir da realidade empírica, daí que, em conclusão, tem-se que, para v. Liszt a proposição jurídica é “o resultado de uma abstração conceitual a partir dos fatos reais da vida jurídica”.<sup>38</sup>

35 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al derecho penal*. Bogotá: Temis, 1994, p.131-132.

36 MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método*. Montevideo: Julio Cesar Fairea, 2002, p.200.

37 SCHÜNEMANN, Bernd. *Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal*. In *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991, p.31-80, p.43-44.

38 MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método*. Montevideo: Julio Cesar Fairea, 2002, p.205-206. Pode-se perceber, na concepção metodológica de v. Liszt, o processo mediante o qual ocorreu a formação do conceito analítico clássico do crime. A sua noção de causalidade implica em que o crime seja dividido em compartimentos estanques donde emergem uma dupla realidade a partir da observação empírica: a externa e a interna, ambas apreensíveis pelos sentidos. Enquanto a realidade externa corresponde ao conceito de antijuridicidade (parte objetiva), a interna diz respeito à noção de culpabilidade (parte subjetiva, contendo dolo e culpa), numa fórmula basicamente descritiva do fato punível.

Buscando superar a influência naturalista representada pelo pensamento penal de v. Liszt, a dogmática jurídico-penal, sob influência das teses de Rickert, empreende uma guinada na direção da filosofia, mais precisamente do neokantismo, adotando uma nova orientação epistemológica. Recorde-se, todavia, que o neokantismo, muito influente na ciência penal dos anos 30, não foi o proveniente da Escola de Marburgo (Kelsen), mas o da Escola Sudocidental alemã (Radbruch). Em consequência, a ciência do direito penal não sofre contaminação pelo formalismo, restando compromissada com a idéia de que o direito penal tem uma essência axiológica.

Os novos dogmáticos procedem a uma radical diferenciação entre as ciências da natureza e do espírito, situando a ciência penal no interior destas últimas. Passam a conceber as esferas do valor e da realidade como absolutamente independentes uma da outra. Por outro lado, a possibilidade do valor derivar da realidade (do *ser* não deriva nenhum *dever ser*), atitude denominada de dualismo metodológico, é por eles rejeitada. Conseqüentemente, deixa de ser possível manter a concepção de ciência penal nos moldes concebidos por v. Liszt, sensível ao método das ciências causal-explicativas. As ciências criminais passam a expressar dois enfoques diferentes: o axiológico da dogmática jurídico-penal, e o ontológico, próprio da criminologia, estabelecendo-se assim um divórcio radical entre as duas disciplinas que passam a constituir “dois mundos epistemologicamente incomunicáveis”. Para alguns, inclusive, esta é a causa do “desprezo olímpico pela realidade” do direito penal brasileiro.<sup>39</sup> Resulta reforçado, desse modo, graças ao dualismo radical, a autonomia da ciência penal, mantendo-se esta situação constante a despeito das ulteriores transformações operadas na disciplina.<sup>40</sup>

O advento do finalismo opera nova transformação metodológica da dogmática jurídico-penal, porém, mais uma vez, não ocorreu nenhuma alteração no seu objeto formal. Neokantismo e finalismo compartilham, por igual, a ênfase que conferem aos aspectos subjetivos da conduta, ao contrário do positivismo naturalista de v. Liszt que acentua o resultado.<sup>41</sup>

Procurando se distanciar do neokantismo, o finalismo traduz uma concepção filosófica ontológica.<sup>42</sup> O relativismo valorativo dá lugar, assim, na ciência penal,

39 BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p.28.

40 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Montevideo: Julio Cesar Faira, 2001, passim; MIR PUIG, Santiago. Sobre la posibilidad y límites de una ciencia social del derecho penal. In *Derecho penal y ciencias sociales*. Belaterra: Universidad Autónoma de Barcelona: 1982, p.73-95, passim.

41 Neste sentido: TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.139.

42 WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Montevideo: Julio Cesar Faira, 2001, p.31.

às “estruturas lógico-objetivas”.<sup>43</sup> Para Welzel, o caráter fundamental e decisivo das mencionadas “estruturas lógico-objetivas” para a ciência penal é evidente. Segundo ele, as normas jurídico-penais estão limitadas pela realidade, objeto do conhecimento. Isto ocorre porque o direito penal só pode ordenar ou proibir condutas dirigidas em termos finalistas, não podendo fazê-lo em relação a processos causais. E exemplifica: o direito não pode obrigar mulheres grávidas a acelerar a gravidez e, em seis meses, terem filhos perfeitamente saudáveis, ou proibi-las de abortar involuntariamente, pois isso contrariaria a natureza. Pode, apenas, proibi-las de provocar aborto. Por isso, esclarece, “a estrutura lógico-objetiva” é um conceito pré-jurídico, embora indispensável à ciência penal.<sup>44</sup> Assim, em suma, para o finalismo, “a dogmática jurídico-penal deverá contar sempre com uma *limitação* que transcende ao Direito positivo, para encontrar-se radicado na ‘natureza das coisas’”, muito embora sem abandonar as funções de interpretação da lei e de construção do sistema.<sup>45</sup> O finalismo exige do direito penal positivo sua limitação no plano material, haja vista que ele não pode transformar a realidade a seu bel-prazer, sob pena de produzir graves problemas na esfera social.

O exame da evolução da ciência do direito penal revela, então, um progressivo e constante afastamento da disciplina em relação ao modelo teórico positivista naturalista característico das ciências da natureza. Considerando-se o referido paradigma pode-se concluir que a ciência do direito penal encontra-se consideravelmente afastada dos padrões mais rigorosos e tradicionais de cientificidade observados pelas disciplinas que utilizam o método experimental. Porém, ainda que o parâmetro utilizado para a averiguação da cientificidade da dogmática penal seja o das ciências que adotam um modelo teórico pós-positivista, ainda assim a primeira estará muito distanciada das segundas. Para comprová-lo, torna-se importante avaliar se a ciência do direito penal ou não uma ciência social.

### 3. A CIÊNCIA DO DIREITO PENAL COMO CIÊNCIA SOCIAL

Desde que por ciências sociais se entendam as disciplinas não incluídas entre as ciências naturais, a ciência do direito penal é, sem dúvida, uma ciência social. A

43 MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método*. Montevideo: Julio Cesar Faire, 2002, p.226.

44 WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Montevideo: Julio Cesar Faire, 2001, p.31-32.

45 MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método*. Montevideo: Julio Cesar Faire, 2002, p.233-234.

dogmática jurídico-penal estará, assim, lado a lado com a sociologia, a criminologia, a ciência política, etc. Porém, em um sentido mais rigoroso ou estrito, a dogmática jurídico-penal apresenta características totalmente diversas das referidas ciências sociais, constituindo-se uma disciplina ímpar e bastante peculiar.

Afirma-se que a ciência penal é uma autêntica ciência social, muito embora conserve a sua natureza dogmática e mantenha-se como uma disciplina não empírica. Neste sentido, reconhece-se que “só será convincente uma concepção de Ciência do Direito como Ciência Social que não só não se oponha, mas que facilite o cumprimento do objetivo inescapável da Ciência Jurídica, a saber: o conhecimento das normas vigentes que resulte útil par sua aplicação prática”.<sup>46</sup> Propõe-se, desse modo, que a disciplina possa investigar os fatos sociais cientificamente, rompendo com a tradição representada pela dicotomia entre saberes dogmáticos, isto é, entre ciências normativas que têm a norma jurídica como objeto formal e ciências sociais, ou seja, disciplinas empíricas interessadas na investigação dos fatos da realidade social. No entanto, diga-se mais uma vez, o fim da dicotomia encontra-se na dependência da dogmática penal manter seu objeto (a norma penal), seu método (dogmático e não empírico) e sua tradicional missão de natureza prática.

A partir dos anos 70 do século passado, teria ocorrido uma inflexão nos rumos da ciência penal na direção da realidade social. Houve o reconhecimento de que a ciência penal, apesar de utilizar o raciocínio formal como instrumento metodológico, não é uma ciência formal como o são a lógica e as matemáticas, uma vez que está preocupada em fixar o “sentido (social) do texto legal”. A operação lógica realizada pelo dogmático somente ocorre após a investigação acerca do sentido das normas, pois dele se exige da extração de todas as conseqüências das proposições normativas. Assim, acredita-se, não haveria contradição entre o fato do cientista penal pesquisar o conteúdo da legislação positiva e, ao mesmo tempo, investigar a realidade social. Inexistiria uma radical distinção entre a atividade científica do jurista e a atividade científica do sociólogo, a quem também se atribui à missão de viabilizar a compreensão da realidade social. Embora não faça uso do método empírico, o cientista do direito penal trabalha sobre “fatos comprovados empiricamente”. A ciência do direito penal seria, assim, ciência social por inexistir contraposição entre norma jurídica e realidade social, na medida em que as primeiras “também são fatos sociais”. Ao analisar a norma penal, o dogmático também estará investigando a realidade social. A ciência do direito penal seria uma ciência social, sobretudo porque “as normas jurídicas são expressão formal de comportamentos sociais, embora não o sejam no plano

46 MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal y ciencias sociales*. Barcelona: Edição do autor, 1982, p.12.

do ser, mas no do dever ser”, de modo que “analisar o conteúdo da norma jurídica é fazê-lo em relação às condutas imaginadas pela mesma”. Então, em última análise, “estudar o direito [...] é estudar os processos sociais”. Esta seria a única possibilidade do direito penal poder ser considerado uma verdadeira ciência.<sup>47</sup>

Esta concepção, apesar de interessante e original, encontra-se distanciada do que se entende normalmente por uma ciência social. A ciência do direito penal se distingue das ciências sociais em geral tanto pelo método que emprega, como pelo seu objeto formal e fins que persegue. Esses três aspectos são essenciais para que se distinga entre as diversas ciências.

Uma concepção mais ortodoxa acerca do método das ciências sociais exige que, direta ou indiretamente, suas proposições resultem de comprovações experimentais.<sup>48</sup> Porém, mesmo uma concepção pós-positivista das ciências sociais exigiria que o método fosse, ao menos, empírico. O método da ciência do direito penal, entretanto, não é o empírico e muito menos o experimental. Na ciência penal contemporânea, o método dogmático destina-se a proporcionar o conhecimento do “sentido dos preceitos jurídico-penais positivos e a desenvolver seu conteúdo de modo sistemático” com fundamento no direito positivo.<sup>49</sup> Em outras palavras: o método dogmático pretende viabilizar a produção do conteúdo conceitual e a estrutura das proposições jurídicas, sistematizar a matéria jurídica (complexo de normas) e encontrar novas vias de construção conceitual e sistemática.<sup>50</sup> O método dogmático utiliza as denominadas técnicas (ou métodos em sentido amplo) de interpretação da lei penal e de integração de suas lacunas na tarefa da exegese. Porém, ao lado desta, a sistematização é outro aspecto do método dogmático que se revela de grande importância.

A interpretação objetiva do texto legal, aspecto essencial do método dogmático da ciência penal, é feita por intermédio da dedução, em contraste com as ciências sociais que se amparam no procedimento indutivo característico do método empírico.<sup>51</sup>

47 MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal y ciencias sociales*. Barcelona: Edição do autor, 1982, p.29-31.

48 CHINOY, Ely. *Sociedade: uma introdução à sociologia*. São Paulo: Cultrix, 1976, p.26.

49 CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*: parte general. Madrid: Tecnos, 1996, p.62.

50 JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*: parte general. Granada: Comares, 1993, p.35.

51 A hermenêutica, entretanto, não deve ser reduzida a dimensão do abstrato. Deve-se considerar também o dado concreto representado pelo caso singular *sub examinem* (momento valorativo-aplicativo da interpretação) para que seja superada a esterilidade decorrente da utilização da denominada lógica dedutiva. Por outro lado, o cientista do direito penal não deve apenas se limitar a conhecer o conteúdo dos tipos penais, mas deve realizar um esforço na direção da concretização da norma penal buscando determinar seu real significado no caso examinado a partir de uma valoração dos dados extra-sistemáticos (elementos normativos do tipo, normas penais em branco, lacunas ideológicas etc.). Neste sentido: PANAGIA, Salvatore. *Del metodo e della crisi del diritto penale*. In *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*. Milano: Giuffrè, 1997, p.1124-1162, passim. Em outros termos: exige-se por parte do dogmático um “esforço de penetração axiológica do problema penal”

O cientista social elabora leis gerais com a finalidade de construir uma teoria científica tendo como ponto de partida certos dados particulares. Neste sentido, seu esforço teórico “consiste justamente em ir além do meramente descritivo, que se deve ligar a *proposições mais gerais explicadoras* (obtidas por indução e de que, justamente, se deduziriam as proposições menos gerais, que assim se explicariam pelas primeiras)”.<sup>52</sup>

A sistematização ocupa posição central na dogmática penal, apesar das transformações que ocorreram nas últimas décadas no âmbito da disciplina. Entende-se que a sistematização há de estar vinculada aos fins práticos perseguidos pela ciência do direito penal. Costuma-se defini-la como sendo a “ordenação lógica dos conhecimentos particulares” no campo da ciência. Por seu intermédio, pode-se verificar se os conhecimentos de uma ciência são ou não compatíveis entre si.<sup>53</sup> A sistematização visa, assim, a impedir que o conjunto das normas penais forme “um acervo de disposições disparatadas e desvinculadas”, pretendendo assegurar a coordenação entre elas.<sup>54</sup>

A diferença entre o objeto das ciências sociais e o da ciência do direito penal pode ser bem percebido quando se compara o objeto da sociologia do direito com o de uma disciplina jurídica. A dogmática, afirma-se, “estuda as normas de direito em si mesmas, enquanto que a sociologia jurídica se esforça por descobrir as causas sociais que as produziram e os efeitos sociais que elas originaram”.<sup>55</sup> Se entre a dogmática penal e a sociologia criminal existe uma coincidência entre os seus objetos materiais, pois o problema penal interessa a ambas disciplinas, há uma profunda diferença entre o desvio como fato social, objeto formal da segunda, e a norma penal, objeto exclusivo da primeira. O objeto formal da ciência do direito penal é o ordenamento penal ou a norma positiva, o objeto formal da sociologia do direito penal ou da sociologia criminal é o fato social, como por exemplo, o crime ou desvio enquanto fenômeno jurídico.

Por último, há de ser considerada a radical diferença entre os fins perseguidos pela ciência do direito penal e aqueles das ciências sociais.

As ciências são classificadas como puras (fundamentais) ou aplicadas. Afirmar que uma ciência é pura equivale a admitir que ela se limita a descrever e a ex-

---

no qual este vai se auxiliar de referências teleológicas que expressam “valorações político-criminais co-naturais do sistema”. DIAS, Jorge de Figueiredo. A “ciência conjunta do direito penal”. In *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.19-49, p.35.

52 SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. Metodologia e técnicas de pesquisa em sociologia do direito. In *Pesquisa científica e direito*. Recife: Massangana, 1983, p.63.

53 SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. In *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991, p.31-80, p.31-32.

54 ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal: parte general*. Bogotá: Temis, 1988, p.17-18.

55 CARBONNIER, Jean. *Sociologia jurídica*. Coimbra: Livraria Almedina, 1979, p.24-25.

plicar os seus objetos, não se envolvendo com a ação. As ciências puras não visam a resultados práticos, suas realizações são desinteressadas, tendo em vista que elas pretendem unicamente fazer com que os fenômenos sejam explicados ou compreendidos.<sup>56</sup> As ciências puras não estão preocupadas com a aplicação do conhecimento, mas apenas com a sua aquisição. Os seus projetos de pesquisa giram em torno de questões definidas pelo próprio modelo teórico e não a partir de ingerências externas. Nas ciências puras, em outras palavras, “os critérios de validade dos resultados referir-se-ão sempre aos conceitos ligados ao paradigma e à comunidade científica reunida em torno dele”.<sup>57</sup> Há, assim, certa independência da ciência pura em relação às exigências sociais. É a própria comunidade científica quem define o objeto da pesquisa e quem julga os resultados da investigação com base unicamente nos parâmetros paradigmáticos da disciplina com vistas à produção de conhecimento desligado de motivações de ordem prática. Diferentemente, as ciências aplicadas são destinadas a produzir resultados práticos com repercussão na esfera social. Existe interesse destas ciências em interferir na realidade a partir da produção do conhecimento. Por isto a avaliação da produção científica não é feita pela comunidade de cientistas, mas por agentes desvinculados dos pesquisadores.

A despeito da classificação das ciências em puras ou aplicadas, o fato é que não existe uma ciência que seja completamente pura ou completamente aplicada, haja vista que “na prática moderna da ciência, só se considera um conhecimento como interessante na medida em que alcança resultados concretos, geralmente experimentais, no que diz respeito à organização de nosso mundo e à sua representação”. Assim, pode-se concluir que “todo conhecimento liga-se a aplicações: experiências, em última instância”.<sup>58</sup> Porém, independentemente da natureza pura ou aplicada da ciência, a atitude metodológica exigida do pesquisador sempre implica em um atuar de maneira sistemática nos processos de observação, classificação e generalização. A observação incide sobre os fenômenos considerados relevantes pelo pesquisador. A classificação é feita com base nos dados semelhantes entre si para facilitar a compreensão da realidade. A generalização, de caráter probabilístico, procura confirmar que “sob determinadas condições, a situação A é mais provável estar associada ao fator Y de que ao fator Z”, o que redundaria no reconhecimento do caráter múltiplo e complexo dos fatores causais. A sociologia afirma, por exemplo, ser prová-

56 GRANGER, Gilles-Gaston. *A ciência e as ciências*. São Paulo: Unesp, 1994, p.46-47.

57 FOUREZ, Gérard. *A construção das ciências: introdução à filosofia e a ética das ciências*. São Paulo: Unesp, 1995, p.199.

58 FOUREZ, Gérard. *A construção das ciências: introdução à filosofia e a ética das ciências*. São Paulo: Unesp, 1995, p.203.

vel que uma considerável parcela de infratores juvenis seja proveniente de lares desfeitos, embora estes nem sempre produzam infratores juvenis. Esta proposição indica uma probabilidade. Dada a existência de um infrator juvenil, é provável, embora não seja certo, que em seus antecedentes exista uma família desfeita.<sup>59</sup>

A ciência jurídico-penal não é uma ciência aplicada e ainda menos uma ciência pura. Ela é uma disciplina dogmática. Ela persegue fins eminentemente práticos, mas não da mesma forma que as ciências aplicadas. Diferenciando-se das demais ciências, o compromisso da ciência do direito penal, saber eminentemente instrumental, é com a atividade judicial e não com a procura da verdade. Ela pretende tão somente propiciar aos profissionais do direito penal os instrumentos necessários ao controle das incertezas com a finalidade de tornar suportáveis as decisões judiciais que obstaculizam a reprodução e continuidade dos conflitos.<sup>60</sup> Em outras palavras, a dogmática jurídica visa à preservação da estabilidade social por intermédio da esterilização dos conflitos intersubjetivos.<sup>61</sup>

Entre a ciência do direito penal e as ciências sociais (ciências aplicadas) as diferenças não são negligenciáveis. Elas se diferenciam não apenas no tocante ao método, mas ao objeto e aos fins que perseguem. Porém, tais diferenças não são sintoma de um suposto “atraso” da ciência jurídico-penal em relação às ciências empíricas, da mesma maneira, aliás, que as ciências sociais não são “atrasadas” quando comparadas com as ciências naturais. A dogmática penal nem é mais “desenvolvida” nem mais “atrasada” que as demais ciências: ela é simplesmente um saber de tipo diferente. Resta verificar, então, se ainda pode existir pesquisa científica em direito penal ou se as investigações no âmbito deste saber não ultrapassam os limites do senso comum, da mera opinião.

#### 4. AS CONDIÇÕES DA PESQUISA CIENTÍFICA EM DIREITO PENAL

O conhecimento científico diferencia-se do conhecimento vulgar, dentre outras razões, pelo fato de implicar em exigências metodológicas no processo de produção do saber. Toda atividade verdadeiramente científica é controlada pelo método. Em sentido amplo, método é todo o meio utilizado para se alcançar um determinado fim. Em sentido científico, porém, o método implica em algum grau de controle intersubjetivo para a sua utilização. O método é científico quando os pesquisadores

59 Cf. MANN, Peter. *Métodos de investigação sociológica*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970, p.30-31.

60 Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, passim.

61 Cf. ADEODATO, João Maurício. O pensamento dogmático e sua crítica. In *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.29-51, p.33-34.

concordam entre si que o seu uso é adequado em seu campo de investigação. Tem-se método científico em sentido estrito quando há uma intersubjetividade forte, isto é, quando há um alto nível de adesão por parte dos pesquisadores em relação a ele. Neste caso, fala-se também em ciência em sentido forte. Tem-se método científico em sentido amplo quando existe uma intersubjetividade fraca, ou seja, quando há discordância entre os especialistas acerca de sua validade. Nesta hipótese, fala-se em ciência em sentido fraco. O método em sentido estrito é o das ciências naturais, enquanto o método em sentido amplo é o das ciências sociais. Assim sendo, as primeiras são ciências em sentido forte, enquanto as segundas o são em sentido fraco.<sup>62</sup> Se considerada esta classificação das ciências a partir do método, tem-se que a ciência do direito penal é, de fato, uma ciência fraca em razão da inexistência de um consenso forte no que diz respeito à orientação metodológica a ser observada pelo pesquisador. Também é uma ciência fraca em face do método não se harmonizar com aqueles das ciências não dogmáticas, sejam puras ou aplicadas, sejam ciências naturais ou ciências sociais. Todavia, apesar deste e de outros problemas apontados anteriormente, não se pode excluir, de antemão, a possibilidade da ciência do direito penal se aproximar ao máximo das demais mediante um esforço no sentido do ajuste de seus procedimentos metodológicos aos comumente adotados no âmbito de outros saberes e da fixação de seu objeto formal em termos mais precisos, tudo sem abandonar os seus tradicionais fins e a sua natureza dogmática. Em outras palavras: talvez se possa chegar a uma espécie de consenso mínimo no tocante às características fundamentais do conhecimento jurídico-penal e do que vem a ser uma pesquisa em direito penal cientificamente fundamentada.

A pesquisa científica em direito penal jamais poderá ser realizada nos mesmos termos em que são feitas pesquisas no âmbito das ciências da natureza e das ciências sociais em geral. Isto ocorre porque ela é moldada pelos fins de ordem prática que lhe são impostos a partir da essência dogmática da própria disciplina. Outrossim, a produção do conhecimento penal pode ao menos se assemelhar ao dos saberes não dogmáticos, auferindo, assim, uma maior legitimidade. Para isso, a pesquisa em direito penal há de ser essencialmente crítica e não simplesmente reprodutiva. Por outro lado, deve assumir um caráter analítico e rigoroso ao máximo. Deve, em suma, distanciar-se, tanto do senso comum quanto da ideologia, pois, segundo se reconhece ordinariamente, “uma teoria acerca dos fatos humanos está constantemente ameaçada, se não tomarmos cuidado com isso, de se transformar numa ideologia, substituindo os conceitos pelos mitos

62 Cf. HABA, Enrique P. *Sciences du droit – quelle “science”? Le droit en tant que science: une question de méthodes.* In *Archives de philosophie du droit: droit et science.* Paris: Sirey, 1991, p.165-187, p.170-171.

e as descrições pelas prescrições”.<sup>63</sup> Proposições formuladas por importantes nomes da doutrina podem ser freqüentemente encontradas no interior da ciência do direito penal sem o suporte em um esforço mínimo de análise e argumentação. Evidentemente estas não se revestem de cientificidade, pois constituem meras opiniões escudadas na autoridade daquele que as faz. Não importa o parâmetro de cientificidade utilizado, tais proposições não podem ser consideradas científicas, na medida em que não são obtidas com o necessário rigor metodológico. Estas estão sempre situadas nas proximidades do senso comum e da ideologia, encontrando-se, dessa maneira, mergulhadas no relativismo. O conhecimento científico, pelo contrário, afasta-se ao máximo do relativismo em virtude da observância de alguns pressupostos metodológicos importantes, dentre os quais, afirma-se, a objetividade e a neutralidade axiológica do cientista. Resta saber se tais exigências são compatíveis com o perfil teórico da ciência do direito penal e em que medida o são.

Sustentam os estudiosos ser a objetividade “a principal característica assim da análise como da observação científica”, na medida em que lhes proporciona “validade” e “fidedignidade”, afastando, por outro lado, os “valores e crenças” particulares do pesquisador.<sup>64</sup> A aquisição de certezas, ambição de toda e qualquer ciência, exige por parte do pesquisador, “objetividade, imparcialidade e observação desinteressada” do objeto.<sup>65</sup> Este é também o entendimento de muitos sociólogos do direito que afirmam ser a regra da objetividade um dos mais importantes princípios da pesquisa científica em sociologia. Para estes, o pesquisador é aquele que “se despe, tanto quanto possível, de suas vestes culturais, para conseguir objetividade no seu trabalho”.<sup>66</sup> Ademais, a objetividade tanto significa que o pesquisador deve eliminar o aspecto pessoal do interior da pesquisa que desenvolve como que ele deve manter uma postura imparcial diante do objeto.<sup>67</sup> A formulação mais radical desta concepção é a célebre fórmula de Durkheim segundo a qual os fatos sociais devem ser tratados pelo sociólogo como se fossem coisas. Aderindo a tal orientação, dizem os sociólogos do direito: “A sociologia jurídica [...] não tem regra mais fundamental que esta: tem de tratar o direito como se fosse uma coisa”.<sup>68</sup>

Este ponto de vista, entretanto, não é aceito pacificamente por todos aqueles que refletem sobre a pesquisa em ciências sociais. Existem os que rechaçam a

63 GRANGER, Gilles-Gaston. *A ciência e as ciências*. São Paulo: Unesp, 1994, p.98-99.

64 CHINOY, Ely. *Sociedade: uma introdução à Sociologia*. São Paulo: Cultrix, 1976, p.26.

65 MANN, Peter. *Métodos de investigação sociológica*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970, p.38.

66 SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. Metodologia e técnicas de pesquisa em sociologia do direito. In *Pesquisa científica e direito*. Recife: Massangana, 1983, p.61-75, p.62.

67 CARBONNIER, Jean. *Sociologia jurídica*. Coimbra: Almedina, 1979, p.265.

68 CARBONNIER, Jean. *Sociologia jurídica*. Coimbra: Almedina, 1979, p.264.

possibilidade da utilização dos métodos das ciências da natureza nos termos imaginados pelos positivistas. Estes afirmam, corretamente, ser impossível tratar-se os fatos sociais como se coisas fossem, na medida em que “desde o momento em que a ação desempenha um papel, existe inevitavelmente referência a motivações, objetivos e valores”.<sup>69</sup> Os juízos de valor estão presentes, por sinal, desde os instantes iniciais da pesquisa científica em sociologia do direito. Ao vislumbrar um problema a ser estudado, ao construir uma hipótese de trabalho, ao escolher a sua linha de argumentação, ao apresentar os resultados da pesquisa, enfim, em todas estas fases da atividade de investigação, o pesquisador revela uma determinada visão pessoal acerca da sociedade e dele próprio.<sup>70</sup> Por outro lado, ainda que a completa objetivação fosse possível não seria desejável, haja vista que se estaria renunciando a conhecer “tudo o que é da ordem das significações, das intencionalidades, das finalidades, dos valores, em suma, tudo o que constitui a face interna da ação”, perdendo-se exatamente a oportunidade de “captar o que há de mais característico, de mais central, nos fenômenos sociais”.<sup>71</sup> Para os que compartilham este entendimento, então, revela-se impossível evitar que a hipótese de trabalho se relacione a um procedimento pré-concebido por parte do pesquisador. Pode-se, entretanto, adotar uma postura teórica tendente a reduzir ao máximo a propensão existente na seara penal de se estabelecer quais as conclusões da investigação antes mesmo de seu início. Em termos cognitivos, o estudioso deve permanecer acessível a todas as possibilidades que podem resultar da pesquisa, ainda que tenha de reformular a sua tese. Deve estar preparado para a possibilidade de encontrar e se deparar com um argumento consistente, até então desconhecido por ele, que seja contrário à sua hipótese de trabalho. Em síntese, não se podem ter as conclusões de uma investigação com pretensões de científicidade antes de realizada a pesquisa, pois a postura do “técnico” do direito penal não é a mesma do cientista do direito penal.

De fato, muitos admitem atualmente que a objetividade não é uma meta passível de ser alcançada nas ciências sociais e menos ainda na ciência do direito penal. O subjetivismo inerente à condição humana impede o cientista de observar de maneira isenta o objeto de estudo. A atividade humana é sempre movida por desígnios íntimos, o que impede o cientista de acercar-se objetivamente de seu objeto. As ações humanas são sempre determinadas por fins previamente selecionados. Nas ciências

69 DE BRUYNE, Paul; SCHOUTHEETE, Marc; HERMAN, Jacques. *Dinâmica da pesquisa em ciências sociais: os pólos da prática metodológica*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1991, p.9.

70 TREVES, Renato. *Sociologia do direito: origens, pesquisas e problemas*. Barueri: Manole, 2004, p.238.

71 DE BRUYNE, Paul; SHOUTHEETE, Marc; HERMAN, Jacques. *Dinâmica da pesquisa em ciências sociais: os pólos da prática metodológica*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1991, p.10-11.

sociais, “há uma relação simbiótica entre descrição e avaliação”.<sup>72</sup> Por exemplo: a ideologia permeia a atividade científica a partir mesmo da definição de determinados conceitos e da maneira de empregá-los na investigação, o que representa uma valoração prévia. Ao caracterizar a sociedade como “capitalista” ou “industrial”, ou mesmo ao utilizar certos conceitos como os de “proletarização” ou “atomização”, o cientista está, a rigor, fazendo uma opção fundamentalmente política.<sup>73</sup> Por isso, acredita-se que, independentemente das intenções dos cientistas, a ideologia se faz presente em maior ou menor medida em suas pesquisas. Em outras palavras, não há a mínima possibilidade de existir uma ciência neutra em termos axiológicos porque não se pode proceder a uma completa dissociação entre ciência e ideologia. Em consequência, as proposições científicas veiculam, necessariamente, “uma representação do mundo que tem por resultado motivar as pessoas, legitimar certas práticas e mascarar uma parte dos pontos de vista e critérios utilizados”.<sup>74</sup> Mas se a ideologia não pode ser completamente eliminada da pesquisa em direito penal, ela pode ser controlada de maneira a tornar possível a preservação da identidade científica do conhecimento dogmático. O desafio enfrentado pela dogmática jurídico-penal consiste em compatibilizar a exigência de imparcialidade científica com a inevitável interferência ideológica na pesquisa.

Embora a ideologia seja considerada incompatível com o conhecimento científico, admite-se, por assim dizer, uma distinção entre o discurso com um viés ideológico aceitável e um outro pernicioso. Ele é aceitável quando passível de ser facilmente identificável como tal, permitindo a redução de seu potencial de falseamento. Em sentido contrário, é inaceitável quando de uma dada proposição se extrai toda sua carga histórica e explicitamente subjetiva na tentativa de lhe dar uma conotação absoluta e objetiva. Neste caso, a ideologia é perniciosa ao discurso científico porque se presta à manipulação. Por exemplo: se o cientista do direito penal afirma que o aborto é uma conduta tipificada no Código Penal brasileiro, tem-se uma afirmação aceitável do ponto de vista ideológico, porém, se ele diz que o aborto é uma conduta que fere os ensinamentos divinos e apenas por isso deve ser considerada criminosa, tem-se uma afirmação inconcebível sob o ângulo da ciência. Trata-se de mera opinião. Neste caso, é mais do que certo que o cientista do direito penal tenha feito tal afirmação sob a influência de sua religião e por isso tenha emitido um juízo de valor inaceitável, afastando-se excessivamente do esforço por se manter neutro em termos

72 ALEXANDER, Jeffrey C. A importância dos clássicos. In *Teoria social hoje*. São Paulo: Unesp, 1999, p.29-89, p.37.

73 ALEXANDER, Jeffrey C. A importância dos clássicos. In *Teoria social hoje*. São Paulo: Unesp, 1999, p.29-89, p.37.

74 FOUREZ, Gérard. *A construção das ciências: introdução à filosofia e a ética das ciências*. São Paulo: Unesp, 1995, p.179.

axiológicos.<sup>75</sup> Nesta última situação, o discurso do cientista do direito penal “mascara demais” a sua subjetividade, razão pela qual a proposição referida não é científica, mas ideológica no pior sentido possível. Veja bem: o cientista do direito penal pode sustentar que é justo punir o aborto, afirmação de conteúdo ideológico. Pode também, diante do princípio da insignificância, afirmar ser preferível punir aquele que subtrai um objeto de valor ínfimo a deixá-lo impune. Pode, por fim, defender a exacerbção das penas por parte do legislador nas hipóteses de cometimento dos crimes de homicídio e latrocínio, por exemplo. Nos três casos ele está expressando juízos de valor. A ideologia está a impregnar seu trabalho como cientista do direito penal. Esta postura, entretanto, é aceitável desde que o dogmático desenvolva toda uma argumentação consistente capaz de dar sustentação aos seus enunciados. No primeiro exemplo, porém, a presença da ideologia é inaceitável porque fundada em convicções religiosas, em última análise, na fé. Os juízos de valor são praticamente inevitáveis no pensamento penal, pois a presença da ideologia também o é, restando apenas o cuidado para que o destinatário dos resultados da investigação teórica possa identificar as motivações que sobre eles tiveram influência.

Uma possibilidade de se compatibilizar ideologia e ciência em termos toleráveis pode se dar mediante uma explicitação preliminar por parte do cientista acerca do que ele pensa, de qual é o seu posicionamento acerca do problema que ele vai enfrentar em sua pesquisa. Por exemplo, o cientista do direito penal deve, por razões de honestidade científica, deixar claro que é contrário a determinadas teses de política-criminal por ser adepto do minimalismo penal ou por considerar de forma geral que atingem a essência do Estado social e democrático de direito. Essa postura é intelectualmente honesta e, desde que ele observe determinadas cautelas no uso da metodologia, pode até mesmo favorecer a emergência de um conhecimento legítimo a partir das investigações realizadas em torno do objeto da disciplina. O cientista do direito penal, como qualquer outro, não é infenso à ideologia, não é um eunuco epistemológico, mas possui suas opiniões, tem um posicionamento mesmo que provisório e precário acerca do que se propõe a investigar. Ao selecionar um determinado tema e delimitá-lo em torno de um problema o cientista sabe perfeitamente, de antemão, o que pretende alcançar a partir de uma posição prévia, porém, o que ele deve evitar mediante o emprego do método é fazer prevalecer sua ideologia custe o que custar. O pesquisador não é um ser politicamente neutro, porém, “no momento de colher na realidade – jurídica ou sociológica, pouco

---

75 Juízos de valor são “enunciados sobre a bondade ou a maldade dos atos realizados, assim como a respeito da preferibilidade de uma ação passível em relação a outras, ou sobre o dever ou a obrigatoriedade de comportar-se de certo modo, conformando o comportamento com determinada norma ou regra de ação, que se expressam sob a forma de juízos”. SÁNCHEZ VÁSQUEZ, Adolfo. *Ética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p.237.

importa – os elementos para sustentar o seu argumento, ele deverá adotar uma postura metodologicamente neutra, condição indispensável para a elaboração de um trabalho que se pretenda minimamente científico, sem a qual borraríamos qualquer diferença entre um trabalho acadêmico e o mero discurso ideológico”.<sup>76</sup> Portanto, o que se exige do cientista do direito penal não é a neutralidade absoluta, não é a neutralidade política, mas a neutralidade científica ou metodológica, numa única palavra, a imparcialidade, a análise desapassionada, desvinculada de preconceitos, que representa um pressuposto indispensável para que o conhecimento produzido a partir de suas investigações esteja minimamente próximo do que se entende por conhecimento científico.

Para ser considerada válida, a pesquisa em direito penal também não precisa se submeter aos postulados do formalismo jurídico. O direito penal, segundo admitem há muito os cientistas do direito penal, não deve ser considerado como um fato, mas como um valor. Portanto, não cabe no âmbito da disciplina estudar seu objeto exatamente da mesma maneira que o cientista social positivista estuda os fatos sociais ou que o pesquisador no campo das ciências da natureza estuda os fenômenos naturais. Embora também na ciência do direito penal o estudioso deva procurar atuar com a chamada imparcialidade científica, ele deve considerar, em primeiro lugar, que os valores impregnaram as normas penais e, em segundo lugar, quais os efeitos sociais produzidos em decorrência da interferência dos mesmos na realidade concreta. Assim, ele não deve se deter, conseqüentemente, apenas na análise da estrutura formal das normas, como exige a teoria formalista do direito, mas também o seu conteúdo para dele extrair proposições. Ressalte-se, uma vez mais, que a subjetividade inerente a este procedimento não implica necessariamente na exclusão da imparcialidade necessária ao jurista, desde que este explicita satisfatoriamente as premissas que fundam o seu raciocínio e que efetive o controle de sua produção teórica com o auxílio do método. Tais precauções impedem o dogmático penal de se comportar como um político ou um moralista, aproximando, pelo contrário, a sua conduta do comportamento usual dos cientistas. A rejeição do formalismo jurídico compatibiliza-se com a afirmação de que a ciência do direito penal é uma disciplina distinta da filosofia do direito penal, na medida em que a primeira não estuda o direito tomando em consideração suas normas a partir de critérios políticos ou morais, muito embora reconheça, diversamente, que a disciplina é um saber *referido* a valores. O jurista, assim, não deve abster-se de examinar o conteúdo da norma, pelo contrário, deve investigá-lo com o escopo de determinar a finalidade por ela perseguida,

---

76 OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi: a pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. In *Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal Editora, 2004, p.137-167, p.140-141.

realizando assim uma espécie de investigação de natureza teleológica capaz de esclarecer de maneira mais precisa o seu sentido e alcance.

Em termos metodológicos, por mais banal que pareça esta observação, o cientista do direito penal deve esquivar-se da propensão de confundir pesquisa acadêmica com a atividade prática dos profissionais do direito, muito embora a primeira, por ter caráter dogmático, possa e deva possuir natureza prática, ou seja, possa ter a pretensão de interferir na realidade a partir da construção de alternativas válidas para a solução de problemas concretos. O pesquisador em direito penal tende a escrever manuais ou pareceres ao invés de teses.<sup>77</sup> Na ciência do direito penal predomina muitas vezes a abordagem puramente descritiva de um tema na maioria das vezes excessivamente amplo. O pesquisador renuncia muitas vezes a analisar com percuciência os problemas que deve enfrentar, escudando-se no argumento de autoridade proporcionado pela utilização bem pouco crítica da doutrina penal estrangeira. Outras vezes, o estudioso procura cuidadosamente evitar confrontar a sua hipótese de trabalho e posicionamentos contrários. Assim agindo, afasta-se dos parâmetros de cientificidade normalmente aceitos pela generalidade das ciências, na medida em que adere a um discurso meramente reprodutor e não inovador. Este tipo de comportamento é exatamente o oposto do que se espera de um cientista. O estudioso do direito penal não deve ter a pretensão de encontrar uma única solução possível para o problema por ele enfrentado. Pelo contrário, há de examinar com profundidade os vários argumentos existentes, desde que se revelem minimamente consistentes. O método em ciência não penal não conduz o estudioso a um único e correto resultado, mas lhe abre um leque de opções igualmente dignas de consideração. Tudo isto é consequência da visão de que “o direito não contém uma única solução correta e justa para todos os casos particulares”, porém, na verdade, “indica mais uma solução ‘privilegiada’, desde um ponto de vista político e ético, em uma conjuntura determinada da vida da sociedade”.<sup>78</sup>

Da mesma maneira que toda e qualquer ciência, a ciência do direito penal deve se preocupar com a construção da doutrina de modo semelhante às teorias científicas.

77 Denominada “manualismo”, esta prática consiste na “tendência a escrever na dissertação ou tese verdadeiros capítulos de manual, explicando redundantemente – pois se trata de coisas amplamente sabidas por quem já passou por um curso de direito – o significado de princípios e conceitos que são como o bê-a-bá da disciplina”. Por sua vez, o recurso constante ao argumento de autoridade é o chamado “reverencialismo” OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi: a pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. In *Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p.137-167, p.143-144.

78 PETEV, Valentin. *Metodología y ciencia jurídica en el umbral del siglo XXI*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p.34-35.

Doutrinas que devem permitir a sua superação por outras mais recentes, num processo contínuo de recriação e reinvenção. Em conclusão, o cientista do direito penal deve sistematizar e, posteriormente, analisar todos os dados coletados em suas fontes de pesquisa (a lei, a jurisprudência, a doutrina, o material oriundo de outras disciplinas) independentemente desses dados confirmarem ou não a sua tese. O aspecto prático da atividade teórica reside exatamente na finalidade última da produção doutrinária que consiste em orientar os operadores do direito penal diante dos casos concretos.

Embora não seja uma disciplina empírica, mas dogmática, a ciência do direito penal pode usar um método semelhante ao das ciências causal-explicativas. A ciência penal também é capaz de permitir que se verifique a veracidade ou a falsidade de uma proposição jurídica mediante o recurso à observação.<sup>79</sup> Por outro lado, o saber jurídico-penal também pode se caracterizar pela objetividade que, naturalmente, não se confunde com a verdade absoluta ou a exatidão, ambas pretensões inalcançáveis pela ciência. A objetividade no âmbito da ciência penal é assegurada, em primeiro lugar, pela utilização rigorosa das conhecidas técnicas de interpretação da norma penal;<sup>80</sup> em segundo lugar, pelo uso do critério da “resistência da coisa”, segundo o qual, quando o dogmático penal se acerca do objeto, ele deve exigir de si mesmo uma postura coerente com o resultado que pretende alcançar, obrigando-se a opor à sua hipótese de trabalho uma dificuldade cada vez maior para demonstrá-la. Em outros termos, ao perceber que “o objeto resiste a sua interpretação e não se amolda simplesmente aos seus desejos”, o dogmático penal possibilita que o seu estudo se torne objetivo. Sempre que a hipótese de trabalho se confirmar com demasiada facilidade, sem opor resistência aos esforços de aproximação realizados pelo cientista do direito penal, é porque a objetividade necessária ao estudo científico está ausente, é porque predominou na investigação o aspecto subjetivo, não científico, a simples opinião do

79 Neste sentido: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.166.

80 Há relativa concordância na doutrina penal acerca das diversas técnicas de interpretação da lei a serem utilizadas pelo cientista do direito penal na atividade de exegese destinada a desvendar o sentido e alcance das proposições normativas. Fala-se dos “métodos” gramatical, lógico e sistemático. O primeiro permite a apreensão do sentido da lei a partir do seu conteúdo semântico, considerando-se as palavras isoladamente ou reunidas em frases, devendo-se abstrair o seu significado usual em detrimento do técnico; o segundo pode ser lógico-formal quando o cientista usa o silogismo e a análise com a finalidade de eliminar as contradições existentes na lei penal, sendo lógico-material (teleológica) se ele busca determinar os motivos e intenções que deram origem à lei (*ratio legis*), a sua eficácia objetiva (*vis legis*) ou as circunstâncias históricas que determinaram o seu surgimento (*occasio legis*); o último diz respeito à verificação da compatibilidade entre uma proposição normativa e as demais. A analogia, como se sabe, não é técnica de interpretação das leis, mas técnica de integração das suas lacunas.

estudioso, em síntese, é porque este realizou uma construção ideológica no sentido mais negativo do termo.<sup>81</sup>

A ciência penal não poder desterrar de si os enunciados prescritivos em decorrência de sua natureza dogmática, pois o cientista do direito penal não se limita a conhecer o direito penal objetivo e submetê-lo à análise desinteressadamente. Ele inevitavelmente se posiciona a respeito da aplicação das normas, embora deva fazê-lo esforçando-se por evitar ao máximo a parcialidade grosseira. Isto não significa que mesmo juízos de valor aceitáveis não sejam vistos com maus olhos pela doutrina. Em sentido contrário ao exposto, para muitos, por exemplo, o dogmático penal não deve proclamar que “furtar é mau”, pois esta afirmação não seria científica na medida em que não se pode verificar se é verdadeira ou falsa, podendo-se tão somente dela concordar ou discordar. Porém, para estes, o dogmático pode afirmar, diferentemente, que “segundo o código penal, furtar é mau”, haja vista que esta assertiva seria verificável por intermédio da observação, constituindo-se assim num enunciado científico. Concluem, assim, que “a ciência do direito [e o cientista do direito] não se ocupa de estabelecer juízos subjetivos de valor, mas sim de determinar o alcance dos juízos de valor jurídicos, razão pela qual é possível falar-se em ‘ciência’ neste sentido”.<sup>82</sup> Porém, como visto anteriormente, esta postura por parte do dogmático do direito penal é praticamente impossível de ser adotada pela própria natureza do conhecimento por ele criado. No mínimo, o juízo de valor se faz presente na conclusão de quase todo estudo dogmático.

Na pesquisa em direito penal a norma não precisa ser o objeto exclusivo da atenção do pesquisador. Para conferir alguma dimensão empírica, mesmo indireta ou fraca, à pesquisa, o dogmático não deve desconsiderar a jurisprudência. Muito embora o posicionamento dominante dos tribunais acerca de um problema jurídico-penal concreto não possa servir como critério de verdade ou falsidade na pesquisa dogmática, ao contrário do que poderia ocorrer, por exemplo, com a pesquisa jurídica em um país como os Estados Unidos, não resta dúvida de que o recurso à jurisprudência na investigação importa ao teórico preocupado em avaliar a efetividade da norma penal, pois a teoria e a prática seguem lado a lado na pesquisa em direito penal.<sup>83</sup>

81 Neste sentido: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1999, passim.

82 Neste sentido: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.166. Porém, poder-se-ia argumentar, dentro da mesma lógica, que para evitar toda e qualquer influência da ideologia na ciência do direito penal o cientista nem mesmo poderia dizer que “furtar é mau”, limitando-se a enunciar tão somente que “o código penal diz que furtar é crime” porque este último enunciado é mais “verificável” que o primeiro.

83 Evidentemente uma concepção “realista” do direito penal mostra-se inconcebível. No interior da nossa tradição jurídica romanista, o direito não pode ser considerado como sendo o conteúdo das decisões efetivamente

Por outro lado, a pesquisa científica em direito penal deve considerar a doutrina de maneira mais consequente do que muitas vezes ocorre. É claramente insuficiente a transcrição automática do pensamento de um determinado autor desenvolvido em torno do problema pesquisado. É sempre necessário analisar com profundidade o seu ponto de vista e traduzi-lo para a pesquisa em termos precisos e claros. A utilização da doutrina deve ser feita de maneira reflexiva e não mecânica. O pesquisador em direito penal não deve simplesmente reproduzir as idéias de outros estudiosos, mas precisa desenvolver seus próprios argumentos, enfim, pensar por si mesmo, embora com o auxílio da doutrina. Deve, em suma, evitar o excesso de reverência que obstaculiza o pensamento crítico e inovador.

Sustentar que a ciência do direito penal não é uma ciência social em sentido estrito não deve impedir o dogmático de apoiar-se em dados concretos de pesquisas empíricas provenientes de outros domínios do saber. Em definitivo, “não existe incompatibilidade, muito pelo contrário, entre a produção de um saber normativo e referências à realidade empírica”.<sup>84</sup> É importante, por exemplo, que o cientista do direito penal utilize os resultados auferidos pelas investigações sociológicas, históricas, antropológicas, médicas, dentre outras, para alicerçar suas conclusões. O cientista do direito penal não procede como o cientista de tais disciplinas, pois o método, o objeto formal e os fins da dogmática são bastante peculiares. Porém, delas depende para o cumprimento satisfatório de sua missão teórico/prática. Significa dizer que a pesquisa em ciência do direito penal pode ser interdisciplinar no preciso sentido de que não deve se isolar das demais ciências. Esta afirmação parte da constatação de que o dogmático tradicionalista atua em um campo muito estreito, limitando-se a utilizar as técnicas de interpretação consagradas pela doutrina com o fito de viabilizar a decisão judicial, ao passo que o dogmático enquanto teórico do direito parte da constatação de que o direito é, antes de tudo, um fenômeno social e, por esta razão, revela-se “complexo em suas múltiplas referências à política, à ética e à cultura, sem que com isso se perca em especulações metafísicas”. Isto significa afirmar que o conhecimento “puro” do direito e do direito penal já não se justifica; ele é sempre um “conhecimento filosófico prático, porque o direito não se produz nem é concebível fora do campo de ação dos homens concretos atuantes”.<sup>85</sup>

---

emanadas dos tribunais. Aliás, não é raro que a jurisprudência dos tribunais superiores acerca de determinado assunto penal seja considerada inconsistente pela doutrina e pelos operadores do direito.

84 OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi: a pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. In *Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p.137-167, p.147.

85 PETEV, Valentin. *Metodología y ciencia jurídica en el umbral del siglo XXI*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p.82-83.

A investigação interdisciplinar é aquela realizada por equipes de pesquisadores oriundos de diferentes áreas do saber, que contam com métodos e teorias peculiares às suas disciplinas, mas que trabalham o mesmo objeto a partir de enfoques diversificados. Evidentemente não é disto que se refere este texto. A pesquisa científica em direito penal apresenta um núcleo dogmático que não deve ser descurado, sob pena de se perder a sua especificidade, outrossim, isto não significa que ela esteja alheia ao conhecimento científico exterior ao seu âmbito do saber. O conhecimento no campo do direito penal há de orientar-se por uma “visão pluridimensional segundo o critério da ‘unidade na diversidade’, que funda o saber científico moderno”,<sup>86</sup> haja vista que a multiplicidade de concepções teóricas convergentes no estudo de problemas comuns a várias disciplinas mostra-se cada vez mais importante para que a ciência possa se dar conta da realidade. Apesar de cada disciplina possuir objeto formal, método específico e teorias próprias que lhes dão autonomia no plano do conhecimento, isto não implica em rejeitar a possibilidade delas se comunicarem no sentido do intercâmbio de informações. Da mesma maneira que a sociologia pode se valer do conhecimento produzido pela dogmática penal, nada obsta que o dogmático penal faça uso da contribuição da sociologia, da ética, da psicologia, da ciência política ou da história no esforço de formulação de suas teorias. Não se trata, evidentemente, de sugerir a constituição de mais uma “nova” ciência global ou conjunta do direito penal, mas de garantir a interpenetração de diversos saberes para que a ciência o direito penal possa desempenhar satisfatoriamente a sua missão específica.

Por último, há de ser registrado que o método comparado também tem lugar na ciência do direito penal. Fala-se, neste sentido, numa “teoria do direito penal comparado” que possui como objeto o direito penal positivo estrangeiro e cujo método consiste em classificá-lo, apresentá-lo e, por fim, valorá-lo, dogmaticamente, com o objetivo doutrinário de ampliar o campo de visão dos operadores do direito e, ao mesmo tempo, em termos político criminais, permitir a reforma do direito penal vigente.<sup>87</sup> A pesquisa comparada em direito penal pretende verificar as semelhanças e as diferenças entre duas ou mais legislações de diferentes Estados através da comparação. Neste sentido, o objeto da investigação são as normas penais em geral, sobretudo as incriminadoras e as que estabelecem as consequências de seu descumprimento.

A pesquisa comparada em direito penal deve observar alguns pressupostos para ser viável, dentre os quais, talvez o mais importante seja a inexistência de barreira lingüística insuperável ao exercício da comparação.

86 MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale: parte generale*. Padova: CEDAM, 2001, p.39.

87 JESCHECK, Hans-Heirich. *Desenvolvimento, tarefas e métodos do direito penal comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006, p.42-43.

Na pesquisa em direito penal comparado, quatro níveis da investigação são identificados. O primeiro deles é representado pelo ponto de partida que sempre é o dogmático e político criminal. O segundo refere-se ao trabalho de exegese do direito penal estrangeiro mediante a metodologia utilizada na interpretação do próprio direito nacional. Neste momento, deve-se considerar, por igual, a jurisprudência, sobretudo nos países do *common law*, e a doutrina estrangeira. Em outras palavras, deve o pesquisador examinar todas as fontes formais do direito penal. O terceiro nível consiste na classificação e na exposição sistemáticas dos dados resultantes da pesquisa. Por fim, o último nível dos estudos comparados em direito penal é essencialmente valorativo tanto sob o aspecto propriamente jurídico como sob o político criminal. O pesquisador deve avaliar se a legislação penal estrangeira cumpre de maneira satisfatória os fins político-criminais a ela assinalados pelo legislador, sendo que neste momento ele deve considerar esta questão inclusive sob os prismas histórico e sociológico, ou seja, é importante verificar-se o entorno cultural da lei e se o direito penal dos Estados estrangeiros foi criado com os mesmos objetivos políticos que o direito penal do Estado ao qual pertence o pesquisador.<sup>88</sup>

## CONCLUSÕES

A pesquisa científica em direito penal parte da consideração de que o conhecimento jurídico é de natureza peculiar, razão pela qual a dogmática do direito penal não se confunde com as demais ciências, inclusive com as ciências sociais.

A natureza diferenciada do conhecimento dogmático penal torna-o não científico de acordo com os paradigmas vigentes dos saberes científicos *stricto sensu*, porém, a ciência do direito é um ramo do saber muito antigo e tradicional, fator que, aliado à função social da dogmática, lhe confere um significativo prestígio, independentemente de quaisquer considerações a respeito de sua controvertida cientificidade. O dogmático se sente um cientista e tem a veleidade de agir como um. Esta pretensão, no entanto, impõe a obrigação de se refletir acerca das condições da produção teórica no âmbito da ciência do direito penal. À dogmática penal não é suficiente ser considerada uma ciência apenas pelos estudiosos deste ramo do direito, fazendo-se necessário, portanto, o estabelecimento de consensos mínimos no âmbito da comunidade doutrinária sobre as condições em que se devem dar as pesquisas em direito penal. A formulação destes consensos passa necessariamente por considerações metodológicas.

88 JESCHECK, Hans-Heirich. *Desenvolvimento, tarefas e métodos do direito penal comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006, p.56-60.

Parece consensual o ponto de vista de que não lugar na ciência penal para o sincretismo metodológico ou para a adoção de metodologias estranhas à disciplina, como ocorreu na segunda metade do século XIX e no início do século XX com o positivismo naturalista italiano. Toda disciplina autônoma caracteriza-se por possuir método, objeto e fins próprios que, considerados conjuntamente, a identifica, distinguindo-a dos demais saberes.

Os fins de natureza prática perseguidos pela ciência do direito penal não permitem que a produção do conhecimento aconteça nos mesmos moldes das demais ciências. Esta característica condiciona todos os aspectos da pesquisa científica em direito penal. Para atender, ao mesmo tempo, os legítimos requisitos de uma pesquisa minimamente científica e as exigências de ordem prática inerentes ao conhecimento dogmático, a ciência do direito penal deve tentar conciliar estes dois aspectos, muito embora se trate de uma pretensão difícil de ser atingida integralmente.

Diferentemente do que propõe o modelo teórico positivista, a ciência do direito penal não pode tratar o seu objeto como se fosse uma coisa, pois se encontra imersa no mundo dos valores. O cientista do direito penal dirige sua atenção aos valores ao selecionar o objeto da pesquisa, ao formular a hipótese de trabalho, ao fixar seus objetivos, ao argumentar com base nos dados de que dispõe e, finalmente, ao elaborar suas conclusões. A todo tempo, inclusive, ele formula juízos de valor, como pode ser facilmente constatado a partir das leituras de algumas das melhores obras teóricas em direito penal. Esta característica da ciência do direito penal pode, no entanto, ser compatível com um ideal mínimo de cientificidade. Se a ideologia se faz presente de maneira inevitável na pesquisa em direito penal, ela pode, ao menos, ser controlada em níveis aceitáveis que a impeça de produzir efeitos deletérios que afetem a dignidade da investigação. A ideologia não precisa ser necessariamente um obstáculo à imparcialidade e a neutralidade científica do pesquisador. Para que a ideologia seja admissível sob o ângulo da ciência do direito penal ela deve, em primeiro lugar, revelar-se explicitamente aos olhos do público, isto é, ela não pode ter a pretensão de enganar, de iludir o destinatário da pesquisa, turbando-lhe a consciência para impor-lhe o posicionamento político ou moral do pesquisador. Em segundo lugar, a ideologia deve ser “controlada” por intermédio do método. Ademais, ela deve ser mediada pela argumentação, pois ao argumentar racionalmente o pesquisador demonstra a consistência de sua investigação e de suas conclusões independentemente de considerações puramente ideológicas.

Porém, revela-se não menos importante o compromisso assumido pelo pesquisador penal com o dever de comprovar que as suas conclusões constituem as alternativas mais consistentes no sentido da solução de um problema penal específico.

Para que isto ocorra, é inevitável que o pesquisador considere todos os interesses e valores em jogo na investigação e, além disso, que demonstre de maneira lógica e coerente, com base nos dados de que dispõe, que uma dada solução é preferível à outra sob o prisma dos efeitos sociais que cada uma delas produz ou pode vir a produzir. A dogmática não é uma disciplina orientada tão somente aos fins *tout court*, mas aos fins socialmente úteis e justos. As orientações que a ciência do direito penal produz devem ter a pretensão de atender as necessidades sociais, considerando-se determinados interesses e certas regras da moral social.

A ciência do direito penal não é e nunca será uma ciência no sentido forte ou estrito do termo, mas pode perfeitamente se legitimar enquanto um saber se a pesquisa científica produzida no seu âmbito obedecer aos critérios de racionalidade que preside o conhecimento científico.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. O pensamento dogmático e sua crítica. In *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.29-51.

ALEXANDER, Jeffrey C. A importância dos clássicos. In *Teoria social hoje*. Anthony Giddens; Jonathan Turner (orgs.). Tradução de Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Unesp, 1999, p.23-89.

ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal: parte general*. 8.ed. Bogotá: Temis, 1988.

BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal: parte general*. Bogotá: Temis, 1996.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BETTIOLO, Giuseppe. *Direito penal*. VI. Tradução de Paulo José da Costa Jr. e de Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

\_\_\_\_\_. *O problema penal*. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1967.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al derecho penal*. 2.ed. Bogotá: Temis, 1994.

CARBONNIER, Jean. *Sociologia jurídica*. Tradução de Diogo Leite de Campos. Coimbra: Livraria Almedina, 1979.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español: parte general*. 5.ed. Madrid: Tecnos, 1996.

CHINOY, Ely. *Sociedade: uma introdução à sociologia*. Tradução de Octavio Mendes Cajado. 5.ed. São Paulo: Cultrix, 1976.

DE BRUYNE, Paul; HERMAN, Jacques; DE SCHOUTHEETE, Marc. *Dinâmica da pesquisa em ciências sociais: Os pólos da prática metodológica*. 5.ed. Tradução de Ruth Joffily. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1991.

DIAS, Jorge de Figueiredo. A “ciência conjunta do direito penal”. In *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.19-49.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

\_\_\_\_\_. *A ciência do direito*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1988.

FOUREZ, Gérard. *A construção das ciências: introdução à filosofia e a ética das ciências*. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Unesp, 1995.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1999.

GRANGER, Gilles-Gaston. *A ciência e as ciências*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 1994.

GRISPIGNI, Filippo. *Corso di diritto penale: introduzione*. Padova: CEDAM, 1932.

HABA, Enrique P. Sciences du droit – quelle “science”? Le droit en tant que science: une question de méthodes. In *Archives de philosophie du droit: droit et science*. Paris: Sirey. nº 36. p.165-187, 1991.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*. Madrid: Civitas, 1976.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Tradução de José Luis Manzanera Samaniego. 4.ed. Granada: Comares, 1993.

\_\_\_\_\_. *Desenvolvimento, tarefas e métodos do direito penal comparado*. Tradução de Pablo Rodrigo Alfien da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Princípios de derecho penal: la ley y el delito*. Buenos Aires: Sudamericana, 1958.

LISZT, Franz v. *Tratado de derecho penal*. T.1º. Tradução de Quintiliano Saldaña. 3.ed. Madrid: Reus, 1929.

MANN, Peter. *Métodos de investigação sociológica*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale: parte generale*. 4.ed. Padova: CEDAM, 2001.

MEIER, Robert F. An introduction to theoretical methods in criminology. In *Theoretical methods in criminology*. Beverly Hills: Sage Publications, 1985, p.11-19.

MIR PUIG, Santiago. Sobre la posibilidad y límites de una ciencia social del derecho penal. In *Derecho penal y ciencias sociales*. Belaterra: Universidad Autónoma de Barcelona, 1982, p.73-95.

\_\_\_\_\_. *Derecho penal y ciencias sociales*. Barcelona: Edição do autor, 1982.

\_\_\_\_\_. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

\_\_\_\_\_. *Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método*. Montevideo: Julio Cesar Faire, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Montevideo: Julio Cesar Faire, 2001.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi: a pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. In *Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal Editora, 2004, p.137-167.

PANAGÍA, Salvatore. Del metodo e della crisi del diritto penale. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, v.4. p.1124-1162, ott/dic., 1997.

PÉREZ TAMAYO, Ruy. *Existe el método científico? história y realidad*. 1.ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

PETEV, Valentin. *Metodología y ciencia jurídica en el umbral del siglo XXI*. Tradução de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*. 3.ed. Bogotá: Temis, 1999.

SAÍNZ CANTERO, José A. *Lecciones de derecho penal: parte general*. Barcelona: Bosch, 1982.

SÁNCHEZ VÁSQUEZ, Adolfo. *Ética*. Tradução de João Dell'Anna. 22.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 13.ed. Porto: Afrontamento, 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. In *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Bernd Schünemann (org.). Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991, p.31-80.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, nº 36, p.33-50, out/dez, 2001.

SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. Metodologia e técnicas de pesquisa em sociologia do direito. In *Pesquisa científica e direito*. Joaquim de Arruda Falcão (org.). Recife: Massangana, 1983.

STENGERS, Isabelle. *A invenção das ciências modernas*. Tradução de Max Altman. São Paulo: editora 34, 2002.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TREVES, Renato. *Sociologia do direito: origens, pesquisas e problemas*. 3.ed. Tradução de Marcelo Branchini. Barueri: Manole, 2004.

WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. 13.ed. Tradução de Leonidas Hegenberg e de Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2005.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Tradução de José Cerezo Mir. Montevideo: Julio Cesar Faire, 2001.

WÜRTEMBERGER, Thomas. *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*. Milano: Giuffrè, 1965.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

# SOBRE A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA CHEIA

RICARDO SOARES STERSI DOS SANTOS\*

## RESUMO

A instauração da arbitragem por meio da cláusula compromissória depende da existência de certos pressupostos e requisitos estabelecidos na ordem jurídica. No Brasil apenas a cláusula arbitral “cheia” autoriza a imediata instauração da arbitragem e os seus requisitos específicos obrigatórios são os mesmos do compromisso arbitral.

Palavras-chave: Convenção de arbitragem. Cláusula compromissória. Pressupostos e requisitos da cláusula compromissória “cheia”.

## 1. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

A convenção de arbitragem pode ser definida como um acordo de vontade, normalmente por escrito, estabelecido por partes com capacidade para contratar em que estas atribuem competência a um ou mais árbitros para solucionar, por meio da arbitragem, certos litígios presentes ou futuros oriundos das relações contratuais ou extracontratuais indicadas na referida convenção de arbitragem. O aludido conceito está

---

\* Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professor dos Cursos de Graduação e de Pós-graduação em Direito da UFSC.

inspirado no disposto no artigo II, inciso 1, da Convenção de Nova Iorque<sup>1</sup> e no artigo 7º, inciso 1, da Lei Modelo do Uncitral para Arbitragem Comercial Internacional.<sup>2</sup>

A partir do conceito podem ser identificadas algumas das características da convenção de arbitragem: a) autonomia da vontade; b) natureza contratual; c) capacidade para contratar; d) forma escrita; e) solução de litígios já existentes ou ainda que possam vir a existir; f) limites da arbitrabilidade; g) limites da competência do árbitro.

- a) No que tange a autonomia da vontade, a convenção de arbitragem é constituída a partir da manifestação da vontade das partes (pessoas físicas ou jurídicas, privadas ou públicas) quanto à escolha da arbitragem, do árbitro e do conteúdo da convenção de arbitragem (opção quanto às normas que deverão ser aplicadas pelo árbitro);
- b) A natureza contratual decorre dos aspectos da teoria geral dos contratos encontrados na convenção de arbitragem, tais como a bilateralidade ou a multilateralidade, a onerosidade, a consensualidade. Marani ressalta que a natureza jurídica da convenção de arbitragem não é unicamente contratual mas mista, uma vez que a mesma possui pressupostos e requisitos de direito material e de direito processual, ou seja, ainda que implique na aplicação dos princípios gerais contratuais, vinculados ao direito substancial, também utiliza parâmetros processuais, ao estabelecer o encadernamento dos atos necessários para se operar a resolução do conflito pelo árbitro, além de atribuir competência a este;<sup>3</sup>
- c) Em relação à capacidade para contratar, as partes que celebram a convenção de arbitragem necessitam da capacidade legal exigida na ordem jurídica para celebrar contratos e, conseqüentemente, para pactuar a própria convenção de arbitragem;
- d) A forma escrita é geralmente exigida pelo ordenamento jurídico com o intuito de facilitar a prova da existência da convenção de arbitragem bem

---

1 “Art. II [...]

1 – Cada Estado Contratante reconhece a convenção escrita pela qual as partes se comprometem a submeter a uma arbitragem todos os litígios ou alguns deles que surjam ou possam surgir entre elas relativamente a uma determinada relação de direito, contratual ou não contratual, respeitante a uma questão suscetível de ser resolvida por via arbitral.”

2 “Art. 7 [...]

1 – Convenção de arbitragem é uma convenção pela qual as partes decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos ou a surgir entre elas com respeito a uma determinada relação jurídica, contratual ou extracontratual. Uma convenção de arbitragem pode revestir a forma de uma cláusula compromissória num contrato ou a de uma convenção autônoma.”

3 MARANI, 1966, p. 92-93.

como do seu conteúdo, dificultando o surgimento de incertezas quanto à identificação das partes e o seu objeto;

- e) A convenção de arbitragem atinge litígios já existentes ou os que possam vir a surgir entre as partes que a celebraram. Indica, assim, que tanto os litígios presentes quanto aqueles futuros e incertos (hipotéticos) compõem o objeto da convenção de arbitragem. Por outro lado, a convenção de arbitragem também tem o condão de limitar os efeitos da sentença arbitral apenas às partes celebrantes (limites subjetivos da coisa julgada). Caso terceiro seja atingido pelos efeitos decorrentes da sentença arbitral, poderá se socorrer da via judicial para salvaguardar os direitos subjetivos;
- f) A convenção de arbitragem limita a matéria objeto do conflito às relações jurídicas de natureza contratuais e as relações jurídicas de natureza extracontratuais. Dessa forma, a arbitragem está atrelada, quanto ao seu objeto, às matérias admitidas no ordenamento jurídico como sendo arbitráveis.<sup>4</sup>
- g) O pacto arbitral também delimita a competência do árbitro ao atribuir a este a jurisdição para a decisão quanto ao mérito do conflito afastando, dessa forma, a competência dos órgãos do Poder Judiciário. Quanto ao estabelecimento da competência, certos autores entendem que a convenção de arbitragem válida gera um duplo efeito, dito positivo e negativo.<sup>5</sup> O primeiro dos efeitos, dito negativo, se caracteriza pelo fato de ser retirada da competência dos órgãos do Poder Judiciário a possibilidade de julgamento do mérito do conflito. Em outras palavras, a convenção de arbitragem válida afasta a utilização da forma judicial na resolução do conflito. Caso qualquer dos litigantes busque a solução do litígio via Poder Judiciário, facultará ao seu oponente apresentar, perante o órgão judicial, defesa processual com a alegação da existência de convenção de arbitragem que, uma vez acolhida, levará a extinção do processo judicial sem a resolução do mérito e a remessa das partes ao órgão jurisdicional (árbitro) que detém a competência para conhecer o mérito. O segundo dos efeitos, dito positivo, se caracteriza pela atribuição, ao árbitro, da competência para julgar o mérito do conflito. Para Rozas, além da atribuição da competência de julgar o mérito do conflito, as partes também reconhecem a obrigação

4 No Brasil são as questões contratuais e extracontratuais oriundas dos direitos patrimoniais disponíveis, conforme o artigo 1º da Lei nº 9307 de 23 de setembro de 1996 – Lei de Arbitragem Brasileira (LAB);

5 Quanto ao duplo efeito da convenção de arbitragem verificar em: KROETZ, 1998, p. 131; CAIVANO, 1993, p. 116; VALENÇA FILHO, 2002, p. 60-76.

de resolver suas diferenças pela via arbitral.<sup>6</sup> Entende-se, assim, que a celebração de convenção de arbitragem válida importa na delimitação do exercício da jurisdição sobre determinado conflito, subtraindo-se o litígio dos órgãos do Poder Judiciário e delegando-o ao árbitro. Nas palavras de Carmona:

[...] a convenção de arbitragem tem um duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as, reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são os de derogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros.<sup>7</sup>

A competência advinda da arbitragem é especial, distinta daquela estabelecida aos órgãos do Poder Judiciário. Em ambos os casos, entretanto, verifica-se o exercício da jurisdição. O que ocorre é que os ordenamentos jurídicos facultam às partes a possibilidade de estabelecer a competência do árbitro por meio da celebração de convenção de arbitragem válida, deslocando a jurisdição para o árbitro. Conforme Nery Junior, aquilo que é retirado pela convenção de arbitragem é “[...] o acesso à via judicial, mas não à jurisdição. Não se poderá ir à justiça estatal, mas a lide será resolvida pela justiça arbitral.”<sup>8</sup>

Destaque-se que se a competência do árbitro é especial encontrando-se, entretanto, limitada por um critério material, designado arbitrabilidade. O árbitro detém a competência para julgar os litígios cujas matérias tenham sido autorizadas pelas partes (na convenção de arbitragem) e que não sejam contrárias à ordem pública.

A convenção de arbitragem é na legislação brasileira um gênero que comporta duas espécies: a cláusula compromissória (também designada como cláusula arbitral) e o compromisso arbitral. Importante é destacar que atualmente certas legislações utilizam exclusivamente a idéia de convenção de arbitragem não realizando qualquer referência a cláusula arbitral ou ao compromisso.<sup>9</sup>

6 Este último efeito positivo é reconhecido por: ROZAS, 1996, p. 484-485.

7 CARMONA, 1998, p. 73.

8 NERY JUNIOR, 1996, p. 84.

9 Como, por exemplo, o artigo 9, inciso 1, da Lei n.º 60, de 23 de dezembro de 2003 – Lei de Arbitragem da Espanha: “Artículo 9. [...]”

1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.”

## 2. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Na celebração de um contrato, as partes podem buscar subtrair, do Poder Judiciário, a competência para resolver futuros litígios oriundos de uma relação jurídica contratual bem como atribuí-la a um ou mais árbitros. A este tipo de cláusula, que estabelece a competência do árbitro para julgar o mérito de conflitos ainda não surgidos atribui-se a designação de cláusula compromissória.

Na Lei nº 9307 de 23 de setembro de 1996 – Lei de Arbitragem Brasileira (LAB) o conceito de cláusula compromissória está estabelecido na própria legislação.<sup>10</sup>

Rocha aponta que na cláusula compromissória as partes “[...] submetem ao julgamento do árbitro conflitos futuros, que podem nascer do cumprimento ou interpretação das relações jurídicas estabelecidas por contrato.”<sup>11</sup>

Sobre a aplicabilidade da cláusula compromissória, Pucci ensina que:

No momento de sua estipulação em um contrato ainda não surgiu qualquer conflito, as partes ainda não têm conhecimento de qual será a controvérsia, e mesmo se o conflito acontecerá, isto é, não têm sequer a certeza de que haverá qualquer disputa.<sup>12</sup>

No que tange a sua formação, a cláusula compromissória tanto pode estar inserida dentro do contrato, como cláusula contratual, bem como encontrar-se prevista em instrumento anexo, distinto, que faça referência ao contrato principal ao qual se encontre vinculada.

Apesar da sua vinculação ao contrato principal, a cláusula arbitral é autônoma em relação a aquele. Existe uma clara distinção entre o conteúdo e o objeto da cláusula e do contrato principal, para sustentar a idéia da autonomia.

O princípio da autonomia da cláusula compromissória importa que ela esta regulada por regras jurídicas próprias, no que diz respeito à sua validade e eficácia, normas estas que podem ser distintas das normas de validade e de existência aplicáveis ao contrato principal. Dessa maneira têm-se que o reconhecimento de eventuais nulidades do contrato principal não implicam necessariamente na existência de nulidades na cláusula.

10 “Art. 4º – A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam a vir a surgir, relativamente a tal contrato”.

11 ROCHA, 1998, p. 59-60.

12 PUCCI, 1997, p. 65.

É possível, entretanto, que em determinadas situações os vícios apontados para o contrato principal também possam ter contaminado o instrumento acessório (cláusula compromissória), principalmente nas situações em que a cláusula tenha sido celebrada em conjunto com o negócio jurídico principal.<sup>13</sup>

A aplicação do princípio da autonomia da cláusula arbitral garante, ao árbitro, a competência para decidir sobre as questões atinentes à validade e existência do contrato principal e da própria cláusula.

Reconhecendo o árbitro, como matéria prejudicial ao julgamento do mérito, que a cláusula é nula, decidirá pela impossibilidade do instrumento de escolha da arbitragem produzir qualquer efeito jurídico, reconhecendo, assim, a sua incompetência para julgar o conflito ao promover a extinção do processo arbitral sem a resolução do mérito. Reconhecida a nulidade da cláusula compromissória pelo árbitro, o mérito do conflito deverá ser solucionado por meio de outras formas de resolução de conflitos, inclusive a forma judicial.

Outras possibilidades se apresentam quando o árbitro aprecia a pretensão da parte e reconhece a validade da cláusula. Nessa hipótese, as eventuais causas de nulidade do contrato principal também deverão ser apreciadas e julgadas pelo árbitro após ter reconhecido previamente a sua competência para apreciar o mérito do conflito.

Do princípio da autonomia decorre outro princípio importante da arbitragem que é o da competência-competência.

Para Guerreiro:

[...] se se aceita a autonomia de tal estipulação, dissociando-se a convenção arbitral do próprio contrato, os árbitros estarão habilitados a dirimir pretensões das partes acerca da nulidade ou anulabilidade do contrato principal sem que sua competência entre em jogo, salvo hipóteses excepcionais.<sup>14</sup>

O princípio da competência-competência assegura ao árbitro o poder de decidir a respeito da sua própria competência. Essa competência atinge as questões atinentes à capacidade para julgar (capacidade para ser árbitro nos termos da legislação aplicável); a interpretação da extensão dos poderes que foram atribuídos na convenção de arbitragem e a respectiva eficácia; a verificação da arbitrabilidade do litígio

13 Como, por exemplo, nas situações de vícios tais como: erro, dolo, coação, simulação ou até de fraude contra credores.

14 GUERREIRO, 1993, p. 54-55.

que está sendo submetido;<sup>15</sup> todos os incidentes atinentes à impugnação da existência, extensão, validade e efeitos da convenção de arbitragem. Conforme Redfern e Hunter, são várias as legislações que adotam os referidos princípios, principalmente nos casos de arbitragem internacional.<sup>16</sup>

É preciso destacar que os princípios da autonomia e da competência-competência não são absolutos e não devem ser adotados, necessariamente, em todos os casos como, por exemplo, nas situações em que uma das partes venha a alegar e demonstrar não ser parte no contrato principal e, assim, na própria cláusula arbitral. Dessa maneira a aplicação irrestrita e absoluta do princípio da autonomia e da competência-competência poderia gerar hipóteses em que o árbitro viesse a julgar com base numa competência inexistente, em razão da impossibilidade jurídica de aplicação dos efeitos da cláusula compromissória para a parte que não participou ou não aceitou a sua celebração.

Para David, a instituição da arbitragem, no âmbito do comércio internacional, encontra-se basicamente alicerçada na cláusula compromissória em razão da maior facilidade para a obtenção de um consenso das partes quando da sua celebração.<sup>17</sup>

A maior das vantagens da cláusula parece ser aquela de poder estabelecer a competência do árbitro quanto ao mérito do litígio e de subtraí-la dos órgãos do Poder Judiciário, anteriormente à existência do próprio conflito. Assim, não importa quantos conflitos possam vir a surgir decorrente da relação jurídica pactuada, pois a existência da cláusula arbitral válida remeterá a solução de todos os litígios ao árbitro.

A cláusula compromissória oriunda do consenso e da vontade das partes irá atribuir a competência ao árbitro para resolver o mérito de todos os conflitos futuros decorrentes de uma determinada relação contratual, desde que respeitados os pressupostos e requisitos para a configuração da existência, validade e eficácia da cláusula.

É certo que durante a celebração do contrato onde deverá estar inserida a cláusula arbitral (como cláusula contratual ou em anexo próprio) as partes, de boa-fé, estão envoltas por um ambiente de cooperação. Nesse momento os contratantes não se encaram como potenciais adversários no futuro (até porque não esperam que da relação contratual surjam conflitos) e sim como partícipes na construção de um negócio jurídico que interessa a ambos. É também nesse quadro de colaboração, compreensão e entendimento mútuo que está se pactuando a cláusula compromissó-

15 O litígio poderá não ser arbitrável em razão da matéria não ser autorizada pela legislação (violação da ordem pública) ou, ainda, em virtude das partes não terem previsto a competência do árbitro para a referida matéria, quando da celebração da convenção de arbitragem.

16 REDFERN; HUNTER, 1999, p. 156. No mesmo sentido: RECHSTEINER, 2001, p. 53.

17 DAVID, 1981, p. 233. No mesmo sentido: STRENGER, 1998, p. 36;

ria (instrumento pelo qual as partes atribuem ao árbitro a competência para decidir os conflitos que hipoteticamente venham a surgir decorrentes da relação contratual principal) como o método escolhido para dirimir os eventuais conflitos futuros.

A possibilidade da obtenção de um consenso entre as partes, quando da celebração de uma cláusula compromissória, é muito maior que nas hipóteses de um compromisso arbitral (onde as partes já estão diante de um litígio pré-existente e já não se encaram como colaboradores, mas como adversários), em razão da existência de uma relação mais harmoniosa entre os celebrantes na primeira opção.

Se a inserção de cláusula arbitral nas relações jurídicas contratuais denota certas vantagens, há que se vislumbrar também possíveis dificuldades. De acordo com Rocha:

A cláusula compromissória envolve riscos maiores do que o compromisso porque, quando as partes a estipulam, ignoram a natureza, dimensões e conseqüências do litígio ou litígios que podem surgir em decorrência do cumprimento e interpretação do contrato.<sup>18</sup>

Entenda-se que as partes, após o surgimento do litígio, poderão vir a constatar que a arbitragem não se configura a melhor forma de composição das diferenças ou mesmo que as regras apontadas na cláusula não são as mais adequadas para se aplicar na resolução do litígio, fato esse que anularia algumas das vantagens preconizadas para o instituto.

Diante dessa situação e de outras questões, como a natureza jurídica da cláusula compromissória, certas legislações não estabelecem a possibilidade de instauração do juízo arbitral a partir dela e somente a partir do compromisso arbitral, ou seja, após o surgimento do conflito.<sup>19</sup>

Conforme Rocha, uma das interpretações utilizadas para negar a possibilidade de instauração da arbitragem a partir da cláusula é o seu enquadramento como mera promessa de contratar, ou ainda como contrato preliminar, sendo o compromisso arbitral designado como o contrato.<sup>20</sup>

18 ROCHA, 1998, p. 60

19 É o caso da legislação Argentina (**Código Procesual Civil y Comercial de la Nación – Argentina** – Ley nº 17454), apesar do entendimento diverso de autores como Grigera Naón que entende que diante da ratificação pela Argentina da Convenção de Nova Iorque de 1958, a exigência de instituição do juízo arbitral apenas por meio do compromisso arbitral não se aplicaria nas hipóteses de arbitragem comercial internacional estabelecida pelo Tratado.

20 ROCHA, 1998, p. 63.

Para parte da doutrina no Brasil, a cláusula compromissória cria para as partes a obrigação de declaração de vontade posterior, após o surgimento do conflito.<sup>21</sup> Essa declaração de vontade posterior seria realizada por meio da celebração do compromisso arbitral. Por essa interpretação, em sendo acordada cláusula arbitral numa relação jurídica de natureza contratual e, posteriormente, vindo a surgir qualquer conflito oriundo dessa mesma relação jurídica, as partes teriam que realizar o procedimento estabelecido no ordenamento jurídico, para buscar celebrar o compromisso arbitral e, somente a partir dele, instaurar a arbitragem.<sup>22</sup> Caso qualquer das partes se opusesse à celebração do compromisso arbitral, facultar-se-ia à parte desejosa de promover a instauração da arbitragem utilizar os mecanismos legais próprios para a execução da cláusula compromissória. Contrariamente a este posicionamento a jurisprudência no Brasil vem firmando interpretação no sentido de reconhecer a cláusula compromissória cheia como instrumento hábil à imediata instauração do juízo arbitral indendente da sua substituição pelo compromisso arbitral.<sup>23</sup> Dessa forma os dispositivos indicados nos artigos 6º e 7º da LAB seriam aplicáveis nas hipóteses, por exemplo, de celebração das chamadas cláusulas compromissórias vazias.

### 3. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA CHEIA E SEUS PRESSUPOSTOS E REQUISITOS OBRIGATÓRIOS

Contrariamente à posição anteriormente indicada de que a cláusula arbitral é mera promessa de contratar e de que necessita ser substituída pelo compromisso arbitral, após o surgimento do conflito, parte da doutrina no Brasil reconhece a possibilidade de instauração imediata do juízo arbitral a partir da cláusula cheia (ou completa).<sup>24</sup> Nessa hipótese se reconhece, conforme Lee, a auto-suficiência da cláusula.<sup>25</sup>

A partir dessa corrente doutrinária, tem-se que a natureza jurídica da cláusula arbitral é a de um contrato e não de mera promessa de contratar, sendo, dessa forma, instrumento hábil para a instauração imediata do juízo arbitral desde que constatada

21 FURTADO; BULOS, 1998, p. 45 e 48; ALVIM, 2002, p. 52-53; ROCHA, 1998, p. 62-64.

22 Composição extrajudicial do compromisso arbitral pelas partes (artigo 6º da Lei nº 9307/96) e, na sua impossibilidade, suprimento de vontade da parte recalcitrante pelo Poder Judiciário por meio de sentença constitutiva com conteúdo de compromisso arbitral (artigo 7º da Lei nº 9307/96).

23 Exemplo de julgados nesse sentido: a) Tribunal de Justiça de São Paulo – A.I. 124.217.4/0-00, j. em 16/9/1999; b) Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – Ap. 2001.001.2880, j. em 30/04/2002. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br> e <www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 23 mai. 2007.

24 CARMONA, 1998, p. 96 e 99; STRENGER, 1998, p. 45; LEE, 2002, p. 89; WALD, 2002, p. 147-156; FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 182-184; ROQUE, 1997, p. 53-54.

25 LEE, 2002, p. 83-84.

a presença de certos pressupostos e requisitos necessários para configurá-la como cláusula cheia.

Para analisar os requisitos da cláusula cheia é preciso apresentar, por primeiro, os pressupostos genéricos de validade e existência da convenção de arbitragem para, num segundo momento, discorrer sobre os requisitos obrigatórios e facultativos.

Para os pressupostos genéricos de validade e existência da cláusula compromissória (que também se aplicam aos compromissos arbitrais), previstas no direito material, têm-se a exigência: a) do documento escrito; b) da existência da capacidade dos celebrantes; c) da existência de um objeto lícito associado à arbitrabilidade da matéria.<sup>26</sup>

Quanto à obrigatoriedade da forma escrita, tal exigência decorre do artigo 4º, parágrafo 1º, da LAB.<sup>27</sup> O documento escrito facilita a comprovação da existência e do conteúdo da cláusula. Esse pode ser obtido em razão do intercâmbio de comunicação escrita pelas partes como, por exemplo, por meio de cartas, telex, telegramas, correio eletrônico, *fac-símiles* (fax).

Questiona-se, por vezes, se a legislação não deveria estabelecer outros pressupostos formais além da forma escrita, como a exigência da assinatura dos celebrantes. Para Rozas,<sup>28</sup> “[...] a ausência de assinatura [...] responde às necessidades criadas pela novas técnicas aplicadas à contratação, que exigem flexibilizar os requisitos formais dos pactos de longa distância.”<sup>29</sup>

A exigência formal da assinatura poderia tornar extremamente difícil a celebração da cláusula quando as partes não tivessem possibilidade de estarem reunidas num mesmo local, ao mesmo tempo. É certo que por um lado se agregaria um novo elemento de prova da manifestação de vontade das partes na escolha da arbitragem assim como sobre a autoria material e o conteúdo do documento. Por outro lado, entretanto, haveria uma limitação em relação à possibilidade da celebração de cláusula compromissória à distância, limitando-a as situações entre partes presentes, em desacordo com a realidade da prática contratual moderna.

Com o grande desenvolvimento das técnicas de comunicação, torna-se cada vez mais rara a celebração de negócios em que as partes estejam no mesmo local simultaneamente, já que se vivenciam hoje a era dos contratos celebrados por fax (*fac-símiles*), correio eletrônico, telefone, vídeo-conferência, telex. Em razão dessa re-

26 Pressupostos previstos no artigo 104 da Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil Brasileiro.

27 “Art. 4º [...]”

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito [...]”.

28 ROZAS, 1996, p. 484

29 Tradução livre do autor de: [...] *la ausencia de firma [...] responde a las necesidades creadas por las nuevas técnicas aplicadas a la contratación, que exigen flexibilizar los requisitos formales en los pactos a larga distancia.*

alidade, a legislação e a jurisprudência dos Estados devem estar sempre adequadas para propiciar uma interpretação mais maleável dos requisitos formais da convenção de arbitragem, buscando não criar entraves excessivos à sua utilização.

Conforme Lee, “[...] os progressos realizados nos meios de comunicação suscitam uma interpretação liberal da exigência da peça escrita, então nesse momento se poderia atestar a sua existência ou tirar ‘a prova por um texto’”.<sup>30</sup>

Outro dos pressupostos de validade da cláusula é a exigência de sua celebração entre partes capazes, mediante a manifestação livre do consentimento nos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

De acordo com Redfern e Hunter, a parte que dispõe de capacidade para contratar, em geral, detém também a capacidade para celebrar convenção de arbitragem.<sup>31</sup>

A capacidade das partes para celebrar a cláusula arbitral implica no reconhecimento jurídico de que estas detêm o direito de realizar a opção de vincular-se ou não a uma obrigação de natureza jurídica contratual-processual, pela qual se comprometem a resolver os litígios futuros por meio da arbitragem.

Fiúza, interpretando os limites da capacidade das partes em celebrar a convenção de arbitragem, aponta que “As partes compromitentes devem ser capazes, tanto genérica, quanto negocialmente. Em outras palavras, devem ser maiores e possuir a livre disposição de seus bens”.<sup>32</sup>

A capacidade no Brasil encontra-se delimitada pelas regras de direito material e são aplicáveis às pessoas físicas e jurídicas. Nos casos dos absolutamente incapazes ou dos relativamente incapazes que celebram a cláusula arbitral, a validade da convenção levará em conta dois fatores: a existência da participação do representante legal, preenchidos os requisitos previstos na lei (assistência ou representação) e a autorização legal (em regra judicial) para que o assistente (nos casos dos relativamente incapazes) ou o representante (nos casos dos absolutamente incapazes) firmem a cláusula. Para as hipóteses de pessoas jurídicas a verificação da capacidade levará em conta os poderes do representante legal. Sendo a cláusula arbitral celebrada por representante legal que não detém poderes para a prática do ato e não tendo ocorrido à ratificação do negócio jurídico por quem detenha os poderes, a convenção de arbitragem será nula.

30 LEE, 2002, p. 70.

31 REDFERN; HUNTER, 1998, p. 144.

32 FIÚZA, 1996, p. 94.

Uma das questões controvertidas da arbitragem diz respeito à capacidade das pessoas jurídicas de direito público de celebrar convenção de arbitragem e, conseqüentemente, subtrair-se à jurisdição do próprio Poder Judiciário, delegando-a aos árbitros.<sup>33</sup>

Algumas legislações criam entraves e proibições para que o Estado e seus órgãos ou as empresas de economia mista possam celebrar convenção de arbitragem nas suas relações jurídicas com particulares e, conseqüentemente, deixar de resolver os litígios por meio do Poder Judiciário. Trata-se de um princípio secular em que o Estado não pode se encontrar sujeito à outra jurisdição, senão a dos seus próprios tribunais. No âmbito internacional essa premissa é sustentada, segundo Miranda, pelo princípio da imunidade de jurisdição, garantida pelo artigo 2º da Carta das Nações Unidas.<sup>34</sup>

Conforme Mello, a imunidade de jurisdição do Estado advém do direito à independência e da igualdade jurídica e era, até o século XIX, admitida como absoluta.<sup>35</sup> Atualmente a imunidade de jurisdição do Estado vem sendo relativizada e sua tendência moderna utiliza a distinção entre os atos *jure imperii* e os atos *jure gestionis*. Essa relativização do conceito de imunidade de jurisdição acompanha as transformações que Salcedo informa estarem se operando na própria noção de soberania, principalmente em matéria de direitos fundamentais.<sup>36</sup>

Os atos *jure imperii*, ou atos de autoridade, decorrem dos atos legislativos; atos de atividade diplomática; atos relativos às forças armadas; atos de administração interna; atos decorrentes dos empréstimos públicos contraídos no exterior. Já os atos *de jure gestionis*, ou atos de gestão, são aqueles que o Estado pratica a representação de comércio, atuando como pessoa jurídica de direito privado. Para os atos de autoridade raramente se admite a permissão do Estado de se submeter à arbitragem privada.

O mesmo princípio não se aplica para os atos industriais e comerciais, portanto, de gestão, onde o Estado atua como particular, realizando atos de comércio. Para essas hipóteses é comum que os ordenamentos jurídicos autorizem os Estados a celebrarem convenção de arbitragem e, em conseqüência, se submeterem à jurisdição privada.

Para Magalhães, ao tratar da capacidade do Estado em celebrar convenção de arbitragem, nos atos de natureza privada está “[...] reconhecido ao Estado o direito de

33 Para parte da doutrina a questão não deve ser enfocada no campo da capacidade e sim no campo da arbitralidade subjetiva. Nesse sentido, LEE, 2002, p. 52-60; FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, 1996, p. 328-345. Em contrário, tratando a questão no âmbito de capacidade: MAGALHÃES, 1988, p. 101-117.

34 MIRANDA, 1995, p. 251.

35 MELO, 1982, p. 317.

36 SALCEDO, 1976, p. 77-103.

contratar na ordem privada, isto é, fora das normas do direito administrativo, a consequência natural será admitir-se sua plena capacidade para comprometer-se [...]” em relação à escolha da arbitragem, como forma de resolução dos conflitos oriundos dessas relações contratuais.<sup>37</sup>

Por fim, o último dos pressupostos genéricos de validade é a arbitrabilidade (objeto lícito) que delimita as matérias (objeto) que podem ser dirimidas por meio da arbitragem. Para Redfern e Hunter<sup>38</sup> “Arbitrabilidade [...] envolve a determinação de quais tipos de disputa podem ser resolvidas por arbitragem e quais pertencem exclusivamente ao domínio dos tribunais.”<sup>39</sup>

As matérias arbitráveis podem ser conectadas com questões de direito público<sup>40</sup> como de direito privado. No âmbito do direito privado, cada Estado estabelece em sua legislação as matérias que podem ser objeto de arbitragem, levando em conta os princípios políticos, econômicos e sociais vigentes na sociedade.

Certos direitos, que são reputados num dado momento histórico como sendo mais sensíveis para a sociedade e que demandam uma proteção direta pelo próprio Estado, tendem a ser retirados da esfera arbitral e mantidos dentro do domínio exclusivo do Poder Judiciário. São as denominadas matérias não arbitráveis.

Conforme apontam Redfern e Hunter:<sup>41</sup>

Os legisladores e tribunais de cada país devem balancear a importância interna da conservação de matérias de interesse público dos tribunais com o maior interesse público geral da promoção de negócios e comércio e das resoluções de disputas.<sup>42</sup>

Lee entende que, atualmente, no mundo ocorre uma maior permissão das questões arbitráveis, fazendo com que as matérias não sujeitas à arbitragem sejam exceção, apesar de acreditar que essa não seja a regra vigente nas legislações de certos países latino-americanos, incluindo o Brasil, onde as limitações sobre a matéria ar-

37 MAGALHÃES, 1988, p. 104.

38 REDFERN; HUNTER, 1998, p. 148.

39 Tradução livre do autor para: “*Arbitrability [...], involves determining which types of disputes may be resolved by arbitration and which belong exclusively to the domain of the courts.*”

40 Para arbitragem de Direito Público, especialmente no Direito Internacional, recomenda-se, entre vários autores: CHAPAL, 1967, p. 34-50; PAZARTZIS, 1992, p. 54-64.

41 REDFERN; HUNTER, 1998, p. 148

42 Tradução livre do autor para: “*The legislators and courts in each country must balance the domestic importance of reserving matters of public interest to the courts against the more general public interest in promoting trade and commerce and the settlement of disputes.*”

bitrável preponderariam.<sup>43</sup> De qualquer maneira, há que se reconhecer que somente as questões que estão autorizadas pela ordem jurídica podem ser objeto da cláusula compromissória.

Para Rechsteiner:

A questão de determinar quais são as lides suscetíveis à arbitragem internacional é de fundamental importância na prática, pois, se tal não for o caso, de acordo com a legislação na sede do tribunal arbitral, a convenção de arbitragem será nula.<sup>44</sup>

Destaque-se que a inserção de questão não arbitrável na convenção de arbitragem permite que qualquer das partes venha a pleitear a sua invalidade, no processo arbitral.

No âmbito do direito comparado, os assuntos não sujeitos à arbitragem estão, em regra, associados aos direitos indisponíveis, enquanto as matérias arbitráveis encontram-se associadas aos direitos disponíveis.<sup>45</sup> Por vezes, tal classificação é insuficiente para delimitar a arbitrabilidade, diante de uma gama de matérias reputadas como “sensíveis”, ainda que versem sobre direitos disponíveis.<sup>46</sup>

No Brasil a arbitrabilidade objetiva está prevista no artigo 1º da LAB, que autoriza a utilização da arbitragem na resolução de conflitos decorrentes da aplicação dos direitos patrimoniais disponíveis.

Os direitos disponíveis são aqueles que o ordenamento jurídico assegura que sejam exercidos livremente pelos seus titulares. São direitos cujos titulares podem alienar, transacionar ou renunciar, ou seja, livremente dispor. A própria idéia de transação, ainda que seja uma das características da disponibilidade do direito, é utilizada por certas legislações como o elemento delimitador da arbitrabilidade do litígio.<sup>47</sup>

43 LEE, 2002, p. 65.

44 RECHSTEINER, 2001. p. 54.

45 Por exemplo: O artigo 1º, inciso 1, da Lei nº 31, de 29 de agosto de 1986 – Lei de Arbitragem voluntária de Portugal – admite arbitragem para matérias que não versam sobre direitos indisponíveis; o artigo 2, inciso 1, da Lei nº 60, de 23 de dezembro de 2003 – Lei de Arbitragem da Espanha – permite a arbitragem sobre as matérias nas quais as partes tenham a livre disposição do direito.

46 Sobre matérias reputadas sensíveis para arbitragem ver em: FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, 1996, p. 357-373; REDFERN; HUNTER, 1998, p. 149-154. São exemplos adotados pelos autores: propriedade industrial; matéria antitruste e direito de concorrência; contratos de seguro; direito do consumidor e certos aspectos dos direitos laborais.

47 Como, por exemplo: Artigo 737 da Lei nº 17454 – Código de Processo Civil e Comercial da Argentina; e o artigo 476 da Lei nº 15982 – Código Geral de Processo do Uruguai.

Os direitos patrimoniais estão associados ao conteúdo econômico de certas relações jurídicas em que figuram como sujeitos uma ou mais pessoas (física ou jurídica). A mera possibilidade de mensuração pecuniária da relação jurídica, entretanto, não é suficiente para tornar a matéria arbitrável. É preciso que o direito também seja disponível pelo seu titular, ou seja, negociável. Dessa forma, certos direitos como os personalíssimos, os de poder e as ações de estado estão excluídos da arbitragem diante da sua indisponibilidade.

A mera associação da arbitrabilidade com os direitos patrimoniais disponíveis não garante, contudo, que não venham a surgir dificuldades para categorizar se determinados direitos, ainda que patrimoniais, são ou não disponíveis e, portanto, arbitráveis. A questão deverá ser suscitada inicialmente perante o árbitro, durante o procedimento arbitral, que analisará a arbitrabilidade do litígio em consonância com a ordem pública. Reconhece-se, contudo, que a palavra final sobre a matéria poderá ser incumbência dos órgãos do Poder Judiciário.<sup>48</sup>

Além dos pressupostos de existência e de validade da cláusula arbitral no Brasil, será também preciso analisar os requisitos para a configuração da cláusula cheia.

Um dos requisitos que pode ser designado como genérico (aplicável à convenção de arbitragem) é o consentimento das partes.

Para Abreu Filho, o consentimento “nada mais é que a harmonização de duas ou mais vontades sobre o objeto de uma determinada relação jurídica”.<sup>49</sup> Logo o consentimento dos contratantes se caracterizaria pela combinação de vontades efetuadas por meio de proposta e concordância quanto à celebração da cláusula arbitral e quanto ao seu conteúdo. Na celebração da cláusula, o consentimento das partes deve ser livre para que seja válido. Para que isso ocorra, deverá ser realizado sem a existência de qualquer vício que porventura venha a desqualificar a manifestação de vontade.<sup>50</sup>

Um dos problemas que poderão vir a surgir, quanto ao consenso das partes, diz respeito à situação em que não esteja clara a escolha da arbitragem como a forma apta para dirimir o conflito. Nessas hipóteses, há necessidade de se interpretar se houve ou não manifestação de vontade das partes quanto à escolha da arbitragem e,

48 Por meio da ação de nulidade da sentença arbitral, fundamentada na nulidade da convenção de arbitragem; mediante recurso contra a sentença arbitral (nos casos das legislações que prevejam uma instância judicial ou arbitral recursal para a instância arbitral), da ação de embargos à execução da sentença arbitral ou, ainda, mediante defesa oposta contra ação de reconhecimento e execução de sentença arbitral estrangeira.

49 ABREU FILHO, 1995, p. 125-126.

50 Os vícios que desqualificam o consentimento são: erro, dolo e coação. Os vícios sociais (simulação e fraude contra credores) também podem vir a gerar a anulação da convenção de arbitragem.

ainda, proceder à verificação se esta escolha foi livre, ou seja, não passível de qualquer vício de consentimento.

Também se exige que a cláusula arbitral seja redigida de maneira clara, demonstrando a intenção das partes em se submeter à arbitragem e em afastar a competência do Poder Judiciário em relação ao mérito do conflito. A redação de cláusula obscura, contraditória ou que gere qualquer dúvida quanto à escolha da arbitragem pode refletir no comprometimento da própria manifestação de consentimento das partes.

Para Fouchard, Gaillard e Goldman, a redação duvidosa ou contraditória pode levar à celebração de convenções de arbitragem patológicas ou de cláusulas combinadas que, conforme a interpretação, caracterizam a inconsistência, a incerteza ou a impossibilidade de se operar a cláusula arbitral. Podem ser tomados como exemplos às convenções que: designem uma instituição de arbitragem ou um árbitro inexistente; o façam de maneira errônea ou de forma insuficiente para a identificação do julgador; sejam redigidas como se a submissão à arbitragem fosse facultativa; indiquem um modelo de designação de árbitros inoperante; operem a redação conjunta, dentro da convenção de arbitragem, de uma cláusula de eleição de foro.<sup>51</sup>

O consentimento é essencial na celebração da convenção de arbitragem em razão da importância da referida escolha para o deslinde do litígio. Mas o consentimento das partes não se reflete apenas na escolha da arbitragem como forma de resolução do conflito. O consentimento atinge também a indicação da matéria que deverá ser objeto da arbitragem, ou seja, em relação às questões que as partes desejam resolver pela via arbitral. Em outras palavras, as partes também devem estabelecer, livremente, as questões litigiosas que desejam solucionar por meio da arbitragem, sendo que tais questões encontram-se limitadas pela ordem pública.

Além do consentimento (requisito genérico aplicável tanto à cláusula compromissória cheia quanto à vazia), existem outros requisitos reconhecidos como necessários para a constituição da cláusula cheia.

Rechsteiner sustenta que o requisito essencial é “[...] a designação da sede do tribunal arbitral bem como é recomendável ainda um acordo com relação a forma da escolha dos árbitros [...]”.<sup>52</sup>

Dessa maneira, além dos pressupostos e requisitos genéricos, a cláusula cheia demandaria outros requisitos obrigatórios, entre os quais se destacaria a indicação do árbitro ou do procedimento para se realizar a sua escolha.

51 FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, 1996, p. 283-290.

52 RECHSTEINER, 2001, p. 60.

Esse também é o posicionamento de outros doutrinadores no Brasil ao tratar da cláusula arbitral cheia, quando alertam sobre a necessidade de constar o nome do árbitro ou da forma de se realizar a sua escolha como requisito para se evitar a celebração da cláusula vazia, ou seja, inapta à imediata instauração do juízo arbitral.<sup>53</sup>

A cláusula compromissória vazia, designada por Fouchard, Gaillard e Goldman como cláusula branca é para os referidos autores toda cláusula que não indicar precisamente a forma de designação do árbitro.<sup>54</sup> Nas hipóteses em que as partes não apontem diretamente o árbitro ou não indiquem um procedimento de escolha (como a adesão ao regulamento de uma instituição de arbitragem onde esteja previsto um procedimento de escolha do árbitro) não há como se promover a imediata instituição do juízo arbitral, já que não se definiu a quem se atribuiu a competência para julgar o litígio.

Para que a cláusula arbitral não se configurasse como vazia bastaria, assim, que ela possuísse a prévia indicação do nome do árbitro ou do procedimento para que a escolha pudesse ser realizada (fato comum nas arbitragens institucionais). Importante ressaltar que essa distinção entre cláusula compromissória vazia e cheia não está prevista na legislação sendo apontada, entretanto, pela doutrina e jurisprudência.

Apesar da referida lógica sustentada pela doutrina no Brasil, em relação aos requisitos obrigatórios para a configuração da cláusula cheia, entendo que esse não se restringe a mera indicação do nome do árbitro ou do tocante à sua forma de escolha e sim para reconhecer que se tratam dos mesmos requisitos tidos como obrigatórios para o compromisso arbitral, a saber: a) a identificação das partes; b) a indicação da matéria objeto do conflito; c) a identificação do árbitro ou do procedimento para a realização da sua escolha; d) o apontamento do lugar onde deverá ser proferida a sentença arbitral.<sup>55</sup>

Tal posicionamento é sustentado a partir de uma interpretação sistêmica da LAB.

53 CARMONA, 1998, p. 96 e 99; STRENGER, 1998, p. 45; LEE, 2002, p. 89; WALD, 2002, p. 147-156; FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 182-184; ROQUE, 1997, p. 53-54.

54 FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, 1996, p. 286-290.

55 Previstos no artigo 10 da LAB:

Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

I – o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;

II – o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;

III – a matéria que será objeto da arbitragem; e

IV – o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

O artigo 3º da LAB reconhece a existência do gênero convenção de arbitragem que se encontra subdividido em duas espécies: cláusula compromissória e compromisso arbitral.<sup>56</sup>

Conforme David, alguma legislações não estabeleceram pressupostos de validade e requisitos diferenciados para a cláusula arbitral e o compromisso arbitral, submetendo-os a um mesmo regime designado como convenção de arbitragem.<sup>57</sup> Esse é o tratamento dado pela legislação brasileira. Verifica-se, por exemplo, que a exigência formal para ambos os institutos, no Brasil, aponta para a necessidade do documento escrito (seja por instrumento particular ou por escritura pública).<sup>58</sup> Em nenhum dos dois casos se faz a exigência da assinatura das partes ou de qualquer outro pressuposto diferenciado.

Por outro lado, seria inócuo estabelecer uma variedade maior de requisitos obrigatórios para o compromisso arbitral do que aqueles que se exige para a cláusula compromissória.

Como já se discorreu no presente texto, o número de arbitragens instituídas a partir da cláusula é muito maior do que aquelas advindas do compromisso, mesmo porque o ambiente de celebração dos referidos institutos em regra é distinto.<sup>59</sup>

Caso a interpretação da legislação apontasse para a exigência de requisitos diversos na pactuação da cláusula em relação ao compromisso estaria, em verdade, dificultando (e não facilitando) a instituição do juízo arbitral a partir dessa última hipótese (já que haveria a necessidade das partes se colocarem de acordo quanto a um número maior de requisitos, apesar de um relacionamento desgastado pela existência do conflito).

56 Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

57 DAVID, 1981, p. 275.

58 Conforme os artigos 4º, parágrafo 1º, e o artigo 9º, parágrafo 2º, da LAB:

Art. 4º [...]

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

Art. 9º [...]

§ 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

59 No momento de celebração da cláusula arbitral inexistente o conflito, diferentemente do momento de celebração do compromisso arbitral. Tal fato, por si só, torna a negociação para a pactuação do compromisso arbitral mais difícil.

A referida interpretação que se propõe não teria o condão de dificultar a celebração da cláusula arbitral cheia, como se verá, ao aplicar-se os mesmos requisitos exigidos para o compromisso.

Por primeiro, têm a exigência da identificação das partes. É importante lembrar que a cláusula arbitral está sempre vinculada a um contrato principal ao qual está inserida como cláusula contratual ou estabelecida em apartado, mas sempre conectada (relação acessória) à relação contratual principal. Assim sendo, não há como se conceber uma cláusula compromissória onde não se reconheça que são as partes, posto que são as mesmas que celebraram a relação contratual principal ao qual a cláusula se vincula. Parece claro, entretanto, que se as partes já foram suficientemente identificadas na relação contratual principal desnecessário será a sua identificação pormenorizada na cláusula ainda que essa seja celebrada em anexo.

Por segundo, tem-se a exigência da matéria objeto do litígio.

A matéria objeto do conflito possui conotações distintas nas hipóteses de cláusula compromissória e de compromisso arbitral. Na primeira situação os conflitos são hipotéticos e, caso venham a ocorrer, se revelarão no futuro enquanto no segundo caso os conflitos já existem e podem ser precisamente delimitados.

Quando da celebração da cláusula arbitral os contratantes não têm uma noção precisa quanto ao surgimento de litígios e, caso venham a existir, quais serão as respectivas matérias. Dessa forma, quando da celebração da cláusula a indicação da matéria objeto do conflito é genérica, associada apenas à relação jurídica principal com a qual a cláusula encontra-se conectada,<sup>60</sup> já que diante do ainda não surgimento dos conflitos não se pode individualizá-los previamente.<sup>61</sup>

A delimitação mais precisa do objeto litigioso ocorrerá quando da instituição do juízo arbitral em que o árbitro estará limitado pelas pretensões (pedidos) apresentadas pelas partes, analisando-as a partir da competência que lhe foi atribuída na cláusula arbitral bem como em relação aos parâmetros de arbitrabilidade estabelecidos pela ordem pública.

Por terceiro, tem-se a identificação do árbitro ou a forma de se promover a sua escolha. Como já foi indicado previamente, esse conteúdo é indispensável para a não caracterização da cláusula compromissória vazia. Não há como se promover à

60 Carmona aponta que o compromisso se vincula a um conflito determinado enquanto a cláusula arbitral faz referência a conflitos determináveis (CARMONA, 1998, p. 82).

61 É comum a fórmula: “Todos os conflitos decorrentes da interpretação e cumprimento do presente contrato (quando a cláusula compromissória figurar como cláusula contratual) serão dirimidos por meio de árbitros [...]”.

imediate instituição da arbitragem, após o surgimento do conflito, se na cláusula não existir a prévia indicação de quem será o árbitro ou, na ausência da individualização do nome do julgador, quais os mecanismos que deverão ser utilizados para se promover a sua escolha.

Caso as partes na cláusula arbitral tenham previamente identificado o árbitro e, eventualmente, os seus respectivos substitutos, após o surgimento do conflito bastará que qualquer dos litigantes procure o árbitro para solicitar a instauração da arbitragem. Aceitando o encargo, o árbitro estará iniciando o juízo arbitral conforme a LAB.<sup>62</sup>

O mesmo se aplicará para a hipótese em que as partes na cláusula não tenham indicado o nome do árbitro, mas tenham estabelecido um procedimento para a realização dessa escolha.<sup>63</sup> Nessa situação, tendo surgido o conflito, qualquer dos litigantes poderá iniciar o procedimento previamente indicado visando promover a escolha do árbitro. Realizada a referida escolha, qualquer das partes dará conhecimento, ao árbitro, da sua intenção de promover a instauração da arbitragem que será iniciada com a aceitação da nomeação pelo árbitro.

O último dos requisitos para a cláusula cheia é a indicação do lugar onde deverá ser proferida a sentença arbitral.

Verifica-se que a LAB não traz distinção entre arbitragem doméstica (interna ou nacional) e arbitragem internacional, sendo que os dispositivos da lei se aplicam igualmente para ambas as hipóteses.

A definição de arbitragem doméstica ou internacional não é pacífica na doutrina.

Para Soares, arbitragem doméstica é aquela que ocorrerá dentro de determinado Estado; instaurada por partes nacionais ou domiciliadas; tendo por árbitro um nacional ou domiciliado; em que as regras de procedimento e de direito material são fixadas pela ordem jurídica interna e cuja sentença arbitral seja passível de execução nesse mesmo Estado.<sup>64</sup>

Na arbitragem doméstica, inexistirão elementos relevantes do litígio (partes, local de cumprimento das obrigações, local da celebração etc.) conectados à ordem jurídica estrangeira. Já a arbitragem internacional, por outro lado, pode ser caracterizada justamente pela existência de elementos relevantes de extraterritorialidade no instituto.

62 Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem tanto que aceita a nomeação pelo árbitro, quando for único, ou por todos, se forem vários.

63 Esse procedimento em regra é a adesão ao regulamento de alguma instituição de arbitragem em que a escolha do árbitro será realizada da forma estabelecida pelo regulamento. Nada impede, entretanto, que as próprias partes criem um procedimento de escolha do árbitro (como a atribuição da tarefa de promover a indicação do árbitro a um terceiro).

64 SOARES, 1989, p. 32.

Guerreiro aponta como parâmetros caracterizadores da arbitragem internacional: a nacionalidade distinta das partes; o fato do lugar da arbitragem, estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, situar-se em Estado diverso do da nacionalidade das partes; a existência de lugar diverso do da nacionalidade das partes para a execução de parte substancial das obrigações decorrentes da relação contratual celebrada; a existência de estreita conexão do objeto do litígio com lugar diverso do da nacionalidade das partes; a existência de acordo entre as partes declarando que o objeto da convenção de arbitragem tem conexão com a ordem jurídica de mais de um Estado.<sup>65</sup> O posicionamento do referido autor utiliza basicamente os mesmos parâmetros previstos na Lei-modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional, estabelecida pela Comissão das Nações Unidas para as leis do comércio internacional (UNCITRAL), em 1985.

A relevância da nacionalidade ou internacionalidade da arbitragem é maior para as ordens jurídicas que estabelecem tratamento diferenciado para a arbitragem internacional.<sup>66</sup>

Se na legislação brasileira não há previsão de tratamento diferenciado para as arbitragens internacionais, o mesmo não se aplica nos casos de execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

Para as questões dirimidas por arbitragem em que a sentença arbitral tenha sido proferida dentro do território nacional e tenha conteúdo constitutivo, condenatório, mandamental ou auto-executável, a sua eficácia poderá ainda depender de medidas coercitivas (de força) a serem praticadas pelo Estado, visando garantir o cumprimento do julgado.

Nessas hipóteses em que a parte vencida não cumprir espontaneamente a integralidade do julgado, a parte vencedora poderá ter que buscar, junto ao Poder Judiciário, a prática dos atos coercitivos necessários para o cumprimento do julgado (em regra por meio do processo de execução, já que não há como se promover o cumprimento de sentença no processo arbitral sem violar a confidencialidade). Dessa forma, tratando-se, por exemplo, de sentença arbitral condenatória proferida dentro do território nacional, bastará a parte vencedora dirigir-se ao órgão do Poder Judiciário competente para a prática dos atos executivos e ajuizar a ação de execução, visando compelir o vencido a adimplir a sentença.

65 GUERREIRO, 1995, p. 120-122.

66 Como, por exemplo, a Lei nº 31 de 29 de agosto de 1986 – Lei de Arbitragem voluntária de Portugal; a Lei nº 60 de 23 de dezembro de 2003 – Lei de Arbitragem da Espanha.

Diferentemente é a situação das sentenças arbitrais prolatadas fora do território nacional, nos casos em que a parte vencida não promove o cumprimento espontâneo do julgado. Nessas situações, havendo a necessidade da prática de atos coercitivos por órgãos do Poder Judiciário brasileiro para compelir o vencido a cumprir a sentença arbitral proferida, esta terá que ser homologada, inicialmente, pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>67</sup> de acordo com as regras estabelecidas nos artigos 34 a 40 da LAB e no Regimento Interno do Tribunal para, somente após a prévia homologação, vir a ser distribuída para a circunscrição da Justiça Federal competente para a tramitação do processo de execução.<sup>68</sup> O referido procedimento torna, assim, mais moroso e custoso o procedimento de execução das sentenças arbitrais estrangeiras.

Na legislação brasileira o elemento que define a nacionalidade da sentença arbitral é justamente o lugar onde o julgado tenha sido proferido. A sentença arbitral será estrangeira quando for proferida em lugar situado fora do território nacional, conforme o disposto na legislação (LAB).<sup>69</sup> Dessa forma a indicação pelas partes do local onde deverá ser proferida a sentença arbitral é de suma importância já que nos termos da LAB determinará a competência e o procedimento de execução da sentença.

Assim, têm-se os pressupostos e os requisitos obrigatórios (genéricos e específicos) da cláusula compromissória cheia, ou seja: a exigência da celebração por partes capazes; a forma escrita; a arbitrabilidade da matéria objeto do conflito; o livre consentimento da partes na escolha da forma de resolução do conflito e da matéria objeto da arbitragem; a identificação das partes celebrantes; a indicação do(s) árbitro(s) ou do procedimento para se promover a sua escolha; a nomeação do objeto do conflito, ainda que de forma genérica; o apontamento pelas partes do lugar onde deverá ser prolatada a sentença arbitral. Caso a cláusula arbitral contenha apenas os pressupostos e os requisitos obrigatórios genéricos essa será reconhecida como cláusula vazia, estando sujeita aos procedimentos dos artigos 6º e 7º da LAB para a instauração do juízo arbitral

---

67 Anteriormente à Emenda Constitucional nº 45 de 8 de dezembro de 2004, que alterou o artigo 105, I, i, da Constituição Federal, a competência para a homologação das sentenças estrangeiras era do Supremo Tribunal Federal.

68 Conforme o artigo 109, X, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 109. Aos juizes federais compete processar e julgar:

[...]

X – [...] sentença estrangeira, após a homologação [...].

69 Art. 34. [...]

Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.

#### 4. REQUISITOS FACULTATIVOS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA CHEIA

Além dos pressupostos e dos requisitos obrigatórios de validade e de existência da cláusula compromissória cheia, cuja falta autorizam a sua pretensão de nulidade ou anulabilidade, ou ainda a impossibilidade de se promover a imediata instauração do juízo arbitral, conforme o caso, o ordenamento jurídico brasileiro autoriza a indicação de outros elementos ditos facultativos.

A partir de Redfern e Hunter, podem ser assinalados alguns dos principais requisitos facultativos da cláusula arbitral cheia, que também podem ser encontrados na legislação brasileira,<sup>70</sup> tais como: o número de árbitros; a escolha de árbitros substitutos; a designação de lugar ou lugares para a arbitragem; a opção pela arbitragem *ad hoc* ou institucional; o idioma da arbitragem; as regras aplicáveis ao procedimento e ao mérito (*fundo*) do litígio.<sup>71</sup>

Com relação ao número de árbitros que devem atuar no procedimento arbitral, caberá às partes indicá-lo. Caso as partes optem pela constituição de um órgão colegiado, constituído por um número ímpar de árbitros, a designação prevista na legislação é de tribunal arbitral.<sup>72</sup>

No ordenamento jurídico nacional existe uma limitação quanto à autonomia das partes em relação à escolha do número de árbitros ao determinar que seja apontado sempre um número ímpar.<sup>73</sup>

70 Utiliza-se como parâmetro o disposto no artigo 11 da LAB, aplicável aos requisitos facultativos do compromisso arbitral:

Art. 11. [...]:

I – local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem;

II – a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes;

III – o prazo para apresentação da sentença arbitral;

IV – a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes;

V – a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e

VI – a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

71 REDFERN; HUNTER, 1998, p. 163-169.

72 A designação tribunal arbitral para a situação de um órgão colegiado de árbitros, sempre em número ímpar, decorre da interpretação de diversos dispositivos da LAB, tais como: artigo 13, parágrafos 4º e 5º; artigo 24, parágrafo 1º; artigo 26, parágrafo único etc.

73 Conforme artigo 13, parágrafo 1º, da LAB:

Art. 13. [...]

§ 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, **sempre em número ímpar** [...]. (grifo nosso)

Outro dos requisitos facultativos autoriza que as partes possam optar pela arbitragem *ad hoc* ou pela arbitragem institucional.

A arbitragem *ad hoc* é organizada pelas partes. A escolha da arbitragem *ad hoc* gerará, para as partes, a obrigação de negociarem e formularem as regras aplicáveis para a ocasião (conflito). Serão as regras estipuladas pelas partes que deverão ser aplicadas pelo árbitro e que irão reger o desenvolvimento da arbitragem, desde que não violem a ordem pública (caso em que poderão ser afastadas pelo árbitro).

A opção pela arbitragem institucional faz com que as partes se submetam às regras previamente estabelecidas no regulamento de arbitragem da instituição escolhida para o julgamento da demanda. Nessa hipótese, a liberdade das partes se restringe à escolha da instituição ao qual se atribuirá a competência para a resolução do conflito.

O requisito facultativo da possibilidade de indicação, pelas partes, de árbitros substitutos é realmente importante. Durante o desenvolvimento da arbitragem podem surgir diversas situações que gerem a impossibilidade da atuação do árbitro escolhido pelas partes, tais como: não aceitação da nomeação, morte, incapacidade, suspeição ou impedimentos, resignação do encargo.

É para suprir um eventual impasse, diante da impossibilidade de instauração ou de prosseguimento do juízo arbitral em virtude de motivos que impeçam o árbitro escolhido de fazê-lo, que a escolha de substitutos pelas partes acaba por impedir uma paralisação do procedimento arbitral ao evitar a vacância da função de julgador.

Nos casos de arbitragem institucional, a substituição do árbitro ocorrerá nos moldes estabelecidos pelo regulamento da instituição. Já na arbitragem *ad hoc* a substituição é feita de acordo com as regras estabelecidas pelas próprias partes.

No Brasil, nos casos em que inexistem regras de superação de impasse para o apontamento dos árbitros substitutos<sup>74</sup> e tenha se verificado a vacância da função de árbitro, caberá a qualquer das partes interessadas ingressar com a pretensão para a obtenção de tutela jurisdicional específica, junto ao Poder Judiciário, para que sejam designados os substitutos.<sup>75</sup>

74 Como, por exemplo, nos casos em que o regulamento de arbitragem da instituição não preveja um modo de escolha dos árbitros substitutos; em que as partes não tenham previamente indicado os nomes ou a forma de escolha dos substitutos e não consigam chegar a um acordo quanto à matéria.

75 Aplicação do artigo 16 da LAB:  
Art. 16. Se o árbitro escusar-se antes da aceitação da nomeação, ou, após a aceitação, vier a falecer, tornar-se impossibilitado para o exercício da função, ou for recusado, assumirá seu lugar o substituto indicado no compromisso, se houver.

A substituição do árbitro indicado pelas partes não é possível nos casos de escolha *intuitu personae*, ou seja, naqueles casos em que as partes fizeram a opção por um determinado árbitro em razão de suas qualidades pessoais e convencionaram, expressamente, a impossibilidade da sua substituição. Nesses casos o que ocorrerá será a extinção da cláusula arbitral já que as suas finalidades não poderão ser mais alcançadas (inexistência de árbitro para apreciar o mérito do conflito).

A arbitragem poderá possuir um lugar designado como sendo a sua sede, dentro do território de um Estado qualquer, onde serão desenvolvidos certos atos relevantes do processo arbitral. Esse requisito facultativo vinculará determinados aspectos da arbitragem ao ordenamento jurídico de pelo menos um Estado (em regra o Estado onde se instalou a sua sede). Dessa forma as normas de ordem pública do Estado onde foi instalada a sede da arbitragem em regra deverão nortear o controle do desenvolvimento regular e válido da arbitragem.<sup>76</sup>

A escolha do lugar da arbitragem não implica na exclusão da possibilidade das partes autorizarem que determinados atos do processo arbitral sejam realizados em locais diversos, inclusive no território de outros Estados, como, por exemplo: o local onde deverá ser proferida a sentença arbitral; os locais onde deverão ser coletadas as provas.

Outra das faculdades previstas é a liberdade das partes apontarem às regras aplicáveis ao processo e ao mérito (*fundo*). No que tange ao apontamento do direito de *fundo* no Brasil (direito que irá embasar a fundamentação da sentença de mérito), as partes poderão autorizar o árbitro a julgar com fulcro em regras de direito ou de equidade.<sup>77</sup>

---

§1º Não havendo substituto indicado para o árbitro, aplicar-se-ão as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, se as partes as tiverem invocado na convenção de arbitragem.

§2º Nada dispondo a convenção de arbitragem e não chegando as partes a um acordo sobre a nomeação do árbitro a ser substituído, procederá a parte interessada da forma prevista no art. 7º desta Lei, a menos que as partes tenham declarado, expressamente, na convenção de arbitragem, não aceitar substituto.

76 A LAB não faz um tratamento adequado para a questão. Preocupa-se principalmente com a designação do lugar onde deva ser proferida a sentença arbitral (art. 10, inciso IV, da LAB) apesar de incluir o local da arbitragem como elemento facultativo do compromisso arbitral (art. 11, I, da LAB). De qualquer forma o controle do desenvolvimento regular e válido da arbitragem, pelo Poder Judiciário, está assegurado na LAB ao estabelecer a possibilidade de ação de anulação ou de nulidade do processo arbitral, da convenção de arbitragem, da sentença arbitral proferida em território nacional ou ainda, da necessidade de homologação para execução, em território brasileiro, das sentenças arbitrais estrangeiras.

77 Conforme art. 2º da LBA:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

Nos casos em que a escolha das partes recair em regras de direito, a LAB autoriza que sejam indicadas: a) normas de direito material de alguma ordem jurídica (podendo ser nacional ou estrangeira); b) princípios gerais de direito (internos e internacionais); c) *lex mercatoria*; d) usos e costumes (nacionais e internacionais).

Destaque-se que essa liberdade de escolha quanto às regras de direito aplicáveis sempre estará limitada pelos princípios de ordem pública. Toda vez que a escolha das partes recaia em regras que violam os princípios de ordem pública no Brasil, o árbitro estará autorizado a afastar as normas escolhidas e indicar outras normas aplicáveis.<sup>78</sup>

Há que se informar que na ausência de escolha pelas partes das normas aplicáveis (sejam processuais ou de fundo) caberá ao árbitro defini-las, em momento propício, após a aceitação da nomeação.<sup>79</sup>

Por fim, outro dos requisitos facultativos é a indicação do idioma a ser utilizado no processo arbitral. Se a arbitragem decorre de conflitos oriundos de uma relação jurídica contratual, é razoável que o idioma adotado no processo arbitral seja o mesmo do contrato, ainda que tal regra não seja absoluta.

A escolha do idioma pelas partes necessita ser cuidadosa e pode levar em conta, entre outros elementos: a nacionalidade das partes e do árbitro; a sede da arbitragem; os locais onde possam vir a ser praticados atos relevantes do procedimento arbitral; os lugares onde a sentença arbitral possa vir a ser objeto de execução. Em alguns casos a arbitragem poderá adotar vários idiomas distintos, conforme a opção das partes.

A indicação do idioma é muito importante nas arbitragens internacionais já que a interpretação do conteúdo das decisões dos árbitros estará vinculada ao idioma de trabalho estabelecido para a realização dos atos processuais.

---

§2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

78 Como exemplo de um princípio de ordem pública expressamente previsto na LAB, têm-se:  
Art. 21. [...]

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

79 Exemplo dessa prerrogativa encontra-se no artigo 21, parágrafo 1º, da LAB:

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo. (grifo nosso)

Além dos itens anteriormente indicados, outros elementos facultativos podem ser estabelecidos na cláusula arbitral, visando adequar a arbitragem às especificidades do litígio e aos interesses das partes.

Não há como deixar de informar que as análises dos pressupostos e dos requisitos obrigatórios e facultativos da cláusula arbitral cheia estão sempre sob o controle do ordenamento jurídico de pelo menos um Estado, visando impedir que a arbitragem seja utilizada como uma forma de burlar a justiça e, assim, as finalidades da jurisdição.

Por último, há que se ressaltar que a análise dos pressupostos e dos requisitos (obrigatórios e facultativos) realizada na presente pesquisa não se estende para a interpretação das cláusulas compromissórias inseridas ou conectadas com contratos de adesão ou com relações jurídicas de consumo. O referido tema obrigaria a outros questionamentos relativos a arbitrabilidade das matérias sensíveis, ainda que abrangidas pelos direitos patrimoniais disponíveis, assim como uma maior discussão sobre os requisitos específicos previstos no artigo 4º, parágrafo 2º, da LAB<sup>80</sup> e a sua adequação para a livre escolha da arbitragem (consentimento).

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro autoriza a imediata instituição do juízo arbitral por meio da cláusula compromissória cheia, sendo essa assim considerada quando se verificarem a presença dos pressupostos e dos requisitos genéricos e específicos extraídos da legislação.

Entre os pressupostos genéricos da cláusula cheia têm-se: a exigência da celebração por partes capazes; a forma escrita da convenção; a arbitrabilidade da matéria objeto do conflito.

Quanto ao requisito obrigatório genérico exige-se a manifestação livre do consentimento das partes.

Em relação aos requisitos obrigatórios específicos da cláusula cheia, a pesquisa aponta para a necessidade dos seguintes requisitos: a identificação das partes celebrantes da convenção; a indicação do(s) árbitro(s) ou do procedimento para se

---

80 Art. 4º [...]

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

promover a sua escolha; a nomeação do objeto do conflito, ainda que de forma genérica; o apontamento pelas partes do lugar onde deverá ser prolatada a sentença arbitral.

Por derradeiro, destacaram-se outros requisitos, apontados como facultativos, que devem ser tomados em conta pelas partes quando da celebração da cláusula compromissória cheia, principalmente nas hipóteses de arbitragens internacionais.

## REFERÊNCIAS

- ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo : Saraiva, 1995.
- ALBUQUERQUE MELO, Celso D. de. *Direito internacional público*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, v. 1, 7ª ed., 1982.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Comentários à lei de arbitragem*. Rio de Janeiro : Lumen Júris, 2002.
- ARGENTINA. Lei nº. 17454 de 27 de agosto de 1981 – Código Processual Civil e Comercial Argentino.
- BRASIL. Lei nº. 9307, de 23 de setembro de 1996 – Lei de Arbitragem Brasileira.
- BRASIL. Lei nº. 10406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil Brasileiro.
- CAIVANO, Roque J. *Arbitraje. Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*. Buenos Aires : Ad hoc, 1993.
- CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem e processo*. São Paulo : Malheiros, 1998.
- CHAPAL, Philippe. *L'arbitrabilité des différends internationaux*. Paris : Éditions A. Pedone, 1967.
- DAVID, René. *L'arbitrage dans le commerce international*. Paris : Economica, 1981.
- ESPANHA. Lei nº. 60, de 23 de dezembro de 2003 – Lei de Arbitragem Espanhola.
- FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. São Paulo : RT, 1999.
- FIUZA, Cezar. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte : Del Rey, 1995.
- FOUCHARD, Ph.; GAILLARD, E.; GOLDMAN, B. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris : Litec, 1996.
- FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. *Lei da arbitragem comentada*. São Paulo : Saraiva, 2ª ed., 1998.
- GRIGERA NAÓN, Horacio A. Ratificación por la Argentina de la convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. *La ley*. Tomo 1989-C.
- GUERREIRO, José Alexandre Tavarres. *Fundamento da arbitragem do comércio internacional*. São Paulo : Saraiva, 1993.
- KROETZ, Tarcísio Araújo. *Arbitragem. Conceitos e pressupostos de validade*. São Paulo : RT, 1998.
- LEE, João Bosco. *Arbitragem internacional comercial nos países do Mercosul*. Curitiba : Juruá, 2002.

- MAGALHÃES, José Carlos de. *Do estado na arbitragem privada*. São Paulo : Max Limonad, 1988.
- MARANI, Giovanni. *Aspetti negoziali e aspetti processuali dell' arbitrato*. Turim, 1966.
- MIRANDA, Jorge. *Direito internacional público*. Lisboa : Pedro Ferreira Editor, v. I, 1995.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. São Paulo : RT, 3ª ed., 1996.
- PAZARTZIS, Photini. *Les engagements internationaux en matière de règlement pacifique des différends entre états*. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992.
- PORTUGAL. Lei nº. 31 de 29 de agosto de 1986 – Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa.
- PUCCI, Adriana Noemi. *Arbitragem comercial nos países do mercosul*. São Paulo : LTR, 1997.
- RECHSTEINER, Beat Walter. *Arbitragem privada internacional no Brasil*. São Paulo : RT, 2ª ed., 2001.
- REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Law and practice of international commercial arbitration*. Londres : Sweet&Maxweel, 3ª ed., 1999.
- ROCHA, José de Albuquerque. *A lei de arbitragem*. São Paulo : Malheiros, 1998.
- ROQUE, Sebastião José. *Arbitragem a solução viável*. São Paulo : Ícone, 1997.
- ROZAS, Jose Carlos Fernandez. *Derecho del comercio internacional*. Madri : Eurolex, 1996.
- SALCEDO, Juan Antonio Carrilo. *Soberania del estado y derecho internacional*. Madrid : Editorial Tecnos, 2ª ed., 1976.
- SOARES, Guido F. S. Arbitragens comerciais internacionais no Brasil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, nº 641, mar. 1989.
- STRENGER, Irineu. *Comentários a lei brasileira de arbitragem*. São Paulo : LTR, 1998.
- URUGUAI. Lei nº. 15982 de 18 de outubro de 1988 – Código Geral de Processo Uruguaio.
- VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Poder judiciário e sentença arbitral*. Curitiba : Juruá, 2002.
- WALD, Arnaldo. A recente evolução da arbitragem no direito brasileiro (1996-2001). in MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coordenadores). *Reflexões sobre arbitragem*. São Paulo : LTR, 2002.



# A BIOSSEGURANÇA E O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

REINALDO PEREIRA E SILVA\*

## 1. INTRODUÇÃO

Não obstante o costume recente da doutrina moral de afirmar que o foco da reflexão bioética não deve ser a beneficência (realizar o bem), mas a não-maleficência (evitar causar o mal), a verdade é que, na área de biossegurança, as políticas e as ações correspondentes se encontram envolvidas com uma concepção moral de menor-maleficência (realizar o mal menor). A profissionalização da reflexão bioética, levada a cabo pelos auto-denominados bioeticistas, não tem cumprido outro papel senão o de legitimar políticas e ações que contrariam abertamente a beneficência e não promovem, ainda que indiretamente, a não-maleficência. A menor-maleficência, instrumentalizada pelo argumento do mal menor, se realiza mediante escolhas entre o ruim e o pior; o bem não entra em questão. Hannah Arendt ensina que “a fraqueza do argumento sempre foi que aqueles que escolhem o mal menor esquecem muito rapidamente que escolhem o mal”<sup>1</sup>. Em outras

---

\* Doutor em Direito. Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e mestrado em direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC - e no curso de mestrado em direito da Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL. Procurador do Estado. Presidente da Comissão de Direitos Humanos da Seccional Catarinense da Ordem dos Advogados do Brasil – CDH/OAB/SC (1998/2000 e 2004/2006). Membro Efetivo da Comissão Nacional de Direitos Humanos do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CNDH/OAB (2001/2003, 2004/2006 e 2007/2009).

1 ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p.98-9

palavras, a menor-maleficência é uma concepção moral complacente com o mal, já que o mal menor não é o bem, assim como não é o não-mal.

## 2. BIOSSEGURANÇA

Biossegurança é o conjunto de políticas e de ações públicas e privadas voltado para a prevenção de danos graves e/ou irreversíveis à saúde humana, à hereditariedade e ao meio ambiente mediante a disciplina jurídica dos riscos decorrentes do emprego e/ou desenvolvimento de modernas tecnologias<sup>2</sup>. A Lei Federal n.º 11.105, de 24 de março de 2005, ao dispor sobre o tema, fê-lo de maneira restritiva, estabelecendo apenas “normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de Organismos Geneticamente Modificados – OGMs – e seus derivados (...)”<sup>3</sup>. Por conseguinte, no Brasil, o conceito de biossegurança engloba, basicamente, a disciplina jurídica dos riscos decorrentes do emprego e/ou do desenvolvimento da tecnologia do DNA recombinante<sup>4</sup>. Não ingressam, portanto, no conceito brasileiro de biossegurança a disciplina jurídica da tecnologia da fissão nuclear, a disciplina jurídica da tecnologia da inteligência artificial e a disciplina jurí-

---

2 Nesse sentido amplo, o conceito jurídico mais próximo no direito brasileiro é o de vigilância sanitária. Com efeito, “entende-se por vigilância sanitária um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde, abrangendo: o controle de bens de consumo que, direta ou indiretamente, se relacionem com a saúde, compreendidas todas as etapas e processos, da produção ao consumo; e o controle da prestação de serviços que se relacionam direta ou indiretamente com a saúde” (artigo 6º, parágrafo 1º, incisos I e II, da Lei Federal n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências). Cf. a revisão da definição constante de SILVA, Reinaldo Pereira e. *Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2003. p.44-5

3 A Lei Federal n.º 8.974, de 05 de janeiro de 1995, que anteriormente dispunha sobre o tema, também se restringia ao estabelecimento de “normas de segurança e mecanismos de fiscalização no uso das técnicas de engenharia genética na construção, cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, liberação e descarte de organismo geneticamente modificado, visando a proteger a vida e a saúde do homem, dos animais e das plantas, bem como o meio ambiente”.

4 Para reforçar a idéia constante de nota de rodapé antecedente, “consideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária quaisquer produtos que envolvam a possibilidade de risco à saúde, dentre eles, os obtidos por engenharia genética, por outro procedimento ou ainda submetidos a fontes de radiação” (artigo 8º, parágrafo 1º, inciso X, da Lei Federal n.º 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências).

dica da nanotecnologia, dentre outras. Da mesma forma, está excluída de seu âmbito a disciplina jurídica das tecnologias de reprodução humana, à exceção da pesquisa e das geneterapias envolvendo a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos<sup>5</sup>.

A exceção da legislação brasileira de biossegurança à pesquisa e às geneterapias envolvendo a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos não incorpora uma verdadeira disciplina jurídica da matéria, consistindo, mais propriamente, numa simples permissão de fazer de questionável constitucionalidade. Para efeito de utilização em pesquisa e geneterapias, dispõe a Lei Federal n.º 11.105 que os embriões humanos, gerados por fertilização *in vitro*, devem ser inviáveis, ou devem estar criopreservados há três anos ou mais, na data de publicação da lei, ou, estando criopreservados até o dia 28 de março de 2005, devem completar três anos contados a partir da data da criopreservação<sup>6</sup>. Duas, portanto, são as fontes de células-tronco embrionárias humanas: uma transitória e uma permanente. A fonte transitória são os embriões criopreservados há três anos ou mais na data da publicação da lei ou que venham a completar dito prazo após a publicação, desde que o início da criopreservação lhe anteceda. Ultrapassados os prazos legais, a utilização de embriões “viáveis” volta a ser proibida, caracterizando, inclusive, o tipo penal do artigo 25<sup>7</sup>. A fonte permanente são os embriões gerados por fertilização *in vitro* e considerados legalmente inviáveis<sup>8</sup>.

Ora, o que significa inviabilidade? Como já se disse em outra oportunidade, “uma das conseqüências mais desumanas do mercado da reprodução humana é que as condições pessoais e sociais para a acolhida de um filho tornam-se extremamente exigentes e as razões para sua rejeição, assustadoramente banais”<sup>9</sup>.

A tecnologia da recombinação do DNA, objeto da legislação brasileira sobre biossegurança, é um conjunto de técnicas de engenharia genética cujo processo principal se denomina clonagem gênica. A clonagem gênica consiste no isolamento e na propagação de moléculas de DNA idênticas, compreendendo, pelo menos, dois está-

5 Cf. artigo 5º, da Lei Federal n.º 11.105, de 24 de março de 2005.

6 Cf. artigo 3º, inciso XIV, do Decreto Federal n.º 5.591, de 22 de novembro de 2005.

7 “Utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o artigo 5º desta lei, pena de detenção de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa”.

8 “Embriões inviáveis são aqueles embriões com alterações genéticas comprovadas por diagnóstico pré-implantacional, conforme normas específicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, que tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a vinte e quatro horas a partir da fertilização *in vitro*, ou com alterações morfológicas que comprometam seu pleno desenvolvimento” (artigo 3º, inciso XIII, do Decreto Federal n.º 5.591, de 22 de novembro de 2005).

9 SILVA, Reinaldo Pereira e. op. cit. p.136

gios: no primeiro, o fragmento do DNA de interesse, chamado de inserto, é ligado a uma outra molécula de DNA, o vetor, para formar a molécula de DNA recombinante; no segundo, a molécula do DNA recombinante é introduzida numa célula hospedeira compatível, num processo chamado de transformação. A célula hospedeira, que adquiriu a molécula do DNA recombinante, conhecida então como “transformante” ou célula transformada, em condições ideais, sofre muitos ciclos de divisão celular, produzindo uma colônia que contém milhares de cópias do DNA recombinante<sup>10</sup>.

Como a legislação brasileira sobre biossegurança relaciona a engenharia genética a toda atividade de produção e manipulação de moléculas de DNA recombinante<sup>11</sup>, os OGMs podem ser definidos como organismos cujo material genético tenha sido manipulado pelas técnicas de engenharia genética<sup>12</sup>. Segundo Rafaela Di Sabato Guerrante, “todo organismo transgênico é um OGM, mas nem todo OGM é um organismo transgênico. Isto ocorre porque se considera transgênico o organismo cujo genoma modificado por meio da tecnologia do DNA recombinante sofreu a introdução de fragmentos exógenos de DNA, ou seja, genes provenientes de organismos de espécie diferente da espécie do organismo alvo”<sup>13</sup>. OGMs transgênicos são, assim, organismos modificados mediante a adição em seu genoma de genes provenientes de outros organismos, sem qualquer consideração às barreiras naturais que separam as espécies<sup>14</sup>.

Os OGMs podem ser classificados em três gerações. Os OGMs de primeira geração estão situados no reino monera (bactérias geneticamente modificadas) e são os organismos decorrentes do desenvolvimento de culturas microbianas capazes de produzir substâncias úteis, como a insulina humana, o hormônio de crescimento, as vacinas e as enzimas de uso industrial. Os OGMs de segunda geração estão situados no reino vegetal. É importante ressaltar, mais uma vez, que nem toda planta geneticamente modificada é um organismo transgênico, a exemplo do tomate *Flavr Savr*<sup>15</sup>. Os OGMs de segunda geração podem ser classificados em três diferentes classes: a primeira reúne as plantas com características agrônômicas de resistência a herbi-

---

10 Cf. USP. Introdução sobre DNA - Apostila do curso de Genética Molecular e Tecnologia do DNA Recombinante. *Genética Molecular e Tecnologia do DNA Recombinante*. Disponível em: <<http://kathryn.fmrp.usp.br/td/apost1.html#20>>. Acesso em: 13 out. 2000.

11 Artigo 3º, inciso IV

12 Artigo 3º, inciso V

13 GUERRANTE, Rafaela Di Sabato. *Transgênicos. Uma visão estratégica*. Rio de Janeiro: Interciência, 2003. p.4

14 As técnicas tradicionais de cruzamento não são capazes de engendrar um organismo transgênico. Cf. SILVA, Reinaldo Pereira e. op. cit. p.64

15 Trata-se de uma planta geneticamente modificada que apresenta processo de maturação mais lento graças à inversão de uma seqüência gênica.

cidas, pestes e vírus<sup>16</sup>; a segunda reúne as plantas cujas características nutricionais foram aprimoradas qualitativa e/ou quantitativamente; e a terceira reúne as plantas destinadas à síntese de produtos especiais, como vacinas, hormônios, anticorpos e plásticos<sup>17</sup>. Os OGMs de terceira geração estão situados nos reinos animal e monera. Dentre suas aplicações, vislumbram-se a modificação genética de animais para a produção de alimentos, de substâncias de interesse farmacêutico e, até mesmo, para transplantes humanos e a geração de bactérias geneticamente modificadas para converter materiais tóxicos em substâncias menos nocivas<sup>18</sup>.

A médio e longo prazos, não são conhecidos os efeitos indesejáveis dos OGMs, incluídos os organismos transgênicos, na saúde humana, na hereditariedade e no meio ambiente<sup>19</sup>. Do ponto de vista do meio ambiente, dentre os riscos relacionados às plantas geneticamente modificadas, Rubens Onofre Nodari e Miguel Pedro Guerra destacam a eliminação de espécies não-alvo, a exposição de espécies a novos agentes tóxicos, a geração de plantas daninhas e pragas resistentes, a contaminação de solo e água e a interrupção da reciclagem de nutrientes e energia. Um exemplo de efeito indesejável dos OGMs no meio ambiente é o estudo sobre a alta da taxa de mortalidade das lagartas da borboleta monarca quando alimentadas com o pólen de uma variedade de milho transgênico resistente aos insetos, o milho Bt, em cujo genoma foi introduzido um gene procedente da bactéria *Bacillus Thuringiensis*. Especificamente sobre as plantas Bt, Corinne Vacher aponta os três principais riscos associados: a evolução da resistência às toxinas Bt na população de insetos fitófagos (*insectes phytophages*), a propagação dos transgenes Bt na população de plantas silvestres (*plantes sauvages*) e a mortalidade de organismos não-alvo (*organismes non-cibles*)<sup>20</sup>. Rubens Onofre Nodari e Miguel Pedro Guerra também ressaltam os riscos dos OGMs para a saúde humana com o exemplo do antibiótico estreptomicina, cujo emprego em suínos, após um ano, revelou que genes a ele resistentes já estavam presentes em bactérias que viviam na garganta e no estômago dos animais. Um ano mais tarde, a mesma resistência foi detectada em bactérias presentes no organismo de seres humanos que cuidavam dos animais<sup>21</sup>. Trata-se de prova inequívoca do risco que representa para a

16 Pertence a esta primeira onda a maioria das sementes geneticamente modificadas atualmente comercializadas no mundo.

17 Cf. GUERRANTE, Rafaela Di Sabato. op. cit. p.11

18 Cf. GUERRANTE, Rafaela Di Sabato. op. cit. p.24-6

19 Cf. LAPA, Fernanda Brandão. Ética e direitos humanos: um estudo introdutório sobre plantas transgênicas. In: SILVA, Reinaldo Pereira e; LAPA, Fernanda Brandão (org.). *Bioética e direitos humanos*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002. p.191-221

20 VACHER, Corinne. *Evaluation des risques ecologiques associés aux plantes génétiquement modifiées*. Université Montpellier II, 2004. (Thèse pour obtenir le grade de docteur). p.79

21 Em 1990, a estreptomicina foi retirada do mercado por não mais ser eficiente.

saúde humana a transferência horizontal de genes entre bactérias<sup>22</sup>. Além da geração de novas bactérias infecciosas e da dispersão de genes resistentes a antibióticos, os riscos dos OGMs para a saúde humana se relacionam, ainda, à geração de novos vírus causadores de doenças, à inserção, ao acaso, de material genético estranho, com efeitos cancerígenos, e à reativação de vírus adormecidos<sup>23</sup>.

Variados são os riscos envolvidos no emprego e/ou desenvolvimento da tecnologia do DNA recombinante. Para enfrentá-los, dois são os princípios que, aparentemente, norteiam as políticas e as ações na área de biossegurança: o princípio da prevenção (*principe de prévention*) e o princípio da precaução (*principe de précaution*)<sup>24</sup>. Na verdade, trata-se de um princípio apenas, o princípio da não-maleficência, sujeito a dois diferentes graus de exigência. Diante da certeza do risco, isto é, diante de riscos demonstrados (*risques avérés*)<sup>25</sup>, o princípio da prevenção preconiza que medidas sejam adotadas para evitar o dano. Na área de biossegurança, quando os riscos não dependem do querer humano, ou seja, quando não é possível evitar o dano, o princípio da prevenção preconiza a adoção de medidas de proteção, visando à redução das conseqüências danosas<sup>26</sup>. Tanto num quanto n'outro caso, o modelo de decisão é fundado na segurança. Considerando as hipóteses em que impera a incerteza e as informações existentes não são conclusivas, isto é, em face de riscos hipotéticos (*risques hypothétiques*)<sup>27</sup>, o princípio da precaução preconiza a adoção de medidas tendentes a não gerar o dano<sup>28</sup>. É importante ressaltar que o princípio da precaução somente se aplica aos casos em que o risco depende do querer humano. Diferentemente do modelo de decisão fundado na segurança, o princípio da precaução se vale do modelo de decisão fundado na gestão de riscos.

22 Cf. NODARI, Rubens Onofre; GUERRA, Miguel Pedro. Avaliação dos riscos ambientais de plantas transgênicas. *Cadernos de ciência e tecnologia*, Brasília, v. 18, n. 1, 2001. p.61 e seguintes

23 Cf. GUERRANTE, Rafaela Di Sabato. op. cit. p.39

24 Diz-se, também, princípio da prudência. Aliás, a Lei Federal n.º 8.974, de 05 de janeiro de 1995, não falava do princípio da precaução, mas falava do princípio da prudência em dois momentos. Por primeiro, quando excepcionava da vedação geral a intervenção *in vivo* em material genético de animais (artigo 8º, inciso V); e, num segundo momento, quando excepcionava o mesmo tema do tipo penal correspondente (artigo 13, inciso IV).

25 Diz-se que existem riscos demonstrados tão logo estabelecidas relações entre uma causa e um efeito. Cf. PERRET, Horace et al. *Approches du risque: une introduction. Les cahiers du Réseau Interdisciplinaire Biosécurité*, Genève, IUED, n. 2, 2005. p.9 e 41

26 Cf. VACHER, Corinne. op. cit. p.6

27 Diz-se que existem riscos hipotéticos quando não pode ser bem estabelecida a relação entre uma causa e um dano (*dommage*). Cf. PERRET, Horace et al. op. cit. p.9 e 41

28 Cf. LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. L'éthique de la responsabilité. *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, Dalloz, n. 1, janvier/mars 1998. p.10

Muito embora os modelos de gestão de riscos ainda privilegiem a participação exclusiva de “especialistas” (*experts*) nas instâncias de avaliação e deliberação, não há dúvida de que a adequada compreensão do princípio da precaução também exige, nessas mesmas instâncias, a participação de “não-especialistas”, isto é, a participação plural da sociedade<sup>29</sup>. E o exige, dentre outras razões, porque, em contextos de incerteza científica, os “especialistas” estão em um estado próximo da ignorância (*état proche de l’ignorance*)<sup>30</sup>. Não existe, nesta constatação contextualizada, nenhuma conotação depreciativa; trata-se, apenas, da consciência de uma condição igualitária entre “especialistas” e “não-especialistas”, condição incapaz de justificar a exclusão da sociedade, em sua expressão plural, das instâncias de avaliação e deliberação.

Como medida de prudência redobrada, o princípio da precaução orienta a não execução de uma ação se ela apresenta um risco incerto de dano grave e/ou irreversível, impondo àqueles que desejam empreendê-la o ônus de provar-lhe o caráter não danoso<sup>31</sup>. Nas palavras de Hans Jonas, “ante o potencial quase escatológico dos atuais processos tecnológicos, a ignorância das conseqüências últimas é razão suficiente para uma moderação responsável”<sup>32</sup>. O artigo 1º, da Lei Federal n.º 11.105, na parte final de seu *caput*, determina, unicamente, a “observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente”<sup>33</sup>. É claro que a opção legislativa pela economia de palavras não deve corromper a lógica que rege a biossegurança, razão pela qual o princípio da precaução, na legislação brasileira, deve ser extensivamente interpretado, abrangendo a proteção da saúde humana e da hereditariedade<sup>34</sup>. Também na experiência internacional, desde sua primeira formulação, no âmbito da disciplina das chuvas ácidas (*pluies acides*), o princípio da precaução foi progressivamente se

29 No Brasil, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio – é composta por 18 (dezoito) especialistas e 9 (nove) representantes do Estado. A participação da sociedade, sempre excepcional e sem direito de voto, apenas ocorre em audiências públicas. Cf. Artigos 6º e 43, do Decreto Federal n.º 5.591, de 22 de novembro de 2005.

30 Cf. PERRET, Horace et al. op. cit. p.8 e seguintes e 32

31 Cf. MALAFOSSE, Jean Apud DE MATTEI, Roberto. *Indirizzo di salute. Il principio di precauzione. I costi della non-scienza*, Milano, Associazione Galileo 2001, 2004. p.19; LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. op. cit. p.10; WOLFRUM, Rüdiger. O princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias et al. (org.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.16 e 18

32 JONAS, Hans. *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Tradução de Andrés Sánchez Pascual. Barcelona: Editorial Herder, 1995. p.56. “Se antes se examinava a aplicação da técnica no âmbito não humano. Hoje, o próprio homem se vê incluído entre os objetos da técnica” (JONAS, Hans. op. cit. p.49).

33 A mesma redação se encontra no artigo 1º, do Decreto Federal n.º 5.591, de 22 de novembro de 2005.

34 Trata-se de simples aplicação da regra hermenêutica segundo a qual a letra da lei deve ser interpretada de modo a se conformar com o espírito da lei.

estendendo do meio ambiente para a segurança alimentar e, depois da crise da vaca louca (*vache folle*), para a saúde pública<sup>35</sup>.

### 3. AS INSUFICIÊNCIAS DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A biossegurança e o instituto da responsabilidade civil lidam com lógicas bastante distintas e, em grande medida, inconciliáveis: enquanto a primeira visa à prevenção da ocorrência de dano, o segundo se propõe a reparar o dano já acontecido. Na lição de Fernando Noronha, “a responsabilidade civil é sempre uma obrigação de reparar danos: danos causados à pessoa ou ao patrimônio de outrem, ou danos causados a interesses coletivos, ou transindividuais, sejam estes difusos, sejam coletivos *stricto sensu*”<sup>36</sup>. Entretanto, o instituto da responsabilidade civil pretende desempenhar duas funções no ordenamento jurídico: uma função reparatória, considerada primacial, e uma função dissuasora, considerada secundária<sup>37</sup>. A função reparatória espelha a própria definição da responsabilidade civil como obrigação de reparar danos, já a função dissuasora, ao imprimir um caráter pedagógico à obrigação de reparar danos, se propõe a coibir comportamentos danosos. Nesse último aspecto, poder-se-ia pensar numa possível conciliação entre a biossegurança e o instituto da responsabilidade civil.

Antes de demonstrar as insuficiências do instituto da responsabilidade civil, até mesmo como meio de reparação de dano acontecido ao longo do emprego e/ou desenvolvimento da tecnologia do DNA recombinante, convém distingui-lo do instituto

35 A primeira formulação legislativa expressa do princípio da precaução ocorreu no ano de 1974, na lei alemã sobre chuvas ácidas, sob a denominação *Vorsorgeprinzip*. Em termos não expressos, é possível encontrar, no direito norte-americano, certa disciplina de precaução já no ano de 1958, mais especificamente na cláusula Delaney, no domínio da segurança alimentar. Cf. PRIEUR, Michel. *Mondialisation et droit de l' environnement. Meio ambiente*, Brasília, Escola Superior do Ministério Público da União, v. I, 2002. p.6; LAGADEC, P et al. *Traité des nouveaux risques*. Paris: Gallimard, 2002. p.74; PERRET, Horace et al. op. cit. p.23-4

36 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. v. I. São Paulo: Saraiva, 2003. p.429

37 Há quem defenda uma terceira função para o instituto da responsabilidade civil, a função punitiva, “principalmente em casos de ofensas à honra, à privacidade e à imagem cometidos por ou em meios de comunicação social. A prática tem revelado ser esta a única maneira eficaz de impedir que o autor da lesão obtenha com ela um enriquecimento que ultrapasse em muito a indenização em que for condenado. Atento ao elevadíssimo valor das receitas obtidas com as práticas ilícitas e danosas, torna-se ridículo o valor das indenizações quando comparado com a receita que para o infrator emerge do ato ilícito. A prática de atos ilícitos torna-se lucrativa, o que conduz os infratores a persistir nela” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina, 2005. p.19).

da responsabilidade negocial<sup>38</sup>. Enquanto a responsabilidade negocial é a obrigação de reparar os danos resultantes da violação do dever de adimplir o negócio jurídico, “a responsabilidade civil é a obrigação de reparar os danos resultantes da violação, ainda que muitas vezes não culposa, do dever geral de *neminem laedere* (não lesar ninguém) ou, como também se diz, de *alterum non laedere* (não lesar outrem)”<sup>39</sup>.

Regra geral, o nexó de imputação da responsabilidade civil é uma atuação culposa do responsável. Trata-se da concepção segundo a qual “não há liberdade sem responsabilidade, assim como não pode haver, em princípio, responsabilidade sem liberdade”<sup>40</sup>. Excepcionalmente, o nexó de imputação é o risco da atividade em causa. Na primeira hipótese, fala-se de responsabilidade subjetiva. Na segunda hipótese, fala-se de responsabilidade objetiva, isto é, responsabilidade sem culpa<sup>41</sup>. No âmbito da responsabilidade objetiva, que é a hipótese prevista na Lei Federal n.o 11.105<sup>42</sup>, é possível distinguir duas modalidades: a responsabilidade objetiva comum e a responsabilidade objetiva agravada. Segundo Fernando Noronha, “em ambas prescinde-se da culpa; as duas têm por fundamento o risco da atividade, mas este é diferente numa e noutra. Na comum, exige-se que o dano seja resultante de ação ou omissão do responsável, ou de ação ou omissão de pessoa a ele ligada, ou ainda de fato de coisas de que ele seja detentor. Na agravada vai-se mais longe e o responsável fica obrigado a reparar danos não causados por si mesmo, nem por pessoa ou coisa a ele vinculados; são danos simplesmente acontecidos durante a atividade que o responsável desenvolve”<sup>43</sup>.

A responsabilidade objetiva agravada, além de prescindir da culpa, dispensa a comprovação do nexó de causalidade, muito embora exija que o dano acontecido guarde estreita relação com a atividade do responsável<sup>44</sup>. Em outras palavras, a responsabilidade objetiva agravada exige, como condição para a obrigação de reparar, que o dano acontecido possa ser considerado o resultado de riscos inerentes à atividade em causa. Por sua configuração congruente com as exigências de acautelamento próprias da área de biossegurança, a modalidade agravada da responsabilidade objetiva é a que mais se coaduna com os propósitos da Lei Federal n.o 11.105.

38 Para uma crítica da *summa divisio*, VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*. Paris: LGDJ, 1995. p.442-52

39 NORONHA, Fernando. op. cit. p.431

40 VASCONCELOS, Pedro Pais de. op. cit. p.16

41 Cf. LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.133-5

42 “Sem prejuízo da aplicação das penas previstas nesta lei, os responsáveis pelos danos ao meio ambiente e a terceiros responderão, solidariamente, por sua indenização ou reparação integral, independentemente da existência de culpa” (artigo 20).

43 NORONHA, Fernando. op. cit. p.487 e 521

44 Cf. NORONHA, Fernando. op. cit. p.638

Apesar disto e apenas para melhor explorar as insuficiências do instituto da responsabilidade civil, admite-se, provisoriamente, que a modalidade de responsabilidade objetiva prevista na legislação brasileira sobre biossegurança é a comum.

Assim, três são pressupostos da responsabilidade objetiva comum: a) que haja um dano b) que esse dano tenha acontecido no decurso de uma atividade realizada no interesse do responsável (nexo de imputação); e c) que o dano seja resultante de ação ou omissão do responsável, ou de ação ou omissão de pessoa a ele ligada, ou ainda de fato de coisas de que ele seja detentor (nexo de causalidade).

Para afastar, desde logo, persistentes ilusões, a demonstração das insuficiências do instituto da responsabilidade civil, até mesmo como meio de reparação de dano, deve ser precedida pela demonstração do esvaziamento de sua pretensa função dissuasora. Começa a manifestar-se na doutrina brasileira firme adesão ao alargamento da teoria da coletivização da responsabilidade<sup>45</sup>. Um exemplo é a defesa do seguro de responsabilidade civil como meio eficiente de garantia da reparação do dano ambiental<sup>46</sup>. Por tal mecanismo de reparação, a responsabilidade pelo dano resultante de riscos inerentes à atividade é transferida do responsável para “a coletividade das pessoas que exercem a mesma atividade, e que são quem paga os prêmios relativos ao seguro respectivo”<sup>47</sup>. O que se constata é que o pretense caráter pedagógico da obrigação de reparar danos simplesmente se dissipa com a implementação do seguro de responsabilidade civil, já que o responsável pelo dano acontecido passa a ser mero responsável nominal e o “verdadeiro obrigado” a repará-lo passa a ser o segurador.

O conhecido princípio do poluidor-pagador (*principe pollueur-payeur*), segundo o qual os efeitos não desejados do processo produtivo, a exemplo dos danos ambientais acontecidos, devem ser considerados como custos da produção, já propõe uma forma de coletivização da responsabilidade<sup>48</sup>. À diferença da proposta do seguro de responsabilidade civil, o princípio do poluidor-pagador é mais sincero quando identifica os verdadeiros obrigados a reparar o dano: todos os indivíduos que venham a consumir os produtos ou serviços da atividade geradora de risco. E assim o é porque em seus respectivos preços já estão incluídos os custos dos comportamentos danosos.

45 O tema não é novo. Cf. SAVATIER, René. *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civile d'aujourd'hui*. Paris: Dalloz, 1952. p.263. Originalmente, o seguro de responsabilidade civil foi instituído no âmbito dos acidentes de trabalho e dos danos relacionados ao transporte aéreo.

46 Cf. MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2004. p.354-6; FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.179-82; MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.768-70

47 NORONHA, Fernando. op. cit. p.544

48 Cf. PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. Paris: Dalloz, 2001. p.136

Em verdade, no âmbito do seguro de responsabilidade civil, a coletividade a quem se atribui a responsabilidade pelo dano resultante de riscos inerentes à atividade não é outra senão a mesma a quem se aplica o princípio do poluidor-pagador: todos os indivíduos que venham a consumir os produtos ou serviços da atividade geradora de risco. O sistema de distribuição de custos do seguro de responsabilidade civil se constitui, assim, numa forma de subsídio (*forma di sussidio*) em favor do “responsável nominal”<sup>49</sup>.

Na prática, tanto o seguro de responsabilidade civil, quanto o princípio do poluidor-pagador, terminam por legitimar comportamentos pessoais danosos e, na medida em que distribuem impessoalmente o ônus de seu exercício, retiram do instituto da responsabilidade civil qualquer traço de prevenção. Trata-se da transformação jurídica da responsabilidade impessoal em verdadeira irresponsabilidade pessoal.

Ainda que a coletivização da responsabilidade possa ser razoavelmente defendida em relação aos riscos próprios de variadas atividades, a exemplo do transporte aéreo, na área de biossegurança ela não encontra um único argumento razoável a seu favor, porque os riscos inerentes ao emprego e/ou desenvolvimento da tecnologia do DNA recombinante são de diferente ordem. Enquanto os riscos inerentes às atividades em geral correspondem a danos de efeitos indesejáveis conhecidos, os riscos, na área de biossegurança, regra geral, correspondem a danos de efeitos indesejáveis desconhecidos<sup>50</sup>. O que significa dizer que certas atividades admitem que os riscos de danos sejam assumidos, porque conhecidos seus efeitos indesejáveis; outras, no entanto, não o admitem, porque desconhecidos seus efeitos. São as diferentes ordens de risco que fundamentam, em algumas situações, a instituição da responsabilidade impessoal e, especificamente na área de biossegurança, desautorizam a irresponsabilidade pessoal.

Daqui para adiante, cumpre analisar a função primacial do instituto da responsabilidade civil e demonstrar suas insuficiências.

Além da circunstância de a responsabilidade civil atuar em âmbito estadual e os potenciais danos relacionados com a área de biossegurança ignorarem as fronteiras entre os Estados nacionais<sup>51</sup>, as insuficiências do instituto também se expressam na impossibilidade de reparação de muitos danos acontecidos em razão de sua natureza irreversível, na dificuldade de quantificar os efeitos indesejáveis de certos

49 Cf. ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La responsabilità civile*. Milano: Dott. Giuffrè Editore, 2001. p.540

50 Infelizmente, muitos autores insistem em não reconhecer as diferentes ordens de risco e se valem, por tal razão, de argumentos muito genéricos a favor de suas teses pseudo-liberais. Por exemplo, DE MATTEI, Roberto. op. cit. p.20

51 Cf. PRIEUR, Michel. *Mondialisation et droit de l' environnement*. p.9-10

comportamentos danosos em decorrência da ausência de limitação temporal, assim como na inadequada atribuição da responsabilidade nas hipóteses de autoria plural.

Em muitos casos, uma das insuficiências mais significativas do instituto da responsabilidade civil decorre, precisamente, de seu pressuposto de fato. Com efeito, a obrigação de reparar danos, decorrente da violação ao dever geral de não lesar outrem (*alterum non laedere*), pressupõe sua reparabilidade. Ora, um dano irreversível é, por definição, um dano irreparável. Logo, nos casos de danos irreversíveis, que seriam evitáveis pela lógica da biossegurança, o instituto da responsabilidade civil sequer pode cumprir sua função primacial.

O objeto de preocupação da responsabilidade civil é, sobretudo, uma ação de alcance espacial escasso, de realização temporal curta e de reduzidos desdobramentos pessoais e ambientais. Em outras palavras, o direito das obrigações ainda privilegia a disciplina de relações entre sujeitos determinados e de efeitos quantificáveis. Parafraseando Hans Jonas, o universo jurídico, a que se volta a responsabilidade civil, “se compõem dos contemporâneos e seu horizonte de futuro está limitado à previsível duração da vida. Algo parecido sucede com seu horizonte espacial onde o agente e o outro se encontram. Tudo se conforma a um estreito campo de ação e ninguém responde por conseqüências posteriores não previstas”<sup>52</sup>.

O universo jurídico, a que se volta a biossegurança, é bastante distinto. As modernas tecnologias, segundo Hans Jonas, fazem desaparecer a limitação à proximidade espacial e aos contemporâneos. Muitos de seus efeitos não retornam ao *status quo ante* e se somam. Assim, “a situação para o fazer e o ser posteriores não é a mesma que era inicialmente; é progressivamente diferente e é cada vez mais o produto daquilo que já foi feito”<sup>53</sup>. Para Hans Jonas, “a capacidade tecnológica transformou o que antes eram jogos experimentais da razão especulativa em desenhos competitivos de projetos realizáveis. E, ao escolher entre eles, optou entre extremos, com efeitos, em grande parte, desconhecidos. A única certeza é o caráter extremo dessas opções”<sup>54</sup>. Isto demonstra a insuficiente elasticidade do objeto de preocupação da responsabilidade civil para lidar, por exemplo, com ações capazes de alterar a essência humana, mediante o emprego da tecnologia do DNA recombinante. Aliás, ainda que fosse possível alargar seu objeto de preocupação, insuficiente seria a resposta em termos de responsabilidade civil, pois a conseqüência indesejável da ação exemplificada corresponderia a um dano irreversível.

52 JONAS, Hans. op. cit, 1995. p.29-31

53 JONAS, Hans. op. cit. p.33

54 JONAS, Hans. op. cit. p.55

Nos casos de danos reparáveis ou, ao menos, remediáveis, decorrentes do emprego e/ou desenvolvimento da tecnologia do DNA recombinante, o instituto da responsabilidade civil até pode dar uma resposta eficiente. Nos casos de danos irreparáveis, a resposta do instituto é simplesmente ineficiente. Em algumas hipóteses que envolvem a autoria plural, tanto num caso quanto n'outro, as insuficiências do instituto da responsabilidade civil também podem evidenciar-se na inadequada atribuição da responsabilidade. Além disso, a insuficiente compreensão da autoria plural, em algumas hipóteses, confirma a falácia da função dissuasora do instituto.

Para melhor demonstrar o que, de maneira sintética, restou afirmado, recorre-se, mais uma vez, à doutrina de Fernando Noronha: “um dano pode resultar de um só fato (isto é, pode ter uma causa única), ou de diversos fatos (havendo, portanto, multiplicidade de causas ou concorrência efetiva de causas); em ambos os casos pode-se ter a intervenção de uma só pessoa (autoria singular), ou de diversas (autoria plural)”<sup>55</sup>.

As situações que suscitam os problemas cuja solução pode ser identificada como insuficiente são algumas hipóteses que envolvem autoria plural. A autoria plural ocorre quando diversas pessoas possam ser responsabilizadas, seja por terem participado do único fato gerador do dano acontecido (unicidade de causa), seja por haver diversos fatos geradores a elas relacionados (pluralidade de causas). Nas situações de unicidade de causa com autoria plural, isto é, nas situações de co-autoria de fato danoso, todos respondem solidariamente pela reparação<sup>56</sup>. Nas situações de pluralidade de causas com autoria plural, merecem destaque as situações de causalidade complexa, que são aquelas situações em que cada pessoa age separadamente das demais para a realização do dano. Segundo Fernando Noronha, é possível distinguir “três hipóteses de causalidade complexa”: a) a da prática, por cada pessoa, de fato que só por si seria suficiente para causar todo o dano verificado (causalidade colateral); b) a da prática, por cada pessoa, de fato que só por si não seria suficiente para causar o dano, ou todo ele, mas que somado aos outros foi causa necessária dele (causalidade propriamente concorrente); e c) a da prática, por cada pessoa, de uma parte delimitada do dano (causalidade cumulativa)<sup>57</sup>.

Nas duas primeiras hipóteses, a doutrina tem sugerido a mesma resposta dada para as situações de unicidade de causa com autoria plural, sujeitando todos os responsáveis à reparação solidária do dano. Na terceira hipótese, a resposta é diferente, restringindo a reparação de cada responsável à parte do dano que efetivamente causou.

55 NORONHA, Fernando. op. cit. p.639

56 (...) se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação” (artigo 942, *caput*, *in fine*, do Código Civil brasileiro, de 2002).

57 NORONHA, Fernando. op. cit. p.647

Das várias respostas, a menos eficiente, porque demonstra a insuficiente compreensão da autoria plural, é a dada à hipótese de causalidade colateral.

Há causalidade colateral quando, agindo paralelamente, o comportamento de qualquer um dos responsáveis já é suficiente para causar o dano em toda sua extensão. Um exemplo que ilustra a hipótese é a eliminação de específicas espécies animais em decorrência da liberação no meio ambiente, por parte de centros de pesquisa independentes entre si, de diferentes rejeitos transgênicos. O fato significativo da causalidade colateral é que, embora haja pluralidade de responsáveis agindo paralelamente, a quantidade de substância, individualmente liberada, é causa bastante para a realização de todo o dano à biodiversidade então verificado<sup>58</sup>.

Pela resposta antes assinalada, os centros de pesquisa e seus correspondentes financiadores respondem solidariamente pelo dano causado à biodiversidade. Assim, todos os comportamentos danosos se equipararam a uma única ação e o dever de reparar o dano – impossível no exemplo apresentado – pulveriza-se.

Na causalidade colateral, não existe um dano apenas; existem vários danos que se sobrepõem na medida em que os comportamentos danosos se repetem. Se a ação de um único responsável é capaz de eliminar, no exemplo apresentado, específicas espécies animais, este fato não deve mitigar, mas agravar a responsabilidade pessoal. A resposta solidária, diminuindo a responsabilidade pessoal, acaba sendo um estímulo ao dano. Não há dúvida de que a mais eficiente resposta, na hipótese de causalidade colateral, é a atribuição de responsabilidade pessoal pelo dano acontecido, a despeito de sua sobreposição. Assim, impõe-se, com urgência, a revisão doutrinária da resposta solidária, já que a causalidade colateral não possui “reduzido interesse prático”<sup>59</sup>.

#### 4. A IRRESPONSABILIDADE INSTITUCIONALIZADA

Se é verdade que o desenvolvimento tecnológico tem proporcionado aos homens, pelo menos àqueles que suplantaram a linha da pobreza, o gozo de mais saúde e de uma existência com mais qualidade, não é menos verdade que as modernas tecnologias também têm a capacidade de criar danos irreversíveis em série, cuja gravidade dos efeitos desconhecidos só se percebe a médio e longo prazos.

58 Trata-se da adaptação de um exemplo citado por NORONHA, Fernando. op. cit. p.648

59 Com o desenvolvimento progressivo e o emprego alargado da tecnologia da recombinação do DNA, a tendência é que os mesmos comportamentos danosos se repitam com frequência cada vez maior. Cf. NORONHA, Fernando. op. cit. p.648

A capacidade de criar danos graves e/ou irreversíveis é um risco que acompanha o emprego e/ou desenvolvimento das modernas tecnologias. Em algumas situações, o risco é certo, em outras, incerto. Lidar com o risco, em qualquer situação, de modo a preveni-lo, é a função da biossegurança.

Há quem entenda que, diante de riscos incertos, o modelo de gestão, de que se socorre o princípio da precaução, não necessariamente objetiva a eliminação dos riscos, mas sim seu controle e, na melhor das hipóteses, sua diminuição. O que significa dizer que o modelo de decisão fundado na gestão de riscos admite que riscos de danos graves e/ou irreversíveis possam ser assumidos quando da implementação de uma ação. No plano doutrinário, nada é mais errôneo e, no que concerne a certos autores, mal intencionado. Só no plano do mercado, em que o rigor terminológico não é condição de êxito dos interesses econômicos envolvidos, é que a erronia se justifica.

Quem se propõe a prevenir danos graves e/ou irreversíveis é a biossegurança, enquanto conjunto de políticas e de ações públicas e privadas. Na área de biossegurança, por existirem riscos certos e riscos incertos, são admitidos diferentes modelos de decisão. O modelo de gestão de riscos é um desses modelos e seu uso pressupõe a incerteza dos riscos. Duas são as instâncias deste modelo: uma de avaliação e outra de deliberação. Assim, a diminuição, a que antes se fez referência como a melhor das hipóteses do modelo de gestão de riscos, relaciona-se com sua instância de avaliação e não diz respeito aos riscos em si. A diminuição diz respeito à avaliação do grau de incerteza dos riscos.

Dessa forma, após avaliados os riscos, mantida a incerteza original ou, na melhor das hipóteses, diminuída essa incerteza, passa-se, em seguida, à instância de deliberação, com a esperança de que ela seja a mais racional possível.

Marie-Angèle Hermitte e Virginie David também entendem que, diante da incerteza científica, é racional apoiar a deliberação “numa avaliação prévia da situação, avaliação teórica e experimental, que permite reduzir a incerteza, assim como situar a incerteza residual de forma a calculá-la”<sup>60</sup>. Lembram as autoras que o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança<sup>61</sup>, da Convenção sobre Diversidade Biológica, celebrado em Montreal, em 29 de janeiro de 2000, “analisa as coisas de forma diferente: a avaliação de riscos deve permitir uma decisão de acordo com o conhecimento. Então, não há mais a racionalidade da decisão; porém, existirá informação, nos limites dos

60 HERMITTE, Marie-Angèle; DAVID, Virginie. Avaliação dos riscos e princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias et al. (org.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.98

61 O Protocolo de Cartagena se aplica “ao movimento transfronteiriço, ao trânsito, à manipulação e à utilização de todos os organismos vivos modificados que possam ter efeitos indesejáveis na conservação e no uso sustentável da diversidade biológica, levando também em conta os riscos para a saúde humana” (artigo 4º).

conhecimentos existentes”<sup>62</sup>. Em outras palavras, o Protocolo de Cartagena, ao mesmo tempo em que não identifica a incerteza com a falta de conhecimento, confunde a biossegurança com a informação que se conhece. Substitui-se, assim, a racionalidade da decisão contrária à proposta de assumir riscos incertos pela infirme idéia de “correr riscos”<sup>63</sup>.

Acredita-se que a sociedade, diante das “vantagens” proporcionadas pelos OGMs e seus derivados, mesmo não participando do processo de avaliação e deliberação, está disposta a “correr riscos”. É o que Renato Angelo Ricci denomina relação riscos/benefícios (*rapporto rischi/benefici*). Segundo o autor, trata-se de um critério cientificamente e socialmente mais aceitável (*scientificamente e socialmente piú accettabile*) do que o princípio da precaução, que, segundo o mesmo autor, é um critério puramente político<sup>64</sup>. A desqualificação do princípio da precaução como critério político, como o faz Renato Angelo Ricci, visa a dissimular os interesses econômicos que se encontram por trás da defesa da idéia de “correr riscos”. Por outro lado, qualificar como “cientificamente mais aceitável” a relação riscos/benefícios, ocultando a falta de conhecimento sobre os efeitos indesejáveis dos OGMs e seus derivados, é uma simulação rasa, que nada tem a ver com o conhecimento científico.

No Brasil, compete à Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio - avaliar e deliberar sobre os riscos decorrentes do emprego e/ou desenvolvimento da tecnologia do DNA recombinante. Dentre outras, são suas atribuições legais: 1. proceder à análise da avaliação de risco, caso a caso, relativamente a atividades e projetos que envolvam OGM e seus derivados; 2. emitir decisão técnica, caso a caso, sobre biossegurança de OGM e seus derivados no âmbito das atividades de pesquisa e de uso comercial de OGM e seus derivados, inclusive a classificação quanto ao grau de risco e nível de biossegurança exigido, bem como medidas de segurança exigidas e restrições ao uso; 3. definir o nível de biossegurança a ser aplicado ao OGM e seus usos, e os respectivos procedimentos e medidas de segurança quanto ao seu uso, bem como quanto aos seus derivados; 4. classificar os OGMs segundo a classe de risco; 5. identificar atividades e produtos decorrentes do uso de OGM e seus derivados

62 HERMITTE, Marie-Angèle; DAVID, Virginie. op. cit. p.102 e 117

63 Em defesa da idéia de “correr riscos”, REGGE, Tullio. Il principio di precauzione: un trucco verbale. *Il principio di precauzione. I costi della non-scienza*, Milano, Associazione Galileo 2001, 2004. p.79; TIRELLI, Umberto. Il principio di precauzione e la salute. *Il principio di precauzione. I costi della non-scienza*, Milano, Associazione Galileo 2001, 2004. p.81; PEDROCCHI, Ernesto. Il principio di precauzione. *Il principio di precauzione. I costi della non-scienza*, Milano, Associazione Galileo 2001, 2004. p.188

64 RICCI, Renato Angelo. Perché Galileo 2001. *Il principio di precauzione. I costi della non-scienza*, Milano, Associazione Galileo 2001, 2004. p.26

potencialmente causadores de degradação ao meio ambiente ou que possam causar riscos à saúde humana.

Já se disse que a composição da CTNBio não é plural, já que a sociedade, em sua maior expressão, nela não está incluída. Integram o colegiado da CTNBio apenas “especialistas” e representantes governamentais. A sociedade, eventualmente, pode ser chamada a participar de audiências públicas; com certa condescendência, pode até ser ouvida; mas não tem o direito de votar. E é esta mesma sociedade, excluída do processo de avaliação e deliberação, que, segundo alguns autores, está disposta a “correr riscos”.

Não é demais lembrar que ainda não são conhecidos os efeitos indesejáveis dos OGMs, incluídos os organismos transgênicos, na saúde humana, na hereditariedade e no meio ambiente. No entanto, com base nesse desconhecimento dos riscos de danos graves e/ou irreversíveis, a CTNBio decide sobre biossegurança em nome da sociedade.

Além da ilegitimidade do procedimento, outro traço a considerar no exercício das competências legais da CTNBio é a possibilidade de sua irracionalidade.

Na maioria dos casos em que se identificam riscos incertos, a informação que se conhece não é capaz de afiançar uma decisão racional favorável aos OGMs, incluídos os organismos transgênicos; quando muito, é apta a fundamentar uma opinião interesseira. Com efeito, quando se fala em informação que se conhece não se avisa o estado em que se encontra o conhecimento, sequer se esclarece a origem dessa informação, muito menos se explicitam as controvérsias. Sim, porque há controvérsias. Riscos incertos são riscos controversos. Fazer opções no estágio primário de uma controvérsia não é outra coisa senão opinar interesseiramente.

Convém esclarecer que “nem todo dano se deve a um risco, assim como nem todo risco equivale a um dano”<sup>65</sup>. Na área de biossegurança, assumir riscos incertos equivale a implementar danos graves e/ou irreversíveis. Tal equivalência não tem nada de arbitrário e se justifica no fato do desconhecimento dos efeitos indesejáveis dos OGMs, incluídos os organismos transgênicos, na saúde humana, na hereditariedade e no meio ambiente. “Correr riscos” de efeitos indesejáveis desconhecidos é comportamento que se distancia da liberdade responsável e muito se aproxima da pura e simples estupidez.

A idéia de correr riscos se insere na mesma falaciosa coletivização anteriormente criticada. Enquanto na responsabilidade civil prega-se a coletivização da res-

65 PADILLA, René. *Sistema de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p.52

ponsabilidade, a despeito da culpa, na idéia de correr riscos sugere-se a coletivização da culpa, a despeito da responsabilidade. A cruz e a espada, na área de biossegurança, é a seguinte: fica-se entre a responsabilidade de todos sem a atribuição da culpa a alguém e a culpa coletiva sem que alguém assuma a responsabilidade.

No caso do instituto da responsabilidade civil, a coletivização transforma juridicamente a responsabilidade impessoal em verdadeira irresponsabilidade pessoal. Já na idéia de “correr riscos”, fala-se de uma irresponsabilidade muito mais grave, porque não apenas jurídica. Quando a culpa é atribuída a todos, indistintamente, institucionaliza-se a irresponsabilidade em seu sentido mais amplo, em seu sentido ético. Segundo Hannah Arendt, a coletivização da culpa “é uma caiação altamente eficaz para todos aqueles que realmente têm culpa, pois, quando todos são culpados, ninguém o é”<sup>66</sup>. Na prática, a irresponsabilidade institucionalizada, mediante a culpa impessoal, dissemina o anonimato como critério de identificação subjetiva e enobrece a malícia como critério objetivo de conduta. A culpa impessoal, portanto, é o veículo irracional de que se vale a idéia de “correr riscos” para, coletivizando a culpa, desculpar os culpados.

## 5. PROVOCAÇÕES FINAIS

Na área de biossegurança, as hipóteses de risco incerto de dano grave e/ou irreversível exigem que o princípio da precaução seja compreendido como medida de prudência redobrada. Diferentemente dos riscos próprios do emprego e/ou desenvolvimento de muitas tecnologias modernas, que se relacionam a efeitos indesejáveis conhecidos, os riscos na área de biossegurança possuem um gravame, pois se relacionam a efeitos indesejáveis não conhecidos. No entanto, para satisfazer, em regra, os interesses imediatos do mercado, tornou-se lugar comum alegar que a sociedade está disposta a “correr riscos”. Decidir, sem levar em conta o desconhecimento, é decidir de maneira imprudente. Para que não se desenvolva a insegurança biotecnológica, a pretexto de promover a biossegurança, o princípio da precaução tem que ser levado a sério. Nesse norte, a modalidade agravada da responsabilidade objetiva é a modalidade que mais respostas eficientes pode proporcionar aos danos decorrentes do emprego e/ou desenvolvimento da tecnologia do DNA recombinante. Na área de biossegurança, falar que a responsabilidade objetiva se relaciona com o risco inerente a certas atividades é menos verdadeiro do que falar que ela se relaciona com certas atividades intrinsecamente danosas. Mas não basta a reparação do dano. Repensar

o instituto da responsabilidade civil, para além de sua função tradicional, se torna uma necessidade impostergável<sup>67</sup>. Dessa forma, a objetivação da responsabilidade civil deve aprofundar-se a ponto de não se contentar com uma função meramente reparatória, proporcionando, *de lege lata*, o desenvolvimento de uma função mais consentânea com as exigências da área de biossegurança, capaz de impedir a realização de danos graves e/ou irreversíveis.

## REFERÊNCIAS

- ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La responsabilità civile*. Milano: Dott. Giuffrè Editore, 2001.
- ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- DE MATTEI, Roberto. Indirizzo di saluto. *Il principio di precauzione. I costi della non-scienza*, Milano, Associazione Galileo 2001, 2004.
- FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- GUERRANTE, Rafaela Di Sabato. *Transgênicos. Uma visão estratégica*. Rio de Janeiro: Interciência, 2003.
- HERMITTE, Marie-Angèle; DAVID, Virginie. *Avaliação dos riscos e princípio da precaução*. In: VARELLA, Marcelo Dias et al. (org.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- JONAS, Hans. *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Tradução de Andrés Sánchez Pascual. Barcelona: Editorial Herder, 1995.
- LAGADEC, P. et al. *Traité des nouveaux risques*. Paris: Gallimard, 2002.
- LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. L'éthique de la responsabilité. *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, Dalloz, n. 1, janvier/mars 1998.
- LAPA, Fernanda Brandão. Ética e direitos humanos: um estudo introdutório sobre plantas transgênicas. In: SILVA, Reinaldo Pereira e; LAPA, Fernanda Brandão (org.). *Bioética e direitos humanos*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002.
- LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

---

67 Cf. ALPA, Guido; BESSONE, Mario. op. cit. p.566-78; PADILLA, René. op. cit. p.52-4

NODARI, Rubens Onofre; GUERRA, Miguel Pedro. Avaliação dos riscos ambientais de plantas transgênicas. *Cadernos de ciência e tecnologia*, Brasília, v. 18, n. 1, 2001.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. v. I. São Paulo: Saraiva, 2003.

PADILLA, René. *Sistema de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

PEDROCCHI, Ernesto. Il principio di precauzione. *Il principio di precauzione. I costi della non-scienza*, Milano, Associazione Galileo 2001, 2004.

PERRET, Horace et al. Approches du risque: une introduction. *Les cahiers du Réseau Interdisciplinaire Biosécurité*, Genève, IUED, n. 2, 2005.

PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. Paris: Dalloz, 2001.

PRIEUR, Michel. Mondialisation et droit de l'environnement. *Meio ambiente*, Brasília, Escola Superior do Ministério Público da União, v. I, 2002.

REGGE, Tullio. Il principio di precauzione: un trucco verbale. *Il principio di precauzione. I costi della non-scienza*, Milano, Associazione Galileo 2001, 2004.

RICCI, Renato Angelo. Perché Galileo 2001. *Il principio di precauzione. I costi della non-scienza*, Milano, Associazione Galileo 2001, 2004.

SAVATIER, René. *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civile d'aujourd'hui*. Paris: Dalloz, 1952.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2003.

TIRELLI, Umberto. Il principio di precauzione e la salute. *Il principio di precauzione. I costi della non-scienza*, Milano, Associazione Galileo 2001, 2004.

USP. Introdução sobre DNA - Apostila do curso de Genética Molecular e Tecnologia do DNA Recombinante. *Genética Molecular e Tecnologia do DNA Recombinante*. Disponível em: <<http://kathryn.fmrp.usp.br/td/apost1.html#20>>. Acesso em: 13 out. 2000.

VACHER, Corinne. *Evaluation des risques ecologiques associés aux plantes génétiquement modifiées*. Université Montpellier II, 2004. (Thèse pour obtenir le grade de docteur).

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina, 2005.

VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*. Paris: LGDJ, 1995.

WOLFRUM, Rüdiger. O princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias et al. (org.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

# VÍDEO-CONFERÊNCIA INTERNACIONAL NORUEGA ↔ BRASIL – EXTRATOS FUNDAMENTAIS

NORUEGA:  
CELMA REGINA HELLEBUST\*

BRASIL:  
D. FREIRE E ALMEIDA\*\*

## 1. BRASIL – DANIEL FREIRE E ALMEIDA

Digníssimos Acadêmicos da Faculdade de Direito de Bauru.

É com enorme satisfação que prosseguimos a utilização dos serviços de Víde-Conferência da Instituição Toledo de Ensino.

E logo de uma forma INTERNACIONAL.

Devemos relembrar que a Sala de Víde-conferência da Instituição Toledo de Ensino foi inaugurada em Maio de 2003.

---

\* Advogada na Noruega. Membro do Conselho de Câmara Brasileira-Norueguesa de Comércio, em Oslo e do Den Norske Advokatforening (Associação dos Advogados Noruegueses) na Noruega.

\*\* Mestre em Direito da União Européia pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em Portugal. Pós-Graduado em Ciências Jurídico-Comunitárias pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em Portugal. Especialista em Política Externa dos EUA pelo Departamento de Estado dos Estados Unidos da América. Professor de Direito Internacional Público e Privado na Faculdade de Direito de Bauru – ITE – Brasil. Professor de Comércio Internacional na Faculdade de Ciências Econômicas de Bauru – ITE – Brasil. Advogado. Coordenador da Comissão de Relações Internacionais e Direito na Internet, da Ordem dos Advogados do Brasil. Agente de

Naquela oportunidade, contamos com a Conferência ministrada pelo **Professor Doutor Diogo Leite de Campos**, catedrático da Universidade de Coimbra, em Portugal.

Diretamente de Portugal.

Naquele dia, a Instituição Toledo de Ensino passou para a história.

A História do Futuro!

E fez isso, de uma forma ousada, moderna e inédita.

Primeiramente, por iniciar a promoção e a complementação do ensino presencial de seus acadêmicos através da utilização de uma moderna ferramenta de ensino a distância: a vídeo-conferência.

Fez isso, consciente e alinhada com as transformações alavancadas por novas tecnologias, as quais são exemplo recente os múltiplos usos da Internet.

No mesmo sentido, por estar promovendo, naquela ocasião, através da vídeo-conferência, a integração da Instituição Toledo de Ensino, com a mais tradicional Faculdade de Direito do mundo: A Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, de Portugal:

Berço do Ensino Jurídico Mundial.

Fundada em 1290.

E hoje, neste manhã, consolidamos estes passos rumo ao futuro, ao iniciarmos a integração com a Câmara Brasileira-Norueguesa de Comércio – diretamente da Noruega.

Internacional – Intercontinental!

Para isso, a Doutora Celma Regina Hellebust aceitou nosso convite para nos brindar com suas palavras através desta vídeo-conferência internacional.

Neste contexto, para nos discorrer sobre a Noruega e diversos assuntos internacionais.

A Doutora Hellebust é Advogada na Noruega, com fluência em Inglês, Norueguês, Espanhol e Italiano.

Possui sólida experiência profissional na área do Direito Internacional em companhias de vários segmentos, com atuações desde Direito das Empresas, Direito Tributário, Direito Societário, e Direitos de Propriedade intelectual.

A Doutora Hellebust promove assistência jurídica internacional para desenvolvimento de projetos entre companhias norueguesas e brasileiras.

Além disso, a Doutora Hellebust é membro do Conselho da Câmara Brasileira-Norueguesa de Comércio, em Oslo e do Den Norske Advokatforening (Associação dos Advogados Noruegueses) na Noruega.

Senhoras e Senhores, é com imensa satisfação que lhes apresento, direto da NORUEGA, a Doutora CELMA REGINA HELLEBUST.

## 2. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS - NORUEGA: CELMA REGINA HELLEBUST

Bom dia a todos os senhores.

Meu nome é Celma Regina Hellebust e sou advogada brasileira na Noruega, com autorização para trabalhar como consultora em Direito Brasileiro e Direito Internacional e funcionar como advogada em Juízo aqui na Noruega caso a lei alienígena seja aplicável.

A par disso, faço parte do Conselho da Câmara de Comércio Brasileiro – Norueguesa (BNCC) em Oslo desde a sua fundação, em novembro 2.002.

Sou ex-aluna da ITE, onde comecei o meu curso de Direito, e aí estudei nos anos de 1.983, 1984 e começo do ano de 1.985. Por esse motivo, fiquei muito grata pelo convite feito pelo **Professor Daniel Freire e Almeida**, convite esse endossado pelo **Dr. Bento Cintra**, para que desse uma palestra para os estudantes do 5o. Ano de Direito.

Enfim, quando fui convidada para dar essa palestra, o **Professor Daniel Freire e Almeida** disse que gostaria que informações sobre a Noruega fossem dadas e o tema relativo ao funcionamento das Câmaras de Comércio fosse abordado, e que tudo isso fosse ilustrado com experiências práticas.

Os dois assuntos são extensos e requerem muito mais tempo do que se dispõe nessa video-conferência, razão pela qual eu organizei a palestra de forma a abordar uma quantidade grande de temas que podem servir como lembrete para os senhores para futuras pesquisas.

Tirante isso, tentei organizar os temas técnicos em uma seqüência de forma que os senhores possam ter uma visão acerca de como eles correlacionam e, ao mesmo tempo, adicionei a isso uma pessoa que pode servir de contato para futuramente, o advogado Gian-Luca Congeddu, que também é membro do Conselho da Câmara de Comércio Brasileiro – Norueguesa em Oslo e que faz parte do escritório Gram, Hambro e Garman em Oslo.

Termino a parte técnica mencionando a existência de um livro que trata desses temas de forma mais profunda e que pode ser adquirido gratuitamente pelos estagiários de Direito inscritos na OAB/SP.

No final, quando se trata de operacionalizar serviços que transcendem fronteiras, o que é necessário saber é onde as informações estão, com quem se pode entrar em contato e onde se pode estudar mais sobre determinado problema específico. Os senhores terão informações acerca disso tudo durante essa palestra.

Assim, logo na primeira parte da palestra eu darei informações gerais sobre a Noruega, relações com o Brasil, o Ministério das Relações Exteriores e ferramentas disponibilizadas pelo Governo brasileiro para o fomento das exportações.

Isto é o mínimo requerido para quem trabalha com Direito do Comércio Internacional: conhecer pelo menos superficialmente o país a ser abordado, como ele interage com o Brasil e como as instituições brasileiras estão organizadas no exterior, quais serviços públicos estão disponíveis para o fomento das exportações brasileiras, no que eles podem ser úteis e como se encontram informações rapidamente.

Na parte relativa à Noruega também foram incluídas informações relativa aos tribunais e à carreira de advogado na Noruega, informações essas também gentilmente fornecidas pelo advogado Gian Luca Congeddu. Esse assunto com certeza é objeto da curiosidade da maior parte de todos vocês.

No que diz respeito ao tema relativo aos setores nos quais as economias norueguesa e brasileira interagem é feita menção ao artigo escrito pela Embaixadora Liv Kerr, que já serviu no Brasil, e que trata das relações econômicas entre os dois países.

Para a finalidade de coletar dados para ilustrar todos esses temas, me servi de informações disponíveis na Internet, cujo recurso eu recomendo que seja utilizado pelos senhores extensivamente.

Os endereços na Internet que eu utilizei para a confecção da palestra serão dados no final, dentro de um arquivo no formato de Word *document*, o qual eu peço para o Professor Freire e Almeida que faça a gentileza de distribuir a todos os senhores.

Como dito anteriormente, o Professor Daniel comentou muito sobre o grande interesse de todos vocês pela Noruega. Por esse motivo, após as informações gerais sobre a Noruega, e para encerrar esse tópico, foi incluída na palestra a apresentação de um vídeo sobre Stavanger, que será a capital cultural da Europa no ano de 2.008. Isso se deve ao meu entendimento que um vídeo pode mostrar, explicar e emocionar muito mais do que muitas palavras.

O vídeo é curto, toma ao redor de três minutos e nele se introduz o conceito de Stavanger como um "porto aberto". Isto é, ele apresenta Stavanger como um porto

aberto da Europa no qual se celebrará a Europa e sua cultura, um porto aberto para as Artes, com uma rica apresentação de formas de arte e expressão, porto aberto de cenários naturais e um porto aberto para o futuro, com foco nas crianças, jovens e o desenvolvimento de novas tecnologias. As falas constantes do vídeo são feitas em alemão, inglês, espanhol e francês.

A segunda parte da palestra é sobre o funcionamento das Câmaras de Comércio propriamente dito e no que podem ser úteis.

A fim de auxiliar o entendimento acerca de como as Câmaras de Comércio funcionam, eu darei como exemplo a Câmara de Comércio Brasileiro Norueguesa (BNCC), que segue um padrão similar ao de outras Câmaras de Comércio, como a Câmara de Comércio Brasileira na Grã-Bretanha, sediada em Londres, a Câmara de Comércio Sueco Brasileira e a Câmara de Comércio de Oslo, da qual inclusive somos afiliados.

Porém, é necessário avisá-los que todas essas instituições que agora mencionei não serão analisadas a fundo aqui, uma vez mais em razão do tempo exíguo.

Enfim, volto a repetir que a minha idéia é lhes falar sobre temas interessantes, mas que ainda estão fora do trato cotidiano dos senhores, de forma que os senhores tenham uma referência e pesquisem e se aprofundem mais neles caso queiram.

Feita essa introdução, passarei então ao conteúdo da palestra propriamente dito.

### 3. A NORUEGA

A Noruega é um país relativamente pequeno para os padrões brasileiros, com 324 000 quilômetros quadrados, está localizada na área situada mais ao norte da Europa e está circundada em toda a sua área de extensão por mar. Ao norte pelo Mar de Barentz, ao longo da costa no sentido norte-sul pelo Mar do Norte e o Skagerak ao sul. Já na parte leste do país, começando-se no sul, e seguindo em direção ao norte, a Noruega tem uma divisa grande com a Suécia e na parte situada mais ao norte ela também confronta com a Finlândia e a Rússia em áreas menores.

A paisagem da Noruega é de forma geral montanhosa, coberta por geleiras e a sua costa tem ao redor de 2.500 Km de extensão. A costa norueguesa é pontuada por fiordes e milhares de ilhas dos mais diferentes tamanhos. A parte situada mais ao norte também é conhecida como a “Terra do Sol da Meia Noite” em razão de estar localizada dentro do Círculo Polar Ártico. Nessa região durante parte do verão o sol não se põe jamais no horizonte (fica correndo de um lado para o outro no céu, mas

sem se esconder) e durante o inverno o sol fica abaixo da linha horizonte, sem aparecer, durante um longo período também.

A Noruega toda é muito bonita e possui paisagens fantásticas. A diferença nas estações do ano é marcante e se recomenda conhecer esse país pelo menos uma vez durante o inverno e outra durante o verão, pois as atividades podem diferir bastante dependendo da época do ano.

A população norueguesa é composta de 4 milhões e 600.000 habitantes e cresce à uma taxa de 0.4% ao ano. Etnicamente a maioria dos noruegueses são Nórdicos ou Norte Germânicos, e as pequenas minorias que habitam o norte são Finlandeses. Os sami são considerados um povo indígena e tradicionalmente vivem na parte mais ao norte da Noruega, Suécia, Finlândia e Rússia.

Em 01 de Janeiro de 2.003, 7,3% da população era composta de imigrantes. Para os interessados em questões relativas à imigração ou mesmo trabalho aqui na Noruega recomenda-se que leiam as informações constantes do *web site* oficial da Noruega no Brasil, o qual traz informações detalhadas sobre esse assunto. Caso alguma pergunta não esteja suficientemente respondida no *web site*, é de se anotar que é sempre possível passar um *e-mail* perguntando o que se deseja saber ou, então, entrar em contato com a Embaixada.

Ainda sobre demografia, aproximadamente 86% dos habitantes são membros da Igreja Evangélica Luterana da Noruega (igreja essa pertencente ao Estado). Outras sociedades cristãs perfazem um percentual de 4.5% da população (a Igreja Luterana Evangélica Independente, a Igreja Católica, Congregações Pentecostais, a Igreja Metodista, etc.). Entre as religiões não cristãs, o Islamismo é a maior delas na Noruega, com cerca de 1.5% da população e outras religiões representam menos de 1% da população cada uma. Dentre esses, cerca de 1.5% pertencem à secular União Ética Humanística. Até 1 de Janeiro de 2.003 aproximadamente 5% da população não era participava de nenhuma religião.

A Noruega é uma monarquia constitucionalista, e isto é uma forma de governo monárquico estabelecido sob um sistema constitucional, no qual o Monarca é o Chefe de Estado e o chefe do Poder Executivo.

Hoje a monarquia constitucionalista norueguesa está combinada com a democracia representativa e dessa forma coloca-se a soberania nas mãos do povo. Em que pese o Rei ou a Rainha serem considerados Chefe de Estado, é o Primeiro Ministro, cujo poder deriva direta ou indiretamente de eleições populares, que na verdade governa o país.

Sua Majestade Real o Rei Harald V (nascido a 21 de fevereiro de 1937 em Skau-gum) é o Rei da Noruega, filho do Rei Olav V e da princesa herdeira do trono Märtha. Ele sucedeu à seu pai em 17 de janeiro de 1991 e foi o primeiro Rei norueguês nascido na Noruega nos últimos 600 anos. Antes dele somente o Rei Olav IV Håkonsson, que foi Rei em 1380, havia nascido no país.

A Família Real Norueguesa pertence à Casa Real norte alemã Schleswig-Hols-tein-Sonderburg-Glücksburg.

O sistema parlamentarista, ou parlamentarismo, na Noruega se baseia no princípio das eleições diretas e na representação proporcional. O voto é secreto e as pessoas votam em uma lista de representantes de um determinado partido político e os nomes de cada lista de cada partido representam um partido em particular. Esses candidatos são escolhidos através das convenções de cada partido.

A Noruega possui duas línguas oficiais, o bokmål e o ny norsk.

Porém, uma das coisas mais marcantes para um estrangeiro quando visita a Noruega é a celebração do chamado 17 de Maio.

Os noruegueses celebram o seu Dia da Constituição em 17 de maio. Muitas pessoas vestem o traje típico da nação, que se chama bunad, e uma grande parte participa dos desfiles que acontecem nas cidades. Henrik Wergeland foi o fundador da parada de 17 de maio. Essas paradas se diferem muito dos desfiles de outros países porque ao contrário de se terem paradas militares, essa parada é constituída por crianças.

Nesse dia é muito comum ver uma grande parte das pessoas vestindo o traje nacional e cada região tem um estilo diferente. Esses trajes são bonitos, coloridos e alguns deles possuem como adorno peças valiosas em ouro e prata.

Dentre a lista de noruegueses famosos estão incluídos o escritor de peças tea-trais Henrik Ibsen, os exploradores polares Roald Amundsen e Fridtjof Nansen, o ex-plorador da expedição Kontik Thor Heyerdahl, o pintor expressionista Edvard Munch, o compositor romântico Edvard Grieg e os escritores de peças teatrais e escritores Bjørnstjerne Bjørnson, Knut Hamsun e Sigrid Undset, que ganharam o Prêmio Nobel de Literatura nos anos de 1903, 1920 e 1928. O Prêmio Nobel da Paz é conferido em Oslo, capital da Noruega, ao passo que os demais são conferidos em Estocolmo, capital da Suécia.

A economia norueguesa é um próspero bastião do capitalismo sendo uma combinação de atividades de livre mercado e intervenção estatal. O governo controla áreas chaves como o setor de petróleo (através de empresas estatais de larga escala). O país é ricamente provido de riquezas naturais como petróleo, água, peixes,

florestas e minerais e é altamente dependente de suas produções de petróleo e dos preços internacionais do petróleo, com óleo e gás sendo responsáveis por um terço das exportações.

A Noruega optou por ficar fora da União Européia por ocasião do referendo de Novembro de 1994. Inobstante isso, ela contribui muito para o orçamento da União Européia.

Porém os noruegueses ainda se preocupam com o tempo no qual nas próximas décadas óleo e gás acabarão. Baseado nisso a Noruega tem economizado seus polpidos orçamentos por causa do petróleo e está locando esses recursos no Fundo Governamental do Petróleo, que tem feito investimentos no exterior para preservar os valores aplicados.

O sistema judiciário norueguês (cível) tem 3 níveis, nisso incluídas a Corte de Primeira Instância, a Corte de Apelação e a Suprema Corte.

A Noruega ratificou a Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e Aplicação das Leis Arbitrais e por isso a arbitragem é largamente usada. O equivalente ao Código de Processo Civil norueguês contem as regras básicas sobre arbitragem. A arbitragem é feita normalmente baseando-se em acordo escrito celebrado entre as partes (comumente baseado em regras reconhecidas internacionalmente).

Os Juízes são nomeados pelo Rei baseado em uma sugestão formulada pelo Departamento de Justiça. Somente cidadãos noruegueses com idade mínima de 25 anos e de posse de um diploma de Direito podem ser nomeados.

Uma pessoa que tenha interesse em advogar na Noruega precisa estar credenciada como advogado.

As condições para exercer a profissão de advogado estão postas nos Atos da Corte de Justiça. Com algumas exceções, um diploma de Direito na lei norueguesa é requerido. Cursos de Direito de outros países integrantes do Acordo de Cooperação Econômica Européia podem, sob determinadas circunstâncias, servir de base para a obtenção da licença para advogar na Noruega.

A licença para advogar é expedida por um órgão independente, que é o Conselho Supervisor para a Advocacia (o correspondente à OAB). Para fins de adquirir a licença o candidato deve ter um conduta imaculável. O candidato deve praticar como advogado associado ou assistente de Juiz por dois anos para fins de obter um diploma em Direito. O candidato também deve tentar 3 casos perante as cortes, e no mínimo um deles deve ser da área cível.

Para poder atuar frente à Suprema Corte, um advogado deve ter praticado por no mínimo um ano e se ter mostrado adequado para litigar perante a Suprema em uma análise feita pela

A análise consiste na apresentação de dois casos, dos quais no mínimo 1 deles deve ser da área cível.

Advogados diplomados por instituições situadas fora do Acordo de Cooperação Econômica Européia e que não tenham permissão para advogar na Noruega podem receber permissão do Conselho Supervisor para praticarem lei estrangeira ou Direito Internacional privado e para litiguem em juízo sob determinadas condições.

A licença de advogado pode ser cassada ou suspensa se um advogado portar-se de forma anti-ética ou ferir disposições legais.

Para finalizar a parte relativa à Noruega e já depois de saber onde procurar informações acerca das áreas onde a economia norueguesa interage com a economia brasileira, será apresentado o vídeo de Stavanger.

Com dito na introdução, Stavanger foi eleita a Capital cultural da Europa para o ano de 2.008. Esse é o vídeo que ajudou a cidade a vencer a competição. Espero que gostem.

#### 4. RELAÇÕES EXTERIORES - BRASIL

Continuando a palestra, inicie-se falando que o Ministério das Relações Exteriores (ou Itamaraty) é responsável por assessorar o Presidente da República na formulação e execução da política externa nacional, mas também atua praticamente promovendo e divulgando oportunidades comerciais no exterior que sejam interessantes ao Brasil, sempre em parceria com consulados, embaixadas e chancelarias.

Tirante isso, também está vinculado ao Min. das Relações Exteriores o Departamento de Promoção Comercial (DPC) e a Apex.

O DPC disponibiliza o portal BrasilTradeNet, que se falará rapidamente a respeito no próximo quadro. Já a Apex (Serviço Social Autônomo Agência de Promoção de Exportações) tem por objetivo inserir novas empresas exportadoras brasileiras no mercado internacional, ampliando mercados, para atingir o fim maior da criação de empregos e aumento da renda nacional.

As Embaixadas possuem um Setor Comercial, chamado SECOM, que na maior parte dos casos tem como atividades principais: apoio às empresas brasileiras interessadas em exportar para outros mercados; apoio às empresas localizadas em sua área de atuação, que estejam interessadas em importar produtos brasileiros ou

em fazer investimentos diretos no Brasil; divulgação de informações sobre oportunidades comerciais e de investimento; elaboração ou contratação de pesquisa de mercado e produtos; análise dos potenciais de exportação de produtos brasileiros para sua área de atuação; identificação de eventuais obstáculos e restrições às exportações brasileiras em sua área de atuação e sugestões de alternativas para a superação destas restrições; análises de competitividade e de concorrência; apoio a entidades públicas e privadas na participação em feiras, em missões empresariais e em outros eventos de interesse para a promoção comercial; divulgação de feiras comerciais e outros eventos.

A parte disso, o Governo Brasileiro disponibiliza na internet um serviço gratuito de ajuda ao fomento das exportações que se chama Brazil Trade Net.

A Brazil Trade Net (rede brasileira de promoção comercial) tem por objetivo disponibilizar informações mercadológicas, dados sobre investimentos, pesquisas, estudos de mercado, documentos e outros sites de interesse para atividades de comércio exterior.

Tanto o Setor Comercial das Embaixadas como a Brazil Trade Net podem ser sugestões atrativas para ajudar os seus futuros clientes acerca de onde encontrar idéias ou suporte para resolverem problemas comerciais.

Passando à segunda parte da palestra, e antes de entrar no funcionamento das Câmaras de Comércio, há que se mencionar a CAMEX – Câmara de Comércio Exterior.

A Camex é órgão integrante do Conselho de Governo e tem por objetivo a formulação, adoção, implementação e a coordenação de políticas e atividades relativas ao comércio exterior de bens e serviços, incluindo o turismo. A Camex é integrada pelo Ministro do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; que a preside, pelos Ministros Chefe da Casa Civil; das Relações Exteriores; da Fazenda; da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; e do Planejamento, Orçamento e Gestão.

À parte do Setor Comercial das Embaixadas existem as Câmaras de Comércio, que auxiliam no fomento à atividade comercial entre os países.

As Câmaras de Comércio via de regra são entidades sem fins lucrativos, mantidas com a contribuições de seus membros.

As Câmaras costumam promover encontros, palestras e recepções para os seus membros, de forma que eles possam aumentar a sua rede de contato e ter mais informações à disposição, que podem vir a ser decisivas para os seus negócios.

Normalmente as Câmaras trabalham em estreita colaboração com as autoridades responsáveis pelo setor econômico, e suas listas de seus membros são muitas

vezes usadas pelas autoridades para fins de convidar para participar em missões empresariais ou delegações comerciais.

A fim de esclarecer que tipos de atividades são desenvolvidas por ocasião da visita de uma delegação comercial estrangeira a um determinado país, usarei como exemplo a delegação comercial norueguesa que acompanhou o Rei e a Rainha da Noruega por ocasião de sua visita ao Brasil em outubro de 2.003.

Após a visita Real foi feito um questionário que foi distribuído à todos os participantes da delegação, cujos resultados estão refletidos em um documento sobre esse assunto que se encontra à disposição no *web site* da BNCC. Em virtude do documento ter sido redigido em norueguês, língua não tão conhecida como o inglês, eu resumi o conteúdo e o apresentarei alguns dos resultados depois e sucintamente nesta vídeo-conferência.

## 5. A BNCC - CÂMARA DE COMÉRCIO BRASILEIRO – NORUEGUESA

Inicialmente, o objetivo da BNCC é o de estabelecer e fortalecer contatos com companhias nos dois países que queiram fazer negócios entre si.

A BNCC é dirigida por profissionais, homens e mulheres, que têm por objetivo trabalhar em bases voluntárias para promover as relações comerciais entre o Brasil e a Noruega em geral e especificamente entre os membros da BNCC.

Os fundos para tais atividades são advindos dos pagamentos das contribuições dos membros (no nosso caso, anualidade) e há que se ter em mente que a Câmara é uma entidade sem fins lucrativos.

Ao exercer esse trabalho, a Câmara, na verdade, acaba preenchendo uma lacuna existente nas relações comerciais entre os dois países, pois ela promove encontros e atividades e também provê informações que não são disponibilizadas nem pelo Setor Comercial das Embaixadas nem pelas ferramentas de incentivo às exportações.

Inúmeras atividades como encontros e eventos sociais são feitos para dar aos membros oportunidades de se encontrarem e receber informações atualizadas e relacionadas à assuntos tais como desenvolvimento econômico ou político. Dessa forma o nível geral de conhecimento aqui na Noruega sobre o ambiente de negócios no Brasil tem aumentado.

Para essa finalidade a Câmara criou um *web site* que tem sido constantemente atualizado e que contem informações gerais sobre os assuntos debatidos. A BNCC tem uma relação estreita com a NBCC no Rio de Janeiro, que é a nossa “Câmara irmã”.

A BNCC tem mais de 60 membros, computando-se nisso desde grandes empresas até pessoas físicas. Dentre as grandes empresas norueguesas que fazem parte da Câmara se pode mencionar como exemplo a Hydro, Norske Skog, ELKEM, Aker-Kværner e empresas norueguesas que prestam serviços e estão operando no Brasil como por exemplo a District Offshore, Det Norske Veritas, Farstad Shipping, Solstad Offshore, Kongsberg, DNB e Nordea, para mencionar somente algumas. Some-se a isso que também são membros alguns profissionais liberais e pequenas empresas oferecendo serviços tanto no Brasil como na Noruega no setor comercial e legal.

Para esses membros a BNCC oferece como vantagens:

- criação de novos contatos comerciais com empresas e pessoas físicas;
- contatos com pessoas que partilham os mesmos interesses de negócios;
- atualização sobre os desenvolvimentos comerciais entre brasileiros e noruegueses;
- troca de experiência de idéias de negócios em um ambiente social;
- ajuda em fazer as suas idéias conhecidas por todos aqueles que influenciam as relações comerciais entre o Brasil e a Noruega.

Logicamente que o maior benefício que se tem como membro é a oportunidade de construção de rede de contato em todos os aspectos e também a promoção de sua empresa no *web site*.

Em adição, pode-se ter auxílio direto dos membros da Câmara e ficar atualizado sobre importantes assuntos relativos à assuntos que interessam tanto à noruegueses quanto brasileiros.

Já foi dito que as listas de membros de Câmaras de Comércio são normalmente utilizadas pelas autoridades para fins de convidar para participar de delegações comerciais. Mas é sempre bom explicar o que se faz durante a visita de uma delegação comercial a um país.

As delegações comerciais normalmente se iniciam com eventos dos quais todos participam e nos quais se debatem temas comuns à todos os participantes. Depois desses eventos comuns, os grupos se dividem pois são projetados eventos nos quais cada membro toma parte de seminários específicos para sua área de atuação.

Essa estrutura auxilia muito no aumento da rede de contato, pois as pessoas acabam conhecendo não só pessoas de outras áreas, e que podem vir a ser úteis no futuro, mas principalmente aquelas que estão envolvidas em sua própria área de atu-

ação e que por si só são importantes. Além disso, nesses seminários muitas matérias relevantes são discutidas e todos os palestrantes são escolhidos a dedo.

Agradeço muito a atenção de todos vocês e espero ter contribuído para transmitir informações sobre a Noruega, introduzi-los em algumas questões relacionadas ao Direito Comercial Internacional e a auxiliá-los a se familiarizarem com questões práticas nessa área.

Muito obrigada.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Vídeo-Conferência Internacional Noruega – Brasil foi realizada no dia 27 de Outubro de 2005, com início às 8h (Horário de Brasília).

Fundamental para a realização de tal acontecimento internacional foi a iniciativa do então acadêmico **Indalécio Antonio Fávero Filho**, do 5º ano “B” (período diurno), que intermediou o convite feito à profissional, residente na Noruega desde dezembro de 1999.

Após os agradecimentos aos presentes, que lotaram as dependências da sala de vídeo e salão do Júri da ITE, o Professor Daniel Freire e Almeida encerrou a Vídeo-Conferência, saudando e renovando os agradecimentos à palestrante norueguesa **Celma Regina Hellebust**.



## TRADIÇÕES DEPENDURADAS UM CONTO JURÍDICO

GUILHERME SANDI FOGANHOLO\*

Segundas-feiras são tristes, melancólicas e profundamente cheias de qualquer conceito que não o de *lazer*. Eis o dia após o fim-de-semana, o princípio da labuta incansável e a contagem primeira dos dias que restam para a entrada na sexta-feira e no *happy-hour* tão aguardado. Entretanto, exatamente naquela semana, a segunda-feira lhes daria uma condição de quebra de rotina, uma frágil moeda de ouro entre outras diversas, prateadas.

— Menescau, tem certeza de que esse seu plano dará certo? – questionou-o Salazar, com seus cabelos negros e compridos resfolegando sobre os olhos.

— É lógico! Eu pensei, convicto, e resolvi agir da maneira tradicional... Aliás, não é nada de mais, vocês verão. Será mais fácil que tirar pirulito da boca de criança.

— Mas, Menescau... E se a criança começar a berrar porque quer o pirulito de volta? Os tempos são outros... O método tradicional é ultrapassado... – Celso tentou persuadi-lo.

As engrenagens de seus pensamentos ziguezagueavam em seu cérebro com obstinação e força extremas. *Dará certo, sim, seremos vitoriosos.*

— É mesmo, Menescau! Por que não fazemos como todos os outros?

---

\* Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru - ITE.

— Por que as tradições devem ser mantidas! – gritou de forma tão abrupta que os outros três calaram-se imediatamente, esperando uma deixa qualquer para que novas pilhérias e brincadeiras infantis surgissem e levassem junto ao esquecimento a apreensão em que agora mergulhavam.

Menescau voltou a tomar o devido cuidado com o trânsito e, quando descansou a tensão ante a vermelhidão de um semáforo, sorriu maquiavelmente. E as engrenagens de seus pensamentos ziguezagueando...

Sobre as ruas e avenidas, automóveis corriam de todas as direções, galgando rumo aos lares, iluminados única e exclusivamente pelas estrelas prateadas do céu e pelas lâmpadas urbanas incandescentes.

Salazar observava os carros passando e as luzes riscando o negro véu da noite. Roía as unhas com ansiedade. Menescau, ao perceber a aflição em que se encontrava o amigo, tratou de lhe dar um calmante de palavras, de embriagá-lo com um sossego aparente.

— Se acalme, Salazar... Imagine se todas as vezes que você tivesse de se desgarrar das saias de sua mãe você ficasse dessa forma. Você não chegaria aos trinta anos de idade! O infarto cuidaria de você e esse seu coração forte que eu gostaria que houvesse dentro do seu peito viraria objeto de análise médica num recipiente com formol!

Esse sarcasmo de Menescau envolvia a todos numa onda ainda maior de medo. Suas piadinhas infames eram o necessário para que uma pontinha de ódio sobreviesse garganta acima dos colegas e produzisse elogios agradabilíssimos referentes à estimada senhora mãe de Menescau e todas as gerações de sua família.

— Não me aporrinhe, Menescau, vá à m...

— Chegamos, rapazes – disse, expelindo mais um risinho inosso por entre os dentes amarelados pelo tabaco.

Abreu, o terceiro rapaz, que até então havia se mantido calado, estando ao lado de Menescau, no banco de passageiros ao lado do motorista, tomou para si o papel de psicólogo ou, meramente, de reconfortante espiritual.

— Salazar, Celso, sosseguem... Menescau tem razão, tudo haverá de dar certo. Coisas dessa magnitude não dão em nada. Vamos conseguir, se acalmem.

— Faço das palavras de Abreu as minhas, pela milésima vez. Tudo dará certo.

— Sim, sim, tudo dará certo – repetiu Salazar.

Destacou o rádio do painel, tirou as chaves do contato, travou o volante, retirou a carteira do porta-luva e trancou-o com todo o resto dentro.

Menescau se mantinha tranqüilo, com um olhar cáldo de quem tem a convicção de que agora, sim, ganharia na loteria uma quantia aproximada de cinquenta milhões de reais. Riu novamente. Não estava ali para levar o segundo lugar. Ou o primeiro ou nada mais. *O segundo lugar é para os perdedores que não tiveram competência o suficiente para chegar ao topo do pódio.* Máxima de vovô, grande empreendedor e empresário paulistano. Em sua personalidade perfeccionista, a derrota era palavra inexistente. Se recebesse o segundo lugar, aí havia motivo suficiente para fechar as feições e franzir o cenho grosso. Entretanto, nesta situação, tinha certeza absoluta de que sairiam em meio à vitória e debaixo de salvas de palmas incessantes. Provindas de quem, não sabia responder. Nem que fosse uma viva alma apenas, mas já haveria a certeza de alguém ter lhes destinado as congratulações.

Os outros rapazes, a esta altura, já haviam se aconchegado e os seus nervos já estavam relaxados o suficiente para saber que a lavagem cerebral de que *tudo daria certo* tinha produzido um resultado satisfatório.

— Sim, sim, tudo dará certo – repetiu Salazar, forçando-se a acreditar em algo que sabia, por obviedade, ser contrariamente impossível de êxito.

Calmamente adentraram a churrascaria, sem alarde, com sorrisos grandiosos nas faces lustrosas de madeira. Ao entrarem e, com os olhos, procurarem por uma mesa, uma moça de aparentes trinta e poucos anos de idade se dirigiu até eles, perguntando, cordialmente:

— Mesa para quatro pessoas?

— Sim, senhorita.

No olhar de Menescau, foi possível encontrar um quê de segurança e de sucesso. No de Abreu, um reflexo do do primeiro. No de Celso, algo se aproximando do desassossego e, no de Salazar, um sentimento de fome irrepreensível e mais apreensão nenhuma.

Escolheram, por fim, um lugar no centro do restaurante, a poucos passos das mesas de frios e em passos menores ainda do balcão de bebidas e do caixa. O local já se encontrava relativamente vazio. Sentiam ventos cruzando os corredores e lugares vagos nas mesas, devido à alta hora em que resolveram ir à churrascaria. O relógio de pêndulo no canto do salão tilintava vinte e três horas e quarenta e dois minutos.

— Rodízio, senhores?

— Sim, senhorita. Mas antes nos serviremos dos frios.

— Como quiserem. Algo para beber?

Menescau se adiantou e, dançando os dedos pelo cardápio, logo parou na seção de vinhos. As engrenagens de seus pensamentos ziguezaguearam novamente. Após sorrir mais um sorriso amarelado, decidiu-se pelo vinho italiano.

— Está louco, Menescau? – questionou Celso.

Neste instante, até mesmo Abreu preocupou-se.

— Menescau, esse vinho custa cento e vinte reais! – e, aproximando-se do ouvido do auto-intitulado líder, sussurrou se ele tinha uma breve noção da atitude que estava tendo.

— Senhorita, por favor, queremos esse aqui – ignorando os questionamentos dos amigos, apontou o nome do vinho na cartela, pois não era capaz, nem ao menos, de falar *capiche* em italiano.

— Pois não, senhor.

Quando a garçonete se retirou, Menescau apoiou suas mãos sobre a mesa e aproximou-se dos amigos, com olhos de megalomaníaco maluco, murmurando:

— Começamos bem, rapazes. Agora, tudo que temos que fazer é agir com naturalidade, como se nada estivesse pra acontecer. Vamos nos fartar! Após a bonança, virá mais bonança.

As cenas que se seguiram empanturrariam até mesmo quem vos fala. A fatura foi tão intensa, que nada duvidaria se eles saíssem da churrasceria ou rolando escada abaixo ou após telefonarem a um guincho e solicitarem seus serviços.

Apesar de, aparentemente, quererem se fartar apenas de frios e do rodízio de carne propriamente dita, não só disso se alimentaram. Por ordem de ingerência: alface, agrião, rúcula, escarola, batatas, tomates, brócolis, berinjela grelhada, queijos frescos, apesuntados, ovos de codorna, champignon ao molho mostarda, maionese, salpicão, arroz branco, arroz mineiro, arroz à grega, feijão, tutu de feijão, estrogonofe, feijoada, farofa com bacon, alcatra, picanha, picanha com alho, contra-filé, maminha, filé-mignon, fraldinha, chuleta, costela, lingüiça, lingüiça apimentada, mussarela de búfala, coração de galinha, lombo de porco, pudim, quindim, manjar branco, sorvete, bombas de chocolate e, fatalmente, outros tantos pratos que glutão algum conseguiria ingerir. Tudo isso regado – ou seria inundado? – a caipirinha e vinho, que sabe-se lá se era ou não apropriado para alguns tipos de pratos acima listados, não nos esquecendo, é lógico, das inúmeras gargalhadas com que o álcool lhes presenteava.

Ao final da gula, após sentirem o sumo da carne correr pela garganta, todos apalpavam os estômagos com feições de *acho que comi demais*. Os vícios se impõem com tanto fervor que só nos damos conta da existência deles quando nos satisfazemos integralmente.

Repentinamente, percebendo que haviam terminado de churrasquear, Salazar, com sua face redonda e seus cabelos oleosos sobre os olhos, voltou a se preocupar com o desfecho do que viria posteriormente.

— Menescau, Abreu, e agora que já comemos, hein? O que acontece agora? – começou a tamborilar os dedos sobre a superfície da mesa e a coçar a bochecha esquerda com a mão esquerda.

— Agora não acontece nada, Salazar... É preciso que esperemos, pois a comida tem que descer, senão é bem possível que eu ponha tudo para fora quando for agradecer o convite da churrascaria – adiantou-se Menescau, abrindo a face alegre logo depois, incitando os outros a também se refugiarem atrás da máscara da embriaguez.

— É, Salazar, relaxe, tudo vai dar certo.

— Tudo vai dar certo, sim, sim – novamente gaguejou Salazar.

Celso se espreguiçou e começou a confabular, ébrio, sobre a tristeza que sobrevém quando almoçamos ou jantamos substancialmente. Salazar lembrou algumas teorias jurídicas que havia estudado naquela segunda-feira e começou a dialogar consigo mesmo sobre Ihering e Savigny, como se estivessem conversando Salazar-ébrio e Salazar-sóbrio. Abreu punha as mãos na nuca, entrelaçadas uma à outra, bocejando. Menescau punha as engrenagens dos seus pensamentos para ziguezaguear.

A quantidade de clientes havia diminuído visivelmente. Além do grupo de rapazes, havia mais um casal a um canto, um outro casal com dois filhos adolescentes a um outro canto e dois senhores a três mesas dos rapazes. A garçonete que os havia atendido primeiramente estava a limpar mesas numa diagonal bem distanciada, enquanto outros garçons retiravam toalhas e mesas e preparavam tudo para o descanso noturno merecido.

O rodízio de carnes também diminuiria substancialmente e os garçons saíam da grande cozinha com menos frequência. No balcão de bebidas, um senhor de traços rudes e bigodes evidentemente pintados de preto lavava copos e taças, enquanto, a um canto, uma moçoila muito bela o auxiliava no preparo dos drinques restantes. O som gostoso de líquido misturando-se com cubinhos de gelo fazia o sono se aproximar.

Tudo isso era reparado com idolatria por Menescau, que ficava a contar os passos, os segundos e os instantes que se acumulavam no tempo passado. Salazar o fitava tão rigorosamente que, por um instante, Menescau pensou estar o cabeludo incitando-o, com os olhos tolos, a não tomar a atitude inexorável que teria dali a pouco.

A sobriedade não mais existia com tanta vivacidade, mas ainda restava o suficiente para completar o plano que tinha planejado tão vivamente horas atrás. Encarrou novamente Salazar e disse:

— Pare de me olhar assim, Salazar.

— Tudo vai dar certo, Menescau, tudo dará certo, sim, sim – e, à repetição dessa frase, Menescau percebeu que Salazar fatalmente o havia encarado porque estava concretizando um pensamento bêbado em sua mente, provavelmente algo do tipo: se, em algum momento da vida, haviam Ihering e Savigny tido unhas encravadas enquanto faziam amor em praias desertas com moças de seis dedos em cada pé. Fruto maduro da alta dosagem caipiresca.

Um garçom de cabelos ralos perguntou-lhes se poderia retirar os pratos vazios e os talheres sujos e, ao responder-lhes que sim, Abreu pediu, de forma polida, que trouxesse a conta. Convenhamos, após mergulhar naquela culinária nada sadia, de boca arreganhada, com a fome de um punhado de estômagos famintos, certamente a conta seria mais salgada que um corpo que se banha nas águas do Mar Morto.

Quando receberam-na, Abreu se atreveu a olhar, ao que, então, deslizou a conta para Celso e logo depois a Salazar, que nem quis saber, pois decerto não pagaria. Ao chegar nas mãos de Menescau, viu cintilar os números, berrantes, sublinhados: R\$ 280,37.

Menescau abriu a carteira e retirou os vinte e oito reais referentes aos dez por cento do garçom. Perguntou ao servente, então, ainda com o dinheiro em mãos, quem era o dono ou o gerente ou quem quer que fosse responsável pela churrascaria, ao que foi respondido ser o bigodudo que se encontrava atrás do balcão, lavando a louça usada. *Ótimo, é a ele que tenho que me dirigir...*

Novo ânimo se apossou de Menescau e esse, enquanto alisava com os olhos as faces dos amigos, levantou o véu da sua boca e avisou:

— É agora, rapazes.

Levantou-se e, por um momento fugaz, certificou-se que não mais havia qualquer vestígio de álcool no cérebro e no sangue, que borbulhava de excitação, pois aquele álcool todo já havia evaporado. Apoiou-se na cadeira, levou um pé ao seu assento, o outro, logo depois, também, vagarosamente, e, num ágil pulo precipitado, subiu na superfície da mesa.

Ao ficar entre os pratos e copos restantes, o garçom assustou-se e, com olhos arregalados, perguntou, quase sem reação:

— Senhor, o que você pensa que está fazendo?

Menescau nada respondeu e sorriu aquela boca cheia de dentes amarelos e agora repletos de comida entre um e outro. O garçom olhava para um lado e para outro, como se questionasse ao proprietário do restaurante e aos colegas de trabalho o que deveria fazer. Os outros rapazes ficaram olhando a algazarra com olhares so-

nojentos, semi-abertos, rindo da atitude de Menescau, com a mesma alegria que ri a criança que acaba de descobrir para que diabos serve uma colher.

Os garçons, quase em sua totalidade, olhavam para o *rapaz idiota que subiu na mesa pra mostrar que a anistia é a melhor forma de governo*. Os clientes também perceberam o rebuliço. O casal já havia, minutos antes, ido embora e a família havia terminado de pagar a conta naquele devido momento. Só ficaram nas mesas os senhores, que riam da atitude de Menescau como quem assiste a uma tragicomédia.

O bigodudo estava impávido, mas fatalmente mostrava feições pós-espasmódicas, estupidadas, com cara de quem tenta achar uma resposta para a pergunta: *que merda esse cara está fazendo?*

Salazar balbuciava que tudo daria certo, sim, sim, sim.

Menescau pigarreou, sacudiu os braços, encarou o dono do restaurante, que esperava uma resposta para aquele sem-modos, sem-educação e sem-qualquer-tipo-de-polidez-para-se-viver-em-comunidade. Enquanto as roupas largas do rapaz bailavam por estar na altura dos ventiladores suspensos das paredes, pôs-se a exteriorizar sua oratória:

— Caro senhor, saúdo este estabelecimento com muita felicidade, por sua indubitável disposição aos propósitos da juridicidade vigente no Direito atual. É com muita satisfação que comemoramos esse onze de agosto, relembando, com muito brio, a nivelação da ocupação dos lidadores do Direito com a devida solicitação que a sociedade lhe faz, para o alcance da justiça e de um mundo igualitário. Agradeço, em nome de todos os atuantes do Direito, pela saborosa refeição e pela excelente hospitalidade com que nos recebeu, além, é claro, do magnânimo atendimento de seus empregados. Agradeço, também, à faculdade de nossa origem, que tenha vida longa e consiga estimular cada vez mais os filhos nossos para o mundo jurídico! Muito obrigado!

O proprietário do estabelecimento sorriu. Não como quem sorri com compaixão, mas como quem sorri *que esses caras pensam que eu sou?, um palhaço?* Do sorriso fez-se o cenho franzido e a voz carregada de um sotaque português soou pelos ares:

— Rapazote, que diabos tu pensais que sou, ora, pois? Um palhaço?

Por natureza, o sotaque pesado de Portugal deu impressões de que tudo se resolveria pacificamente, que o português corroboraria o Dia do Pendura, aceitando a plenos pulmões que *sim, ora, pois, a Justiça aceita tudo isso com mansidão*.

A esta altura, o português já havia enxugado as mãos na toalha bordada e em poucos segundos estava ao lado de Menescau, que havia descido da mesa e estava disposto a dialogar com o proprietário da churrascaria. Somente Salazar continuava apreensivo, repetindo, incessantemente, *tudo vai dar certo, sim, sim*.

— Vamos lá, ô gajo, paga o que deves.

Ao contrário do que pensava, não, não há justiça mansa nesse instante. Abreu e Celso se reviraram nas cadeiras, tão apreensivos quanto Salazar.

— Senhor, peço perdão, mas não daremos um centavo além do que é devido aos garçons. É a tradição jurídica. É assim que as coisas funcionam.

O português se inflamou. A face linfática corou repentinamente.

— As coisas funcionam assim na casa da tua mãe, seu filho de uma equina! Que estais a pensar da minha churrascaria, rapaz?

Pela primeira vez o coração de Menescau se sobressaltou. Sentiu-o pulsar nas veias, nas artérias, até os músculos pululando do corpo, inquietos. Entretanto, Menescau não se intimidou:

— Senhor, mil perdões, mas o senhor não pode fazer nada contra nós, porque isso está de acordo com as tradições.

O português, que já havia se inclinado à fuça de Menescau, se aquietou, fitando-o atentamente. Decerto sua mente havia ido até Portugal para saber o que seu pai teria feito numa situação dessas. Olhou atentamente a cada um deles e se dirigiu a uma saleta que se localizava ao lado do balcão de bebidas da churrascaria.

Abreu ficou a pensar... O que será que estaria o português a fazer? Será que estava ligando à polícia? Será que simplesmente estava chorando ou rezando para Nossa Senhora Perpétua do Socorro para que fizesse com que aqueles meninos pagassem o que deviam?

Os garçons se entreolharam, imóveis. Os senhores da mesa contígua se mostravam espantados. A moça que estava no balcão espiava para dentro da sala, que agora era trancada com chave e tudo para permitir total privacidade ao português. Sim, sim, ele deveria estar pensando qual atitude tomaria em seguida.

— Menescau, não é melhor nós pagarmos o que devemos e ir embora? – perguntou Celso, procurando pacificar a situação.

— Lógico que não, Celso. Faz parte da tradição e as pessoas têm que respeitar isso.

— Ai, meu Deus... – usou Salazar o santo nome em vão.

A porta se destrancou. Abriu-se com um gemido de fazer inveja à mais horripilante assombração. Arreganhou-se como a mulher que está dando à luz seu esperado rebento.

Menescau viu meio corpo do português surgindo à porta. Parou e pôde comprovar o nome do pai sendo feito naquele corpo de traços fortemente masculinos, de suor grudado à pele levemente parda. Trancou a porta com a primeira mão que se

mostrou visível. Foi quando Menescau, de esguelha, enxergou a moça atrás do balcão, que conseguia ver com clareza o que tinha o português em mãos. Coração nenhum poderia pulsar com tanta intensidade quanto o coração de Menescau naquele minuto. Ela, com horror, levou as mãos, em concha, à face, tampando as feições que certamente estavam horrorizadas.

Menescau afastou-se um ou dois passos e, tocando a mesa em que se estufaram como balões de gás hélio, cravou as unhas na toalha da mesa, cismático ao cubo. Quando viu a que se referia tamanho horror, desejou *ele* ser um balão de gás hélio, para que pudesse subir à atmosfera, usurpadora de sua carcaça.

O português, muito delicadamente, com uma compreensão quase divina, levantou, perpendicularmente ao seu corpo, o braço que até então se escondia pela muralha do balcão. Quem haveria de dizer que portugueses são desprovidos de capacidade mental – para não dizer *burro* – certamente não teve a oportunidade de apreciar o comprimento do pavio curto desse senhor.

Apontou-lhe uma doze como quem oferece um garfo a quem pediu um pedaço de bolo e esqueceu ser um mau hábito comer tão-somente com as mãos. Meu Deus! *Que cassette esse filho de uma quenga está me apontando uma porra dessas?* Os senhores, últimos clientes que se encontravam no salão, de olhos esbugalhados, abriram, trêmulos, suas carteiras e retiraram uma dúzia de notas de dez reais e, assustadíssimos, saíram um pela esquerda, outro pela direita. Não suportariam assistir àquela cena e menos ainda se sujeitariam a tentar o português a enfiar-lhe o cano vida afora. Uma dezena de garçons, não diferentemente, se aglomeraram um atrás do outro, com suas frentes estáticas.

Menescau sussurrou mil e duas palavras de baixo calão que não convém aqui explicitar. Abreu não teve reação imediata. Abriu sua bocarra e, boquiaberto, de choque, deu-se conta do ocorrido. Levantou-se e, puxando com tanta força as roupas de Menescau, em prantos lúdicos, gritou:

— Porra, Menescau, eu não quero morrer, cara...

Este, por sua vez, não conseguiu falar nada. Parecia que tinha um coração a cada centímetro cúbico de seu corpo, pois sentia a pulsação zunindo por entre seus glóbulos, por entre suas células, por entre sua alma, e as engrenagens de seus pensamentos ziguezagueavam, inócuas. Seu ouvido zumbia como se se recusasse a escutar qualquer frase que não a de sua mãe dizendo *Acabou o pesadelo, filho, não há monstro nenhum embaixo da cama, tudo ficará bem.*

Imagine alguém apontando uma arma à sua face. E você sem esperança alguma, sem sentir a existência de suas pernas, nem a de seus braços, muito menos a sua

própria vida, que, a qualquer instante, poderá se extinguir. Tudo isso porque você é um rapazinho mimado que resolveu se entupir de comida feito um leitão de Natal recheado, com direito até mesmo à maçã vermelhinha entre sua arcada dentária. Tudo isso por causa de uma conta. Uma conta de meros R\$ 280,37. Suas vidas valendo duzentos e oitenta reais e trinta e sete centavos. *Acalme-se, tudo dará certo, tudo dará...*

— ... certo, sim, sim, sim – repetia incessantemente Salazar, e foi essa frase maldita de que tudo daria certo que fez Menescau voltar à realidade incrédula e saber que, ou ele pagava aquele pendura, ou o português penduraria suas cabeças na parede de seu escritório como caçadores que pendem as cabeças de animais valiosos para mostrar sua infame sabedoria.

— Cale a boca, Salazar! Você está querendo levar um tiro nessa cabeça sem cérebro?

Salazar calou-se e todo o álcool que havia ele, Ihering e Savigny bebido juntos, numa serena conversa de bar, tinha se fundido à sua urina, que a partir de então, escorria-lhe pelas pernas. Celso se levantou e, parecendo ser o único mais sóbrio da turma, fez gestos para que o português abaixasse sua arma, que *isso aqui não vale a vida de ninguém.*

— Quem aqui disse que não, ora, pois, gajo? Trezentos reais não se perde se não estais defendendo o que é vosso – e a arma firmemente apontada aos globos oculares de Menescau.

— Senhor, se acalme, eu juro, eu juro que nós vamos, vamos... – Celso gaguejava como não fazia desde que tinha oito anos de idade, quando havia dado por completamente curada aquela seqüela. Neste instante, Menescau percebeu que a sobriedade de Celso havia sido enterrada a sete palmos do chão.

Os sapatos do português se aproximavam e traziam seu dono para perto. Abreu, instantaneamente, se lembrou da irmãzinha que dizia que quando os sapatos pisavam o assoalho de madeira ou o solo oco, parecia que gritavam *cloaca, cloaca.* Riu, imaginando ser a última vez que sorriria novamente.

Esse porra desse português está perdendo a noção da realidade.

— Cara, espera aí, não aponta isso aqui, não. Nós vamos pagar, nós vamos sim, vamos pagar.

Menescau, aflito, convocou os outros três rapazes. Juntando-os entre a mesa e de costas ao português, disse:

— Galera, a gente tem que pagar essa conta. Ou pagamos ou corremos o risco de levar um balaço na cabeça. Vamos lá, duzentos e oitenta reais não é assim, tão difícil de se ter dentro do bolso, vamos, vamos.

Abriu sua carteira. Não havia cartão de crédito e menos ainda seu talão de cheques, pois, dolosamente, tinha deixado tudo numa das milhares de gavetas da sua casa. Afinal, efetivamente pretendia não deixar um centavo no restaurante. Lembrara-se, então, que perfeitamente enquadrava-se como criminoso. A frase cintilava no cérebro como um painel de néon, embora não se recordasse do artigo específico. *Tomar refeição em restaurante sem dispor de recursos para efetuar o pagamento, quinze dias a dois meses de detenção.* Intenção perfeitamente consumada de entrar no estabelecimento, comer feito um porco e não pagar, com o senão de dever possuir condições para satisfazer a conta caso não houvesse aceitação pelo proprietário do restaurante. Ele simplesmente não se lembrava desse fato. Até mesmo da pena se recordava, mas não daquela condição. *Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.* Agora se arrependia de pretender ato tão estúpido. Retirou os setenta e dois reais que ainda tinha restado.

— Vamos, Abreu, abre a mão, rapaz. É sua vida em jogo.

Abreu retirou vinte reais e, agilmente, fechando a carteira de couro, tentou guardá-la no bolso. Menescau o impediu e, tomando a carteira para si, retirou os outros trinta que tinha guardado.

— Se a merda da sua vida não vale trinta reais, a minha vale, e muito mais – pitou-lhe Menescau.

Celso tirou outros trinta reais, tudo que tinha. Já havia sido difícil conseguí-los, que diria o restante para completar os duzentos e oitenta reais.

Menescau contou, somava cento e cinqüenta e dois reais. Faltava nada mais nada menos que cento e vinte oito reais e trinta e sete centavos (R\$ 128,37). Menescau rezou. *Por favor, Senhor meu Deus.* Fé inabalável que só aparece nos momentos de necessidade...

— Vamos lá, Salazar, você sempre anda com um monte de dinheiro na carteira. Cento e trinta reais, Salazar...

Salazar não tinha seis míseros reais. Tudo que tinha eram cinco. Isso somava cento e cinqüenta e sete reais.

Menescau, com dinheiro em mãos, concluiu que só por compaixão o crápula do português deixaria que saíssem com vida. *Há débeis mentais que, com armas de fogo, pensam que são Deus.*

— Senhor, cento e cinqüenta e sete reais.

— Está faltante cento e vinte e três reais, rapazote.

— É tudo, senhor.

O português, após contar o dinheiro e pô-lo no bolso de trás de sua calça, engatilhou a arma e encostou-a no queixo de Menescau, psicopaticamente, doentia-mente. *Tudo vai dar certo, sim, sim, sim. Não ao segundo lugar, Menescau. Sua anta, por que você tem que querer levar vantagem em tudo?*

— Além de não me pagarem o devido, ainda me mijam no chão. Nem o gigante Adamastor aturaria vossa presença.

A um canto, os garçons, todos encavalados, numa massa homogênea garço-nética, nem se propunham a tentar dialogar com o patrão em benefício dos rapazes. Estavam em estado mais torpe que a própria vítima.

Era o fim. Entretanto, o inesperado ocorreu. É engraçado como um palhaço bobo, mas há gente que só consegue pensar sendo incitado. Num estalo divino, pensamentos pipocavam, efervescentes, no cérebro de Menescau. Havia valido a pena prestar as devidas atenções nas aulas de Direito Penal. O primeiro pensamento que surgiu à Menescau foi nobre, porém chantagista. Seria oportunista com o oportunista bigodudo que só havia sido oportunista porque os rapazes primeiramente se deram ao luxo de serem oportunistas.

— Senhor, o meu professor é delegado. Se qualquer lesão acontecer a nós, fatalmente o senhor estará no bico do corvo. Não digo que ele limpará nossa barra, mas o senhor fatalmente não sairá da situação ileso – e, mesmo com uma arma apontada à cabeça, Menescau não deixou de lado a prepotência de sorrir sarcasticamente.

— Vosso professor é delegado, gajo? Então vem até cá – e, com a arma em punhos, guiou Menescau até um painel ao lado do caixa, com um maldito sorriso plantado na cara, competindo com o rapaz quem tinha o riso mais irônico.

*Esse português deve estar de brincadeira. Que vai fazer agora? Querer que eu lave pratos?* Recados, bilhetes e mais fotos enchiam o mural, que tinha as medidas de aproximadamente um metro e meio de comprimento por um metro de largura. Eram enxurradas de fotos. Tinha tanta gente naquelas fotos que, com todas elas, dava para encher facilmente aquela enorme churrascaria, contando, inclusive, as pessoas que apareciam em mais de uma foto.

O português apontou, com a doze, um rapaz numa das fotos. Menescau esforçou-se para conter seu pouco astigmatismo. *Diabos!* Não, não era verdade. A imagem mostrada pelo português mostrava justamente ele, com aquele esdrúxulo bigode negro, abraçando o professor de quem havia acabado de falar. A cabeça calva do professor, reluzindo todas as luzes do teto, e aquele urubu que o português havia engolido e deixado somente as penas colorindo a parte de fora de sua boca. Menescau, crendo que havia, finalmente, perdido a luta, afirmou-lhe:

— Independentemente de que tipo de relacionamento vocês têm, saiba que não é me mostrando isso que você fará com que a devida lei deixe de ser aplicada.

— Tu achas que eu sou idiota, ô, rapaz? Meu irmão me garantirá que não. Se tu tens as tuas cartas na manga, cá também tenho eu. – gargalhou apertadamente – Pelo jeito não é dessa vez que tu haverás de ganhar os louros da vitória.

Repentinamente, fundindo aquelas frases de cartas em mangas e aplicação de devidas leis, as idéias quixotescas de Menescau se fundiram em seu cérebro. A coragem sobrepujou o medo e aquele sorriso amarelo agora reluziria mais que qualquer outra coisa, se lograsse êxito.

Menescau olhou os outros rapazes, inertes, inermes, dois sentados à mesa, outro em pé; olhou os garçons a outro canto, ansiosos pela próxima atitude do empregador; por um momento, pensou em reagir. Entretanto, não poria água abaixo as idéias que copulavam em sua mente, que corriam de lá para cá nas vilosidades de seu cérebro, nos fluidos enigmáticos de sua alma. As engrenagens de seus pensamentos ziguezagueavam a trezentos por hora.

— Português, não há escapatória.

O engolidor de urubus balbuciou algumas sílabas, questionando-se sobre o porquê de, mesmo com a possibilidade de uma arma que explodiria a própria massa cinzenta, o rapaz ainda continuava afrontando a ele.

Foi quando Menescau percebeu que todos os assuntos dissecados em sala de aula estavam brotando dos seus poros, filhos loucos do conhecimento, querendo ser paridos, querendo arreganhar ao mundo o seu peito aberto:

— Se o senhor delegado, seu irmão, meu professor, não abrir o inquérito policial para apurar a ocorrência do crime de ameaça consumado pelo senhor ao nos apontar essa arma de fogo, fatalmente haverá um requerimento ao Ministério Público ou ao próprio Poder Judiciário, e muito provavelmente ao Secretário de Segurança Pública, impondo que isto seja feito. E não adiantará dizer que não havia como provar tal crime, pois temos todos os seus empregados que agora se borram, bem ali – e apontou os serventes vestidos de vermelho e branco –, bem como eu e meus três amigos, além dos dois senhores que saíram apressados momentos atrás.

— Estais a brincar comigo...? – Menescau o ouviu dizer, agora tão apreensivo quanto os rapazes, segundos passados.

— E não é só isso, meu senhor. Concorde com o senhor quando diz que comemos o crime de nos empanzinar até o talo. Sim, há aí a fraude de fazermos a refeição e não possuímos o suficiente para pagar. Consumadíssimo! Mas, enquanto a nossa pena é, tão-somente, e, no máximo, de dois meses, a pena do senhor será a de sete

meses, somadas a pena que o senhor possui materialmente pelos crimes de ameaça, quando nos apontou a porra dessa arma, com o crime de exercício arbitrário das próprias razões, ainda que o senhor tenha satisfeito a sua pretensão parcialmente, quando embolsou o dinheiro que devíamos!

O português arregalou os olhos europeus, mergulhado em torpores e estados obscuros de ignorância. Lasseou as mãos cheias de dedos, que passaram a segurar frouxamente a doze.

— Além disso, muito provavelmente o senhor terá sua pena agravada por motivo torpe, isto é, quando cometeu todos esses crimes e continuou a fazê-los apenas pelo fato de devermos cento e vinte e três reais!

Menescau cresceu em cima do dito cujo. Depois de tanto esbravejar seus conhecimentos, parecia que havia engrandecido seus méritos aos borbotões. Quando o português imaginou que tudo estava acabado, Menescau fitou-o e continuou vomitando seus estudos:

— Apesar disso, não havendo lucro algum que o senhor deixou de adquirir, além, logicamente, dos cento e vinte e três reais, quanto a nós o senhor será requisitado a pagar as custas por dano moral, haja vista o estado de comoção em que estamos neste exato instante! E não pense que, por havermos também errado, as penas serão compensadas! Enquanto cumprirmos a nossa, o senhor terá de cumprir a sua! Entretanto, por termos pago o que nos era devido, mesmo parcialmente, nossa pena será abrandada, português! Isso se chama arrependimento posterior, entendeu? Ar-re-pen-di-men-to pos-te-ri-or! – Menescau se lembrava detalhe por detalhe das aulas de quarta-feira – Imagine, além de tudo, como o senhor não ficará sujo na rodinha, português! O senhor acha, mesmo, que, depois de nos ameaçar com essa arma de fogo, alguém se atreverá a vir tomar uma refeição neste local? É claro que não!

O português se assustou gravemente. Sentiu algumas fisgadas em seu coração rude, que bombeava, agora, nada mais que um medo incessante de saber que errara muito mais que os meninos que deviam cento e lá vai cacetada de reais. *Meu Deus, o que faria, o que faria, o que faria...?*

Colocou sua arma sobre o balcão e pôs-se em lágrimas, copiosamente; assemelhou-se a um moleque de colo, recém-nascido, que queria porque queria que limpassem a sua bunda melada de cocô.

Menescau tinha plantado, no rosto, um riso sarcástico e impiedoso, de quem em momento algum havia se arrependido de fazer o amiguinho do jardim-da-infância chorar. O português começou a monologar seus pensamentos lúgubres, ruminando hipóteses e possibilidades perfeitamente cabíveis:

— Ah, meu Deus do céu, o que eu vou fazer se eu falir, ora, pois... Minha esposa que está à beira da morte não poderá viver sem minhas finanças se eu não puder sustentá-la... Deus do céu, que estais a fazer comigo? Não, não... Como eu posso querer sobreviver sem que eu tenha um pingo de dignidade...

As lágrimas vertiam intensamente. Por um segundo Menescau pensou em repousar sua mão sobre a cabeça do português e dizer *se acalme, tudo dará certo*, ao que seria respondido *sim, sim, sim*. Entretanto, a raiva era pungente. *Não, as pessoas devem cumprir com os prejuízos que causaram quando cometerem um crime. Não é correto deixar a injustiça prevalecer.*

Tão facilmente quanto levar um garfo à boca foi produzir um pensamento único e simples: que justiça houvera quando resolveu que entraria no estabelecimento comercial, comeria do bom e do melhor até se fartar, não pagaria um centavo e ainda diria que não há atitude errônea em virtude de uma tradição de décadas atrás? E que justiça haveria se eles próprios não cumprissem a pena que lhes fora reservada, enquanto o português seria totalmente arruinado?

Abreu e Celso se aproximaram de Menescau e, enquanto o último ainda imprimia nas contrações de seus músculos faciais uma expressão de rancor, o primeiro, tocando-lhe o braço esquerdo, disse-lhe:

— Vamos embora, Menescau. Se até o juiz possui a alternativa de perdoar o homicídio cometido por um pai que se mostra violentamente arrasado com a morte da filha que ele, sem o devido propósito, matou, quem somos nós para... – Abreu foi interrompido.

— Eu sei, Abreu. Poupe-me dos seus sermões morais. Vamos embora, antes que eu me arrependa.

Feliz por possuir seu pernóstico amigo de volta, Celso, Abreu e Salazar se puseram para fora do estabelecimento comercial, seguindo os passos de Menescau, que andava a passos ágeis, como se estivesse fugindo do arrependimento que se adviria posteriormente.

Sim, havia ali a máxima – não do seu avô – de um rapaz que, um dia, provocando um caos benéfico e uma desordem por ordenar, resolveu murmurar que, quando alguém estapear sua face, entregue a outra, embrulhada em papel de presente.

As luzes da noite riscavam o céu como gelos riscando um copo repleto de coca-cola. Tudo voltara ao seu normal andamento. Salazar, por fim, dissera, *tudo deu certo, sim, sim, sim*. Abreu teve a nítida impressão de que, sim, voltaria a se lembrar da irmã gritando *cloaca, cloaca*. Celso aquietou-se, tão-somente. E a mente inquieta de Menescau, cujas engrenagens de seus pensamentos ziguezagueavam mais compassa-

das, não parava de produzir idéias sobre a extensão da humanidade e do Direito, das pessoas interagindo com o meio e o meio mais inteiro que meio.

E o sono, então, comeu as estrelas e pagou-lhe a devida conta com o amanhecer do dia.

Minutos depois de os rapazes se retirarem da churrascaria, o português ainda se mantinha em prantos. O garçom que havia tirado a mesa dos rapazes se aconchegou ao seu lado, questionando-lhe se estava tudo bem com a sua pessoa e dizendo que eles já haviam ido embora, que tudo estava em seus conformes.

O português, enxugando as lágrimas, em passos lentos, se dirigiu à porta do estabelecimento, fechou-a, trancando com correntes e cadeados e assegurando-se umas quinhentas vezes se estava deveras fechada.

Os garçons se acalmavam e se puseram a encarar o português, que, neste instante, já estava com seu rosto devidamente enxuto, sem vestígio algum de lágrimas quentes.

O português encarou-os, pacificamente, como se logo após fosse dar-lhes um *desculpem-me a zorra*. Entretanto, bateu as palmas das mãos uma na outra e, mostrando seu aspecto carrancudo e rude de sempre, clamou:

— Andai logo, cambada! Limpai essa baderna!

Ninguém se mexeu, pois esperavam uma resposta decente ou, ao menos, uma explicação para tudo aquilo.

— Que foi? Não me digam que acreditaram naquela conversa de botas bati-das, na qual eu dizia que minha esposa estava à beira da morte, não é, gajos? – gargalhou tão gostosamente que nem um vilão teria a capacidade de fazer da maneira que ele fez.

Tudo havia dado certo, ao fim. Já era dia doze de agosto, uma terça-feira. Pen-dura, agora, só no ano seguinte. Finalmente, tudo voltara ao normal. Até demais, para dizer a verdade.

# INFORMAÇÕES AOS COLABORADORES

---

A RIPE, revista impressa e eletrônica, editada pela Instituição Toledo de Ensino, tem como objetivo a publicação de artigos de natureza científica, resultantes de estudos, pesquisas e trabalhos que venham a contribuir para o desenvolvimento do universo jurídico, elaborados por professores e profissionais desta ou de outras Instituições, que se enquadrem no Regulamento para a apresentação dos trabalhos.

São aceitas monografias, artigos, ensaios, decisões de relevo especial, acórdãos, jurisprudência comentada e resenhas, inéditos ou não, para a publicação, desde que atendam aos objetivos de divulgação de produção da Ciência Jurídica.

## NORMAS EDITORIAIS

Os artigos encaminhados à revista são submetidos a um Conselho Editorial, que apreciará o ineditismo, a relevância, a oportunidade, além do mérito e outras características; não serão devolvidos e, de acordo com a análise, poderão ser programados para publicação.

Os trabalhos são recebidos como já autorizados para publicação, sem qualquer ônus para a revista ou para a Instituição, tendo em vista o seu caráter científico.

Ao Setor de Revisão reserva-se o direito de efetuar alterações de ordem editorial (formal, ortográfica, gramatical) nos originais, respeitados o estilo e as opiniões dos autores, com a finalidade de manter a homogeneidade e a qualidade da revista.

Os autores receberão três exemplares com o trabalho publicado.

As colaborações deverão ser enviadas para o seguinte endereço:

INSTITUIÇÃO TOLEDO DE ENSINO  
RIPE - Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos  
Praça 9 de julho, 1-51, Vila Pacífico  
17050-790 - Bauru - SP

Endereço eletrônico: [ripe@ite.edu.br](mailto:ripe@ite.edu.br)  
Telefone: (14) 2107-5000  
Coordenação: Bento Barbosa Cintra Neto

## NORMAS PARA A APRESENTAÇÃO DE TRABALHOS

Os trabalhos devem obedecer às normas da Associação Brasileira de normas técnicas (ABNT) inobstante, a seguir, de forma simplificada, são apresentadas algumas regras para facilitar o encaminhamento de trabalhos.

- Meios - os artigos deverão ser encaminhados em duas vias impressas, em papel A4, com margens superior e esquerda de 3 centímetros e direita e inferior de 2 centímetros, fonte Arial, tamanho 12, com entre linhas 1,5, e uma via em disquete de 3,5 polegadas, com etiqueta que indique nome do autor e do artigo (arquivo no formato Word para Windows ou compatível), ou mediante correio eletrônico.
- Estrutura - deve se desenvolver na seguinte seqüência: título do trabalho, nome(s) do(s) autor(es) e respectivo(s) currículo(s), resumo, palavras-chave, corpo do trabalho e referências bibliográficas.
- Título - deve ser breve, específico e descritivo, contendo as palavras representativas do seu conteúdo.
- Currículo - devem constar informações quanto à formação profissional do(s) autor(es), títulos, atividades que desempenha(m), endereços residencial, profissional e eletrônico, e telefones.
- Resumo - com, no máximo, dez linhas ou cento e cinquenta palavras.
- Palavras-chave - com, no máximo, dez palavras.
- Destaques - aspas para citações até 3 linhas; para citações com mais de 3 linhas, recuo de 4 centímetros, espaço simples e fonte menor; itálico para conceitos ou palavras em língua estrangeira.
- Citações - devem ser acompanhadas por nota de rodapé ou chamada para o autor com o ano e o número da página; a referência da fonte da citação deve constar na nota de rodapé ou em lista única ao final do artigo. A exatidão e a adequação das citações e referências a trabalhos consultados e mencionados no texto são de responsabilidade do autor.
- Siglas - devem vir acompanhadas do nome na primeira menção; posteriormente, a critério do autor.
- Referências - devem conter, no mínimo, as seguintes informações: nome(s) do(s) autor(es), título do texto, título da fonte e dados da fonte (edição, local da publicação, editora e ano em que foi publicado; no caso de periódicos, acrescentar a sua periodicidade e páginas inicial e final; se proveniente da internet, acrescentar o endereço completo da página onde pode ser acessado e a data do acesso).