

Revista OABRJ

volume 27, número Especial
janeiro a junho de 2011

R 454 Revista OAB/RJ – n. 1, v. 24 (2008).
Rio de Janeiro: Ordem dos Advogados do Brasil/ Rio de Janeiro,
2008.

v. 1, n. 24.

Título anterior v. 1 (1975) - v. 23 (1986)

Semestral.

ISSN: 1984-2627.

1. Advocacia 2. Direito – Periódicos I – Centro de Documentação
e Pesquisa da Ordem dos Advogados do Brasil – Rio de Janeiro.

CDD - 340.05

CDU - 34(05)

Revista OABRJ

Av. Marechal Câmara, 150 - Rio de Janeiro - RJ - CEP 20020-080

Telefones (21) 2730.6525 / (21) 2272.2055

www.revistaoabrj.com.br

Revista OABRJ

Publicação semestral da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Rio de Janeiro

Política Editorial

Na perspectiva de ampliar o diálogo entre os intérpretes do Direito, em suas múltiplas dimensões, a *Revista OABRJ* é editada pela Seccional do Estado do Rio de Janeiro, tendo como objetivo disseminar a produção qualificada e competente da advocacia nacional, consoante avaliação qualitativa realizada de modo independente por seu Conselho Editorial. De periodicidade semestral, tem sua estrutura composta por seções diversas, nas quais serão publicados artigos científicos, doutrina jurídica, análise da jurisprudência, pareceres, petições e outros trabalhos destacados realizados na prática da advocacia, além de notícias da área. A Memória da Advocacia também será prestigiada, com o resgate da trajetória de vida e profissão de profissional destacado. As opiniões emitidas são de inteira responsabilidade de seus respectivos autores, não expressando necessariamente a opinião da Diretoria da OABRJ.

Diretoria Estatutária

Presidente

Wadih Nemer Damous Filho

Vice-Presidente

Sérgio Eduardo Fisher

Secretário-Geral

Marcos Luiz Oliveira de Souza

Secretário-Geral Adjunto

Wanderley Rebello de Oliveira Filho

Tesoureiro

Marcello Augusto Lima de Oliveira

Conselho Consultivo do Centro de Documentação e Pesquisa

Alexandre Barenco Ribeiro

Gabriela Muniz Pinto

Joselice Aleluia Cerqueira de Jesus

Ricardo-César Pereira Lira

Rosângela Lunardelli Cavallazzi

Editoras

Daniele Gabrich Gueiros

Rosângela Lunardelli Cavallazzi

Conselho Editorial

Antônio Celso Alves Pereira

Carlos Roberto Barbosa Moreira

Carlos Roberto Siqueira Castro

Claudia Lima Marques

Cláudio Pereira de Souza Neto

Cristina de Cicco (Universidade de Camerino, Itália)

Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux

Erik Jayme (Universidade de Heidelberg, Alemanha)

Fernando Valdés Dal-Ré (Universidade Complutense de Madrid, Espanha)

Gilberto Bercovitch

Gisele Guimarães Cittadino

Gilles Paisant (Universidade de Savoie, Chamberry, França)

José Geraldo de Sousa Júnior

José Ribas Vieira

Luis Alberto Warat (Universidade de Buenos Aires, Argentina) (*in memoriam*)

Maria Guadalupe Piragibe da Fonseca

Mario G. Losano (Universidade Del Piemonte Orientale, Itália)

Miguel Lanzellotti Baldez

Paulo Eduardo de Araújo Saboya (*in memoriam*)

Ricardo-César Pereira Lira

Ricardo Lorenzetti (Universidade de Buenos Aires, Argentina)

Ronaldo Coutinho

Rosângela Lunardelli Cavallazzi

Tercio Sampaio Ferraz Junior

Vicente Barreto

Wadih Nemer Damous Filho

Conselho Científico

Alexandre Barenco Ribeiro

Carlos José de Souza Guimarães

Daniela Ribeiro Gusmão

Daniele Gabrich Gueiros

Flavio Villela Ahmed

Gabriela Muniz Pinto

Marcello Augusto Lima de Oliveira

Maria Antônia da Conceição Silva

Secretaria

Débora Fortunata Bastos Rodrigues

Revisão e projeto gráfico

Claudio Cesar Santoro

Capa

Thiago Prado

Sindicato dos Advogados do Rio de Janeiro

Diretoria

Presidente

Álvaro Sérgio Gouvêa Quintão

Vice-Presidente

Naide Marinho da Costa

1º Secretário

Charles Soares Aguiar

Secretário Adjunto

Luiz Alexandre Fagundes de Souza

Tesoureiro

Claudio Goulart de Souza

Procurador

Guilherme Peres de Oliveira

Diretores

Aderson Bussinger Carvalho, Adilza de Carvalho Nunes, Anley Sleyman da Costa, Antonio Erlan Carneiro de Alencar, Antonio Silva Filho, Carlos Henrique de Carvalho, Cathelen Vilaça Gromoski, Clito Lugão da Veiga, Custódio Luiz Carvalho de Leão, Jansens Calil Siqueira, Jonas Lopes de Carvalho Neto, Jorge Luiz Cardoso da Cruz, Juan Camilo Avila Uribe, Matheus Vieira de Almeida Fereira, Myrna da Luz Almeida Cardoso da Cruz, Nilson Xavier Ferreira, Ricardo Oliveira de Menezes e Tito Mineiro da Silva.

Conselho Fiscal Efetivo

José Antônio Galvão de Carvalho, Paulo Renato Vilhena Pereira, Sandra Cristina Machado. *Suplente*: Marina Burges.

Editorial

A OABRJ tradicionalmente promove fomento à pesquisa por meio de concursos jurídicos: o Prêmio Pesquisa Jurídica, promovido desde 1983, que consiste no financiamento de projetos de pesquisa nas áreas das ciências jurídicas ou nas ciências sociais não jurídicas, desde que haja direta repercussão sobre aquelas; e o Prêmio Jurídico, que consiste na premiação de teses, dissertações, monografias e obras de doutrina em geral.

O regulamento dos Prêmios Jurídicos é divulgado na página eletrônica da OABRJ a cada ano e por meio de chamada publicada em edital, além de ser amplamente divulgado.

Em regra, os trabalhos devem ser rigorosamente inéditos. Podem participar advogados e estagiários de direito de todo o estado do Rio de Janeiro. Todas as inscrições são gratuitas.

São vedadas a participação de candidatos que tiveram seus trabalhos premiados e a inscrição de mais de um trabalho por candidato, sob pena de desclassificação. Também é vedada a participação de qualquer funcionário, estagiário ou membro de Comissão do Conselho Federal ou da Seccional, mesmo que durante a sua realização venha a licenciar-se ou nelas tenha apenas assento provisório.

Os trabalhos deverão ser despersonalizados – sem agradecimento ou qualquer outra informação que identifique o autor –, sob pena de desclassificação. Os trabalhos devem ser entregues no Centro de Documentação e Pesquisa, em envelopes separados – fechados e opacos –, e cada candidato recebe, no ato, um protocolo com o número correspondente ao seu trabalho, que o habilitará a identificar-se na época da divulgação do resultado. No caso de envio por meio de Sedex, a data da postagem é considerada a da entrega.

A seleção dos trabalhos é realizada por uma comissão composta de 03 (três) membros, especialmente eleita para esse fim, pelo Presidente do Conselho da Seção do Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil, integrada por juristas e profissionais reconhecidos da área. Colhidos os resultados, é organizado o mapa geral, em seguida assinado pela Diretora do Centro de Documentação e Pesquisa.

Havendo empate entre dois ou mais candidatos, o prêmio será dividido entre eles, em partes iguais.

Finalmente, ressalvados os direitos autorais, a Seção do Estado do Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil tem a preferência para a publicação, inclusive em co-edição pelo prazo de um ano. Por outro lado, caso a Ordem dos Advogados do Brasil não exerça a preferência e terceiro venha editar o trabalho, será obrigatório o registro de ter sido o mesmo financiado pela Ordem dos Advogados do Brasil e agraciado com o Prêmio Jurídico do ano respectivo.

Este número especial da Revista OABRJ comemora os 10 anos dessa premiação com a publicação das monografias vencedoras do Premio Jurídico nesse período. Das bancas avaliadoras participaram advogados e pesquisadores, entre outros, Gisele Cittadino, Fernando Fragoso, Eliane Botelho Junqueira, Alexandre Barenco Ribeiro, Gustavo Senechal de Goffredo, Renan Aguiar, Marcus Vinícius Cordeiro, Carlos Nicodemos de Oliveira Silva, Maria Margarida Ellenbogen Pressburger e Regina Quaresma. O compromisso com a problematização de questões relevantes para a sociedade é expresso pela escolha dos temas propostos.

Rio de Janeiro, agosto de 2012.

Wadih Damous

Sumário

31° PRÊMIO, 1999 - “Alaôr Eduardo Scisínio”,	11
<i>Rita Maria Paulina dos Santos,</i>	13
A ética na advocacia	
32° PRÊMIO, 2001 - “Simão Isaac Benjó”,	31
<i>Luiz Alberto Miranda Garcia de Sousa,</i>	33
A Lei de Diretrizes Urbanas e o direito de superfície	
33° PRÊMIO, 2003 - “Lídia Sequeira”,	55
<i>Fernando Gama de Miranda Netto,</i>	57
A alimentação como direito fundamental	
34° PRÊMIO, 2004 - “José Carlos Fragoso”,	93
<i>Robert Lee Segal,</i>	95
Cidadania e segurança pública nas metrópoles	
35° PRÊMIO, 2005 - “Paulo Fontenelle”,	131
<i>Roberta Barcellos Danemberg,</i>	133
A tutela jurídica do consumidor superendividado	
36° PRÊMIO, 2006 - “Celso Renato Duvivier de Albuquerque Mello”,	169
<i>Alexandre Veronese,</i>	171
O papel da pesquisa empírica na formação do profissional de direito	
37° PRÊMIO, 2008 - “Carlos Maurício Martins Rodrigues”,	219
<i>Débora Fernandes de S. Melo,</i>	221
Células-tronco: um debate jurídico sobre a bioética	
38° PRÊMIO, 2010 - “Dramaturgo Augusto Boal”,	263
<i>Jamile Khede Israel,</i>	265
Diálogos entre o Direito e o Teatro Legislativo: a arte e a lei a serviço da cidadania	
NORMAS DE PUBLICAÇÃO,	297

31º PRÊMIO JURÍDICO, 1999
"Alaôr Eduardo Scisínio"

A ética na advocacia

BANCA

Dr. Ronald Cardoso Alexandrino

Dra. Lúcia Scisínio Pontes

Dra. Regina Quaresma

VENCEDORA

Dra. Rita Maria Paulina dos Santos

A ética na advocacia

Rita Maria Paulina dos Santos

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, a ética, tal qual fênix, aquela ave lendária que renascia das cinzas, voltou a florescer e virou objeto de desejo: dela todos falam, muitos cogitam ter, outros vangloriam-se de não a ver, mas nem todos sabem onde está e como ela é.

Por que a ética voltou a ser um dos temas mais trabalhados do pensamento filosófico contemporâneo? O falecido prof. André Franco Montoro¹, respondendo a essa indagação do filósofo José Arthur Gianotti, aduz que a resposta talvez possa ser indicada no célebre romance de Balzac *Ilusões Perdidas*. Quiseram construir um mundo sem ética, e a ilusão se transformou em desespero.

A vertiginosa erupção de livros e seminários neste limiar do 3º milênio simplesmente denuncia uma perda: algumas comunidades não mais possuem uma regra das ações.

O pluralismo cultural, o enorme crescimento das áreas do saber, deixaram muitas pessoas sem aquele referencial unificador que outrora fora exercido pelas religiões e pela metafísica.

¹ Montoro (1997, p. 5).

A falta de um paradigma ético ameaça a existência. Isso explica a corrida ao discurso ético, como os náufragos correm à tábua de salvação sob o signo da confusão e do desespero.

O estigma da angústia deste final de século foi bem detectado por Miguel Reale:

Somos uma pobre humanidade perplexa à beira do terceiro milênio, exausta, sem rumo certo, procurando agonicamente abrir caminho entre os restos das ideologias destruídas pelos incêndios de duas guerras universais. Vivemos, pois, desprovidos de um sentido comum e ideal de vida, em assustadora disponibilidade.²

O presente trabalho versa sobre a ética na advocacia. Mas não se pode falar de ética especial, profissional, sem tecer algumas referências sobre a ética geral.

A primeira seção aborda a noção e o conceito da ética geral.

Se a ética é a parte da filosofia que se ocupa da moral e esta é a ciência que dirige as ações do homem, não se pode deixar de discutir os juízos de valor que se fazem do bem e do mal; do bom e do mau. Disso se ocupa a segunda seção.

A terceira seção é o cerne deste trabalho. Nela procura-se dissecar os princípios deontológicos inerentes ao exercício profissional, nas relações do advogado com o cliente e com as demais pessoas com quem possa ter trato.

O Código de ética profissional instituído pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados, no seu artigo 1º, sintetiza toda a essência da ética a ser seguida pelo advogado:

Os deveres do advogado compreendem, além da defesa dos direitos e interesses que lhe são confiados, o zelo do prestígio de sua classe, da dignidade da magistratura, no aperfeiçoamento das instituições de Direito, e, em geral, do que interesse à ordem jurídica.

A quarta seção dá uma panorâmica do que seja ética na virada do século e pugna para que o 3º milênio seja o século da ética.

² Reale (1996, p. 15).

NOÇÕES DE ÉTICA. CONCEITO

A moral em geral coloca um imperativo que só se dirige ao indivíduo e exige apenas a absoluta personalidade do indivíduo; a ética coloca um imperativo que supõe uma sociedade de seres morais e assegura a personalidade de todos os indivíduos através daquilo que ela exige de cada um deles. (Schelling)

Ética é a parte da filosofia que se ocupa da moral. Pode-se entender o termo “ética” como sinônimo de filosofia moral ou filosofia da moral.

Etimologicamente, moral provém do latim *mores*, que significa costumes ou forma de comportamento de um indivíduo ou de um povo em determinada época.

Na filosofia, como na linguagem comum atual, o termo moral é empregado como adjetivo para caracterizar ações humanas intencionais como morais ou imorais.

Pode-se distinguir entre ética geral e especial. A ética geral ocupa-se dos valores e normas morais do ser humano em geral. As éticas especiais, de determinados sistemas morais que ocorrem em âmbitos específicos da ação humana: ética da sexualidade, da política, da medicina, do direito. Aqui abordar-se-á, sobretudo, a ética relacionada ao direito.

O problema básico da ética é caracterizar a própria noção de moralidade. No discurso moral há dois tipos de enunciados: a) enunciados valorativos que qualificam uma ação ou classe de ações como boa ou má, moralmente aceitável ou inaceitável; b) enunciados normativos que prescrevem a obrigação de realizar determinada ação em tais ou quais circunstâncias ou de se comportar de determinada forma em qualquer circunstância.

Aparentemente quando se diz que uma ação é boa, correta ou moralmente aceitável ou como é bom amar o próximo, o que se faz é descrever propriedade das ações humanas, é atribuir valor a tal ação.

Assim, pois, o primeiro resultado que se pode extrair de tal análise é que o valor moral de uma ação que se expressa através de qualificativos como bom, mau, correto, incorreto, justo e injusto é sempre uma forma de expressar o resultado de uma operação de avaliação por parte de um sujeito, e a genealogia desses valores discutir-se-á na seção que se segue.

GENEALOGIA DA MORAL. O BEM E O MAL. O BOM E O MAU

Ótimo é aquele que de si mesmo conhece todas as coisas.
 Bom, o que escuta os conselhos dos homens judiciosos.
 Mas o que por si não pensa nem acolhe a sabedoria alheia.
 Esse é, em verdade, uma criatura inútil. (Hesíodo apud Aristóteles) ³
 Aquilo que numa época parece mau é quase sempre um restolho
 daquilo que na precedente era considerado bom – o atavismo de um
 ideal já envelhecido. (Nietzsche) ⁴

Sob que condições o homem inventou para si os juízos de valor bom e mau? Bem e mal? E que valores têm eles? Obstruíram ou promoveram o crescimento do homem? São indícios de miséria, empobrecimento, degeneração da vida? Ou, ao contrário, revelam-se neles a plenitude, a força, a vontade da vida, sua coragem, sua certeza, seu futuro?

Até hoje não houve dúvida ou hesitação em atribuir ao “bom” valor mais elevado que ao “mau”, mais elevado no sentido da promoção, utilidade, influência.

No homem, o bem é o desejo mais alto para que podem convergir os esforços reunidos da sensibilidade, da inteligência e da vontade, e, por isso, se distinguem o bem físico ou sensível, cuja essência é o prazer, o bem metafísico, que se resume na verdade, e o bem moral ou voluntário, que é a virtude. O homem bom é virtuoso, aquele que faz o bem.

Segundo Aristóteles ⁵, são as virtudes que correspondem à parte apelativa da alma, na medida em que esta é moderada ou guiada pela razão e que consiste no justo meio entre dois extremos dos quais um é vicioso por excesso e o outro, por deficiência.

De todos esses bens, qual é o *sumo bem*, quer dizer, qual é o bem por excelência, o que se deve ter como fim supremo da vida e em relação ao qual todos os outros são apenas meios?

A essa pergunta, pode-se responder que são tantas as concepções do *sumo bem* quanto são os sistemas da moral.

³ Aristóteles (1987, Livro 1, 4, 1095 b).

⁴ Nietzsche (1990, n. 149, p. 99).

⁵ Aristóteles (1987, Livro 1, 13, 1102 b e II 6, 1107 a1, p. 24-32).

Assim, segundo os filósofos, o ser verdadeiro, o Deus de Platão, consiste no interesse pessoal, como Epicuro; na felicidade resultante da atividade humana, como Aristóteles; na virtude, como os estóicos.

Na filosofia moderna, em particular em Kant, um bem tal que satisfaça o homem inteiramente em relação tanto à razão quanto à sensibilidade e à atividade.

Kant inicia sua metafísica da moral com as seguintes palavras:

Possivelmente nada pode ser compreendido no mundo ou mesmo fora dele que possa ser chamado de bom, sem qualificação exceto a boa vontade. A vontade é absolutamente boa quando não pode ser má e, portanto, quando sua máxima ao ser transformada em lei universal não pode nunca contradizer-se, e este imperativo é categórico que pode exprimir-se do seguinte modo: *Age segundo máximas que possam ao mesmo tempo ser tidas por objeto de si mesmas como leis naturais universais. Assim se constitui a fórmula de uma vontade absolutamente boa.*⁶

O bem difere do dever porque diz respeito ao próprio ato de realizar, e não à intenção, porque não implica como o dever em nenhuma idéia de obrigação ou de obediência a uma autoridade, mas apenas a idéia de norma ou de perfeição.

O problema do mal sempre preocupou os filósofos, especialmente os moralistas. O mal metafísico não constitui problema; se o ser humano fosse perfeito seria Deus, e não mais haveria criação.

Toda criatura é menos perfeita que seu criador, somente Deus é incriado. Mas por que o bom Deus permitiu que o homem ficasse submetido ao sofrimento e ao pecado? A resposta do Cristianismo é que o mal é uma provação cuja recompensa será infinita no paraíso.

Os filósofos, porém, não se satisfazem com essa explicação simplória. Isso não justifica por que há o mal.

Kant⁷ faz uma distinção entre a “maldade”, que reside no ato de se fazer o mal acidentalmente, e a “malignidade diabólica”, que procede da vontade de se fazer o mal pelo mal como resultado de uma escolha deliberada.

⁶ Kant (1965, p. 38).

⁷ Id., 1967, p. 95.

Nietzsche⁸ propõe em sua filosofia (além do bem e do mal) uma transformação de todos os valores tradicionais “bem e mal, noções imutáveis, não existem”. O mal seria aquilo que impede a afirmação da vida.

Ei-lo com a palavra:

Deve-se devolver o bem e o mal, mas por que precisamente à mesma pessoa que fez o bem ou o mal? Alguns moralistas quiseram desafogar sobre a humanidade seu desejo de dominação, entre os quais talvez Kant dão a entender com sua moral [aquilo que em mim é respeitável e que sei obedecer e vós deveis fazer da mesma forma!] Logo, mesmo os morais nada mais são do que a linguagem figurada das paixões.

E continua o filósofo:

As palavras bom e mau são conceitos que atribuímos às pessoas e situações por conveniência, simpatia, interesse. Não existe o mundo bom. Somos nós que criamos em nossa mente representações cômodas do mundo das coisas para sentir segurança na vida insegura dominada pela ÉRIS, a discórdia.

A ética do aperfeiçoamento, da hominização, isto é, a ética das religiões, de Sócrates e de Platão é um equívoco, uma decadência que faz parte das “mentiras do milênio”, pois nega os instintos e a vida, assevera o filósofo.

É indigno para o homem dobrar-se ao sobrenatural, ao invés de criar novos valores, a saúde física, a vontade forte em lugar dos deveres, o amor à vida, a ebriedade dionísica, o orgulho de ser homem, aliás super-homem, acima do bem e do mal “o mundo gira ao redor dos inventores de novos valores”, conclui o filósofo⁹.

Os valores contrapostos bom e mau, bem e mal travam na terra uma luta milenar, embora o segundo valor há muito predomine, e a luta ainda não foi decidida.

⁸ Nietzsche (1990, p. 109 et seq.).

⁹ Ibid.

O objetivo da presente seção, antes de se penetrar no conhecimento da moral profissional, foi demonstrar que a ética é tema que nunca deixou de preocupar a humanidade. Não há filósofo que não tenha se dedicado a examiná-la.

O enfoque dado a apenas dois filósofos foi proposital, maniqueísmo puro para enfatizar o eterno duelo de bem X mal.

Depois de milhões de anos de existência sobre a Terra continua a criatura humana a defrontar-se com os mesmos problemas comportamentais que sempre a afligiram: o desrespeito, o egoísmo, a insensibilidade e a inadmissível prática da violência.

Estudar ética poderá ser alternativa eficaz para o enfrentamento dessas misérias da condição humana. Ética se aprende e ética se pode ensinar. O abandono da ética não fez bem ao processo educativo, nem à humanidade.

ÉTICA NA ADVOCACIA

*J'aurais voulu être avocat: c'est le plus bel état du monde.*¹⁰ (Voltaire)
A essência, a dificuldade, a nobreza da advocacia é esta; sentar-se sobre o último degrau da escada ao lado do acusado. (Francesco Carnelutti)

Todas as profissões reclamam um procedimento ético. A disseminação de códigos deontológicos em várias categorias profissionais como medicina, engenharia, odontologia, por exemplo, confirmam a oportuna e relevância do tema.

Na atividade profissional jurídica, porém, essa importância se agiganta. Como bem salienta José Renato Nalini:

o homem das leis examina o torto e o direito do cidadão no mundo social em que opera; é a um tempo homem de estudo e homem público, persuasivo e psicólogo, orador e escritor. A sua ação defensiva e a sua conduta incidem profundamente sobre o contexto social em que atua.¹¹

¹⁰ “Eu queria ter sido advogado, é o mais belo estado do mundo”.

¹¹ Nalini (1999, p. 172).

Para Roberto Piragibe da Fonseca¹², o próprio conceito legal de profissão já implica a existência da ética profissional. Mesmo porque, se há um mínimo ético que de um modo geral se impõe ao homem vivendo em sociedade, há de existir também um mínimo ético que se lhe imponha no círculo menor de atividade e trabalho, ou seja, um mínimo ético profissional.

É nas ciências jurídicas que as normas dos deveres morais se põem com toda a nitidez.

Deontologia jurídica – princípios fundamentais

Deontologia é a teoria dos deveres. Deontologia profissional, o complexo de princípios e regras que disciplinam o comportamento de um integrante de uma determinada profissão. Por conseguinte, deontologia jurídica é o conjunto de normas éticas e comportamentais a serem observadas pelo profissional jurídico.

As normas deontológicas não se confundem com as regras de costume, de educação e de estilo. A elas aplica-se um princípio fundamental: agir segundo a ciência e a consciência.

Ciência significando o conhecimento técnico adequado, exigível a todo profissional. O primeiro dever ético de todo profissional é dominar as regras para um desempenho eficiente na atividade que exerce.

Além de ciência, deverá atuar com consciência. Existe uma função social a ser desenvolvida em sua profissão, não podendo dela divorciar-se.

Há, contudo, limites impostos ao princípio da consciência. Ela não é o último ou absoluto critério. Uma consciência enferma ou mal orientada poderia conduzir o ser humano a errar ou a se equivocar.

O ser humano é falível. O homem tem uma fissura intrínseca chamada por Kant de *mal radical*: ser finito, condicionado a debilidades, o homem pode ter uma consciência vulnerável e não inclinada naturalmente ao bem.

Afora o princípio fundamental agir segundo a ciência e a consciência, existem outros relacionados a seguir.

PRINCÍPIOS DA CONDUTA ILIBADA

O aspecto moral impregna qualquer das carreiras jurídicas. Conduta

¹² Fonseca (1964, p. 243).

ilibada é o comportamento sem mácula, aquele sobre o qual nada se possa moralmente levantar.

O advogado deve observar o seu código de ética, do qual se extrai a necessidade de uma conduta límpida.

O conceito de conduta ilibada é impreciso; porém, a despeito da imprecisão, possui carga semântica específica. Não se trata de mera boa conduta. Ao qualificá-la, o sistema está a reclamar do profissional do direito algo mais em relação às demais profissões.

Há um núcleo comum a caracterizar a conduta ilibada dos profissionais do direito. Pelo mero fato de se dedicarem ao cultivo do direito, acredita-se atuem retamente. Deseja-se que os integrantes de uma função forense venham a se caracterizar pela incorruptibilidade, sejam merecedores de confiança, possam desempenhar com dignidade o seu papel de detentores da honra, da liberdade e dos demais valores tutelados pelo ordenamento jurídico.

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE E DO DECORO PROFISSIONAL

Todas as profissões são dignas. Contudo, há algumas que exigem um plus. Na advocacia, o dúplice dever concentra a normativa dos deveres.

Como bem salienta José Renato Nalini:

A dignidade constitui um valor inerente à pessoa humana, que deve ser protegido e respeitado. A projeção desse valor no exercício profissional é o que proporciona o decoro à corporação ou colégio profissional.¹³

Ambos os conceitos são mais intuídos que descritos. Assim, vulneram o decoro e a dignidade quando o profissional apresenta-se mal vestido, requer remuneração excessiva, utiliza publicidade exagerada na captação de clientes ou ainda usa expressões chulas e indecorosas.

PRINCÍPIOS DA DILIGÊNCIA

O conceito de diligência compreende aspectos eminentemente pessoais como zelo, escrúpulo, assiduidade, atenção, presteza.

Esse dever impede que o advogado falte a compromissos assumidos ou ao trabalho sem justo motivo.

¹³ Nalini (1999, p. 178).

Como bem salienta Sérgio Rosenthal¹⁴, “o advogado deve dedicar as suas causas, o seu tempo, o seu esforço, a sua cultura e a sua arte sem jamais temer os exageros da imprensa ou a incompreensão popular”.

É evidente, entretanto, que não pode jamais abrir mão de seus valores e de sua consciência, pois tudo deve conspirar para fazer do advogado um profissional devotado, jamais um complacente.

PRINCÍPIO DA FIDELIDADE E DA CONFIANÇA

O cliente constitui seu advogado o profissional que lhe merece confiança. Será o detentor de seus segredos, terá acesso a informações íntimas, terá em suas mãos a chave da resolução dos problemas que o atormentam.

Existe, assim, um caráter fiduciário na relação entre advogado e cliente, pois foi por este escolhido em razão de particularíssima confiança em seus méritos, capacidade e pessoa.

O advogado tem ainda o dever de fidelidade à causa da Justiça. Fidelidade à verdade e à transparência. Fidelidade aos valores abrigados pela Carta Magna, que tanto prestígio e relevo conferiu ao direito, convertendo a advocacia em função indispensável à administração da Justiça.

O Código de Ética da OAB

A advocacia é, das profissões, a que primeiro se preocupou com sua ética, a parte da moral disciplinadora dos atos humanos.

Os advogados têm facilitada a regulamentação de sua conduta ética, pois contida em essência no código de ética e disciplina da OAB.

As regras deontológicas fundamentais impõem conduta compatível com os preceitos do código e do Estatuto da OAB.

Preceitua o código de ética serem deveres do advogado:

- I – preservar em sua conduta a honra, a nobreza e a dignidade da profissão zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade;
- II – atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé;
- III – velar por sua reputação pessoal e profissional;

¹⁴ Rosenthal (1999, p. 13).

- IV – empenhar-se permanentemente em seu aperfeiçoamento pessoal e profissional;
- V – contribuir para o aprimoramento das instituições e das leis;
- VI – estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios;
- VII – aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial;
- VIII – abster-se de:
 - a) utilizar influência indevida em seu benefício ou do cliente;
 - b) patrocinar interesses ligados a outras atividades estranhas à advocacia em que também atue;
 - c) vincular seu nome a empreendimentos de cunho manifestamente duvidoso;
 - d) emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana;
 - e) entender-se com a parte adversa que tenha patrono constituído sem o assentimento deste.
- IX – pugnar pela solução dos problemas da cidadania e pela efetivação dos seus direitos individuais, coletivos e difusos no âmbito da comunidade.

Relevante reflexo do princípio da isonomia foi assimilado pelo código de ética. Exterioriza-se em dispositivo que postule para o advogado consciência de que o Direito é meio de mitigar as desigualdades para o encontro de soluções justas e que a lei é instrumento para garantir a igualdade de todos (Art. 3º).

Enfim, a adoção de regras positivas num ordenamento propicia ao profissional condições de balizar a própria conduta diante das exigências morais, constituindo-se em parâmetro valioso de atuação.

O tema emergente, neste final de século, é a conciliação, a composição e a solução amigável das controvérsias. Ele se insere numa ampla tendência à pacificação do mundo, removendo da convivência entre os homens as arestas que impedem a construção de um mundo fraterno e solidário.

O êxito da conciliação será mais completo sobretudo se proveniente do empenho do advogado. Aqui ele pode mostrar sua formação ética.

Nada mais desejável que conseguir sufocar em seu gérmen o escândalo, a animosidade, os litígios, reconduzir a paz entre os cônjuges, os sócios, os vizinhos, os amigos. Sob esse aspecto, ao êxito mais favorável e brilhante é preferível a conciliação que extingue a lide e quiçá rancores.

DEVERES PARA CONSIGO MESMO

Quem escolhe a profissão de advogado deve der proba. A probidade é mais que dever, é condição essencial ao exercício da profissão.

O domínio do idioma constitui empreitada complexa e reclama incessante empenho de qualquer profissional. Além da utilização correta do vernáculo, o advogado há de perseguir contínuo aprimoramento do estilo.

Postula a ética que quando nomeado ou dativo desempenhe suas funções com o mesmo zelo com que exerce na condição de contratado.

Para o verdadeiro advogado não há causas grandes e pequenas, clientes remunerados ou assim tornados por nomeação judicial. Todos merecem igual proteção da Justiça, e, se o advogado é essencial à administração dela, deverá comportar-se de idêntica forma em todos os feitos em que atuar.

DA RELAÇÃO COM O CLIENTE

O advogado está em primeiro lugar a serviço da Justiça, mas direta e secundariamente a serviço de quem o constitui.

O primeiro dever disposto pelo código de ética é informar ao cliente de forma clara e inequívoca quanto a eventuais riscos da sua pretensão e a conseqüências que poderão advir da demanda.

Pode-se pensar que o advogado, por depender de trabalho, deverá estimular a quem o procure a iniciar um processo perante a Justiça. Muitas vezes isto é necessário; outras vezes a solução passa ao largo da Justiça convencional. Havendo possibilidade de entendimento entre as partes, deverá o advogado, nesse sentido, encaminhar a questão.

A relação de confiança entre o cliente e o advogado é personalíssima.

Sem a concordância do cliente, o advogado não pode subestabelecer mandato, ou seja, atribuir a um colega os poderes que recebeu. Representa dever ético do advogado recusar-se a atuar com outros colegas quando isso não resulte de sua própria vontade. Pois a exigência do cliente está a demonstrar sua escassa confiança no profissional necessitado do amparo de colegas mais capazes.

A síntese dos deveres éticos do advogado para com o cliente poderia ser resumida na lealdade para com o constituinte. Subordinado a uma obrigação de meio, está eticamente sujeito a desenvolver o melhor de si na boa representação dos clientes, procurando a justiça em primeiro lugar, o interesse do cliente em seguida, mas nada podendo prometer quanto ao resultado da lide.

DO SIGILO PROFISSIONAL

O cliente não guarda reserva alguma para com seu advogado. Confia nele plenamente. Sabe que o sigilo profissional é inerente à profissão. Não precisa pedir segredo, pois o advogado que revelar, sem justa causa, segredo de que tem ciência em razão da profissão e cuja revelação possa produzir dano a outrem comete crime.

O código de processo penal (Art. 207) o proíbe de depor, salvo se, desobrigado pela parte interessada, quizer dar seu testemunho.

O Código de Ética da OAB dilarga as exceções ao sigilo, permitindo-lhe quando houver grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou se afrontado pelo próprio cliente, e em defesa própria, tenha que revelar segredo.

A recomendação ética é no sentido de o advogado recusar-se a depor como testemunha ainda que solicitado pelo constituinte. As confidências que este fizer ao advogado só podem ser utilizadas no limite da necessidade de defesa e desde que autorizado pelo constituinte.

A educação ética

A educação tem a tarefa de edificar a criatura humana. O fim principal da instrução é desenvolver o valor do homem abrindo o seu espírito às preocupações desinteressadas concernentes às transcendências do ser: a verdade, o bem, o belo.

O acesso à instrução convencional não significa um crescimento moral. A multiplicação das escolas e dos professores implicou formação de urgência e, portanto, incompleta.

Não é só o nível de ensino e aprendizado que se vê impossibilitado de se alterar. O problema pedagógico é grave, mas mortal é a destruição de valores.

A educação do prazer, do fazer-se a qualquer preço, do alcançar tudo o que de material a vida pode propiciar, o lema do “é proibido proibir”, não podem criar o homem-ético de que a comunidade e as profissões carecem.

Falta coragem, e o clima não se mostra propício a exercitá-la para proclamar que a educação implica ascese¹⁵ e sacrifícios.

¹⁵ Ascese: do grego *askein*, significa exercitar-se na renúncia no sentido primitivo, sobriedade, treino.

Se a falência da educação brasileira é uma realidade, os problemas da educação jurídica não escapam à regra. Diagnósticos existem à saciedade. O momento é de implemento prático das soluções.

A OAB colaborou decisivamente para impulsionar uma reação à falta de qualidade do ensino jurídico. Já existe nova realidade normativa. Concretizá-la poderá remover alguns dos conhecidos entraves que hoje impedem a formação do bacharel provido de ética.

Pois, como ensinar ética em escolas mais preocupadas com sua feição empresarial do que com sua missão formadora de caráter? Como produzir profissionais éticos se a educação jurídica se converte em uma operação comercial resumida ao “pague sua mensalidade e receba seu diploma”? Como falar em ética se não existe a menor preocupação moral com as finalidades do curso jurídico, se os professores quase sempre malremunerados não podem conhecer pessoalmente suas centenas de alunos e se restringem às aulas prelecionadas no velho estilo?

Não basta incluir a disciplina ética profissional no currículo para que o ensino jurídico se transforme. É necessária a adoção de uma moral ativa que transforme a consciência imediatista dos bacharelados, ou seja, que os façam entrar na vida profissional com um mínimo essencial de dignidade sem a febre exclusiva e insensata da riqueza material: do ganhar muito e depressa, seja como for.

A conduta moral, assim como certas características genéticas, não surge numa transmutação espontânea e repentina. É fruto de um lento e continuado crescer que não se inicia no exercício profissional. Embora anterior à própria fase do aprendizado jurídico, nela poderá desenvolver-se. Daí a importância da revolução ética a ser deflagrada nas Faculdades de Direito no Brasil.

Para finalizar, nunca é demais repetir o decálogo de que Eduardo Couture aponta ao advogado digno do nome: estuda, pensa, trabalha, luta, sê leal, tolera, tem paciência, tem fé, esquece e ama tua profissão.

- I – ESTUDA, porque o Direito transforma-se incessantemente. Se o advogado não acompanha a sua marcha célere, será cada dia um pouco menos advogado.
- II – PENSA, porque se o Direito aprende-se estudando, só pensando é possível exercê-lo.
- III – TRABALHA, porque o serviço da Justiça não conhece pausa, nem admite tréguas.

- IV – LUTA, porque o advogado existe precisamente para lutar pelo Direito enquanto coincide com a Justiça e para lutar pela Justiça quando espezinhada pelo Direito.
- V – SÊ LEAL para com o constituinte, que não será abandonado até que manifestamente indigno do pratrono; leal para com o adversário ainda que ele tristemente se distinga pela deselegância; leal para com o juiz, que confia no advogado e mesmo no direito que o advogado invoca.
- VI – TOLERA a verdade alheia na mesma medida em que se apetece que seja tolerada a própria.
- VII – TEM PACIÊNCIA, porque o tempo se vinga de tudo que é feito sem sua colaboração.
- VIII – TEM FÉ no Direito como único meio de obter a disciplina da convivência, fé na Justiça como destino normal do direito; fé na concórdia como substitutivo providencial do pleito e sobretudo fé na liberdade, sem a qual não há nem Direito, nem Justiça, nem Paz.
- IX – ESQUECE, porque a advocacia é precisamente um choque de paixões. Se de cada batalha a alma sair sob o peso de novo rancor, dia chegará em que para o advogado a vida será impossível de viver. Concluído o embate, esqueça o advogado o amargor da derrota, mas saiba também esquecer a vaidade da vitória.
- X – AMA TUA PROFISSÃO, mas o causídico há de querê-la de tal forma que no dia em que o filho lhe indagar sobre a experiência sofredora, que rumo imprimirá ao próprio destino, seja para o advogado uma superlativa alegria sugerir-lhe que se faça... ADVOGADO.

ÉTICA NA VIRADA DO MILÊNIO

Aquele que tem consciência sofre reconhecendo seu erro. É o castigo – independentemente das galés. (Fiodor Dostoievski, *Crime e Castigo*)

Toda pessoa normal possui uma consciência moral. Todos são titulares dessa propriedade do espírito em distinguir entre o bem e mal. Somente os anormais não sentem remorso, o sinal indicativo de agir em desconformidade com o bem.

Possuindo consciência moral, a pessoa há de pautar-se por ela estimulando o desenvolvimento de sua coragem moral, recusando-se a ceder ao medo e a qualquer outra coisa que não a verdade.

É Spinoza¹⁶ quem chama de firmeza da alma esse “desejo pelo qual cada um se esforça por conservar seu ser sob o exclusivo ditame da razão”.

Entretanto, nunca foi tão necessário como hoje reabilitar a ética. A crise da humanidade é uma crise moral.

Há sintomas evidentes de que a comunidade teria ultrapassado o mínimo ético, abaixo do qual sobrevêm a decadência e a desagregação. Só o insólito é objetivo de aplausos e divulgação. O bem não atrai, nem sensibiliza. Quanto mais escatológico, mais publicidade, não no sentido de censura, mas sim de exaltação.

Os descaminhos do ser humano refletidos na violência, no egoísmo e na indiferença pela sorte do semelhante assentam-se na perda dos valores morais.

Ninguém se comove mais com a tragédia das ruas. Transita-se impassível pela miséria ambulante, sem remorsos por virar o rosto aos pedintes ou alargar os passos para fugir dos excluídos que assolam as ruas.

O senso moral encontra-se debilitado, poucos são os que o compreendem e permitem que exerça influência eficiente na condução da própria vida.

É necessário que os militantes de uma carreira jurídica voltada à realização do justo se detenham na reflexão, no debate e na adoção de propostas concretas para contagiar a comunidade com um sentimento moral.

Se vier a ser recomposto o referencial de valores básicos de orientação do comportamento, será viável a formulação de um futuro mais promissor para a humanidade, ainda envolvida no drama da insuperação das angústias primárias.

Este é o papel da ÉTICA no limiar do 3º milênio.

CONCLUSÃO

Como existe uma crise de valores na sociedade, os valores individuais também estão em crise. Ela se caracteriza pela falta de homogeneidade moral em relação a certos temas. Basta mencionar corrupção, aborto, casamento, liberação sexual etc.

Ao enfrentar a chamada crise de valores, há que indagar se os valores deixaram de existir ou se o que ocorre é a perda da fé ou de entusiasmo por

¹⁶ Spinoza (1965, Escólio da Proposição LIX, p. 278).

um grande número de pessoas que não se sentem impelidas a lutar por seus valores.

O advogado, como parte integrante da sociedade, foi também atingido pela crise. Constate-se o número de profissionais investigados pela comissão de ética.

Se, por um lado, isso é desanimador, paradoxalmente é um alento saber que a comissão de ética da OAB/RJ não se omitiu, não se fechou num *esprit de corps* para proteger os maus profissionais.

Urgente e oportuno se mostra o debate ético, assim como oportuno e urgente é o contínuo aprendizado da ética.

No entendimento de José Renato Nalini, com quem se está de acordo:

O profissional do direito é talvez, dentre todos os exercentes de atividade laboral humana, aquele que melhores condições ostenta de distinguir entre a ética docente, a filosofia moral, elaborada como ideal puro, e a ética utente, a moral efetivamente praticada e vivida. Pois ética e direito possuem inegável núcleo comum ambos, tendo em vista a conduta humana. A vida ética supõe contínuo esforço direcionado à consecução da perfeição e da Justiça. E mesmo existindo lindes demarcadores entre moral e direito não se admite que o direito possa ser imoral.

O melhor direito, ao contrário, é o que guarda grande compatibilidade com a moral. É sabido que as boas leis não se podem fazer bem sem uma boa moralidade.

Neste tempo de crise, de transição, há que se ter presente a advertência de Mário Gonçalves Viana: “sempre que a moral de um povo decaia, tem o legislador de acorrer, imediatamente, a consolidar a moral, transformando os deveres éticos em obrigações jurídicas e as proibições éticas em proibições jurídicas”.

Urge injetar na consciência de cada um o sentimento de querer justiça e lutar pelo seu triunfo. Quando a sociedade atingir uma perfeita consciência ética, as normas morais impor-se-ão com plena primazia aos atos individuais mais íntimos, dispensando-se a codificação em leis.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1987. Coleção Os Pensadores. v. 2.
- DIAZ, Elias. *Sociología y filosofía del derecho*. Madrid: Taurus, 1974.
- FONSECA, Roberto Piragibe. *Introdução ao estudo do direito: breviário de principiologia jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Lisboa: Guimarães Ed., 1990.
- KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1965. Clássicos de Ouro.
- _____. *Crítica da razão prática*. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1967. Clássicos de Ouro.
- MARCÍLIO, Maria Luíza; RAMOS, Ernesto Lopes. *Ética na virada do século*. São Paulo: LTr, 1997. Coleção Instituto Jacques Maritain.
- MONTORO, André Franco. Retorno à ética na virada do século. In: MARCÍLIO, Maria Luíza; RAMOS, Ernesto Lopes (Coord.). *Ética na virada do século: busca do sentido da vida*. São Paulo: LTr, 1997.
- NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Além do bem e do mal: prelúdio de uma filosofia do futuro*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Hemus, 1990.
- _____. *Genealogia da moral*. Trad. Paulo César Souza. São Paulo: Brasiliense, [s.d.].
- REALE, Miguel. A civilização do orgasmo. *Revista da Academia de Letras*, fase VII, ano 2, n. 6, p. 14-25, jan./mar. 1996.
- ROSENTHAL, Sérgio. O advogado e a ética. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 7, n. 80, p. 12-13, jul. 1999.
- SPINOZA, Baruch (Benedictus de). *Ética*. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1965.

Rita Maria Paulina dos Santos é Advogada graduada pela EMERJ e Bacharel em Ciências Econômicas e Contábeis pela Fundação Getúlio Vargas.

32º PRÊMIO JURÍDICO, 2001
"Simão Isaac Benjó"

A cidade e a nova Lei de Diretrizes Urbanas – Lei 10.257,
de 10/07/2001

BANCA

Dr. Alexandre Barenco Ribeiro

Dra. Ester Kosovski

Dra. Sonia Lecoq D'Oliveira

VENCEDOR

Dr. Luiz Alberto Miranda Garcia de Sousa

A Lei de Diretrizes Urbanas e o direito de superfície

Luiz Alberto Miranda Garcia de Sousa

INTRODUÇÃO

A recente Lei de Diretrizes Urbanas (Lei nº 10.257, de 10-7-2001), entre inúmeras outras inovações, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o instituto do *direito de superfície*. O presente estudo versará, assim, sobre este novo *direito real*, ainda pouco conhecido entre nós, e nele se pretende, em linhas gerais, (i) expor ordenadamente as principais características do instituto e (ii) instigar a uma primeira reflexão, ainda de caráter introdutório, sobre algumas questões relevantes que a sua disciplina legal suscita.

Cumpra agora dizer uma palavra sobre o plano da exposição. Inicialmente, examinar-se-ão os antecedentes históricos do direito de superfície e o tratamento legal que lhe dispensaram alguns dos principais ordenamentos jurídicos ocidentais. Em seguida será abordada, por relevante, a controvérsia acerca da taxatividade dos direitos reais, que divide em campos antagônicos os civilistas brasileiros. Ao depois, cuidar-se-á da dogmática do direito de superfície, desenvolvendo-se o seu conceito teórico a partir das noções de *solo* e de *acessão*. Já de posse de todas as informações teóricas indispensáveis, dar-se-á início à parte *aplicada* deste trabalho, em que se tecerão comentários aos

dispositivos legais da Lei de Diretrizes Urbanas concernentes ao direito de superfície. E, finalmente, serão apontados exemplos de aplicações práticas do novo instituto, bem como algumas repercussões problemáticas de sua utilização no campo do direito tributário.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS E DIREITO COMPARADO

Este estudo não comportaria uma ampla digressão histórica e comparativa acerca do direito de superfície que abarcasse a sua evolução desde as mais remotas origens, entre os romanos, passando pelas sucessivas épocas históricas, até chegar aos ordenamentos modernos que o acolheram. Não obstante isso, pareceu conveniente dar aqui uma breve notícia do desenvolvimento do instituto, de modo que, conhecidas as diferentes formas assumidas pelo direito de superfície nos mais importantes sistemas jurídicos ocidentais, se possa chegar, ao final, a uma compreensão mais profunda das potencialidades deste novo direito, no quadro específico do atual ordenamento jurídico brasileiro.

Antecedentes em Roma. – Entre os romanos já se registrava a existência de institutos assemelhados ao direito de superfície. Segundo os estudiosos, remonta àquela época a origem remota desse direito, que era então instrumentalizado por meio de *concessões de solo público* em favor de particulares, os quais passavam a ter o direito de construir sobre o solo cedido e, também, o direito ao gozo da edificação erigida. Em regra, o *superficiário* – aquele que recebeu o solo para nele construir – pagava ao *concedente* – o proprietário – um determinado valor, denominado *solarium* ou *pensio*. Todavia, esses negócios também eram celebrados a título gratuito, uma vez que a estipulação do *solarium* não configurava um requisito essencial.

Somente em um momento posterior é que tais concessões passaram a ser realizadas entre particulares. Assinale-se, contudo, que essa figura, em seu estágio inicial, ainda não apresentava os contornos característicos do moderno direito de superfície. Era, na verdade, um negócio mais assemelhado à locação, e tinha natureza meramente obrigacional.

A atividade pretoriana, porém, alteraria esse quadro. Como se sabe, embora o pretor não pudesse, a rigor, reformar o direito civil, dispunha ele, não obstante, do poder de ministrar os “remédios judiciais”¹ cabíveis. Assim

¹ Dantas (1984, p. 101).

é que, em um certo momento na evolução do instituto, o pretor passou a atribuir ao superficiário uma *ação real*, com o que se operou uma substancial alteração na natureza do direito de superfície, que, de simples *direito pessoal*, passou à categoria de verdadeiro *direito real* sobre coisa alheia.

Legislações comparadas. – Já mais recentemente, nos séculos XIX e XX, verificou-se um intenso desenvolvimento do instituto, através de sua positivação em diversas legislações européias.

O Código Civil alemão de 1986 disciplinou expressamente o direito de superfície, em seu § 1.012, no qual se previa a possibilidade de um imóvel ser gravado “de maneira que àquele, a favor de quem a imposição do ônus tem lugar, corresponda o direito alienável e transmissível aos herdeiros de manter acima ou abaixo da superfície uma construção”². A disciplina desse instituto, entretanto, considerada inadequada à época, foi em pouco tempo reformada. Assim, em 1919 editou-se uma nova regulamentação sobre a matéria, caracterizando-se o direito de superfície como um *direito de ter uma edificação sobre o solo alheio*³.

Na França, o direito de superfície é reconhecido em doutrina por interpretação *a contrario sensu* do Art. 553 do Código Civil, no qual se diz que “todas as construções, plantações e obras sobre um terreno ou em seu interior se presumem feitas pelo proprietário à sua custa e a ele pertencer, se o contrário não for provado [...]”⁴. Da cláusula adversativa contida no dispositivo (“se o contrário não for provado”) extraíram os civilistas franceses a conclusão de que a norma em questão admite, implicitamente, que as construções pertençam a *outra pessoa* que não o proprietário do solo⁵.

Na Itália, a seu turno, o direito de superfície não fora previsto expressamente pelo Código Civil de 1865, o que gerou acesas controvérsias quanto à existência desse direito real sob aquela legislação. O Código Civil de 1942, no

² Batalha (1953, p. 18).

³ Lira (1997, p. 39).

⁴ “Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l’intérieur sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n’est prouvé [...]”

⁵ Batalha (1953, p. 16).

entanto, pôs termo a tais discussões ao disciplinar o direito de superfície de modo expresse, em seus artigos 952 a 956. Nesses dispositivos, estabeleceu-se que

o proprietário pode constituir o direito de executar e manter acima do solo uma construção a favor de outrem, que lhe adquire a propriedade; e, ao mesmo tempo, pode alienar a propriedade da construção já existente, separadamente da propriedade do solo⁶.

Trata-se de uma concepção moderna do direito de superfície, na qual já se evidenciam as duas diferentes modalidades de *concessão para construir* e de *propriedade separada superficiária*.

O direito de superfície no Brasil. – No Brasil, segundo noticia Wilson de Souza Campos Batalha⁷, “o direito de superfície, embora não com esta designação, era regulado pelo direito antigo, ou seja, pela Lei pombalina de 9 de julho de 1773, parágrafos 11, 17 e 26, em relação a construções, árvores e plantações”. Todavia, desde a Lei n° 1.237, de 24-9-1864, esse direito deixou de ser admitido em nosso ordenamento, uma vez que a referida Lei não mencionou a superfície entre os direitos reais que permaneceriam em vigor⁸.

Posteriormente, várias foram as tentativas de se consagrar o direito de superfície em lei. Clovis Bevilacqua menciona a sua inserção no rol dos direitos reais, numa das etapas da elaboração legislativa do Código Civil, sendo, porém, suprimido em momento subsequente. É de interesse assinalar, ainda, a sua inclusão no Anteprojeto Orlando Gomes, em cujo Art. 524 se dizia que “o proprietário pode conceder a outra pessoa o direito de construir ou plantar no seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente inscrita no registro imobiliário”. Do Projeto n° 634, de 1975, constava disposição substancialmente idêntica, no Art. 1.401⁹.

⁶ É o que dispõe o Art. 952, *verbis*: “Il proprietario può costituire il diritto di fare e mantenere al disopra del suolo una costruzione a favore di altri, che ne acquista la proprietà. Del pari può alienare la proprietà della costruzione già esistente, separatamente dalla proprietà del suolo”.

⁷ Batalha (1953, p. 19).

⁸ Ibid., p. 21.

⁹ Art. 1.401. O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente inscrita no Registro de Imóveis.

Finalmente, por intermédio da Lei de Diretrizes Urbanas (Lei nº 10.257, de 10-7-2001), foi em boa hora positivado o direito de superfície no ordenamento pátrio. A disciplina legal, como se verá adiante, é do tipo sintética, pelo que caberá à doutrina o importante papel de desenvolver o conceito deste recém-criado direito real e, bem assim, apontar quais as suas características e utilidades específicas¹⁰.

A TAXATIVIDADE DO ELENCO LEGAL DOS DIREITOS REAIS

Convém, ainda, antes de adentrar o exame do direito de superfície propriamente dito, abordar a controvérsia acerca do caráter taxativo do elenco legal dos direitos reais. Essa questão, como se pode perceber, tem enorme repercussão no estudo do direito real de superfície, já que, caso se conclua pela não-taxatividade da enumeração legal, ter-se-á que reconhecer, por força, que as partes *já podiam constituir tais direitos mesmo antes* da promulgação da recente Lei de Diretrizes Urbanas.

Duas correntes, na matéria, dividem a doutrina em campos opostos. Para a primeira, os direitos reais se limitam àqueles expressamente previstos na legislação. Não seria facultado às partes, pois, com base no princípio da autonomia da vontade, atribuir *realidade* aos direitos por elas criados. É o que ensina, entre outros, Orlando Gomes: “O proprietário da coisa pode constituir apenas os direitos reais especificados na lei. Não tem a liberdade de criá-los, devendo conformar-se com os tipos regulados legalmente e com o conteúdo que a lei lhes atribui”¹¹. No mesmo sentido, ainda, são as lições de

¹⁰ Quando o presente trabalho já estava pronto, foi sancionado pelo Presidente da República o novo Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406, de 10-1-2002), que também disciplinou o direito de superfície em seus Arts. 1.396 a 1.377. Passam a existir, pois, doravante, *duas modalidades de direito de superfície*: uma de *caráter geral*, aplicável a todas as situações e casos, indistintamente – a do Código Civil; e outra *específica*, destinada a regular tão-somente as relações superficiárias constituídas por *proprietários urbanos*, nos termos do Art. 21, *caput*, da Lei nº 10.257, de 10-7-2001 (cf. § 2º do Art. 2º da LICC, *verbis*: “A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”). Registre-se, desde logo, a nossa modesta opinião: a disciplina da Lei de Diretrizes Urbanas é *muito superior*, em qualidade, à do novo Código Civil.

¹¹ Gomes (2001, p. 9-10).

Clovis Bevilaqua¹², Pontes de Miranda¹³, Serpa Lopes¹⁴, Caio Mario Pereira¹⁵, Silvio Rodrigues¹⁶ e Arnoldo Wald¹⁷.

Já a segunda corrente entende que, à míngua de vedação expressa, nada impediria a criação de direitos reais *também pela via contratual*, desde que as cláusulas estipuladas não contraviessem à ordem pública e aos bons costumes. Defende esse ponto de vista Washington de Barros Monteiro:

outros direitos reais poderão ser ainda criados pelo legislador, ou pelas próprias partes, desde que não contrariem princípios de ordem pública. Vários autores sustentam esse ponto de vista. Realmente, texto algum proíbe, explícita ou implicitamente, a criação de novos direitos reais, ou a modificação dos direitos reais já existentes¹⁸.

Segundo refere Ricardo Pereira Lira¹⁹, acompanham esse posicionamento, entre outros, Arnoldo Medeiros da Fonseca, Orozimbo Nonato e Carvalho Santos.

Dois argumentos, porém, se mostram decisivos para que se acolha a tese do *numerus clausus*. Em primeiro lugar, há de se ter presente a estrutura peculiar dos direitos reais. Ao contrário dos direitos pessoais, que ensejam a formação de um vínculo subjetivamente determinado, unindo diretamente a pessoa obrigada ao seu credor, os direitos reais geram uma *sujeição passiva geral*, consistente no dever, que a todos se impõe, de respeitar a situação do titular do direito real. Ora, não se poderia conceber, senão por força da lei, uma semelhante sujeição passiva geral; essa oponibilidade *erga omnes* jamais poderia advir da simples vontade dos contratantes. De parte isto, ainda restaria sem solução o problema da irregistrabilidade dos direitos reais criados

¹² Bevilaqua (1940-1942, p. 238).

¹³ Pontes de Miranda (1957, p. 7).

¹⁴ Serpa Lopes (1964, n. 15 e 16).

¹⁵ Pereira (1992, p. 5).

¹⁶ Rodrigues (1989, p. 8-11).

¹⁷ Wald (1985, p. 22-24).

¹⁸ Monteiro (1989, p. 12).

¹⁹ Cf. Lira (1997, p. 89-90), em que se citam as seguintes fontes: Fonseca (1957, p. 33); Nonato (1949, p. 85) apud Dower (1972, p. 13); Santos (1953, p. 3-15).

pela só manifestação volitiva dos particulares. É que o oficial do Registro Público, não encontrando na enumeração do Art. 167 da Lei nº 6.015/73 o direito real atípico, criado pelos contratantes, estaria, ao cabo das contas, impedido de proceder ao respectivo registro ou averbação.

Por tudo isso, razão assistia a Wilson de Souza Campos Batalha quando afirmava que “o direito brasileiro não comporta o direito de superfície e este, como direito real, não pode ser reconhecido em face do *numerus clausus* dos direitos reais”²⁰, no que era secundado, ainda, por Ricardo Pereira Lira, para quem “não há mais a mínima dúvida quanto à inexistência no ordenamento brasileiro do direito de superfície”²¹.

Daí por que se pode asseverar, com segurança, que a Lei de Diretrizes Urbanas criou, de fato, uma *nova espécie* de direito real sobre coisa alheia, até então inadmitida pelo direito positivo. Cumpre, pois, estudá-la.

DIREITO DE SUPERFÍCIE: CONCEITO

É fundamental, para que se apreenda com exatidão o conceito do direito de superfície, que se examinem, como *pressupostos teóricos*, duas outras categorias do direito civil, quais sejam, o *solo* e a *acessão*.

Solo. – O solo, para alguns, é a única coisa que, rigorosamente, se enquadraria na classe dos *bens imóveis por natureza*. Nesse sentido, afirma Silvio Rodrigues que “a rigor o único imóvel por sua natureza é o solo”²². A tese é sustentada, ainda, por diversos outros civilistas. Força é reconhecer, entretanto, que o Código Civil adotou, no Art. 43, I, noção mais ampla de *bem imóvel por natureza*, incluindo nesse conceito também o espaço aéreo e o subsolo.

A propriedade imóvel é, pois, segundo o direito positivo, constituída pelo *solo* e por *tudo o que a ele adere*, i.e., a coluna de ar que sobre o solo se projeta e as camadas do respectivo subsolo, ambos delimitados pelo prolongamento vertical das linhas limítrofes da superfície. Essa noção é expressa com insuperável clareza por Orlando Gomes²³, no trecho ora reproduzido:

²⁰ Batalha (1953, p. 21).

²¹ Lira (1997, p. 90).

²² Rodrigues (1988, p. 122-123).

²³ Gomes (2001, p. 113-114).

A extensão do poder do proprietário sobre o solo não se delimita pela superfície. [...] O poder do proprietário de um bem de raiz seria inútil se recaísse tão-somente em sua superfície. Há de se estender para cima e para baixo a determinada altura e a determinada profundidade. Se quer, por exemplo, edificar, terá de implantar os alicerces da construção do subsolo e erguê-la acima da superfície. Seu direito estende-se, portanto, verticalmente. Um terreno não é apenas “um espaço de limites determinados na superfície da terra”, se considerado do ponto de vista do poder que a ordem jurídica reconhece ao seu dono. Daí o princípio segundo o qual a propriedade do solo abrange a do que lhe está superior e inferior.

Todavia, hoje não mais se admite que essa projeção vertical da propriedade se estenda, em altura, *até as estrelas*, e, em profundidade, *até as mais remotas profundidades da terra*, tal como ditava a conhecida fórmula dos juristas medievais (*qui dominus est soli, dominus est usque ad coelum et usque ad inferos*). A noção civilista de propriedade, modernamente, é delimitada pela *utilidade* que a coisa pode proporcionar ao seu proprietário. É esta a idéia que se contém no Art. 526 do Código Civil: “A propriedade do solo abrange a do que lhe está superior e inferior em toda a altura e em toda a profundidade, úteis ao seu exercício (...)”²⁴.

Outra característica interessante da dogmática do direito de propriedade imobiliária é a sua *incindibilidade*: não se concebe a separação material da propriedade imóvel, uma vez que esta, como observa San Tiago Dantas, “se apresenta como um contínuo”²⁵. Integram-na, assim, num só todo, a superfície, o subsolo e o espaço aéreo. Daí por que não é correta a idéia de que haveria uma propriedade do solo, outra do subsolo, e mais outra ainda do espaço aéreo. Não há domínio tripartido. O que ocorre é, antes, uma *extensão vertical* dos poderes do proprietário, e não uma subdivisão do domínio em três compartimentos.

²⁴ Este dispositivo encontra-se parcialmente derogado, já que as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem *propriedade distinta da do solo*, para efeito de exploração ou aproveitamento (Constituição Federal, Art. 176; disposições semelhantes já se encontravam, de há muito, na legislação federal: v.g., Código de Mineração, Código de Águas).

²⁵ Dantas (1984, p. 187).

Acessão. – Historicamente, duas teorias se formaram acerca da propriedade dos elementos que se agregam ao solo: as teorias da ocupação e da acessão²⁶. De acordo com a teoria da ocupação, o subsolo e o espaço aéreo seriam de propriedade de quem por primeiro os ocupasse; já pela teoria da acessão, o subsolo e o espaço aéreo pertenceriam ao dono do solo. No direito civil brasileiro, prevaleceu esta última concepção.

A acessão, pois, constitui um modo de adquirir a propriedade, em virtude do qual fica pertencendo ao proprietário tudo quanto se une ou adere ao seu bem.²⁷

O princípio da acessão – *superficies solo cedit* – tem por fundamento prático a idéia de que, em regra, será mais conveniente atribuir ao dono do solo (coisa principal) também a propriedade da coisa acedida do que, ao revés, permitir que se forme um *condomínio indesejado e de difícil administração*²⁸.

Assentadas essas premissas, pode-se passar, enfim, à conceituação do direito de superfície.

Direito de superfície. – Se se quiser compreender, em poucas palavras, a essência do direito de superfície, pode-se dizer, simplesmente, que esse direito corresponde a uma *suspensão do princípio da acessão*. O direito de superfície, pois, rompe com a tradicional regra de que a propriedade do solo compreende a das acessões que sobre ele se erguem. É que, constituído esse direito, a coisa acedida passará a pertencer a *pessoa distinta* da do proprietário do solo. Essa noção foi traduzida com precisão por José Guilherme Braga Teixeira, ao dizer que “a admissão desse direito implicará na suspensão, pelo tempo em que ele vigorar, do efeito aquisitivo da acessão”²⁹.

Já se viu, por outro lado, que o direito de superfície tem assumido, nas legislações estrangeiras, diferentes modalidades, não totalmente idênticas entre si. Essa circunstância, como não poderia deixar de ser, repercutiu na doutrina, que ora se prende a uma concepção mais restrita deste direito real (apenas *direito de construir*), ora adere a uma noção mais ampla (*direito de construir, de ter a propriedade separada superficiária gerada por cisão*). É útil, pois, repassar aqui alguns dos conceitos lavrados pelos especialistas:

²⁶ Ibid., p. 189.

²⁷ Cf. Monteiro (1989, p. 111).

²⁸ Gomes (2001, p. 151).

²⁹ Teixeira (1993, p. 53).

Clovis Bevilacqua – “[...] consiste no direito real de construir, assentar qualquer obra, ou plantar em solo de outrem”³⁰;

Washington de Barros Monteiro – “[...] consiste no direito de construir ou de plantar em terreno de outrem”³¹;

Orlando Gomes – “[...] é o direito real de ter uma construção ou plantação em solo alheio”³²;

Carlos Maximiliano – “superfície é um direito real, consistente em ter edifício próprio ou plantações sobre terreno alheio”³³;

Wilson de Souza Campos Batalha – “consiste no direito real de ter plantações (*plantatio*), fazer sementeiras (*satio*) ou construir edifícios (*inaedificatio*) em terreno de propriedade alheia. Por direito romano, *superficies solo cedit*, o que, entretanto, não impedia a existência do direito real de superfície (*ius superficiarium*) como direito real sobre coisa alheia”³⁴;

José Guilherme Braga Teixeira – “direito real de construir ou plantar em terreno alheio, por prazo determinado; e propriedade da construção ou da plantação pertencente em caráter resolúvel, ao superficiário (propriedade superficiária), distinta da propriedade do solo”³⁵.

Finalmente, para encerrar, cumpre reproduzir aqui o conceito formulado por Ricardo Pereira Lira³⁶, no qual estão contidos todos os traços que a moderna dogmática atribui ao direito de superfície; assim é que, para o referido civilista, a relação superficiária pode se desdobrar em três submodalidades, a saber:

- (a) o direito real de construir ou plantar em solo alheio;
- (b) a propriedade separada superficiária, efeito da concreção do direito real de construir ou plantar em solo alheio;
- (c) a propriedade separada superficiária, efeito da alienação que o *dominus soli* separadamente faz a outrem de construção já existente; efeito da alienação que o *dominus soli* separadamente faz a outrem

³⁰ Bevilacqua (1940-1942, p. 239).

³¹ Monteiro (1989, p. 14-15).

³² Gomes (1972, p. 35).

³³ Maximiliano (1947, p. 108).

³⁴ Batalha (1953, p. 75-76).

³⁵ Teixeira (1993, p. 57).

³⁶ Lira (1997, p. 56).

do solo, reservando-se a construção; ou efeito da alienação separada que o *dominus soli* faz a duas pessoas, transferindo a uma o solo, à outra a construção já existente.

O conceito do Prof. Ricardo Pereira Lira é, sem dúvida, o que melhor explicita todas as características deste direito real, além de se mostrar harmônico com as disposições da recente Lei de Diretrizes Urbanas referentes ao instituto. Sobre essa disciplina legal, discorrerá o próximo tópico.

DISCIPLINA LEGAL

O direito real de superfície, passados cento e trinta e sete anos de sua revogação – por força da Lei nº 1.237, de 1864 –, regressa ao ordenamento positivo brasileiro, no bojo da Lei de Diretrizes Urbanas (Lei nº 10.257, de 10-7-2001). Este diploma lhe dedica uma Seção inteira (a de número VII, inserida no Capítulo II, que trata “Dos Instrumentos da Política Urbana”), composta pelos Arts. 21 a 24. Confira-se o texto:

Seção VII

Do direito de superfície

Art. 21. O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis.

§ 1º. O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística.

§ 2º. A concessão do direito de superfície poderá ser gratuita ou onerosa.

§ 3º. O superficiário responderá integralmente pelos encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária, arcando, ainda, proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário do contrato respectivo.

§ 4º. O direito de superfície pode ser transferido a terceiros, obedecidos os termos do contrato respectivo.

§ 5º. Por morte do superficiário, os seus direitos transmitem-se a seus herdeiros.

Art. 22. Em caso de alienação do terreno, ou do direito de superfície, o superficiário e o proprietário, respectivamente, terão direito de preferência, em igualdade de condições, à oferta de terceiros.

Art. 23. Extingue-se o direito de superfície:

I – pelo advento do termo;

II – pelo descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário.

Art. 24. Extinto o direito de superfície, o proprietário recuperará o pleno domínio do terreno, bem como das acessões e benfeitorias introduzidas no imóvel, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário no respectivo contrato.
§ 1º. Antes do termo final do contrato, extinguir-se-á o direito de superfície se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para a qual for concedida.

§ 2º. A extinção do direito de superfície será averbada no cartório de registro de imóveis.

Cumpra, pois, tecer algumas considerações de ordem geral, sem descer a minúcias, pois este trabalho não as comporta, acerca dos dispositivos da Lei de Diretrizes Urbanas acima reproduzidos.

Campo de aplicação. – A primeira questão que se apresenta é a de delimitar a *abrangência* do novo instituto. Parece claro, de plano, que o legislador quis restringir a incidência deste novo direito real aos *imóveis urbanos*. É o que decorre da letra expressa do Art. 21, que alude apenas ao “proprietário urbano”, com o que restou excluído do campo de incidência do dispositivo o *proprietário rural*.

Por *propriedade urbana*, a seu turno, se entende a localizada na *zona urbana* do município, tal como definida em lei municipal. Advirta-se, porém, que o legislador municipal, ao definir a *zona urbana*, deverá observar o *requisito mínimo* da existência de pelo menos *dois* tipos de melhoramentos, executados pelo Poder Público, dentre os indicados nos diversos incisos do § 1º do Art. 32 do Código Tributário Nacional, a saber:

I – meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;

II – abastecimento de água;

III – sistema de esgotos sanitários;

IV – rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;

V – escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado.

A lei municipal em questão poderá ainda definir como *urbanas* as áreas *urbanizáveis* e as *de expansão urbana*, contanto que estejam elas inseridas em loteamentos de fins habitacionais, industriais ou comerciais *já aprovados* pelos órgãos públicos (cf. Art. 32, § 2º, do CTN).

Por outro lado, é de se consignar que o *proprietário urbano* a que se refere a Lei de Diretrizes Urbanas poderá ser tanto o *particular* como o *Poder Público municipal, estadual, distrital e federal*. A Lei não distingue, pelo que não cabe ao intérprete fazê-lo, à falta de qualquer razão de ordem lógica que justifique uma diminuição do alcance subjetivo da norma.

Modalidades de negócios superficiários. – Quanto a quais sejam os tipos de contratos superficiários admitidos pela Lei, afigura-se claro que todas as modalidades referidas pelo Prof. Ricardo Pereira Lira (v. *supra*) são juridicamente possíveis, à luz da disposição aberta do § 1º do Art. 21. Nesse dispositivo, com efeito, diz-se apenas que o direito de superfície “abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, *na forma estabelecida no contrato respectivo*”. O contrato, pois, é que especificará a modalidade de direito de superfície a ser adotada. Nele, poderá o *proprietário urbano*: (i) conferir a outrem tão-somente o direito real de construir em seu solo; (ii) outorgar, além do direito real de construir, também a propriedade separada superficiária, resultante do exercício daquele direito pelo superficiário; e (iii) atribuir a outra pessoa a propriedade separada superficiária, decorrente da cisão do domínio pleno.

Importa assinalar que, conquanto a Lei silencie a respeito da possibilidade de constituição do direito de superfície por disposição testamentária, nenhum motivo há para afastar essa possibilidade. De fato, nada impede que uma pessoa, sendo proprietária urbana e tendo capacidade para testar, disponha, por ato de última vontade, que a propriedade separada superficiária de um determinado bem imóvel será entregue, em forma de legado, a pessoa distinta daquela a quem tocará a propriedade do solo.

Forma do negócio superficiário. – O negócio superficiário é solene (Art. 21), sendo a forma da essência do ato. Deverá o contrato, pois, ser lavrado em escri-

tura pública, o que, de resto, está em consonância com a sistemática tradicional no direito brasileiro, que exige a forma especial para todos os contratos constitutivos de direitos reais sobre imóveis de valor superior ao mínimo legal (Art. 134, II, do Código Civil).

Necessidade de registro. – De outro lado, também o registro é indispensável para que o contrato de constituição do direito de superfície valha como direito real (Art. 21). Para tornar possível esse registro, a Lei de Diretrizes Urbanas cuidou de acrescentar à enumeração legal dos atos suscetíveis de registro e averbação duas novas hipóteses, quais sejam, a *constituição do direito de superfície de imóvel urbano* e a *extinção* desse mesmo direito (cf. Lei nº 6.015/73, Art. 167, I, nº 39, e II, nº 20).

A plasticidade do contrato superficiário. – A Lei, como já se fez notar, deixou ampla margem de liberdade para as partes, o que constitui, sem dúvida, uma opção legislativa muito feliz, pois permitirá que esse novo direito real atenda aos mais diversos propósitos que possam surgir no tráfico jurídico.

Avulta em importância, por conseguinte, a boa técnica na elaboração do instrumento contratual, já que ali é que se descreverá, em detalhes, o regime de utilização do bem, tal como o desejem as partes. Assim, como salienta Ricardo Pereira Lira, o pacto superficiário deverá conter, entre outras estipulações, “a explicitação da extensão e dos efeitos do direito de superfície, inclusive normas relativas à situação, estrutura, volume e destino do bem superficiário, disciplina da parte do solo adjacente à construção ou plantação com a definição do modo de utilização dessa área”³⁷.

Duração da superfície. – O direito de superfície pode ser constituído por tempo determinado ou indeterminado (Art. 21). Bem andou o legislador ao deixar franqueadas todas as possibilidades de duração do contrato. Prestigia-se a autonomia da vontade das partes e, via de consequência, incrementa-se a utilidade do instituto.

Caráter oneroso ou gratuito. – Ainda segundo a Lei (Art. 21, § 2º), a constituição do direito de superfície poderá se dar a título oneroso ou gratuito. Confirma-se, assim, que o pagamento do *solarium*, pensão superficiária ou cânon não é da essência do negócio.

Encargos. – No que concerne aos encargos e tributos incidentes sobre a propriedade superficiária, prescreveu o legislador que, no silêncio das partes,

³⁷ Ibid., p. 69.

serão eles de responsabilidade integral do superficiário. Estabeleceu-se, ademais, que o concessionário ainda arcará, de modo *proporcional*, com uma fração dos encargos e tributos relativos à área objeto da concessão do direito de superfície. É claro que não será fácil, na prática, quantificar essa proporcionalidade; a dificuldade, contudo, não há de ser insuperável. Deve-se sublinhar, por relevante, que toda a disciplina legal respeitante aos encargos e tributos pode ser objeto de estipulação diversa pelas partes, se assim lhes convier (cf. Art. 21, § 3º, *in fine*).

Transferência do direito de superfície. – Permite a Lei, expressamente, a transferência do direito de superfície, desde que se observe o que houver sido estipulado a respeito no contrato (Art. 21, § 4º). Nada impede, pois, que o instrumento do negócio superficiário condicione a transferência à prévia anuência do concedente. Essa restrição, de resto, será até mesmo aconselhável, nas concessões em que o Poder Público figure como outorgante, de modo a evitar desvios de finalidade ou mesmo especulação com o bem público.

Direito de preferência. – A transferência do solo ou do direito de superfície obrigará o alienante a notificar previamente a outra parte, para que esta exerça, se assim desejar, o seu direito de preferência, em igualdade de condições à oferta feita por terceiros (Art. 22). Embora a Lei não o diga expressamente, a sanção para o descumprimento desse dever só poderá ser a ineficácia da transferência frente à parte titular do direito de preferência desrespeitado.

Transmissão causa mortis. – Preceitua o § 5º do Art. 21 que o direito de superfície é transmissível *mortis causa*. Não se trata de disposição ociosa, como poderia parecer à primeira vista. É que inúmeros outros direitos reais limitados, como o *usufruto*, o *uso* e a *habitação*, se extinguem pela morte do titular (cf. Arts. 739, 745 e 748 do Código Civil).

Causas de extinção da superfície. – O legislador enumerou apenas duas causas de extinção do direito de superfície: o advento do termo e o descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário (Art. 23, I e II). Desde logo, há que se fazer um reparo à parcialidade do dispositivo em foco: é que, embora a Lei não o tenha dito, o pacto *também pode ser resolvido* se o *dominus soli* violar alguma de suas obrigações contratuais, como, por exemplo, a de não molestar a posse do superficiário, ou a de pagar os tributos e encargos relativos ao solo.

A Lei refere, ainda, em dispositivo à parte, a hipótese de extinção por predestinação do imóvel (Art. 24, § 1º). O preceito não se fazia necessário. Com efeito, se o superficiário der ao terreno destinação diversa da avençada,

estará ele, só por esse fato, violando o contrato. E, assim, já se sujeitaria ao desfazimento do negócio com base no Art. 23, I (descumprimento das obrigações contratuais).

O direito de superfície pode ser extinto, também, por força de *distrato*, lavrado em escritura pública, já que, necessariamente, as vontades dos contratantes que criam o vínculo real sempre terão o poder de rompê-lo, liberando-se reciprocamente das obrigações pactuadas.

Em desfecho, é de se assinalar que o contrato de concessão do direito de utilização da superfície por *prazo indeterminado*, mediante o pagamento de uma *renda superficiária periódica*, admite resilição unilateral, através de prévia notificação, com a fixação de prazo razoável para que se opere a extinção do vínculo. Trata-se, aqui, de aplicação do princípio geral consoante o qual “os contratos de execução continuada, quando ajustados por prazo indeterminado, comportam a cessação mediante a denúncia promovida por um dos contratantes”³⁸. Em reforço ao que ora se afirma, cabe lembrar que a Lei não dispôs, em momento algum, que a superfície por prazo indeterminado seria *perpétua*; ao contrário, v.g., do que se dá com a enfiteuse, a cujo respeito o Código Civil, no Art. 679, foi expresse (“O contrato de enfiteuse é perpétuo”).

Consequências da extinção da superfície. – Extinto o contrato, diz a Lei que o *dominus soli* recuperará o domínio pleno do terreno, das acessões e das benfeitorias introduzidas no imóvel, independentemente de indenização (Art. 24). Mas, como tantas outras, esta é uma *norma dispositiva*, que admite derrogação pela vontade das partes.

Essas, pois, as observações gerais que se afiguravam cabíveis, no âmbito deste estudo, a respeito do regime legal do direito de superfície. Passa-se, agora, ao exame de algumas das aplicações práticas que o novo instituto poderá vir a ter, tanto para o Poder Público como para os particulares.

APLICAÇÕES PRÁTICAS

O direito de superfície e o Poder Público. – No campo do direito público, o direito de superfície poderá ter larga utilização nos *planos de urbanização* sobre terras públicas e nos *planos habitacionais* destinados ao assentamento de famílias de baixa renda.

³⁸ Pereira (1990, p. 101).

No primeiro caso, o contrato superficiário, aliado a outros instrumentos, poderia proporcionar ao Poder Público um controle mais efetivo sobre a expansão urbana realizada em áreas públicas. Os municípios, através de clausulação adequada dos contratos, conformariam e limitariam os possíveis usos do bem superficiário, amoldando-os da maneira que melhor consultasse ao interesse público. Além disso, seria possível estipular cláusulas sobre a padronagem, a estética e a volumetria das edificações, com grande benefício para a qualidade do ambiente urbano.

As mais significativas vantagens sociais, porém, seriam sentidas nos planos habitacionais. Com efeito, valendo-se do negócio superficiário, o Poder Público disporia de ampla margem de liberdade para modelar o contrato de acordo com os objetivos especificamente perseguidos. Acresce, ainda, que tais negócios permitiriam a aquisição de moradias por famílias de baixa renda a custos reduzidos e dilatados no tempo, já que, num primeiro momento, poder-se-ia constituir apenas o *direito de construir* sobre o terreno público, ficando o início do pagamento da renda superficiária diferido para um momento posterior ao término da construção. Para a garantia do cumprimento das obrigações, pactuar-se-iam hipotecas sobre a propriedade separada superficiária. Finalmente, numa modalidade possível, poderia ser estipulado que o pagamento do *solarium* se daria por um determinado número de anos, findos os quais a propriedade do solo se transferiria para o superficiário, em cujas mãos se consolidaria, assim, o domínio pleno.

O direito de superfície entre particulares. – Por outro lado, também no campo privado o direito de superfície enseja aplicações muito interessantes, dentre as quais se destacará uma, por sua remarcada importância econômica.

Trata-se de negócio que tem, na origem, uma parceria entre dois tipos de empresas: (a) uma empresa do ramo imobiliário; e (b) uma outra empresa que, para bem desenvolver o seu objeto social, necessita ocupar instalações de médio ou grande porte, *especificamente adaptadas à sua atividade*. Num dado momento, a empresa (b) decide se instalar em um *novo imóvel*, porém, pelas mais variadas razões, *não deseja alocar capitais vultosos em ativos imobilizados*.

Em tal contexto, pois, é que se vêm estabelecendo no mercado as referidas parcerias, para cuja consecução são celebrados, usualmente, *contratos de locação com condição suspensiva e pactos adjetos*, com as seguintes características gerais: (i) a sociedade do ramo imobiliário adquire um imóvel e se

obriga a nele *construir*, de acordo com especificações previamente fornecidas, as instalações que servirão aos fins da outra empresa; (ii) a locação é celebrada desde o primeiro momento, mas a sua eficácia fica suspensa até que o imóvel seja entregue em condições de uso; e (iii) implementada a condição, inicia-se a vigência da locação, em geral por um período longo o suficiente para que a empresa imobiliária recupere o seu investimento, com uma margem de lucro.

Ora bem: conquanto esse tipo de negócio, como dito, já venha sendo praticado por intermédio da locação, é certo que o contrato superficiário a substituiria com enorme vantagem para as partes. E isso por várias razões.

A primeira delas, e mais óbvia, reside no fato de que a avença estaria amarrada pelo sólido laço do *direito real*, revestindo-se, pois, de toda a segurança e estabilidade jurídica que dele decorrem.

A segunda vantagem é a de permitir que as partes disciplinem a sua relação jurídica privada fora dos estreitos limites e imposições da legislação inquilinária (Lei n° 8.245/91), manifestamente inadequada para situações como a ora descrita. De fato, o viés protecionista da Lei de Locações – sempre em favor do locatário – constitui um verdadeiro entrave para negócios como esse, em que, não raro, a empresa locatária é economicamente muito mais poderosa do que a locadora.

Com efeito, basta recordar que um só dispositivo da Lei n° 8.245/91, qual seja, o Art. 4° *caput*³⁹, afasta, por completo, e de modo incontornável, toda a segurança jurídica que as partes desejariam imprimir a um negócio com as características acima delineadas. É que, nesse tipo de relação, afigura-se imprescindível que as partes realmente se obriguem a manter firme o contrato por um prazo de, no mínimo, cerca de oito anos, pois é este o tempo aproximado para que a empresa imobiliária recupere o seu investimento.

Assim, o direito real de superfície, mercê de sua plasticidade e da inigualável segurança jurídica que proporciona, seria a alternativa ideal para fomentar essa modalidade de parceria, com todas as vantagens que daí adviriam para o progresso econômico, a circulação de riquezas e a geração de empregos no país.

³⁹ Dispõe o Art. 4° *caput*, da Lei n° 8.245/91: “Durante o prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador reaver o imóvel alugado. O locatário, todavia, poderá devolvê-lo, pagando a multa pactuada, segundo a proporção prevista no Art. 924 do Código Civil e, na sua falta, a que for judicialmente estipulada”.

Todas essas utilidades, porém – tanto no setor público como no privado –, não passarão de miragens, acaso persistam alguns embaraços de natureza tributária hoje existentes. É este o tema do último tópico da presente exposição.

O PROBLEMA DA TRIBUTAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

Um fantasma ronda a *eficácia social*⁴⁰ do direito de superfície: atende, esse espectro, pelo *nomen juris* de imposto de transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis e de direitos reais sobre imóveis (Constituição Federal, Art. 156, II⁴¹).

Cabe consignar, inicialmente, que não é certo, a rigor, que os municípios já possam, *hoje*, exigir o ITBI nos negócios superficiários que venham a ser concretizados. O óbice à cobrança decorreria do fato de que, sendo ainda muito recente a introdução deste novo direito real no ordenamento jurídico brasileiro, certamente poucas terão sido as legislações tributárias municipais já “adaptadas” ao novo instituto. Daí por que, em princípio, os municípios só estariam autorizados a exigir o imposto sobre as concessões de direito de superfície a partir do momento em que suas leis ordinárias contemplassem, especificamente, esta nova *fattispèce*.

O problema, porém, apresenta um complicador. É que, em inúmeras legislações, há uma *previsão genérica* de incidência do ITBI; tome-se como exemplo a Cidade do Rio de Janeiro, onde a Lei municipal n° 1.364/88 arrola, entre outras, as seguintes hipóteses de incidência:

Art. 4° [...] II – a transmissão, a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia;

Art. 5° [...] XIV – a instituição, translação e extinção de qualquer

⁴⁰ Por *eficácia social*, aqui se deve compreender a *aceitação* e o *uso efetivo* do novo instituto pelos possíveis destinatários das normas da Lei de Diretrizes Urbanas.

⁴¹ Por simplificação, já que em regra os negócios superficiários não de ser *onerosos*, aludir-se-á, ao longo deste tópico, *apenas* ao imposto *municipal* previsto no Art. 156, II, da CF. Fica convencionado, porém, que tudo quanto se disser no texto também se aplicará, *mutatis mutandis*, ao imposto *estadual* incidente sobre a transmissão não onerosa, *inter vivos*, de quaisquer bens ou direitos (CF, Art. 155, I).

direito real sobre imóvel, exceto os direitos reais de garantia e as servidões pessoais.

Ora, a verdade é que, ainda assim, se poderia continuar questionando se seria lícito interpretar essa *norma genérica* como abrangente também de direitos reais que sequer existiam à época de sua promulgação. De fato, ao tempo em que o legislador tributário descreveu o tipo legal de incidência do ITBI – no caso, no ano de 1988 –, as *cláusulas genéricas* “transmissão a *qualquer título*” e “instituição de *qualquer* direito real” poderiam abarcar um mundo de *negócios possíveis*, mas não poderiam, por imperativo lógico-jurídico, compreender uma espécie contratual que *não existia*, que *não se afigurava juridicamente possível* no direito positivo então vigente. Desse modo, o legislador, se quisesse exigir esse *novo tributo* dos cidadãos, teria que manifestar de modo explícito a sua vontade de criar uma *imposição específica* sobre os atos que envolvam a constituição ou a translação desse *novo* direito real.

A controvérsia, entretanto, não é de maior interesse neste momento. Pois, na verdade, o que se quer é apenas demonstrar a imprescindibilidade de um *tratamento tributário adequado* para o direito de superfície. Trata-se, na realidade, de uma condição *sine qua non* para o seu desenvolvimento e aceitação no meio social. A tarefa, sem dúvida, exigirá sensibilidade e visão ampla por parte dos Executivos e Legislativos.

Se, porém, vier a prevalecer a disciplina do ITBI, tal como hoje está posta – seja por *aplicação direta* das leis em vigor, seja pela edição de novas leis que *estendam* tal regulação ao direito real de superfície –, situações manifestamente absurdas não de ocorrer. Dois exemplos ilustrarão a afirmação.

O primeiro é o da concessão de direito de superfície sobre terrenos públicos, no âmbito de planos habitacionais para populações de baixa renda. Como não há isenção alguma prevista para essa hipótese *específica*, e tampouco sendo possível o emprego da analogia, o negócio superficiário sofreria um ônus adicional que, se não inviabilizasse, no mínimo desestimularia, e muito, a utilização desse novo instrumento.

O outro exemplo é o do direito de superfície constituído por prazo determinado, onerosamente, entre particulares, com cláusula de reversão da propriedade superficiária ao *dominus soli*, ao final, sem indenização. Nesse caso, como é fácil perceber, o negócio, em sua dinâmica econômica, se assemelhará em tudo e por tudo a uma locação. Como já se viu anteriormente,

pode suceder que as partes, por conveniências suas, perfeitamente lícitas e morais, *queiram* se valer do direito de superfície, e não da locação. Muito pouco provavelmente, porém, se animarão a fazê-lo, já que teriam que arcar com um ônus duplo: pagariam o ITBI uma vez, na constituição do direito de superfície, e, findo o termo contratual, pagariam outra vez, dessa feita em razão da extinção da superfície. O custo financeiro, por evidente, seria tão pesado que as partes certamente desistiriam do negócio superficiário.

Em todas essas situações, entrevê-se a conveniência, à luz do interesse público, de que a legislação tributária institua mecanismos como *isenções totais* ou *parciais*, *bases de cálculo proporcionais* e *alíquotas reduzidas*, com o escopo de tornar justas e razoáveis as incidências do ITBI sobre os contratos de constituição do direito de superfície.

Só assim o instituto recém-criado, com todas as suas incontáveis utilidades sociais, vicejará no comércio jurídico. É o que, entusiastas do direito de superfície, esperamos venha a ocorrer.

REFERÊNCIAS

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Loteamentos e Condomínios*. São Paulo: Max Limonad, 1953. t. 2.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1940-1942. v. 1 e 3.

DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 3.

DOWER, Nelson. *Curso Renovado de Direito Civil*. São Paulo: Nelpa, 1972. v. 3.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. Direito de Retenção. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1957.

GOMES, Orlando. O Direito de Superfície. *Jurídica: Revista do Instituto do Açúcar e do Alcool*, n. 119, 1972.

_____. *Introdução ao Direito Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. *Direitos Reais*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. *Condomínio: terras, apartamentos e andares perante o Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 3.

NONATO, Orozimbo. Acórdão proferido no Rec. Extr. N° 7.858, em 6-10-1949. *Arquivos Judiciários*, v. 93.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 1.

_____. *Instituições de Direito Civil: Fontes das Obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. 3.

_____. *Instituições de Direito Civil: Direitos Reais*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. 4.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. t. XVIII.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.

_____. *Direito Civil: Direito das Coisas*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 5.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. v. IX.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 4.

TEIXEIRA, José Guilherme Braga. *O Direito Real de Superfície*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

Luiz Alberto Miranda Garcia de Sousa é Advogado, Mestre em Direito Público no Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

33° PRÊMIO JURÍDICO, 2003
"Lídia Sequeira"

Fome: alimento é direito

BANCA

Dr. Antônio Laerte Vieira Junior

Dra. Deyse Martins Couto

Dra. Gisele Cittadino

VENCEDOR

Dr. Fernando Gama de Miranda Netto

A alimentação como direito fundamental

Fernando Gama de Miranda Netto

INTRODUÇÃO

A fome é um problema mundial, que impede o desenvolvimento físico, emocional e intelectual dos seres humanos. Embora não pareça, uma singela refeição possui uma enorme dimensão social e cultural. Sentar-se à mesa com a família é o ingrediente necessário para fomentar a amizade e o amor. Afinal, quando comemos não alimentamos apenas nosso corpo, mas, sobretudo, nosso ser: *mens sana in corpore sano*.

Ninguém contesta o fato de a fome criar uma necessidade de ingerir alimentos. Questiona-se, contudo, se o alimento, além de uma *necessidade*, também pode configurar um *direito*.

Com efeito, se considerarmos que o alimento é um direito, urge a confecção de um debate sobre as políticas públicas, sobre o tema da nutrição, a qualidade dos alimentos, a segurança alimentar, bem como as doenças causadas por falta de alimento, por dietas deficientes ou por alimentos contaminados.

A discussão deve incluir algumas questões jurídicas, sociais e ecológicas, tais como instrumentos processuais de proteção, biodiversidade, propriedade,

agroecologia, sustentabilidade dos sistemas agrícolas, desenvolvimento rural, pesquisa agrícola e reforma agrária.

Há, realmente, um universo a ser explorado que gira em torno da problemática do combate à fome. Nessa linha, nosso estudo pretende investigar: a) a relação entre a fome e o Direito; b) o objeto do direito à alimentação; c) o significado do direito à alimentação, seus fundamentos e as normas que o tutelam; d) as propostas de combate à fome que visam tornar o direito à alimentação uma realidade. É o que faremos a seguir.

A FOME

O tema da fome, segundo Josué de Castro,¹ sempre foi um tabu em virtude de suas implicações políticas e sociais, podendo configurar um motivo de vergonha para o ser humano, assim como é falar de sexo.

Foi preciso que houvesse uma carnificina nas Duas Grandes Guerras mundiais e a Revolução Russa, em que mais de doze milhões de pessoas morreram de fome, para que a civilização atentasse para o problema da fome.²

Por séculos a humanidade acreditou que os males provocados pelos flagelos naturais eram inevitáveis, e que a organização da vida em sociedade tem como corolário inarredável comportar a desigualdade entre os seres humanos.

Hoje, porém, essas idéias são insustentáveis tendo em vista os avanços científicos. Em primeiro lugar, é de se reconhecer que todo homem é portador de dignidade. O *princípio da dignidade da pessoa humana* pode ser identificado em Protágoras, que afirma ser o homem a medida de todas as coisas, ou na máxima kantiana de que o homem deve ser visto como um fim em si mesmo, e nunca como um meio.

Ora, o ser humano é a razão mesma da existência do Direito e do Estado, sendo tarefa do Estado Democrático de Direito defender e realizar os valores humanos com respeito irrestrito à dignidade. “A idéia é a de que em cada ser humano, por mais humilde e obscura que seja a sua existência, pulsa toda a Humanidade.”³

¹ Castro (1961a, p. 45-46).

² Ibid., p. 52.

³ Sarmento (2000, p. 60).

Em segundo lugar, deve-se ter presente que um flagelo só é inevitável quando permanece em mistério. Aceita-se, hodiernamente, que a falta de alimentos seja um problema, não, todavia, um mistério.⁴ Coube a Lavoisier, no século XVIII, mostrar que a vida se assemelha aos grandes processos ocorridos na natureza, já que tratam de acontecimentos físico-químicos encadeados. O trabalho muscular, por exemplo, é fruto de reações químicas, na medida em que há gastos de reservas por meio da fixação de oxigênio e emissão de calor. A reposição desses reservas é feita através da alimentação, de modo que o seu valor é calculado em calorias.

Nas pegadas de Lavoisier, percebeu-se que o organismo precisa recuperar as perdas de energia e que, se isso não for feito, estará correndo o perigo de perecer. Compreendeu-se, igualmente, que o organismo não sabe fabricar todos os elementos químicos de que necessita, mas que ele deve encontrá-los nos alimentos. Esses elementos são os ácidos aminados, ácidos graxos, vitaminas etc.

Segundo André Mayer,⁵ ex-presidente do Conselho Executivo da Organização Internacional de Alimentação e Agricultura (FAO), o resultado dessas descobertas é fantástico, tornando o próprio termo fome insuficiente, já que traduz apenas a falta de quantidade suficiente de alimentos, desconsiderando a qualidade dos mesmos. Nessa linha, trataremos do conceito de fome, suas causas e conseqüências.

Conceito

Segundo Lord John Boyd Orr, ganhador do Prêmio Nobel da Paz, no passado a palavra fome designava a “falta de alimentos para a satisfação do apetite, e o número de mortos pela fome restringia-se então aos indivíduos esqueléticos que morriam por completa inanição”.⁶

No sentido moderno, fome significa a falta de qualquer elemento nutritivo indispensável à manutenção da saúde. Nessa ordem de idéias, entende-se que a pessoa que não recebe o total de energia necessária capaz de recompor

⁴ Mayer (1961, p. 2).

⁵ Ibid., p. 4.

⁶ Orr (1961, p. 14).

os seus gastos sofre de *fome energética*; se acentuada, denomina-se semi-inanição; se total, chama-se completa inanição.⁷

A fome pode ser classificada de acordo com a espécie de carência alimentar. Destarte, é possível falar em “fome de proteínas”, “fome de minerais”, “fome de vitaminas” etc.⁸

Causas

Entre as tentativas de explicação das causas da fome estão o darwinismo social e a teoria de Malthus.⁹ Os defensores da primeira corrente entendem ser inviável igualar as condições sociais das pessoas, porque elas são mesmo diferentes. Ainda que houvesse a assistência do Estado, certas pessoas nunca conseguiriam sair da miséria, porque é da sua própria natureza serem miseráveis. Perfilham, portanto, a idéia de que a fome é um fenômeno natural.

Para Roberto Baungartner, a teoria do darwinismo social é uma farsa, um discurso elitizado que tenta justificar o conservantismo dos dominantes e a desgraça dos dominados.¹⁰

Realmente, não parece ser uma regra posta pelas leis da natureza condenar milhares de pessoas à condição de famintos. A fome e a guerra não obedecem, pois, a uma lei natural, constituindo tão-somente produto das ações ou omissões humanas.¹¹ Malditas sejam essas pragas fabricadas pelo homem!

Em outro giro, o *Ensaio sobre o princípio da população*, formulado em 1798 por Thomas Robert Malthus, afirmava que a produção de alimentos cresce em progressão aritmética, enquanto a população tem a tendência de aumentar em progressão geométrica. O resultado dessa desproporção é um estado de pobreza crescente e inevitável fome. Tal situação pode ser amenizada pela intervenção da natureza com pestes, epidemias e guerras.

Não se pode conferir credibilidade a tal teoria por ignorar as possibilidades econômicas e tecnológicas da agricultura. Ademais, como adverte o

⁷ Castro (1961b, p. 89).

⁸ Cf. id., 1961a, p. 95 et seq.

⁹ Cf. ibid., p. 66.

¹⁰ Baungartner (2000, p. 15).

¹¹ Ibid., p. 16.

prêmio Nobel de Literatura Pearl S. Buck, “a superpopulação é o resultado da fome, e não causa desta”.¹²

Essas considerações nos levam a crer que a única e verdadeira causa da fome é a falta de vontade política.¹³ Isso porque o problema não está na produção, mas na distribuição de alimentos.¹⁴ A propósito, nos anos 1980, o Brasil se tornou o quarto maior exportador de alimentos do mundo, apesar da baixa produção para o consumo interno, ocupando o sexto lugar entre os países com maior índice de subnutrição.¹⁵

Conseqüências

A fome, além de não permitir o exercício de outros direitos fundamentais, impede a alfabetização e permite o fomento de doenças. Cumpre lembrar, primeiramente, que a educação é um direito social fundamental e está previsto no Art. 6º da Constituição de 1988. O Brasil vem fazendo progressos nesse campo, já que, enquanto em 1990 o percentual de analfabetos entre adultos era de 20%, em 1998 caiu para 14%, segundo dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).¹⁶

Em passagem memorável, Roberto Baungartner¹⁷ consignou que:

o faminto não tem as condições físicas e psicológicas mínimas para absorver a alfabetização. O faminto torna-se escravo de um círculo vicioso do qual dificilmente consegue libertar-se. O processo começa na infância carente, para logo em seguida abandonar a escola, ou sequer iniciá-la, buscando trabalho na subsistência, ou melhor, denominado de semi-escavidão.

Em outro giro, deve-se considerar que a saúde também é direito social fundamental plasmado no Art. 6º de nossa Carta Maior. O raquitismo, as ver-

¹² Buck (1961, p. 10).

¹³ Nesse sentido, Baungartner (2000, passim).

¹⁴ Castro (1961a, p. 62).

¹⁵ Grande Enciclopédia Larousse Cultural (1998, p. 199).

¹⁶ Cf. <<http://www.ibge.gov.br>>.

¹⁷ Baungartner (2000, p. 82).

minoses, a nictalopia (cegueira noturna por carência de vitamina A) e outras doenças endêmicas também são causadas pela fome.

Estima-se que o problema da fome faz mais de 1,2 bilhão de vítimas no mundo, sendo que mais de 30 milhões no Brasil, o que torna distante a efetivação do direito social constitucional da saúde.

O ALIMENTO

Neste tópico iremos tratar do conceito e classificação do alimento, bem como termos correlatos, como a nutrição e a alimentação.

Conceito

O termo alimento possui um sentido vulgar e outro científico. No primeiro, alimento significa tudo o que a pessoa come e bebe tendo em vista o seu sustento. Do ponto de vista científico, o conceito deve abranger, ainda, os “nutrientes capazes de preencher papéis biológicos específicos, tais como fornecer energia, material plástico para os tecidos, ou compostos biorreguladores que atendam às exigências de reações metabólicas”.¹⁸

É possível, também, que existam no alimento componentes outros sem qualquer papel nutricional, ou que desempenhem papel secundário, como a satisfação psicofisiológica ou sensorial, podendo-se tomar o álcool como exemplo.¹⁹ Excluem-se do quadro alimentar os gases, como o oxigênio, e os alimentos parenterais que são considerados medicamentos.²⁰

Não se pode esquecer, segundo nosso conceito, que o direito à alimentação inclui não apenas o direito ao alimento sólido, mas também o direito à nutrição líquida e à água potável.

As estatísticas indicam que mais de um bilhão de pessoas no mundo não têm acesso ao moderno sistema de abastecimento de água; cerca de 2,4 bilhões de pessoas não têm sistema de saneamento básico; 4 bilhões de casos de diarreia são registrados a cada ano no mundo, 2,2 milhões dos quais são fatais, na maioria em crianças. Richard Jolly, presidente do Conselho Colaborador do

¹⁸ Campos (1978, p. 106).

¹⁹ Ibid., p. 106-107.

²⁰ Ibid., p. 107.

Saneamento e Abastecimento de Água (WSSCC), tem estimado que o custo de proporcionar a todas as pessoas o acesso à água potável, que vai de encontro às necessidades da saúde pública, a partir do ano de 2015, será de US\$10 bilhões por ano; isso é equivalente ao montante gasto em sorvetes todo ano pelos europeus ou ao que os norte-americanos gastam alimentando seus bichos de estimação.²¹

A propósito, o leite materno pode ser considerado o mais precioso alimento líquido. Perfilha tal entendimento Dom Mauro Morelli, quando afirma que:

a criança recém-nascida anuncia sua chegada pelo choro, uma afirmação de cidadania. Clama por espaço e pelos bens da sua família e de seu povo. Aninhada no regaço da mãe, repousa serenamente sugando o leite materno, o mais precioso alimento. Não existe imagem mais bela para retratar a paz do que o sorriso da mãe que acalenta e nutre sua criança. Criança saudável, criança feliz. Criança feliz é pomba da paz que anuncia um mundo em que reina a vida.²²

Não deve causar surpresa, então, o fato de o direito à água de qualidade para beber constar como um dos direitos fundamentais da pessoa humana.²³ Convém lembrar que a Organização das Nações Unidas (ONU) o mencionou nesse ano, ao celebrar o *dia do direito humano à alimentação*, em 16 de outubro.

Observe-se, porém, que os alimentos enriquecidos bem como os alimentos dietéticos e os denominados *baby foods* não estão excluídos do conceito de alimento. Não se pode esquecer, todavia, que a extensão da definição do que é alimento pode variar de país para país, como é o caso do tabaco quando mascado.²⁴

O alimento pode ser natural (exemplo: folhas comestíveis, leite, frutas), mas pode ser também industrializado, como ocorre com o queijo.

²¹ Palestra na Cúpula Milenar das Nações Unidas, Nova Iorque, setembro de 2000 (disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/Livros_DH/desc_ziegler/I_DefinicaoHistoria.htm>. Acesso em: 3 out. 2003.

²² Morelli (2003).

²³ Cf. Malvezzi (2003).

²⁴ Campos (1978, p. 107).

Aditivo

Na legislação bromatológica, há dois componentes fundamentais: o alimento e o aditivo. Pode-se definir o aditivo como tudo o que é, intencionalmente ou não, adicionado ao alimento, sem que faça parte de sua composição original.²⁵

Trata-se, pois, de substâncias estranhas, resíduos, que de alguma forma aparecem nos alimentos como resultado de alguma etapa de sua obtenção, processamento, embalagem ou armazenamento. Discute-se se há segurança em seu consumo regular, sendo talvez o tema de maior perigo para a saúde humana.²⁶

Alimentação e nutrição

Não se pode baralhar o sentido das palavras alimentação e nutrição. Explica Maria Aparecida Pourchet Campos que:

alimentação significa o ato de ingerir produtos caracterizados como alimentos, enquanto a *nutrição* representa o que se passa no organismo, após a ingestão do alimento, tendo um caráter fisiológico. Alimentação visa à nutrição, mas com ela não se confunde. A alimentação, como a nutrição, são dependentes da disponibilidade de alimentos; este é o primeiro elo da cadeia que fixa o quadro do direito aplicado à alimentação: alimento → alimentação → nutrição → bem-estar (saúde).²⁷

²⁵ Ibid., p. 107. “O emprego de aditivos em alimentos está regulamentado desde 1965, através do Decreto n° 55.871. A Resolução CNS/MS n° 04/88 revisa as tabelas anexas a esse Decreto. Desde então foram feitas diversas atualizações como autorizações para extensão de uso e inclusão de aditivos na legislação brasileira. Em 1998 um Grupo de Trabalho foi instituído com a finalidade de atualizar a legislação brasileira quanto ao uso de aditivos, propor regulamento técnico que consolide, harmonize e atualize os limites, funções e uso de aditivos e coadjuvantes de tecnologia para cada categoria de alimento, avaliar os pedidos de inclusão e extensão de uso de aditivos e coadjuvante de tecnologia, e subsidiar a posição brasileira em reuniões internacionais, tais como Mercosul e Codex Alimentarius” (disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/alimentos/comissoes/aditivos.htm#Histórico>>. Acesso em: 18 out. 2003).

²⁶ Ibid., p. 108.

²⁷ Ibid., p. 107.

DIREITO À ALIMENTAÇÃO

A luta pela obtenção do pão-nosso-de-cada-dia constitui a própria história da humanidade.²⁸ Ocorre, entretanto, que o acesso à alimentação é, muitas vezes, uma questão de possuir recursos financeiros. Nessa linha, as pessoas que se encontram em estado de pobreza são, em regra, as que têm maior obstáculo a sua obtenção.²⁹

Carlos Alberto Gherzi³⁰ focaliza a pobreza, realçando três aspectos. Em seu aspecto *econômico*, pobreza é a falta de recursos para ter acesso a alimentos. No que tange ao aspecto *sociológico*, pobreza significa a privação de bens jurídicos, especialmente saúde, educação, seguridade e higiene. Já a *pobreza jurídica* significa a situação da pessoa que não pode exercer seus direitos fundamentais.

Com efeito, o direito à alimentação acaba sendo um direito básico, sem o qual torna-se impossível o exercício de outros direitos fundamentais. Ora, se o ser humano come mal, dificilmente terá condições físicas para trabalhar bem ou desenvolver uma consciência crítica. Não terá, enfim, a possibilidade de desenvolver plenamente a sua personalidade.

Para essas pessoas que, por qualquer motivo, estão em uma situação de hipossuficiência, cabe ao Estado oferecer condições para o seu desenvolvimento. É o próprio Estado, entretanto, com a sua *política neoliberal*, que cria óbices à realização dos direitos que ele próprio reconheceu na Constituição de 1988.

Para Carlos Alberto Gherzi³¹ o direito neoliberal parte de três premissas: 1) desconhece as necessidades e as condições reais a que estão submetidas determinadas pessoas, notadamente as hipossuficientes (não obstante, trata todas elas como sujeitos de direito); 2) fomenta a freqüente privatização dos serviços essenciais, o que permite a juridicidade da desculpa do Estado frente aos cidadãos, o que nada mais é do que a ruptura do contrato social do capita-

²⁸ Castro (1961a, p. 14).

²⁹ No Brasil, a Bahia é o estado que mais concentra pobres, cerca de 6 (seis) milhões (cf. <<http://www.fomezero.org.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=57&sid=24>>. Acesso em: 3 nov. 2003).

³⁰ Gherzi (2002, p. 17-18).

³¹ Ibid., p. 19.

lismo como sistema econômico com a sociedade civil; 3) provê aos empobrecidos o assistencialismo econômico social, de forma que os direitos aparecem como um favor, uma caridade, criando assim um clientelismo eleitoral.

O autor reclama desse discurso assistencialista em que não há criação de fontes genuínas de direito, o que só aconteceria com a criação de empregos.³²

Realmente, deve-se reconhecer a existência de um verdadeiro direito à alimentação. Com efeito, “sentir fome quando se tem comida é uma beleza. Não ter fome, um problema de saúde. Não ter comida, uma violação de direito humano básico. Comer é uma necessidade e um direito. Ninguém vive sem pão e sem ternura”.³³

Nossa hipótese é que o alimento é um *direito* das pessoas sem recursos econômicos e que passam fome, e nunca uma *caridade*. É o que passaremos a demonstrar.

Sistema Normativo

Cumpre, aqui, esclarecer quais as normas que protegem o direito à alimentação, bem como o seu significado jurídico. Afinal, pode o direito à alimentação ser considerado um *direito fundamental*?

Deve-se realizar, primeiramente, uma breve digressão. Historicamente, é a limitação do poder do Estado que marca o início dos direitos fundamentais. Nessa linha, tais direitos se reduziam aos direitos de liberdade, igualdade formal, segurança e propriedade, que sob a influência do Estado Liberal eram concebidos como “prestações negativas”, em razão da abstenção do Estado.

Em virtude das mutações históricas e das novas necessidades dos indivíduos, passou-se a falar em gerações de direitos fundamentais, tendo em vista o reconhecimento de novos direitos.

Com efeito, a garantia da não intervenção estatal na esfera individual deixou de ser suficiente para assegurar uma existência digna ao ser humano. Ora, havia, ao lado do Estado, um novo opressor: as forças de produção econômica, isto é, o capitalismo selvagem, a exploração da mão-de-obra assalariada.

Realmente, o impacto do processo de industrialização, no decorrer do século XIX, gerou amplos movimentos reivindicatórios. O Estado passou, então,

³² Ibid., p. 20.

³³ Morelli (2003).

a assumir o papel de protetor das pessoas em face da lógica do mercado capitalista, promovendo reformas econômicas e sociais, entregando aos indivíduos prestações materiais.

Eis que surge, a partir do século XX, uma nova categoria de direito no catálogo de direitos fundamentais: os direitos sociais, econômicos e culturais, também chamados de direitos de segunda geração, inspirados pelo valor da igualdade.

Quanto à positivação desses direitos, podemos dizer que ocorreu após a Primeira Guerra Mundial com a Constituição Mexicana de 1917; a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da então União Soviética Russa, em 1918, e a Constituição de Weimar, de 1919. Mas foi após a Segunda Guerra Mundial que os direitos sociais foram consagrados em diversos textos constitucionais.

Terminada a Segunda Guerra Mundial, alguns Estados estavam em condições econômicas favoráveis à atuação providencial, ocasião em que o Ocidente assistiu ao extraordinário incremento da riqueza das nações. Nesse ínterim, difundiu-se a corrente da social democracia em defesa do Estado de Providência ou Estado do Bem-Estar Social (“Welfare State”).

Alguns autores, como Paulo Bonavides,³⁴ preferem o termo dimensão, porque os novos direitos não representam uma superação dos direitos já consagrados; ao revés, significam um acréscimo ao catálogo de direitos fundamentais já existentes.

Forjou-se, então, o seguinte esquema: os direitos de liberdade compreendem os direitos fundamentais de primeira dimensão; os direitos sociais estão inseridos na segunda dimensão de direitos fundamentais; e, por derradeiro, na terceira dimensão encontra-se o direito de viver em um ambiente equilibrado, o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, entre outros.

Há quem sustente a existência de outras dimensões,³⁵ como o direito contra as manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo, mas só as três dimensões constituem boa referência aos valores da liberdade, igualdade e fraternidade, respectivamente.

É comum, hodiernamente, traçar uma distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais. Nessa linha, alguns autores afirmam que os direitos

³⁴ Bonavides (2000, p. 525).

³⁵ Ibid., p. 524.

humanos têm *fundamentação jusnatural*, sendo inalienáveis, imprescritíveis, possuindo eficácia *erga omnes*, sendo, portanto, absolutos e, ainda, auto-aplicáveis;³⁶ enquanto outros tratam dos direitos fundamentais somente quando *positivados* na Constituição de cada país.³⁷

Faz-se mister reconhecer, entretanto, que falar de “direitos naturais inalienáveis e invioláveis” é usar uma fórmula retórica, que pode ser admirada em um documento político, mas não possui nenhum valor teórico, sendo, portanto, completamente irrelevante em uma discussão de teoria do direito.³⁸

É, igualmente, míope a visão *juspositivista*, já que não é por estar escrito em lei que um direito será considerado fundamental. Ora, os direitos humanos fundamentais constituem uma conquista essencialmente *histórica*.

Tal conquista tem como ponto de partida a necessidade de priorizar os direitos dos cidadãos em vez dos deveres dos súditos: perfilha-se a representação da relação política estruturada a partir do binômio Estado/cidadão, e não mais o antigo binômio soberano/súditos.³⁹

Só com o reconhecimento histórico dos direitos humanos fundamentais, com a metamorfose dos súditos em cidadãos, é que se torna possível o desenho da democracia, entendida como a sociedade de cidadãos.⁴⁰

Com efeito, “sem direitos do homem reconhecidos e protegidos não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos”.⁴¹

Explica Manoel Gonçalves Ferreira Filho que,

no diálogo político, não mais se fala em direitos do Homem, embora textos constitucionais ainda empreguem a expressão. O feminismo conseguiu o repúdio da mesma, acusando-a de “machista”. Logrou impor, em substituição, a politicamente correta terminologia de di-

³⁶ É a linha de Mello (1997, p. 4), advertindo, porém, que a lista de direitos humanos está em constante construção, por meio dos tratados.

³⁷ Sarlet (2003, p. 31-38).

³⁸ Bobbio (1992, p. 7).

³⁹ Ibid., p. 3-4.

⁴⁰ Ibid., p. 1.

⁴¹ Ibid.

reitos humanos, direitos humanos fundamentais, de que direitos fundamentais são uma abreviação.⁴²

Nessa ordem de idéias, permanece atualíssima a idéia kantiana de um “direito cosmopolita” (*ius cosmopoliticum*), pois se a própria “natureza encerrou todos os homens juntos, por meio da forma redonda que deu ao seu domicílio comum (*globus terraqueus*)”,⁴³ é de se concluir que “cada homem é potencialmente cidadão não só de um Estado particular, mas sim do mundo”.⁴⁴

Tal cidadania, todavia, só vingará com a vinculação dos Três Poderes à tutela dos direitos fundamentais⁴⁵ e quando cada país não violar os direitos humanos dos cidadãos não-nacionais. Aí sim estaremos no caminho para a paz perpétua.

Cumpre, ainda, registrar que o tema dos direitos humanos apenas encontrou eco após a hecatombe ocorrida durante as duas grandes guerras mundiais, quando se constatou que o homem adquirira a capacidade de varrer do planeta sua própria existência.⁴⁶

Um novo lema, uma nova bandeira se criou: a defesa dos “Direitos Humanos Fundamentais”, o que ensejou a celebração de inúmeros tratados e declarações internacionais para este desiderato.

É de se notar a existência de um significado ideológico neste fenômeno da constitucionalização e internacionalização dos direitos fundamentais: as nações perceberam que, se o direito não é imutável, deve ao menos possuir componentes mínimos, regras estáveis referidas a valores, capazes de refletir na administração da justiça.⁴⁷

⁴² Ferreira Filho (2000, p. 14).

⁴³ Kant (1993, p. 201).

⁴⁴ Bobbio (1992, p. 137).

⁴⁵ Informa Alexy (1998, p. 6): na Alemanha, por força do Art. 1º, nº 3, da Lei Fundamental, os Três Poderes estão vinculados aos direitos fundamentais. Para o autor, “também no Brasil não se pode, aparentemente, afirmar a não-vinculatividade dos direitos fundamentais, uma vez que o Art. 5º, parágrafo 1º, da Constituição brasileira declara que os dispositivos constantes do catálogo dos direitos fundamentais têm aplicação imediata.”

⁴⁶ Amaral (1999, p. 95).

⁴⁷ Cappelletti (1973, p. 766-768).

Formou-se uma aliança entre Direito Constitucional e Direito Internacional, o que permitiu que os direitos humanos fossem percebidos não só no plano nacional, mas também sob o prisma internacional.⁴⁸

Nos dias atuais, há uma tendência de fundamentar os direitos humanos fundamentais na dignidade humana, pois a pessoa vale por *ser* e não por *ter*.⁴⁹

Se todos os seres humanos são dotados de dignidade, teremos de reconhecer que o alimento não deve ficar restrito às pessoas dotadas de poder de compra, nem também só a quem o produz, mas deve se estender pura e simplesmente a todo ser humano, o que tem como efeito a obrigação de garantir esse direito também para as crianças, para os idosos e para os deficientes físicos.⁵⁰ A seguir, veremos as normas que protegem o direito à alimentação.

NA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988

No território brasileiro, estima-se que pouco mais de 27% da população brasileira não tenha renda suficiente para atingir uma alimentação adequada.⁵¹ É possível, entretanto, encontrar na Constituição da República Federativa do Brasil um conjunto de normas de proteção direta ao direito à alimentação.

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

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz

⁴⁸ Piovesan (2000, p. 43).

⁴⁹ Nesse sentido: Farias (2000, p. 66), Andrade (2001, p. 93). Contudo, a dignidade pode, em alguns casos, ser relativizada, contanto que não atinja o seu *núcleo essencial*, que nos parece estar no Art. 5º, III, da CRFB (Cf. Sarlet, 2002, p. 134).

⁵⁰ Oliveira (2003).

⁵¹ Disponível em: <<http://www.fomezero.org.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=56&sid=24>>. Acesso em: 6 nov. 2003.

de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, *alimentação*, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhes preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim. (Grifos nossos)

Há, ainda, normas constitucionais que tutelam o direito à alimentação de forma indireta, como um “direito matriz” para outros direitos. Na maioria dos casos, o acesso à alimentação é uma questão de ter condições financeiras, portanto, renda. Destarte, sem alimentos é impossível assegurar o direito à saúde e o direito à educação.

Art. 196. 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.

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

VI - fiscalizar e inspecionar *alimentos*, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

VII - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, *alimentação* e assistência à saúde. (Grifos nossos)

A nova ordem social e política converte em exigência básica o direito humano ao alimento e à nutrição. Os enfermos, idosos, desempregados, moradores de favelas e cortiços, bem como os grupos sociais que por diversas razões correrem o risco de não ter o acesso ao alimento devem ser alcançados por políticas públicas que não os deixem excluídos socialmente.⁵²

Afinal, a República Federativa do Brasil possui objetivos fundamentais, que estão bem definidos no Art. 3º de nossa Lei Fundamental:

⁵² Morelli (2003).

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

É óbvio que o combate à fome e à desnutrição está intimamente ligado ao combate à pobreza. A propósito, a Emenda Constitucional de 14 de dezembro do ano 2000 deu nova redação ao Art. 79, instituindo o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, *in verbis*:

Art. 79. É instituído, para vigorar até o ano de 2010, no âmbito do Poder Executivo Federal, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, a ser regulado por lei complementar com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de *nutrição*, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida. (Grifo nosso)

Num quadro em que 44 milhões de brasileiros vivem na indigência; 24,4% dos que trabalham sobrevivem com menos de um salário mínimo por mês, sendo que 51,9% ganham no máximo dois salários mínimos,⁵³ torna-se imperativo a mobilização de toda a sociedade no combate à fome.

Realmente, é de se reconhecer que a violência da fome está entre nós, sendo difícil concretizar o sonho da democracia onde prosperam a corrupção e a miséria.

Pensamos que o primeiro passo para saciar a fome no mundo está no estabelecimento de normas que obriguem os governantes a agirem contra ela.

Ora, se entre o fraco e o forte é a liberdade que oprime e é a lei que liberta – dizia Lacordaire⁵⁴ –, temos de concordar que entre os famintos e os agentes econômicos triunfadores do mercado desgovernado deve haver um

⁵³ Cf. <<http://www.ibge.gov.br>>.

⁵⁴ Apud Gomes (1999, p. 26).

sistema normativo que seja apto a salvar milhões de vidas. O primeiro passo foi dado ao incluir na Constituição essas normas.

O segundo passo depende da vontade política e operacional de nossos governantes, no sentido de organizar a vida em sociedade de forma que ninguém se preocupe com o fato de poder cair na miséria ou de passar fome – algo radicalmente indecente frente à dignidade de que é portador o ser humano –, porque teria de antemão um emprego garantido com uma remuneração capaz de realizar os direitos do Art. 7º, inciso IV, de nossa Constituição de 1988.⁵⁵

NO PLANO INTERNACIONAL

Realmente, encontramos o significado do *direito à alimentação* em inúmeros documentos internacionais. Neles, o direito à alimentação tem sido considerado um direito humano fundamental desde 1948, quando apareceu no parágrafo 1º do artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos nestes termos:

Todos têm o direito a um padrão de vida adequado à saúde e ao bem-estar próprio e de sua família, incluindo *alimentação*, vestuário, habitação, cuidados médicos e serviços sociais necessários, o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice e outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (Grifo nosso)

Se a Declaração Universal data de 1948 e a Cúpula da Alimentação Mundial foi criada em 1996, conclui-se que foi necessário quase meio século para forjar o primeiro plano de ação para tornar o direito à alimentação uma realidade.

A Cúpula adotou, em 13 de novembro de 1996, a Declaração de Roma sobre a Segurança Alimentar, na qual os participantes se comprometeram a implementar, monitorar e acompanhar o Plano de Ação da Cúpula em todos os níveis, em cooperação com a comunidade internacional (Compromisso Sete). Para esse fim, os cinco objetivos seguintes foram definidos:

⁵⁵ Cf. Oliveira (2003).

Objetivo 7.1: Adotar ações dentro da estrutura nacional de cada país para aumentar a segurança alimentar e proporcionar a implementação dos compromissos do Plano de Ação da Cúpula da Alimentação Mundial.

Objetivo 7.2: Melhorar a cooperação sub-regional, regional e internacional e mobilizar e otimizar o uso de recursos disponíveis para apoiar esforços nacionais para o alcance mais cedo possível da segurança da manutenção mundial da alimentação.

Objetivo 7.3: Monitorar ativamente a implementação do Plano de Ação da Cúpula da Alimentação Mundial.

Objetivo 7.4: Deixar claro o conteúdo do direito à alimentação adequada e o direito fundamental de todos de serem livres da fome, como determinado pelo Acordo Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e outros instrumentos regionais e internacionais relevantes, e dar particular atenção à implementação e realização completa e progressiva deste direito como um meio de alcançar a segurança alimentar para todos.

Objetivo 7.5: Compartilhar responsabilidades no alcance da segurança alimentar para todos, para que a implementação do Plano de Ação da Cúpula da Alimentação Mundial aconteça ao nível mais baixo no qual seu propósito poderia ser melhor alcançado.

O Acordo Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“O Acordo”) e o Comentário Geral nº 12 adotado em maio de 1999 pelo Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (órgão responsável pelo monitoramento da implementação do Acordo), brindam-nos com o seguinte conceito:

o direito à alimentação é o direito de ter um acesso regular, permanente e livre tanto diretamente ou por meio de compras financiadas, à alimentação suficiente e adequada tanto quantitativamente como qualitativamente, correspondendo às tradições culturais das pessoas a quem o consumo pertence, e que assegura uma realização física e mental, individual e coletiva, de uma vida digna e livre de medo.

Fundamentos

Segundo o jusfilósofo Gustav Radbruch, o Direito visa realizar três valores: *segurança* e *justiça* – como valores absolutos; e sua *finalidade*, dentro de uma perspectiva relativista (já que mutável de acordo com circunstâncias de tempo e espaço).⁵⁶

A segurança, de certa forma, traduz a mais urgente necessidade, porque diz respeito à ordem.⁵⁷ Daí ser prudente a definição dos direitos e deveres na legislação de cada país. Observe-se, porém, que a positivação não é tudo, sendo mister a clareza das normas, bem como a informação quanto à existência delas.

Não se pode, outrossim, perder de vista a justiça, considerada o valor supremo do Direito e correspondente à maior virtude do homem.⁵⁸ Com efeito,

quando as leis conscientes desmentem essa vontade e desejo de justiça, como quando arbitrariamente concedem ou negam a certos homens os direitos naturais da pessoa humana, então carecerão tais leis de qualquer validade, o povo não lhes deverá obediência, e os juristas deverão ser os primeiros a recusar-lhes o caráter de jurídicas.⁵⁹

JUSTIÇA ALIMENTAR

Asbjørn Eide, em seu excepcional relatório sobre o direito à alimentação, estabeleceu três principais deveres, que podem ser citados como segue: respeitar, proteger e realizar o direito à alimentação.⁶⁰

Um Estado que respeita o direito à alimentação das pessoas que moram em seu território deve assegurar que todo indivíduo tenha acesso permanente à alimentação suficiente e adequada, bem como abster-se de tomar medidas sujeitas a impedir alguém a tal acesso. Um exemplo de uma prática que viola esse direito ocorre quando um Governo em guerra com uma parte de sua pró-

⁵⁶ Radbruch (1997, p. 162).

⁵⁷ Nader (1999, p. 139).

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Radbruch (1997, p. 162).

⁶⁰ Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/Livros_DH/desc_ziegler/I_DefinicaoHistoria.htm>. Acesso em: 8 out. 2003.

pria população impede a parte da população que ele acredita “hostil” ao acesso à alimentação.

A segunda obrigação que os Estados devem ter é proteger o direito à alimentação. Isso significa assegurar que indivíduos e empresas não privem as pessoas de acesso permanente à alimentação adequada e suficiente.

Considera-se, pois, o direito à alimentação um direito “matriz” para outros direitos. Na maioria dos casos, o acesso à alimentação é uma questão de ter condições financeiras, portanto, renda. Essa segunda obrigação impõe um número de deveres para o Estado, tais como os de promover a produção, de redistribuir impostos e de promover a segurança social, além do de combater a corrupção.⁶¹

A terceira obrigação do Estado é “satisfazer” o direito à alimentação. O Comentário Geral nº 12 do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais sintetiza assim essa obrigação: “Sempre que um indivíduo ou um grupo é incapaz, por razões fora de seu controle, de gozar do direito à alimentação adequada pelos meios de sua disposição, os Estados têm a obrigação de satisfazê-lo diretamente”.⁶²

Um apelo de um Estado para um auxílio humanitário internacional, quando ele próprio é incapaz de garantir o direito à alimentação da população, surge sob essa terceira obrigação. Estados que, através de negligência ou orgulho nacional perdido, não fazem nenhum apelo ou, propositadamente, atrasam em fazê-lo (como no caso da Etiópia sob a ditadura de Haile Mengistu no começo dos anos 1980) estão violando essa obrigação.

As três obrigações impostas aos Estados em virtude da existência do direito à alimentação também se aplicam às organizações intergovernamentais, particularmente às Nações Unidas.

O conceito de direito à alimentação é construído de vários elementos. O primeiro deles é a noção de alimentação adequada, como estabelecido no artigo 11, parágrafos 1º e 2º, do Acordo. No seu Comentário Geral nº 12, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais dá a seguinte definição:

⁶¹ A questão da Reforma Agrária é particularmente importante a esse respeito. Muitos movimentos sociais ao redor do mundo estão, frequentemente, fazendo campanhas para forçar seus Governos a cumprir essa segunda obrigação. Um deles é o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) no Brasil.

⁶² Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/3d02758c707031d58025677f003b73b9?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/3d02758c707031d58025677f003b73b9?OpenDocument)>. Acesso em: 3 nov. 2003.

O direito à alimentação adequada é alcançado quando todos os homens, mulheres e crianças, sozinhos ou em comunidade com outros, [têm] acesso físico e econômico em todos os momentos à alimentação adequada ou meios para sua obtenção. O *direito à alimentação adequada* deve, portanto, não ser interpretado em um estreito ou restrito senso no qual o equipara com um pacote mínimo de calorias, proteínas e outros nutrientes específicos. O *direito à alimentação adequada* terá de ser realizado progressivamente. De qualquer modo, os Estados têm uma obrigação central de tomar ações necessárias de atenuar e aliviar a fome até em tempos de desastres naturais ou outros. (Grifos nossos)

SEGURANÇA ALIMENTAR

Assegurar o direito de alimentar-se deve ser entendido como ter acesso, em todos os momentos, à alimentação de que necessitamos para uma vida ativa e saudável. A consequência imediata do direito à alimentação é a segurança alimentar.

Explica Dom Mauro Morelli que

a segurança alimentar e nutricional é uma questão de cidadania. Sua garantia não deve ser entregue ao Mercado e nem confiada apenas aos governantes. Como prioridade da agenda política da Nação, deveria ser submetida ao conhecimento e às decisões da cidadania.⁶³

A definição dada no primeiro parágrafo do Plano de Ação da Cúpula de Alimentação Mundial é o seguinte: “Segurança alimentar existe quando todas as pessoas, em qualquer momento, têm acesso físico e econômico à alimentação suficiente, segura e nutritiva, que vá ao encontro de sua necessidade e preferências alimentares para uma vida saudável e ativa”.

Os parâmetros para segurança alimentar variam com a idade: ao nascer, bebês precisam de 300 calorias por dia; entre a idade de 1 a 2, 1.000 calorias por dia; na idade de 5, as crianças precisam de 1.600 calorias diárias. Para

⁶³ Morelli (2003).

manter sua força todos os dias, os adultos precisam de 2.000 a 2.700 calorias, dependendo de onde moram e do tipo de trabalho que fazem.

O professor Mário Frota⁶⁴ da Universidade Lusíada (Portugal), ao tratar da segurança alimentar, comenta o regulamento 178, de 28 de janeiro de 2002, editado pela União Européia, que resolveu proibir a entrada no mercado de gêneros alimentícios que não fossem seguros, com fundamento nos sucessivos escândalos da encefalopatia espongiforme bovina, das dioxinas nos galináceos, porcos, da máfia das hormonas, dos antibióticos, dos betagonistas e das farinhas de origem animal. Refere-se o autor⁶⁵, também, aos princípios do regulamento que se compendiam no Art. 5º: 1) princípio da preservação da vida e da saúde humana⁶⁶; 2) princípio da proteção da saúde e bem-estar animal; 3) princípio da preservação do ambiente; 4) princípio da precaução; 5) princípio da transparência; 6) princípio da salvaguarda dos interesses econômicos do consumidor; 7) princípio da partilha da responsabilidade.⁶⁷

Três são os pilares da segurança alimentar: disponibilidade, acessibilidade e uso do alimento.⁶⁸

Em primeiro lugar, deve haver alimento suficiente disponível, em termos não só quantitativos mas também qualitativos. O governo não pode excepcionar alegando falta de produção. Terão os alimentos de ser produzidos ou importados nos âmbitos nacional e local de forma a atender à demanda populacional.

Em segundo lugar, o alimento deve estar acessível a todos. Os alimentos devem ser distribuídos localmente, a preços justos para o povo. Entre os fatores que influem na acessibilidade estão o dinheiro, necessário para a compra dos alimentos, sementes, outros implementos agrícolas e animais, a propriedade da terra, o transporte para os mercados e o preço dos alimentos. A insegurança em uma região pode diminuir a acessibilidade, pois as pessoas podem sentir

⁶⁴ Frota (2002, p. 68).

⁶⁵ Ibid., p. 69-70.

⁶⁶ Cf. Art. 129 do Tratado de Amsterdã.

⁶⁷ Dispõe o Art. 5º do citado Regulamento: “1. A legislação alimentar deve procurar alcançar um ou mais dos objectivos gerais de um elevado nível de protecção da vida e da saúde humanas, a protecção dos interesses dos consumidores, incluindo as boas práticas no comércio de géneros alimentícios, tendo em conta, sempre que adequado, a protecção da saúde e do bem-estar animal, a fitossanidade e o ambiente.”

⁶⁸ Cf. <http://www.feedingminds.org/level1/lesson2/obj2_pt.htm>. Acesso em: 14 out. 2003.

medo de entrar e sair de determinadas áreas ou comunidades, ou de circularem em torno delas, devido a guerras, guerrilha ou outras formas de ameaça à segurança. A acessibilidade pode ser melhorada pelo aumento da renda (poder aquisitivo) de todas as pessoas, pela melhoria da infra-estrutura e serviços públicos (estradas e sistema de transporte) e por acordos de comércio internacional.

Por fim, deve-se fazer o melhor uso do alimento que temos. Os alimentos devem ser aproveitados de forma que faça que todas as pessoas permaneçam saudáveis e bem alimentadas. Isso implica esclarecer, no consumo diário, o momento de consumir, o que consumir e, também, em que quantidade consumir, para conseguir a energia e os nutrientes adequados para a manutenção da saúde e o crescimento.

Para alcançar a segurança alimentar em âmbito nacional, um país deve ser capaz de produzir ou importar os alimentos de que necessita e estar preparado para armazená-los, distribuí-los e garantir um acesso equitativo aos mesmos.⁶⁹

Por outro lado, as famílias devem dispor dos meios para produzir ou comprar a comida de que necessitam e devem poder contar com o tempo e o conhecimento necessários que possibilitem que as necessidades nutricionais de toda a família sejam atendidas ao longo do ano.⁷⁰

Isso acarreta a necessidade de se confeccionar uma “cartilha alimentar” para que também as crianças conheçam os tipos diferentes de alimentos seguros e saudáveis para o consumo, indicando o lugar da produção, as informações nutricionais, a quantidade calórica etc.

Com efeito, a preservação da vida implica mais que oferecer apenas o alimento. Apesar da importância das obras de caridade, é necessário enfrentar as *causas geradoras da fome*, com o objetivo de garantir a cada pessoa as condições dignas de uma vida propriamente humana. É o que faremos a seguir.

Efetividade

Hodiernamente, a problemática do direito à alimentação está ligada à questão da efetividade, que “representa a materialização, no mundo dos fatos,

⁶⁹ Disponível em: <http://www.feedingminds.org/level1/lesson2/obj2_pt.htm>. Acesso em: 23 out. 2003.

⁷⁰ Ibid.

dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e a realidade social”.⁷¹

Conforme adverte Norberto Bobbio,⁷² o grande desafio (político, e não filosófico) que existe hoje não é tanto o de *justificar* os direitos humanos, mas, sobretudo, de saber como *protegê-los*, garantindo-lhes efetividade, no sentido de construir uma “cidadania multidimensional na era dos direitos”.⁷³

Neste tópico, trataremos das dificuldades existentes para a efetivação do direito à alimentação, bem como dos instrumentos processuais que possam assegurá-lo aos necessitados.

ÓBICES

Basicamente, três são os grandes obstáculos existentes para a efetivação do direito à alimentação. O primeiro é de natureza econômica; o segundo, de natureza jurídica; e o terceiro, de índole política.

Não sem razão, assevera Luis Roberto Barroso que “a efetivação dos direitos sociais é, indiscutivelmente, mais complexa do que as das demais categorias.”⁷⁴

Assistimos, todos os dias, à realidade de crianças nas ruas, hospitais com falta de vagas, comunidades sem escolas, dentre outros fatos. Isso ocorre em razão da falta de disponibilidade de recursos financeiros.

Flávio Galdino dedicou-se ao estudo do “custo dos direitos”, promovendo uma análise comparativa do valor econômico de muitos direitos⁷⁵ e destacando cinco modelos teóricos: a) o primeiro é o “modelo teórico da indiferença”, que desconsidera a existência de direitos fundamentais positivos;⁷⁶ b) o segundo é o “modelo teórico do reconhecimento”, que se funda no reconhecimento institucional de direitos a prestações, o que leva a reconhecer direitos positivos e ao mesmo tempo a afastar a pronta exigibilidade desses novos direitos;⁷⁷ c) o “modelo teórico da utopia” é o terceiro exposto pelo autor,

⁷¹ Barroso (1998, p. 85).

⁷² Bobbio (1992, p. 24, 63 e 83).

⁷³ Cf. Torres (1999, *passim*).

⁷⁴ Barroso (2000, p. 107).

⁷⁵ Galdino (2002, p. 140).

⁷⁶ *Ibid.*, p. 164.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 165.

em que se reconhece a existência de direitos negativos e direitos positivos, porém a diferença entre eles é apenas ideológica, desconsiderando, dessa forma, qualquer aspecto econômico na análise das possibilidades reais de efetivação. A análise da efetividade é vista apenas no plano da normatividade;⁷⁸ d) o quarto modelo é o “modelo teórico da verificação da limitação de recursos”, em que o custo para a concreção do direito assume caráter fundamental, de tal sorte que, mantida a tipologia positivo/negativo, tem-se que a efetividade dos direitos sociais como sendo dependentes da reserva do possível e os demais direitos demandam tão-somente o absenteísmo estatal;⁷⁹ e) o quinto modelo proposto é o modelo da superação dos anteriores, em que se reconhece que todos os direitos são positivos.

No modelo da superação, verifica-se que também os direitos tradicionalmente considerados positivos (direitos de liberdade) são afetados pela ausência de recursos e também requerem a redistribuição da riqueza social.

Com efeito, afirma Flávio Galdino que os direitos custam, principalmente os direitos fundamentais; custam pelo menos os recursos necessários para manter a estrutura judiciária que disponibiliza aos indivíduos uma esfera própria para a tutela de seus direitos privados.⁸⁰

Para Flávio Galdino, o direito de propriedade, classicamente tratado como um direito negativo, não prescinde da ação pública e das prestações estatais positivas.⁸¹ Realmente,

o direito de propriedade depende de um arsenal normativo de criação contínua e perene por parte dos agentes políticos, em especial juízes e legisladores (trata-se, portanto, a toda evidência de uma prestação fática). Ademais a proteção ao direito de propriedade depende diariamente da ação de agentes governamentais, como sejam bombeiros e policiais. Todos os agentes referidos, de soldados-bombeiros a senadores, passando pelos magistrados, são mantidos (e pagos!) pelo Erário Público, com recursos levantados a partir da tributação imposta pelo Estado.⁸²

⁷⁸ Ibid., p. 169.

⁷⁹ Ibid., p. 173.

⁸⁰ Ibid., p. 194.

⁸¹ Ibid., p. 192.

⁸² Ibid., p. 192-193.

No que diz respeito ao óbice jurídico, está a questão das normas programáticas. Clássica, entre nós, é a tipologia oferecida por José Afonso da Silva,⁸³ dividindo as normas constitucionais em: a) normas constitucionais de eficácia jurídica plena;⁸⁴ b) normas constitucionais de eficácia jurídica contida ou contível;⁸⁵ c) normas constitucionais de eficácia limitada.⁸⁶

Interessa-nos o estudo desta última espécie. As normas constitucionais de eficácia limitada ainda sofrem uma subdivisão em normas de princípio institutivo⁸⁷ e normas de princípio programático.⁸⁸

As normas sobre o direito à alimentação estariam compreendidas entre as normas programáticas, já que dependem de uma lei para regular o direito à alimentação. Trata-se de uma classificação que não podemos aceitar, devendo o Poder Judiciário dar plena eficácia aos preceitos constitucionais que tratam do direito ao alimento.

No que tange ao óbice político, Jorge Pereira Filho e Daniel Merli⁸⁹ consideram que o direito à alimentação só será garantido com a mudança do sistema agrícola e com o fim dos acordos da Organização Mundial do Comércio (OMC) sobre agricultura. Segundo os autores, para acabarmos com o número

⁸³ Silva (1998, *passim*).

⁸⁴ Normas constitucionais de eficácia plena são as de aplicabilidade imediata, direta, integral, independentemente de legislação posterior para sua inteira operatividade.

⁸⁵ Normas constitucionais de eficácia reduzida são as que têm aplicabilidade imediata, integral, plena, mas que podem ter o seu alcance reduzido pela atividade do legislador infraconstitucional. São também chamadas de normas de eficácia redutível ou restringível.

⁸⁶ Normas constitucionais de eficácia limitada são as que dependem da emissão de uma normatividade futura, em que o legislador ordinário, integrando-lhes a eficácia, mediante lei ordinária, lhes dê capacidade de execução, em termos de regulamentação daqueles interesses visados.

⁸⁷ Dependem de lei para dar corpo às instituições, pessoas e órgãos previstos na Constituição (ex.: Art. 18, § 3º, da Constituição de 1988).

⁸⁸ Estabelecem programas a serem desenvolvidos mediante legislação integrativa da vontade constituinte (ex.: Art. 205). As normas programáticas revogam ou tornam inconstitucionais atos normativos anteriores que disponham em sentido contrário; norteiam a interpretação do intérprete (cf. Barroso, 2000, p. 120).

⁸⁹ Pereira Filho e Merli (2002).

de famintos no mundo, é desnecessário aumentar a produção agrícola, porque, segundo a ONU, o mundo já produz o suficiente para que cada ser humano consuma o necessário para viver, o que implica a revisão do atual modelo de desenvolvimento rural.

A tarefa de revisão foi assumida por um grupo de ONGs que se concretizou no I Fórum Social Mundial (FSM), no começo de 2001, em Porto Alegre, de onde eclodiu a idéia de realizar um encontro específico sobre o tema. O país escolhido como sede foi Cuba, por sofrer embargos do comércio de alimentos.

As conclusões do Fórum Mundial de Soberania Alimentar, realizado em setembro, foram levadas ao II Fórum Social Mundial (Havana, 2002), em que houve a elaboração de críticas ao sistema atual de comércio agrícola e a elaboração do conceito de soberania alimentar.

Segundo Chico Menezes⁹⁰, coordenador de Processos Sociais de Inclusão do Ibase (Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas), pode-se definir a soberania alimentar como

o direito da população de decidir o que produz e o que consome, independente dos interesses das grandes empresas produtoras de sementes. Comida não é uma mercadoria qualquer, que deve ser vendida e comprada como qualquer outra coisa. O acesso ao alimento é um direito básico do ser humano.

Para Jorge Pereira Filho e Daniel Merli,⁹¹ o modelo atual criado pela Organização Mundial do Comércio (OMC) promete alimentos, mas espalha miséria, na medida em que os acordos firmados pelas nações dentro da OMC inviabilizam políticas nacionais de segurança alimentar. Realmente, Europa e EUA continuam oferecendo subsídios (somente em 1999, os membros da OCDE injetaram US\$ 360 bilhões nessa área) aos grandes produtores, que exportam em massa para os países em desenvolvimento e minam as bases da agricultura familiar, enquanto a receita da OMC para o sul do planeta é escançar os mercados.

⁹⁰ Apud *ibid.*

⁹¹ *Ibid.*

PROGRAMA FOME ZERO E PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR

O Fome Zero é uma iniciativa do Instituto Cidadania, entidade independente e apartidária fundada por Lula há dez anos. Foi financiado com recursos da Fundação Djalma Guimarães, entidade vinculada à Companhia Brasileira de Metalurgia e Mineração (CBMM). O projeto teve início no ano 2000 e reuniu uma equipe com mais de 50 pessoas, entre os maiores especialistas do Brasil em políticas sociais, alimentação, nutrição e saúde, que se uniram para concretizar um ideal: a guerra contra a fome.

O programa partiu do diagnóstico de que não existe uma política integrada de combate à fome no Brasil, já que, nos últimos anos, os três âmbitos de governo e a sociedade promoviam ações desarticuladas. Com efeito, as políticas públicas foram efetivadas com uma alta dispersão de esforços e recursos. Constatou-se, em determinados casos, uma duplicação de benefícios e, em outros, total ausência de apoio às famílias carentes.⁹²

Anunciado como prioridade do governo Lula, o programa Fome Zero foi submetido ao Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e à Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO), em reunião realizada em Washington (EUA). Na ocasião, o diretor-geral da FAO, Jacques Diouf, declarou que esse projeto seria uma referência para outros países.

Não se pode esquecer que o Exército Brasileiro tem cooperado com as ações governamentais no mutirão contra a fome, estabelecidas pelo Programa Fome Zero. Sua atuação consiste em ser um Posto de Coleta de Alimentos. Embora tal atuação não seja uma operação militar, ela encontra amparo legal no artigo 16 da Lei Complementar n° 97, de 09 de junho de 1999.

As Instruções para o Funcionamento das Organizações Militares como Posto de Coleta de Alimentos são editadas em conjunto pelo Ministério da Defesa e pelo Ministério Extraordinário da Segurança Alimentar e Combate à Fome e regulam, na íntegra, a participação das Forças Armadas no Programa. No Rio de Janeiro, o 1° Batalhão de Polícia do Exército é a organização militar autorizada a funcionar como Posto de Coleta de Alimentos.⁹³

⁹² Disponível em: <<http://fomezero.terra.com.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?InfoId=375&infoId=375&sid=29>>. Acesso em: 6 nov. 2003.

⁹³ Disponível em: <<http://www.exercito.gov.br/04Maoami/fomezero/indice.htm>>.

Na área religiosa, destaca-se a 40ª Assembléia Geral da CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil), realizada nos dias 10 a 19 de abril, na qual os Bispos decidiram propor um Mutirão Nacional para a Superação da Miséria e da Fome, aprovando o Documento *Exigências Evangélicas e Éticas de Superação da Miséria e da Fome* (Documentos da CNBB, nº 69), no qual foram fixadas algumas propostas de ação,⁹⁴ a partir do lema “o alimento é dom de Deus e direito de todos”.

Referindo-se ao Programa Fome Zero, assevera a médica-sanitarista Zilda Arns, que preside a maior ONG do mundo em atendimento a crianças de até 6 anos de idade – a Pastoral da Criança –, que há a imperativa necessidade de vigilância para não ser deturpado.⁹⁵

Há quem diga que o Fome Zero é apenas uma idéia fantástica de *marketing*, um truque, uma miragem, já que as verbas destinadas ao programa entram, em 2004, reduzidas de 1,722 bilhão para apenas R\$ 400 milhões.⁹⁶

Devemos reconhecer, todavia, que desvios de percurso sempre existirão, não sendo possível condenar o programa. Milhares de famílias já foram beneficiadas, inúmeras empresas estão aderindo ao programa. É preciso agora aperfeiçoá-lo.

Ao lado do Fome Zero, existe o Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT). É de se observar que este foi criado em 1976 pela Lei nº 6.321, consistindo num incentivo de natureza tributária (dedução no imposto de renda) às empresas, para que proporcionem alimentação aos seus empregados.

O PAT beneficia hoje mais de 8 (oito) milhões de pessoas, permitindo uma boa nutrição aos trabalhadores, bem como a redução de doenças e acidentes do trabalho.⁹⁷ A perspectiva é que o PAT seja ampliado para alcançar os trabalhadores de microempresas e empresas de pequeno porte.

Roberto Baungartner⁹⁸ enumera as virtudes do PAT: 1) permite que o direito à alimentação chegue diretamente ao destinatário; 2) custo baixo para

⁹⁴ Cf. “Mutirão Nacional Para A Superação Da Miséria E Da Fome”. Disponível em: <<http://www.diocesedecaxias.org.br/mutirao.php>>. Acesso em: 6 out. 2003.

⁹⁵ “Fome Zero precisa de vigilância para não ser deturpado”. *O Globo On Line*, 17 jul. 2003.

⁹⁶ Nogueira (2003).

⁹⁷ Fundamental a consulta de Baungartner (2003, p. 5).

⁹⁸ *Ibid.*, p. 26.

o governo; 3) reduz a desnutrição, os acidentes de trabalho e as doenças, o que implica a não oneração para a Previdência e Assistência Social; 4) o trabalhador saudável produz mais, gerando maior arrecadação tributária; 5) faz que o Estado concretize, por via indireta, os direitos sociais previstos na Constituição (Arts. 6º e 7º) e, por via direta, atue como fiscalizador e incentivador da atividade econômica (Art. 174).

INSTRUMENTOS PROCESSUAIS

A entrada em vigor da Constituição de 1988 representou no Brasil o *movimento de reconstitucionalização*, assim como ocorreu na Europa após a Segunda Guerra Mundial, como reação aos regimes autoritários. O abandono do antigo modelo do Estado-Providência, caracterizado pela hipertrofia do interesse público, e o advento do novo Estado Democrático, que, delimitando as esferas de prevalência do interesse público e da liberdade individual, baseia as suas relações com os cidadãos nos princípios da *participação democrática* e da *eficácia concreta dos direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados* (Art. 5º, § 1º, da Constituição Cidadã).

Esse novo ideário democrático, consagrado entre nós somente em 1988, havia desencadeado na Europa, nas quatro décadas anteriores, fecunda produção científica formadora de uma verdadeira corrente de pensamento no âmbito do Direito Processual, chamada de *Escola da Efetividade*, cujos alicerces podem ser encontrados na magnífica série de conferências que Piero Calamandrei proferiu em fevereiro de 1952 na Universidade do México⁹⁹ e nos numerosos trabalhos de Mauro Cappelletti¹⁰⁰, particularmente os que fomentaram o surgimento de uma consciência jurídica supranacional vinculada à realização de valores e respeito aos direitos humanos. A contribuição de tal *Escola* atrela-se à reconstrução democrática dos países europeus mais arrasados pela guerra, culminando com a edificação das novas Cortes Constitucionais da Alemanha e da Itália,¹⁰¹ que submeteram inúmeros dispositivos e institutos processuais ao crivo da legitimidade constitucional.

⁹⁹ Calamandrei (1965, *passim*).

¹⁰⁰ Fundamental a leitura de Cappelletti (1992) e de Cappelletti e Garth (1988, *passim*).

¹⁰¹ Cf. Trocker (1974, *passim*).

No Brasil, o mérito de haver trazido para o debate científico a idéia da *efetividade do processo*, antes mesmo da Constituição de 1988, pertence a José Carlos Barbosa Moreira. Em valioso trabalho,¹⁰² esse autor aponta algumas premissas consensuais da efetividade do processo: 1) a predisposição dos instrumentos processuais de tutela de direitos e de quaisquer outras posições jurídicas de vantagem para que sejam praticamente utilizáveis, sejam quais forem os seus titulares, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; 2) a extensão da utilidade prática do resultado do processo para assegurar o pleno gozo do direito pelo seu titular, de acordo com o ordenamento; 3) a obtenção desses resultados com o mínimo dispêndio de tempo e de energia.

Toda essa tomada de consciência, em busca de um processo de resultados, conduz à efetividade do direito à alimentação. Grande responsabilidade recai sobre o Poder Judiciário, que não poderá simplesmente lavar as mãos, já que vedado o *non liquet*.

É preciso ter coragem e conferir plena aplicabilidade a institutos como o mandado de injunção, para que o exercício da cidadania, no Brasil, seja plena.

CONCLUSÕES

Neste pequeno estudo, procuramos mostrar: I - a relação entre a fome e o Direito; II - o objeto do direito à alimentação; III - as normas que tutelam o direito à alimentação, seu significado e as possibilidades de torná-lo uma realidade.

I

O moderno conceito de fome liga-se à falta de qualquer elemento nutritivo indispensável à manutenção da saúde. O estudo da fome é deveras importante para o Direito, pois a fome é fator impeditivo do exercício dos direitos fundamentais. Realmente, não se pode negar que a fome atenta contra a dignidade do ser humano.

¹⁰² Barbosa Moreira (1982, p. 203).

Sua causa é política, na medida em que o problema não está na produção, e sim na distribuição de alimentos. Não deve, portanto, o alimento ser tratado como uma mercadoria entre outras que são produzidas e acumuladas segundo o interesse de seu possuidor. A fome e a miséria são fruto da má distribuição da renda e das riquezas. No Brasil e no mundo há alimento de sobra para todos. Além de impedir o exercício de outros direitos fundamentais, a fome causa a doença e dificulta a alfabetização das pessoas.

II

O objeto do direito à alimentação é o alimento. Conhecer seus componentes é essencial para a efetivação daquele. Se o alimento significa tudo o que a pessoa come e bebe tendo em vista o seu sustento, conclui-se que estamos tratando também de líquidos, e não só de elementos sólidos. Assim, a água deve ser também considerada um alimento.

Em tema de segurança alimentar, deve-se estar atento ao outro componente da legislação bromatológica, qual seja, o aditivo. Afinal, cada fase do processo alimentar merece atenção: a confecção do alimento, sua ingestão, a etapa de nutrição e, em especial, o bem-estar do indivíduo tendo em vista a alimentação.

III

Existem muitas normas que consagram o direito à alimentação, que estão em atos normativos internacionais e na própria Constituição do Brasil de 1988. Cabe, portanto, aos Estados, em especial ao Brasil, respeitar, proteger e realizar o direito à alimentação.

Assegurar o direito de alimentar-se deve ser entendido como ter acesso, em todos os momentos, à alimentação de que necessitamos para uma vida ativa e saudável. Três são os pilares da segurança alimentar: disponibilidade, acessibilidade e uso do alimento.

Três também são seus óbices: a falta de recursos financeiros, a falta de consciência da efetividade, tendo em vista as normas programáticas, e, sobretudo, a falta de vontade política. O Programa Fome Zero deve ser aplaudido, mas ainda é muito pouco para um país que tem as potencialidades do Brasil. Nesse sentido, melhor será quando mais trabalhadores puderem usufruir do

Programa de Alimentação ao Trabalhador com a ampliação de empresas cadastradas, especificamente as de pequeno porte.

Na efetivação do direito à alimentação, deve o Poder Judiciário torná-lo realidade, porque é o que manda a Constituição, que existe para se realizar, e não simplesmente para dar conselhos.

REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Rio de Janeiro, 10 dez. 1998.

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Coord.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. In: *Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BAUNGARTNER, Roberto. *Conexões Político-Constitucionais sobre a Fome no Brasil face aos Direitos Sociais*. São Paulo, 2000. Inédito.

_____. *Fome Zero e PAT-Programa de Alimentação do Trabalhador*. São Paulo, 2003. Inédito.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 15. tiragem. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BUCK, Pearl S. Prefácio da edição norte-americana. In: CASTRO, Josué de. *Geopolítica da Fome*. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1961. v. 1.

CALAMANDREI, Piero. Processo e Democrazia. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano Editore, 1965. v. I.

CAMPOS, Maria Aparecida Pourchet. Alimentação (introdução ao direito da). In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 6.

CAPPELLETTI, Mauro. *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*. Milano: Giuffrè, 1973.

_____. Problemas de Reforma do Processo Civil nas Sociedades Contemporâneas. *Revista de Processo*, v. 65, jan./mar. 1992.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAF, 1988.

CASTRO, Josué de. *Geopolítica da Fome*. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1961a. 2 v. v.1.

_____. *Geografia da Fome*. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1961b. 2 v. v. 1.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FROTA, Mário. Segurança alimentar. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 44, out./dez. 2002.

GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GHERSI, Carlos Alberto. La pobreza jurídica y el ejercicio de los derechos fundamentales. El valor de las libertades negativas (Berlín, 1969). *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 43, jul./set. 2002.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualização e notas de Humberto Theodoro Jr. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GRANDE ENCICLOPÉDIA Larousse Cultural. São Paulo: Nova Cultural, 1998. v. 1.

KANT, Immanuel. *Doutrina do Direito*. 2. ed. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

MALVEZZI, Roberto. *Direito humano à água como alimento*. Disponível em: <http://alainet.org/active/show_text.php3?key=2655>. Acesso em: 11 out. 2003.

MAYER, André. Prefácio. In: CASTRO, Josué de. *Geografia da Fome*. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1961. v. 1.

MELLO, Celso D. Albuquerque. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Coord.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MORELLI, Dom Mauro. *A violência da fome*. Disponível em: <www.consea.mg.gov.br/textos/violencia_fome.htm> Acesso em: 16 out. 2003.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NOGUEIRA, Ruy. O Fome Zero não existe. *Primeira Leitura*, set. 2003. p. 25.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Fome, destino inexorável?* Disponível em: <www.adital.org.br/asp2/noticia.asp?idioma=PT¬icia=2955> Acesso em: 2 out. 2003.

ORR, Lord John Boyd. Prefácio da edição inglesa. In: CASTRO, Josué de. *Geopolítica da Fome*. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1961. v. 1.

PEREIRA FILHO, Jorge; MERLI, Daniel. Fome se mata com política. Disponível em: <<http://www.emcrise.com.br/reportagem/reporttransg2.htm>> Acesso em: 15 mar. 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6. ed. Trad. e prefácio de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. Cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Coord.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Prefácio. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

Fernando Gama de Miranda Netto é Advogado, Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho, Professor Adjunto de Direito Processual da Universidade Federal Fluminense e membro do corpo permanente do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Sociologia e Direito na linha de Acesso à Justiça da Universidade Federal Fluminense.

34° PRÊMIO JURÍDICO, 2004
"José Carlos Fragoso"

Cidadania e segurança pública nas metrópoles

BANCA

Dr. João Ricardo Dorneles

Dr. Fernando Fragoso

Dr. Jorge da Silva

VENCEDOR

Dr. Robert Lee Segal

Cidadania e segurança pública nas metrópoles

Robert Lee Segal

INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi inicialmente desenvolvido a partir de um esboço histórico sobre os direitos fundamentais do homem no cenário internacional, desde as Revoluções Liberais ocorridas no século XVIII. A seguir, a tarefa passou a ser o estudo acerca da tutela dos direitos fundamentais da pessoa humana na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, da cidadania e da questão da segurança pública nas metrópoles brasileiras.

Alguns fatos históricos foram trazidos a este trabalho, com o claro objetivo de demonstrar a importância dos direitos fundamentais tanto nas convenções internacionais (principalmente após as duas guerras mundiais), nas quais o Brasil é signatário, como no ordenamento jurídico pátrio, através dos tempos.

A seguir, o enfoque passou a ser o tratamento dispensado pelo legislador constituinte originário aos direitos e garantias fundamentais inseridos em todo o tecido da Carta Magna de 1988.

Passou-se então para uma seção própria sobre a cidadania. Desde já, cabe ressaltar que conceber a cidadania meramente do ponto de vista dos

direitos políticos, contemporaneamente, tem se revelado um equívoco. Nesse ponto, mereceram destaque especial os direitos à educação, à saúde, à moradia e à assistência jurídica aos necessitados.

Após, por uma questão de desdobramento lógico inerente ao próprio trabalho, os direitos fundamentais foram imediatamente relacionados ao conceito de cidadania.

Por fim, a segurança pública nas metrópoles, considerando as variáveis políticas, sociais, econômicas e legais, foi trazida ao estudo para uma análise histórica, jurídica e, sobretudo, crítica.

Assim, o presente estudo foi elaborado em quatro seções específicas, mas que por razões óbvias se interligam, além da conclusão. Com isso, o autor espera alcançar a sua meta, a qual consiste em estabelecer uma conexão entre a cidadania e a segurança pública nos grande centros urbanos.

DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA

Durante a era moderna, os conceitos de Estado e soberano podiam ser perfeitamente entendidos como sinônimos, já que o primeiro existia unicamente com a finalidade de garantir a hegemonia deste (*L'État c'est moi*). Isso era possível graças aos interesses da classe dominante, representada pela nobreza e pelo alto clero.

O Estado, personificado no próprio soberano, tratou de utilizar todos os meios necessários para a garantia dos privilégios da classe dominante. Naquele momento era impossível conceber que os indivíduos possuísem autonomia de vontade que não atendessem aos padrões estabelecidos pelo seletivo grupo social.

A partir das Revoluções Liberais do século XVIII, os direitos do homem receberam um enfoque preponderante como instrumento de oposição ao absolutismo, o que até então se constituía no paradigma político, bem como de libertação do autoritarismo estatal.

O *Bill of Rights* na Inglaterra em 1698, as constituições dos Estados americanos em 1776-1777, a constituição federal dos Estados Unidos da América em 1787, a declaração francesa dos Direitos dos Homens e as subseqüentes constituições francesas da época (1791, 1793 e 1795) significaram movimentos de ruptura do antigo regime político. Nessa época, diversos nomes se destacaram na formulação de novas idéias, tais como Voltaire e Rousseau, num tempo conhecido como período das luzes. Naquele momento, no mais, os

dogmas religiosos dariam lugar à razão, transformação esta que repercutiria nos mais diversos setores da sociedade.

Dentre os filósofos *iluministas*, como ficaram conhecidos, cabe também ressaltar Montesquieu (1659-1755), cuja maior contribuição seria a idéia de descentralização do poder, antes nas mãos de um único soberano. Esta se daria em três setores autônomos: poder executivo, legislativo e judiciário. A *divisão de poderes* serviria para orientar o sistema político e jurídico de boa parte da Europa e da América.

Outro fato que merece grifo diz respeito à introdução de um novo conceito científico-social: o humanismo. O homem passou a ser o centro do universo. O homem como fim em si mesmo passaria a nortear as novas concepções artísticas, científicas, políticas e jurídicas, a partir do fim do século XVIII. Essa tese perduraria ao longo dos tempos, até a segunda metade do século XX, quando o caráter individualista do ser humano seria posto à prova.

Assim como a Revolução Francesa, a Revolução Industrial, desenvolvida inicialmente pela Inglaterra, também a partir do ano de 1789, desencadearia uma série de transformações para a humanidade. Com a mecanização das máquinas e a crescente necessidade de utilização de mão-de-obra, surgiram as primeiras metrópoles da era contemporânea. Diante da política dos cercamentos (*Enclosure Acts*) e das dificuldades de se manter no campo, o homem migra para as cidades em busca de sua própria subsistência.

Nesse contexto, surge a relação entre o capital e o trabalho. O homem passou a vender a sua habilidade manual em troca de dinheiro. No entanto, a supracitada relação teria o seu preço. As condições insalubres e degradantes das indústrias e dos alojamentos da classe trabalhadora, as longas jornadas de trabalho (de cerca de 12 horas diárias) e as baixas remunerações representariam os primeiros choques a serem enfrentados pelo homem (outrota) camponês, recém-chegado nas cidades, como um novo modelo de mão-de-obra. Surgiria então uma nova classe social: o proletariado.

O sistema econômico-social, produto das revoluções burguesas e baseado na “mais-valia”, serviria de paradigma para a sociedade até os nossos dias. Sob os fundamentos elaborados por Adam Smith (1723-1790), e considerando a liberdade dos homens como um direito absoluto, o Estado deveria abster-se de toda e qualquer intervenção, deixando que o próprio mercado regulasse as relações entre os indivíduos, já que o mesmo possuiria leis próprias (*laissez-faire, laissez-passer*).

O modelo social logo ensejaria críticas por parte de outros pensadores. Primeiro os socialistas utopistas (Saint-Simon, Fourier, Louis Blanc, Owen e outros), depois os cientistas (Marx e Engels), submeteram essas concepções abstratas de liberdade, de igualdade e, enfim, do homem a severas reflexões, pois, apesar de retoricamente afirmadas e reconhecidas, permitiam que medrassem a injustiça e a iniquidade na repartição da riqueza e prosperasse a miséria das massas proletárias, enquanto o processo acumulativo de capital favorecia, de um lado, o enriquecimento de alguns e, de outro, as crises econômicas ainda mais empobrecedoras e geradoras de desemprego¹. Para os críticos do liberalismo burguês, o Estado teria que voltar a intervir, sobretudo na política e na economia, com o objetivo de resguardar o princípio da igualdade entre os indivíduos. A União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) tornar-se-ia o primeiro Estado intervencionista do mundo pós-revoluções liberais em 1917. Contudo, a própria história revelaria ser o Estado socialista muito mais opressor do que o próprio Estado liberal.

A primeira metade do século XX seria marcada por uma série sucessiva de crises e conflitos.

A quebra da bolsa de Nova York em 1929 poria o liberalismo em debate, sobretudo nos países europeus, com suas economias comprometidas pelo esforço empreendido na Primeira Guerra Mundial (1914-1918) e altamente dependentes dos investimentos norte-americanos.

A recessão econômica do período pós-Primeira Guerra constituiria um terreno fértil para a disseminação de ideologias totalitárias, como o nazismo na Alemanha e o fascismo na Itália. Não tardaria muito para que o mundo fosse novamente assolado por um novo conflito armado – a Segunda Guerra Mundial (1939-1945).

A experiência do holocausto nesse período, baseado na suposta superioridade de uma determinada raça sobre as demais, assim como as bombas atômicas em Hiroshima e Nagasaki, no Japão, levaram a humanidade a considerar formas mais efetivas de proteção da própria vida humana.

Com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, os direitos fundamentais da pessoa humana, ou direitos humanos, como também passaram a ser conhecidos, tornaram-se a própria razão de ser dessa entidade internacional.

¹ Silva (1995, p. 159).

Para a promoção e a manutenção da paz no mundo, mister se fez (e ainda é necessário que se faça) entender que ninguém pode ser submetido a qualquer tipo de discriminação, opressão ou tortura, assim como de privações, independentemente de gênero, raça, idade, condição social etc.

A Carta das Nações Unidas, já em seu preâmbulo, ao tratar dos direitos humanos, afirma o seguinte:

Nós os povos das Nações Unidas

Decidimos

preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que, por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres [...]

A Declaração dos Direitos do Homem de 1948 consolidaria a nova dimensão desses direitos na esfera internacional.

Da mesma forma, a Carta da Organização dos Estados Americanos, da qual o Brasil também é signatário, em seu capítulo VIII, no que concerne às normas sociais, define que:

Os Estados-Membros, convencidos de que o homem somente pode alcançar a plena realização de suas aspirações dentro de uma ordem social justa, acompanhada de desenvolvimento econômico e de verdadeira paz, convêm em envidar os seus maiores esforços na aplicação dos seguintes princípios e mecanismos:

a) Todos os seres humanos, sem distinção de raça, sexo, nacionalidade, credo ou condição social, têm direito ao bem-estar material e a seu desenvolvimento espiritual em condições de liberdade, dignidade, igualdade de oportunidades e segurança econômica.

Os direitos fundamentais da pessoa humana, após vários acontecimentos trágicos ao longo da história, atingiram os seguintes caracteres:

A) historicidade – Como quaisquer direitos, são históricos. Nascem, modificam-se e desaparecem. O seu nascimento se deu por ocasião das revoluções burguesas do século XVIII, tendo evoluído até os dias atuais. Os direitos

fundamentais, ao contrário dos direitos naturais e das coisas, referem-se ao ser humano como parte integrante da coletividade, com direitos e deveres a serem cumpridos.

B) inalienabilidade – Por não constituírem direitos de cunho econômico-patrimonial, os direitos fundamentais são intransferíveis e inegociáveis. Portanto, são indisponíveis, eis que reconhecidos pela ordem constitucional.

C) imprescritibilidade – O exercício dos direitos fundamentais somente ocorre a partir do instante em que a ordem constitucional os reconhece. Nunca deixam de ser exigíveis e contra eles não se opera a prescrição, já que esta só atinge a exigência dos direitos patrimoniais.

D) irrenunciabilidade – Apesar de alguns dos direitos fundamentais não serem exercidos, por diversos motivos, deles não se pode renunciar. São direitos inerentes à pessoa humana.

Os direitos fundamentais representam a maior conquista da humanidade. As constituições de diversos países do mundo adotaram-nos como finalidade. Dentre elas, há que se estudar o tratamento dado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Ainda neste início de século XXI, a efetividade dos direitos fundamentais tem se revelado o maior desafio da comunidade internacional, convindo aí, por questões óbvias, inserir o Brasil.

Decorridos cerca de 20 anos de um período ditatorial, marcado pelas constantes violações aos direitos fundamentais do homem, principalmente no tocante às liberdades individuais, a Constituição da República de 1988 representa um importante precedente no reconhecimento de tais garantias, da maneira mais completa da história deste país.

A Carta Magna de 1988 finalmente consolidou o Estado Democrático de Direito, tendo disposto inicialmente:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana; [...]

No seu Art. 3º, a Constituição Federal, ao complementar o disposto no Art. 1º, estatui como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I) a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária; II) a garantia do desenvolvimento nacional; III) a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais, e IV) a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nesta oportunidade, há que se ressaltar a disposição sistemática dos direitos fundamentais do homem em todo o texto constitucional. A Constituição Federal dividiu os direitos fundamentais em cinco grupos: direitos individuais (Art. 5º); direitos coletivos (Art. 5º); direitos sociais (Arts. 6º e 193, e seguintes); direitos à nacionalidade (Art. 12); e direitos políticos (Arts. 14 a 17).

Apesar de a Carta de 1988 não incluir a ordem econômica entre os direitos fundamentais, é de suma importância assinalar que sua finalidade é assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social (Art. 170).

No que concerne à dignidade da pessoa humana, pode-se afirmar que seu conteúdo jurídico se relaciona com os chamados direitos fundamentais ou humanos².

Para Canotilho, a expressão “direitos humanos” seria reservada ao conjunto de direitos ideais, metafísicos, derivados da natureza do homem, ao passo que os direitos fundamentais seriam apenas os reconhecidos por uma ordem jurídica positiva³. O certo é que temos hoje um conjunto de direitos que, reconhecidos pela ordem constitucional, devem ter a sua efetividade assegurada.

Todavia, como o tema central desta obra não se refere à distinção supra-mencionada, o destaque será o princípio dos direitos fundamentais da pessoa humana, mesmo porque, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando a sua própria dignidade⁴.

² Barcellos (2002, p. 110).

³ Canotilho (1997, p. 347).

⁴ Sarlet (2001, p. 87).

Os direitos fundamentais são tradicionalmente apresentados pela doutrina como um conjunto formado pelas seguintes categorias: direitos individuais, direitos sociais (nestes encontram-se inseridos direitos econômicos e culturais) e direitos políticos.

Os direitos individuais encontram-se tutelados inicialmente no Art. 5º da Constituição Federal. Identificados como direitos da liberdade, os direitos fundamentais têm como principal escopo fundamental assegurar à pessoa uma esfera livre da intervenção autoritária do Estado, independentemente de quem detenha o poder político. Nesse ponto, a Carta seguiu a orientação dada pelas constituições liberais do século XIX.

Quanto aos direitos sociais, sob a tutela constitucional dos artigos 6º ao 11, referem-se à noção do mínimo existencial, que será tratado mais adiante.

Os direitos políticos são os que procuram instrumentalizar o próprio conceito de democracia, mediante a participação dos indivíduos nas deliberações públicas.

Nesse ponto, cabe o grifo de que o princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, ou ainda dos direitos dos trabalhadores e dos direitos a prestações sociais.

Tal assertiva é de suma importância para a compreensão do tema proposto, dada a relação entre os direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana e a cidadania.

Ao tratar da dignidade humana, John Rawls apresenta o conceito do mínimo social, em que a garantia de que cada homem dispusesse de um conjunto mínimo de condições materiais seria pressuposto para o alcance da equidade⁵, esta como produto de um novo contrato social.

Ademais, a posição equitativa de oportunidades entre os indivíduos consiste em um conjunto de condições materiais mínimas como condição essencial da liberdade, uma vez que a carência do mínimo existencial inviabiliza o próprio exercício daquele direito que a ordem jurídica lhe assegura.

Convém assinalar os ensinamentos do mestre Ricardo Lobo Torres⁶, ao distinguir o mínimo existencial dos direitos econômicos e sociais. Para ele, a

⁵ Rawls apud Barcellos (2002, p. 126).

⁶ Torres (1995, p. 133).

parcela mínima de condições materiais representaria um direito pré-constitucional, decorrendo do direito fundamental da liberdade, com efeito *erga omnes* e diretamente sindicável, enquanto os direitos econômicos e sociais se fundariam na idéia de justiça social.

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se disperso ao longo do texto constitucional, conforme se poderá ver no decorrer deste trabalho.

Cabe ainda salientar que é competência comum da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios o combate das causas da pobreza e dos fatores da marginalização, promovendo a integração dos menos favorecidos (Art. 23, XX, CF).

A partir da aplicação da hermenêutica e da interpretação sistemáticas da Constituição Federal de 1988, poder-se-á verificar claramente que a sua meta central consiste na promoção do bem-estar social, cujo ponto de partida está em assegurar as condições da dignidade do homem, o que inclui, além da proteção dos direitos fundamentais individuais, condições materiais mínimas para a sua subsistência.

Assim, não há quem possa afirmar que uma pessoa tem sua dignidade respeitada se esta não possui o que comer ou o que vestir, não tem acesso à educação fundamental, à saúde, à moradia, à assistência judiciária etc.

A CIDADANIA

Os direitos fundamentais e a cidadania, segundo a doutrina tradicional, seriam conceitos distintos, uma vez que, enquanto os primeiros se qualificariam por sua pré-constitucionalidade, a cidadania estaria relacionada aos direitos políticos.

Foi com base nesse raciocínio que o legislador, no tocante à Lei nº 4.717/1965, estabeleceu como requisito essencial para a propositura da Ação Popular a capacidade política plena, como se expõe *in verbis*:

Art. 1º. Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedade de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições

ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos: [...]

§ 3º. A prova da cidadania para ingresso em juízo será feita com o título eleitoral, ou com o documento que a ele corresponda.

Cabe assinalar que a lei referente à Ação Popular foi promulgada durante o período da ditadura militar neste país, o que ensejaria atualmente uma distinção entre os conceitos de cidadania e direitos fundamentais.

Todavia, com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Estado Democrático de Direito, parece não mais assistir razão a diferenciação *supra*. Leon Duguit⁷ discorda da impressão de que, quando se fala em direitos do homem e cidadania, tratar-se-ia de dois tipos de direitos distintos.

O sociólogo Pedro Demo também não concorda com a associação do conceito de cidadania como fenômeno meramente político. Para ele, a capacidade produtiva dos indivíduos estaria inserida nesse conceito. Cidadão pleno participa e trabalha/produz⁸.

A realidade tem demonstrado o caráter inócuo dos direitos políticos conquistados pelo homem frente às ausências materiais mínimas, garantidoras de uma sobrevivência digna, como a oportunidade de trabalho. É dever do Estado promover a inclusão social das classes menos favorecidas. Assim como a cidadania somente pode ser alcançada pelo exercício dos direitos ao ensino fundamental, à rede pública de saúde, ao trabalho, à moradia e à assistência judiciária.

Grife-se que não se pretende, de maneira alguma, a adoção de um Estado assistencialista, o que certamente levaria ao equívoco da compreensão de que os direitos expressos na Carta Magna seriam concedidos pelo Poder Público, quando na verdade eles se revelam como seu dever objetivo.

Ao contrário de políticas assistencialistas, o que realmente se quer é a implantação de políticas participativas.

⁷ Duguit apud Silva (1995, p. 179).

⁸ Demo (1996, p. 42).

O papel do Estado neste século XXI, conforme salienta Pedro Demo, seria, em breves traços, assim desenhado:

- a) primeira função é não estorvar; dito de outra maneira, o Estado não deve capturar a cidadania popular, como se fosse papel seu produzir a cidadania, escondendo a estratégia de evitar que a participação popular se volte contra o Estado;
- b) sabendo não estorvar, é possível ocupar a posição de instrumentação, sobretudo no sentido de garantir às associações populares acesso à informação estratégica, à justiça e à segurança, a serviços públicos de qualidade, para o exercício da cidadania;
- c) por fim, é função do Estado garantir outros serviços públicos adequados, dirigidos a instrumentar o processo de formação da cidadania, em particular educação básica, promoção cultural e acesso à comunicação.⁹

Ao definir a palavra *cidadão*, Jaime e Carla Pinsky¹⁰ fazem a seguinte reflexão: “Ser cidadão é ter direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei: é, em resumo, ter direitos civis. É também participar no destino da sociedade, votar, ser votado, ter direitos políticos”. E continuam dizendo que: “Os direitos civis e políticos não asseguram a democracia sem os direitos sociais, aqueles que garantem a participação do indivíduo na riqueza coletiva: o direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde, a uma velhice tranqüila”.

Assim, com base nas considerações sociológicas ora expostas, a cidadania deve ser definida pela fusão de três elementos: civil, político e social.

O elemento civil se compõe pelos direitos necessários à liberdade, neles inseridos o direito de ir e vir, o direito à propriedade, o direito de concluir contratos e o direito de acesso à justiça. Quanto a este último, associa-se ao acesso aos Tribunais de Justiça.

Sobre o elemento político, entende-se o direito de participar do exercício do poder político, seja como um dos membros das casas legislativas (federal, estadual, do Distrito Federal ou municipal), seja como eleitor de tais membros.

⁹ Ibid., p. 37.

¹⁰ Pinsky e Pinsky (2003, p. 9-10).

No que tange ao elemento social, incluem-se desde o direito ao mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar plenamente da herança social e de usufruir dos benefícios que lhe são devidos. Aqui estão inseridos os direitos à educação, ao trabalho, ao salário justo, aos serviços sociais e a uma velhice tranqüila.

Logo, o primeiro passo a ser dado consiste na adoção de políticas públicas e privadas voltadas para a promoção do ensino fundamental para todas as classes sociais, inclusive para as menos favorecidas, de modo gratuito e irrestrito.

O Estado Democrático de Direito somente pode ser compreendido em toda a sua complexidade por uma sociedade educada, capaz de desenvolver um raciocínio crítico de seus respectivos papéis, o que levaria ao entendimento da relação entre seus direitos e deveres, bem como a sua capacidade para reivindicar os primeiros.

No entanto, a história tem revelado ser a questão referente à educação um importante instrumento de manipulação política. A idéia básica de que a educação constitui uma ameaça à hegemonia de determinadas classes tem contribuído para que este direito fundamental do homem seja sempre negligenciado.

Como prova de tal assertiva, vale a pena registrar a crítica formulada por Louis-René de Caradeuc de La Chalotais, na segunda metade do século XVIII, ao considerar o acesso do povo à educação:

Nunca houve tantos estudantes como hoje. Inclusive a gente do povo quer estudar. Os irmãos da religião cristã chamados os *Ignorantis* estão realizando uma política fatal. Ensinam a ler e a escrever aqueles que só deveriam aprender a desenhar e manejar instrumentos e já não querem mais fazer isso. Para o bem da sociedade, os conhecimentos do povo não podem ir além do necessário para a sua própria ocupação cotidiana. Todo homem que olhar mais longe de sua rotina diária nunca será capaz de continuar pacientemente e atentamente essa rotina. Entre o povo baixo é necessário que saibam ler e escrever apenas os que têm ofícios que requeiram essa perícia¹¹.

¹¹ La Chalotais apud Coggiola (2003, p. 316).

Inegavelmente, e por que não também dizer infelizmente, tal raciocínio tem se perpetuado entre alguns círculos sociais. Trata-se do legado oferecido pelo Estado capitalista liberal em que a especialização do homem contribuiu para a sua própria alienação, como já salientava o pensador alemão Karl Marx (1881-1883) em sua obra *O Capital* ¹².

A democracia (mais plena possível) somente pode ser alcançada pela superação das desigualdades entre os indivíduos. E é aí que o movimento de conscientização aparece como uma resposta, no plano educacional, à necessidade de uma autêntica mobilização democrática do povo brasileiro. Essa mobilização através da alfabetização não se propõe a objetivos políticos determinados, mas, sem nenhuma dúvida, resulta em uma crítica prática da tradicional situação de marginalidade em que se encontram as massas ¹³.

Thomas Marshall aduz que “a educação das crianças está diretamente relacionada com a cidadania [...]. O direito à educação é um direito social de cidadania genuíno porque o objetivo da educação durante a infância é moldar o adulto em perspectiva” ¹⁴.

A professora Ana Paula de Barcellos esclarece que a educação constitui, modernamente, pressuposto básico para a participação no âmbito do Estado, para o exercício da cidadania e para o ingresso no mercado produtivo ¹⁵.

Grife-se ainda o fato de que a educação é direito de todos, tendo o Poder Público e a sociedade o dever solidário de promovê-la.

A Constituição Federal destinou um capítulo especial para a educação, a cultura e o desporto. No que concerne ao primeiro direito, a Magna Carta estabelece:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

¹² Marx apud Moraes (2002, p. 17).

¹³ Freire, P. (1996, p. 26).

¹⁴ Marshall (1967, p. 73).

¹⁵ Barcellos (2002, p. 206).

Convém aqui ressaltar os ensinamentos de Jean Piaget sobre a relevância da educação para a formação do indivíduo:

[...] o indivíduo não poderia adquirir suas estruturas mentais mais essenciais sem uma contribuição exterior, a exigir um certo meio social de formação, e que em todos os níveis (desde os mais elementares até os mais altos) o fator social ou educativo constitui uma condição do desenvolvimento.¹⁶

A educação deve garantir a todos o pleno desenvolvimento de suas funções mentais e a aquisição dos conhecimentos, bem como dos valores morais que correspondam ao exercício dessas funções, até a adaptação à vida social atual.

Assim, no diapasão da Constituição, a Lei nº 9.394/1996, que estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional, dispõe que: “Art. 2º. A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o mercado de trabalho”.

Seguindo a teoria do mínimo existencial, a saúde também é um direito fundamental da pessoa humana, segundo os ditames do *caput* do Art. 6º da Constituição Federal, o qual tutela a saúde como um dos direitos sociais.

A Carta, ao tratar da ordem social, no Título VIII, definiu que: “Art. 196. 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 a sua promoção, proteção e recuperação”.

Para a Organização Mundial de Saúde (OMS), saúde não significa ausência de doença. Ao contrário, consiste num completo estado de bem-estar físico, mental e social do ser. Já o Conselho Federal de Medicina do Brasil, num conceito mais abrangente, define saúde como a resultante das adequadas condições de alimentação, habitação, saneamento, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde.

¹⁶ Piaget apud Maliska (2001, p. 157).

Neste tópico cabe ressaltar o bem jurídico imprescindível para a promoção e a preservação da saúde e da vida: meio ambiente.

A questão ambiental deixou de ser assunto irrelevante, tomando finalmente o seu devido lugar nas pautas que tratam de políticas públicas de saúde. As repercussões negativas provenientes do desenvolvimento inconseqüente das atividades econômicas por parte do homem sobre a natureza tem ensejado uma reflexão mais profunda sobre a matéria.

No Brasil, o ponto de partida sobre o tema foi a entrada em vigor da Política Nacional do Meio Ambiente, instituída pela Lei nº 6.938/1981, a qual estabeleceu os princípios e definiu as diretrizes a serem seguidas para a proteção do meio ambiente.

A Constituição da República de 1988, seguindo a índole da supracitada lei federal, destinou um capítulo inteiro para a tutela do meio ambiente, conforme o Art. 225: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Como leciona Élide Sá, o “ambiente sadio é inegavelmente um direito do homem”. E continua, ressaltando que “o Art. 11 do protocolo de São Salvador, de 1988, adicional à Convenção Americana dos Direitos Humanos, agasalhou a mesma regra. É a repetição temática decorrente de sua importância”¹⁷.

O primeiro passo a ser dado, na busca do equilíbrio ambiental, principalmente no que diz respeito às cidades, consiste na implantação de políticas públicas que tenham como objetivo a prestação de serviço de saneamento (Arts. 23, IX, 198, II, e 200 IV, da CF).

Juntamente com o saneamento básico, mister se faz a adoção de políticas públicas que visem a resolver a questão do *deficit* habitacional.

Como assevera Elida Séguin:

A Revolução Constitucionalista de 1930 deflagrou a industrialização e o êxodo rural no Brasil. Naquele tempo, menos de 30% da população vivia em cidades. A busca por melhores oportunidades de vida,

¹⁷ Sá (1998, p. 588).

que na cidade se representava com a possibilidade de emprego nas fábricas que se inauguravam, criou uma ilusão perversa.¹⁸

Verifica-se nessa narração que não se tratou de hipótese inédita, eis que o que ocorreu no Brasil já ocorrera na Europa no século XVIII, por ocasião da Revolução Industrial.

As pessoas abandonaram o campo na esperança de conseguir melhores condições de vida nas cidades. Além do inchaço populacional, a fome logo se transformou no grande flagelo social. Os imigrantes não conseguiram suprir a demanda por mão-de-obra nas indústrias, uma vez que não possuíam a devida qualificação técnica.

A única solução encontrada por aqueles que não conseguiram ingressar no mercado de trabalho foi a instalação em loteamentos clandestinos nos centros urbanos. Enquanto, por exemplo, nos países europeus verificou-se a instalação de bairros periféricos, no Brasil, o processo de favelização tornar-se-ia o principal traço marcante na construção de habitações por parte da classe marginalizada.

Dois fatores contribuíram para o rápido crescimento das favelas no Brasil: a falta de condições econômicas da classe menos favorecida para ocupar os imóveis regulares das cidades e a disseminação de loteamentos sem qualquer infra-estrutura básica por parte dos que se aproveitaram da situação social da época.

Atualmente, diante dos impactos sociais e ambientais causados pela ocupação irregular do solo urbano, a sociedade vem debatendo a necessidade de implantação de políticas públicas efetivas no combate a esse tipo de construção e no que diz respeito às redes de saneamento básico.

Outro ponto que tem estado em pauta se refere à necessidade de programas de financiamento para a casa própria para pessoas de baixa renda. Não há dúvida de que a burocracia criada pelas instituições oficiais tem colaborado para o crescimento dos bairros periféricos e das favelas.

O direito à moradia, consubstanciado constitucionalmente no direito à propriedade, no *caput* do Art. 5º, é condição *sine qua non* para uma vida digna.

Mas há também que ressaltar a existência de outras variáveis no crescimento acelerado das favelas, tais como a ausência de uma rede de transportes

¹⁸ Séguin (2002, p. 78).

que garanta às classes mais pobres o acesso ao local de trabalho com o menor gasto possível de recursos financeiros.

Por fim, na condição de mínimo existencial, o direito subjetivo ao acesso à Justiça é o instrumento sem o qual qualquer dos direitos ora enumerados torna-se inócuo. O acesso ao Poder Judiciário constitui o direito fundamental instrumentalizador das demais garantias fundamentais. Em um Estado Democrático de direito, devem ser assegurados mecanismos capazes de impor coativamente os preceitos constitucionais.

A Carta Magna estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (Art. 5º, XXXV). O direito subjetivo aqui tutelado é o único mecanismo posto à disposição dos cidadãos em caso de violação das normas constitucionais, bem como das infraconstitucionais.

É que nem sempre os direitos contidos no Art. 5º da Constituição podem ser exercidos. Como exemplo, toma-se o direito à vida e à saúde. Os portadores de doenças crônicas têm o direito de obter do Estado os medicamentos necessários ao seu tratamento, gratuitamente, na hipótese de hipossuficiência. Assim, na hipótese de negligência por parte da administração pública, fica facultado aos cidadãos o direito de acionar o Poder Judiciário, a fim de reivindicar o fornecimento dos remédios.

Aqui se encontra um ponto essencial ao exercício da cidadania pelas classes menos favorecidas. Trata-se da assistência jurídica integral, conforme dispõe o inciso LXXIV do Art. 5º: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

O dispositivo constitucional supramencionado teve como fonte inspiradora a Lei nº 1.060/1950, conhecida como Lei de Assistência Judiciária, garantindo seu gozo a todo aquele que não tiver condições financeiras de arcar com as despesas judiciais e honorários advocatícios (Art. 2º).

Grife-se que a concessão da gratuidade de justiça deve ser deferida pelo magistrado ao hipossuficiente. Diga-se aqui que a parte requerente do referido benefício não necessita ser miserável para poder ser beneficiada com a assistência jurídica, como equivocadamente alguns magistrados têm entendido.

Ademais, a assistência jurídica integral consagrada pela Constituição Federal de 1988 não diz respeito somente às custas do próprio processo judicial, mas também às demais despesas, como os honorários de perito e emolumentos referentes aos atos praticados nos Registros Gerais de Imóveis. Isso visa garantir que a pessoa reconhecida como hipossuficiente, que venha a

herdar um imóvel, v.g., tenha condições de efetuar o registro definitivo no cartório competente, em seu próprio nome.

O professor Nelson Nery Júnior, utilizando-se da jurisprudência pátria, ensina que “o simples fato de alguém ser possuidor ou proprietário de um imóvel não o impede de receber os benefícios da assistência judiciária”¹⁹.

Outro ponto que merece ser destacado se refere à prestação da assistência jurídica aos hipossuficientes. Esta será exercida pela Defensoria Pública dos estados federados ou por profissionais regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, o qual terá direito a receber os honorários convencionados, os fixados por arbitramento judicial e os de sucumbência, consoante o disposto no Art. 22 da Lei nº 8.906/1994.

Cabe ainda assinalar que o papel do advogado no Estado Democrático de Direito constitui um imprescindível instrumento do exercício de cidadania, estando a garantia da inviolabilidade de seus atos tutelada pelo Art. 133 do Pacto Social de 1988.

Ademais, a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, instituídos pela Lei nº 9.099/1995, também constitui um considerável avanço para o exercício dos direitos do cidadão. Estes foram instituídos com a finalidade de materializar os princípios da celeridade e economia processual. Todavia, em razão da falta de pessoal e de equipamentos que possam atender ao crescente número de ações judiciais, os Juizados Especiais têm deixado de cumprir a sua finalidade, o que tem ensejado descrença por parte da sociedade no cumprimento de seus direitos. Espera-se, no entanto, que seja dada a merecida solução ao problema, o mais breve possível. Até lá, há de se preservar a efetividade dos direitos inerentes à cidadania, uma vez que, apesar do reconhecimento constitucional de tais direitos, a sua violação tem sido constante.

É de suma importância a compreensão de que direitos fundamentais e cidadania são conceitos diferentes mas indissociáveis. Um Estado Democrático de Direito somente se materializa através da observância desses conceitos em toda a sua plenitude.

No mais, o enfoque oferecido à cidadania possui extrema relevância para a questão da segurança pública das metrópoles, conforme se poderá depreender na leitura da próxima seção.

¹⁹ Nery Junior e Andrade Nery (2002, p. 1492).

A SEGURANÇA PÚBLICA NAS METRÓPOLES

Estado e controle social: uma história de exclusão

Na definição de Ballores Pallieri, Estado é uma ordenação que tem por fim específico e essencial a regulamentação global das relações sociais entre os membros de uma dada população, na qual a ordenação expressa a idéia de poder soberano, institucionalizado²⁰. O Estado é composto de quatro elementos essenciais: poder soberano, povo, território e fim, sendo este último consubstanciado em uma Constituição escrita.

Historicamente, o Estado pode ser compreendido sob os pensamentos de Thomas Hobbes (1588-1679) e Jean-Jacques Rousseau (1712-1778).

Hobbes tratou de refletir sobre a origem do Estado. Ao escrever *Leviatã*, o pensador inglês entendeu ser de anarquia a situação deixada pelos homens a si próprios. O direito de natureza, a que os autores da época geralmente chamavam de *jus naturale*, foi criticado por Hobbes. Segundo ele, os interesses egoístas dominariam os homens, tornando-os lobos para com outros homens (*homo homini lupus*), o que levaria a um estado de insegurança, angústia e medo.

Para superar essa situação de caos, os homens deveriam abdicar de suas próprias vontades em favor de “um homem ou de uma assembléia de homens, como representantes de suas próprias pessoas”.

Contudo, por ter sido afortunado com o apoio da nobreza para estudar, tendo em vista que era de origem pobre, Hobbes concebia o Estado a partir de idéias conservadoras e absolutistas. Para ele, uma vez que os homens houvessem pactuado entre si, caberia ao soberano julgar sobre o bem e o mal, sobre o justo e o injusto.

Já Rousseau, francês de origem humilde, autor de *O Contrato Social*, defendia a idéia de que mesmo que o pacto fosse aceito pelos homens, de maneira unânime, estes jamais perderiam suas próprias soberanias. Ao contrário de Hobbes, esse pensador entendia que o soberano seria o corpo coletivo que expressaria, através da lei, a vontade geral. Para ele, o que vale é o interesse da maioria.

²⁰ Pallieri apud Silva (1995, p. 99-100).

As bases filosóficas deixadas pelos pensadores possuem grande relevância quando se pretende compreender os conceitos de legitimidade e legalidade que orientam Estado e governo.

A partir desses dois conceitos, o Estado possui legitimidade para exercer o controle social, dentro da legalidade a que está adstrito. Sua finalidade é garantir a coexistência pacífica entre os indivíduos.

Interessante analisar o controle que o Estado tem exercido sobre a sociedade, através dos tempos, sobretudo no Brasil, em que se configura o cenário escolhido para este trabalho.

Ao analisar o controle social exercido na cidade do Rio de Janeiro, no período pós-abolicionista e no contexto atual, pós-ditadura, Gizlene Neder teceu as seguintes considerações:

As estratégias formais de controle social no Estado republicano forjaram, desde 1890-91, e mais elaboradamente a partir da década de 1920 (quando do exercício da Chefia de Polícia por Aurelio Leal), um *modus vivendi* na cidade do Rio de Janeiro garantidor da exclusão dos trabalhadores pobres e negros que são apartados da cidade, nos morros e periferias. Criou-se, assim, uma forma específica de relacionamento entre a *cidade quilombada* e a *cidade européia*, inscrito sobretudo num padrão racista, repressivo-inibidor do livre trânsito de todos os “cidadãos brasileiros” (conforme os ditames constitucionais de 1891) pela cidade. Assim, a *cidade européia* pouco conhece a *cidade quilombada*. O mesmo não se pode dizer do contrário. [...] mecanismos de controle social repressivos (policial e judicial) são construídos historicamente, erigidos verdadeiramente invisíveis entre as duas cidades.²¹

O dilema do Estado pós-abolicionista foi estabelecer formas de controle social para uma massa de ex-escravos, recém-libertos, os quais, sem terem como se sustentar e sem lugar para irem, tornaram-se um “estorvo” para a classe burguesa.

Como aduz a referida escritora, *As Conferências Judiciário-Policiais*, realizadas a partir do ano de 1917, se concentraram em discutir questões referentes ao abandono de crianças, prostituição, jogo do bicho e agitação política.

²¹ Neder (1994, p. 36).

Cabe ressaltar que nessa época a cidade do Rio de Janeiro era a capital federal, vitrine para o restante do país e para o mundo, assim como tem sido até os dias atuais. Tudo que acontece nessa cidade sempre ganha notável repercussão.

As conclusões da referida conferência sugeriram o disciplinamento do espaço urbano em conformidade com os segmentos sociais analisados. Dessa forma, as prostitutas deveriam ocupar a zona do mangue (zona portuária), ao passo que os desocupados (*malandros, vagabundos* etc.) seriam tolerados na região compreendida entre os bairros da Lapa e do Estácio. Ou seja, a principal preocupação da elite carioca consistia em manter a *cidade européia* protegida das influências das áreas *quilombadas*.

Esse modelo de controle social foi adotado pelas autoridades públicas ao longo do século XX, como forma de atender às reclamações da pequena burguesia urbana quanto à disciplina, ordem e repressão.

Por toda a história brasileira, desde a colonização, a elite sempre fez questão de lutar pela separação entre as raças e as classes sociais. Além da população européia, a sociedade nacional foi constituída por negros escravizados e índios. Mas, nem mesmo a “influência africana” e a “mística sensual islâmica” sobre o povo português²² contribuíram para que o colono aceitasse conviver com outras raças.

Aliás, os valores culturais trazidos pelo colono português serviriam de paradigma de relacionamento social, inclusive no que diz respeito à questão da violência. Não raro eram as famílias e os mestres que aplicavam como castigo métodos de “educação” que envolviam palmatórias, relhos e outros acessórios às crianças, assim como os patrões também tinham o direito de surrar seus criados.

Interessante ainda é o relato histórico de Gizlene Neder sobre o que chama de “pedagogia da violência”:

Desde a influência dos colonizadores portugueses que se amontoavam nas praças de Lisboa para “festejar” autos-de-fé e comprazer-se com a queima de judeus, cujos ossos tinham sido previamente quebrados, conforme os preceitos da Inquisição [...] tortura de escravos, esquartejamento de rebeldes pelas autoridades coloniais, a “república flo-

²² Freire, G. (1983, p. 6).

rianista” e seus “castelhanos”, peritos na arte da degola; o Estado Novo e seus métodos importados da Itália fascista; o regime de 1964 e seus médicos, psicólogos e especialistas em técnicas de aplicação de choques elétricos.²³

Observa-se, portanto, que não faltam exemplos históricos da prática de tortura. Esta sempre foi tolerada como justificativa para correções de atos inconvenientes. A sociedade foi condicionada (doutrinada) pelas autoridades, com o papel de defender exclusivamente os interesses da classe dominante, a aceitar a prática da violência em seu cotidiano. Torturar negros, judeus e opositores políticos era aceitável, na medida em que tal prática se voltava contra “peças” (já que os escravos tinham o *status* de coisa), hereges ou infiéis, assim como subversivos.

Aliás, esse será o modelo de relacionamento entre as classes no Brasil. Desde a colonização até os dias atuais, a sociedade tem sido educada para negar direitos à denominada minoria. Esse raciocínio contribui para que os indivíduos vejam a si mesmos de forma seletiva. A distinção entre “nós” e “eles” tem sido o produto daquela ideologia, o que gera reflexos sobre a compreensão do que realmente é cidadania. Daí, o motivo pelo qual surge a falsa noção de que a cidadania é concedida e não reconhecida (como deveria ser) pela ordem social e política. Isso tem contribuído para que as classes menos favorecidas entendam como favor (e não como direito) a educação, a assistência à rede pública de saúde, a moradia etc.

Até o presente momento, têm-se enumerado os efeitos da crise social: superpopulação nas cidades, desemprego, miséria, falta de rede de saneamento básico, violência e criminalidade etc. Contudo, já é chegada a hora de se partir do real conceito de cidadania ativa e participativa, em vez de submetê-la à discricionariedade (conveniência e oportunidade) da administração pública.

Nesse contexto, seria imprescindível uma maior atenção para a questão dos jovens. Crianças e adolescentes pedindo esmolas e cometendo delitos nos sinais de trânsito das cidades já fazem parte do cotidiano.

Diante de tal realidade, cabe a seguinte pergunta: o que esperar do cidadão de amanhã se não conseguimos dar o mínimo essencial à criança de hoje?

²³ Neder (1994, p. 56).

Trata-se aqui do que já foi mencionado anteriormente, nas palavras de Marshall, de “moldar o adulto em perspectiva”²⁴.

A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelece que:

Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

O referido Estatuto ainda dispõe ser de responsabilidade solidária da família, da sociedade, da comunidade em geral e do Poder Público o dever de garantir à criança e ao adolescente as condições para o seu desenvolvimento (Art. 4º).

Mas é nesse ponto que se volta para o início de todo o problema. Famílias que não tenham acesso aos meios básicos de sobrevivência sequer terão condições de proporcionar as condições necessárias para o desenvolvimento de seus filhos. Ignorância e falta de estabilidade emocional também têm colaborado para o agravamento desse perverso cenário familiar.

Enquanto isso, o Poder Público tem-se mostrado ineficiente em tratar da questão dos jovens, inclusive dos que praticam atos infracionais. As crianças e adolescentes em situação de risco têm sido submetidos ao mesmo tratamento dado aos adultos. Os abrigos para crianças abandonadas e os institutos para menores infratores, assim como os presídios, tornaram-se meros depósitos de gente.

O que se verifica é o funcionamento de um círculo vicioso, em que a grande maioria dos que cometem delitos (atos infracionais, crimes e contravenções) não recebem qualquer atenção especial. A verdade tem-se mostrado nefasta. O indivíduo que comete um delito vai para a cadeia e divide espaço com outros considerados de alta periculosidade. Após passar um tempo nas popularmente chamadas “universidades do crime”, o apenado volta para o meio social sem qualquer perspectiva. No final, todos pagam; infratores ou não.

²⁴ Marshall (1967, p. 73).

Segurança pública: um caso de polícia

Ao tratar da defesa do Estado e das instituições democráticas, a Constituição Federal de 1988 dispõe sobre a segurança pública no Capítulo III do Título V.

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I – polícia federal;

II – polícia rodoviária federal;

III – polícia ferroviária federal;

IV – polícias civis;

V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Grife-se aqui que a Constituição Federal define como responsabilidade solidária das polícias, nos âmbitos federal e estadual, e do corpo de bombeiros a tarefa de garantir a segurança pública.

O mestre José Afonso da Silva, ao abordar a segurança pública e sua relação com a convivência pacífica entre os membros da sociedade, traça as seguintes considerações:

A segurança pública consiste numa situação de preservação ou restabelecimento dessa convivência social que permite que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outrem, salvo nos limites de gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses.²⁵

Mas é interessante notar que o papel da polícia na manutenção da segurança pública tem sua origem no final do período escravocrata no Brasil. Durante aquele período, o controle da massa de escravos era exercido no interior das fazendas pelos capatazes e capitães-do-mato.

²⁵ Silva (1995, p. 710).

Com a abolição da escravidão, a grande massa de negros e mestiços deslocou-se rumo às cidades, provocando um verdadeiro *medo branco*, o que levou a burguesia que habitava a *cidade européia* a clamar pela repressão contra a massa de *malandros*.

Assim, diante da nova realidade, a primeira Escola de Polícia do Rio de Janeiro foi criada em 1912, como meio de reformar o sistema de segurança implantado do início do período republicano.

Juntamente com a reestruturação da polícia da cidade do Rio de Janeiro, as autoridades adotariam também um Código Penal novo, baseado no sistema de Auburn, combinado com o da Filadélfia (EUA).

É também nessa época que o espaço urbano das cidades será transformado para absorver a massa de ex-escravos e pobres. O controle social passa a ser exercido pela polícia com o principal objetivo de manter essa massa longe dos bairros burgueses.

Assim, verifica-se através da história que o papel da polícia sempre consistiu em manter a *malandragem* em determinadas zonas preestabelecidas da cidade, com a justificativa de manter a ordem.

Dois acontecimentos históricos ainda contribuíram para consolidar o papel repressivo desempenhado pela polícia brasileira: o advento do Estado Novo, de Getúlio Vargas, e a Ditadura Militar da década de 1960.

Além do autoritarismo exercido nas ruas, a prática da tortura pela autoridades policiais logo se tornaria uma prática usual. Tudo isso seria consolidado tanto pela “polícia de Vargas”, como ficou conhecida (inspirada na polícia fascista), quanto pela edição do Ato Institucional nº 5, um dos marcos verdadeiros na violação dos direitos humanos sob a tutela do Estado.

No ano de 1969, sob o lema “Segurança e Desenvolvimento”, Médici deu início ao período de mais absoluta repressão, violência e supressão das liberdades civis da história republicana. Desenvolveu-se um aparato de “órgãos de segurança”, com características de poder autônomo, que levou aos cárceres políticos milhares de cidadãos, transformando a tortura e o assassinato numa rotina²⁶.

Mesmo com a abertura do regime político autoritário, na década de 1980, as práticas do “bate e depois pergunta” ainda hoje são executadas pela polícia.

²⁶ Arns (1986, p. 63).

Lamentavelmente, tem-se presenciado a mesma cena durante todos esses anos. Os que são tidos como simples suspeitos são submetidos a constrangimentos. Os negros e os pobres ainda continuam a ser o grande alvo de tais práticas policiais. Isso sem deixar de mencionar as execuções sumárias realizadas por integrantes das polícias, quase cotidianamente noticiadas pelos jornais.

A repressão ao crime tem sido exercida de modo brutal, pontual e isolado. As autoridades policiais procuram deter os infratores dadas as contingências de cada momento. A implantação de uma “polícia inteligente”, cuja tarefa inicial seria investigar a fundo as ramificações das organizações criminosas e suas atividades, ainda é um sonho distante da realidade.

Armas e drogas: impactos da globalização

O tráfico de entorpecentes atingiu proporções tais que a metodologia de combate ao crime empregada pelas autoridades públicas não surte mais efeito. O comércio internacional de narcóticos transformou-se na maior praga do século XX.

O fenômeno do narcotráfico, que adquiriu nas últimas décadas relevância especial nas relações interamericanas, situa-se na intersecção de uma série de problemas: queda de preços de *commodities* agrícolas, desestruturação de aparelhos do Estado, emergência de “paraísos financeiros”, atuação de movimentos de guerrilha, estratégia internacional antidrogas dos Estados Unidos²⁷.

Na América do Sul, a produção de drogas em larga escala ocorreu a partir da década de 1970, substituindo outras culturas agrícolas em países como Bolívia e Colômbia, em virtude da brusca queda dos preços desses produtos no mercado internacional. Paralelamente, verificou-se o crescimento do consumo da cocaína nos Estados Unidos e na Europa.

Assim como nos demais países da América Latina, o Brasil também sofreria as nefastas repercussões do cultivo e tráfico de drogas a partir da década de 1980, no exato momento em que organizações criminosas começaram a ganhar força. De lá para cá, o fenômeno do narcotráfico vem crescendo em proporções catastróficas.

²⁷ Magnoli (2002, p. 262).

Como fenômeno do processo de globalização, o comércio internacional de drogas não conhece fronteiras. No Brasil não são raros os caminhos que propiciam a entrada das drogas em território nacional, seja por meio das fronteiras com outros países da América do Sul seja por seu extenso litoral.

Em razão das dimensões territoriais do Brasil e de suas fronteiras, as polícias militar e civil nos estados e a polícia federal necessitam atuar de forma integrada. Experiências isoladas têm demonstrado a eficácia da repressão baseada em métodos de investigação, em vez de atos pontuais, os quais, muitas vezes, põem em risco a vida de pessoas inocentes. No entanto, a implementação de um trabalho integrado e investigativo pelas polícias civil e federal pode se chocar com determinados interesses particulares. Afinal, não cessam as notícias que atestam a repressão de crimes praticados pelas classes mais abastadas da sociedade.

É justamente neste ponto que cabe fazer a seguinte pergunta: “qual a polícia que a sociedade tem à sua disposição e qual a que realmente lhe interessa?”

A problemática se refere principalmente à questão da corrupção policial, corriqueiramente denunciada pelos meios de comunicação e pelo terceiro setor. A redução dos índices de policiais envolvidos com práticas ilegais depende da transformação da cultura da própria sociedade.

O fato que merece ser citado diz respeito à mobilização do contingente das forças armadas nas ruas das metrópoles em épocas de crises mais graves. Tal medida também consiste em uma solução pontual para um problema crônico. As forças armadas certamente desempenharão melhor o seu papel de defesa da ordem pública mediante a vigilância das imensas fronteiras e litoral deste país. O mesmo deve ocorrer em relação às rodovias, com a atuação da polícia competente, a fim de impedir o trânsito de substâncias ilícitas rumo às cidades. Desse modo, impedir-se-ia que as drogas e as armas chegassem às favelas, assim como aos condomínios de classe média.

Lamentavelmente, o controle social continua a ser exercido mais intensamente nas *cidades quilombadas*, ou seja, nas favelas e na periferia. Tal prática reforça a idéia de que a polícia foi criada para manter a segurança da classe burguesa. Trata-se, pois, de deixar as “coisas nos seus devidos lugares”. Todavia, os delitos cometidos por pessoas da classe média já têm tomado conta dos noticiários.

No que concerne ao problema do comércio de armas, consiste num ramo altamente rentável da economia mundial. Afinal, pode-se tomar claramente

o século XX como o mais conflituoso dentre todos. Para tanto, basta uma leitura cronológica sobre os conflitos armados no decorrer daquele século.

Fator preponderante da circulação de armas pelo mundo foi a chamada Guerra Fria, envolvendo os países alinhados aos Estados Unidos, de um lado, e à então União Soviética, de outro.

Após a Segunda Guerra Mundial, esses países buscaram garantir a hegemonia em todos os recantos do globo terrestre, ainda que milhares de vidas humanas tivessem sido sacrificadas, paradoxalmente em concomitância com a ratificação da Declaração das Nações Unidas de 1948.

Contudo, os discursos nem sempre foram muito claros. Tome-se como exemplo a Suíça, país que durante o século XX declara-se neutro, diante inclusive dos dois violentos conflitos mundiais, mas que possui uma das maiores fábricas de armas do mundo. Não obstante a neutralidade daquela nação, freqüentemente as forças policiais brasileiras conseguem capturar nas mãos de traficantes de drogas das favelas várias armas de todos os calibres lá fabricadas.

Inúmeras armas das mais diversas origens (EUA, Europa, Israel etc.) têm entrado no Brasil. Um dos maiores problemas enfrentados pelos países do Mercosul, principalmente o Brasil, no que tange à segurança pública, diz respeito ao ingresso de drogas e armas através da fronteira com o Paraguai. Trata-se, pois, de um dos maiores desafios das relações internacionais que envolvem os países sul-americanos. É de suma importância que se estabeleçam políticas conjuntas que impeçam o trânsito de armas na América do Sul, assim como a sua circulação transfronteiriça.

Entretanto, a segurança nos aeroportos também deve ser reforçada, a fim de que substâncias e materiais nocivos à sociedade sejam barrados. Caso contrário, continuarão os conflitos, quotidianamente noticiados pela mídia.

Mas, que fique claro nessa oportunidade que o armamento não se encontra somente nas mãos de criminosos que habitam as favelas ou as periferias. A sensação de ausência do Estado contribui para que as classes mais favorecidas se utilizem de armas, com o intuito de se sentirem mais seguras, ainda que equivocadamente.

Talvez a mobilização nacional referente à política do desarmamento seja um primeiro passo, mas não se pode perder de vista que ainda há muito a ser feito com relação ao convencimento da população de que a utilização indiscriminada de armas não significa viver com mais segurança. Afinal, é atri-

buição exclusiva do Estado a manutenção da ordem pública e da paz social, cabendo à sociedade exigir dos agentes públicos um melhor desempenho de suas funções.

Outra questão relevante para a segurança pública se refere à situação dos presídios no Brasil, que constitui um outro problema a ser enfrentado.

O sistema penitenciário no Brasil

O que habita no esconderijo do Altíssimo
e descansa à sombra do Onipotente diz ao Senhor:
Deus meu, em quem confio.
Pois ele te livrará do laço do passarinho
e da peste perniciosa.
Cobrir-te-á com as suas penas
e, sob suas asas, estarás seguro;
a sua verdade é pavês e escudo.
Não te assustarás do terror noturno,
nem da seta que voa de dia,
nem da peste que se propaga nas trevas,
nem da mortandade
que assola ao meio-dia.
Caíam mil ao teu lado,
e dez mil, à tua direita;
tu não serás atingido.
(Bíblia: Salmo 91)

Esse trecho da Bíblia foi lido pelo detento com o pseudônimo de Dadá, em sua própria cela, logo após o massacre promovido pelas autoridades policiais na Casa de Detenção de São Paulo.

No dia 2 de outubro de 1992, a polícia militar precisou apenas de meia hora para intervir e restaurar a ordem, após uma briga entre facções rivais. Como saldo, cento e onze presos foram brutalmente massacrados pelos invasores, com um toque especial de sadismo.

Ao escapar do incidente com vida, o detento apelidado de Dadá fez o seguinte relato:

Um policial abriu o guichezinho da porta, enfiou a metralhadora e gritou: Surpresa, chegou o diabo para carregar vocês para o inferno! Deu rajadas para lá e para cá. Encheu o barraco de fumaça, maior cheirão de pólvora. Só fui perceber que estava vivo quando senti um quente pingando nas costas. Era sangue, na hora até pensei que fosse meu. Olhei para os parceiros, tudo esfumaçado, furado de bala, pondo sangue pela boca. Morreram onze, escapei só eu, com um tiro de raspão no pescoço, e um companheiro da Cohab de Itaquera, ó, ileso, maior sorte.²⁸

A monstruosidade do episódio ocorrido na citada casa de detenção põe a nu o quadro dramático de acirramento de contradições vivenciadas pela sociedade brasileira nas últimas décadas. Entretanto, tais contradições têm origem histórica ainda não lembrada quando se aborda o problema²⁹.

Situação parecida com a Casa de Detenção de São Paulo ocorreu no ano de 2004, quando detentos da Casa de Custódia de Benfica, no Rio de Janeiro, após uma rebelião, tomaram conta de seus andares e salas. O final também foi trágico. Além dos mortos, parentes dos presos ficaram dias sem saber dos destinos de seus familiares.

A rebelião na Casa de Custódia de Benfica somente terminou graças à intervenção do Terceiro Setor, já que os detentos haviam negado qualquer forma de diálogo com as autoridades públicas.

Nesse contexto, assinale-se que o sistema penal brasileiro tem se revelado de caráter *seletivista*, atingindo na sua grande maioria pobres, negros e nordestinos (imigrantes menos afortunados), jovens e do sexo masculino. Daí, perfeitamente compreensível (mas não aceitável) o genocídio praticado pelos policiais no incidente das casas de detenção do país.

Conforme elucida Gizlene Neder:

Trata-se, de fato, de uma prática de extermínio ideológico. Diferentemente do extermínio mercenário, o extermínio ideológico implica a formação de um discurso justificador destas práticas, calcado numa

²⁸ Detento Dadá apud Varella (1999, p. 287).

²⁹ Neder (1994, p. 11).

concepção racista e xenófoba de “limpeza social”, tão em voga nos tempos atuais.³⁰

Trata-se aqui, pois, da materialização do famoso discurso político promovido por um candidato a uma das cadeiras eletivas da Câmara Municipal do Rio de Janeiro durante a década de 1990, o qual afirmava que “bandido bom é bandido morto”.

Portanto, é inegável que o tratamento dispensado aos presos neste país tem repercutido sobre a própria sociedade.

Como já foi oportunamente aduzido, a política prisional praticada pela administração pública não tem surtido os efeitos adequados. A realidade que se apresenta é a manutenção das casas de custódia, delegacias, presídios e até mesmo instituições para menores infratores como verdadeiros depósitos de gente, tal como se fazia nos campos de concentração nazistas nas décadas de 1930 e 1940, o que viola o Art. 5º, XLVIII, da Carta de 1988 (“A pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”).

A pena perde seu caráter ressocializador, admitindo-se somente o seu caráter meramente punitivo, na medida em que não são oferecidas condições de transformação dos detentos. O fato de ter sido condenado não retira do preso os direitos inerentes à pessoa humana, o que obriga o Estado a práticas que visem à dignidade daquele. Ou seja, trata-se aqui de cumprir o que está previsto no Art. 40 da Lei de Execução Penal, compreendendo alimentação suficiente e vestuário; atribuição de trabalho e sua remuneração; previdência social; constituição de pecúnia; proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, descanso e recreação, exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; etc.

Contudo, para os que conhecem a realidade das prisões, a longa enumeração de direitos que aparecem na lei gera um natural ceticismo. Essa realidade, realmente, conduz à perplexidade, porque necessariamente estabelece um sistema de poder conflitivo e arbitrário, que não se ajusta com facilidade ao esquema de direitos e deveres³¹.

³⁰ Neder (1994, p. 12).

³¹ Fragoso (1996, p. 302).

Em vez da aplicação de uma política prisional eficaz, as autoridades públicas têm fechado os olhos para o principal foco do problema. Bastaria utilizar os recursos disponíveis para a adequação do sistema penitenciário no Brasil, ainda que o resultado almejado fosse alcançado a longo prazo.

Enquanto não se modificar a realidade que aí se apresenta, a população continuará a assistir a massacres em delegacias e em presídios; confrontos armados entre policiais e criminosos, em meio à população civil; indivíduos, mesmo cumprindo pena nos chamados presídios de segurança máxima, utilizando aparelhos de telefonia celular, drogas e armas.

CONCLUSÃO

As conclusões a que se pode chegar, com o presente trabalho, podem ser orientadas a partir da real compreensão do conceito de cidadania e sua relação com os direitos fundamentais, considerando-se os fatores históricos, culturais e sociais.

A relação que se estabelece entre os direitos fundamentais da pessoa humana, cidadania e segurança pública é de profunda intimidade. A análise de um desses pontos sem a sua conexão com outro levaria o leitor a uma visão fragmentada e errônea sobre o tema.

Os direitos fundamentais, reconhecidos pela ordem constitucional, são o ponto de partida quando se pretende falar de dignidade da pessoa humana. E, ao contrário do que se possa acreditar, os direitos e garantias individuais, sociais e políticos, consubstanciados na Carta Magna de 1988, devem ser interpretados como elementos indissociáveis, a partir de uma interpretação sistemática e coerente.

Por esse motivo, a cidadania não pode ser encarada somente com base no elemento político. Isso levaria ao entendimento de que os que não possuem capacidade política plena (eleger e ser eleito) não podem reivindicar seus direitos, em todas as suas plenitudes. Afinal, contemporaneamente a cidadania vem sendo entendida como a conjunção dos elementos civis, políticos e sociais.

Cidadania e dignidade são atributos inerentes a toda pessoa humana, alcançados à medida que o mínimo existencial (direito à educação, à moradia, à saúde e à assistência jurídica integral) se torne efetivo.

No entanto, a história tem demonstrado a cidadania como um atributo pertencente apenas a uma determinada classe social. Tal realidade se perfaz

na maneira como as classes menos favorecidas recebem tratamento. Ainda há grupos que, arvorando-se de determinadas faculdades, têm decidido quem pode ou não gozar dos direitos de cidadania.

É nesse embate que o Estado Democrático de Direito, bem como toda a sociedade, possuem o dever solidário de promover as transformações necessárias, com o intuito de que todos os indivíduos, sem qualquer distinção, possam desfrutar do que se tem entendido como o mínimo existencial.

O Estado não é um fim em si mesmo. Por tal razão, em vez de políticas assistencialistas, o que se impõe é a implementação de políticas participativas, em que todos possam saber e exercer seus direitos, bem como seus deveres.

Quanto à questão da segurança pública nas metrópoles, há que fazer uma breve digressão no tempo. A migração da população rural para as cidades no Brasil, desde o fim da escravidão, significou o início do caos social. A falta de preparo da massa rural e a ausência de adequada infra-estrutura dos centros urbanos proporcionaram a polaridade social que se apresenta até os dias atuais.

O crescimento populacional no país, que em poucas décadas dobrou (segundo as últimas estatísticas do IBGE), a falta de uma política habitacional para as classes de baixa renda, o desemprego e o *deficit* educacional inviabilizam qualquer possibilidade de melhoria. E a ausência de perspectivas se coaduna com o abandono das crianças e dos adolescentes.

É nesse particular que o crime tem sido um elemento sedutor, sobretudo para as classes de baixa renda, arrebanhando especialmente os mais jovens. Uma ou duas gerações quase inteiras estarão (se já não estão) perdidas em um breve espaço de tempo. Alia-se a isso um sistema policial-jurídico repressor ineficaz. Há urgência em adotar novos paradigmas para o sistema penitenciário, bem como para as próprias polícias, responsáveis pelo controle social.

No que concerne ao sistema penitenciário no Brasil, mister se faz uma modificação, a fim de fazer cumprir o que está estabelecido na Constituição Federal de 1988 e na Lei de Execuções Penais.

É inadmissível que este Estado Democrático de Direito, signatário das convenções internacionais sobre direitos humanos, seja alvo de constantes menções reprovadoras por parte das organizações que tratam da matéria.

Há que ficar bem claro que os direitos humanos não existem somente para “bandidos”, como a sociedade tem sido manipulada a pensar. Afinal, não se deve esquecer que, em um passado ainda muito recente da história brasileira, pessoas tidas como “subversivas” eram presas e torturadas.

Garantir a integridade física e moral de todos os cidadãos, condenados ou não, constitui corolário do Estado contemporâneo.

Ademais, a pena não pode e não deve perder o seu caráter ressocializador. A mera aplicação punitiva/retributiva não se tem mostrado eficaz no combate ao crime. A ressocialização do apenado só será eficaz a partir do instante em que o Poder Público e a sociedade compreenderem que a cidadania não se perde, ainda que se tenha transgredido o sistema.

No que diz respeito à polícia, o Poder Público, mediante a cobrança por parte da sociedade civil organizada, tem a árdua (mais não impossível) tarefa de modificar os métodos de trabalho e a manutenção de seu corpo. Questões como recrutamento, treinamento e sustento de policiais devem ser consideradas de maneira complexa. Os integrantes do corpo policial devem ser escolhidos levando-se em consideração sua formação moral, ética e psicológica. Eles também devem ser treinados e educados para que tenham condições de compreender o seu verdadeiro papel. A truculência e a corrupção são produtos de uma política débil. O modelo de controle social empregado no período da ditadura militar lamentavelmente continua a ser empregado nos dias atuais.

Quanto à sua subsistência, a polícia deve receber remuneração condigna com sua função social, além de constante apoio psicológico. Afinal, trata-se do corpo de profissionais que tem como dever garantir não só a ordem e a disciplina mas também a segurança de toda a coletividade.

A questão das polícias se torna iminente a partir da própria necessidade de combater o constante fluxo de drogas rumo às cidades brasileiras. Somente com uma atuação integrada e inteligente, e não truculenta e pontual, o quadro atual do narcotráfico em solo nacional poderia ser modificado.

A cidadania e a segurança pública são temas complexos, merecedores de uma profunda reflexão. Mas, uma vez que o Poder Público e a sociedade, de maneira solidária, se disponham a debater o verdadeiro significado da palavra cidadania, os resultados certamente tenderão a ser melhores.

REFERÊNCIAS

- ARNS, Dom Paulo Evaristo. *Brasil: Nunca Mais*. Rio de Janeiro: Vozes, 1986.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado 1988.

_____. Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados.

_____. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular.

_____. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

_____. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil.

_____. Lei nº 9.099, 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

_____. Lei nº 9.394, de 1996. Dispõe sobre as diretrizes e bases da educação nacional e dá outras providências.

CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997.

COGGIOLA, Osvaldo. Autodeterminação Nacional. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. *História da Cidadania*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003. p. 311-342.

DEMO, Pedro. *Política Social, Educação e Cidadania*. São Paulo: Papirus, 1996.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

FREIRE, Gilberto. *Casa-Grande e Senzala*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1983.

FREIRE, Paulo. *Educação como Prática da Liberdade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1974. Coleção Os Pensadores.

MAGNOLI, Demétrio. *Questões Internacionais Contemporâneas*. Brasília: Funag, 2002.

MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e à Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MORAES, José Geraldo Vinci de. *História Geral Contemporânea (Séculos XVIII-XX)*. Manual do candidato do Instituto Rio Branco. Brasília: Funag, 2002.

NEDER, Gizlene. *Violência e Cidadania*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo: RT, 2002.

PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. *História da Cidadania*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social: discurso sobre as origens e os fundamentos das desigualdades entre os homens e outros*. São Paulo: Abril Cultural, 1974. Coleção Os Pensadores.

SÁ, Elida. A Questão Urbana e Ambiental. *Boletim de Direito Municipal*, Rio de Janeiro, out. 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SÉGUIN, Elida. *Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo. *Os Direitos Humanos e a Tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

VARELLA, Drauzio. *Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

Robert Lee Segal é Advogado, Mestre em Educação pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e Doutorando em Educação pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.

35° PRÊMIO JURÍDICO, 2005
"Paulo Fontenelle"

A tutela jurídica do consumidor

BANCA

Dra. Heloisa Carpena

Dra. Marcella Lopes de Carvalho Pessanha Oliboni

Dr. Paulo Pessoa

VENCEDORA

Dra. Roberta Barcellos Danenberg

A tutela jurídica do consumidor superendividado

Roberta Barcellos Danenberg

INTRODUÇÃO

O tema do superendividamento não é novo, pois o instituto da insolvência civil é deveras antigo no Direito. A novidade nesse campo está relacionada à política de proteção à pessoa que se encontra com excesso de dívidas, trazendo prejuízo não só para si mesma e para o comércio, mas muitas vezes para a sua família e a sociedade.

É de se observar, inicialmente, que a democratização do crédito, longe de trazer a tão esperada felicidade, pode levar o ser humano à própria ruína. Com efeito, a facilidade de acesso ao crédito, criada pela *open credit society* (sociedade aberta ao crédito), de matriz norte-americana, é capaz de seduzir qualquer pessoa tomada pelo desejo de adquirir bens imediatamente.

Realmente, contrair um empréstimo não significa receber um favor, mas autêntico direito; uma situação natural e necessária para aquelas pessoas que querem possuir bens que não podem ser comprados à vista. Ou seja, ser devedor não é mais motivo de vergonha, de modo que endividar-se, assumindo prestações para o pagamento de um carro ou imóvel, é uma conduta absolutamente normal, podendo-se afirmar que vivemos em uma economia do

endividamento. O que gera preocupação é endividar-se excessivamente, isto é, superendividar-se.

A propaganda tem sido agressiva, criando tentações irresistíveis através do jornal, da televisão e da internet, com *slogans* variados, como “crédito fácil”, “comece a pagar ano que vem” etc., fazendo que algumas pessoas fiquem embriagadas pelo consumo.

Com isso, tornam-se gigantes as chances de o consumidor desestabilizar a sua perspectiva econômico-financeira, mormente com a ocorrência de fatos inesperados, como doença na família, perda do emprego etc. Por força dos princípios da dignidade da pessoa humana, dever-se-ia priorizar o ser humano enquanto *ser*, e não a cobiça do comércio fundada no *ter*.

Para que as pessoas façam parte de relações jurídicas, torna-se imperativo o respeito à boa-fé e à confiança das partes contratantes, devendo haver o fornecimento de informação adequada sobre riscos e custos do negócio. Ora, o mercado deve constituir um local seguro, na medida em que o contrato hoje está subordinado à idéia de função social.

Ademais, é preciso reconhecer que o superendividamento deve ser evitado e erigido como autêntica política estatal, se quisermos um país com menos desigualdades e pessoas mais felizes.

Nessa linha de raciocínio, essa pesquisa pretende saber: a) os casos de superendividamento, bem como seu conceito e classificação; b) o perfil do superendividado; c) as causas do superendividamento; d) os fundamentos de proteção do superendividado; e) as formas de prevenção do superendividamento; f) os instrumentos processuais de tutela dos consumidores superendividados.

O QUE É SUPERENDIVIDAMENTO

Neste tópico serão lançadas considerações sobre o conceito de superendividamento, seus requisitos e, por fim, a classificação que pode ser encontrada em doutrina.

Conceito

O tema do superendividamento vem ganhando cada vez mais espaço no cenário internacional. Nos países de língua inglesa é conhecido como *over-*

indebtedness, e na França, como *surendettement*. O termo correspondente alemão é *Überschuldung*.

A expressão *sobreendividamento* é utilizada como alternativa a *superendividamento*, principalmente entre os autores portugueses.¹ Também nos países latinos e de idioma espanhol, o fenômeno é designado de *sobreendeudamiento*.²

O superendividamento representa, em linhas gerais, a situação em que uma pessoa de boa-fé assume compromissos financeiros e não consegue cumprí-los. Não pode ser confundido com o mero inadimplemento, que constitui o descumprimento da obrigação.³ Poder-se-ia pensar que quem está superendividado está inadimplente, mas isto não é totalmente correto.⁴ Com efeito, o consumidor pode estar honrando seus compromissos e, em razão de fatos imprevisíveis como a perda do emprego, saber de antemão que não conseguirá mais honrá-los. Estará superendividado, porém ainda não será inadimplente.

Para Claudia Lima Marques, superendividamento é a “impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e de alimentos)”⁵.

Cada país, entretanto, pode adotar uma concepção um pouco diversa de superendividamento. Em França, o superendividamento se caracteriza pela impossibilidade manifesta de o devedor de boa-fé honrar suas dívidas não profissionais vencidas ou vincendas.⁶ Na Bélgica, não há uma clara definição de superendividamento nas duas leis de 05.07.1998, mas há a noção que o identifica com a incapacidade duradoura ou estrutural de o devedor respeitar

¹ Cf. Marques, M. (2000, *passim*).

² Cf. Trujillo Díez (2005, *passim*).

³ Segundo Nader (2003, p. 510), “inadimplemento é descumprimento, total ou parcial, de uma obrigação de dar, fazer ou não fazer; é o não pagamento de dívida nas condições fixadas em negócio jurídico”.

⁴ Para Assis (2004, p. 102), o inadimplemento absoluto se refere à obrigação não cumprida e que nem poderá sê-la, traduzindo uma situação irreversível. O autor inclui a insolvência, ao lado de outros casos, como exemplo de inadimplemento absoluto.

⁵ Marques, C. (2005, p. 12).

⁶ Marques, M. (2000, p. 235).

as suas obrigações financeiras.⁷ Já a lei finlandesa chama de insolvente o devedor que não tem capacidade para pagar as suas dívidas no momento em que elas se tornam exigíveis, quando essa não seja uma situação meramente transitória, mas de caráter permanente.⁸

Os portugueses chamam o sobreendividamento de falência ou insolvência de consumidores, conceituando-o como as “situações em que o devedor se vê impossibilitado, de uma forma durável ou estrutural, de pagar o conjunto das suas dívidas, ou mesmo quando existe uma ameaça séria de que não o possa fazer no momento em que elas se tornem exigíveis”.⁹

É preciso, a partir dos conceitos expostos, enumerar os requisitos exigidos para que esteja caracterizada a situação jurídica de superendividamento.

Requisitos

Em razão da ausência de um tipo legal definindo claramente as hipóteses de superendividamento e os seus requisitos, faz-se mister uma investigação à luz do direito comparado, notadamente o francês, que tem uma boa disciplina do instituto.

No sistema francês, o Art. 331 do *Code de la Consommation* (L. 93/949, de 1993) institui um procedimento amigável perante uma *comissão* de acordo entre credores e o consumidor sobre as condições de pagamento, exigindo os seguintes requisitos para que haja o superendividamento: a) que o consumidor seja pessoa física domiciliada na França (ou francesa domiciliada no estrangeiro); b) que sejam dívidas de consumo (não relacionadas à atividade profissional); c) boa-fé do consumidor; d) impossibilidade manifesta do devedor de honrar seus compromissos financeiros.¹⁰

A proteção aos superendividados na França é limitada à pessoa física, não estando, portanto, incluídas as pessoas jurídicas. Presume-se a boa-fé do devedor independentemente do valor devido ou de quantos são seus credores.¹¹

⁷ Ibid., p. 251.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid., p. 265.

¹⁰ Cf. Lopes (1996, p. 60); Costa (2002b, p. 115-116).

¹¹ Paisant (2002, p. 13) explica que tal presunção foi estabelecida pela Corte de Cassação francesa, em virtude do silêncio legal.

Convém destacar os julgados da Corte de Cassação francesa, que declarou a ausência de má-fé em relação aos consumidores que não procuraram o superendividamento “de maneira consciente e refletida”.¹²

A expressão “impossibilidade permanente” contida em outras leis deve ser evitada, pois passa a idéia de que o superendividado nunca se recuperará.

Sustenta Iván Jesús Trujillo Díez que deve ser indiferente, para a tutela do superendividado, a existência de um ou mais credores.¹³

Classificação

Os superendividados são classificados pela doutrina em dois tipos: passivos e ativos. São considerados passivos os que se tornam devedores não por vontade própria, mas por situações que não puderam evitar, tais como falecimento de um parente próximo, desemprego ou divórcio.

Já os superendividados ativos são os que gastam muito por simplesmente não terem controle de suas finanças, sem que para isso tenha ocorrido uma situação nova.¹⁴ Nesse caso,

o indivíduo, na busca de manter um padrão de dignidade que ele mesmo se impõe, se endivida em demasia. Na maioria das vezes, o consumidor até detecta o endividamento antes de contratar, porém contrata impelido pela necessidade. Seja necessidade real ou necessidade criada pelos costumes ou pela mídia.¹⁵

Tal classificação revela-se importante na medida em que os órgãos de proteção do superendividado, como a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, limitam a sua atuação ao superendividado passivo.¹⁶ Entretanto, também o superendividado ativo merece proteção jurídica,¹⁷ seja através da educação

¹² Costa (2002b, p. 117).

¹³ Trujillo Díez (2005, p. 10).

¹⁴ Cf. <<http://noticias.arcauniversal.com.br/arcanews/integra.jsp?cod=71720&codcanal=36>>. Acesso em: 15 nov. 2005.

¹⁵ Oliboni (2005, p. 170).

¹⁶ Telles (2005).

¹⁷ Costa (2002a, p. 261-262).

para o consumo, seja por meio de tutela processual. Não se pode esquecer a dificuldade experimentada pela França no tratamento dos superendividados passivos, já que o procedimento estruturado pela lei francesa tinha por base os superendividados ativos, porque partia do pressuposto que o superendividado possuía renda para parcelar suas dívidas. Ressalte-se, no entanto, que a reforma da lei corrigiu tal problema, facultando à comissão suspender a exigibilidade do crédito por até três anos.¹⁸

QUEM É O CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO

Traçar o conceito jurídico de “consumidor superendividado” é deveras difícil, se levarmos em consideração a extensão do próprio termo consumidor, que a doutrina, sempre buscando a proteção mais ampla possível, tem alguma dificuldade em precisar.¹⁹ De qualquer modo, deve-se reconhecer que o conceito jurídico de superendividado não coincide com o de consumidor presente na Lei nº 8.078/90, já que não se confere tutela à pessoa jurídica.²⁰

O perfil do consumidor superendividado vem sendo buscado em pesquisas realizadas em diversos países. No Brasil, os estudos cingem-se, por enquanto, ao universo dos superendividados do Rio Grande do Sul e do Rio de Janeiro.²¹

Através de uma iniciativa inédita no país, a Universidade Federal do Rio Grande do Sul e a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul fizeram um levantamento do perfil dos superendividados desse estado.²²

É preciso apontar, no entanto, algumas limitações nessa pesquisa. Em primeiro lugar, porque se restringiu às pessoas que procuraram a Defensoria até formar um número de cem casos. Em segundo lugar, porque a assistência só ocorreu para os que percebiam até três salários mínimos por mês.²³ É preciso, contudo, aplaudir a iniciativa, que revela informações interessantes.

¹⁸ Paisant (2005).

¹⁹ Cf. Ribeiro, G. (2004, *passim*); Pinheiro (2000, p. 325 et seq.).

²⁰ Carpena e Cavallazzi (2005, p. 135).

²¹ A Fecomércio de São Paulo realizou Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (Peic), mas o estudo não tratou propriamente do superendividamento (cf. Futema, 2005).

²² Consalter (2005).

²³ Marques, C. (2005, p. 46).

Constatou-se nessa pesquisa um número pouco maior de superendividados do sexo feminino (51%) e menos de um terço com mais de dois dependentes (26%). Um dado preocupante diz respeito à faixa etária, já que 64% são pessoas com mais de 50 anos (24% entre 30 e 50 anos e 12% com menos de 30 anos).

Merece destaque também o elevado percentual de superendividados cuja renda mensal é de até dois salários mínimos ou nem mesmo auferem renda alguma (66%).

A quantidade de devedores inadimplentes ou em atraso no pagamento de prestações chega a 90% dos entrevistados, e 70% estão inscritos em cadastros de devedores.

Também é interessante perceber que o número de superendividados passivos corresponde a quatro vezes o de superendividados ativos, sendo que 62,5% daqueles atribuíram sua condição ao desemprego.

Por fim, cumpre destacar que praticamente a metade dos pesquisados (49%) no Rio Grande do Sul possui pelo menos três credores, sendo os principais: lojas (51%), instituições bancárias (45%) e financeiras (36%). Entre os mencionados pelos pesquisados, os supermercados aparecem em menor número: 15%.

O resultado da pesquisa realizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro foi apresentado no II Seminário Internacional de Defensoria Pública e a Proteção do Consumidor pela defensora pública Marcella Oliboni, em 01.02.2005. Foram entrevistadas trinta pessoas.²⁴

Um dos destaques da pesquisa é o fato de cerca de 50% dos entrevistados serem devedores principalmente de instituições bancárias e financeiras, além de estarem com praticamente toda a renda comprometida com dívidas.

Ao contrário do encontrado na pesquisa do Rio Grande do Sul, 53% dos entrevistados são homens, dos quais a grande maioria tem entre 35 e 55 anos.

Também no Rio de Janeiro, o superendividado passivo prepondera entre os assistidos consultados (73%), apresentando como principais causas de sua condição a doença, seguida do desemprego.

Em razão de essas pesquisas estarem limitadas a dois estados brasileiros, é preciso haver mais pesquisas no futuro para que se conheça melhor o perfil do superendividado.

²⁴ Cf. <http://arquivoglobo.globo.com/pesquisa/texto_gratis.asp?codigo=2434687>. Acesso em: 30 nov. 2005.

CAUSAS DO SUPERENDIVIDAMENTO

É possível dividirmos os consumidores em dois tipos: os privilegiados e os desfavorecidos.²⁵ Ambos são vulneráveis técnica e juridicamente, mas os primeiros conseguem ter mais acesso ao crédito e bens, constituindo o que se chama vulgarmente de classe média ou classe alta. Os desfavorecidos constituem a classe baixa, que tem como necessidade de consumo objetos básicos da vida urbana, como eletrodomésticos, que só lhe são acessíveis por meio da concessão de crédito. No Brasil, metade da população é constituída por consumidores desfavorecidos.²⁶

Não bastassem a natural vulnerabilidade do consumidor e o imenso número de pessoas sedentas por crédito, a população tem sido bombardeada com a sua oferta nas ruas, através de panfletos distribuídos livremente, nas lojas, com anúncios de “dinheiro fácil”, e na televisão, nos intervalos comerciais e nos próprios programas através de seus respectivos apresentadores. O crédito é anunciado como um sonho, em todos os horários.²⁷

A criação do empréstimo consignado em folha de pagamento em 2003 para os trabalhadores da ativa e em 2004 para os aposentados e pensionistas, que tem como grande atrativo taxas de juros menores, fez crescer ainda mais a oferta de crédito.²⁸

A Previdência Social informa em seu *site* que até 4 de outubro de 2005, em um universo de 18.871.718 de aposentados e pensionistas, 4.974.416 de operações de empréstimo consignado entre bancos conveniados com o INSS haviam sido realizadas, estando ativas 4.778.700 (descontados os empréstimos cancelados e os já pagos pelos segurados). Deste universo de operações ativas, 49,89% referem-se a aposentados e pensionistas com renda de até um salário mínimo.²⁹ No período compreendido entre 2 de junho e 11 de julho de 2005, a média diária de operações de crédito foi de 22,3 mil.³⁰

²⁵ Cf. Lopes (1996, p. 58).

²⁶ Ibid., p. 58-59.

²⁷ Ibid., p. 58.

²⁸ Cf. <<http://www.idec.org.br/noticia.asp?id=4136#>>. Acesso em: 7 dez. 2005.

²⁹ Cf. <<http://www.previdencia.gov.br/agprev/MostraNoticia.asp?Id=21272&ATVD=1&xBotao=1>>. Acesso em: 7 dez. 2005.

³⁰ Cf. *ibid.*

Como destaca a professora Amélia Soares da Rocha³¹ “a sedução do crédito fácil’ leva facilmente ao superendividamento, o que compromete o próprio primado da vida digna”.

Além da grande oferta de crédito, deve ser destacado o fato de que em apenas 10% dos casos pesquisados pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro foi exigido algum tipo de garantia. Percentual também baixo foi encontrado pela Defensoria do Rio Grande do Sul (22%), nas pesquisas já citadas.

A liberação de qualquer garantia por parte do devedor funciona como um verdadeiro chamariz, uma vez que a concessão do crédito fica muito mais fácil de acontecer. Tal atitude talvez possa ajudar a explicar o acelerado crescimento do superendividamento no país.

Merece destaque também o fato de que um dos principais motivos apontados para o superendividamento entre os pesquisados no Rio Grande do Sul e no Rio de Janeiro é o desemprego, e que tal condição entre os brasileiros ainda é elevada, correspondendo a 18,2% no Distrito Federal e a 16,9% em São Paulo.³² Convém ressaltar que em ambos os locais o tempo médio despendido na procura de trabalho é elevado: 15 meses no primeiro e 13 meses no segundo,³³ o que demonstra a frágil situação do trabalhador que adquire uma dívida para pagamento a prazo.

Hoje, é oferecido parcelamento para praticamente todo tipo de compra. “A renda do brasileiro está apertada, as pessoas estão endividadas. É preciso estímulo para as compras.” Este é o pensamento de João Carlos Oliveira, presidente da Associação Brasileira de Supermercados (Abras), que defende ser o parcelamento uma forma de negociação tão válida quanto o preço baixo.³⁴

Cláudio Felisoni, do Programa de Administração do Varejo (Provar) da Fundação Instituto de Administração (FIA), informa que em pesquisa realizada pela entidade e o Canal Varejo foi constatado “que 26,5% das pessoas com renda de até três salários mínimos parcelam compras no supermercado”. E alerta: “Crédito para comprar alimentos? Algo está errado”.

³¹ Rocha (2005).

³² Cf. <<http://turandot.dieese.org.br/icv/TabelaPed?tabela=5>>. Acesso em: 7 dez. 2005.

³³ Cf. <<http://turandot.dieese.org.br/icv/TabelaPed?tabela=9>>. Acesso em: 7 dez. 2005.

³⁴ Ribeiro, F. (2005a, p. 25).

Diversamente pensa João Gomes, da Fecomércio-RJ, sobre a concessão de crédito pelos supermercados: “É uma forma de tornar o cliente mais fiel. E está longe de mostrar um consumidor endividado: os números da inadimplência estão estáveis”.³⁵

Muitos brasileiros para satisfazerem seus sonhos de consumo estão endividando-se e comprometendo parte significativa de seus rendimentos em longas parcelas. Ao aumentar o prazo de pagamento, o risco de inadimplência muitas vezes aumenta, pois, conforme comenta José Antônio Praxedes Neto, vice-presidente da Telecheque, “o brasileiro é imediatista, não espera para fazer suas compras à vista ou em menos parcelas. [...] Por isso, a inadimplência no caso do celular, por exemplo, atingiu taxa de 8,3% no ano. É bem mais que a taxa média do varejo, de 2,8%”³⁶.

Um caso que retrata bem essa realidade é de um auxiliar administrativo entrevistado que possui um salário de R\$ 800 e comprometeu-se a pagar oito parcelas de R\$ 200 por um aparelho de celular “que tira fotos, filma, tem visor colorido e é fininho”, porque acredita que com ele irá tirar “uma onda”.³⁷

Sobre o tema, a pesquisadora Cecília Matoso, da Escola de Superior de Propaganda e Marketing, explica: “*Status* é o que os consumidores buscam ao comprar um produto acima de sua capacidade financeira. Como todas as classes têm cartão de crédito, fica mais fácil cair na tentação das compras a prazo”.³⁸

No direito alienígena são apontadas outras causas para o superendividamento, como doença, aumento do custo de vida, acidente e separação ou divórcio.³⁹ A propósito, a crise no regime matrimonial pode deixar completamente desamparado o cônjuge que era economicamente dependente do outro.⁴⁰

Parece que há alguns excessos na oferta de crédito para os consumidores. Com efeito, no afã de conquistar a fidelidade dos clientes, os fornecedores acabam criando para os consumidores uma dependência perversa, já que estes se vêem compelidos a retornar aos estabelecimentos não só para pagar seus

³⁵ Ibid.

³⁶ Id., 2005b, p. 51.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

³⁹ Cf. Marques, M. (2000, p. 156).

⁴⁰ Trujillo Díez (2005, p. 15 e 75-78).

débitos (contraídos com cartão de crédito do próprio lugar), porém, igualmente, para consumir mais.

É preciso encontrar, então, um ponto de equilíbrio para que o sonho de acesso ao crédito não se transforme no pesadelo do superendividamento. De outro lado, não se pode criar uma restrição tal que impeça os desfavorecidos de também usufruírem do sistema. Eis a questão que requer debate e reflexão, devendo ser observadas as formas de prevenção do superendividamento.

FUNDAMENTOS DE PROTEÇÃO DO SUPERENDIVIDADO

Há razões políticas e jurídicas que fundamentam a proteção dos consumidores que se encontram na situação de superendividamento. Destarte, torna-se imperioso identificar tais razões.

Dignidade do consumidor

O Estado brasileiro, preocupado com o bem-estar dos seus cidadãos, estabeleceu que a construção de uma sociedade solidária, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais constituem objetivos fundamentais da República Federativa (Art. 3º, I e III, da CRFB). A propósito, a Constituição de 1988 erigiu como verdadeira política estatal a defesa do consumidor (Art. 5º, XXXII, e Art. 17, V).

É preciso reconhecer, a partir dessas normas, que a tutela jurídica do superendividado é um direito fundamental que tem por fundamento a dignidade da pessoa humana.⁴¹

Poder-se-ia pensar ser um exagero asseverar que a situação de superendividamento é incompatível com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que é basilar de toda a legislação brasileira (Art. 1º, III, CRFB/88). Entretanto, compreender ser intolerável que o Estado abandone os seus próprios cidadãos na condição de superendividados frente a um mercado feroz, ávido por dinheiro, sem que haja a mínima proteção, constitui o primeiro passo para que se estabeleça a relação entre dignidade e superendividamento.

Segundo Eduardo Gabriel Saad,

⁴¹ Carpena e Cavallazzi (2005, p. 124). Para Marques, C. (2002, p. 210-211), o consumidor é sujeito de direitos fundamentais, porque o contrato é ponto de encontro entre direitos fundamentais.

dignidade – ao parecer do legislador – não tem o significado que lhe atribui o dicionarista: título ou cargo que confere ao indivíduo posição de destaque. Foi o vocábulo usado na lei para designar a honestidade ou a autoridade moral do consumidor, atributos que o fornecedor, por bem ou mal, deve respeitar.⁴²

Em clássica passagem, consignou Marcella Lopes de Carvalho Pessanha Oliboni: “o consumidor superendividado torna-se um excluído socialmente, passa a amargurar uma angústia existencial, uma impotência diante da vida sobrevivendo abaixo de um padrão de dignidade.”⁴³

Ao lado do respeito à dignidade (Art. 4º, CDC), a Política Nacional de Relações de Consumo prevê também, entre outros princípios: vulnerabilidade (Art. 4º, I, CDC), “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo” (Art. 4º, III, CDC),⁴⁴ educação e informação do consumidor (Art. 4º, IV, CDC) e boa-fé (Art. 4º, III e VI, CDC).

Eqüidade (equilíbrio) contratual e vulnerabilidade do consumidor

Pode-se definir a vulnerabilidade como a “situação de desequilíbrio do poder negocial entre os contratantes que acaba por justificar tratamento desequilibrado e desigual dos mesmos”⁴⁵. O Art. 4º, I, do CDC estabelece, com efeito, uma presunção de fraqueza manifesta do consumidor, já que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção (empresários).⁴⁶

⁴² Saad (2002, p. 148).

⁴³ Oliboni (2005, p. 170).

⁴⁴ Tal harmonização não se restringe ao tratamento das partes envolvidas, mas alcança, igualmente, critérios de ordem prática, consubstanciados em dois grandes instrumentos: 1) *marketing* de defesa do consumidor (ex.: contato telefônico); 2) convenção coletiva de consumo sobre preço, qualidade, quantidade e garantia de produtos e serviços, bem como reclamação e composição de conflitos (Filomeno, 1999, p. 61).

⁴⁵ Ribeiro, G. (2004, p. 26). Alguns autores tentam distinguir vulnerabilidade de hipossuficiência, ressaltando que esta é o aspecto processual daquela.

⁴⁶ Filomeno (1999, p. 55).

Em razão dessa vulnerabilidade do consumidor, a Lei nº 8.078/90 fixa inúmeras normas imperativas que proíbem cláusulas abusivas que sejam incompatíveis com a *equidade* (Art. 51, IV), visando atingir a justiça contratual nas relações de consumo. É o que Claudia Lima Marques chama de *princípio da equidade (equilíbrio) contratual*.⁴⁷ Para Francisco Amaral,

a equidade é um princípio ético, um modelo ideal de justiça, um princípio inspirador do direito que visa a realização da perfeita igualdade material, transformando-se em modelo jurídico quando aplicado pelo órgão jurisdicional a um conflito de interesses específico [...]. É, antes e acima de tudo, um critério de decisão de casos singulares, que se apresenta sob a forma de uma cláusula geral.⁴⁸

Para o autor, a equidade é, ainda, um critério histórico de igualdade e proporcionalidade.⁴⁹

Nesse particular, ensina Pietro Perlingieri que: “La proporzionalità rileva anche in tema di scelta tra risoluzione e riduzione, e nella valutazione della gravità dell’inadempimento” (no vernáculo: a proporcionalidade se aplica também em tema de escolha entre resolução e redução, e na valoração da gravidade do inadimplemento).⁵⁰ Ou seja, com base na equidade, pode o consumidor superendividado tentar judicialmente (e extrajudicialmente) a resolução contratual ou a renegociação de suas dívidas, de acordo com a gravidade de sua inadimplência e observando o princípio da proporcionalidade.

Boa-fé e função social nas relações de consumo

Segundo Humberto Theodoro Jr., a função social do contrato cuida da liberdade contratual e seus efeitos sobre a sociedade (terceiros), enquanto o princípio da boa-fé fica restrito ao relacionamento ético dos sujeitos do negócio jurídico (partes contratantes).⁵¹

⁴⁷ Marques (2002, p. 741).

⁴⁸ Amaral (2003, p. 207-208).

⁴⁹ Ibid., p. 208.

⁵⁰ Perlingieri (2002, p. 139).

⁵¹ Theodoro Jr. (2004, p. 31).

Mas nem por isso tais cláusulas gerais deixam de se relacionar. O Art. 421 do Código Civil estabelece que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Gustavo Tepedino define a função social do contrato como

o dever imposto aos contratantes de atender – ao lado dos próprios interesses individuais perseguidos pelo regulamento contratual – a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos.⁵²

Para o autor, é possível associar a função social do contrato (Art. 421 do CC) à boa-fé objetiva que, como princípio interpretativo (Art. 113 do CC) ou como princípio fundamental do regime contratual (Art. 422 do CC), estabelece o dever de interpretar o negócio de modo a preservar o conteúdo econômico e social perseguido pelas partes, alcançando as fases pré-contratual, contratual e pós-contratual. Com isso, rompe-se a lógica individualista para alcançar interesses que são atingidos pelo contrato, como o consumerista, o ambiental e o trabalhista.⁵³

Álvaro Villaça Azevedo explica que o Art. 421 do Código Civil amplia ainda mais a capacidade de o juiz proteger o mais fraco na contratação que, por exemplo, possa estar sofrendo os efeitos de cláusulas abusivas ou de publicidade enganosa.⁵⁴ Como princípio geral dos contratos, é evidente que a idéia de função social do contrato se aplica às relações de consumo.⁵⁵ Isso constitui, a nosso ver, fundamento suficiente para a proteção também do superendividado ativo.

É preciso mencionar, por fim, que no projeto de lei português 291/IX/1, de 15.05.2003,⁵⁶ consta no Art. 3º, 2: “Presume-se a boa fé das pessoas cujo sobreendividamento ocorra na sequência de: a) desemprego; b) emprego temporário ou precário; c) incapacidade temporária ou permanente; d) separação, divórcio ou falecimento do cônjuge ou equiparado.”

⁵² Tepedino (2002, p. XXXII).

⁵³ Ibid., p. XXXII-XXXIII.

⁵⁴ Azevedo (2003, p. 34).

⁵⁵ Por todos, Soto (2002, p. 255-258).

⁵⁶ Consulte-se o projeto em: <http://ps.parlamento.pt/?menu=iniciativas&id_dep=108&leg=VIII>. Acesso em: 15 dez. 2005.

Direito à informação

O Art. 6º do CDC, em seu inciso III, determina os direitos básicos do consumidor; entre eles, destacamos o direito “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”, que, combinado com o Art. 52 do mesmo diploma legal, determina o dever do fornecedor de informar o consumidor sobre os detalhes do negócio quando da outorga de crédito, tais como os juros e demais acréscimos, bem como o valor com e sem financiamento.⁵⁷

Interessante destacar que “a exigência do inc. V, deste Art. 52, visa assegurar ao consumidor o conhecimento dos preços à vista e financiado, de modo que o mesmo possa, de acordo com suas próprias conveniências, optar por uma ou por outra forma de pagamento”.⁵⁸

Note-se que a informação adequada proporciona ao consumidor o direito de escolher se quer ou não contratar; assim, é essencial que as indicações de preço, taxa de juros, periodicidade de prestações, total a pagar à vista e parcelado, sejam dadas de maneira acessível, pois, “se for feita de forma tal, que somente alguém versado em contabilidade possa compreendê-la, poderá o consumidor alegar que o contrato não o obriga, em face do Art. 46 do CDC”⁵⁹. Mesma consequência terá o contrato em que o fornecedor não der oportunidade ao consumidor de conhecer as cláusulas avençadas.

Nelson Nery Júnior leciona que

⁵⁷ Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre: I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional; II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros; III - acréscimos legalmente previstos; IV - número e periodicidade das prestações; V - soma total a pagar, com e sem financiamento. § 1º As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação. § 2º É assegurado ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos.

⁵⁸ Alvim, E. (1995, p. 259).

⁵⁹ Ibid., p. 258-259.

dar oportunidade de tomar conhecimento do conteúdo do contrato não significa dizer para o consumidor ler as cláusulas do contrato de comum acordo ou as cláusulas contratuais gerais do futuro contrato de adesão. Significa, isto sim, fazer com que tome conhecimento *efetivo* do conteúdo do contrato. Não satisfaz a regra do artigo sob análise a mera cognoscibilidade das bases do contrato, pois o sentido teleológico e finalístico da norma indica dever o fornecedor dar *efetivo conhecimento* ao consumidor de todos os direitos e deveres que decorrerão do contrato, especialmente sobre as cláusulas restritivas de direitos do consumidor, que, aliás, deverão vir em destaque nos formulários de contrato de adesão (Art. 54, § 4º, CDC).⁶⁰

Interpretação dos contratos

A regra clássica de interpretação dos contratos, prevista no Art. 112 do Código Civil, determina que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem”, sendo a mesma aplicável também aos contratos de consumo.

Entretanto, segundo Nelson Nery Júnior⁶¹, “o princípio maior da interpretação dos contratos de consumo está insculpido no Art. 47 do CDC”, que prevê uma interpretação mais favorável ao consumidor.

Tal interpretação deve considerar a presença da boa-fé objetiva em todos os contratos de consumo, além dos “deveres do fornecedor e como suas práticas e cláusulas tentaram afastar o cumprimento destes deveres imperativos, afinal o CDC é norma de ordem pública (Art. 1º do CDC) e os direitos assegurados aos consumidores são indisponíveis por contrato”.⁶²

FORMAS DE PREVENÇÃO DO SUPERENDIVIDAMENTO

O Código de Defesa do Consumidor possui normas que podem ser utilizadas desde já para a proteção do consumidor superendividado, o que não invalida propostas para criação de uma lei mais específica.

⁶⁰ Nery Júnior (1999, p. 473).

⁶¹ Ibid., p. 468.

⁶² Marques, C. (2002, p. 758).

O já citado Art. 52 do CDC, além de ser um dos fundamentos de proteção ao superendividado, funciona também como um meio de prevenção, pois, ao determinar que caberá ao fornecedor informar as condições do contrato, deverá, “esclarecer ao leigo sobre os riscos do crédito e o comprometimento futuro de sua renda”,⁶³ podendo assim inibir a obtenção do crédito, se respeitado o dispositivo legal.

Educação para o consumo

O princípio basilar da informação, previsto no Código de Defesa do Consumidor, deve nortear todas as relações de consumo, estando presente em diversos dispositivos da lei consumerista.

Todavia, é preciso destacar que o simples fato de existir tal previsão legal não basta, pois

a verdadeira chave para que, futuramente, venha o consumidor efetivamente exercer seu direito está na educação básica, condição indispensável para o completo exercício da cidadania. [...] Em suma, pode-se dizer: quaisquer instrumentos jurídicos, por mais completos, precisos ou adequados que possam ser, esbarrarão, para alcançar completa efetividade na solução de problemas de cunho social ou na solução dos problemas das relações de consumo, no vazio cultural que caracteriza a população brasileira.⁶⁴

José Geraldo Brito Filomeno lembra que a tarefa de educar e informar compete a todos: “Estado, empresas, órgãos públicos e entidades privadas de defesa ou proteção do consumidor”.⁶⁵ E, nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, em seu Art. 205, determina que “a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento das pessoas, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

⁶³ Id., 2005, p. 35.

⁶⁴ Marins (1995, p. 48-49).

⁶⁵ Filomeno (1999, p. 61).

Assim, de forma precursora no país, foram desenvolvidas disciplinas correlatas à defesa do consumidor nos Estados do Rio Grande do Sul e Goiás para os alunos de ensinos médio e fundamental.⁶⁶ Já na prefeitura de São José dos Campos, foi desenvolvido o programa denominado de “educação específica aos consumidores mirins”, em que, “durante as aulas, que acontecem semanalmente, os alunos aprendem desde analisar rótulos de alimentos até os segredos da alimentação alternativa, além de fazer visitas a supermercados, padarias, açougues, quitandas e feiras livres”.⁶⁷

É importante, hodiernamente, educar os jovens, através de atividades práticas, tais como acessar conta bancária e cartão de crédito. A nova relação dos jovens com o consumo é descrita na expressão *From children of the family to children of the market* (de crianças da família para crianças do mercado). Não se pode perder de vista que os consumidores mirins devem, igualmente, em jogos inteligentes ter uma adequada educação para o consumo, como no *Jogo da Vida* (em que ganha o jogador que paga as suas contas e termina com mais dinheiro) e *Simcity* (um simulador de cidades, em que o jogador atua como prefeito e deve controlar as despesas e receitas da cidade para realizar mais construções, ver a população crescer, entre outras atividades).⁶⁸

Hoje, a educação para o consumo não está limitada às escolas e faculdades. Em diversos jornais encontram-se seções de defesa do consumidor, além de quadros fixos ou não, em programas jornalísticos e de variedades. Some-se a isso a Internet, que, mesmo atingindo menor número de pessoas, contribui de forma gradativa para a educação do cidadão, podendo tais informações ser obtidas em *sites* tanto governamentais quanto particulares.

A busca pela educação deve ter como objetivo principal fornecer ao consumidor informações suficientes para que exista a liberdade de escolha (Art. 6º, II, CDC), que

tem, como pressuposto, a existência de vários produtos ou serviços da mesma natureza à disposição do consumidor. Este só saberá utilizar adequadamente a liberdade de escolha se estiver bem informado

⁶⁶ Ibid., p. 61-62.

⁶⁷ Ibid., p. 63.

⁶⁸ Marques, M. (2000, p. 272 e 198-200).

sobre seus direitos e dotado de conhecimentos que lhe permitam identificar o produto ou o serviço que deseja.⁶⁹

Entretanto, a educação específica para o crédito representa uma parcela pequena perto do grande volume de informações facilmente encontrado a respeito de defesa do consumidor, principalmente se nos lembrarmos da publicidade extremamente sedutora e pouco esclarecedora.⁷⁰ Por exemplo, em uma rápida busca pela internet encontramos no *site* da Fininvest o seguinte apelo: “Pegue dinheiro. Clique aqui”.⁷¹ No do Banco BGN: “O dinheiro tá difícil? No BGN tá fácil!”, e “No BGN: o dinheiro que você precisa chega rapidinho e com muito mais comodidade”.⁷²

É preciso oferecer ao consumidor informação clara e honesta, sem um falso brilho e “detalhes” em entrelinhas, pois, conforme esclarece Décio Pizzato, economista e ex-diretor da Associação Brasileira dos Analistas do Mercado de Capitais no Rio Grande do Sul, enquanto são anunciadas taxas de juros entre 1,65% e 3,5 ao mês, outra realidade é encontrada na prática: “essas taxas variam de 2,17% a 5,46%, conforme recente pesquisa com oito bancos, sendo dois públicos. Essa variação para mais é em razão da Taxa de Abertura de Crédito (TAC) e do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF).”⁷³

Osório Roberto dos Santos, psicanalista que oferece consultoria em desenvolvimento de pessoas para o Banco Real ABN AMRO, em que trabalha há 25 anos, afirma ser inútil a distribuição de *cartilhas sobre crédito consciente*. Ora, as instituições financeiras precisam perceber que seus clientes estão tomando empréstimos e que devem orientá-los adequadamente, em vez de apenas se preocuparem com a oferta de produtos e serviços. Alerta o psicanalista,

⁶⁹ Saad (2002, p. 177).

⁷⁰ Cf. <http://www.inss.gov.br/docs/roteiro_t%E9cnico.pdf>. No *site* da Previdência Social, é possível encontrar um “Roteiro Técnico” sobre os empréstimos consignados, cuja elaboração baseou-se nas reclamações recebidas pela Ouvidoria-Geral. A iniciativa é boa, porém fica a dúvida: qual será o alcance desse roteiro de 20 páginas que é distribuído pela internet e em alguns órgãos públicos? Diante de constante e maciça publicidade sobre o empréstimo consignado, quantos ponderam antes de contratar? Acesso em: 12 dez. 2005.

⁷¹ Cf. <<http://www.fininvest.com.br/hom/index.asp>>. Acesso em: 13 dez. 2005.

⁷² Cf. <<http://www.bgn.com.br/home/home.php>>. Acesso em: 13 dez. 2005.

⁷³ Pizzato (2005).

ainda, que “o mau uso do crédito pode significar a própria destruição do mercado, que agora está em franca expansão, após décadas de declínio por causa da inflação”.⁷⁴

Banco de dados

O Código de Defesa do Consumidor em seus Arts. 43 e seguintes dispõe sobre “bancos de dados e cadastros de consumidores”. Foram traçadas diretrizes para o armazenamento dos dados dos consumidores com especial zelo pela exatidão dos mesmos.

Tais cadastros não são exclusividade de nosso ordenamento jurídico, estão presentes em praticamente todos os países em que a concessão de crédito tornou-se comum. Sua origem data do início do século XX, tornando-se popular nos anos 1920 no EUA.⁷⁵

Atualmente existem no Brasil diversos serviços de proteção ao crédito. Destacamos dois por sua abrangência e importância: Centralização de Serviços de Bancos S/A (Serasa) e o Serviço de Proteção ao Crédito do Brasil (Check Check). Este foi criado em torno de 1961 por Amadeu Rodrigues com a cooperação da atual Associação Comercial do Distrito Federal. O Check Check, além dos “serviços de registro de inadimplência em banco de dados”, criou também um serviço que permite a qualquer pessoa registrar gratuita e imediatamente o extravio, roubo ou furto de cheques.⁷⁶

Já a Serasa, na prática, é, segundo José Carlos Gentili, “o braço da Febraban (Federação Brasileira de Bancos)” e “seus sócios cotistas são inúmeros bancos comerciais brasileiros”. Ela é um banco de dados com informações de pessoas tanto físicas quanto jurídicas, estando limitado “aos consumidores dos serviços bancários e financeiros em nível nacional, distribuindo-o aos bancos em geral”.⁷⁷

Sobre a inclusão de dados em cadastro restritivo e o endividamento, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Aldir Passarinho Junior manifestou-se da seguinte forma: “Tal procedimento, além de lícito, como já dito, e,

⁷⁴ Rocha, J. (2005).

⁷⁵ Marques, M. (2000, p. 209).

⁷⁶ Gentili (1999, p. 87).

⁷⁷ Ibid.

portanto, harmônico com o Art. 160, I, do Código Civil, busca também evitar o aumento do endividamento dos devedores na praça, pela contração de novas dívidas sem o cumprimento obrigacional pretérito”.⁷⁸

Em contraponto aos demais bancos de dados existentes, há o Sistema de Crédito do Banco Central (SCR), um banco de dados que “armazena informações positivas dos tomadores de crédito”. Sua grande distinção entre os cadastros restritivos é o fato de que nele são armazenadas “todas as operações, desde que o valor seja igual ou superior a R\$ 5 mil, não importando se em atraso ou em dia”.⁷⁹ É o chamado cadastro positivo.⁸⁰

São dois os objetivos do SCR, de acordo com o próprio Banco Central: o primeiro e principal “é reforçar os mecanismos de supervisão bancária” de maneira preventiva; o segundo é proporcionar às instituições financeiras, de forma a auxiliá-las, “informações sobre as características e avaliação da capacidade de pagamento dos devedores, com impactos positivos na diminuição dos índices de inadimplência”. O Banco Central acredita ainda que o sistema possa contribuir para a diminuição das taxas de juros “nas operações que oferecem menor risco”.⁸¹

Assim, extrai-se a ilação de que tanto os bancos de dados que armazenam restrições de créditos quanto os que possuem informações positivas podem colaborar para a prevenção do superendividamento, uma vez que permitem aos fornecedores, antes da concessão do crédito e dentro de alguns limites, conhecer a realidade dos que os procuram e que talvez já demonstrem dificuldades em arcar com o custo de um financiamento ou empréstimo.

É de curial importância destacar as palavras de Claudia Lima Marques⁸², que faz um alerta a respeito do liame entre os bancos de dados e o superendividamento:

⁷⁸ REsp 456.512-SP, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 06.03.2003, 4ª T, STJ. Disponível em: <<https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/REJ.cgi/ITA?seq=396686&nreg=200201001230&dt=20030526&formato=HTML>>.

⁷⁹ Cf. <<http://www.bcb.gov.br/fis/crc/ftp/cartilhascr.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2005.

⁸⁰ Cf. <http://financer.terra.com.br/Index.cfm/Fuseaction/Secao/Id_Secao/195>. Acesso em: 14 dez. 2005.

⁸¹ Cf. <<http://www.bcb.gov.br/fis/crc/ftp/cartilhascr.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2005.

⁸² Marques, C. (2002, p. 700-701).

servem para fazer comércio com as dificuldades e dados privados alheios, servem para monitorar os hábitos de consumo, servem para invadir a privacidade de consumidores (ricos, idosos, homossexuais, doentes e pessoas cujos hábitos de consumo estão sendo monitorados), e servem para conceder mais crédito aos que já estão superendividados ou em vias de endividar-se. [E completa] seja como for, na Europa, a regulamentação dos bancos de dados e dos cadastros está sempre unida às outras formas de combater ou prevenir o superendividamento e preservar a dignidade do chamado *homo economicus*.

O debate em torno dos bancos de dados encontra espaço também nos EUA, onde os *credit reports* representam a principal origem das reclamações na *Federal Trade Commission*, tendo sido alvo da ONG Victims of Credit Reporting (VCR), que alertou tanto os devedores quanto seus advogados para as consequências negativas no limite de acesso ao crédito.⁸³

Em Portugal, apenas a Credinformações e o Banco de Portugal estão autorizados a organizar os “dados pessoais relativos à solvência das pessoas singulares”, sendo o primeiro privado e negativo e o segundo público e positivo.⁸⁴

Por derradeiro, não se pode olvidar que no Brasil o banco de dados ainda é motivo de muita discussão, mas existe farta jurisprudência que pune o fornecedor que não observa as normas do Código de Defesa do Consumidor, principalmente quanto à obrigatoriedade de aviso prévio sobre a inclusão do consumidor e à permanência indevida de tais dados.⁸⁵

Seguros

Hoje, em diversos financiamentos é oferecida, de forma acessória, a contratação de um seguro que visa à proteção do crédito. Tal modalidade fun-

⁸³ Marques, M. (2000, p. 209).

⁸⁴ Ibid., p. 210.

⁸⁵ Encontram-se em tramitação Projetos de Lei sobre cadastros positivo e negativo de consumidores: PL 5870/2005 apensado ao PL 836/2003 e PL 5242 apensado ao PL 1547/1991 (cf. <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=299213>. Acesso em: 15 dez. 2005; e <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=285742>. Acesso em: 15 dez. 2005.

ciona de modo preventivo em grande parte dos casos de superendividamento passivo. Três são as modalidades de seguro para essa hipótese: vida, acidente e/ou doença e desemprego involuntário.⁸⁶

A idéia de que, mesmo na hipótese de ocorrerem imprevistos como morte, doença ou desemprego,⁸⁷ estará garantido o pagamento das dívidas contraídas traz benefícios não apenas para o consumidor, que tendo tomado conhecimento prévio das condições do seguro concorda em contratá-lo, como também para o fornecedor, que reduz ao mínimo seu risco.⁸⁸

Contudo, é preciso que se fixe como parâmetro o princípio da boa-fé, que deve nortear toda a relação de consumo, bem como “nortear todo e qualquer negócio jurídico”.⁸⁹

Códigos de conduta

Uma das alternativas para tentar prevenir o superendividamento está na criação de códigos de conduta, ou de ética, que serviriam como uma auto-regulamentação em que os fornecedores poderiam disciplinar suas atividades. Assim, o consumidor interessado na obtenção de crédito seria informado de todos os riscos, bem como receberia uma orientação sobre formas de gerir seu orçamento, entre outras possibilidades.

A idéia da criação de um código de conduta foi adotada, por exemplo, no Reino Unido, onde o “*Code of Mortgage Lending Practice*” foi assinado tanto por instituições de crédito quanto por construtoras e imobiliárias e destina-se a “regular as relações com os consumidores que solicitam empréstimos com garantia para aquisição de habitação própria”.⁹⁰

No Brasil, também foram criados códigos de conduta, entre eles o do setor imobiliário paulista, com base na

⁸⁶ Marques, M. (2000 p. 210-211).

⁸⁷ A doença e o desemprego apareceram como principais causas de superendividamento nas pesquisas realizadas tanto no Rio de Janeiro quanto no Rio Grande do Sul, citadas no item “Quem é o consumidor superendividado”.

⁸⁸ Marques, M. (2000, p. 211).

⁸⁹ Efig (2000, p. 95).

⁹⁰ Marques, M. (2000, p. 207).

Lei de Incorporação Imobiliária (Lei nº 4.591/64), na Lei de Parcelamento de Solo (Lei nº 6.766/79), no Termo de Ajustamento de Conduta, assinado entre o Secovi-SP e o Ministério Público, no Termo de Compromisso Institucional com o Procon e no Código de Defesa do Consumidor.⁹¹

Direito de arrependimento

De forma inovadora,⁹² o Art. 49 da Lei nº 8.078/90 determinou um prazo de sete dias (“a contar da sua assinatura ou do ato do recebimento do produto ou serviço”) para que o consumidor possa refletir e desistir, se for o caso, do contrato celebrado, desde que *fora do estabelecimento comercial*.

Tal prática de oferecer ao consumidor um produto ou uma prestação de serviço com a facilidade de contratação por telefone ou até mesmo em domicílio⁹³ evidencia a vulnerabilidade do consumidor, em especial, aposentados, donas-de-casa e adolescentes, conforme ensina Claudia Lima Marques.⁹⁴

Segundo Nelson Nery Júnior, o Código de Defesa do Consumidor prevê a possibilidade de arrependimento para

quando o espírito do consumidor não está preparado para uma abordagem mais agressiva, derivada de práticas e técnicas de vendas mais incisivas, não ter discernimento suficiente para contratar ou deixar de contratar dependendo do poder de convencimento do empregado nessas práticas mais agressivas.⁹⁵

O prazo de reflexão oferecido pelo citado diploma legal não chega a ser o ideal de acordo com Geraldo de Faria Martins da Costa, que questiona o

⁹¹ Cf. <<http://www.estadao.com.br/economia/financas/noticias/2002/nov/27/73.htm>>. Acesso em: 15 dez. 2003.

⁹² Marques, C. (2002, p. 703).

⁹³ O Art. 49 do CDC prevê a proteção ao consumidor quando a contratação se der não apenas por telefone ou a domicílio, mas em qualquer lugar “fora do estabelecimento comercial”, podendo ser incluídas compras pelo correio ou internet (incluído nesta o *home banking*).

⁹⁴ Marques, C. (2002, p. 706).

⁹⁵ Nery Júnior (1999, p. 482).

fato de não haver tal garantia “nas operações de crédito mesmo celebradas dentro de um estabelecimento comercial clássico” em decorrência dos perigos e riscos para o superendividamento, como ocorre no direito europeu com os chamados contratos *time sharing*,⁹⁶ mas serve, mesmo que de forma tímida, para prevenir o superendividamento, uma vez que oferece a oportunidade de arrependimento sem qualquer ônus ou justificativa.

INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE TUTELA DO SUPERENDIVIDADO

Desde o Direito Romano até a Idade Média, o devedor insolvente tinha como destino tornar-se servo do seu credor, em razão de sua dívida.⁹⁷ Em épocas mais remotas da Antigüidade e nos primeiros anos de Roma, admitiu-se até a execução pessoal do devedor.⁹⁸ As Ordenações Manoelinas e Filipinas chegaram a prever prisão civil por dívida.⁹⁹

O tratamento do superendividado foi negligenciado ao longo dos séculos, porque sempre houve maior preocupação com a situação jurídica dos credores.¹⁰⁰ A ausência de uma política estatal,¹⁰¹ a falta de compreensão de direitos fundamentais do devedor insolvente, bem como o tratamento equiparado da insolvência à falência não permitiram a criação de uma verdadeira *tutela jurisdicional diferenciada para o superendividado*.

Hoje não há mais o que questionar: a tutela jurídica do consumidor superendividado constitui um *direito fundamental* (Art. 5º, XXXII, CRFB).¹⁰² Existem inúmeras iniciativas voltadas para a tutela do superendividado, inclusive preventivas fora do âmbito judicial. Examinemo-las.

⁹⁶ Costa (2002a, p. 269).

⁹⁷ Buzaid (1952, p. 101).

⁹⁸ Theodoro Jr. (1986, p. 12).

⁹⁹ É o que noticia Greco (2001, p. 547).

¹⁰⁰ Significativo o texto do Art. 646 do Código de Processo Civil: “A execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor”.

¹⁰¹ Trujillo Díez (2005, p. 15) informa que na Espanha falta uma política estatal orientada para o superendividamento dos consumidores, que são tratados como devedores insolventes.

¹⁰² Carpena e Cavallazzi (2005, p. 124).

Extrajudicial

Há algumas experiências de resolução das situações de superendividamento no Brasil, através dos núcleos da Defensoria Pública, e também no direito alienígena.

DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL

No Rio de Janeiro, foi criada, através de Resolução do Defensor Público Geral, a Comissão de Defesa do Consumidor Superendividado, pertencente ao Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública do Estado (Nude-con). Tal comissão é composta pelos defensores em exercício nesse núcleo.¹⁰³

É função do Defensor Público verificar em quais casos entre os assistidos há o superendividamento, por meio de perguntas a respeito de sua renda mensal, suas dívidas e contas regulares.

Uma vez constatado o superendividamento, caberá à Comissão marcar uma audiência especial de conciliação entre o consumidor e seus credores. Nessa oportunidade, o Defensor irá explicar o sentido técnico de superendividamento para que depois o assistido superendividado narre os motivos que o levaram a tal situação. Por fim, serão os credores convidados a retornar em data posterior para uma nova audiência de conciliação individual, ocasião em que poderão propor um acordo já conhecendo a real situação do devedor. Poder-se-á, então, oferecer tanto um parcelamento mais longo como um abatimento no montante do débito. Na hipótese de haver acordo, o mesmo será firmado em ata de audiência com a assinatura do Defensor Público.

O primeiro caso concreto examinado pela Comissão de Defesa do Consumidor Superendividado da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro foi o de uma assistida que, após três anos de tratamento de um parente com grave doença, viu-se endividada com quinze instituições financeiras no montante de R\$ 100.000,00, apesar de sua renda mensal de R\$ 6.800,00.¹⁰⁴

Através de audiências de conciliação foi possível firmar acordos com dez dos credores, que viabilizaram os pagamentos por meio de parcelamento das dívidas com um prazo compatível com a realidade do consumidor.

¹⁰³ Cf. Oliboni (2005, p. 174-176).

¹⁰⁴ Cf. *ibid.*, p. 175.

“COMISSÕES DE SUPERENDIVIDAMENTO DOS PARTICULARES” NA FRANÇA

Na França, desde o final da década de 1980, tem-se desenvolvido uma forte legislação na defesa do consumidor superendividado. Para se ter uma idéia, entre 01.03.1990 até 31.12.2000, foram registradas 1.027.841 demandas de consumidores que pretendiam auferir as vantagens da Lei 89-1010, de 31.12.1989, *relative à prevention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles*.¹⁰⁵ Algumas reformas ocorreram desde então, mas o sucesso da legislação francesa nesse particular é reconhecido.

No que tange ao procedimento legal,¹⁰⁶ apenas por iniciativa do devedor poderá ser iniciado o processo diante de uma das comissões, sendo competente a do lugar de seu domicílio.

Além dos requisitos citados, caberá ao devedor declarar seu nome, endereço, situação familiar e informações detalhadas a respeito de sua renda, bem como de seu patrimônio, devendo ainda fornecer o nome e endereço de seus credores.

É conferido à comissão um amplo poder a fim de verificar as informações que lhe foram prestadas, inclusive com a oitiva das pessoas que puderem colaborar com o processo.

O pedido do consumidor pode conter o abatimento ou redução de juros, remissão de valores, consolidação ou substituição de garantias e formas de sua execução.

Caberá à comissão, após a análise do caso que lhe foi apresentado, fazer recomendações objetivas tais como adiamentos ou parcelamentos das dívidas com juros reduzidos. Tais recomendações não possuem força obrigatória, estando sujeitas a contestações pelas partes envolvidas (devedor e credores). Nessa hipótese, ficará a cargo do juiz resolver as questões levantadas, podendo, contudo, dessa decisão ser interposta apelação. Haverá força cogente somente da homologação pelo juiz das recomendações ou de decisão judicial.

Deve-se observar que a lei determina que o devedor fique com uma renda mínima (*reste à vivre*) depois de calculados os pagamentos que serão feitos “a fim de que ele possa fazer face às despesas da vida cotidiana”.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Paisant (2002, p. 9).

¹⁰⁶ Cf. *ibid.*, p. 12 et seq.

¹⁰⁷ Costa (2002b, p. 124).

Na hipótese de faltar um dos requisitos ou de não haver acordo em 60 (sessenta) dias, pode ser iniciado o processo de insolvência.

Judicial

É preciso confrontar a experiência do sistema judicial pátrio com a de outros países para perceber o alcance da tutela judicial do superendividado.

DIREITO BRASILEIRO

A partir do Código de Defesa do Consumidor é possível compreender que o superendividado não está condenado a enfrentar o arcaico sistema de *execução por quantia certa contra devedor insolvente*, presente nos Arts. 748 a 786-a do Código de Processo Civil. É facultado ao consumidor antecipar-se judicialmente, propondo, por exemplo, ação revisional, ação de resolução contratual ou outras ações que julgar cabíveis, com fundamento no Art. 83 do referido diploma legal.¹⁰⁸

Ação revisional

Observe-se, primeiramente, que o princípio da força obrigatória dos contratos perdeu a sua rigidez já faz algum tempo.¹⁰⁹ O fundamento para que o consumidor superendividado possa pleitear a revisão do seu contrato encontra-se no Art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor.¹¹⁰

Há polêmica na doutrina no que tange ao dispositivo supracitado.

Para uma primeira corrente, há a consagração da teoria da imprevisão, o que seria deveras prejudicial ao consumidor, sendo este compelido a provar a imprevisibilidade dos fatos que geraram a excessiva onerosidade (José Geraldo Brito Filomeno e James Marins).

¹⁰⁸ Art. 83: “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.”

¹⁰⁹ Cf. Gomes (1980, p. 95-96).

¹¹⁰ Art. 6º: “São direitos básicos do consumidor: V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

Já para a segunda corrente, tal dispositivo legal, além de ampliar as possibilidades para o consumidor em obter a revisão contratual, libera-o da demonstração de imprevisibilidade (Claudia Lima Marques).

Esta última corrente parece estar de acordo com os escopos normativos da Lei nº 8.078/90, que exige, em seu Art. 47, a interpretação mais favorável ao consumidor.¹¹¹ Também Arruda Alvim perfilha tal orientação ao comparar o texto consumerista com o do Código Civil de 2002, afirmando que naquele não há: a) referência à imprevisibilidade; b) referência à extrema vantagem para o credor.¹¹²

Destarte, fica aberta a possibilidade de o consumidor superendividado renegociar as suas dívidas.

Ação de resolução contratual

Embora o Art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor não fale de resolução contratual, mas apenas em revisão, Ruy Rosado de Aguiar Júnior sustenta ser possível a propositura de ação de resolução contratual, combinando-se o artigo citado com o Art. 83 do mesmo diploma legal.¹¹³

Ademais, o Art. 53 do CDC deixa explícito o poder do consumidor de pleitear a resolução dos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia.

DIREITO COMPARADO

Nos Estados Unidos da América vamos encontrar no *Bankruptcy Code*, de 1978, o regime de falências e de recuperação dos consumidores superendividados, havendo a seguinte opção: ou o devedor abre mão de todos os seus bens disponíveis de modo que o produto da venda possa cobrir a dívida (capítulo 7) ou ele propõe um plano de pagamento das dívidas em um prazo máximo de cinco anos, mantendo seus bens (capítulo 13).¹¹⁴

¹¹¹ Nesse sentido: Novais (2000, p. 47-48); Barletta (2000, p. 298-302).

¹¹² Alvim, J. (2003, p. 29).

¹¹³ Aguiar Júnior (2004, p. 154).

¹¹⁴ Marques, M. (2000, p. 272-279).

Na Alemanha, entrou em vigor em janeiro de 1999 a Lei de Insolvência (*Insolvenzordnung*), de 4 de outubro de 1994. Há nela a possibilidade de liberação da dívida residual (*Restschuldbefreiung*, §§ 286-303), mas tal possibilidade não é exclusiva dos consumidores endividados,¹¹⁵ exigindo que alguns requisitos sejam satisfeitos: a) que tenha sido iniciado o processo de insolvência do consumidor (*Verbraucherinsolvenzverfahren*, §§ 304-314); b) que o consumidor tenha procurado extrajudicialmente seus credores para a satisfação da dívida.

8. CONCLUSÃO

A pesquisa procurou responder às seguintes questões: 1) quais os casos de superendividamento, bem como seu conceito e classificação; 2) o perfil do superendividado; 3) as causas do superendividamento; 4) os fundamentos de proteção do superendividado; 5) quais as formas de prevenção do superendividamento; e 6) quais os instrumentos processuais de tutela dos consumidores superendividados.

1. O superendividamento é conceito equívoco, que pode variar em relação aos seus requisitos de país para país, podendo ser definido como a impossibilidade manifesta de o consumidor-pessoa física, de boa-fé, pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo. A classificação mais importante divide o superendividado em ativo e passivo, devendo ambos receber tutela jurídica.

2. Há duas importantes pesquisas realizadas no Brasil acerca do perfil do superendividado, mas que apresentam certa limitação, já que se restringem a dois estados brasileiros e limitaram-se a um número reduzido de pessoas. É preciso haver mais pesquisas no futuro para que se conheça melhor o perfil do superendividado.

3. Várias causas podem dar origem à situação de superendividamento: facilidade de acesso ao crédito, desemprego, doença, aumento do custo de vida, acidente, separação ou divórcio. Elas podem e devem ser evitadas através das formas de prevenção.

¹¹⁵ Trujillo Díez (2005, p. 137-139) ensina que também profissionais e empresários podem fazer uso do benefício, mas não as pessoas jurídicas.

4. A tutela do superendividado constitui direito fundamental (Art. 5º, XXXII, CRFB), e encontra na dignidade humana o seu fundamento. Apesar de o Código de Defesa do Consumidor não conter regras específicas sobre o superendividamento, é possível fazer uso de inúmeras normas para defender o consumidor superendividado, como a que trata da presunção de vulnerabilidade, boa-fé, direito à informação etc.

5. O Estado tem o poder de prevenir o superendividamento, a partir das seguintes idéias: educar o consumidor, regular e controlar um banco de dados, proteger o crédito através de seguros, exigir que os estabelecimentos criem códigos de conduta internos, permitir o direito de arrependimento também nos contratos que envolvam concessão de crédito, ainda que a operação seja realizada dentro de estabelecimento comercial.

6. Existem hoje vários instrumentos de tutela dos consumidores superendividados, destacando, extrajudicialmente, os procedimentos criados pelo núcleo da Defensoria Pública do Rio de Janeiro e pela lei francesa; judicialmente, há possibilidade de o consumidor superendividado propor ação judicial com fundamento na onerosidade excessiva.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE, 2004.

ALVIM, Eduardo Arruda. Comentários aos arts. 39-80. In: *Código do Consumidor Comentado*. 2. ed. 2. tiragem. São Paulo: RT, 1995.

ALVIM, José Manoel Arruda. A função social dos contratos no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 815, set. 2003.

AMARAL, Francisco. A equidade no Código Civil brasileiro. In: ALVIM Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil (Escritos em Homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves)*. São Paulo: RT, 2003.

ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4. ed. São Paulo: RT, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil Brasileiro: tramitação, função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, one-

rosidade excessiva (*laesio enormis*). In: ALVIM Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil (Escritos em Homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves)*. São Paulo: RT, 2003.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. A revisão contratual por excessiva onerosidade superveniente à contratação positivada no Código do Consumidor, sob a perspectiva civil-constitucional. In: *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. A reforma do procedimento de tratamento do superendividamento pela Lei de 29 de julho de 1998 relativa à luta contra as exclusões. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 54, abr./jun. 2005.

BUZAID, Alfredo. *Do Concurso de Credores no Processo de Execução*. São Paulo: Saraiva, 1952.

CARPENA, Heloísa; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Superendividamento: proposta para um estudo empírico e perspectiva de regulação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 55, jul./set. 2005.

CASADO, Márcio Mello. Os Princípios Fundamentais como Ponto de Partida para uma Primeira Análise do Sobreendividamento no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 33, p. 130-142, jan./mar. 2000.

CONSALTER, Rafaela. O perfil do superendividado no estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.adpergs.org.br/restrito/arq_artigos28.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2005.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. O Direito do Consumidor e a Técnica do Prazo de Reflexão. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 43, jul./set. 2002a.

_____. *Superendividamento. A Proteção do Consumidor de Crédito em Direito Comparado Brasileiro e Francês*. São Paulo: RT, 2002b.

EFING, Antonio Carlos. *Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2000.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Comentários aos arts. 4º e 5º. In: *Código Brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

FUTEMA, Fabiana. Endividamento do consumidor em SP atinge maior nível desde dezembro. *Folha Online*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u99124.shtml>>. Acesso em: 11 ago. 2005.

GENTILI, José Carlos. *Os bancos de dados na sociedade de consumo e o Código de Defesa do Consumidor*: a questão da responsabilidade jurídica por danos morais. Brasília: Tecprint, 1999.

GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: RT, 1980.

GRECO, Leonardo. *Processo de Execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. 2.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao Consumidor e Superendividamento – Uma problemática Geral. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 17, jan./mar. 1996.

MARINS, James. Comentários aos arts. 1-17. In: *Código do Consumidor Comentado*. 2. ed. 2. tiragem. São Paulo: RT, 1995.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, São Paulo, 2002.

_____. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 55, jul./set. 2005.

MARQUES, Maria Manuel Leitão (Coord.) et al. *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: RT, 2000.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. II.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos contratos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. Comentários aos arts. 46 a 54. In: *Código Brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente. In: *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

OLIBONI, Marcella Lopes de Carvalho Pessanha. O superendividamento do consumidor brasileiro e o papel da Defensoria Pública: criação da Comissão de Defesa do Consumidor Superendividado. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 55, jul./set. 2005.

PAISANT, Gilles. El tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores en derecho francés. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 42, abr./jun. 2002.

_____. A reforma do procedimento de tratamento do superendividamento pela lei de 29 de julho de 1998 relativa à luta contra as exclusões. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 55, p. 242-246, jul./set. 2005.

PERLINGIERI, Pietro. Equilibrio Normativo e principio di proporzionalità nei contratti. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 3, v. 12, out./dez. 2002.

PINHEIRO, Juliana Santos. O conceito jurídico de consumidor. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PIZZATO, Décio. O endividamento do brasileiro. Disponível em: <<http://www.congressoemfoco.com.br/DetForum.aspx?id=957>>. Acesso em: 17 out. 2005.

RIBEIRO, Fabiana. Farra do crédito nos alimentos. *O Globo*, 30 nov. 2005a.

_____. Às vésperas do Natal, sonhos comprados a prazo. *O Globo*, 11 dez. 2005b.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. O conceito jurídico de consumidor. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, ano 5, v. 18, abr./jun. 2004.

ROCHA, Amélia Soares da. Dívida e consumo. In: *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/34627,1>>. Acesso em: 13 dez. 2005.

ROCHA, Janes. Disponível em: <http://financenter.terra.com.br/Index.cfm/Fuseaction/Secao/Id_Secao/1681>. Acesso em: 3 nov. 2005.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: lei n. 8078, de 11.9.90. 5. ed. São Paulo: LTr, 2002.

SOTO, Paulo Neves. Novos prefis do direito contratual. In: RAMOS, Carmen Lucia et al. (Coord.). *Diálogos sobre o Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TELLES, David. Ajuda para superendividados (Entrevista com o Defensor Público Lincoln Lamellas). Disponível em: <<http://noticias.arcauniversal.com.br/arcanews/integra.jsp?cod=71720&codcanal=36>>. Acesso em: 15 nov. 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

THEODORO JR., Humberto. *A insolvência civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. *O contrato e sua função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TRUJILLO DÍEZ, Iván Jesús. *El sobreendeudamiento de los consumidores, s/d*. Monografia disponível em: <www.ecri.be/media/retail_finance-papers/Sobreendeudamiento-spanish-Trujillo.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2005.

Roberta Barcellos Danemberg é Advogada graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e Pós-Graduada em Direito do Consumidor pela Universidade Candido Mendes.

36° PRÊMIO JURÍDICO, 2006
"Celso Renato Duvivier de Albuquerque Mello"
O papel da pesquisa empírica na formação do
profissional de direito

BANCA

Dra. Eliane Botelho Junqueira
Dr. Gustavo Senechal de Goffredo
Dr. Marcus Vinícius Cordeiro

VENCEDOR

Dr. Alexandre Veronese

O papel da pesquisa empírica na formação do profissional de direito

Alexandre Veronese

INTRODUÇÃO

A pesquisa empírica é de suma importância para o mundo jurídico, quando se tem em vista sua integração com as demais ciências sociais. Entretanto, a formação tradicional é quase nula em termos de qualificar o bacharel para o diálogo com outras áreas, como economia e sociologia. A causa desse problema é a ausência de reflexão epistemológica visando integrar a teorização do direito com as práticas de pesquisa empírica. Os agentes possíveis para reversão dessa situação são os docentes, que podem difundir os métodos e técnicas. A pesquisa empírica requer prática constante, bem como investimentos altos. Mais do que conhecer algumas técnicas, ela requer integração ao processo cognitivo da atividade acadêmica, ou seja, é necessário conjugá-la com o debate teórico. Assim, pode-se compreender que o problema está localizado primariamente na pós-graduação. Se os programas não investem na realização de pesquisas empíricas, a ausência ou a fraca relação perdurará pela formação de um círculo vicioso:

1. Os pesquisadores ativos não inserirão métodos empíricos nos seus cursos e nos seus trabalhos cotidianos de pesquisa;

2. Os discentes de pós-graduação (mestrado e doutorado) não tomarão contato com essa temática nas disciplinas e, conseqüentemente, não utilizarão as técnicas nos seus trabalhos ao longo de sua formação (artigos, dissertações e teses);

3. Os discentes de graduação não tomarão contato com a pesquisa empírica nos cursos e serão desestimulados a utilizar as técnicas e métodos.

Com a baixa utilização das técnicas e métodos, torna-se mais difícil a ruptura do círculo, porque é a prática de pesquisa que constitui o ponto crucial. É interessante ressaltar que o Plano Nacional de Pós-Graduação (2005-2010), produzido pela Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior¹, relacionou algumas subáreas como prioritárias para formação em nível de mestrado e doutorado em direito: (a) proteção da propriedade intelectual; (b) direitos humanos para o desenvolvimento; (c) efetividade do acesso à justiça; (d) direito e meio ambiente; (e) proteção dos interesses difusos; e (f) direito e regulação. Essas subáreas prioritárias de pesquisa requerem inexoravelmente o relacionamento com outros campos científicos. Alguns deles, fortemente orientados à necessidade de compreensão de dados empíricos, como proteção da propriedade intelectual, desenvolvimento e regulação (economia). No tocante à efetividade do acesso à justiça, há a necessidade de interlocução com a economia e com a sociologia. Dessa forma, o tratamento de conceitos como eficiência, que foi inserido pela Emenda Constitucional n° 19, de 1998, como princípio constitucional da Administração Pública (*caput* do Art. 37), perde relevo sem a possibilidade de compreensão do seu significado do ponto de vista econômico. Como ilustração, basta remeter ao trabalho de Héctor Fix-Fierro², sobre eficiência judiciária, bem como aos trabalhos de Armando Castelar-Pinheiro³, para compreender que muito pode ser realizado para traduzir esse debate em termos jurídicos. Como contraponto, pode ser visto que os pesquisadores de áreas tradicionais, como direito administrativo, estão atentos ao tema, apesar de não terem integrado pesquisas empíricas em seu cotidiano⁴.

¹ Capes (2005).

² Fix-Fierro (2003).

³ Castelar-Pinheiro (2003a; 2003b).

⁴ Aragão (2006).

O objetivo principal deste trabalho é demonstrar que a pesquisa empírica não se consolidou na área jurídica por sua baixa difusão na prática dos programas de pós-graduação. Ele está de acordo com o diagnóstico de Lee Epstein e Gary King⁵, bem como com o ensaio de Peter Schuck sobre esse problema⁶. Assim, se a pesquisa empírica não fez parte da formação dos docentes, ela possui baixa possibilidade de ser retransmitida aos graduandos.

Na primeira seção, será trabalhado como a noção de pesquisa jurídica não avançou além dos estudos teóricos. Esse movimento decorre de um dilema epistemológico que não permite a visualização da pesquisa empírica como elemento a ser conjugado com o debate filosófico que impera na área. Será analisada a literatura recente que tratou deste tema – pesquisa científica no direito – e formulada uma base teórica para demonstrar que é possível integrar os métodos de pesquisa empírica no cotidiano do direito. Na segunda seção, será realizada uma exposição sobre os métodos empíricos disponíveis para utilização na prática de pesquisa, bem com uma avaliação sobre seu uso na área jurídica. Na terceira seção, serão listados dados sobre o crescimento da pós-graduação em direito. Serão analisados os currículos dos cursos de mestrado e doutorado, do Estado do Rio de Janeiro, para demonstrar que a pesquisa empírica é sub-representada em sua oferta. Será dado destaque às exceções, para demonstrar as experiências de algumas instituições. Será realizada uma curta avaliação sobre o crescimento da graduação em direito, explicando que a pesquisa empírica não se reflete diretamente nesses cursos. Ela é necessariamente mediada pelos docentes, que são formados nos mestrados e nos doutorados. Na quarta seção, será feita uma comparação com a experiência norte-americana e britânica. Serão destacadas as recomendações contidas nos trabalhos de Lee Epstein e Gary King⁷ para o desenvolvimento da pesquisa empírica no direito. A conclusão reside na perspectiva de que houve um avanço significativo na institucionalização da pesquisa jurídica no Brasil. O próximo passo desse avanço reside no incremento da pesquisa de caráter empírico, que tem marcado o avanço da ciência nas humanidades (economia, ciência política, sociologia e antropologia).

⁵ Epstein e King (2002a).

⁶ Schuck (1999).

⁷ Epstein e King (2002a; 2002b; 2003).

VISÕES DISTINTAS SOBRE A MESMA PALAVRA: PESQUISA NO DIREITO

Em 2004, por ocasião da comemoração dos vinte anos do Departamento de Pesquisa e Documentação da Seccional do Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil, houve a solenidade de lançamento de um livro que reunia a trajetória do órgão⁸. A mesa foi composta por dois conferencistas: o ex-Presidente do Instituto dos Advogados do Brasil (IAB), Hermann Assis Baeta, que relatou o andamento do trabalho, produzido junto ao Conselho Federal, sobre a história da OAB; e a professora Eliane Botelho Junqueira, antiga Diretora do Departamento, que tratou de um panorama histórico do órgão. Ela mencionou o importante trabalho produzido – mas não publicado – por Luiz Jorge Werneck Vianna e por Maria Lúcia Teixeira Werneck Vianna, sobre a inserção política da Ordem dos Advogados do Brasil (1984), bem como o publicado por Leila Linhares e Renato Lessa⁹. Cada um dos conferencistas apresentou um quadro epistemológico com o significado da palavra “pesquisa” na área de direito.

Os dois panoramas – e as suas correspondentes visões acerca da institucionalização da pesquisa científica no direito – foram exemplarmente dicotômicos. Hermann Assis Baeta relatou que a pesquisa faz parte da vida de todos os advogados, tendo em vista que eles levantam cotidianamente informações para o seu trabalho. Dessa forma, a contribuição do Departamento era produzir análises que ajudassem a melhorar a formação dos advogados, tal como a história da OAB. A professora Eliane Botelho Junqueira explicou que o Departamento foi um espaço para produção científica, em um tempo de baixa institucionalização dessa agenda no campo jurídico. Sua utilidade foi possibilitar que pesquisadores – como ela própria e outros – tivessem contato com pesquisas empíricas em uma época na qual as faculdades de direito não percebiam esse tema como relevante. As duas visões são dicotômicas porque apontam para diagnósticos diferentes, bem como para conjuntos distintos de soluções para o avanço da pesquisa científica em direito.

A primeira visão apresenta a formação de graduação dos advogados e demais práticos da área jurídica como deficiente. Dessa forma, a tarefa da pesquisa científica seria apoiar a melhora dos cursos jurídicos e da educação

⁸ Piragibe da Fonseca e Cavallazzi (2004).

⁹ Linhares e Lessa (1991).

continuada no sentido de aperfeiçoar os práticos em sua vida profissional. Nessa visão, a pesquisa seria feita por todos. Ela faz parte da vida cotidiana; e é relacionada com a capacidade de processar analiticamente informações. A institucionalização é pouco compreendida, tendo em vista que o gargalo está na formação das pessoas. Ela só será traduzida institucionalmente depois. O prognóstico hipotético de tal visão poderia ser: “mude as pessoas que as instituições mudarão depois”.

A segunda visão informa que o espaço para formação dos pesquisadores é distinto do dos práticos. Logo, a pesquisa é entendida como diferente para os cientistas do direito e para os práticos. Ela é relacionada com a capacidade de processar informações para compreender a vida social do direito, não para subsidiar a ação em um primeiro instante. No momento em que a pesquisa é instrumentalizada aprioristicamente por um objetivo laboral, ela perde parte de sua força cognitiva por diminuir a capacidade de proteção do pesquisador contra o viés (ou seja, pela tendência de uma convicção ou crença arraigada prévia). Há uma diminuição da vigilância¹⁰, que limita a realização de uma ruptura epistemológica¹¹, necessária para produção do conhecimento. O problema da institucionalização, nessa análise, é o gargalo central, já que os pesquisadores precisam, para o exercício da pesquisa científica, de espaço, sem o qual não há possibilidade de mudanças. O prognóstico hipotético poderia ser: “sem que as instituições mudem, não haverá espaço para mudar as pessoas”.

Este é um bom ponto de partida. Afinal, o problema da pesquisa empírica no direito está relacionado com dificuldades de ordem institucional ou de ordem epistemológica? Ou seja, falta infra-estrutura ou a carência é de métodos e de formação científica? A primeira objeção para tal formulação poderia ser que obviamente o problema ocorre nas duas pontas: é tanto um problema institucional quanto um problema epistemológico. Essa possível objeção confunde mais do que explica. Quanto se trata de localizar o problema central, há que se ter o objetivo de encontrar o ponto principal para formulação de políticas. Assim, busca-se o dilema principal, sem negar que outros existam. Se o problema é principalmente institucional, a solução reside fortemente na construção e/ou expansão de espaços para o exercício da pesquisa empírica. Mas se o principal elemento é de ordem epistemológica, a solução reside em

¹⁰ Bourdieu, Chamboredon e Passeron (1991).

¹¹ Bachelard (1996).

formar melhor os futuros pesquisadores, para que seus trabalhos contenham elementos empíricos. É um convencimento às pessoas. Se os recursos são escassos, a prioridade vai ser dada: (1) para formar pesquisadores em novas vertentes teóricas? Ou (2) para garantir o exercício dessas novas pesquisas (laboratórios e dotações para pesquisa)?

As análises acadêmicas sobre o problema

As análises sobre política científica, usualmente, misturam os dois campos: questões teóricas-epistemológicas e institucionais. Um trabalho seminal de reflexão sobre a pesquisa jurídica, produzido por Aurélio Wander Bastos¹², incorria nesse problema. Os dilemas estão misturados, bem como as possíveis soluções. Não se pode localizar um ponto preferencial para indicar a resolução do dilema. O diagnóstico da área de direito na Capes¹³ indicou que o primeiro problema – acolhido como sugestão – residia na falta de formação teórica dos mestrandos e doutorandos. Portanto, a solução de tal fraqueza era depositada no incremento do ensino de filosofia do direito. Entretanto, o mesmo diagnóstico também constatou a falta de verbas para projetos de pesquisa no âmbito do direito.

No importante trabalho de Marcos Nobre é mencionado que o problema da pesquisa em direito é fortemente orientado pela confusão entre a função de prático e de pesquisador¹⁴. O diagnóstico é correto e justificado com uma digressão entre as diferenças do denominado “parecer jurídico” e das pesquisas acadêmicas (com a luta contra o viés). Assim, o centro do seu argumento é realmente de ordem epistemológica com poucas referências aos problemas institucionais. Foi produzida uma resposta por Roberto Fragale Filho e Alexandre Veronese¹⁵, baseada nessa ausência. Mas eles confundem o problema da baixa institucionalização com a questão epistemológica, como Bastos¹⁶ e o diagnóstico da Capes¹⁷. Apesar de terem produzido o mais completo diagnós-

¹² Bastos (1986).

¹³ Capes (1999, p. 154-157).

¹⁴ Nobre (2003).

¹⁵ Fragale Filho e Veronese (2004).

¹⁶ Bastos (1986).

¹⁷ Capes (1999, p. 154-157).

tico sobre a alocação de elementos institucionais como verbas e pessoas, eles não conseguem equacionar esse panorama com o problema epistemológico.

Os trabalhos de Claudia Lima Marques sobre a pesquisa jurídica constituem estudos do tema epistemológico¹⁸. Eles expõem o dilema da pós-modernidade como obstáculo para a produção jurídica. Dessa forma, permitem que a discussão seja orientada para o âmbito da relação entre pesquisa científica e modernidade, no direito. Mas, assim como no trabalho de Nobre, a autora focaliza em uma solução direcionada à técnica de pesquisa individual ou coletiva; sem tratar do tema institucional. O problema é a ausência de rigor metodológico, que é maximizada pela conjuntura da vida contemporânea, entendida pela emergência do paradigma pós-moderno.

Em síntese, nenhum dos trabalhos mencionados tratou da prática de pesquisa empírica como elemento central para ampliar a interação do direito com outras ciências sociais, que pode ensejar uma maior inserção científica do direito. Conseqüentemente, nenhum deles também tem em conta a importância de levar ao cotidiano dos graduandos a capacidade de dialogar com esses outros campos científicos.

Feita a análise do “estado da arte” dos estudos nacionais sobre o tema, cabe introduzir o ponto central desta seção. A falta de pesquisas empíricas acarreta dois problemas para a área do direito: (1) a dificuldade de reconhecimento acadêmico pelas outras áreas; e (2) a dificuldade de institucionalização do ponto da infra-estrutura. É apresentado mais um círculo vicioso: (1) pouca verba é direcionada à área de direito porque ela é vista como “menos acadêmica”; (2) ela se torna mais “fraca” (“academicamente menos” reconhecida pelos outros pesquisadores) porque produz qualitativamente menos e também por ter menos recursos; e (3) por ser mais “fraca” e “menos acadêmica”, ela recebe pouca verba.

O que o presente trabalho postula é que a solução é fortemente institucional. Ela reside na abertura estrita da área jurídica para influxos de outras áreas. Esse movimento já existe e a interação com a economia e as demais ciências sociais é perceptível em vários programas de pós-graduação em direito. As ciências sociais empíricas têm muito a ganhar com a interação, tendo em vista o diagnóstico de que o sistema jurídico é um elemento central para a compreensão da sociedade e da economia contemporânea. Assim, a renovação

¹⁸ Marques (1998; 2000).

teórica e epistemológica decorrerá de uma solução institucional. Se não forem investidos recursos para contratação e formação de infra-estruturas e pessoas para a pesquisa empírica, a solução não virá apenas da renovação teórica. Apesar de a filosofia ser importante para a integração da pesquisa empírica à tradição teórica do direito, é impossível fazê-la sem que existam pesquisadores empíricos. No próximo tópico será demonstrado que as pesquisas empíricas são integráveis aos estudos jurídicos. Ainda, será ressaltado que tal integração apenas demonstraria a força da pesquisa teórica já consolidada na área de direito, sendo de fato a possibilidade para resolver o dilema.

O paradigma científico moderno e o direito

Quando se pensa em modernidade e ciência, o que vem à tona é a antiga utopia de que a produção científica ofereceria teorias e engenhos para o conhecimento e para o posterior controle do mundo social e natural. Na transposição para o plano jurídico, esta diz respeito à possibilidade de um conhecimento sobre o que é o direito, como ele pode ser compreendido (descrito e interpretado) e, finalmente, como ele pode produzir referências seguras para as ações sociais (consequências). Desse modo, pode-se entender a pesquisa jurídica relacionada ao entendimento de quatro momentos das relações sociais. No primeiro momento de compreensão, há o debate sobre os pressupostos da própria noção de normatividade. O que se busca compreender é o significado intrínseco da validade do direito e seu conceito abstrato em relação à vida social (efetividade, observância prática das disposições jurídicas etc.) e em relação aos valores sociais (traduzidos normativamente, ou não). A tentativa de uma compreensão positivista, como a de Hans Kelsen¹⁹, oferece uma leitura em que a normatividade possui uma concretude intrínseca, sem que haja uma investigação sobre sua origem ou sua relação com a vida social. No caso de Herbert Hart²⁰, também positivista, o sistema jurídico é assentado em um pressuposto social, baseado nas regras de reconhecimento²¹.

Esse debate possui sentido porque visa separar as diretrizes jurídicas (para prática de ações pelos atores sociais) das demais orientações (moral,

¹⁹ Kelsen (2003).

²⁰ Hart (1994).

²¹ Piragibe da Fonseca (2002).

interesses econômicos etc.). Assim, as diretrizes jurídicas ganham uma conformação de prevalência intrínseca (autofundada; ou baseada na estrutura política e seus valores; ou, ainda, fundamentada na vida social e seus valores) em relação aos demais conjuntos de orientações normativas (crenças religiosas, por exemplo). O ponto central do debate foi deslocado teoricamente após 1945. Com efeito, a necessidade de compor a normatividade jurídica com uma dimensão moral (direitos humanos, por exemplo) trouxe uma rediscussão sobre como conciliar um sistema jurídico neutro, porém atento aos valores relevantes para a vida social. Nesse sentido, o diagnóstico de Robert Alexy²² é pertinente porque permite compreender que o conceito de direito determina o limite de quais são as normas jurídicas que podem ser mobilizadas para um debate interpretativo. Esse autor produziu ainda uma teoria interpretativa que demonstra normativamente como relacionar o que é denominado como “pretensão de correção” e “vedação à injustiça”, por meio da absorção, como normatividade jurídica, de valores morais. Dessa forma, seu quadro teórico permite uma ruptura em relação às concepções positivistas por integrar no debate jurídico, como elementos normativamente relevantes, derivações sociais (incorporadas na moral como, por exemplo, os direitos humanos). Infelizmente, Alexy não trabalha com a etapa posterior, ou seja, com a compreensão de como é utilizado socialmente o direito, do ponto de vista empírico. Dessa forma, a sua teoria da razão prática carece da compreensão de como ocorre sua aplicação prática. Ela não é posta para teste, portanto.

O segundo momento da compreensão jurídica é relacionado com o primeiro. Ele diz respeito à determinação da organização normativa, localmente compreendida. Assim, existe um óbvio pressuposto, derivado do primeiro momento, consoante o qual deve ser definido o que, em termos abstratos, pode ser considerado como norma jurídica para que possam ser definidas quais são as normas jurídicas vigentes em um espaço e um tempo específicos. A fratura central entre os filósofos do direito e os pesquisadores empíricos (sociólogos e economistas, dentre outros) é que os primeiros não trabalham com a dimensão de um direito extra-estatal²³. A maior contribuição da sociologia jurídica ao debate contemporâneo foi localizar que as normas jurídicas estatais convivem com acervos de diretrizes reconhecidas socialmente como direito

²² Alexy (2004; 2005).

²³ Weber (2004).

que não são garantidas pelo Estado. Elas têm sua efetividade extra-estatal baseada na dinâmica da vida social²⁴, usualmente em conflito com as disposições estatais. Como é possível descrever o direito positivo sem ter atenção à sua vigência prática? Como é possível determinar a compreensão do que é o direito com atenção somente aos valores analisados pelo debate filosófico? Como é possível compreender um sistema jurídico com desatenção à sociedade, empiricamente considerada, que o interpreta cotidianamente? O direito só existe a partir dos órgãos estatais? Essa concepção reduz o direito à legislação e seu manejo à jurisdição (tribunais) e à administração. Existem vários trabalhos contemporâneos sobre a formação de um direito transnacional, com uma categoria de práticos adstritos a ele²⁵. Não ignorar estas “novas fontes de direito” pode ser crucial para compreender grande parte das relações econômicas e sociais contemporâneas.

O terceiro momento da compreensão jurídica é conhecido como interpretação do direito. Tanto Hans Kelsen quanto Robert Alexy produziram diagnósticos sobre o que é o direito (abstratamente considerado) e sobre como interpretá-lo. Essas duas etapas são usualmente relacionadas nos estudos jurídicos. O termo usado para designar o campo que as agrega poderia ser filosofia do direito ou teoria do direito, apesar de existirem distinções conceituais importantes entre os dois termos, como a noção de que a segunda acepção é mais ampla do que a primeira, englobando-a. Enquanto um dos campos, acerca dos pressupostos, é relacionado de forma mais forte com a epistemologia, o segundo é mais próximo da hermenêutica, enquanto possibilidade de construção e/ou análise de teorizações interpretativas aplicáveis. A designação lógica jurídica corresponde a um equívoco conceitual muito freqüente, tendo em vista que o raciocínio lógico é baseado na inferência causal e é geral, ou seja, utilizado nas ciências naturais de forma ampla. Mesmo que pudéssemos utilizar a lógica para operação interpretativa da normatividade, ela nunca seria jurídica, pelo mesmo sentido que, quando mobilizada na biologia, não se tornaria biológica²⁶.

Finalmente, o quarto momento analítico corresponde à análise social e/ou econômica do direito. A pergunta central é como a normatividade é apro-

²⁴ Faria (2001); Santos (1977; 2006).

²⁵ Dezalay e Garth (1996).

²⁶ Perelman (2000).

priada socialmente. As teorias de Alexy e de Kelsen não se preocupam com essa questão. Na verdade, existem poucos estudos para a compreensão da apropriação social do direito. Muito do que é denominado sociologia jurídica corresponde à filosofia social ou à filosofia política; e reside disperso entre a primeira e a terceira etapa. A característica central de estudos sobre apropriação social do direito é o forte lastro em pesquisas empíricas. Ou seja, é a busca de resultados analíticos sobre o “como” e o “porquê” de a normatividade jurídica existente ser interpretada de uma determinada forma. Eles também tratam das consequências sociais e econômicas dessas interpretações em relação à vida social em geral ou em casos específicos (mudança social, por exemplo). A Figura 1 sintetiza essas quatro vertentes do trabalho de pesquisa jurídica:

Figura 1: Os quatro momentos da análise do direito

<i>Mais Empírico</i>	<i>Conseqüências</i>	<i>“Como é aplicado o direito?”</i>	<i>Ciências empíricas</i>
↑	<i>Interpretação</i>	<i>“Como analisar o direito?”</i>	<i>Hermenêutica</i>
	<i>Descrição</i>	<i>“Como estão organizadas as normas?”</i>	<i>(a) dogmática; e (b) ciências empíricas</i>
<i>Menos empírico</i>	<i>Pressupostos teóricos</i>	<i>“O que é o direito?”</i>	<i>Epistemologia</i>

Havendo sido traçada a exposição dos quatro momentos, é imperioso dedicar-se à tarefa de compreender o próprio campo das pesquisas empíricas. Dessa forma, pode-se entender como existem reivindicações de trabalhos sociológicos que são, na verdade, trabalhos filosóficos, pois não lidam com a principal característica que serve como divisa entre as teorizações sobre o direito e as análises jurídico-sociais: o estudo teorizado de dados controlados. O que pode ser determinado, desde já, é a baixa utilização da concepção empírica para a segunda etapa. O ponto central para o avanço da pauta da pesquisa empírica não está localizada no quarto momento. Está adstrito à interseção da pesquisa empírica com a descrição dos sistemas jurídicos vigentes, com a perspectiva de renovar o campo da produção doutrinária.

3. UM PANORAMA SOBRE A PRÁTICA DE PESQUISA EMPÍRICA

Dentro da área de direito não é usual a utilização de dados para a construção de conclusões acerca de fenômenos. Isso pode parecer estranho, pois o método científico se baseia nessa perspectiva: observação dos fenômenos, uso de teorizações lógicas, demonstrações e, ao fim, conclusões que derivam em leis gerais. Mas é assim na área jurídica, a qual parece estar mais próxima da filosofia do que das demais ciências sociais empíricas.

Isso é compreensível pela história descrita por Joaquim Falcão²⁷ sobre uma palestra de Gilberto Freire na Faculdade de Direito do Recife, atualmente parte da Universidade Federal de Pernambuco. Quando do ocorrido, Gilberto Freire já era um reconhecido cientista social. Ele havia sido convidado para dar uma conferência no Salão Nobre daquela Faculdade. Quando o cientista social se precipitou para adentrar o Salão, pôde contemplar uma faixa estendida na grande mesa. Dizia a faixa: “fora meteco!”. Meteco, em grego, significa estrangeiro. Desse modo, os alunos da Faculdade de Direito do Recife diziam para Gilberto Freire que, naquela casa, somente juristas podiam ter a palavra. Mais, diziam que a “ciência” do direito não precisava de conselhos da Antropologia ou da Sociologia. Vivia bem... Isoladamente!

Esse exemplo já seria suficiente para comprovar que, na tradição romano-germânica, as elucubrações filosóficas possuem mais valor do que as observações científicas, no debate dos juristas. Ou, ainda, que o direito atingiu um “*status*” de ciência sem, na verdade, ser uma atividade científica em sentido estrito e paralelo com as outras áreas. A Alemanha possui uma grande tradição em suas faculdades de direito no tocante aos trabalhos de pesquisa. Mas seriam trabalhos científicos? Historicamente, os professores não usariam em seus trabalhos de pesquisa levantamentos de dados, por exemplo. Mas as suas pretensões eram e são científicas, desde a época de Carl Friedrich Von Savigny e do seu método histórico. Ele é considerado por Karl Larenz²⁸ como o precursor da cientificidade no direito por sua tentativa de fundamentar o sistema jurídico na reinterpretação culturalmente apropriada pelo alemães do legado romano. O objetivo de alcançar um método de interpretação das leis que fosse científico e, logo, mais preciso, marcou profundamente a produção da teoria

²⁷ Falcão (2002).

²⁸ Larenz (1977).

do direito alemão. Entretanto, a produção dos professores alemães está mais próxima da filosofia do que das ciências sociais como a antropologia e a sociologia. Nesse sentido, estão mais distantes do objetivo de Savigny, também.

O grande objetivo de Savigny era encontrar o direito alemão com as verdadeiras raízes históricas daquele povo. Ele queria um direito que julgava ser a tradução do espírito do povo alemão (*Volksgeist*), que só poderia ser definido com um método científico. Mas deve ser ressaltado que, para tal empreitada, o método científico necessário não era um método do direito. Era um método de pesquisa histórica. Consistia em reinterpretar os institutos legados pelo direito romano para, a partir da regularidade, encontrar um sistema jurídico. A regularidade da utilização cultural dos institutos do passado seria a prova histórica da razão dos alemães. Sua contraposição seria o direito codificado, legislado, imposto por uma maioria sem atenção ao desejo do povo germânico. Enquanto o fundamento do direito histórico estava na tradição, ele seria encontrado, neste último, na racionalidade dos codificadores que acreditavam poder organizar uma obra como expressão de uma razão universal e científica, no sentido francês.

Essa análise serve para demonstrar que a tradição referente aos estudos empíricos no direito pode ser traçada ao início do século XX. Tanto no movimento da Escola Livre de Direito, na Alemanha, quanto na Jurisprudência Sociológica norte-americana. Em que pese a importância delas, o objetivo mais amplo era uma revisão sociológica da compreensão filosófica do direito. Eram correntes filosóficas antipositivistas. Nesse sentido, as pesquisas empíricas estavam presentes de forma pouco clara. O aparecimento da agenda da pesquisa empírica no direito, de forma estruturada, está relacionado com a antropologia, principalmente nos Estados Unidos. Os estudos sobre as sociedades dos povos nativos do continente norte-americano, conduzidos por Karl N. Llewellyn, abriram o estudo do direito às técnicas de coleta e análise de dados. Na outra ponta, em meados do século XX, há a tentativa de estruturação do realismo jurídico norte-americano com a intensa produção moderna de dados.

O ponto central é a ruptura com a crença na possibilidade de uma compreensão científica do direito apenas com o acervo teórico e filosófico. Ou seja, o debate evolui para apontar a impossibilidade da produção científica, no direito, sem a existência de uma agenda de pesquisas empíricas. Por certo, a decisão judiciária pode não requerer a produção de evidências empíricas. Mas, cada vez mais, compreender dados da vida social e econômica é necessário

para decidir questões judiciais. Entretanto, a questão é mais grave. Ela aponta para uma dúvida: será que a compreensão doutrinária – excessivamente opinativa – não esgotou sua capacidade de integração teórica do fenômeno jurídico com a vida social e econômica? Em caso afirmativo, a única solução seria integrar os métodos e as técnicas de pesquisa empírica, reestruturando a dogmática.

Para avançar nesse tema, faz-se necessário compreender, ainda que de forma panorâmica, quais são os métodos e técnicas de pesquisa empírica correntes nas outras ciências sociais. Antes de relatá-los, cabe traçar uma distinção preliminar entre a concepção de pesquisa científica (como atuação controlada para compreensão do mundo social) e as das pesquisas empreendidas por jornalistas e outros profissionais no seu cotidiano. Portanto, é necessário definir a pesquisa social.

Segundo Charles Ragin²⁹, existe uma mistura problemática e indelével na atividade de pesquisa social que reside no fato de os pesquisadores serem, ao mesmo tempo que sujeitos do conhecimento, partes dos objetos (pertencem à sociedade, em algum sentido) e partes do público (se encontram na sociedade, que absorve o conhecimento produzido). Para o autor, a questão pode ser dividida em dois pólos. Os cientistas sociais seriam os portadores de um modo científico de “tratar da sociedade”, ao passo que os outros analistas “falariam da sociedade”, mas de modo não científico. Para ele, existem três maneiras de expressar a distinção entre a pesquisa científica social e a “pesquisa” não-científica:

1. Cientistas sociais definem diferentemente a sociedade (como um objeto científico);
2. Cientistas sociais utilizam uma linguagem de variáveis e relações entre elas;
3. Cientistas sociais utilizam o método científico como os outros cientistas.

Para a primeira maneira de responder à diferenciação, ele demonstrará que não existe uma razoável unidade entre os cientistas sociais na definição da sociedade. Esse conceito pode abranger um pequeno grupo social, distinto culturalmente, dentro de um Estado-nação ou o Estado-nação inteiro. Assim,

²⁹ Ragin (1994).

certamente, não será pelo uso de um conceito único de objeto que se terá a linha divisória das ciências sociais e o senso comum. A segunda maneira seria definir que a linguagem das variáveis e da relação entre variáveis (co-variação) seria o modo correto de responder pela diferenciação das ciências sociais e do senso comum. Outra opção seria a questão das medidas, e a lembrança da física concorre certamente para esse modelo. A questão central é que não só os cientistas sociais utilizam-se dessa linguagem. Assim, ela não serve como marco divisório. O terceiro modo seria postular que os cientistas sociais usam o método científico em seus estudos. Dessa forma, seu trabalho seria, obviamente, científico e, logo, distinto dos produzidos por não-cientistas. O maior problema para essa definição é que não existe a possibilidade de uso idêntico da noção de “pesquisa experimental”, realizada em laboratório, tal como em outras ciências. Ele pondera que a operação desse trabalho, fundado em um método científico geral, se inicia com hipóteses e parte para raciocínios dedutivos ou indutivos.

Após essas primeiras noções, o autor diferencia as pesquisas científicas nas ciências sociais das atividades jornalísticas e de outras formas de construção de representações sociais, enunciando que a distinção reside no fato de as pesquisas sociais possuírem quatro características, ao mesmo tempo:

1. Focalizam fenômenos socialmente relevantes em algum sentido;
2. Relacionam-se, direta ou indiretamente, com a teoria social;
3. Baseiam-se ou incorporam grande quantidade de evidências, coletadas com observância metodológica;
4. Resultam, de alguma forma, da análise sistemática dessas evidências.

Desse modo, a diferença está em que os trabalhos jornalísticos, embora usualmente possuam algumas dessas características, normalmente não possuem todas. Essa definição e a distinção produzidas por Ragin são interessantes porque se baseiam em um ponto observável que é o próprio trabalho dos cientistas sociais e não em elementos exteriores (concepções filosóficas e abstratas, por exemplo).

No tópico seguinte será tratada a importância dos dados e das análises. Resulta da agregação de duas das quatro características enunciadas por Ragin, que resumem as diferenças existentes entre o que se produz correntemente na área de direito como pesquisa científica e o que é produzido na área de ciências sociais.

A importância dos dados para as conclusões

O método científico pressupõe a realização de observação ou de experimentação. A observação científica pode ser entendida como a coleta controlada de dados, como a descrição e a análise de situações sociais, seja por meio de pesquisas etnográficas, seja por meio de enquetes, de questionários ou de outra estratégia. A experimentação está relacionada com a reprodução controlada dos fenômenos naturais. Tanto as pesquisas biológicas a partir de biotérios (criações controladas de linhagens animais para experiências) quanto os laboratórios modernos de física são exemplos de como a pesquisa experimental marca a ciência moderna. De fato, a história da ciência demonstra que foi da pesquisa experimental que derivou o paradigma de rigor científico, exportado posteriormente para todo o campo científico, inclusive para as humanidades. Obviamente, a experimentação, em um sentido estrito, está fora do alcance das pesquisas sociais em geral. Mas as ciências sociais utilizam o rigor científico para a coleta e para a análise das evidências. Um modo interessante de visualizar como os cientistas sociais entendem diferentemente seu trabalho é notar que eles mencionam seus produtos como “construções” e/ou “análises”, enquanto os pesquisadores do mundo natural se referem às “descobertas”.

O ponto de convergência se localiza no rigor da coleta dos dados e na necessidade de análise. A existência de um controle fundamentado e aceito pela comunidade acadêmica para distinguir as pesquisas corretamente produzidas é o que unifica o campo científico. Assim, esse controle ocorre pela definição de um padrão em cada área determinada do conhecimento.

Em síntese, a organização de dados – por coleta e análise – sobre os fenômenos é um processo que tem igual relevância tanto para as ciências naturais quanto para as ciências sociais. A coleta de amostras, em quantidades específicas, de tal forma que possam ser qualificadas como estatisticamente relevantes, é um exemplo. Esses parâmetros para organização dos dados podem ser ampliados para alcançar a física, a química, a sociologia, a ciência política, a economia e a antropologia. No caso da física, o físico brasileiro Cesar Lattes teve que expor aos raios cósmicos, em Chacaltaya (Bolívia), cerca de 30 placas para que tivesse uma amostra maior do fenômeno do méson π . O grupo de pesquisa de Lattes, no Laboratório de Bristol (Reino Unido), já tinha identificado antes a subpartícula atômica do méson π . Mas eles precisavam

de uma quantidade estatisticamente relevante para mostrar a regularidade do fenômeno.

A questão central é referente à construção de hipóteses e à comprovação da sua potencial veracidade. A comprovação pode decorrer de um conjunto de casos – reduzidos analiticamente por um escopo teórico – ou da experimentação, entendida como a reprodução do fenômeno em condições controladas. Nas ciências sociais, ela pode decorrer da análise de informações qualitativas ou quantitativas. No próximo tópico, haverá uma pequena descrição dos desenhos de pesquisa.

Diferenciando desenhos de pesquisa

É importante entender que existem diferentes tipos de desenhos de pesquisas, com suas respectivas técnicas, formando três estratégias: qualitativas, quantitativas e comparativas. As estratégias qualitativas buscam compreender densamente determinados casos, grupos ou instituições. A ênfase é adstrita às variáveis em relação às qualidades que não são redutíveis numericamente. Um exemplo pode ser extraído da área criminal. Uma determinada característica cultural não é usualmente redutível a um valor em uma escala para comparação com um padrão (e.g., maior ou menor incidência de delitos em determinado horário e local; vítimas por mil habitantes etc.). Assim, a prática de um determinado tipo de delito pode não ser considerada como tal em outra sociedade ou grupo. Uma comparação da perpetração de crimes em diversos países tem que levar essas distinções culturais em consideração, sob pena de criar comparações irreais, em termos numéricos.

Entretanto, existem variáveis que são passíveis de redução numérica. Elas constituem o centro das estratégias quantitativas. Aliás, a maior parte das variáveis pode ser reduzida para grandes comparações sem que haja um largo prejuízo analítico. Mas sempre há uma perda de detalhes da situação, grupo ou instituição enfocados com a análise quantitativa. De toda forma, elas são bastante úteis para amplas comparações, impensáveis de serem produzidas por meio de estratégias especificamente qualitativas. Nesse caso, o centro do debate metodológico passa pelo modo de construção das variáveis e das escalas.

A outra estratégia é a comparativa. Ela busca uma quantidade intermediária de casos para comparação. Haverá uma perda de significado em relação

à análise qualitativa, que, por trabalhar com poucas situações, pode atribuir um detalhamento bastante rico em termos das informações levantadas na pesquisa. No caso dos estudos comparativos, existe uma ampliação no número de casos, mas não há prevalência em termos de ampla redução das variáveis em termos numéricos.

É relevante frisar que a primeira tarefa imposta ao pesquisador é dimensionar que a atividade científica de pesquisa social se funda basicamente em apreender a compreensão dos fenômenos a partir da complexidade da vida social. O grande empecilho é ordenar o que pode ser visualizado como uma interação complexa de diversos fatores. A lembrança dos fenômenos econômicos, na interseção entre economia e sociedade, com sua profusão de dados históricos e modelos teóricos exemplifica bem o problema da complexidade analítica. Assim, grande parte do esforço do pesquisador diz respeito à tarefa de separar os fatos econômicos dos fatos jurídicos (coletados com rigor e sistematica), dentre outros, em narrativas analíticas. Para haver separação e compreensão, é necessária a existência de teorização. Sem ela, não seria possível realizar a tarefa de classificar um emaranhado de informações inesgotável, em prol de identificar, a partir dele, uma narrativa científica coerente. Para Ragin, a pesquisa possui os seguintes objetivos:

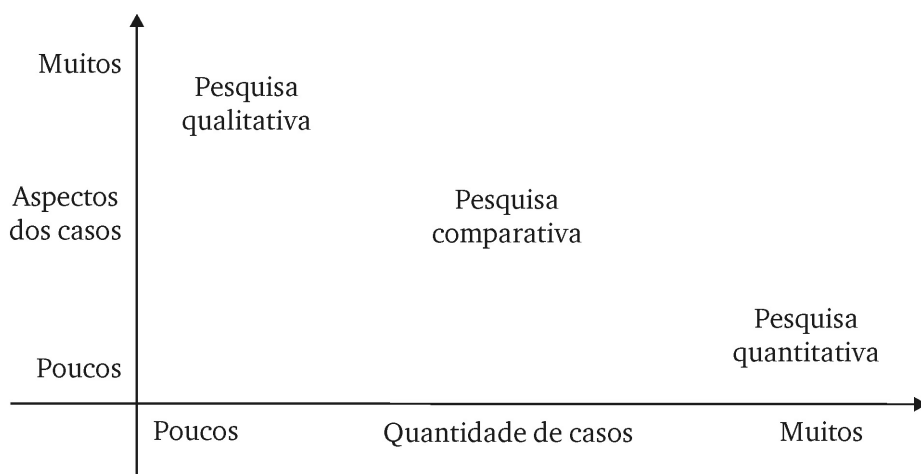
1. Identificar padrões gerais e relacionamentos;
2. Testar e refinar teorias;
3. Realizar previsões;
4. Interpretar fenômenos que tenham especial significado cultural ou histórico;
5. Explorar a diversidade;
6. Dar voz aos silenciados socialmente (marginalizados ou oprimidos);
7. Avançar novas teorias.

Para ele, os três primeiros objetivos também são compartilhados com as ciências ditas duras (*hard sciences*), ao passo que os quatro últimos são típicos das ciências sociais. Esses objetivos, frisa ele, não são os únicos possíveis. Podem existir outros, como, por exemplo, pesquisas sobre o funcionamento efetivo de programas governamentais. Deve ser ressaltada, ainda, a diferença entre pesquisas básicas (destinadas ao avanço do conhecimento, per si) e aplicadas (destinadas ao avanço de técnicas ou uso prático).

A questão chave reside na combinação desses objetivos com os desenhos possíveis de pesquisas. Ou seja, a multiplicidade de objetivos apóia a diversi-

dade de métodos e técnicas. Enfim, não existem métodos melhores, eles apenas são mais adequados às respostas que são perseguidas pelo pesquisador. Dessa forma, eles são agrupáveis em estratégias: qualitativas, quantitativas e comparativas (Figura 2).

Figura 2: Quantidade (X) e aspectos (Y) dos casos: estratégias de pesquisa



Fonte: Ragin (1994, p. 49).

Em primeiro lugar, convém explicar o que são dados quantitativos para depois diferenciá-los dos dados qualitativos. Os quantitativos são dados que podem ser: (1) transpostos em números e (2) agregados e desagregados em várias combinações de variáveis. Ainda, podem ser estruturados em séries históricas, se os levantamentos forem feitos ao longo de anos, usando-se metodologias compatíveis ou se existirem informações pretéritas que permitam construí-las. Os dados qualitativos e quantitativos demarcam a diferença entre as estratégias. Mas uma pesquisa de estratégia comparativa utiliza, em grau similar, dados qualitativos e quantitativos. Isso demonstra que a origem dos dados não é o que define a precisão da pesquisa. Ela é conferida pela atenção dada às regras da inferência, como ponderam Lee Epstein e Gary King³⁰, ou seja, pelo modo como são produzidas as conclusões a partir dos dados.

³⁰ Epstein e King (2002a).

Como fontes usuais de dados qualitativos, podem ser listados: (a) etnografia (diários de campo); (b) entrevistas primárias; e (c) relatos e documentos (secundários). O uso de diários pessoais também é utilizado como fonte de informações. O uso de diários perpassa diversas áreas, desde o jornalismo até disciplinas científicas como a sociologia, a antropologia e a história. O modo de utilização desse tipo de fontes variará de acordo com os resultados esperados pelo jornalista ou pesquisador e diferenciará a pesquisa científica da “pesquisa”.

Para entender essa diferença no uso de diários, tem-se que notar que existem dois tipos de diários. Assim, o uso deles como dados qualitativos variará de acordo com o tipo. O primeiro é o diário como fonte, largamente utilizada no jornalismo, mas também na história. O segundo é o diário de pesquisa, composto por dois subtipos: o diário de campo (*field diary*) e o diário de laboratório (*diary log*). O diário de laboratório é, basicamente, um caderno de anotações das medições realizadas. Ele pode ser definido como a base da uma comparação em diversas medições e experimentações na área das ciências naturais. Para utilizar um exemplo já citado, o diário de Cesar Lattes encontra-se nos arquivos do Laboratório de Bristol e relata a rotina de trabalho na coleta das amostras e anotações relativas àquelas medições sobre o méson π . O diário de campo é o mais comum na área das ciências sociais. É claro que um diário de campo pode ser feito nos moldes de um diário de laboratório. Ou seja, um diário de campo pode se restringir a relatar as “medições” realizadas e suas condições para posterior comparação. Mas os diários de campo tiveram o seu sentido original (mais próximo do “log”) ampliado com o trabalho de Bronislaw Malinowski³¹, que constitui uma ruptura com os antigos diários de viagem pela aplicação de um rigor científico nas observações e na análise.

As entrevistas são fontes de dados qualitativos por excelência. Elas podem ser utilizadas como parte de um método exploratório para definir e refinar um campo de estudos (exploratórias). Mas elas também podem ser utilizadas como elementos de coleta de dados em larga escala, adquirindo o caráter de entrevistas de campo.

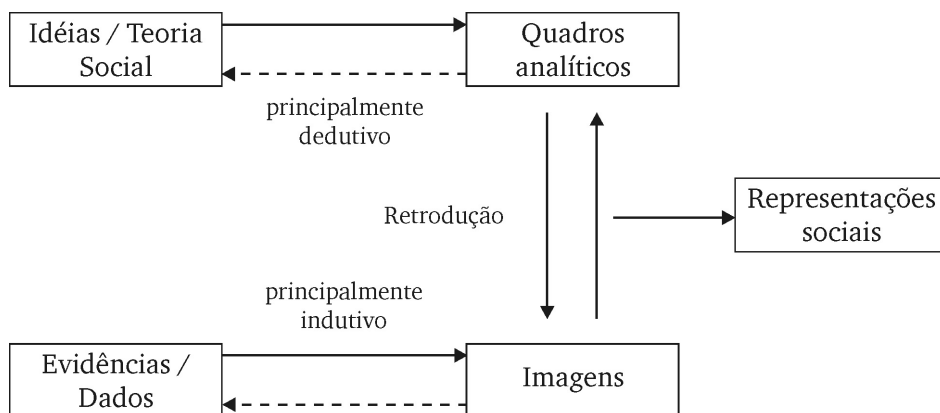
Os relatos e os documentos são tipicamente classificados como fontes secundárias, ou seja, como dados preexistentes que são utilizados pelo pesquisador em suas análises. Sua suficiência como fonte de informação só pode

³¹ Malinowski (1997).

ser avaliada em razão do trabalho de pesquisa que está sendo realizado, ou seja, se a análise deles já esgota a formação de uma narrativa razoável. A confiabilidade das fontes é central para a utilização de dados de segunda mão.

Existe uma falsa dicotomia nas ciências sociais, na oposição entre indução e dedução. Ela é falsa porque se pode considerar que o avanço científico ocorre pela combinação de deduções e induções. Assim, é da sinergia entre idéias (deduzidas) e evidências (induzidas) que se pode compreender a conseqüente produção de representações sociais. Essa noção pode ser visualizada a partir do modelo simplificado criado por Ragin (cf. Figura 3). Ele usa uma mediação entre a esfera das idéias (quadros analíticos) e das evidências (imagens). E a mistura dos dois pólos mediados com o que ele chama de retrodução (*retroduction*), que é uma combinação da indução e da dedução, gera representações sociais. As representações são organizáveis em narrativas – teoricamente estruturadas – para formar uma compreensão sobre o funcionamento de uma parte da vida social, que é o produto final da pesquisa científica nas humanidades. Enquanto os quadros analíticos têm sua origem na teoria social, as imagens têm sua base nas evidências e nos dados coletados:

Figura 3: Um modelo simplificado de pesquisa social



Fonte: Ragin (1994, p. 57).

É de crucial importância entender o papel dos quadros analíticos como formadores de filtros para observação e caracterização dos fenômenos. Eles decorrem do ininterrupto debate existente no âmbito da teoria social. A área de direito é profícua na construção de quadros teóricos, com a única e funda-

mental deficiência de que eles não são usualmente pensados em termos de comprovação empírica. Existem dois modos de utilizar quadros analíticos: por caso ou por aspecto. O primeiro classifica o fenômeno; o segundo o caracteriza. Esse uso dos quadros analíticos está ligado ao recorte do objeto. Ele não tem relação com o tamanho e sim com a delimitação conceitual. Um exemplo dado do primeiro tipo de uso é o estudo de um caso específico de uma ditadura. Já um exemplo de uso do segundo tipo de quadro é o que focaliza um aspecto da vida social, como a contenção de conflitos étnicos por meio de regimes ditatoriais. A Figura 2, explicada anteriormente, exemplifica o funcionamento da análise de casos e aspectos com vista à opção por uma das três estratégias de pesquisa.

A questão concernente às evidências localiza-se na seleção desse material empírico a partir de uma realidade que é infinitamente complexa. Há uma seleção – poderíamos chamá-la de filtros – para focalizar um objeto específico. A questão central é que a seleção desse material pelo pesquisador vai gerando imagens que podem ser retificadas à medida que mais dados são agregados ao estudo. Nesse ponto, a convergência com os quadros analíticos serve para tal retificação. Ou seja, a conjunção dos dados selecionados (e, conseqüentemente, das imagens formadas pelo pesquisador) com os quadros analíticos (estruturados a partir de idéias) serve para produzir as representações sociais, que tomam formas de trabalhos acadêmicos. Essa produção é julgada pelos outros pesquisadores. O ponto final do capítulo se refere às mudanças havidas nos marcos teóricos à medida que o estudo avança. Enfim, Ragin informa que as estratégias de pesquisa relacionadas mais proximamente com as quantitativas requerem quadros analíticos mais fixos, enquanto os estudos de caráter mais qualitativo ou comparativo demandam quadros mais fluidos ou flexíveis.

A EXPANSÃO DA GRADUAÇÃO E DA PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E A PESQUISA EMPÍRICA

Uma possibilidade decorrente da função docente e do processo pedagógico são a difusão de novos conhecimentos e a inovação metodológica. Essa noção de difusão de novidade é muito interessante, porém pouco efetivada. Podemos referir Gaston Bachelard³² para lembrar que os docentes, usualmente, produzem mais empecilhos do que oportunidades para modificação. Dessa

³² Bachelard (1996).

forma, o ensino perde seu potencial transformador em termos de difusão de métodos de pesquisa. Não basta criar uma disciplina, nem apenas lecioná-la. As pesquisas empíricas só se tornam parte do cotidiano institucional com investimento e difusão por meio de pesquisadores treinados que orientem os discentes em atividades práticas. Em caso contrário, a pesquisa empírica é transformada em mais um discurso acadêmico de pouca efetividade.

É evidente que os pesquisadores com capacidade difusora de novos métodos de pesquisa precisam de um espaço no qual tenham contato estreito com pesquisas empíricas. O espaço privilegiado para isso fornecido pela produção de uma dissertação ou tese (mestrado e doutorado, respectivamente), no âmbito dos programas de pós-graduação, em sentido estrito.

Nesta seção será demonstrado que a difusão de novos métodos para a graduação é muito pouco perceptível. Na verdade, tanto os currículos de graduação quanto os de pós-graduação possuem uma relação excessivamente instrumental com os conteúdos relativos aos métodos de pesquisa. Eles usualmente estão alocados em disciplinas instrumentais para produção de monografias, dissertações e teses. Mas com foco diverso da produção de conhecimento social. Na área de direito impera a resenha bibliográfica como “método”. Muitas vezes, as disciplinas tocam em temas como modos de citação (ABNT), questões de estilo etc. Em parte, o motivo se deve ao conteúdo dos manuais de produção monográfica, que normalmente não demonstram como podem ser utilizadas outras técnicas de pesquisa, para produção de algo distinto das resenhas bibliográficas. Um exemplo significativo é o manual de Umberto Eco³³, em que não há tratamento sobre questões empíricas. Existe uma enorme oferta de manuais do gênero no mercado com o mesmo problema. O ponto central reside no que é considerado como produção acadêmica. Se pesquisas empíricas não estão no horizonte dos pesquisadores em direito, dificilmente os discentes terão elementos para seguir essa opção. Para entender a falta de opções, será realizada uma avaliação da oferta de disciplinas dos cursos de pós-graduação (mestrado e doutorado) do Estado do Rio de Janeiro. De modo a situar essa narrativa será traçado um perfil do crescimento exponencial da oferta desses cursos, demonstrando que foram abertos novos espaços para produção acadêmica. Preliminarmente, cabe expor algumas informações sobre as diretrizes curriculares gerais desses cursos.

³³ Eco (2002).

Os cursos de pós-graduação possuem uma primeira clivagem entre os denominados de “sentido estrito” (ou *stricto sensu*) e os referidos como de “sentido lato” (ou *lato sensu*). Os primeiros correspondem ao mestrado (acadêmico e profissional) e ao doutorado. O curso de doutorado é o correspondente ao oferecido em outros países, tendo o sentido de formar o pesquisador e professor universitário (*PhD: philosophy doctorship*; ou similar), com média de quatro anos. Existem países onde o anacronismo impera e existem cursos de um ano apenas, com baixa qualidade de pesquisa. Em relação aos cursos de mestrado acadêmico, existem experiências diferenciadas nos vários países. Nos Estados Unidos, por exemplo, tais cursos (“master”, média de um ano) são usualmente oferecidos em paralelo ao curso de pós-graduação, que é a base da formação jurídica (*jurisprudence doctorship*, JD, média de três anos), que são distintos dos cursos de formação dos pesquisadores. Assim, é comum que um professor universitário de uma Faculdade de Direito americana tenha um bacharelado em humanidades, um JD e um PhD. Eventualmente, os docentes possuem, também, um “master” em área correlata (economia, por exemplo). Ressalte-se que existem cursos de mestrado de caráter acadêmico e de caráter profissional, portanto. Na França, havia um curso denominado Diplôme d’Études Approfondies (DEA), que tinha duração média de um ano e se situava em um patamar parecido com o nosso. Na última reforma universitária, oriunda da harmonização educacional na União Européia, o título desse curso foi modificado para “master”, sem haver prejuízo na carga horária. Com essas duas experiências é possível entender que os cursos de pós-graduação em sentido estrito, no Brasil, reúnem um nível que possui algumas distinções em relação às experiências de outros países, especialmente no mestrado. Os cursos de mestrado acadêmico e de doutorado, no Brasil, possuem um mínimo de 720h (setecentas e vinte horas) e 1440h (mil, quatrocentas e quarenta horas), respectivamente. Eles duram cerca de dois e quatro anos, conforme o nível.

Ao compreender essas peculiaridades, que existem no âmbito do equivalente ao mestrado em outros países, é possível entender o denominado mestrado profissional, que é parte do conjunto dos programas de pós-graduação em sentido estrito, no Brasil. O objetivo seria aproximar a oferta brasileira à plural experiência norte-americana, com uma flexibilidade de programas que pudessem formar pessoas, em nível científico denso, mas com uma orientação para a área prática. A idéia encontra boa acolhida em áreas com necessá-

ria interação com o mercado, tais como a indústria e o setor de serviços. Mesmo atividades direcionadas à oferta de serviços públicos possuem possibilidade de usufruir desse tipo de mestrado para formação de pessoal. O essencial é que esses programas se situem em áreas autofinanciáveis, ou seja, que não recorram ao fomento das agências federais e estaduais de ciência e tecnologia para funcionar. Eles possuem uma carga horária mínima e duração média idênticas aos mestrados acadêmicos, com a diferença de terem critérios para aceitação de docentes mais flexíveis (apenas a maioria do corpo docente com título de doutor, ou seja, até 49% de mestres). Eles substituiriam em parte a oferta dos cursos de especialização, que constituem o referido campo da pós-graduação em “sentido lato”.

Esse último nível de ensino, pós-graduação em sentido lato, foi fruto de uma história extensa acerca da formação posterior à graduação. É interessante lembrar que a graduação tradicional (com cerca de quatro até cinco anos) foi a regra no Brasil até pouco tempo atrás. A expansão de graduações ditas tecnológicas (ou sequenciais) fez que os requisitos de integralização curricular diminuíssem para cerca de dois até três anos na maioria dos cursos de graduação. Entretanto, o curso de direito se mantém, junto com algumas outras exceções, como medicina, como curso de cerca de cinco anos de duração. A última Lei de Diretrizes e Bases (LDB) da educação fixou que o nível de Especialista é o requisito mínimo para docentes no âmbito do ensino superior. O requisito de carga horária de 360h (trezentos e sessenta horas), excluídas a produção monográfica e a pesquisa individual, faz que esses cursos sejam terminados em cerca de um ano.

Após essas considerações, cabe entender que os cursos de pós-graduação em sentido estrito reúnem as condições para oferta de conteúdos inovadores, tendo em vista que sua produção (dissertações e teses) requer pesquisa para ser realizada a contento. No caso do curso de doutorado, é dado como pressuposto que as teses oferecem uma contribuição original ao campo de conhecimento no qual elas foram produzidas (avanço do “estado da arte” ou do “estado da técnica”). Para que haja a localização da possibilidade de difusão de novas técnicas, é preliminar que exista o conhecimento sobre elas. Em um momento posterior, que não foi atingido e será tratado na conclusão deste trabalho, há o requisito de uma infra-estrutura de pesquisa empírica (o “laboratório”). O que será descrito a seguir é como estão organizados os programas de pós-graduação em sentido estrito de modo a demonstrar que há sub-representação

dos conteúdos empíricos em seu conjunto de ofertas disciplinares. Posteriormente, será considerado que, apesar do exponencial crescimento da graduação, houve compreensivelmente pouca irradiação para esse nível de ensino. O saldo dessa descrição será que a pesquisa empírica está distante de compor o cotidiano de estudantes, de professores e mesmo dos pesquisadores na área jurídica. O crescimento na oferta de cursos de mestrado acadêmico e de doutorado na área de direito pode ser conferido no Quadro 1. Observa-se o salto sensível no período de 1995-2002, quando houve um exponencial crescimento na oferta de graduações em direito. A pressão desse crescimento influenciou uma demanda por docentes, portadores de títulos de mestre e de doutor.

Quadro 1: Evolução dos programas de pós-graduação em direito

<i>Ano</i>	<i>Mestrado</i>	<i>Doutorado (e Mestrado)</i>	<i>Total</i>
1981	12	04	16
1987	17	05	22
1992	18	04	22
1995	17	04	21
1996	18	04	22
1997	20	05	25
1998	23	09	32
1999	27	09	36
2000	37	11	48
2001	38	11	49
2002	38	11	49
Até jul. 2004	37	15	52

Fonte: Fragale Filho e Veronese (2004, p. 55).

Esse crescimento ocorreu em diversas outras áreas. A maior expansão se deu nos cursos de direito e de administração, cujo crescimento foi maior na oferta de graduação, também. Em relação à administração, cabe ressaltar que houve uma significativa abertura de programas de mestrados profissionais. O comitê de área de direito, na Capes, tem se mostrado contrário à abertura de mestrados profissionalizantes no direito (Quadro 2).

Quadro 2: Pós-graduação em Ciências Sociais Aplicadas

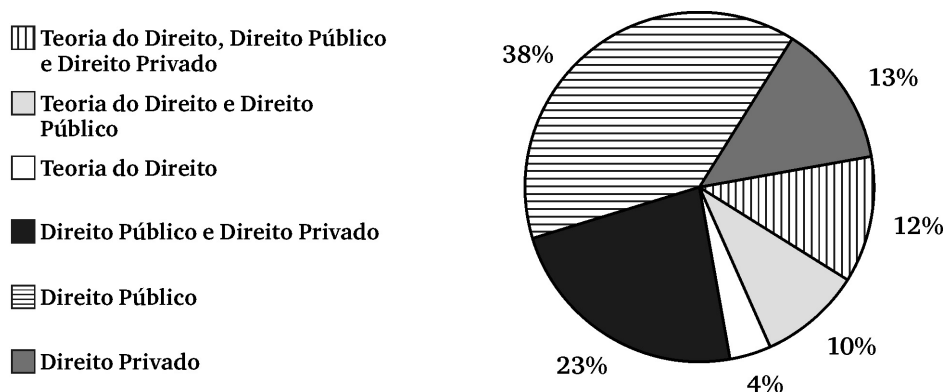
	<i>M</i>	<i>D</i>	<i>F</i>	<i>M/D</i>	<i>M/D/F</i>	<i>Total</i>
<i>Administração</i>	30	0	17	9	5	61
<i>Direito</i>	37	0	0	15	0	52
<i>Economia</i>	16	1	3	8	7	35
<i>Outros</i>	40	0	1	37	0	78
<i>Total</i>	123	1	21	69	12	226

Legenda: Mestrado (M), Doutorado (D) e Mestrado Profissionalizante (F).

Fonte: Fragale Filho e Veronese (2004, p. 56).

Esses programas jurídicos de pós-graduação em sentido estrito se espalham por diversas especialidades. A tabela única de área do conhecimento da Capes e do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) pode ser utilizada como base para classificação dos programas. É importante ressaltar que a maior parte dos programas se classifica na coleta anual de dados da Capes apenas como “direito” (60100001). Poucos programas são listados nas subáreas (teoria do direito, 60101008; direito público, 60102004; direito privado, 60103000; e direitos especiais, 60104007), com exceção de alguns programas focados em direito público. Os dados foram reclassificados pela análise das áreas de concentração listadas na base eletrônica da Capes (Figura 4).

Figura 4: Os 52 programas da área de direito reclassificados



Fonte: Capes (<<http://www.capes.gov.br>>).

Pode ser verificado que os programas exclusivamente focados em uma produção de orientação tradicional, ou seja, sem que haja autonomia para estudos em filosofia e teoria do direito, compõem a maioria da área, com 74% (setenta e quatro por cento) do total de programas sendo classificados sem menção à teoria do direito. Deve ser ressaltado que a noção de especialização é pouco prevalente na autoclassificação realizada pelos programas de pós-graduação. Na subárea de teoria do direito, há 08 (oito) especialidades listadas: teoria geral do direito (60101016), teoria geral do processo (60101024), teoria do Estado (60101032), história do direito (60101040), filosofia do direito (60101059), lógica jurídica (60101067), sociologia jurídica (60101075) e antropologia jurídica (60101083). Na subárea de direito público, existem 07 (sete): direito tributário (60102012), direito penal (60102020), direito processual penal (60102039), direito processual civil (60102047), direito constitucional (60102055), direito administrativo (60102063), direito internacional público (60102071). Na subárea de direito privado, estão organizadas 04 (quatro) especialidades: direito civil (60103019), direito comercial (60103027), direito do trabalho (60103035) e direito internacional privado (60103043). A subárea de direitos especiais não possui especialidades listadas. Os programas de pós-graduação alocados no Rio de Janeiro possuem uma conformação similar ao que ocorre no restante do país, em termos de classificação. Eles serão analisados mais detidamente no próximo tópico, em sua oferta de disciplinas.

Uma análise dos currículos no Estado do Rio de Janeiro e a pesquisa empírica

O debate sobre a necessidade de expansão dos estudos empíricos, no âmbito da graduação e da pós-graduação em direito, foi muito pouco trabalhado analiticamente. Assim, repete-se o dilema da subordinação da pesquisa empírica como uma parte indissociável de técnicas necessárias para a produção de trabalhos acadêmicos ou como grande problema filosófico (epistemologia). Dessa forma, impera uma compreensão que mistura indicações práticas (como construir uma hipótese, como delimitar o objeto, os limites da neutralidade analítica, dentre outras) com panoramas sobre a baixa institucionalização da pesquisa. Não são enfocados trabalhos empíricos como parte dos estudos. Quando muito, são utilizados manuais para tal.

Em sentido convergente ao explicitado por Lee Epstein e Gary King, pode-se considerar que o problema é distorcido na área de direito. No caso americano, existe um interesse crescente nas pesquisas jurídicas empíricas, sendo estas utilizadas como parte dos argumentos decisórios dos tribunais, inclusive. Essa situação enseja um outro problema que é concernente à qualidade dos estudos empíricos, que são utilizados pragmaticamente nos tribunais como “verdades científicas”³⁴. O grande problema, nesse quesito, diz respeito à pouca atenção dada às regras sobre inferência, que tem a ver com os padrões aceitos para validação das evidências e dos raciocínios científicos que permitem a resposta às perguntas. De forma simplificada, se um pesquisador quer comprovar que uma sólida formação empírica constitui um diferencial para contratação de egressos no mercado de trabalho, ele precisará construir bases de dados que permitam comprovar analiticamente essa afirmação. Obviamente, existe uma crítica forte dirigida à tradição americana dos estudos de caso, de onde seriam extraídas generalizações impossíveis de serem fundadas empiricamente. O debate é bastante interessante, mas ele possui um pressuposto que é o conhecimento de técnicas e das práticas de pesquisa empírica pelos pesquisadores. É este o ponto que será aferido neste tópico.

Os dados utilizados para conformação do debate em relação à pesquisa empírica na pós-graduação para a área de direito foram retirados da base da Capes. Eles dizem respeito ao ano base de 2004. No contexto geral da área, naquele ano, havia 52 (cinquenta e dois) programas ativos. Foram coletados dados dos seguintes programas da área de direito, do Estado do Rio de Janeiro (Quadro 3).

Além desses, foram incluídos na amostra dois outros programas que estão na área multidisciplinar (Quadro 4). A justificativa para inclusão é o fato de ambos possuírem relacionamento forte com a área jurídica, apesar de não estarem no comitê estritamente jurídico. Ainda, pelo fato de que ambos objetivam a formação, em nível de Mestrado, de bacharéis em direito:

O primeiro é o programa de mestrado profissional em Poder Judiciário e Democracia, da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV-Rio). Os seus dados ainda não estavam na base da Capes, tendo em vista que sua aprovação pelo Comitê Técnico e Científico foi recente. Eles foram disponibilizados para esta pesquisa pela Coordenação da Escola de Direito da instituição. O

³⁴ Epstein e King (2002a).

segundo é o programa de pós-graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), que constitui um projeto derivado da conjugação de esforços do Departamento de Sociologia da instituição com a Faculdade de Direito, segundo informações da sua própria página eletrônica (<<http://www.uff.br/ppgsd>>).

Quadro 3: Programa de pós-graduação da área de direito

<i>Cursos</i>		<i>Instituição</i>	<i>Localidade</i>
M	--	Centro Universitário Fluminense (Faculdade de Direito de Campos, FDC)	Campos
M	D	Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio)	Rio de Janeiro
M	--	Universidade Candido Mendes (UCAM)	Rio de Janeiro
M	D	Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)	Rio de Janeiro
M	D	Universidade Estácio de Sá (UNESA)	Rio de Janeiro
M	D	Universidade Gama Filho (UGF)	Rio de Janeiro

Fonte: Capes (<<http://www.capes.gov.br>>).

Quadro 4: Programas de pós-graduação relativos ao direito da área multidisciplinar

<i>Cursos</i>		<i>Instituição</i>	<i>Localidade</i>
MF	--	Fundação Getúlio Vargas (FGV-Rio)	Rio de Janeiro
M	--	Universidade Federal Fluminense (UFF)	Niterói

Fonte: Capes (<<http://www.capes.gov.br>>).

O conjunto dos 08 (oito) programas analisados demonstra a reprodução de uma lógica na qual o conhecimento jurídico é situado em um patamar de distinção hierárquica em relação aos conhecimentos de outras áreas. De uma forma geral, os estudos empíricos estão inseridos como parte de disciplinas ligadas à área de “metodologia da pesquisa” e/ou “seminário de produção de dissertação ou tese”. Não haveria problema em tal alocação se o conteúdo de teoria do direito fosse relacionado com tal debate. O que tal separação demonstra é a desvinculação da pesquisa empírica em relação ao debate sobre a interpretação e a efetividade do direito.

Foi realizada uma classificação de disciplinas baseada nas bibliografias e objetivos dos programas listados na coleta de dados da Capes de 2004. Essa classificação é indiretamente inspirada no trabalho de Tracey George³⁵, que construiu uma escala para avaliar a presença da pesquisa empírica nas Law Schools norte-americanas. Uma análise do caso americano será realizada posteriormente. No tópico pertinente será traçada uma comparação com esse trabalho. No caso dos programas do estado do Rio de Janeiro, as disciplinas foram classificadas em duas categorias. A primeira diz respeito ao modo como o conteúdo bibliográfico acerca de dados e métodos empíricos está relacionado com a área jurídica: (1) integrado, quando o debate converge para referências teóricas comuns; (2) agregado, quando há justaposição de elementos (por exemplo, listando um manual de técnicas de pesquisa sem bibliografia teórica de direito); e (3) autônomo, quando o conteúdo é relacionado com uma área correlata (ciência política, economia, sociologia etc.) sem integração teórica. Para definir se há, ou não, convergência teórica, foi definida a caracterização da disciplina como “J” (jurídica) ou “NJ” (não-jurídica). O objetivo foi localizar elementos que indiquem a presença de pesquisa empírica e não de julgar a consistência dos programas. A segunda categoria diz respeito à obrigatoriedade, ou não, de o discente cursar a disciplina analisada (Quadro 5).

Quadro 5: Disciplinas selecionadas dos programas de pós-graduação do Rio de Janeiro

<i>Sigla</i>	<i>Disciplina</i>	<i>Autonomia do conteúdo</i>	<i>Obrigatória ou Optativa?</i>	<i>Carga horária (h)</i>
FDC	Criminologia e Vitimologia (J)	Agregado	Optativa	30
	Economia do Petróleo (NJ)	Autônomo	Optativa	30
	Métodos e Técnicas de Pesquisa Aplicada (NJ)	Agregado	Obrigatória	15
	Seminário Integrado de Projeto de Dissertação (NJ)	Agregado	Obrigatória	30
PUC-Rio	Seminário de Metodologia e Dissertação (NJ)	Agregado	Obrigatória	45
	Seminário de Pesquisa (NJ)	Agregado	Obrigatória	60

Continua

³⁵ George (2006).

Quadro 5: Continuação

<i>Sigla</i>	<i>Disciplina</i>	<i>Autonomia do conteúdo</i>	<i>Obrigatória ou Optativa?</i>	<i>Carga horária (h)</i>
UCAM	Metodologia da Pesquisa (NJ)	Agregado	Obrigatória	135
	Sociologia Jurídica (NJ)	Integrado	Obrigatória	135
	Estado, Mercado e Regulação (NJ)	Integrado	Obrigatória*	135
	Regimes Regulatórios Comparados (NJ)	Integrado	Obrigatória*	135
	Regulação Econômica (NJ)	Integrado	Obrigatória*	135
UNESA	Jurisdição Constitucional (J)	Agregado	Optativa	45
	Novos Rumos do Comércio Internacional (NJ)	Autônomo	Optativa	45
	Sociologia Jurídica (NJ)	Agregado	Obrigatória	45
UERJ	Estudo Crítico de Casos (J)	Integrado	Optativa	45
	Financiamento das Políticas Públicas (NJ)	Autônomo	Optativa	45
	Metodologia da Pesquisa Jurídica (NJ)	Agregado	Optativa	45
	Metodologia do Ensino Jurídico (NJ)	Agregado	Optativa	45
	Relações Jurídicas Patrimoniais e Demandas Sociais (J)	Integrado	Optativa	45
	Sistema Financeiro Internacional (NJ)	Autônomo	Optativa	45
	Teoria Econômica e Políticas de Integração (NJ)	Autônomo	Optativa	45
UGF	Cultura, Direito e Política (NJ)	Integrado	Optativa	45
	Métodos de Pesquisa em Ciências Sociais (NJ)	Integrado	Obrigatória	45
	Sociologia Jurídica (NJ)	Agregado	Optativa	45
FGV-Rio	Estatística (NJ)	Autônomo	Optativa	15
	Poder Judiciário II (Estrutura Política e Administrativa) (J)	Agregado	Optativa	45
	Poder Judiciário IV (Análise Econômica das Sentenças) (J)	Integrado	Optativa	45

Continua

Quadro 5: Continuação

<i>Sigla</i>	<i>Disciplina</i>	<i>Autonomia do conteúdo</i>	<i>Obrigatória ou Optativa?</i>	<i>Carga horária (h)</i>
UFF	Teoria Constitucional Contemporânea (J)	Agregado	Optativa	60
	Aspectos Sociojurídicos da Cidadania (NJ)	Agregado	Obrigatória	60
	Aspectos Sociojurídicos do Trabalho (NJ)	Integrado	Obrigatória	60
	Metodologia Científica (NJ)	Integrado	Obrigatória	60

Nota: * Apenas na área de concentração em Regulação e Concorrência.

Legenda: (NJ) Não jurídica; (J) Jurídica.

Fonte: Capes (<<http://www.capes.gov.br>>).

Deve ser ressaltado que outra classificação mais detalhada poderia avaliar a produção dos docentes e discentes e definir um quadro mais claro. A partir dessa primeira categorização foi organizada uma escala da representação da pesquisa empírica nos programas pela adesão aos quesitos listados no Quadro 6.

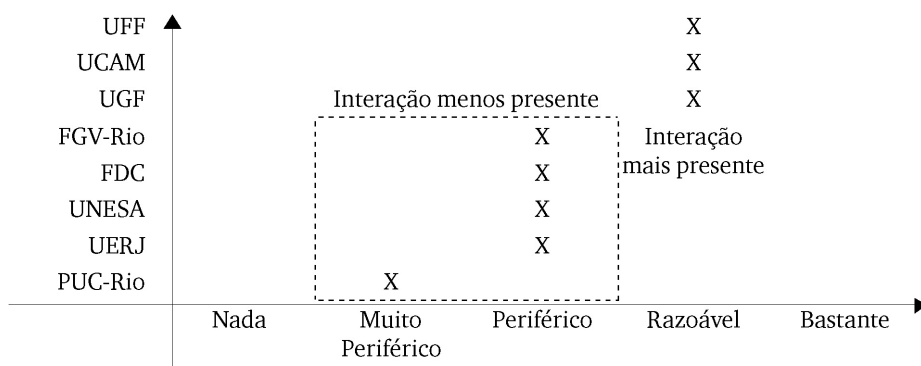
Quadro 6: Análise qualitativa da representação de pesquisa empírica nas disciplinas

<i>Grau de representação</i>	<i>Detalhamento</i>
Bastante representada	Existe como disciplina(s) específica(s) (jurídica e obrigatória) em relação ao programa.
Razoavelmente representada	Existe como conteúdo integrado de disciplina(s) obrigatória(s) do programa.
PerifERICAMENTE representada	Existe como conteúdo integrado em disciplina(s) optativa(s) do programa ou agregado em disciplina(s) obrigatória(s).
Muito perifERICAMENTE representada	Existe como conteúdo agregado em disciplina(s) optativa(s) na grade ou como disciplina externa (autônoma).
Nada representada	Inexiste na grade.

Depois da classificação dos programas nessa escala, chegamos à conclusão de que existe uma interação que pode ser descrita como algo entre o “razoável” e o “periférico” em relação ao conteúdo de pesquisa empírica no âmbito dos cursos de pós-graduação em sentido estrito. Dentre os programas

analisados, nenhum poderia ser considerado no topo (“bastante representada”) e na base (“nada representada”). Assim, excluindo os extremos, pode-se considerar que os programas se dividem em dois grupos. O primeiro, no qual há uma interação mais presente com os temas da pesquisa empírica, e outro, em que essa interação é pouco representada (Figura 5).

Figura 5: Comparação de representação da pesquisa empírica nos programas



É interessante traçar considerações sobre alguns programas. A primeira corresponde ao programa da Universidade Gama Filho (UGF). A disciplina de metodologia, que usualmente é lida de forma instrumental, tem uma formulação próxima à antropologia e à sociologia, integrando conteúdos de pesquisa empírica, sendo obrigatória. A sua formulação é bastante inovadora. Também, o programa possui uma disciplina optativa com bastante integração de conteúdos empíricos (“cultura, direito e política”). Ele ainda possui uma cadeira optativa de sociologia jurídica, que, entretanto, é menos afeta à pesquisa empírica do que à filosofia social. O dado preocupante é que não há qualquer disciplina de teoria econômica ou de métodos de análise econômica no rol de 34 (trinta e quatro) disciplinas oferecidas em 2004. Existem várias disciplinas jurídicas com temática sobre a relação do sistema jurídico com a economia, mas com nítida ausência de debate com os economistas e seus métodos de análise empírica. A inexistência de uma disciplina jurídica integrando conteúdos empíricos é que demonstra a impossibilidade de uma forte interação.

Outra consideração pode ser feita sobre a área de concentração de regulação e concorrência do programa da Universidade Candido Mendes (Ucam), em que há uma carga de três disciplinas optativas relativas à regulação

econômica, política e social. Nesse conjunto, há a menção explícita à importância dos estudos empíricos de regulação. O mais relevante em relação a esses dois programas (UGF e Ucam) é o incremento de diálogo com a economia, que reproduz uma tendência internacional. Nos Estados Unidos e na Europa, a área de sociologia do direito vem perdendo espaço para estudos da análise econômica do direito (*economic analysis of law*). Os programas do Rio de Janeiro estão parcialmente antenados com tal perspectiva porque se reproduz o mesmo problema existente com a pesquisa empírica de cunho sociológico. Ela não é relacionada com a filosofia do direito. De tal maneira, fica dificultada a possibilidade de uma produção interdisciplinar.

O recém-aprovado programa de mestrado profissional em Poder Judiciário, da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, utiliza a teoria econômica parcialmente em seu debate teórico. Ele possui algumas disciplinas como “análise econômica de sentenças” e “estrutura política e administrativa”, na compreensão do Poder Judiciário como objeto científico. Além disso, oferece disciplinas fundamentais em formação na área de economia e pesquisa social (“estatística”). As duas primeiras fazem parte de um eixo de quatro disciplinas sobre Poder Judiciário (numeradas de I a IV), que possuem razoável exposição sobre as pesquisas empíricas desse tema, além de debates filosóficos e de teoria do direito. O fato de elas não estarem estruturadas como obrigatórias é que torna a incidência da pesquisa empírica “razoável”.

Há, ainda, o programa de Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF). As disciplinas obrigatórias de metodologia e de “Aspectos Sociojurídicos do Trabalho” agregam debates epistemológicos da área de ciências sociais, com a análise de trabalhos empíricos exemplares, de acordo com as ementas e bibliografias disponibilizadas no relatório dirigido à Capes. O programa possui ainda o ponto forte de ser estruturalmente vinculado à área de ciências sociais, sendo inclusive filiado à Associação Nacional de Pós-graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (Anpocs). Dessa forma, além do quadro de disciplinas, pressupõe-se que nele há o convívio com a cultura acadêmica das ciências sociais.

Os outros quatro programas analisados (FDC, Uerj, PUC-Rio e Unesa) têm disciplinas optativas que trabalham com pesquisas empíricas sem relacioná-las diretamente ao direito (“economia do petróleo”, FDC; “financiamento das políticas públicas”, “teoria econômica e políticas de integração” e “sistema financeiro internacional”, Uerj; e “novos rumos do comércio internacional”, Unesa).

Ou, alternativamente, possuem esses conteúdos integrados em disciplinas tradicionais como “sociologia jurídica” (caso das outras duas áreas de concentração da Ucam e da Unesa). No caso da Uerj, é relevante notar as disciplinas optativas de “estudos críticos de casos” e de “relações jurídicas patrimoniais e demandas sociais”, que possuem sérias investidas em construir um diálogo frutífero com conteúdos de pesquisa empírica. Por fim, a verdadeira exceção é o caso da PUC-Rio, que não possui nenhuma disciplina de enfoque empírico.

O caminho que o conteúdo da pesquisa empírica tem trilhado para alcançar espaço na área de direito tem sido a ocupação de um espaço tradicional (como parte da sociologia jurídica ou de metodologia) ou inovador (caso da análise econômica do direito). O saldo mais negativo foi localizar que as disciplinas tradicionais de metodologia oferecem um espaço por demais restrito para a integração de métodos de pesquisa empírica ao debate jurídico, excepcionado o caso da UGF. Para que haja tal integração, é necessário que exista demanda de produção acadêmica com esse conteúdo. Assim, é necessário que os programas tenham interesse em investir em uma integração de estudos empíricos com a tradicional análise qualitativa – informada filosoficamente – realizada pelos juristas.

No próximo tópico será traçada uma consideração sobre a irradiação dos conteúdos da pesquisa empírica da pós-graduação em direção à graduação.

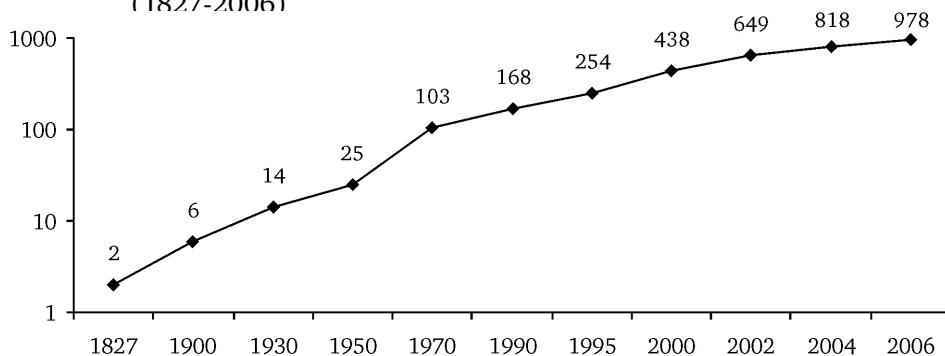
Os dilemas da pesquisa empírica e a baixa irradiação para a graduação

Como na maior parte do mundo ocidental, o principal espaço de formação do advogado no Brasil está situado na graduação (*undergraduate studies*). Desse modo, o primeiro aspecto de relevo é que a formação universitária humanista é alocada de forma conjunta com a qualificação profissional do futuro bacharel em direito. Entretanto, cabe frisar que a formação profissional é vista como uma parte central da formação jurídica, sendo dado um destaque prejudicado à formação científica dos discentes. A formação, portanto, acaba tendo um caráter pragmático, que induz uma contradição inexistente entre densa formação científica e inserção profissional. O então Diretor (*Dean*) da Faculdade de Direito de Yale, Owen Fiss³⁶, expôs, na introdução de um livro sobre

³⁶ Fiss (1999).

ensino jurídico, que o ponto forte daquela instituição é ser efetivamente uma instituição acadêmica em que se formam profissionais. Em contraponto, pode-se entender que as instituições brasileiros são locais em que os profissionais de direito formam os futuros profissionais. Assim, os acadêmicos são formados na pós-graduação em sentido estrito, quando for possível. Em sentido conclusivo, houve um impressionante crescimento na oferta da graduação em direito. A única consequência acadêmica imediata de tal expansão pode ser constatada pela expansão dos programas de pós-graduação em sentido estrito autorizados pela Capes. A quantidade de pesquisas empíricas não acompanhou esse ritmo, infelizmente, porque não basta haver pós-graduação, ela tem que estar orientada ao diálogo com as outras ciências sociais empíricas. A Figura 6, construída por Daniel Torres de Cerqueira³⁷, demonstra o exponencial crescimento na oferta de vagas para a formação de bacharéis em direito no Brasil.

Figura 6: Crescimento na abertura de cursos de graduação em direito (1827-2006)



Fonte: Torres de Cerqueira (2006).

O curso de graduação em direito no Brasil é fortemente marcado pela oferta das vagas em regime parcial. Um indício dessa característica é sua forte oferta no turno noturno. Entretanto, mesmo as vagas oferecidas no turno diurno estão alocadas em um regime horário que usualmente é interrompido na parte da tarde.

A Resolução nº 09, da Câmara de Ensino Superior (CES) do Conselho Nacional de Educação (CNE), de 29 de setembro de 2004, que fixa as atuais

³⁷ Torres de Cerqueira (2006).

diretrizes curriculares para os cursos jurídicos, não menciona explicitamente a pesquisa empírica como um tópico que deve ser trabalhado na formação dos graduandos. Existe menção à necessidade de uma formação fundamental, uma preparação profissional e uma orientação prática (Art. 5º, da referida Resolução), sendo que a formação fundamental pressupõe a compreensão das demais ciências sociais e aí poderia ser inserido o problema da pesquisa empírica. Mas, se o foco da disciplina de economia, em qualquer curso de graduação em direito, não pressupuser o ensino de métodos empíricos ou mesmo a compreensão dessa subárea, ela não terá sido ofertada em contradição com a regulamentação vigente. É razoável entender que a expansão dos cursos de direito está mais relacionada com o crescimento educacional do país, em termos quantitativos, do que em relação a uma mudança nos padrões da cultura jurídica nacional, como observado por Fragale Filho³⁸.

De fato, a análise das grades curriculares e dos planos de ensino de várias disciplinas do referido eixo fundamental, dos cursos de graduação em direito, demonstra que o conteúdo da pesquisa empírica – quando incorporado – aparece em formato instrumental por meio de disciplinas como “métodos e técnicas de estudos e pesquisa”, orientadas à produção de monografias de conclusão. Ou, então, esse conteúdo é alocado de forma periférica em disciplinas da área de “sociologia jurídica”. Uma das justificativas mais usuais para essa situação é o fato de o curso de graduação em direito ser fortemente entendido como parte indissociável da formação profissional dos advogados, dos magistrados e das demais funções estatais que são privativas dos portadores do grau de bacharel. Esse objetivo marca fortemente os currículos e reproduz uma certa cultura jurídica³⁹. Enfim, ela pode ser entendida pelo fato de a Faculdade de Direito não ter por missão formar pesquisadores e professores de direito. Esta seria uma função dedicada à pós-graduação (mestrados e doutorados). Esse argumento é o mesmo do debate desse problema no mundo anglo-saxão (Estados Unidos da América e Reino Unido). A diferença é que no caso americano houve um avanço significativo da pesquisa empírica nas últimas décadas, como pode ser depreendido do estudo de Deborah L. Rhode⁴⁰.

³⁸ Fragale Filho (2004; 2005).

³⁹ Alvim (2000).

⁴⁰ Rhode (2002).

Esse tema pode ser compreendido pela função dos mestrados e doutorados, combinada com o conteúdo lecionado. Ou seja, com a sua proximidade ou distância em relação às demais áreas das humanidades. Poucos programas têm como objetivo permitir ao seus mestrandos e doutorandos realizar debates com os pesquisadores de áreas diferentes. Assim, poucos mestres ou doutores em direito são capazes de entender e refutar pesquisas empíricas sobre o direito, nos termos dos pesquisadores de outras áreas. Ainda, deixam de enriquecer o debate sobre o funcionamento da vida social contemporânea, na qual o sistema jurídico é crucial.

A próxima seção será dedicada à compreensão do caso americano, em que há uma experiência sólida em direção à pesquisa empírica. Como contraponto, será analisado o caso inglês, em que a proximidade com o Brasil e os outros países continentais é surpreendente. Na verdade, o avanço americano pode ser resumido na excepcionalidade de seu sistema educacional, que pôde absorver pesquisadores empíricos na ampla quantidade de docentes qualificados que trabalham em suas instituições.

UM PANORAMA COMPARADO: O DILEMA NOS ESTADOS UNIDOS

Parece que os únicos lugares onde se construíram pesquisas científicas acerca do direito envolvendo análises de dados foram os países da *common law*. No caso específico dos Estados Unidos, temos um exemplo bastante elucidativo que é a tentativa da fundação da Jurisprudência Sociológica, cujos nomes mais importantes seriam Roscoe Pound, Oliver Wendell Holmes e Benjamin Cardozo. O primeiro era formado originalmente em direito e botânica. Tinha grande familiaridade com pesquisas científicas originárias na área de ciências naturais. Os seus trabalhos estão baseados na interpretação de julgados de cortes americanas, buscando neles sentido social. No caso de Holmes e Cardozo, o objetivo de uma Jurisprudência Sociológica estava relacionado com a perspectiva de compreender o funcionamento das decisões judiciais de forma precisa. Essa precisão tornaria possível, inclusive, prever as futuras deliberações judiciais.

Outro nome de relevo é o de Karl N. Llewellyn, cientista social que buscava entender o direito e o modo processual dos povos nativos norte-americanos. Para tanto, realizou intensas observações sobre a dinâmica da solução de conflitos entre essas populações. Nesse tocante, não interessava a Llewellyn as

conclusões que apontavam o direito desses povos como inexistente. Tal conclusão era dada pelos opositores de Llewellyn, pois para eles, com a ausência de órgãos específicos para resolução de conflitos, não poderia haver direito. Ele discordava: o que importava é que existissem as funções de resoluções de conflitos⁴¹. Se estas estivessem com o líder do clã de armas ou com o conselho de líderes, e não com um tribunal formal, ainda assim haveria a produção do direito. Outra crítica seria que esses povos teriam um sistema de direito simples, em contraposição com o modelo ocidental, visto como complexo. Ou, então, em outra nomenclatura, que teriam um sistema primitivo enquanto os ocidentais teriam um modelo avançado ou moderno. Para os antropólogos do direito, como Llewellyn, essa crítica também não tinha fundamento, pois o sistema das populações observadas era mais complexo e cheio de meandros do que o americano, importado da tradição inglesa. Note-se que as pesquisas eram derivadas de grande quantidade de dados, coletados por meio de observação e sistematizados.

O legado da Jurisprudência Sociológica foi recepcionado pelo Realismo Jurídico norte-americano, que tinha como objetivo precípua o estabelecimento de uma agenda de pesquisas empíricas sobre o direito pela conjugação de esforços dos juristas com pesquisadores de outras áreas⁴². A atual sociologia do direito, nos Estados Unidos e em outros países, é diretamente relacionada com essa tentativa que possibilita afirmar que atualmente toda a academia ainda é, em parte, realista. O avanço das pesquisas empíricas sobre temas jurídicos nos Estados Unidos é crescentemente forte. Recentemente, a análise econômica do direito, que possui a obra de Richard Posner⁴³ como central, se soma ao legado da sociologia realista do direito.

Mas existem problemas. Da quantidade total de professores das várias universidades, apenas uma pequena parte trabalha com pesquisas empíricas. Entretanto, o maior problema, para Lee Epstein e Gary King, não é quantitativo⁴⁴, ou seja, não faltam trabalhos. A carência é de qualidade. A questão central reside no fortalecimento do diálogo entre a área do direito com as outras ciências empíricas para que a primeira partilhe dos padrões acadêmicos

⁴¹ Hoebel (1954).

⁴² Schlegel (1995).

⁴³ Posner (2002; 2001).

⁴⁴ Epstein e King (2003).

aceitos na comunidade científica. Eles organizam um conjunto de cinco sugestões, dirigidas para diferentes públicos:

1. Para atender aos estudantes de direito (mestrado e doutorado), é recomendado que as instituições ofereçam cursos sobre pesquisa empírica com a contratação de docentes capacitados para tal, se for o caso;

2. No caso dos pesquisadores, é importante ampliar as possibilidades para a realização de pesquisas empíricas (eles devem ter oportunidade de serem treinados em ferramentas metodológicas para tal, bem como podem ser agregados pesquisadores auxiliares para equipes interdisciplinares);

3. No âmbito da prática jurídica, ou seja, em relação aos advogados, magistrados etc., há a recomendação de que seja considerado o treinamento em ferramentas empíricas como habilidade valorizada no momento de contratação por um escritório; o que parece importante é a noção de que a proficiência com pesquisa empírica pode auxiliar o entendimento, produção e refutação de argumentos empíricos (nos Estados Unidos, isso é particularmente verdadeiro);

4. Os periódicos acadêmicos (*law reviews*) devem passar por uma profunda reformulação, porque, no caso norte-americano, eles são controlados pelo corpo discente e não possuem avaliação de pares; para os autores, isso é particularmente chocante, porque os professores são editados pelos estudantes; e

5. Os sistemas de arquivo e de documentação das informações jurídicas, como bases de dados de acórdãos dos tribunais, devem ser padronizados para utilização em pesquisas empíricas como fontes confiáveis.

No caso do Reino Unido, a Fundação Nuffield, em conjunto com a University College of London (UCL), produziu um levantamento sobre a manutenção da capacidade para produção de pesquisas empíricas no direito⁴⁵. Em consonância com esses esforços no mapeamento do problema, a Fundação oferece verbas para incentivar o desenvolvimento dessa área. Na década de 1970, o Reino Unido desenvolveu um esforço concentrado para expandir a produção de pesquisas empíricas com diversas iniciativas. Elas foram parcialmente bem-sucedidas e gerou-se uma maturação que desembocou na fundação de uma associação nacional (Socio-Legal Studies Association). A pesquisa de 2006 buscou localizar tanto as perspectivas futuras como os dilemas atuais

⁴⁵ Genn, Partington e Wheeler (2006).

e as sugestões para a área. O quadro, traçado pelos pesquisadores britânicos, identificou que as pesquisas empíricas no direito apresentam um excepcional panorama no campo da demanda. Mas que há baixa capacidade instalada no país para equacionar essa demanda com a oferta de pessoal treinado para produção. Assim, essa demanda de produção não conseguirá ser equacionada porque subsistem alguns problemas de ordem subjetiva e objetiva. Entre os problemas de ordem subjetiva está a baixa importância dada pelos pesquisadores de direito ao tema. Essa menor importância decorre do fato de que é mais custoso produzir uma carreira focada em pesquisa empírica do que em áreas tradicionais, que possuem um retorno – objetivo, salários e posições acadêmicas – mais rápido e melhor. O diagnóstico é muito semelhante ao traçado por Peter Schuck⁴⁶.

Como pode ser compreendido, existe um conjunto de problemas que são efetivamente transnacionais. Assim, eles afetam negativamente a produção empírica de pesquisas jurídicas em todos os países. A origem desses motivos se encontra na cultura jurídica, que não consegue estabelecer um verdadeiro diálogo científico com as outras áreas. Obviamente, há o partilhado problema dos incentivos, ou seja, se não há motivação material e subjetiva para o desenvolvimento de pesquisas empíricas, certamente poucos acadêmicos se encaminharão para o caminho que é mais árduo para ser bem-sucedido. O equilíbrio que pode existir é a possibilidade de que os pesquisadores empíricos sejam beneficiados com mais subsídios e fomento para a produção. Mas tal quadro depende muito da organização da comunidade científica de cada país. Em ambientes em que os recursos são exíguos, a tendência é que as verbas sejam disputadas com mais voracidade, fazendo que tal política seja inviável na prática.

É importante ressaltar que a experiência norte-americana não possui paralelo com nenhum outro país do mundo. Assim, a tendência observada naquele país, sobre a pesquisa empírica ser considerada parte dos fatores positivos no *ranking* das instituições, não deve ser replicada tão facilmente⁴⁷. Ainda, é relevante notar que a primeira grande diferença entre o sistema educacional norte-americano e os dos outros países é o nível em que se encontra o curso de direito. Enquanto nos EUA o curso é uma pós-graduação de três anos, nos outros países é um curso de graduação. Naturalmente, os calouros

⁴⁶ Schuck (1999).

⁴⁷ George (2006).

de direito americanos não estão tendo o seu primeiro contato com o mundo acadêmico adulto no curso de direito. Este é um prolongamento de uma formação superior preexistente.

CONCLUSÃO: UM DILEMA A SER SUPERADO

Foi realizado um grande avanço em termos de pesquisa na área de direito nos últimos vinte anos, ou seja, desde o relatório produzido por Aurélio Wander Bastos⁴⁸. A oferta de cursos se ampliou e o número de egressos no mestrado e no doutorado também cresceu. A pesquisa empírica, antes relegada apenas ao espaço da sociologia jurídica, entendida como disciplina “auxiliar” ou de formação humanista, tem uma renovação sensível com a necessidade de compreender o funcionamento do sistema em paralelo com a sociedade em que ele está situado e o mundo econômico. Para confirmar essa necessidade, existe a atual produção de diversos relatórios e pesquisas sobre o papel social, político e econômico do Poder Judiciário. Entender como funciona o sistema jurídico não é mais possível apenas com o estudo das normas e dos intérpretes normativos. A compreensão das consequências e dos julgamentos, na prática, exige conhecimentos que ultrapassam a tradicional dogmática.

A questão, apontada em debate realizado pela Escola de Direito de São Paulo (Edesp), da Fundação Getúlio Vargas, demonstrou a inquietude sobre a possibilidade de reconstrução da dogmática jurídica. O ponto de vista do professor Tércio Sampaio Ferraz Jr., no sentido de que a dogmática é constitutiva do conhecimento jurídico, é o ponto crucial para entender o dilema de reformulação⁴⁹. Essa formulação da centralidade da dogmática é de difícil compreensão para pesquisadores de outras áreas como Marcos Nobre⁵⁰, em que a opinião doutoral é mediada pelo rigor científico. Na forma como está posto o dilema, a dogmática não é passível de integração com pesquisas empíricas, por exemplo. Assim, estudos baseados na compreensão exaustiva de acórdãos, de modo a extrair regularidades sobre a *ratio decidendi* acerca de determinado tema, possuem menos possibilidade de êxito do que a opinião doutrinária. Na prática, a compreensão maciça da realidade jurídica – fortemente

⁴⁸ Bastos (1986).

⁴⁹ Ferraz Jr. (2005).

⁵⁰ Nobre (2005).

indutiva – pode contribuir muito para desmistificar determinadas concepções jurídicas que formam um verdadeiro “senso comum dos práticos”, em prol do uso de conceitos reformulados teoricamente e fundamentados em estudos empíricos. Tal produção fortalecerá os debates filosóficos da área jurídica, que possuem sensível expressão no âmbito de uma profunda renovação em curso no Direito Público, com conseqüências em todas as áreas do direito.

A condição principal para que isso ocorra não é a reformulação autônoma do estado da arte da teoria, apenas. Ela está relacionada com a produção de pesquisas empíricas, com melhor qualidade, que possam interagir com a profícua produção filosófica. Portanto, o ponto central ainda continua no intercâmbio e na formação de infra-estruturas para realização intensiva de pesquisas empíricas, conforme o diagnóstico de Epstein e King⁵¹. Só o fortalecimento da produção científica empírica, no direito, poderá romper o círculo vicioso que a área atravessa em termos de verbas e respeitabilidade acadêmica. Ele pressupõe que mais pessoas formadas em áreas como economia, sociologia, antropologia e ciência política encontrem espaço nos programas de pós-graduação em direito. Com esse espaço, esses programas disporão de plataformas de pesquisa que permitirão a esses pesquisadores produzir, e, a partir da consolidação dessa produção, paulatinamente aproximar o quadro brasileiro do problema norte-americano. Será somente por meio dessa via que os futuros graduandos poderão tomar contato, de forma eficaz, com pesquisas empíricas, no mesmo sentido que ocorre na formação dos estudantes de direito norte-americanos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004.

_____. *La institucionalización de la justicia*. Granada: Editorial Comares, 2005.

ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende. A reforma do ensino jurídico: um balanço crítico. *Pluríma: Revista da Faculdade de Direito da UFF*, Porto Alegre, v. 18, n. 4, p. 153-163, 2000.

ARAGÃO, Alexandre. O princípio da eficiência. *Revista Eletrônica de Direito*

⁵¹ Epstein e King (2002a; 2003).

Administrativo Econômico, Salvador, n. 4, jan. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista>>. Acesso em: 4 jan. 2007.

BACHELARD, Gaston. *A formação do espírito científico: contribuição para uma psicanálise do conhecimento*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BASTOS, Aurélio Wander. *Pesquisa jurídica no Brasil: diagnóstico e perspectivas*. Brasília. 1986. Relatório.

BOURDIEU, Pierre; CHAMBOREDON, Jean-Claude; PASSERON, Jean-Claude. *The craft of sociology: epistemological preliminaries*. Berlin; New York: Walter de Gruyter, 1991.

CAPES. Pós-graduação: enfrentando novos desafios. *Infocapes*, v. 9, n. 2-3, 1999. Documentos e resultados do seminário realizado pela Capes.

_____. *Plano nacional de pós-graduação (2005-2010): Subsídios preliminares da área de ciências sociais aplicadas*. Brasília. 2005. Mimeografado.

CASTELAR-PINHEIRO, Armando. *Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?* Rio de Janeiro: Ipea, 2003a. Texto para discussão n. 963.

_____. *Judiciário, Reforma e economia: a visão dos magistrados*. Rio de Janeiro: Ipea, 2003b. Texto para discussão n. 966.

DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant G. *Dealing in virtue: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order*. Chicago: University of Chicago Press, 1996.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 19. ed. São Paulo: Perspectiva, 2002.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. The rules of inference. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 69, n. 1, p. 1-133, 2002a.

_____. A reply. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 69, n. 1, p. 191-209, 2002b.

_____. Building an infrastructure for empirical research in the law. *Journal of Legal Education*, Washington, DC, v. 53, n. 311, p. 311-320, 2003.

FALCÃO, Joaquim. Cláudio Souto e Miranda Rosa: uma homenagem, quase reflexão. In: JUNQUEIRA, Eliane Botelho; OLIVEIRA, Luciano (Org.). *Ou isto ou aquilo: a sociologia jurídica nas Faculdades de Direito*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2002. p. 1-12.

FARIA, José Eduardo. *El derecho en la economía globalizada*. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. A relação entre dogmática e pesquisa. In: NOBRE, Marcos. (Org.). *O que é pesquisa em direito?* São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 73-79.

FISS, Owen. El derecho según Yale. In: BÖHMER, Martin F. (Comp.). *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1999. p. 25-34.

FIX-FIERRO, Héctor. *Courts, justice and efficiency: a socio-legal study of economic rationality in adjudication*. Portland, OR: Hart Publishing, 2003.

FRAGALE FILHO, Roberto. Diretrizes curriculares. *Anuário ABEDi*, Florianópolis, v. 2, p. 267-278, 2004.

_____. Os destinos dos cursos jurídicos: uma decodificação à luz da política pública educacional. *Anuário Abedi*, Florianópolis, v. 3, p. 39-52, 2005.

FRAGALE FILHO, Roberto; VERONESE, Alexandre. A pesquisa em direito: diagnóstico e perspectivas. *Revista Brasileira de Pós-Graduação*, Brasília: Capes, n. 2, p. 53-70, nov. 2004.

GENN, Damel Hazel; PARTINGTON, Martin; WHEELER, Sally. *Law in the real world: improving our understanding of how law works (final report and recommendations)*. London: The Nuffield Foundation, nov. 2006.

GEORGE, Tracey E. An empirical study of empirical legal scholarship: the top law schools. *Indiana Law Journal*, v. 81, p. 141-161, 2006.

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

HOEBEL, E. Adamson. *The law of primitive man: a study in comparative legal dynamics*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1954.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. *Revista Estudos Históricos*, Rio de Janeiro: FGV, n. 18, 1996.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977.

LINHARES, Leila; LESSA, Renato. *Consenso e identidade: os advogados e a sua ordem*. Rio de Janeiro: Departamento de Pesquisa da OAB/RJ, 1991. Projeto Memória.

MALINOWSKI, Bronislaw. *Um diário no sentido estrito do termo*. Rio de Janeiro: Record, 1997.

MARQUES, Claudia Lima. A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa. *Revista Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, v. 189, p. 49-64, 1998.

_____. A Pesquisa em Direito: um testemunho sobre a pesquisa em grupo, o método Sprechstunde e a iniciação científica na pós-modernidade. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 9., Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. *Novos Estudos*, São Paulo: Cebrap, n. 66, p. 145-154, jul. 2003.

_____. O que é pesquisa em direito? In: _____. (Org.). *O que é pesquisa em direito?* São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 23-37.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

PIRAGIBE DA FONSECA, Maria Guadalupe. Herbert Hart: um positivista moderado. *Plúrima Revista da Faculdade de Direito da UFF*, Porto Alegre, v. 6, p. 69-81, 2002.

PIRAGIBE DA FONSECA, Maria Guadalupe; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Org.). *Direito em Revista*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2004.

POSNER, Richard. *Frontiers of legal theory*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2001.

_____. *Economic analysis of law*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2002.

RAGIN, Charles. *Constructing social research*. Thousand Oaks, CA: Pine Forge, 1994.

RHODE, Deborah L. Legal scholarship. *Harvard Law Review*, Cambridge, MA, v. 115, n. 5, p. 1327-1362, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. The law of the oppressed: the construction

and reproduction of legality in Pasargada. *Law & Society Review*, v. 12, n. 1, p. 5-126. 1977.

_____. The heterogeneous state and legal pluralism in Mozambique. *Law & Society Review*, v. 40, n. 1, p. 39-76. 2006.

SCHLEGEL, John Henry. *American legal realism and empirical social science*. London; Chapel Hill, NC: University of North Carolina Press, 1995.

SCHUCK, Peter H. Por qué los profesores de derecho no hacen más investigación empírica? In: BÖHMER, Martin F. (Comp.). *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1999. p. 129-145.

TORRES DE CERQUEIRA, Daniel. *O ensino do direito no Brasil: breve radiografia do setor*. 2006. Mimeografado.

WEBER, Max. Sociologia do direito. In: _____. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. São Paulo: UnB; Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004. v. 2.

WERNECK VIANNA, Luiz; WERNECK VIANNA, Maria Lúcia Teixeira. *A OAB como intelectual coletivo: 1964-1980*. Rio de Janeiro: Iuperj, 1984. 2 v. Relatório de Pesquisa, Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro.

Alexandre Veronese é Advogado, Doutor em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro e Professor Adjunto da Universidade Federal Fluminense.

37° PRÊMIO JURÍDICO, 2008
"Carlos Maurício Martins Rodrigues"

Células-tronco: um debate jurídico sobre a bioética

BANCA

Dra. Fernanda Moreira Cezar

Dr. Renan Aguiar

Dra. Vivian Alves de Assis

VENCEDORA

Dra. Débora Fernandes de S. Melo

Células-tronco: um debate jurídico sobre a bioética

Débora Fernandes de S. Melo

INTRODUÇÃO

A pesquisa científica tem nos trazido grandes benefícios tanto sociais como substanciais, porém nos levantou algumas questões éticas emblemáticas. Os abusos cometidos contra seres humanos em experimentos biomédicos, especialmente durante a Segunda Guerra Mundial, chamaram a atenção de todos.

Durante o Tribunal de Guerra de Nuremberg, o Código de Nuremberg foi escrito como um conjunto de padrões para julgar médicos e cientistas que conduziram experimentos desse tipo nos campos de concentração. Dessa forma, o código tornou-se o protótipo para muitos outros que tinham como objetivo garantir que a pesquisa envolvendo seres humanos fosse feita de modo ético.

Nesse sentido, a Lei nº 11.105/05, denominada “Lei de Biossegurança”, disciplina tais pesquisas e foi objeto de controle de constitucionalidade na ação direta de inconstitucionalidade nº 3.510, proposta pelo então Procurador Geral da República Cláudio Fonteles, cujo pedido veiculava a declaração de inconstitucionalidade do Art. 5º da Lei, para que se considerasse a ilegitimidade das mencionadas pesquisas.

No entanto, como cediço, o STF, por maioria, declarou a constitucionalidade de tal dispositivo depois de amplo debate sobre a matéria.

O ponto de vista oposto às pesquisas com as células-tronco embrionárias tem respeitável posição, como são as poliedras visões de uma sociedade pluralista, e deve ser enfrentado com seriedade científica e filosófica. O presente estudo tem o fito de demonstrar os argumentos jurídicos e biológicos relacionados ao desenvolvimento de tais pesquisas. No que tange à legislação atacada, relevante é afirmar que a mesma caracteriza-se pela prudência e pela moderação e que, em lugar de violar a vida e a dignidade humana, o tratamento dado ao tema promove esses valores de maneira mais adequada.

À luz do Direito Constitucional, analisar-se-ão as pesquisas com células-tronco embrionárias sob a ótica da dignidade da pessoa humana, do direito à vida, à saúde, à liberdade da ciência e do progresso científico, e a relação dessas pesquisas com a laicidade estatal.

Buscará, ainda, o presente trabalho comprovar que, caso a decisão do STF fosse no sentido da inconstitucionalidade da lei, isso acabaria por representar, analogamente, uma violação ao princípio da vedação ao retrocesso.

Como cediço, a biotecnologia tem repercussão no mundo, causando polêmicas discussões em diversos segmentos. Seu impacto na sociedade é notável, inclusive diante das recentes descobertas propostas pela biotecnologia, as quais poderão salvar milhares de vidas.

A reprodução humana trouxe alívio e esperança acompanhada de soluções para pessoas consideradas inférteis. A utilização das células-tronco embrionárias produzidas mediante reprodução humana medicamente assistida, seja pela fertilização *in vitro*, seja com as técnicas emergentes de clonagem (clonagem terapêutica), poderá trazer benefícios, dentre os quais o tratamento de pessoas acometidas por doenças genéticas, neurodegenerativas, ou pessoas que por revés da vida perderam movimentos de determinados membros do corpo.

A repercussão de tal utilização de células-tronco embrionárias passa inevitavelmente pela delimitação do instante no qual se atribui o devido respeito à vida¹.

A inovação que traz a biotecnologia causa perplexidade para toda a sociedade, e o âmbito que se depara com a grande novidade é o jurídico, em especial, pois a este é acrescido uma dúvida crucial: a de compatibilizar a

¹ Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br/revista/bio2v8/simp3.htm>>.

reflexão ética propiciada pelos novos paradigmas científicos com a realidade “utilitarista comumente atribuída ao regramento jurídico”.²

Saber compatibilizar a reflexão ética propiciada pelos novos paradigmas científicos com a racionalidade prática do regramento jurídico perfaz outros problemas igualmente complexos decorrentes de uma sociedade em constante evolução. Hoje, o Direito é visto como ciência, mas, fundamentalmente, como prudência, que está inter-relacionada com as demais instâncias componentes do todo social, notadamente a Ética.

Assim, o desafio emblemático enfrentado pela bioética é harmonizar o saber humanista com o saber científico na busca da felicidade do ser humano. Afinal, parece ser isto o que almejamos da ciência: a realização de nossas expectativas de vida longa e saudável.

HISTÓRICO

A expressão “bioética” foi utilizada pela primeira vez pelo médico e professor Van Rensselaer Potter em seu artigo que resumia o primeiro capítulo do livro *Bioethics: Bridge to the Future*, nos idos da década de 1970. O Prof. Potter, grande pesquisador em bioquímica oncológica do Laboratório McArdle da Universidade de Wisconsin/EEUU, buscava, em sua obra, integrar diferentes aspectos das ciências naturais com as ciências humanas através da Ética, visando discutir e aprofundar os aspectos relativos à sobrevivência da humanidade frente aos desafios da questão ecológica, então emergente.

O estudioso defendia a idéia de que a ciência e a tecnologia deveriam caminhar juntas com os valores éticos e morais. A bioética nasceu, assim, como uma tentativa de pensar a vida sem a separar da ciência e tecnologia; é dizer, estas últimas não são neutras valorativamente, devendo estar a serviço daquela.

Também na década de 1970, o Congresso dos EUA instituiu uma comissão a fim de identificar os princípios morais básicos norteadores das pesquisas com seres humanos, acabando por elaborar o conhecido “Relatório Belmont”. Conforme esse relatório, na bioética devem ser considerados os princípios do respeito pelas pessoas (devem ser consideradas suas escolhas e preferências valorativas), da beneficência (o bem-estar deve ser promovido) e da justiça (todos devem ter tratamento equitativo).

² Costa, J. (2000).

Com o passar do tempo, a bioética desenvolveu-se como disciplina autônoma, tendo sua importância mais acentuada nas ciências relacionadas à vida humana, como a biologia, a medicina e o direito, entre outras.

CONCEITO

Prima facie, necessário torna-se destacar o real significado do que seja bioética. Etimologicamente, a palavra “bio-ética” significaria tão-somente “ética da vida”. No entanto, afirmar apenas isso não é algo muito esclarecedor, vez que tal expressão possui um conteúdo implícito bem vasto.

Para tanto, necessário torna-se dissertar brevemente sobre a própria ética. Considerando-se a ética uma reflexão filosófica sobre a moralidade, é possível subdividi-la em três domínios, quais sejam, a metaética, a ética normativa e a ética prática. Essa última busca aplicar os resultados da ética normativa a questões morais cotidianas, sendo aí que se encontra a bioética.

O termo bioética tem o objetivo de enfatizar os dois componentes mais importantes para se atingir uma nova sabedoria, que é tão desesperadamente necessária: conhecimento biológico e valores humanos. Como se percebe, a bioética nasceu como uma tentativa de superação da dicotomia entre fatos (ciência) e valores (ética).

Na bioética, predominantemente, trabalha-se com princípios, dentre os quais se destacam, segundo o principialismo, a autonomia, a não maleficência, a beneficência e a justiça, apesar de outras perspectivas começarem a ganhar força, como é o caso das qualidades morais ou virtudes dos agentes. Todavia, como o objetivo do presente estudo não é discutir todos os problemas éticos, nos ateremos ao principialismo em sua versão clássica, relacionando-o à problemática das pesquisas com células-tronco embrionárias.

Nesse diapasão, verifica-se que a definição dada pela Enciclopédia de bioética é bastante adequada: “estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde analisadas à luz dos valores e princípios morais.”³ Possui como objeto a demarcação das possibilidades e limites dos progressos científicos, à luz da filosofia moral, dos valores a serem preservados por cada sociedade e pela humanidade em geral.

³ Dall’Agnol (2005, p. 9).

Diferencia-se da ética médica, posto que esta é voltada para o estudo dos deveres particulares dessa classe profissional, ao passo que aquela estuda os problemas morais no tocante ao início, meio e fim da vida.

É do entretecimento da biotecnologia com a bioética que surge, no campo jurídico, o biodireito, que acaba por acrescentar a esta última caráter coercitivo. O biodireito pode ser entendido como um subsistema jurídico em desenvolvimento acelerado, que estuda e disciplina os fenômenos decorrentes da biotecnologia e da medicina, com o escopo de resolver conflitos e preservar direitos, ou seja, nos dizeres de Eduardo Oliveira Leite, como “conjunto de valores, princípios e normas que têm por finalidade proteger a vida humana, disciplinando a prática de suas intervenções e mecanismos de sua manipulação.”⁴

O debate fundamentador da formulação do biodireito assenta-se, portanto, sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. Em que pese a dignidade humana ser um direito fundamental, seu reconhecimento e sua afirmação sofrem constantes impactos das incertezas dos interesses econômicos ou das transformações culturais⁵.

De acordo com o professor Reinaldo Pereira e Silva, o biodireito inspira-se pela nova concepção de positivismo, qual seja, o constitucionalismo dos direitos humanos. Nesse diapasão, a reunião entre o Direito e a ética se dá, primeiramente na Constituição, em que os valores morais se convertem em princípios jurídicos e a partir daí ramificam-se pelo sistema normativo, condicionando a interpretação e aplicação de todo direito infraconstitucional⁶.

PRINCIPALISMO: PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA

O principalismo, aqui analisado, representa uma tentativa de construir uma bioética à altura dos desafios hodiernos, ou seja, assim como a ciência e a tecnologia progridem a cada dia, devem-se também elevar os padrões morais de forma contínua de modo a atingir uma verdadeira ética da vida.

Importante ressaltar que os princípios bioéticos básicos, assim como ocorre com os princípios em geral, devem ter um funcionamento harmônico,

⁴ Leite (1997).

⁵ Brauner (2003a, p. 34).

⁶ Barroso (2005, p. 38-40).

não obstante o caso concreto de definir qual ou quais serão efetivamente aplicados. Delinear-se-ão, aqui, breves considerações acerca desses princípios.

Autonomia

A formulação de tal princípio teve a influência do filósofo Immanuel Kant, que defendia que os seres humanos possuem valor inerente a essa condição, isto é, respeitá-los significa tratá-los como fins em si mesmos e não apenas como meios para atingir fins.

No mencionado Relatório de Belmont, é defendido o respeito à pessoa. E respeitar sua autonomia é não só respeitar sua capacidade de escolha e decisão como também, de acordo com Kant, tratá-la como um fim em si, já que uma pessoa tem valor e não preço.

A aplicação do princípio em tela a questões mais amplas da bioética quer dizer que profissionais da saúde devem respeitar a autonomia dos pacientes quando esses forem capazes, devendo, por outro lado, se forem incapazes, consultar a família ou outro representante legal, admitindo que o mesmo agirá buscando o melhor interesse do representado.

Nesse sentido, o Código de Nuremberg prevê que:

O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. [...] as pessoas que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente capazes de dar consentimento; essas pessoas devem exercer o livre consentimento de escolha sem qualquer intervenção dos elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição posterior; devem ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomarem uma decisão.⁷

Existem muitas controvérsias sobre a natureza e as possibilidades de um consentimento informado. Apesar disso, existe uma aceitação generalizada de que o processo de consentimento deve conter três elementos: informação, compreensão e vontade própria⁸.

⁷ Tribunal Internacional de Nuremberg (1947).

⁸ Se o paciente consente, desde que tenha sido previamente informado, só há lugar para indenização em caso de má prática médica, isto é, por violação negligente. O

Princípio da Não-maleficência

O juramento de Hipócrates⁹, de 460 a.C. (“antes de tudo, não cause dano”, “aplicarei os regimes para o bem do doente segundo meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém.”), é um dos principais documentos da ética médica, possuindo importante valor histórico e representando a base do princípio moral ora tratado.

Princípio da Beneficência

De modo claro e direto, esse princípio determina que devemos agir em benefício dos outros. Possui duas máximas: não causar dano (no que se aproxima do princípio da não-maleficência) e maximizar benefícios.

No principialismo, o dever de agir em benefício dos outros é assumido como sendo válido enquanto obrigação do profissional da área de saúde.

Também no principialismo, o princípio da beneficência foi formulado a partir da ética utilitarista, em que pese nesse movimento diferenciar-se tal princípio, que exige a obtenção de benefícios, do princípio da utilidade, no qual se requer que os prejuízos e benefícios sejam contrabalançados.

consentimento quando é válido transfere para a esfera jurídica do paciente os riscos da intervenção desde que seja realizada diligentemente. No caso de intervenção médica sem consentimento e sem quaisquer danos para o doente, os bens jurídicos tutelados são: integridade física e moral, direito à liberdade, isto posto no Brasil e também na Espanha, logo os danos ressarcíveis não são só os que resultam da violação da liberdade, mas também as dores, os incômodos e a lesão da incolumidade pessoal. Quando a intervenção ou tratamento for realizado sem prévio consentimento e não obtiver êxito ou provocar consequências laterais desvantajosas, serão ressarcíveis os danos patrimoniais causados não só pela violação do seu direito à autodeterminação e à liberdade mas também por violação da sua integridade física, bem como os danos patrimoniais derivados do agravamento do estado de saúde. Assim sendo, o montante das indenizações resultantes de um processo de responsabilidade por violação do consentimento informado pode ser tão ou mais elevado que nos casos de negligência médica.

Os bens jurídicos civilmente tutelados pelo consentimento informado são, para além do direito de autodeterminação nos cuidados de saúde, a integridade física e moral da pessoa humana.

⁹ Juramento de Hipócrates (2008).

Justiça

No principialismo, adotou-se um critério material de justiça, o que acaba por levar à complexa questão de determinar quem deve receber os benefícios da pesquisa e quem deve financiar seus custos.

Segundo Volnei Garrafa, Sérgio Ibiapina Costa e Gabriel Oselka¹⁰, com o princípio da justiça, agregado à ética da responsabilidade e à equidade, os povos conseguirão tornar realidade o direito à saúde. O reconhecimento de necessidades diferentes, de sujeitos também diferentes, para atingir direitos iguais, é o caminho da ética prática em face da realização dos direitos humanos universais, entre eles o direito à vida, representado nesse contexto pela possibilidade de acesso à saúde. A equidade ou também princípio da isonomia, para alguns, contemplado pela Carta Magna é o que permite resolver parte razoável das distorções na distribuição da saúde, ao aumentar as possibilidades de vida de importante parcela da população.

Contudo, insta ressaltar que Giovanni Berlinguer aduz que o princípio da justiça não deve valer somente para a redistribuição igual dos recursos existentes; “seu fundamento ético principal é o de permitir e ajudar cada um dos seres humanos a ser verdadeiramente autônomo, e por meio de suas decisões livres, melhorar a si mesmo, multiplicando cada vez mais a riqueza moral e material da sociedade”¹¹.

Para o aludido autor, cumpre salientar a distinção de equidade e igualdade, que em seu entendimento não são sinônimos, eis que no âmbito dos direitos positivos de segunda geração, como a saúde, os indivíduos não são iguais, devendo a sociedade intervir de modo a proceder a medidas desiguais que busquem compensar as iniquidades.

Por fim, convém ressaltar que, no que tange às pesquisas com células-tronco embrionárias, de todos os princípios anteriormente discutidos, possui papel de destaque o princípio da justiça. Isso porque, se o Estado tem o dever de dar a todos o acesso aos avanços da medicina (no caso das pesquisas em tela, a medicina regenerativa), concretizando o Art. 196 da Constituição da República, ter-se-á uma população mais saudável e, por conseguinte, mais

¹⁰ Garrafa, Costa e Oselka (2000, p. 15).

¹¹ Belinguer (2000, p. 43).

produtiva, geradora de riquezas, que não onerará o Estado, com, por exemplo, tantas aposentadorias por invalidez. A equidade é, assim, a base ética que deve guiar o processo decisório para alocação de recursos, sua distribuição e controle.

BIOÉTICA E PESQUISA COM CÉLULAS-TRONCO

As pesquisas com as células-tronco embrionárias têm despertado um grande debate. Diante de tamanha polêmica, faz-se necessário que sejam delineadas breves linhas acerca dos aspectos técnicos e científicos e legais.

Aspectos técnicos e científicos

Questão que possui contornos bem delicados é a relativa à experimentação embrionária visando à melhoria genética. A pesquisa pode permitir que sejam desenvolvidas técnicas capazes de usar células-tronco para fins de transplante e tratamentos de doenças degenerativas.

A Lei nº 11.105/2005, declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em 29/05/08, disciplinou tal matéria e foi objeto de grande debate no próprio Pretório Excelso e na sociedade, sendo alvo de inúmeras críticas e elogios. A discussão suscita questões filosóficas, religiosas e científicas.

Esse é um embate natural desde Galileu, sendo inevitável que haja polarização em uma discussão que envolve dogmas religiosos. É importante preservar valores sociais e religiosos, mas é igualmente relevante seja considerada uma ética laica.

Antes de adentrarmos na referida discussão, faz-se necessário abordar alguns breves aspectos técnicos e científicos sobre o tema.

O supramencionado diploma legal permite a utilização, para fins de pesquisa e terapia, de células-tronco obtidas de embriões humanos, produzidos por meio da denominada técnica de “fertilização *in vitro*”, não transferidos para o útero materno.

Tal técnica, utilizada normalmente diante da infertilidade conjugal, consiste na reprodução assistida, ou seja, os espermatozóides fecundam os óvulos em laboratório e, portanto, fora do corpo da mulher. A prática médica impõe que haja a retirada de diversos óvulos da mulher para fecundação, de modo a evitar que a mesma tenha de se submeter a diversos processos de

estimulação da ovulação e aspiração folicular toda vez que a fecundação ou desenvolvimento do embrião tiverem sido frustrados.

No caso de a fecundação e de o desenvolvimento inicial do embrião terem sucesso (já que muitos embriões obtidos se mostram inviáveis), o mesmo é transferido para o útero materno, onde completará o ciclo da gestação.

Ocorre que, mesmo no útero, o embrião pode não conseguir se desenvolver, não se implantando no endométrio. Por isso, quanto mais embriões transferidos, maiores as chances de um levar à mulher o estado gravídico. No entanto, a fim de evitar os riscos da gravidez múltipla, os médicos costumam fazer a transferência de dois a três embriões, congelando os excedentes. E são estes excedentes, congelados há mais de três anos e inviáveis, que são usados para as pesquisas com células-tronco embrionárias.

Nesse sentido, convém trazer à baila certas características das células-tronco e sua classificação. Elas possuem a capacidade de se diferenciarem e de auto-replicação, isto é, a possibilidade de produzirem cópias idênticas de si mesmas, sendo certo que tais características se manifestam em cada tipo de células-tronco de modo diferente. Podem ser classificadas em (i) totipotentes, (ii) pluripotentes ou multipotentes, (iii) oligopotentes ou (iv) unipotentes. As duas primeiras, com capacidade de se diferenciarem de todas as células do organismo humano, só são encontradas nos embriões. As demais são células-tronco adultas, fato que reduz significativamente seu potencial para a pesquisa.

São inúmeras as graves doenças que assolam grande parte da população brasileira com esperança de cura resultante de pesquisas com células embrionárias, como, por exemplo, o mal de Parkinson, o diabetes, as ataxias, a esclerose lateral amiotrófica, a esclerose múltipla, as atrofias espinhais progressivas, as distrofias musculares, as neuropatias e as patologias de neurônio motor.

A realização de pesquisas com células-tronco embrionárias mostra-se extremamente importante, na medida em que são uma potencial fonte de células para terapias de doenças crônico-degenerativas¹².

¹² As células-tronco embrionárias são capazes de se converter em todos os tipos de células (por exemplo: coração, fígado, rim, osso). A versatilidade dessas células permitirá o tratamento de desordens herdadas ou doenças degenerativas adquiridas, possibilitando a restauração de órgãos e tecidos variados. De acordo com Mayana Zatz, existem mais de 7.000 doenças genéticas conhecidas, dentre elas algumas formas de câncer, doenças psíquicas, hipertensão, alergias, miopia e hipermetropia, que atingem aproximadamente 3% das crianças, cujos pais são normais; dentre

No Brasil, só foi possível realizar pesquisas com células embrionárias a partir de dezembro de 2005, quando a Lei de Biossegurança foi sancionada. Nos países onde se faz pesquisa com essas células há mais tempo, muitas informações importantes para a ciência já foram obtidas a partir dos estudos, devendo tal dado servir de exemplo para a sociedade brasileira.

Alguns aspectos legais

A Lei nº 11.105/05 permite a realização de pesquisas com células extraídas de embriões, mas exige que: a) os embriões tenham resultado de tratamentos de fertilização *in vitro* (Art. 5º, *caput*); b) os embriões sejam inviáveis (Art. 5º, I) ou que não tenham sido implantados no respectivo procedimento de fertilização, estando congelados há mais de três anos (Art. 5º, II); c) os genitores dêem seu consentimento (Art. 5º, § 1º); d) a pesquisa seja aprovada pelo comitê de ética da instituição (Art. 5º, § 2º).

Por outro lado, a Lei vedou, de modo inequívoco, a atuação eticamente condenada pela comunidade científica internacional. De fato, nela se proibiu, de maneira expressa, a clonagem humana, que, ocorrendo, é punida com pena de reclusão e multa. Igualmente retira-se o risco da prática de eugenia¹³, diante

essas doenças genéticas, existem doenças neuromusculares, como a doença de Duchenne, sendo que a pesquisa com células-tronco é essencial para buscar a cura dessas doenças (Costa, H., 2004. p. 10). Dentre outras patologias cuja cura pode resultar das pesquisas com células embrionárias, podem ser citadas, por exemplo, as atrofas espinhais progressivas, as distrofias musculares, as ataxias, a esclerose lateral amiotrófica, a esclerose múltipla, as neuropatias e as doenças de neurônio motor, o diabetes, o mal de Parkinson, o mal de Alzheimer, as síndromes diversas (como as mucopolissacaridoses ou outros erros inatos do metabolismo etc.). Todas elas constituem doenças graves, que causam grande sofrimento a seus portadores. Essas patologias atingem parte considerável da população mundial. No Brasil, entre 10 a 15 milhões de pessoas têm diabetes; surgem entre 8.000 e 10.000 novos casos de lesão medular por ano (paraplegia ou tetraplegia) (Organização Mundial de Saúde, 2008).

¹³ Importante observar que dois tipos de eugenia são identificadas por alguns filósofos atuais: a negativa ou preventiva (na qual certas doenças transmitidas hereditariamente seriam evitadas por uma intervenção terapêutica) – e que seria eticamente justificável – e a positiva ou de melhoramento (por meio de melhoramentos, busca-se produzir seres geneticamente aperfeiçoados) – não aceita moralmente.

da interdição e tipificação como crime da engenharia genética em seres humanos. Ademais, ao proibir e criminalizar a comercialização de material biológico, a Lei de Biossegurança desativou o medo de se criar um mercado de embriões e tecidos humanos (a denominada “industrialização da vida”).

Por motivos óbvios, há o risco de transgressão, assim como em qualquer conduta proibida. Todavia, existindo lei regulamentando a matéria, demarca-se adequadamente a fronteira entre o lícito e o ilícito. Sem lei regulamentadora, não seria possível punir tais agentes “comercializadores” e “clonadores”, diante do princípio da reserva legal penal.

Ressalte-se que, ademais da Lei de Biossegurança e da Resolução 196, que dispõe sobre diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos, a Anvisa editou resolução no sentido de aprovar o regulamento técnico para o cadastramento nacional dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos (BCTG) e o envio da informação de produção de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento.

DEBATE ÉTICO: APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA

Já foi visto anteriormente que os princípios da bioética são extremamente relevantes para que o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas não se desvirtuem para uma linha utilitarista. Sua aplicação é de grande valor, na medida em que não se pode admitir a denominada “fórmula do objeto”, ao revés, na visão de Kant¹⁴, o ser humano deve ser tratado como um fim em si mesmo e não somente um meio. Dessa forma, convém debater o papel e a aplicação dos princípios de modo a se comprovar que a pesquisa com as células-tronco embrionárias compatibilizam-se com a lógica kantiana¹⁵.

¹⁴ Kant (2008).

¹⁵ Convém afirmar que, no caso em tela, não há que se cogitar na aplicação da técnica de ponderação de interesses, utilizada diante de antinomia jurídica imprópria (apenas para princípios, segundo Robert Alexy, mas também para regras, de acordo com Humberto Ávila), uma vez que não há conflito entre os valores vida e liberdade de pesquisa científica; em verdade, ambos os direitos são protegidos com a Lei n° 11.105/2005.

Polêmica sobre o início da vida

O especialista em Biodireito Erickson Gavazza Marques entende que não seria competência do Direito definir o momento do início da vida, mas que tal atribuição caberia à medicina, à ciência. Todavia, o próprio especialista reconhece que nem esta a definiu com precisão¹⁶.

É certo que existe um grande desacordo moral razoável no que toca ao momento do início da vida. Sem pretender esgotar todas as teorias que o envolvem, pode-se fazer referência a quatro “principais”: (i) com a fecundação, (ii) com a nidação, (iii) quando o feto passa a ter capacidade de existir sem a mãe (entre as 24^a e 26^a semanas de gestação), critério este utilizado pela Suprema Corte Norte-americana e pelo Comitê Nacional de Ética Francês, distinguindo entre “pessoa humana potencial” e “pessoa humana *tout court*”, e (iv) quando ocorre a formação do sistema nervoso central.

Fato é que cada teoria possui diferentes razões, sejam elas morais, religiosas ou científicas. No entanto, em um Estado laico¹⁷ como é o nosso, hão de prevalecer as razões do Direito e da Ciência, ainda que se tenha que respeitar a opinião de cada um, em face de uma sociedade pluralista, como consagrado em nossa Constituição Democrática. Usando uma visão de Ronald Dworkin, não cabe ao Estado interferir em questões de opção moral; o papel do Estado deve ser o de respeitar e assegurar a autonomia de cada um, conforme suas convicções éticas, sem impor condutas imperativas. A própria Constituição de 1988 garante a promoção e o incentivo à pesquisa em seu Art. 218. Não se pode confundir fé com ciência. Nesse sentido, a Lei nº 11.105/05 encontra-se em perfeita harmonia com o aqui defendido, já que, após amplo

¹⁶ Marques (2008).

¹⁷ O termo laico remete à idéia de neutralidade, indiferença. É também o que se compreende nos ensinamentos de Celso Ribeiro Bastos (1996. p. 178.). Salientam Sarmento e Piovesan (2006. p. 742): “O Estado laico é garantia essencial para o exercício dos direitos humanos. Confundir Estado com religião implica a adoção oficial de dogmas incontestáveis, que, ao impor uma moral única, inviabilizam qualquer projeto de sociedade pluralista, justa e democrática. A ordem jurídica em um Estado democrático de Direito não pode se converter na voz exclusiva da moral católica ou da moral de qualquer religião. A interpretação constitucional não pode se impregnar de dogmas religiosos, mas deve primar pelo respeito à principiologia e racionalidade constitucionais, conferindo força normativa à Constituição.”

debate no Congresso Nacional e aprovação por maioria expressiva, a Lei de Biossegurança exige o consentimento dos genitores para a utilização dos embriões para pesquisa, o que demonstra que foi assegurado o direito de cada um decidir conforme suas convicções pessoais.

Na petição inicial da ADI 3.510-0/DF, o então Procurador Geral da República Cláudio Fonteles fundamentou seus argumentos no princípio da dignidade humana e da inviolabilidade ao direito à vida, arrolando opiniões de médicos católicos para dar substancialidade ao fato de que a vida começa com a fecundação. Ele acredita que, desde a fecundação, há vida protegida pela Constituição Federal. Logo, usar células dos embriões seria inconstitucional, já que o embrião seria um nascituro, cujos direitos são preservados por lei.

No mesmo sentido entende o jurista Ives Gandra Martins, que elaborou para a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) um memorial dirigido aos ministros do STF. Para tal professor, do ponto de vista científico, não há como dizer quando começa a vida, mas considera que o zigoto, por evoluir necessariamente para a forma humana, é um ser humano em uma das formas de sua existência. E, para a Constituição, o direito à vida é inviolável. Assim, defende o uso de células-tronco adultas para pesquisas, com base em estudo, divulgado em junho de 2007, no qual pesquisadores do Japão e dos Estados Unidos criaram células-tronco pluripotentes induzidas a partir da pele de camundongos que poderiam ser utilizadas para produzir todos os tipos de tecidos do corpo. Em novembro, duas equipes anunciaram o mesmo feito com células da pele humana.

De outro giro, cientistas que trabalham com pesquisas voltadas para células-tronco adultas defendem a liberação dos estudos com células-tronco embrionárias, como, por exemplo, o coordenador da Unidade de Transplante de Medula Óssea (Utmo) da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (USP), Julio Cesar Voltarelli. Segundo Voltarelli, é falso o argumento de que células-tronco adultas podem fazer tudo o que fazem as embrionárias, asseverando que sem células embrionárias não se consegue nenhum resultado para a maioria das doenças degenerativas, nem para o diabetes melito de longa duração¹⁸.

¹⁸ Disponível em: <<http://www.agencia.fapesp.br/materia/8508/especiais/divisor-de-aguas.htm>>.

Segundo Mayana Zatz¹⁹, pró-reitora de Pesquisa da Universidade de São Paulo (USP) e coordenadora do Centro de Estudos do Genoma Humano da universidade – um dos Centros de Pesquisa, Inovação e Difusão (Cepid) da Fapesp –, a aprovação das pesquisas com células-tronco embrionárias traria investimentos à área, concretizando-se a esperança de cura para doenças neurológicas. Não se podem prometer tratamentos, todavia, pesquisando-se, é possível, ao menos, garantir aos pacientes com doenças graves que se está fazendo todo o viável, tanto quanto o que seria feito em qualquer lugar do mundo.

De acordo com Zatz, dizer que só as células-tronco adultas dão resultados equivale a enganar a população, já que as perspectivas nesse caso também são potenciais, existindo apenas tentativas terapêuticas e não tratamentos de inúmeras doenças com células adultas, como alguns insistem em afirmar.

Como se pode perceber, os defensores da não utilização das células-tronco embrionárias baseiam sua tese na suposta violação do direito à vida e dignidade dos embriões, devido ao fato de a vida ter início com a fecundação, equiparando-se, assim, embrião e pessoa humana. Desse modo, se os embriões estão vivos, viáveis ou não, deveriam ser respeitados como todas as pessoas humanas.

Todavia, segundo o próprio voto vencedor no STF, do Ministro relator Carlos Britto, é a partir do nascimento com vida que surge a pessoa humana, ou seja, as pessoas físicas ou naturais seriam apenas as que sobrevivem ao parto, dotadas do atributo que o Art. 2º do Código Civil denomina personalidade civil, ainda que a lei ponha a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Nesse diapasão, segue o ministro em seu voto, assentando que a Constituição Federal, quando se refere à “dignidade da pessoa humana” (Art. 1º, III), aos “direitos da pessoa humana” (Art. 34, VII, b), ao “livre exercício dos direitos individuais” (Art. 85, III) e aos “direitos e garantias individuais” (Art. 60, § 4º, IV), estaria falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. É dizer, a *Lex Fundamentalis* não faria de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa, ou seja, a inviolabilidade de que trata seu Art. 5º diria respeito exclusivamente a um indivíduo já personalizado. Um pré-embrião,

¹⁹ Zatz (2004. p. 249).

sem desenvolvimento da placa neural e em estágio de apenas oito células não pode ser considerado um ser humano, mas apenas uma expectativa potencial de vida, assim como são os gametas masculinos e femininos isoladamente.

Nada obstante, o relator reconheceu, por outro lado, que o princípio da dignidade da pessoa humana admitiria transbordamento e que, no plano da legislação infraconstitucional, essa transcendência alcançaria a proteção de tudo que se revelasse como o próprio início e continuidade de um processo que desaguasse no indivíduo-pessoa, citando, no ponto, dispositivos da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil), da Lei nº 9.434/97, e do Decreto-lei nº 2.848/40 (Código Penal), que tratam, respectivamente, dos direitos do nascituro, da vedação à gestante de dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo e do ato de não oferecer risco à saúde do feto, e da criminalização do aborto, ressaltando que o bem jurídico a tutelar contra o aborto seria um organismo ou entidade pré-natal sempre no interior do corpo feminino.

Saliente-se que as três teorias explicativas acerca do momento de aquisição da personalidade jurídica²⁰ envolvem o nascituro, é dizer, o embrião estaria fora de tal discussão.

Nascituro é o ser humano já concebido, cujo nascimento é dado como fato certo. Segundo os civilistas, por exemplo, Limongi França²¹, nascituro é o ente concebido, com vida intra-uterina, que ainda não nasceu, é dizer, este ser deverá estar em gestação, que só pode ocorrer no útero da mulher. Desse modo, o embrião resultante da técnica de fertilização *in vitro* e conservado em laboratório não pode ser considerado uma pessoa (já que não nasceu), tampouco nascituro (não houve ainda a transferência para o útero da mãe), não implicando aborto o emprego das células-tronco embrionárias.

Ressalte-se que até o advento da Lei nº 11.105/05, a disciplina legal brasileira vigente, como o Código Civil de 1916 e, posteriormente, o de 2002, só continha dispositivos aplicáveis ao nascituro – ser já concebido em desenvol-

²⁰ Teoria natalista, segundo a qual a personalidade só seria adquirida a partir do nascimento com vida, de maneira que o nascituro teria mera expectativa de direito; teoria da personalidade condicional ou condicionalista, a qual sustenta que o nascituro apenas adquiriria direitos da personalidade (extrapatrimoniais), enquanto os direitos patrimoniais ficariam condicionados ao nascimento com vida, e, por fim, teoria concepcionista, que defende a aquisição da personalidade jurídica pelo nascituro, inclusive para efeitos patrimoniais.

²¹ França, Rubens Limongi, apud Alves (1998, p. 61).

vimento no útero materno. Com a Lei de Biossegurança, passou-se a proteger igualmente o embrião, através de normas limitadoras das pesquisas genéticas.

Nesse diapasão, a extração das células-tronco ocorre antes do início da formação do sistema nervoso – quando o embrião é apenas um conjunto de células ainda não diferenciadas –, antes da nidação – fixação do embrião no útero –, antes de qualquer viabilidade de vida extra-uterina e antes que se possa considerá-lo um ser individualizado.

Nessa fase, para muitos cientistas, nenhuma pessoa está envolvida; é dizer, não haveria ninguém sendo desrespeitado em sua autonomia. O princípio da não-maleficência, de igual modo, não coíbe essa prática.

A equiparação do embrião a um ser humano, em sua totalidade corporal e espiritual, já não era compatível com o direito brasileiro antes mesmo da Lei de Biossegurança. A Lei nº 9.434/97 (dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante), por exemplo, apenas autoriza a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano após o diagnóstico de morte encefálica, momento a partir do qual cessa a atividade nervosa.

Nesse diapasão, parece lógico que, se a vida humana se extingue, para a legislação vigente, quando o sistema nervoso pára de funcionar, o início da vida só poderia se dar quando este se formasse, ou, pelo menos, começasse a se formar. E isso ocorre por volta do 14º dia após a fecundação, com a formação da placa neural. Tal entendimento também foi adotado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão.

Ademais, é necessário ter coerência em relação ao marco legal a ser adotado para estabelecer o início da vida, assim como foi feito em relação à morte. Se os próprios opositores da utilização de células-tronco embrionárias, como a Igreja, consentem na doação de órgãos quando um indivíduo tem morte cerebral, é possível afirmar que se está reconhecendo que a vida está relacionada à função cerebral. Seria mais lógico admitir que esse é o ponto inicial da vida e não a formação do zigoto.

Esse também foi o entendimento esposado na ADI 3.510, em que se considerou que, se à lei ordinária seria permitido fazer coincidir a morte encefálica com a cessação da vida de uma certa pessoa humana, a justificar a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo ainda fisicamente pulsante para fins de transplante, pesquisa e tratamento (Lei nº 9.434/97), e se o embrião humano de que trata o Art. 5º da Lei da Biossegurança é um ente absolutamente

incapaz de qualquer resquíio de vida encefálica, a afirmação de incompatibilidade do último diploma legal com a Constituição haveria de ser afastada.

Dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana, epicentro de nosso ordenamento jurídico, não é novo e também não é uma obra do ordenamento jurídico puramente. Contudo, isso não impede a tentativa de construir um conceito jurídico que, segundo o professor Daniel Sarmento, seria um sobre-princípio, diretor de todos os direitos fundamentais.

O Direito existe como criação do homem. É emanção do pensar e do viver em uma sociedade, é o bem maior a ser tutelado pelo Direito. Tendo o ser humano como parâmetro, o Direito destina-se a garantir e assegurar proteção a determinados bens jurídicos sem os quais não pode existir na condição de homem livre, tais como a vida, a liberdade, a integridade física e mental, a saúde e a honra.

A par desses direitos vitais, outros lhes são adjacentes e não menos importantes para efeito de tutela legal, como a propriedade, a cidadania, o direito à intimidade, a liberdade de expressão, o direito ao trabalho e aos seus frutos, que surgem no cenário do Direito como parcelas de um princípio maior, que é a dignidade da pessoa humana.

Ao examinar o texto da Constituição Brasileira de 1988, identificamos com clareza no artigo 1º, inciso III, a estipulação da dignidade da pessoa humana como um preceito fundamental, que deve contar com toda a proteção assegurada pela própria Constituição, que permite sejam coibidas todas as ações que resultem em seu descumprimento.

Para tanto, o Constituinte previu, no artigo 102, § 1º, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, ampliando as opções de exercício do controle da constitucionalidade, ao lado das já tradicionais medidas constitucionais protetivas dos direitos fundamentais²².

Carlyle Popp, afirmando que o Direito não tem assistido incólume às mutações sofridas pela sociedade, seja em seus aspectos sociais, econômicos, políticos e religiosos, identifica a necessidade de, em certos momentos, reinterpretar o sistema constitucional em favor do homem, que passa a ser o maior

²² Sobre a arguição referida, ver Prestes (2001).

beneficiado com tal reanálise, posto que é o protagonista de toda a vivência social, voltando a ser o centro de todas as atenções, corolário de “uma clara interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana e de sua aplicação às demais searas do Direito Civil”²³. Nas palavras do autor:

Na verdade, o respeito ao ser humano – o personalismo ético e a dignidade – não é mola mestra somente do Direito Civil, mas sim do ordenamento como um todo, sobretudo a partir da Segunda Guerra Mundial, quando diversos países, sobretudo os europeus, inseriram em suas Cartas Magnas tal preocupação.

Na Constituição brasileira vigente a dignidade da pessoa humana foi erigida ao status de princípio fundamental, conforme resta claro o disposto no Art. 1º, inc. III²⁴.

Dignidade da pessoa humana, enquanto princípio constitucional, põe em evidência o ser humano, intrinsecamente considerado, para o qual deve convergir todo o esforço de proteção pelo Estado, através de seu ordenamento positivo. Essa dignidade deve revelar o conteúdo finalístico da atuação estatal.

Como noção moral e filosófica, inerente a todos os homens, a dignidade seria uma maneira de proteger o homem em *lato sensu*, independentemente de credo, raça, ou ordenamento jurídico, sendo sua função prima promover a dignidade natural do homem.

Torna-se garantia em todos os momentos nos quais se exige sua complementação. É anterior à categoria dos direitos e garantias fundamentais justamente por orientar todos eles. Assim, desde o direito à vida, outros direitos podem se espelhar na vida com dignidade, valendo o mesmo para a saúde pública e o corpo humano.

Significa que todas as normas jurídicas sejam tomadas como condutoras da dignidade humana, e, por via inversa, permite negar constitucionalidade a normas, decisões e atos jurídicos que a neguem. Isso também se revela na responsabilidade pessoal de profissionais que lidam com a vida e o corpo humano.

Por considerações de natureza histórica, o princípio é aberto, o que não permite qualquer conceituação ou fixação de conteúdo separado do processo

²³ Popp (1999, p. 152).

²⁴ Ibid., p. 167.

histórico. Considerando os múltiplos tipos de valores de uma sociedade hiper-complexa, difícil é encontrar um conteúdo único para o princípio da dignidade da pessoa humana. A ponderação permite, caso a caso, esse debate.

Tomada como bússola essa categoria de dogma, a resolução de questões passa pelo crivo de três dimensões dogmáticas que compreendem: a dimensão normativa, a analítica, e as constatações empíricas das decisões do Supremo Tribunal Federal.

A dimensão normativa da dogmática permitirá que se utilizem pré-compreensões, de entendimentos culturais diversos, todos eles utilizáveis como topo no processo de concretização do princípio.

Corroborando as linhas escritas *supra*, Jorge Miranda sistematiza as diretrizes básicas do princípio da dignidade da pessoa humana, na seguinte enumeração:

1) A dignidade da pessoa humana reporta-se a todos de maneira individual e concreta; [...] 3) a dignidade é da pessoa de forma *lato sensu* não importa o sexo homem ou mulher; 4) cada pessoa vive em relação comunitária, o que implica o reconhecimento por cada pessoa igual dignidade das demais pessoas; 5) o primado da pessoa é o de ser e não o de ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade; 6) Só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida; 7) A proteção à dignidade das pessoas está além da cidadania europeia e postula uma visão universalista da atribuição em direitos; 8) a dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.²⁵

Dignidade do casal

A lei em questão se refere a embriões derivados de uma fertilização artificial, obtida fora da relação sexual.

O relator da ADI 3.510, Min. Carlos Britto, afirmou que haveria base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluísse a fertilização *in vitro*, já que os artigos 226 e seguintes

²⁵ Miranda (1999, p. 475).

da Constituição Federal disporiam que o homem e a mulher são as células formadoras da família. Diante de tal conjunto normativo, seria possível estabelecer a figura do planejamento familiar, fruto da livre decisão do casal e fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (Art. 226, § 7º).

Desse modo, inexistente o dever jurídico desse casal de aproveitar todos os embriões eventualmente formados que se revelassem geneticamente viáveis, porque não imposto por lei (CF, Art. 5º, II) e incompatível com o próprio planejamento familiar.

Direito fundamental à saúde

Imperioso é refletir sobre a qualidade de vida, em que as necessidades básicas devem ser satisfeitas. Essa idéia parece derivar do princípio da justiça.

Já a eliminação da dor causada pela não satisfação dessas necessidades possui implicações para a bioética, derivando dos princípios da não-maleficência e da beneficência.

O princípio do respeito à autonomia exige que a escolha da forma de viver é prerrogativa de cada pessoa, ou seja, a reflexão acerca da qualidade de vida não pode se restringir às necessidades básicas, mas deve ir além: nos projetos de vida individuais. Não basta viver; é preciso viver bem.

Nesse contexto é que se ratifica o direito à saúde como um direito fundamental, que será respeitado e concretizado com o desenvolvimento das pesquisas com células-tronco embrionárias. Senão vejamos.

Considerando-se que se vive em um Estado Social e Democrático de Direito e que o Estado tem a função de dar garantia e eficácia a certos direitos aos cidadãos, os direitos fundamentais revelam-se, já no próprio sentido da palavra, basilares, isto é, pressuposto para a vida de qualquer ser humano, sem o qual a dignidade humana se tornaria inviável.

A declaração de direitos contida na Constituição Brasileira de 1988 é a mais abrangente de todas as anteriores, eis que, não obstante consagrar os “direitos e deveres individuais e coletivos”, possui um capítulo para definir os direitos sociais. Cumpre lembrar que tal categoria de direitos só foi reconhecida no século XX como direitos de segunda geração (os de primeira são os direitos de liberdade), frutos de movimentos revolucionários contra as precárias condições sociais vividas.

Na segunda metade do século XX, surgem os direitos de terceira e quarta geração, que têm em perspectiva a própria sociedade de forma indeterminada e o indivíduo como cidadão. São os chamados direitos difusos e coletivos e os direitos da participação democrática, ou seja, os direitos políticos²⁶.

Por estar entre os direitos fundamentais sociais ou prestacionais, o direito à saúde, expressamente previsto, por exemplo, nos Arts. 6º, *caput*, e 196 da Magna Carta Brasileira de 1988, configura-se como um dos elementos que marcam a passagem do constitucionalismo liberal para o social, impondo ao Estado uma atuação mais positiva, de modo a efetivamente prestá-lo e garantir sua eficácia.

A saúde, como premissa básica no exercício da cidadania do ser humano, constitui-se de extrema relevância para a sociedade, pois diz respeito à qualidade de vida, escopo de todo cidadão, no exercício de seus direitos. Isso posto, na esfera jurídica, o direito à saúde se consubstancia como forma indispensável no âmbito dos direitos fundamentais sociais. E ainda, por sua inequívoca relevância sob o aspecto de garantia do próprio direito à vida, poder-se-á ter certo que o direito à saúde, ainda que não se tivesse reconhecido expressamente pelo Constituinte, assumiria a feição de direito fundamental não-escrito, implícito²⁷.

²⁶ Importa salientar que, para parte da doutrina, os direitos de 4ª geração seriam os decorrentes dos avanços tecnológicos, como por exemplo, os relativos à bioética, ao biodireito e ao desenvolvimento tecnológico. Nesse sentido, em outubro de 2005, a Conferência Geral da Unesco adotou por aclamação a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Pela primeira vez na história da bioética, os Estados-membros e a comunidade internacional comprometeram-se a respeitar e aplicar os princípios fundamentais da bioética condensados num texto único. Ao tratar das questões éticas suscitadas pela medicina, ciências da vida e tecnologias associadas na sua aplicação aos seres humanos, a Declaração, tal como o seu título indica, incorpora os princípios que enuncia nas regras que norteiam o respeito pela dignidade humana, pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. Ao consagrar a bioética entre os direitos humanos internacionais e ao garantir o respeito pela vida dos seres humanos, a Declaração reconhece a interligação que existe entre ética e direitos humanos no domínio específico da bioética. Conjuntamente com a Declaração, a Conferência Geral da Unesco adotou uma resolução em que apela a todos os Estados-membros para que desenvolvam todos os esforços no sentido da efetiva aplicação dos princípios enunciados na Declaração (Unesco, 2008).

²⁷ Sarlet (2001, p. 302).

A idéia geral difundida pelos constitucionalistas consiste em um princípio de maximização da saúde da população mediante ações que promovem, protegem e recuperam os habitantes de uma determinada localidade das doenças e enfermidades que os afetam.

Visto o direito à saúde pelo prisma individual, o mesmo se consubstancia em um direito público subjetivo, na medida em que qualquer pessoa tem direito à sua integridade física e psíquica como corolário do seu direito de personalidade. Nesse caso, dispõe de ação e pode exercer pretensão objetivando a abstenção de comportamento de terceiros que venham a pôr em risco sua saúde e exigindo do Estado atuação positiva para sua eficácia e garantia.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet:

Cumpra relembrar, mais uma vez, que a denegação dos serviços essenciais de saúde acaba por se equiparar à aplicação de uma pena de morte, sem crime, sem qualquer processo e, na maioria das vezes, sem possibilidade de defesa, isto sem falar na virtual ausência de responsabilização dos algozes, abrigados pelo anonimato dos poderes públicos. O que se pretende realçar, por ora, é que, principalmente no caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça.²⁸

A Organização Mundial da Saúde (OMS) define saúde não apenas como a ausência de doença, mas como a situação de perfeito bem-estar físico, mental e social²⁹, ou seja, é o bem-estar físico, mental e social que possibilita ao ser humano desenvolver normalmente suas atividades orgânicas e integrar-se à sociedade. Tal estado de equilíbrio deve ser mantido com o uso de preceitos higiênicos, referentes aos cuidados e cautelas tomadas com as funções orgânicas e com medidas de ordem preventiva.

²⁸ Ibid., p. 303.

²⁹ Organização Mundial de Saúde (2008).

Diante desse contexto, estão inseridas as pesquisas com células-tronco embrionárias, que, longe de ferirem o direito à vida (posto que, como visto, no estágio em que se utilizam tais células sequer há vida), em verdade, o promovem através da concretização do direito fundamental à saúde, já que podem viabilizar a cura de inúmeras doenças, como já visto.

Segundo Cláudia Maria Crespo Brauner³⁰, a maior preocupação mundial é a questão da saúde e da qualidade de vida do homem. Se a pesquisa genética avançou de forma incomparável nesses últimos anos é, exatamente, porque objetiva encontrar soluções para pôr um fim a um número impressionante de doenças hereditárias raras e de doenças comuns e avassaladoras como diabetes, doenças cardiovasculares, doenças neuropsiquiátricas, câncer e Aids. Por isso, quando da aprovação da Lei nº 11.105/2005, houve grande comoção tanto no meio científico, como na sociedade.

Portanto, o avanço da ciência não pode ser contido por simples tabus ou preconceitos, tendo em vista os grandes interesses sociais envolvidos, devendo-se, no entanto, estar sempre atento aos princípios bioéticos norteadores de todos os procedimentos científicos e médicos – a autonomia, a beneficência, a não-maleficência e a equidade.

Examinando o direito à saúde em seus aspectos sociais, é possível perceber que se privilegia a igualdade, na medida em que a garantia de oferta de cuidados de saúde do mesmo nível a todos os que deles necessitam responde a tal exigência. As limitações aos comportamentos humanos são postas exatamente para que todos possam usufruir igualmente as vantagens da vida em sociedade, sendo essa a razão das normas que obrigam à vacinação, à notificação, ao tratamento, e mesmo ao isolamento de certas doenças, à destruição de alimentos deteriorados e, também, ao controle do meio ambiente, das condições de trabalho.

Não se pode olvidar, por derradeiro, que a saúde também é direito difuso, apresentando uma faceta política. Com efeito, a comunidade como um todo é titular de direito a comportamentos positivos e negativos em relação a particulares e ao próprio Estado. A gestão da saúde, por seu turno, deve ser democrática, é dizer, também condensa direito político de participação democrática.

³⁰ Brauner (2003a, p. 35).

Direito à atividade científica

O direito à liberdade científica e ao progresso científico estão previstos constitucionalmente nos artigos 5º, IX, 218 e 219. Segundo Norberto Bobbio, o direito à liberdade científica “consiste, não no direito a professar qualquer verdade científica ou de não professar nenhuma, mas essencialmente no direito a não sofrer empecilhos no processo da investigação científica.”³¹

Por certo, a liberdade para pesquisar é essencial para o desenvolvimento da ciência, devendo-se a ela se agregarem deveres e não apenas direitos. Do respeito à dignidade e à liberdade do homem decorre a garantia da independência científica. Sem dúvida, a ciência é livre para pesquisar, todavia, não pode se olvidar de sempre respeitar, promover e nunca prejudicar a vida.

Como importante contribuição ao desempenho dessa missão, foi adotada pela Assembléia Geral da Unesco, em outubro de 2005, a “Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos”, com cada um dos países signatários assumindo o compromisso de divulgar seu conteúdo e pugnar pela busca de soluções que conciliem desenvolvimento tecnológico e respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais. A Carta, documento que bem representa o estado atual da ciência e o estágio da civilização demonstra preocupação, nesse sentido, não apenas com a vida.

No Brasil, as limitações à atividade científica situam-se no próprio texto constitucional de 1988 (Arts. 1º, III, referente à dignidade da pessoa humana; 3º, IV, que veda qualquer tipo de discriminação; 5º, *caput* e inciso X, que consagra o direito à vida e à inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem; e 225, *caput* e parágrafo 1º, inciso II, assegurando a todos um meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, devendo o Poder Público preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético).

No que toca ao progresso científico, o *caput* do artigo 218 da Constituição estabelece que o Estado deve promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

O mesmo dispositivo, agora em seu § 1º, defende que o avanço da ciência será feito em benefício do interesse do bem público e do progresso das ciências,

³¹ Bobbio (1992, p. 19).

ou seja, a pesquisa com as células-tronco extraídas de embriões humanos encontra-se em perfeita harmonia com tal preceito.

Note-se que o artigo 200, V, inclui um dever específico do Estado em propiciar o desenvolvimento científico na área de saúde. Inafastável a constatação de uma ligação umbilical entre direito à saúde e liberdade de investigação científica. Assim, não se verifica suficiente que a lei atenda às finalidades genéricas do interesse nacional e do bem público; a Constituição não pretende estimular o desenvolvimento tecnológico em si, ou o dos outros povos mais favorecidos. Essa Carta de direitos busca, ao revés, ressaltar as necessidades e propósitos nacionais, em um âmbito indispensável à sobrevivência de seu povo.

Segundo o professor Waldemiro Gremski – Coordenador do Laboratório de Engenharia e Transplante Celular da PUC-PR e membro da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) –, a aprovação da lei foi um avanço do ponto de vista científico, visto que torna possível a pesquisa buscando a cura para outras pessoas:

Ninguém está afirmando que o embrião não é vida, assim como nenhum de nós, cientistas católicos, quer produzir embriões para pesquisa. Mas por que não utilizar, com a devida autorização dos genitores, essas células que se encontram nas clínicas de fertilização, congeladas há mais de três anos, conforme determina a lei. Queremos o uso de embriões, que já existem e fatalmente serão descartados, para a cura de outros seres.³²

O direito ao desenvolvimento, ao mesmo tempo que é um direito individual, inerente a todo ser humano, também perfaz um direito de todos. Direito este a ser observado e concretizado pelo Estado, assim como ocorreu ao se aprovar a Lei nº 11.105/2005 e se decidir por sua constitucionalidade.

Como bem enfatiza Fátima Oliveira, é fundamental que se desperte na hodierna sociedade uma consciência bioética, garantidora de sua verdadeira autonomia. O avanço científico, quando planejado e discutido democraticamente na sociedade; quando tem seus objetivos e suas conseqüências esclarecidos; quando é avaliada a supremacia dos seus benefícios sobre os riscos e custos, tem significado ético aceitável e é condizente com o avanço da cidadania³³.

³² Uma discussão a favor da vida (2005).

³³ Oliveira, Fátima (1995. p. 78).

Não se pode ignorar o fato de que os avanços proporcionados pela biotecnologia colaboraram e permanecem colaborando muito para qualidade de vida da humanidade, contribuindo essencialmente para tal qualidade a saúde.

Nesse sentido, votou o Ministro relator da ADI 3.510, Carlos Britto, frisando que o § 4º do Art. 199 da CRFB/88³⁴ faria parte, não por acaso, da seção normativa dedicada à saúde, direito de todos e dever do Estado (Art. 196, já ressaltado anteriormente) e que a mesma seria garantida por meio de ações e serviços qualificados como de relevância pública, demonstrando, portanto, o mais venturoso dos encontros entre esse direito à saúde e a própria Ciência (CRFB/88, Art. 5º, IX).

ATUAÇÃO DO STF, LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO

A Constitucionalização do Direito e a ascensão política e institucional do Poder Judiciário deram origem à chamada judicialização de questões políticas e sociais, isto é, no Brasil contemporâneo, tais matérias acabaram sendo alçadas à decisão final do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido e no contexto pós-positivista, discute-se até que ponto as decisões de tal Corte Constitucional seriam legítimas, na medida em que seriam as últimas palavras proferidas por membros não eleitos pelo povo.

Destarte, passa-se à análise de semelhante problemática diante da questão relativa às pesquisas com células-tronco embrionárias, de modo que, se o Guardião da Constituição optasse por declarar o Art. 5º da Lei de Biossegurança inconstitucional, acabaria por reforçar seu papel contra-majoritário, atuando de modo análogo a um legislador que fere o princípio da vedação ao retrocesso social.

Neoconstitucionalismo

O direito constitucional moderno vem passando por transformações paradigmáticas, diante, em especial, do declínio do positivismo jurídico. Novos

³⁴ “A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.”

elementos de hermenêutica são incorporados na interpretação constitucional, de modo a reaproximar o Direito da ética. No neoconstitucionalismo, a efetividade dos princípios constitucionais – tidos como verdadeiras normas jurídicas – vem sendo consolidada mediante a harmonização entre o texto da lei e o sentimento constitucional da distribuição de justiça. Como assevera o brilhante constitucionalista Luís Roberto Barroso:

A dogmática jurídica brasileira sofreu, nos últimos anos, o impacto de um conjunto novo e denso de idéias identificadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo ou principialismo. Trata-se de um esforço de superação do legalismo estrito, característico do positivismo normativista, sem recorrer às categorias metafísicas do jusnaturalismo. Nele se incluem a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sob a idéia de dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se a reaproximação entre o Direito e a Ética.³⁵

Desse modo, como se pode notar, o direito constitucional, no mundo em geral e no Brasil em particular, vive um momento de virtuosa ascensão teórica e institucional. O reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática pós-positivista de interpretação constitucional, com o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, realocaram a Constituição para o centro do sistema jurídico.

A Lei Maior passou a desfrutar não apenas da supremacia formal que sempre teve mas também, e sobretudo, de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura de suas normas e pela normatividade dos princípios. Com o fenômeno da constitucionalização dos direitos, as leis infraconstitucionais e os Códigos deixaram de estar no centro do sistema jurídico, dando lugar às normas constitucionais que contemplam direitos e garantias fundamentais.

Assim sendo, a análise constitucional é imprescindível para a compreensão das pesquisas com células-tronco embrionárias no ordenamento jurídico

³⁵ Barroso, Luis Roberto, apud Barcellos (2005, Prefácio).

brasileiro, já que, com o neoconstitucionalismo criando uma nova percepção da Constituição e de sua função na interpretação jurídica, tem-se que tal norma fundamental fixa os vetores interpretativos da ordem jurídica. A análise constitucional em relação às pesquisas com células-tronco embrionárias é necessária, não só pelo fato de se ter questionado a constitucionalidade das referidas pesquisas por meio da Adin nº 3.510/2005, mas notavelmente porque toda e qualquer análise deve partir da Constituição; é ela o parâmetro a ser seguido, é a partir da sua análise que toda legislação deve ser interpretada.

Destarte, conforme análise *supra*, a Lei nº 11.105/05 encontra-se em plena compatibilidade com a Magna Carta, buscando efetivar direitos e garantias previstos em nossa denominada “Constituição cidadã” de 1988, além de comprovar a reaproximação entre Direito e ética promovida com o neoconstitucionalismo, ao respeitar valores consagrados por ambos.

Por fim, é válido transcrever o pensamento de Elida Séguin:

O Operador do Direito apenas conseguirá libertar-se do emaranhado de impasses jurídicos levantados pela Biotecnologia e assumir sua obrigação de ordenar a sociedade com o auxílio do Biodireito se abandonar a arcaica concepção civilista-positivista e quando perceber que o papel do Direito não é de pugnar pela sua “pureza” e tradição, mas sim de aceitar o seu papel de “arte do bom e do justo” só viável se aliado de uma visão de mundo que assuma a necessidade da interdisciplinaridade.³⁶

Jurisdição constitucional

A jurisdição constitucional envolve a interpretação e aplicação da Constituição, possuindo como uma de suas manifestações o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. É conhecido o debate nos EUA acerca da legitimidade do desempenho pela corte constitucional de um papel referido como contramajoritário. É dizer, seus membros, que não são eleitos pelo povo, têm o poder de afastar ou conformar leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular.

³⁶ Séguin (2001. p. 54).

Surgiram, assim, duas linhas de justificação de tal papel, quais sejam, a de que, em sendo a Constituição a expressão maior da vontade popular, deve a mesma prevalecer sobre as leis, competindo ao Poder Judiciário afirmar tal supremacia ao negar validade às leis que sejam a ela contrárias. E a própria Constituição de 1988 prevê expressamente a competência do STF para tal controle. O outro fundamento repousa no fato de se buscar preservar as condições necessárias ao funcionamento de um Estado Democrático, ou seja, cabe ao juiz constitucional a garantia de valores e a observância de procedimentos adequados à participação e deliberação.

O papel do Poder Judiciário deve ser o de respeitar e proteger a democracia e promover os valores constitucionais, superando, quando for o caso, o *deficit* de legitimidade dos demais Poderes. Não pode a corte constitucional se desvirtuar de sua louvável atribuição, atuando no exercício de preferências políticas travestido de uma falsa legitimidade democrática.

Segundo Humberto Ávila:

Em qualquer caso – e este é o ponto decisivo – caberá ao Poder Judiciário verificar se o legislador fez uma avaliação objetiva e sustentável do material fático e técnico disponível, se esgotou as fontes de conhecimento para prever os efeitos da regra de modo mais seguro possível e se se orientou pelo estágio atual do conhecimento da experiência. Se tudo isso foi feito – mas só nesse caso – a decisão tomada pelo Poder Legislativo é justificável (*vertretbar*) e impede que o Poder Judiciário simplesmente substitua a sua avaliação.³⁷

A suprema corte atua como intérprete da razão pública, impondo o respeito aos consensos mínimos consubstanciados na Lei Maior, mas respeitando a deliberação política majoritária legítima. A Constituição, como afirma Luís Roberto Barroso³⁸, não pode, não deve, nem tem a pretensão de suprimir tal deliberação. E foi honrando-a que atuou o STF, ao analisar a constitucionalidade do Art. 5º da Lei de Biossegurança, já que respeitou a votação expressiva do Congresso Nacional (85% dos parlamentares presentes votaram favora-

³⁷ Ávila (2007, p. 175).

³⁸ Barroso (2007, p. 181).

velmente à lei na Câmara dos Deputados, e no Senado Federal foram 53 votos favoráveis contra 2) e os amplos debates em torno da matéria.

Nesse diapasão, o guardião da Constituição referendou a observância do pluralismo político, eis que, expressando a vontade política majoritária da sociedade (como já visto, a matéria – polêmica – demanda desacordo moral, haja vista envolver questões de fé, filosofia, moral, religião, enfim, convicções pessoais), regulou o tema de modo a respeitar a autonomia de cada um, ao exigir o prévio consentimento dos genitores para a realização da pesquisas com células-tronco embrionárias.

Novamente, de acordo com Humberto Ávila³⁹, o princípio democrático só será realizado se o Poder Legislativo escolher premissas concretas que levem à realização dos direitos fundamentais e das finalidades estatais, o que, de fato, ocorreu no caso em tela.

Como é possível perceber, o STF possui o papel de legislador negativo, não devendo atuar de modo a criar leis, mas sim, a integrá-las de acordo com os valores constitucionais.

Nesse contexto, convém trazer aqui os votos dos Ministros do STF, por ocasião do julgamento da ADI 3.510.

O Min. Eros Grau estabeleceu, em termos aditivos ao do voto do relator, os seguintes requisitos a serem atendidos na aplicação dos preceitos: 1) a pesquisa e a terapia mencionadas no *caput* do Art. 5º serão empreendidas unicamente se previamente autorizadas por comitê de ética e pesquisa do Ministério da Saúde (não apenas das próprias instituições de pesquisa e serviços de saúde, como disposto no § 2º do Art. 5º); 2) a fertilização *in vitro* referida no *caput* do Art. 5º corresponde à terapia da infertilidade humana adotada exclusivamente para fim de reprodução humana, em qualquer caso proibida a seleção genética, admitindo-se a fertilização de um número máximo de 4 óvulos por ciclo e a transferência, para o útero da paciente, de um número máximo de 4 óvulos fecundados por ciclo; a redução e o descarte de óvulos fecundados são vedados; 3) a obtenção de células-tronco a partir de óvulos fecundados – ou embriões humanos produzidos por fertilização, na dicção do Art. 5º, *caput* – será admitida somente quando dela não decorrer a sua destruição, salvo quando se trate de óvulos fecundados inviáveis, assim considerados exclusivamente aqueles cujo desenvolvimento tenha cessado por ausência não induzida de

³⁹ Ávila (2007, p. 175).

divisão após período superior a 24 horas; nessa hipótese poderá ser praticado qualquer método de extração de células-tronco.

Já o Min. Cezar Peluso julgou improcedente o pedido, ressaltando, porém, que dava interpretação conforme à Constituição aos artigos relativos aos embriões na legislação impugnada, para os fins que declarou. No que se refere à inteligência das expressões “para fins de pesquisa e terapia” e “pesquisa ou terapia” contidas no Art. 5º, *caput* e § 2º, afirmou que a autorização exclusiva de uso de células-tronco embrionárias em pesquisas deveria ser para fins exclusivamente terapêuticos. Quanto à necessidade de acentuar a responsabilização penal dos membros dos Comitês de Ética em Pesquisa (CEPs) e dos da própria Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep/MS), asseverou que os mesmos haveriam de se submeter ao tipo penal do Art. 319, do CP, sem prejuízo de incorrerem nas penas dos delitos previstos nos artigos 24, 25 e 26 da Lei nº 11.105/2005 por omissão imprópria quando dolosamente deixassem de agir de acordo com tais deveres regulamentares. Ainda, a título de advertência ou recomendação, considerou imprescindível que o Parlamento logo transformasse o descumprimento desses graves deveres em tipos penais autônomos com cominação de penas severas. Por fim, reputou indispensável submeter as atividades de pesquisas ao crivo reforçado de outros órgãos de controle e fiscalização estatal.

O Min. Menezes Direito propôs o que se segue: 1) no *caput* do Art. 5º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, dando interpretação conforme a Constituição, para que seja entendido que as células-tronco embrionárias sejam obtidas sem a destruição do embrião e as pesquisas, devidamente aprovadas e fiscalizadas pelo órgão federal, com a participação de especialistas de diversas áreas do conhecimento, entendendo-se as expressões “pesquisa” e “terapia” como pesquisa básica voltada para o estudo dos processos de diferenciação celular e pesquisas com fins terapêuticos; 2) também no *caput* do Art. 5º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que a fertilização *in vitro* seja entendida como modalidade terapêutica para cura da infertilidade do casal, devendo ser empregada para fins reprodutivos, na ausência de outras técnicas, proibidas a seleção de sexo ou características genéticas; realizada a fertilização de um máximo de 4 óvulos por ciclo e igual limite na transferência, com proibição de redução embrionária, vedado o descarte de embriões, independentemente de sua viabilidade, morfologia ou qualquer outro critério de classificação, tudo devida-

mente submetido ao controle e fiscalização do órgão federal; 3) no inciso I, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que a expressão “embriões inviáveis” seja considerada referente àqueles insubsistentes por si mesmos, assim os que comprovadamente, de acordo com as normas técnicas estabelecidas pelo órgão federal, com a participação de especialistas em diversas áreas do conhecimento, tiveram seu desenvolvimento interrompido, por ausência espontânea de clivagem, após período, no mínimo, superior a 24 horas, não havendo, com relação a estes, restrição quanto ao método de obtenção das células-tronco; 4) no inciso II, declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que sejam considerados embriões congelados há 3 anos ou mais, na data da publicação da Lei nº 11.105/2005, ou que, já congelados na data da publicação dessa lei, depois de completarem 3 anos de congelamento, dos quais, com o consentimento informado, prévio e expresso dos genitores, por escrito, somente poderão ser retiradas células-tronco por meio que não cause sua destruição; 5) no § 1º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que seja entendido que o consentimento é um consentimento informado, prévio e expresso por escrito pelos genitores; 6) no § 2º, declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que seja entendido que as instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa com terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter, previamente, seus projetos também à aprovação do órgão federal, sendo considerada crime a autorização da utilização de embriões em desacordo com o que estabelece esta decisão, incluídos como autores os responsáveis pela autorização e fiscalização. Por fim, conferiu à decisão efeitos a partir da data do julgamento final da ação, a fim de preservar resultados e pesquisas com células-tronco embrionárias já obtidas por pesquisadores brasileiros.

O Min. Ricardo Lewandowski julgou procedente, em parte, o pleito para, sem redução de texto, conferir a seguinte interpretação aos dispositivos discriminados, com exclusão de qualquer outra: 1) Art. 5º, *caput*: as pesquisas com células-tronco embrionárias somente poderão recair sobre embriões humanos inviáveis ou congelados logo após o início do processo de clivagem celular, sobejantes de fertilizações *in vitro* realizadas com o fim único de produzir o número de zigotos estritamente necessário para a reprodução assistida de mulheres inférteis; 2) inciso I do Art. 5º: o conceito de “inviável” compreende apenas os embriões que tiverem o seu desenvolvimento interrompido por

ausência espontânea de clivagem após período superior a 24 horas contados da fertilização dos oócitos; 3) inciso II do Art. 5º: as pesquisas com embriões humanos congelados são admitidas desde que não sejam destruídos nem tenham o seu potencial de desenvolvimento comprometido; 4) § 1º do Art. 5º: a realização de pesquisas com as células-tronco embrionárias exige o consentimento “livre e informado” dos genitores, formalmente exteriorizado; 5) § 2º do Art. 5º: os projetos de experimentação com embriões humanos, além de aprovados pelos comitês de ética das instituições de pesquisa e serviços de saúde por eles responsáveis, devem ser submetidos à prévia autorização e permanente fiscalização dos órgãos públicos mencionados na lei impugnada.

Por fim, o Min. Gilmar Mendes, Presidente, julgou improcedente a ação, para declarar a constitucionalidade do Art. 5º, seus incisos e parágrafos, da Lei nº 11.105/2005, desde que seja interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à prévia autorização e aprovação por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde.

No entanto, o voto prevalecente foi o do relator Ministro Carlos Britto, já exposto ao longo do presente trabalho.

Princípio da vedação ao retrocesso

A vedação ao retrocesso (*cliquet*, do direito francês) se liga à tese da Constituição Dirigente, que pode ser definida, segundo Fábio Corrêa de Souza Oliveira, como aquela que:

enuncia programas, motivos, meios e fins, vinculando a atuação do Estado, através de pautas formais e materiais, que sujeitam negativa e positivamente a conduta de cada um dos três Poderes, coordenando uma ação estatal ativa no domínio jurídico, social, político, econômico e cultural, com fundamento na implantação dos direitos fundamentais, considerados em unidade, bem como conforma, conquanto em outra medida, grau e qualidade, os cidadãos, a sociedade. Compreende-se a diretividade como identificadora do projeto sócio-estatal basilar.⁴⁰

⁴⁰ Oliveira, Fábio (2007).

Enxerga-se na Constituição de 1988 claro incentivo no sentido da progressiva ampliação dos direitos fundamentais sociais, com objetivo de atingir uma paulatina redução das desigualdades regionais e sociais e construção de uma sociedade marcada pela solidariedade e pela justiça social. Desse modo, o caráter dirigente de nossa Constituição Democrática sinaliza para o desenvolvimento permanente do grau de concretização dos direitos sociais nela previstos e para sua máxima efetividade (Art. 5º, § 1º), fazendo que se possa afirmar que a Magna Carta ordena ao legislador que não retroceda na densificação das normas constitucionais que definem tais direitos sociais.

Assim, se o legislador infraconstitucional os concretizou, os mesmos passariam a integrar o denominado “bloco de constitucionalidade”, ou seja, uma lei nova não poderia desfazer o grau de efeitos da norma constitucional já alcançado através de lei anterior⁴¹.

Há quem extraia o princípio do não retrocesso do Art. 1º e do Art. 3º, III, da Constituição de 1988, entendendo-o como decorrente do princípio democrático e relacionado com os fins constitucionais de redução das desigualdades sociais.

Outros defendem que a vedação ao retrocesso possui fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, CR), da segurança jurídica (Art. 5º, *caput* e XXXVI, CR) e da máxima efetividade (Art. 5º, § 1º, CR).

Observe-se que há, ainda, concepção no sentido de relacionar a prestação estatal com o mínimo existencial, hoje compreendido como sendo núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, expressamente previsto na Constituição brasileira e também na alemã. Assim, seria dispensável ter que se socorrer ao princípio da proibição de retrocesso, tendo em vista que outra norma constitucional já imporia tal dever de assegurar as posições jurídico-subjetivas fundadas em prestações estatais necessárias à subsistência dos indivíduos. Por conseguinte, o princípio em tela haveria de concentrar sua incidência para além do mínimo existencial, com intuito de impedir o retorno na concretização dos direitos sociais que não façam parte desse leque de prestações mínimas indispensáveis à sobrevivência do ser humano.

De qualquer sorte, a vedação ao retrocesso possui o escopo de limitar ou impedir (dependendo do entendimento acerca da extensão desse princípio) que os direitos fundamentais ou os sociais conquistados por uma sociedade

⁴¹ Silva (2003).

sofram restrição. E, por óbvio, o direito fundamental à saúde (direito social e fundamental), corolário do próprio direito à vida digna, encontra-se amparado por essa teoria, seja ela em seu sentido amplo (direitos fundamentais) ou estrito (direitos sociais). Igualmente possuem tal proteção o direito fundamental à liberdade científica (Art. 5º, IX, CR) e o direito ao desenvolvimento científico, à pesquisa e à capacitação tecnológicas.

Segundo Felipe Derbli:

o princípio da proibição de retrocesso social possui um núcleo essencial, que veda ao legislador a supressão pura e simples da concretização de norma constitucional que permita a fruição, pelo indivíduo, de um direito fundamental social, sem que sejam criados mecanismos equivalentes ou compensatórios.⁴²

Nesse diapasão, seria possível verificar, em tese, efeito análogo à violação à proibição de retrocesso social, caso o STF declarasse inconstitucional o Art. 5º da Lei de Biossegurança. Isso porque haveria diminuição no grau de concretização legislativa do direito fundamental social à saúde – inerente a uma vida digna – e à liberdade científica – interligada ao primeiro –, deixando uma lacuna indesejada no ordenamento jurídico e na concretização desses direitos, caminhando o Pretório Excelso na contramão do progresso da humanidade. O STF acabaria, ainda, atuando como uma verdadeira força contramajoritária, eis que a lei *in casu* teve enorme apoio e ampla aprovação no Congresso Nacional.

Felizmente, o guardião da Constituição logrou com êxito seu louvável papel, respeitando os direitos relativos à bioética, ao biodireito, à liberdade de pesquisa científica, às inovações tecnológicas, à saúde, à vida digna e aos princípios da vedação de retrocesso, da dignidade da pessoa humana, da máxima efetividade e da segurança jurídica.

CONCLUSÃO

Refletir sobre o valor da vida é necessário para que se pense mais minuciosamente acerca dos problemas da bioética. Além disso, a relação entre

⁴² Derbli (2007).

os desenvolvimentos científicos e tecnológicos e os valores humanos precisa ser mais bem equacionada. Se, por um lado, a ciência não pode ser mitificada como a única detentora da verdade, por outro, não pode ser condenada como malévola. É preciso que se obstem a ignorância e o preconceito nesse aspecto, já que a ciência pode ser usada tanto para o bem quanto para o mal (como o foi no caso do Holocausto e da bomba de Hiroshima, por exemplo). Cabe ao ser humano, enquanto ser livre, escolher.

Tanto é condenável aceitar toda e qualquer aplicação possível da ciência quanto condenar de forma preconceituosa os avanços tecnológicos. De qualquer sorte, o certo é que é necessário refletir eticamente sobre o lugar que a ciência e a técnica ocupam na vida. Esse é um dos maiores desafios atuais da bioética.

A melhoria genética não possui nada de moralmente condenável em si mesma. Entretanto, não se podem confundir práticas eugênicas com discriminação racial⁴³, por exemplo. Deve-se evitar, descomunalmente, que a genética seja a nova base de discriminações sociais. Do contrário, isso feriria radicalmente o princípio da justiça.

Um dos principais argumentos a favor da Lei de Biossegurança é que as pesquisas com células-tronco embrionárias oferecem possibilidades de cura para doenças que causam o sofrimento e a morte de milhões de pessoas. Como visto ao longo do presente estudo, a utilização de embriões excedentes do processo de fertilização *in vitro* não viola o direito à vida nem a dignidade humana; ao contrário, pode proporcionar uma melhor qualidade de vida para outros seres humanos, respeitando, assim, sua própria dignidade, eis que concretiza seu direito fundamental à saúde. A inviabilização das pesquisas com células-tronco embrionárias impediria as promissoras terapias em nome de conceito puramente subjetivo e contestável do que vem a ser o início da vida humana.

Ademais, a Lei nº 11.105/05 permite apenas pesquisas com células-tronco derivadas de embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos, que sobram nas clínicas de reprodução. É dizer, esses embriões seriam descartados se não usados para pesquisa, ferindo, no mínimo, os princípios da justiça e da solidariedade.

⁴³ Quanto ao racismo, vide HC 82.424-RS, rel.orig. Min. Moreira Alves, red p/ o acórdão Min. Maurício Corrêa, 17.9.2003.

Em verdade, antes de ser transferido para o útero materno, embrião não é nascituro e muito menos uma pessoa humana. Nada obstante isso, a legislação em vigor protege a dignidade do embrião ao vedar que ele seja produzido apenas para fins de pesquisa, o que tem por escopo impedir sua funcionalização.

Destarte, como pôde ser demonstrado ao longo de todo o trabalho, o tratamento jurídico dado pela Lei nº 11.105/2005 (Art. 5º) ao polêmico tema das pesquisas com células-tronco embrionárias é perfeitamente compatível com o texto constitucional e em harmonia com os objetivos e princípios de nossa *Lex Fundamental*, buscando promover a vida com dignidade, ao investigar, com ética, meios de diminuir o sofrimento das pessoas doentes, restabelecer sua saúde e prevenir outras doenças.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A pessoa jurídica e os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 240, abr./jun. 2005.

_____. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. In: CAMARGO, Marcelo

Novelino (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BELINGUER, Giovanni. Equidade, qualidade e bem-estar futuro. In: GARRAFA, Volnei, COSTA, Sérgio Ibiapina; OSELKA, Gabriel. *Bioética no século XXI*. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Ciência, biotecnologia e normatividade. *Ciência e Cultura (SBPC)*, São Paulo, v. 57, 2003a.

_____. Clonagem humana: algumas premissas para o debate jurídico. In: BATISTA, Cristiano Correa; MENDES, Fabio Raniere da Silva; MALLMANN, Loivo José (Org.). *Bioética os Desafios da Genética*. Pelotas: Educat, 2003b.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Genética e Direito: a questão das experiências com embriões humanos. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 12, n. 138, maio 2004.

COSTA, Judith Martins. A Universidade e a Construção do Biodireito. Painel apresentado ao III Congresso Brasileiro de Bioética e I Congresso de Bioética do Conesul, PUC-RS, Porto Alegre, 2 jul. 2000.

DALL'AGNOL, Darlei. *Bioética*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

DECLARAÇÃO DE HELSINQUE (1964 - 2000). Disponível em: <www.Bioetica.Org.Br/Legislacao/Outras_diretrizes/Integra.Php>. Acesso em: 13 jul. 2008.

DERBLI, Felipe. Proibição de Retrocesso Social: Uma Proposta de Sistematização à Luz da Constituição de 1988. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ENTREVISTA com Cláudio Fonteles e Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/64382,1>>. Acesso em: 1 ago. 2008.

GALLIAN, Dante Marcello Claramonte. Por detrás do último ato da ciência-espetáculo: as células-tronco. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 55, 2005.

GARRAFA, Volnei, COSTA, Sérgio Ibiapina; OSELKA, Gabriel. Bioética no século XXI. In: _____. *Bioética no século XXI*. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

GÓES, Guilherme Sandoval. Neoconstitucionalismo e Dogmática Pós-Positivista. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

JURAMENTO DE HIPÓCRATES. Site médico. Disponível em: <www.sitemedico.com.br/medico/juramento.htm>. Acesso em: 3 ago. 2008.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Disponível em: <<http://www.consciencia.org/kantfundamentacao.shtml>>. Acesso em: 4 maio 2008.

LEITE, Eduardo Oliveira. Da bioética ao Biodireito: reflexões sobre a necessidade e emergência de uma legislação In: SIMPÓSIO DE BIOÉTICA E BIODIREITO, 1997, Londrina. *Anais...* Londrina: UEL, 1997.

MARQUES, Erickson Gavazza. *Direito da ciência*. Entrevista disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/39232>>. Acesso em: 28 jul. 2008.

MELO, Debora Fernandes de Souza. *Breves considerações acerca do direito à tutela jurisdicional efetiva*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 1 jan. 2008.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. O direito à saúde em juízo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 944, fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7894>>. Acesso em: 20 jul. 2008.

MIRANDA, Jorge. A Constituição e a dignidade da pessoa humana. *Didaskalia (Revista da Faculdade de Teologia da Universidade Católica Portuguesa)*, Lisboa, v. XXIX, 1999.

NATIONAL INSTITUTES OF HEALTH. 2000. *The Belmont Report*. Disponível em: <<http://ohrp.osophs.dhhs.gov/humansubjects/guidance/belmont.htm>>. Acesso em: 1 ago. 2008.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa de Souza. A Constituição Dirigente Está Morta... Viva a Constituição Dirigente! In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

OLIVEIRA, Fátima. *Engenharia genética: o sétimo dia da criação*. São Paulo: Moderna, 1995.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Disponível em: <<http://www.omsbrasil.com.br/>>. Acesso em: 20 jul. 2008.

POPP, Carlyle. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a liberdade negocial – a proteção contratual no direito brasileiro. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PORTAL MÉDICO. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novoportal/index5.asp>>. Acesso em: 2 ago. 2008.

PRESTES, Natasha. O significado da expressão “preceito fundamental” no âmbito da arguição de descumprimento de preceito fundamental prevista no artigo 102, § 1º, da C.F. *Repertório IOB de Jurisprudência* 12/2001, (1/16094), 2. quinzena jun. 2001.

SANCHIS, Luis Prieto. *Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. STF e Anencefalia. *Boletim semanal Advocacia Dinâmica - ADV*, São Paulo, ano 24, n. 48, p. 742, 2006.

SÉGUIN, Elida. *Biodireito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

STF: Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=adi%20e%203510&numero=508&pagina=1&base=INFO>>. Acesso em: 5 jul. 2008.

STF: Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=HC%20e%2082424&numero=321&pagina=1&base=INFO>>. Acesso em: 5 jul. 2008.

TRIBUNAL INTERNACIONAL DE NUREMBERG. Código Internacional de Nuremberg (1947). Disponível em: <www.ufrgs.br/HCPA/gppg/nuremcod.htm>. Acesso em: 7 jul. 2008.

UMA DISCUSSÃO a favor da vida. *Jornal ciência e fé*. 69. ed. 1. quinzena abr./ 2. quinzena maio 2005. Disponível em: <<http://www.cienciaefe.org.br/jornal/e69/Mt01.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2008.

UNESCO. *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2008.

ZATZ, Mayana. Clonagem e células-tonco. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 51, maio/ago. 2004.

ZOBOLI, E. I. C. P.; FRACOLI, L. A. Vulnerabilidade do sujeito de pesquisa. *Cadernos de ética em pesquisa*, IV (8), p. 20-21, 2001.

Débora Fernandes de S. Melo é Advogada graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e Pós-Graduada em Direito Civil, Empresarial e Processual Civil.

38° PRÊMIO JURÍDICO, 2010
"Dramaturgo Augusto Boal"

Cidadão não é aquele que vive em sociedade; é aquele
que a transforma. Teatro Legislativo – exercício pleno da
cidadania e processo legislativo

BANCA

Dr. Carlos Nicodemos de Oliveira Silva

Dra. Alice Vainer

Dra. Maria Margarida Ellenbogen Pressburger

VENCEDORA

Dra. Jamile Khede Israel

Diálogos entre o Direito e o Teatro Legislativo: a arte e a lei a serviço da cidadania

Jamile Khede Israel

No extremo oposto à Paixão Trágica, está o Amor Palhaço. Um sentimento é extremado quando não teme a morte. O Palhaço não chega a tanto, não enfrenta o mundo: ele apenas o desorganiza. Por meio do seu próprio ridículo, expõe o ridículo dos outros – o nosso! – que, sem o palhaço, passaria despercebido, tão resignados estamos ao nosso próprio ridículo: já não o vemos.

Somos todos palhaços, mas o mundo inteiro é um picadeiro, e não existe platéia neste circo: estamos todos em cena. Eis que surge o palhaço verdadeiro – surge vestido de palhaço: ele é a nossa consciência crítica! Nós não gostamos nada do palhaço que nos revela quem somos, mas o aceitamos e, com ele, rimos, porque tem o nariz vermelho e isto nos permite pensar que somos dele diferentes.

Isso é o teatro: é a paixão trágica e é o amor palhaço. Ela justifica a nossa vida; ele corrige nosso trajeto! ¹

INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende explorar um pouco do que existe acerca do diálogo evidenciado entre a Arte e o Direito, especificamente no que toca à experiência do Teatro Legislativo, intervenção político-social que tem por

¹ Boal (2003).

pressuposto conceitual a interação entre a cultura, a opressão existente nas sociedades, as quais evidenciam uma realidade histórica de dependência cultural e econômica (haja vista o próprio Brasil), e a cidadania em sua forma plena, exteriorizada através da “democracia participativa”.

Para tanto, a elucidação de algumas questões estruturais são necessárias. De pronto, cumpre informar que o “Teatro do Oprimido”² (TO), criado pelo teatrólogo e animador político-cultural Augusto Boal, caracteriza-se por ser uma metodologia teatral que estimula uma postura ativa e protagonica em seus praticantes e espectadores. O “Teatro Legislativo” (TL) consubstancia-se em um segmento do TO, o qual se utiliza de suas técnicas, bem como de outras, criando grupos populares de TO, em que será produzido o chamado “Teatro-Fórum” acerca de temas do cotidiano, estimulando a discussão e sugestões para a elaboração de Propostas de Leis.

O TL visa, portanto, legitimar o exercício não apenas formal mas pleno da cidadania, por meio da participação ativa dos cidadãos no processo de discussão e elaboração de Projetos de Lei que venham efetivamente a suprir uma necessidade popular. O projeto de lei é elaborado por ninguém menos do que aquele que na prática vive a realidade de uma inércia do Poder Público. Ou seja, essa prática cultural, associada ao permissivo constitucional, portanto jurídico, de elaboração de Projeto de Lei através da Iniciativa Popular possibilita o exercício da cidadania, em seu sentido mais prático, configurando chances consideráveis de eficácia das leis que são criadas a partir dessa experiência, que visa proporcionar a melhoria das condições sociais e, quiçá, dias melhores no porvir.

Essa experiência do TL insurge-se numa época em que, como diria Luís Alberto Warat, inicia-se na sociedade um processo que impede o indivíduo de discriminação da realidade em razão da imobilidade do mundo interior, em razão da existência de um quadro de desagregação simbólica, o que se dá em virtude da perda de significação que vem acometendo a sociedade globalizada pós-moderna, criando “autistas informatizados”³, pois que o curioso paradoxo

² De acordo com o elucidado por Augusto Boal, “O ‘oprimido’ seria aquele indivíduo ‘despossuído do direito de falar, do direito de ter a sua personalidade, do direito de ser’”. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/cultura/santanna.doc>>. Acesso em: 15 jul. 2009.

³ Warat (1997).

da globalização reside na necessidade de isolar o indivíduo, não para que fortaleça sua individualidade, mas para que desapareçam suas diferenças, aquilo que lhe dava unicidade. Faz-se necessário, portanto, reação para desenvolver o debate, a pluralidade, a diversidade, a transitividade do diálogo, o poder de dizer não!⁴

Assim, pretende este estudo verificar como é a relação entre estes dois campos de atuação, Direito e Arte. Como essa relação, a princípio estranha e distante, pode ser mais natural e próxima do que se imagina. E mais, como o Direito pode participar da Arte, assim como a Arte pode, através das suas manifestações, interagir com o meio que a cerca e, assim, estimular as mudanças legislativas, ou seja, entrar pelo nicho de atuação do Direito, e até mesmo criando Direito, e conseguir proporcionar melhorias sociais tão necessárias, importantes e almejadas pela parcela da sociedade que, por vezes, não tem a sua voz alta o suficiente para ser ouvida. E, mais ainda, conferir legitimidade à sua cidadania, na medida em que, na prática, as interações culturais de que participam conseguem efetivamente mudar a sociedade.

O TEATRO LEGISLATIVO

Ao iniciar a explanação sobre a atuação e a ideologia do TL, cabe citar um breve relato acerca da vivência de Augusto Boal em uma intervenção do TO em um Hospital Psiquiátrico na Inglaterra, na qual o “coringa”⁵ tentava explicar a diferença entre um monólogo e um diálogo:

- Monólogo é quando uma pessoa, uma só fala sozinha... – e mostrou o dedo indicador da mão direita. – Uma só! E diálogo é quando...? diálogo é o quê...? diálogo é...? – e mostrou dois dedos bem esticados.
- Eu sei, eu sei! – respondeu, alegre, um paciente.
- Então, diga: diálogo o que é?
- É quando duas pessoas falam sozinhas.⁶

⁴ Boal (2003, p. 52-62).

⁵ O “coringa”, como será mais bem abordado mais adiante, refere-se a uma espécie de interventor guia que direciona as sessões de TO e TL, interagindo com a platéia, configurando o elo de ligação entre os atores e os espectadores.

⁶ Boal (1996, p. 8).

Na sua simplicidade, a história consegue fazer refletir, tornar palpável uma realidade invisível, acostumada, que passa despercebida. Quantas vezes passamos por situações problemáticas, mas que, pela sua constância ou por não nos atingirem diretamente, não damos atenção, entendendo como se aquilo fosse parte da realidade possível, sem evidenciar expectativa de mudança. O TL é justamente a apreensão dessa situação e a tentativa de mudança. Através das inserções teatrais, dar relevância para fatos e atitudes que, já incorporados ao dia-a-dia, não são notados nem lhes é dada a devida importância.

O TO se baseia na convicção de que o teatro é a linguagem humana por excelência. “Alguns de nós ‘fazemos’ teatro, mas todos nós ‘somos’ teatro”⁷. Através dele podemos nos ver em ação, somos capazes de nos observar, de ser protagonistas e espectadores de nós mesmos, o que nos proporciona imaginarmos possibilidades, fundirmos memória e imaginação – dois processos psíquicos indissociáveis –, na medida em que se pode, no presente, reinventar o passado e inventar o futuro. O TL faz uso também das técnicas do “Teatro-Fórum”, o qual tem por objetivo aguçar nos cidadãos o gosto pela discussão política (democracia) e pelo desenvolvimento de suas capacidades artísticas (arte popular). Ou seja, através da entrada do espectador em cena ensaiando uma nova realidade possível, o fórum propõe uma reflexão sobre a realidade e um ensaio para ações futuras.⁸

O Teatro Legislativo (TL) é um segmento do Teatro do Oprimido (TO). Sua sistemática se dá da seguinte maneira: são criados grupos populares de TO os quais produzem o “Teatro-Fórum” acerca de temas do cotidiano, estimulando a discussão e sugestões para a elaboração de Propostas de Leis. A crucial diferença entre o “Teatro-Fórum” e o TL é que neste, além de o público participar entrando na encenação baseada em fatos reais, improvisando alter-

⁷ Ibid., p. 30.

⁸ A elucidar a exposição *supra*, veja-se o exemplo do filme “2 Filhos de Francisco – A História de Zezé de Camargo e Luciano”, sucesso de bilheteria quando de sua exibição. Esse sucesso foi explicado pelo fato de ser o filme uma representação da realidade e das dificuldades que enfrenta o povo brasileiro, culminando com a conquista do sonho. Com isso, há uma atração produzida pela identidade da população com a história contada (Nogueira, 2005). Ou seja, quando há uma identificação com o que está em tela, há uma maior visualização do problema, que, no caso do TL, transborda a mera encenação, possibilitando aos espectadores dar sugestões para favorecer a catarse do problema.

nativas, ele também é estimulado a escrever as Propostas de Lei, que serão recolhidas e entregues à “Célula Metabolizadora”, uma equipe formada por um especialista no tema encenado, um advogado e um assessor legislativo, os quais ficam incumbidos de sistematizá-las, para que sejam novamente submetidas à apreciação da platéia, para discussão e votação. As que são aprovadas pela platéia são encaminhadas às Casas Legislativas, onde tramitam, podendo ser rejeitadas ou efetivamente virar lei. Segundo os organizadores, a finalidade dessa iniciativa é propiciar e desenvolver a democratização da política através do teatro, pelo exercício da democracia direta e participativa.

Dessa forma, age-se em consonância também com o ideário do Estado Constitucional Democrático de 1988, que visa legitimar um Estado de Justiça Social, concretamente realizável, e não meramente formal, reduzido à simples ordem de organização e processo.⁹

Nessas sessões de TL é possível identificar se a solução dos problemas depende da própria pessoa ou se, porventura, está na lei, opressora, ou na sua ausência, quando necessária, libertadora. Nesse caso é preciso legislar! Aqui acaba o poder do teatro e entra em cena o papel do Direito, nesse caso, mais especificamente, o do vereador. Eis aqui a gênese do TL, em que o cidadão se transformava em legislador através de interpósito vereador.

Em se falando de teatro, há que se remontar ao período histórico afeto à cultura popular européia tradicional, no qual festas eram grandes acontecimentos na vida do povo, revestidas de rituais e mitos, nos quais os participantes exerciam funções sociais, manifestavam protesto ou até colaboravam com a ordem vigente. Um exemplo era o Carnaval, que podia ser visto como uma gigantesca peça, em que as ruas transformavam-se em palcos, a cidade se transformava em teatros sem paredes, e os habitantes, em atores e espectadores. Portanto, nas formas de entretenimento dos primórdios da Europa, estavam arraigadas à forma de vida da população, sendo de extrema relevância e presença¹⁰. A atuação social era tida como encenação, como simulacro, como espelho de espelhos e vice-versa. Com o passar do tempo, o teatro passou a ter “muros”, começa a haver um distanciamento entre o ator e o espectador. A experiência do TO, conseqüentemente do TL, busca traçar caminhos para que o povo reassuma sua função protagonista, principalmente na sociedade.

⁹ Piovesan (2009, p. 324).

¹⁰ Nogueira (2005).

No princípio, o teatro era o canto ditirâmico: o povo livre cantando ao ar livre. O carnaval. A festa.

Depois, as classes dominantes se apropriaram do teatro e construíram muros divisórios. Primeiro, dividiram o povo, separando atores de espectadores: gente que faz e gente que observa. Terminou-se a festa! Segundo, entre os atores, separaram os protagonistas das massas: começou o doutrinação coercitivo!

O povo oprimido se liberta. E outra vez conquista o teatro. É necessário derrubar muros! Primeiro, o espectador volta a representar, a atuar: teatro invisível, teatro foro, teatro imagem, etc. Segundo, é necessário eliminar a propriedade privada dos personagens pelos atores individuais: Sistema Coringa.¹¹

O TL, como diz seu próprio criador, é uma das formas de tentar resolver os problemas políticos e sociais, e ele ressalta: “Eu sou Homem de teatro: fazendo política, uso os meios de que disponho – a cena! O Teatro Legislativo é um novo sistema, uma forma mais complexa, pois inclui todas as formas anteriores do TO e mais algumas, especificamente parlamentares”¹².

A interação entre o teatro e o Poder Legislativo, que faz o TL tão singular, não se deu por acaso. Versando sucintamente sobre o histórico da gênese do TL, menciona-se que seus criadores necessitavam de recursos financeiros para continuarem atuando, ou seja, para a manutenção do projeto. No entanto, suas tentativas não obtiveram êxito, fazendo que o grupo optasse por desfazer-se. Como, todavia, queriam que o derradeiro fim fosse alegre, propuseram que o mesmo fosse ajudando um Partido Político, vez que já iam tempos de eleição. Propuseram, então, ajudar nas campanhas do Partido dos Trabalhadores (PT). Com isso, Boal acabou por eleger-se vereador, e foi a primeira vez que uma companhia teatral inteira entrou para o Poder Legislativo. Com isso, pôde realizar-se a manutenção do “projeto”, e uniu-se Política e Arte. O TL adquiriu a legitimidade de que necessitava para dar frutos, para ser efetivo, visto que através do mandato de vereador propostas e emendas de leis puderam realizar-se. Consignou-se a denominada, por Catarina Sant’ Anna, “Democracia Transitiva”¹³ –

¹¹ Boal (2005, p. 177).

¹² Id., 1996, p. 9.

¹³ A “democracia transitiva” é diálogo, interação, troca, tendo por estratégia atuar em pequenas unidades de pessoas unidas por necessidades essenciais, como pro-

o papel do vereador é fazer leis e fiscalizar o funcionamento das que já existem; através da experiência do TL, o povo pôde participar ativamente, por intermédio do teatro. Assim, o TL seria uma forma de “política transitiva”, a que propõe o diálogo, a interação, a troca, como também o faz a pedagogia de Paulo Freire. Inicia-se uma longa guerra em favor da humanização dos despossuídos!¹⁴

Estruturalmente, o TL se organiza através da criação de “Elos” e “Núcleos”. Os “Elos” constituíam um grupo de pessoas da mesma comunidade que contatavam periodicamente o Mandato, quando Augusto Boal era vereador, expressando suas opiniões e necessidades. Os “Núcleos” são grupos de Teatro do Oprimido que se organizaram e atuam de forma mais freqüente e sistematizada. Hodiernamente, embora alguns núcleos tenham sido extintos, existem outros, e novos, em plena atuação.¹⁵

A formação do “Núcleo” começa pela especial atenção aos participantes. Note-se que normalmente esses núcleos são formados, em sua maioria, pela classe média baixa, e tem de haver uma linguagem, por parte tanto do grupo quanto dos participantes, que conflua, que lhes permita entender-se. Mencione-se que nos sistemas sociais, como o Direito, também deve haver o mesmo, o código/linguagem a permitir a comunicação.

Após a formação do “Núcleo”, são realizadas “Oficinas”, nas quais se inicia o contato entre os “coringas” e os atores comunitários. O “coringa” é o elemento crucial para o desenvolvimento das encenações; ele é uma espécie de animador cultural, que será o fio condutor da inter-relação entre o público e os atores. Em seqüência vêm os Ensaios, reuniões político-culturais, em que os participantes falam e fazem teatro, sempre versando sobre seus próprios problemas, buscando suas próprias soluções. “Cada exercício, cada jogo, cada técnica, neste contexto, é arte e é política.” Além do mais, cabe frisar que as cenas não são feitas através da justaposição de dois atores, da criação de cada um isoladamente, mas da sua inter-relação, do conjunto¹⁶.

fessores, idosos, operários, estudantes, dentre outros, e não, para a autora, a falaciosa “democracia direta” grega, ou a dita democracia “representativa” (Sant’Anna, 2002).

¹⁴ Boal (1996, p. 41; 48; 76).

¹⁵ Dados referentes até o ano de 1996.

¹⁶ Boal (1996, p. 74-75).

Passa-se, então, para a fase da produção do “Espetáculo”. Os ensaios são a fase na qual os participantes discutem os problemas da comunidade e as relações entre os indivíduos e essa comunidade, com o objetivo de chegar o dia de expor para o restante da comunidade, para juntos discutirem e tentarem ensaiar soluções, eis o “Espetáculo”. Nele, há a tentativa de criar Projetos de Leis necessárias, que serão futuramente, após buriladas, apresentadas à Câmara Legislativa. “O espetáculo é o início de uma transformação social necessária e não um momento de equilíbrio e repouso. O fim é o começo!”¹⁷

Para a produção do espetáculo há toda uma preparação dramatúrgica envolvida, e nela os participantes são instruídos sobre a Lei das Três Unidades de Aristóteles, pela qual toda ação dramática deve desenvolver-se dentro da mesma Unidade de Tempo, de Lugar e de Ação Dramática; assim, o espetáculo torna-se mais limpo, mais claro para ser visualizado e entendido. Explica-se que o importante é a “realidade da imagem”, e não a “imagem da realidade”, pois o que tem de ser feito é “[...] mostrar como verdadeiramente são as coisas, como dizia Brecht, e não apenas como são as coisas verdadeiras”¹⁸.

Para Boal¹⁹, a palavra pronunciada jamais será a palavra ouvida. O que se diz nunca é o que se ouve. O que se escreve nunca é o que se lê. Mesmo quando duas pessoas que se amam, sinceramente, em coro pronunciam “eu te amo”, mesmo nesse caso não é o mesmo amor sentido por elas. E prossegue: “A ‘interpretação’ não está na imagem mas no observador: a imagem está nos olhos e não no objeto. O objeto está fora, longe de nós; a imagem, dentro, em nossos olhos, nosso cérebro”²⁰.

Oportunamente, saliente-se que Luís Alberto Warat²¹ sustenta que precisamos fugir das interpretações objetivas da modernidade, da ilusão de crer que as observações podem ser realizadas sem um observador. Nessa mesma linha de raciocínio, a comunicação, segundo Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi, é um processo complexo devido à diferença entre o ato de comunicar (emissão) e a informação²².

¹⁷ Id., 2005, p. 19.

¹⁸ Id., 1996, p. 80.

¹⁹ Ibid., p. 12.

²⁰ Ibid., p. 110.

²¹ Warat (2004, p. 533).

²² Nicola (1997, p. 229).

Toda imagem é polissêmica e comporta todos os significados que lhe queiramos dar; toda imagem é superfície e reflete os olhos de quem vê. A imagem está nos olhos de quem a vê. A imagem está nos olhos, não no objeto. Nesse sentido, a imagem esconde mais do que revela. Assim sendo, Boal crê que o teatro dá maior importância à “realidade da imagem” do que à “imagem da realidade”, pois a imagem do real é real enquanto imagem, e esta é a essência do teatro. Sob essa perspectiva trabalha o TO, pois que a ficção, enquanto palavra que designa algo que não é real, no momento que é criada vira realidade, uma realidade especial, uma realidade da imagem da realidade²³. Elucidando, quando o protagonista conta a história, ele a revive, portanto é ficção (uma forma que a realidade assume), mas esse ato é verdadeiro. Assim, ainda que ele estivesse mentindo, seria verdadeiro. Em teatro, até a mentira é verdade!²⁴ Como exemplo, cite-se o caso de uma cidadela da Itália, quando de uma inserção teatral, em uma cena realizada pelos camponeses locais, insatisfeitos com as atitudes do prefeito, em que o mesmo fora convidado a assistir, visto que se tratava de encenação sobre um prefeito hipotético. No entanto, no desenrolar da encenação, na qual a platéia, composta pelos camponeses, podia entrar e modificar a hipótese (hipo = antes da tese) posta, o prefeito real se irritou e resolveu também intervir, sugerindo uma nova realidade. Ora, onde estava a ficção e onde estava a realidade? Tratava-se, no caso, do verdadeiro prefeito e dos verdadeiros camponeses discutindo um problema verdadeiro, com suas idéias, emoções e sentimentos, sendo a única ficção o ritual teatral. Isso comprova que realidade e ficção se interpenetram, se superpõem, podendo ocupar o mesmo espaço ao mesmo tempo!

Boal informa que tanto para Hegel como para Marx e Aristóteles, a arte constitui-se sempre em uma “forma sensorial de transmitir determinados conhecimentos, subjetivos ou objetivos [...]”, os quais são revelados de acordo com a “perspectiva do artista e do setor social ao qual está radicado, e que o patrocina, paga, consome sua obra”²⁵.

Tal embate nos remete a Luhmann e seu conceito de “expectativa”, o qual discorre que o máximo que podemos esperar na comunicação são “expectativas de compreensão”. O que um indivíduo pensa não necessariamente

²³ Boal (1996, p. 14-15).

²⁴ Ibid., p. 16.

²⁵ Id., 2005, p. 99.

será o que o outro entenderá. Uma ação não necessariamente corresponde a outra ação. Há uma expectativa de que isso aconteça, mas há também uma infinidade de outras possibilidades. Não é, portanto, um sistema Binário, daí advém, por exemplo, o “aprendizado”, que se correlaciona com a sociedade, e a “ordem contrafática”, que concerne ao Direito. O TL busca chegar nessa “ordem contrafática” e dar a ela a possibilidade do “aprendizado”, na medida em que produz lei, modifica leis, de acordo com a necessidade social local. Isso se torna possível vez que o Direito não é só a lei, só o Estado, é um emaranhado maior e mais complexo do que isso. É um subsistema que se relaciona com outros subsistemas.²⁶

A encenação necessita de um conflito. Conforme menciona Boal, já afirmava Hegel ser o teatro essencialmente o conflito de vontades livres, acrescentando Brunetière ser livre e consciente dos meios empregados para atingir suas metas.²⁷ O teatro é o exercício dos personagens, que são vontades em movimento em busca de seu objeto, de sua satisfação. Por isso, vontades igualmente livres e opostas, que conflitam. O conflito é o essencial, outros elementos podem intensificar, embelezar o teatro, mas sem ele não há teatro²⁸.

As metas têm de ser objetivas e subjetivas. Ou seja, essa vontade exercida pelo protagonista deve coincidir com o que sentem os espectadores intervinientes (chamados por Boal de “espect-atores”, devido à interação proposta), que devem comungar de idéias, emoções e desejos. Ou seja, tem de ser uma vontade individual e social.

Idiosincrasia do TL, já demonstrada no correr do texto, é a democratização do espaço cênico, proporcionada pela transitividade entre ator e espectador, tornando-o um “espect-ator”, ativando um diálogo que tem por meta a ebulição de novas possibilidades, transformadoras da realidade opressora vigente.²⁹ O ator age em nome do espectador, que pode se sentir representado, ou não, e nesse caso tem a liberdade de intervir no processo, entrar em cena e dar a sua versão.

²⁶ Tais conceitos advindos da teoria de Luhmann serão mais bem explicitados *a posteriori*.

²⁷ Boal (1996, p. 83).

²⁸ Ibid., p. 83-84.

²⁹ Ibid., p. 96.

No TL as vontades são identificadas com reivindicações das comunidades, escolas, sindicatos etc., ou seja, expressam forças sociais, pois nesse ambiente trata-se de ir além do ensaio, da discussão do tema, trata-se de tentar a modificação da Lei. Doutra sorte, deve ser apresentada uma visão orgânica do problema, dos possíveis obstáculos, em que os elementos sejam verdadeiros e a teatralidade não sacrifique a verdade³⁰.

Essas forças sociais podem ser a sociedade, o sistema educacional, o Poder Público, dentre outros. No entanto, devem ser personificadas, concretizadas em algum personagem, através do qual o protagonista se sente oprimido. Pois tais forças sociais oprimem sim, mas através de quem? Não se tem como teatralizar sem que elas sejam representadas por algo ou alguém.

Outro aspecto que ressalta é que o núcleo do conflito deve ser um sistema equilibrado que se desequilibra por um equilíbrio instável que se desloca, não por forças extremamente divergentes, uma poderosíssima e outra fraquíssima, caso contrário não se daria um conflito possível, transponível. Ademais, a principal crise da encenação, em que o “espect-ator” será chamado a intervir deve ser clara e respeitar uma “crise-chinesa”.³¹ “Assim deve ser a nossa ‘crise chinesa’: o momento em que o personagem protagonista entra em uma situação de perigo e, dependendo de suas opções, abrem-se diante dele diferentes oportunidades”³². Aqui parece evidenciar-se o conceito de Luhmann acerca da emissão de um código que possui uma infinidade de possibilidades de se correlacionar com outros.

Cabe mencionar a importância e o poder que o espaço estético confere. Para o criador do TO, espaço estético é uma criação dos espectadores, porque, visto que o ser humano se relaciona com o mundo permanentemente, e de forma binária, percebendo-o e respondendo aos estímulos com ações, ele, ao se tornar espectador, suspende temporariamente suas ações, canalizando tal energia para o objeto de sua atenção, em torno da qual é criado o espaço estético. Quanto mais pessoas canalizam tal energia, mais intenso é esse espaço. E isto pode se dar num palco ou em qualquer outro lugar, repentinamente.³³

³⁰ Ibid., p. 90.

³¹ Esta alusão é feita por Boal pois no idioma chinês não há um ideograma único que representa a palavra, mas sim dois; um que significa “perigo” e outro que significa “oportunidades”.

³² Boal (1996, p. 93).

³³ É o que ocorre, por exemplo, quando se presencia um acidente na rua.

Essa é a razão de esse espaço estético criado pelo espectador e usufruído pelo ator ser democratizado, possibilitando a entrada dos “espect-atores”. No referido espaço, o cidadão capta a atenção de todos e ao mesmo tempo sente-se seguro, pois, apesar de real, trata-se de ficção, de teatro, e estimula a sua ação oprimida. Assim elucida Boal:

Algumas atividades humanas não são rítmicas mas são igualmente incessantes, como a percepção e a ação. Estamos sempre percebendo e sempre agindo em função das nossas percepções, dos nossos desejos e das nossas vontades, conscientes ou não. Mesmo dormindo sentimos frio ou calor, e trocamos de lado.

Quando, por alguma razão – estar diante de um espetáculo, por exemplo, o ser humano suspende a sua incessante atividade, toda essa energia se transfere para a área de sua atenção: cria-se o Espaço Estético, como já vimos. Com o som, a voz, temos que romper com os ritmos da rua, o ritmo lá fora, e criar o ritmo da cena.

Esse Espaço Estético é IMAGEM e é SOM.³⁴

Outrossim, a pesquisa teatral é mais produtiva quando pode ser extrapolada para outras realidades. Assim, é essencial o compartilhamento da mesma e de seus resultados. Nessa linha de raciocínio, os “Núcleos” promovem “diálogos internúcleos”, na medida em que um representa seus espetáculos para o outro, e vice-versa. Isso permite o conhecimento e cria uma “rede de solidariedade”.³⁵ Ou seja, tal interação proporciona que os cidadãos fiquem cientes de outras realidades que não a sua, que ela os comova e faça-os solidarizar-se com a mesma³⁶.

Outro caminho para a dinamização das experiências é justamente o “Gabinete”, travestido pela “Câmara na Praça”. Aqui entra o diferencial do TL.

Remontando à Grécia, existia a Ágora, a praça pública onde o povo opinava, onde se fazia política, a qual, como sintetiza Castro Alves, citado por

³⁴ Boal (1996, p. 112).

³⁵ A exemplificar, há o episódio da visita do Grupo da Terceira Idade que apresentou sua peça sobre relações humanas na velhice para o grupo Curumim, composto de meninos, os quais ficaram encantados ao ver senhoras falando de temas como sexo seguro e namorados (ibid., p. 117).

³⁶ Ibid.

Boal: “a praça é do povo como o céu é do condor”³⁷. Sabe-se que nem tão democrática (em que demo = povo e cracia = governo) e nem tanta participação possuía o povo à época, mas cabe a remissão ideológica.

A “Câmara na Praça” é a parte da encenação na qual a sessão se desenrola como se fosse uma sessão da Câmara Legislativa, com tempo cronometrado, ordem do dia e encaminhamentos. Busca-se saber a opinião da cidadania acerca dos temas controversos e das possibilidades. Mais precisamente, após uma discussão livre, debate-se o texto da Lei a ser votada ou o parecer a ser dado. Nessas sessões há a presença de um Assessor Legislativo, o qual se incumbirá da tarefa de esclarecer aspectos legais relativos ao tema e traduzir em termos legais as sugestões propostas.³⁸

É imprescindível que, após realizada a sessão da “Câmara na Praça” em cada “Núcleo”, haja o retorno para dar-lhes ciência das medidas que foram tomadas acerca do pleito originado naquela sessão. Assim, por exemplo, se havia um parecer a ser dado por um vereador, ao final de todos os debates, este deve ser levado a cada Núcleo para que saibam que suas sugestões foram consideradas e as razões de terem sido aceitas ou não.

Note-se que os votos devem também ser justificados, e tudo deve ser anotado em uma “Súmula”. De posse de todas as Súmulas passa-se para a fase da “Célula Metabolizadora”. Essa célula possui uma composição fixa, composta pela coordenação geral e os assessores legislativos, e uma aleatória, composta pelos interessados. Há duas fases. A primeira, “Garimpo”, no qual são lidas todas as Súmulas; e a outra, “Metabolizadora”, que se perfaz pela eliminação de todo o supérfluo (“catabolismo”) e a utilização do necessário (“anabolismo”). O TO procura entender a lei que está por trás do fenômeno, o TL vai além, procura modificá-la ou descobri-la.

Sempre um espetáculo de Teatro-Fórum procura compreender a lei que está por trás do fenômeno. Mas no caso do Teatro Legislativo vamos mais longe e tentamos não só descobrir a lei mas promulgá-la na Câmara. Ou descobri-la e modificá-la. Quando falamos em lei estamos falando em lei escrita ou a escrever. Em Poder Legislativo. Esta está sendo a principal conquista da nossa experiência.³⁹

³⁷ Ibid., p. 47.

³⁸ Ibid., p. 120.

³⁹ Ibid., p. 125.

No que toca ao processo legislativo, sucintamente, há de se explicitar que a Constituição Federal, em seu Art. 14, III,⁴⁰ consagra a Iniciativa Popular de lei, como instrumento de exercício da soberania popular, a ser exercida através da apresentação à Câmara dos Deputados (diga-se, local onde se concentram os representantes do povo) de Projeto de Lei, subscrito por um *quorum* mínimo⁴¹. Há que se ressaltar que as Constituições Estaduais, por força do artigo 27, § 4º, da Magna Carta,⁴² devem prever a Iniciativa Popular de lei estadual, determinando o *quorum* para tal, o qual pode ser diverso nos diferentes estados.⁴³ Outrossim, evidencie-se que o Art. 29, XIII, da Constituição⁴⁴ versa sobre as regras afetas à iniciativa popular em âmbito municipal, prevendo a manifestação de pelo menos 5% do eleitorado. Sendo assim, verifica-se que, por tal instituto constitucional, ao cidadão é conferido o poder de deflagrar o processo legislativo.⁴⁵

Como resultados que a experiência do TL vem trazendo, pode-se citar a Emenda à Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), destinando verba para a construção de plataformas abaixo de Orelhões (Telefones de Uso Público), o que foi sugerido por cegos que se machucavam, pela falta de indicação no chão de que ali havia obstáculo elevado. A primeira vitória total foi a Lei do Atendimento Geriátrico (Lei nº 1.023/95), que obriga os hospitais municipais a ter atendimento especializado para idosos, vez que a maioria dos hospitais não possuía médicos e pessoal habilitado para tratar de um idoso adequadamente.⁴⁶

⁴⁰ “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...] III - iniciativa popular.”

⁴¹ Vide Art. 61, § 2º c/c Art. 14, III, da CF/88 e Lei nº 9.079/98

⁴² “Art. 27 [...] § 4º - A lei disporá sobre a iniciativa popular no processo legislativo estadual.”

⁴³ Moraes (2005, p. 577).

⁴⁴ “Art. 29 [...] XIII - iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado.”

⁴⁵ Lenza (2009, p. 400).

⁴⁶ Se cabe a crítica, a falta de tratamento adequado permanece até hoje em determinados lugares, e não somente com idosos, mas com outros grupos especializados também, numa cidade em que uma grávida entra em trabalho de parto, dentro do

Em suma, dessa iniciativa da interação de grupos populares com a população elaboraram-se doze leis municipais, um decreto legislativo, uma resolução plenária, duas leis estaduais e dois projetos de lei em tramitação, na cidade e no estado do Rio de Janeiro.⁴⁷

Para o criador do TL, embora no Brasil, e possivelmente em toda parte, muitas vezes haja leis que não “pegam”, ainda assim é bom tê-las “do nosso lado”. Tê-las para que seja mais um artifício, de peso, que proporcione, além do conhecimento da realidade, a sua transformação. Pois, para o teatrólogo, “este não é um tema de teatro: é um dever da cidadania!”⁴⁸

hospital, e é encaminhada para outro hospital, sujeita a dar a luz ao bebê no meio da rua, ou pior, a falecer ou perder o bebê, como ocorreu, sem o devido atendimento e em razão das circunstâncias. E o pior, ser encaminhada para outro hospital através da anotação de um número de uma linha de ônibus que deveria pegar escrita a caneta em seu antebraço. Não há mais ambulâncias nos hospitais? Não há mais médicos preparados para identificar uma mulher já em trabalho de parto? Para mais informações, vide Grávida que perdeu o filho e teve o braço rabiscado recebe alta do hospital (2010).

⁴⁷ As sessões podem resultar não só em decretos e projetos de lei, mas também na elaboração de uma medida jurídica cabível. Boal traz, como exemplo, em seu mandato, o prefeito ilegalmente ter autorizado os bancos particulares a receber os salários dos servidores da prefeitura, quando apenas o banco do estado o poderia fazer. A bancada, então, instaurou um processo contra o prefeito sustando sua liberalidade. Outro caso, que merece ser contado, foram as declarações feitas pelo prefeito de que ordenaria a Guarda Municipal a bater nos camelôs resistentes ao desalojo. Tal atitude caracteriza crime, pelo artigo 286, do Código Penal – Incitação à Violência. Assim, foi noticiado ao Ministério Público para que oferecesse denúncia contra o prefeito. Por fim, uma visita a uma prisão de mulheres resultou num encontro com juízes e na mobilização dos mesmos para analisar ininterruptamente o caso de presas que haviam cumprido sua pena e ainda estavam encarceradas, com a liberação de vinte e uma presas. Cabe salientar que no ano de 2005, em razão da experiência de TO nas unidades carcerárias, foi estabelecida uma parceria com a Comissão de Legislação Participativa do Congresso Nacional (CLP), a fim de que seus integrantes acompanhassem o desenvolvimento do TL e, com isso, colaborassem com o encaminhamento das propostas legislativas de âmbito federal. Essa foi uma possibilidade de levar a temática para a agenda legislativa do Congresso (Carvalho, 2009).

⁴⁸ Boal (2005, p. 21-28).

O DIREITO E A ARTE COMO PROPULSORES DE CIDADANIA

Hodiernamente, vivemos na denominada modernidade contemporânea, ou modernidade líquida, ou, ainda, em uma sociedade, dita por alguns, pós-moderna, na qual vivenciamos a transformação do espaço público e somos permeados pela liberdade e pela autonomia individuais. Presenciamos o avanço da individualização, que embora traga com ela uma liberdade sem precedentes acaba por gerar também a desintegração da cidadania⁴⁹.

A cidadania, este conceito tão íntimo ao Estado de Direito e às democracias, nas palavras de Luigi Ferrajoli, afirma um *status* atribuído aos membros que possuem pleno direito em uma dada sociedade. Há que se dizer que na tradição jurídica se mantém uma diferenciação entre o *status civitatis*, a cidadania, e o *status personae*, personalidade ou subjetividade jurídica. Essa distinção, todavia, só fora anunciada com a Carta de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que preservava esses dois *status*, suprimindo quaisquer outros existentes até então, restando apenas o *status* de cidadão, assim a cidadania, e o *status* da pessoa, a personalidade, esta última estendida a todos os seres humanos. Desde então cidadania e personalidade, homem e cidadão, formam em todas as Constituições os dois *status* subjetivos de que dependem as duas classes de direitos fundamentais: os direitos da personalidade, que correspondem a todos os seres humanos enquanto indivíduos ou pessoas, e os direitos de cidadania, que pertencem exclusivamente aos cidadãos.⁵⁰

A cidadania ganha ares contemporâneos, endossados pela Carta Democrática de 1988, e passa a configurar o sujeito de direito, não em sua concepção abstrata e genérica, mas em sua concretude, em suas especificidades e peculiaridades. Os nichos sociais, principalmente menos favorecidos, devem ser alvo de estratégias governamentais que visem ao progresso social, conferindo também ao Estado parcela de responsabilidade para a consolidação da cidadania.⁵¹ E o TL mostra-se um mecanismo auxiliar nessa empreitada.

O mundo se tornou “uma coleção infinita de possibilidades: um contêiner cheio até a boca com uma quantidade incontável de oportunidades a serem

⁴⁹ Bauman (2001, p. 33; 47).

⁵⁰ Ferrajoli (2002, p. 98-99).

⁵¹ Piovesan (2009, p. 327-338).

exploradas ou já perdidas”⁵². Para Rafaelle De Giorgi, a sociedade é uma “máquina histórica”, partindo do estado em que ela mesma se colocou, situação que produz complexidade, ou seja, excesso de possibilidades, e produz contingente, pois no presente tudo pode ser diverso. Assim, a sociedade, como um sistema que se diferencia, “[...] aparece para si mesma como o resultado de si própria”⁵³.

Por isso, o Direito moderno é apenas a sua contingência. Ele não funda princípios, mas os constrói. O Direito se auto-organiza e, assim, se historiciza. Portanto, ele cria diferenças, uma vez que é um sistema que observa, fechando-se nas referências ao seu código Direito não-Direito. Ao produzir-se mais Direito, produz-se também mais não-Direito, conseqüentemente o reconhecimento de equidade introduz e legitima desigualdade no sistema. Em outros termos, o Direito se constrói através de autodelimitações importantes para a sua demarcação frente a outros sistemas sociais, como a política, a religião, a economia etc. A função do Direito surge então como a de estabilização das incertezas e, com isso, produção de certeza. Assim, citando De Giorgi:

O direito regula, por meio do direito, a sua sensibilidade ao ruído externo. Quando esse ruído irrita o direito ao ponto do sistema produzir novas emergências, novos níveis de ordem, o que se produz, na verdade, é apenas outro direito, que funciona como direito que produz outro direito. Por isso a justiça é justiça do sistema, ela é a fórmula da contingência. O direito não reconhece novos direitos, mas transforma em direito eventos que têm outros significados no ambiente.⁵⁴

Dessa forma, o TO, através de sua vertente do TL, estimulando a postura ativa em seus praticantes e a discussão acerca de temas do cotidiano, a fim de recolher sugestões para a elaboração de Propostas de Leis, é uma experiência que vem conseguindo “irritar” o Direito, fazendo-o incorporar como tal, o que antes se apresentava como um problema social.

⁵² Bauman (2001, p. 73).

⁵³ De Giorgi (1998, p. 153).

⁵⁴ Ibid., p. 158.

Segundo Zygmunt Bauman, a sociedade moderna fluida é permeada pelo conceito de “aptidão”, em oposição ao de “saúde”, pelo qual

“Aptidão” significa estar pronto a enfrentar o não-usual, o não-rotineiro, o extraordinário – e acima de tudo o novo e o surpreendente. Que se poderia dizer que, se a saúde diz respeito a “seguir as normas”, a aptidão diz respeito a quebrar todas as normas e superar todos os padrões.⁵⁵

Dessa forma, pode-se traçar um paralelo, um tanto paradoxal, e fazer referência à experiência desenvolvida por Augusto Boal, que rompe com a normalidade, com a tradição do teatro feito de atores e espectadores, trazendo à cena os indivíduos com seus problemas reais e fazendo da ficção o incitamento à solução de problemas sociais, por meio de sua efetivação pela tutela do Direito através dos Projetos de Leis dali advindos.

Ademais, o Direito brasileiro hoje, coerente com o espírito da pós-modernidade, possui uma estrutura aberta e flexível, uma vez que se constitui de princípios e regras que exprimem valores fundamentais, os quais influem diretamente no processo de criação jurídica. Como prova do aqui evidenciado, não há melhor exemplo que a Constituição de 1988, estatuto jurídico da sociedade política consolidadora do processo de redemocratização, assegurando o exercício de direitos sociais e individuais, valores enunciados como fundamentais, imperativos categóricos, como, a exemplo, a dignidade da pessoa humana. Essa textura aberta demonstrada permite um processo criativo de interpretação do texto legal, através da análise do caso, do problema, do ser humano *in concreto*, e não o sujeito de direito *in abstracto*; abre espaço para um pensamento jurídico que se revela como razão prática⁵⁶. Nisso eis os princípios que possuem como uma de suas funções diretivas ou programáticas dirigir-se ao legislador, orientando a organização política e social do país. Nas palavras de Francisco Amaral, o “jurista é hoje cada vez mais chamado a enfrentar questões especiais, ao lado do filósofo, do político, do informático, do médico, do sociólogo, para o que se socorre dos princípios, válidos como fontes de direito”⁵⁷. Denota-se que o Direito afigura-se, então, no domínio da racio-

⁵⁵ Bauman (2001, p. 92).

⁵⁶ Amaral (2008, p. 129-132).

⁵⁷ Ibid., p. 137-138.

nalidade prática, na medida em que se destina a resolver problemas que surgem *in concreto* na vida da sociedade. O Direito não se encontra previamente estabelecido, mas se manifesta como uma atividade de composição de conflitos, através de um poder que a sociedade legitima e institucionaliza.

Eis aí as formas de desdobramento e aplicação do direito democrático como material que se coaduna com o ideal e a prática do Teatro Legislativo; esses “grupos de oprimidos” manifestando-se através do teatro possuem sua atuação social de forma a beneficiar a sociedade, instigando a atuação do Direito através da relação com outros sistemas sociais, possibilitando sua atuação onde talvez não o conseguisse tão bem senão com a própria interpelação popular.

Dessa forma, cite-se que, no decorrer dos grandes períodos históricos, a forma de percepção das coletividades humanas se transforma concomitantemente com seu modo de existência, portanto, o modo como se organiza a percepção humana é também uma condição histórica⁵⁸. E o Direito nada mais é do que uma experiência histórico-cultural!⁵⁹

O Direito se apresenta como prática social, algo em permanente construção. Fábio C. M. de Sá Silva traz o conceito de Roberto Lyra Filho, para quem o Direito “legitima a organização social da liberdade”, porque é “evocado e reconstruído a partir de lutas sociais de opressão e liberação, identificadas e numeradas no seu esquema interpretativo de acordo com a investigação sociológica que fez à época”.⁶⁰

Lutas de opressão e liberação são, portanto, necessárias e legitimadas em tempos, como os de “globalização da selvageria”, em que educação e saúde, por exemplo, são possibilitados somente a algumas classes sociais. Não que tal legitimidade não se impusesse em outras épocas, visto que desde os primórdios da civilização egípcia só os poderosos tinham acesso ao saber, pois este, o saber, é também poder, e ao povo ensinava-se a carregar pedras, fazer pirâmides; sem falar na Índia, onde só a pouquíssimas castas é reservada a educação,

⁵⁸ Benjamin (1985, p. 166).

⁵⁹ Rocha (2008, p. 1051).

⁶⁰ Silva (2007, p. 60). O autor, Fábio C. M. de Sá Silva, enfatiza como projeto político-pedagógico exemplar, que visa apreender o Direito através de experiências populares, o movimento denominado “Direito Achado na Rua”, capitaneado por José Geraldo de Sousa Júnior, da Universidade de Brasília.

chegando a ser negada à casta dos “intocáveis”, aos párias⁶¹. Mas não estamos tão longe dessas negativas, talvez de uma maneira mais velada, mas presente.

Começa a transparecer, portanto, que novos traços de integração e dependência das realidades vividas hodiernamente são necessários. “A idéia de neutralidade já não nos salva”⁶². Passamos a perceber que somos cada vez mais responsáveis pelas realidades as quais construímos, frutos de um trabalho que permite constatar incertitudes, ambivalências e o caráter central e periférico. Dessa forma, pela reflexão de Renato Ortiz:

O anonimato das grandes cidades e do capitalismo pulveriza as relações sociais existentes, deixando os indivíduos “soltos” na malha social. A sociedade deve portanto inventar novas instâncias para integração das pessoas. No mundo em que o mercado torna-se uma das principais forças reguladoras, a tradição torna-se insuficiente para orientar a conduta.⁶³

Conseqüentemente, em se versando sobre a unidade em suas diferenças, pensa-se em uma dialética do único e do múltiplo. Ou seja, a compreensão da unidade referencial de que tudo porta diferenças.

Tudo muda com uma rapidez que se converte em um grande desafio epistemológico: produzir um saber com capacidade para intervir e operar nessa vida de mudança permanentemente surpreendente. Não podemos ficar ancorados em saberes que nos façam pensar sempre no passado. A verdade tem que ser conjugada no futuro dos verbos.⁶⁴

O sujeito na sua unidade porta uma multiplicidade de sujeitos. O tempo é uma questão crucial. Os juristas não podem prosseguir na tentadora idéia de eterno. Essa é a única chance de prosseguir refletindo sobre Direito sem ficarmos estanques em nosso próprio passado⁶⁵.

⁶¹ Boal (1996, p. 67).

⁶² Warat (2004, p. 530).

⁶³ Ortiz (2000, p. 119).

⁶⁴ Warat (2004, p. 537).

⁶⁵ Ibid., p. 539.

E nessa chance de prosseguir refletindo sobre Direito, amparado nos consectários sociais contemporâneos, evidencia-se, consubstanciada no TL, a Arte entrando no sistema do Direito para produzir Direito, e o Direito entrando no sistema da Arte para produzir arte.

A cultura, segundo Warat, deveria adquirir um sentido de “existência”, caso em que se alcançaria uma sociedade mais democrática, permissiva de uma correlação entre lei, saber e poder; conseqüentemente, uma cultura de bem-estar e felicidade a que o homem pode ter acesso com a supressão da insatisfação, estando apto a desfazer armadilhas existentes em cada subjetividade institucionalmente produzida. Assim, a grande novidade é a descoberta de que o compromisso existencial do homem é produzir sentido da vida com base na dignidade e na solidariedade social⁶⁶.

As obras de Arte, segundo François Ost, são capazes de suspender evidências cotidianas, tornando-se o local da verificação do incomum. Elas conseguem pôr o dado à distância, aparecendo, pois, como um outro dado, e não como o que originou a obra. Mais, as obras desfazem certezas, oferecendo dúvida ao que está posto, rompendo com convicções. Com isso, conseguem formular oportunidades que não as estabelecidas. O Direito por sua vez é uma “empreitada artística”, complexo, não se restringindo à normatividade, sendo mais do que a simples estandardização de um fato social cuja percepção é, essencialmente, individual (feita pelo sistema Direito).

Na concepção de Direito, cabe citar a teoria sistêmica de Luhmann. A teoria afirma que há “sistemas” e o “meio ambiente”, havendo sempre uma relação entre aqueles e este. Os “sistemas”, a partir da diferenciação, produzem sentido, enquanto o “ambiente” é apenas uma complexidade bruta, à espera de sua redução, momento em que virará, também ele, um sistema. O Direito em si é um sistema *autopoietico*, ou seja, é simultaneamente fechado e aberto, tem repetição e diferença em seu interior, é, portanto, paradoxal, ligando o passado e o futuro simultaneamente. “O Direito dá o sentido do futuro”⁶⁷. É um modo de introduzir e integrar um futuro aberto para a sociedade⁶⁸.

A sociedade é um sistema social. A esse sistema é possível uma multiplicidade de formas de interação social. Essa complexidade torna necessários

⁶⁶ Id., 1997, p. 35-38.

⁶⁷ Rocha (2008, p. 1056).

⁶⁸ Luhmann (2006, p. 642).

outros subsistemas, como o Direito, a Arte, a Economia. Esses subsistemas também vão se diferenciar exigindo outros subsistemas⁶⁹:

Com a constatação da presença permanente do risco nas decisões percebe-se o inevitável paradoxo da comunicação na sociedade moderna. Por isto, a sociedade moderna possui condições de controlar as indeterminações, ao mesmo tempo que não cessa de produzi-las. A sociedade contemporânea é constituída por uma estrutura paradoxal, na qual ampliam-se a justiça e a injustiça, o Direito e o não-Direito, a segurança e a insegurança, a determinação e a indeterminação. Em outras palavras, nunca a sociedade foi tão estável e tão instável, pois a lógica binária não tem mais sentido na paradoxalidade comunicativa.⁷⁰

A “auto-referência” faz a concatenação com os outros sistemas, pois como “referência entende-se uma designação baseada em uma distinção”⁷¹. Assim, o “sistema” se observa conseguindo distinguir-se do seu “ambiente”.

Ao proceder a uma observação, realiza-se o estudo de um objeto, pelo qual há a sua indicação, que se consubstancia justamente em proceder à distinção entre o próprio objeto e os demais. A observação é dependente da indicação adotada pelo observador, podendo este ser até mesmo um outro sistema.

Somente quando o sistema consegue traçar o limite que o separa de seu ambiente é que se podem observar as “irritações” entre eles. Isso é consequência básica da paradoxalidade da *autopoiese*, pela qual um sistema é aberto porque é fechado.

A irritabilidade é possível pelo fato de o sistema possuir uma memória atuando junta em todas as suas operações, e com isso torna-se apta a apreender e equilibrar as inconsistências, ou seja, possui o poder de produzir realidade⁷².

Assim sendo, a Arte só “irrita” o Direito e vice-versa porque ambos são sistemas *autopoéticos* que se reconhecem um ao outro. Só assim, um pode

⁶⁹ Rocha (2008, p. 1054-1055).

⁷⁰ Ibid., p. 1061.

⁷¹ Nicola (1997, p. 225).

⁷² Luhmann (2005b, p. 160).

adentrar no sistema do outro, sem com ele ser confundido, e até estabelecer uma relação colaborativa. O teatro se vale, portanto, de paradigmas do Direito, como o processo legislativo, usando sua linguagem para comunicá-lo, instigando a “irritação” do Direito e, assim, alcançando o rompimento da expectativa contrafática, na medida em que produzirá novas normas ou as modificará (o que por si só já é uma outra expectativa), a fim de intervir positivamente para um sistema mais abrangente, a própria sociedade.

O Direito, todavia, só será “irritado” na medida em que puder suportar. A *autopoiése* só é autônoma porque necessita de elementos precedentes e constitui pressuposto para operações posteriores. Com isso, as “interferências” políticas, econômicas, morais, artísticas entram no Direito “decodificadas”. A título de exemplo, a economia, enquanto forma de pagamento em dinheiro, é decodificada em juridicamente legal ou ilegal. Ou seja, no que concerne à experiência do TL e sua interação com o Direito, a Arte, através da manifestação cênica, coopta o cidadão a identificar um problema social e a sugerir melhor resposta para ele, o que é decodificado para o Direito como Propostas de Leis ou Emendas. Isso ocasiona “irritação” tanto em um como em outro sistema, surtindo efeito em ambos, cada um na medida de sua tolerância⁷³.

Em tempo, a abertura desses “sistemas” é permitida pela codificação da linguagem: sim/não. A complexidade advém justamente do “excesso de possibilidades” gerado. O atual é nada mais que uma possibilidade não negada.

As estruturas dos sistemas sociais são construídas a partir de “expectativas de expectativas”. A “expectativa” é uma antecipação de uma das várias possibilidades que podem se produzir, esta é a contingência das experiências e pode ocasionar desilusões. Em vista dessas desilusões, duas estratégias de comportamento foram criadas pela sociedade: o aprendizado, ou seja, a modificação da expectativa, e a perspectiva normativa, que é a estabilização contrafática da expectativa, a sua capacidade de permanecer ainda que desapontada⁷⁴.

O Direito não é determinado por si mesmo, ou por normas superiores, mas por referência à sociedade. Sua grande aquisição na modernidade foi sua positivação que traduz a idéia de contingência social. A positivação traz a

⁷³ Nicola (1997, p. 228).

⁷⁴ Ibid., p. 233.

sustentação de que o sistema jurídico é normativamente fechado (a auto-referência base do sistema comporta a auto-referência no que concerne às normas) e cognitivamente aberto (a auto-referência base do sistema comporta a hétero-referência no que concerne aos fatos). Chega-se ao seguinte paradoxo:

o sistema jurídico é fechado porque é aberto, e aberto porque é fechado. A normatividade é o modo de trabalhar interno do direito, através da circulação da marca de validade das decisões. Já a orientação do direito com relação ao seu ambiente utiliza estratégias cognitivas, ou seja, o sistema mostra-se disposto a *aprender*; pense-se, por exemplo, na adaptabilidade e mesmo na modificação dos programas de decisão (as chamadas “fontes formais do direito”) como formas de adequação da complexidade sistêmica àquela ambiental.⁷⁵ (Grifos nossos)

Resta claro, portanto, como se dá a interatividade entre o “sistema teatro” e o “sistema Direito”, fazendo que este último se permita “aprender”. Modificam-se as expectativas normativas contrafáticas por outras. Ou, melhor explicando, como na sociedade moderna a única certeza que se pode ter acerca do Direito é que, normativamente, as transformações do Direito ocorrerão na forma do Direito, a experiência do TL faz que as mudanças ou constatações fáticas sejam incorporadas ao sistema do Direito através da transformação do código não-Direito em Direito.

Cabe mencionar que as normas possuem uma validade “provisória”. Isso não quer dizer que não sejam expectativas contrafáticas positivadas, mas que vivem como projeções temporais reais, que se põem no sistema jurídico mesmo que possuam erros. Tais normas restarão inadequadas caso haja mudanças nessas condições, vistos, por exemplo, o desenvolvimento técnico e científico, a difusão da informática, ou outras causas. Quando isso acontece, as expectativas dirigidas ao Direito se modificam. Nestas brechas podem entrar as alterações normativas⁷⁶. Ademais, são os conflitos que constituem motivo de aprendizagem para o Direito, sem os quais este não se renovaria. Esse sistema não deriva da natureza, mas é criado através da tentativa de solucionar

⁷⁵ Ibid., p. 236.

⁷⁶ Luhmann (2006, p. 632).

os conflitos, contanto que as soluções encontradas sejam válidas para mais de um caso⁷⁷.⁷⁸

No que concerne à Arte, quase nenhum sistema, em um contexto *auto-poiético* de funções, reúne modos de operação tão distintos e heterogêneos quanto o sistema da Arte. A razão é muito simples, a sua base material é muito diversa; encontramos artes plásticas, música, teatro etc.⁷⁹. Muitas das características que são encontradas no sistema de Arte também o são em outros sistemas, como o Direito, a Ciência. Todos adotam a observação de segunda ordem. Ademais, a Arte só faz parte da sociedade na medida em que consegue dela diferenciar-se enquanto sistema autônomo em sentido operativo. Nenhum outro sistema realiza o que a Arte realiza⁸⁰.

A obra de arte, em sua essência, sempre foi reprodutível, pois o que um homem fazia sempre podia ser imitado por outro homem, com os mais diferenciados interesses, desde a realização de exercícios até o interesse pelo lucro⁸¹. Augusto Boal salienta que Aristóteles entendia como conceito de “imitar” (*mimesis*) a “recriação” e como conceito de “natureza” o princípio criador de todas as coisas. Assim, a sentença “a arte imita a natureza” quer dizer em verdade “a arte recria o princípio criador das coisas criadas”⁸². Portanto, a função da arte, assim como da ciência, é corrigir a Natureza (que tende à perfeição, mas pode fracassar) naquilo em que haja fracassado, utilizando para isso sugestões da própria natureza⁸³.

Para Luhmann⁸⁴, a idéia de Arte como *mimesis/imitatio* é incompleta para os dias atuais, pois se ultrapassou a idéia de hermeticidade do Renascimento. Não se podem ignorar os contextos que residem na própria obra de

⁷⁷ Ibid., p. 644.

⁷⁸ Eis um fundamento de validade a legitimar as propostas de leis surgidas a partir das interações de TL, que visam a uma modificação social positiva. E, assim sendo, a modificação do Direito a fim de se coadunar com os novos tempos e os novos anseios sociais.

⁷⁹ Luhmann (2005a, p. 298).

⁸⁰ Ibid., p. 224-225.

⁸¹ Benjamin (1985, p. 166).

⁸² Boal (2005, p. 39).

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Luhmann (2005a, p. 299).

arte. Com isso, a origem da unidade da Arte teve lugar no transcurso da diferenciação funcional do sistema/arte, de que vem seu fundamento.

Já o mesmo conceito de Arte, para Boal⁸⁵, está ligado a um conjunto de sistemas sensoriais que permitem aos seres humanos fazer representações do real. “A arte não reproduz o real: *ela o representa*.” Assim, no teatro, embora a imagem do real seja real enquanto imagem, é também uma representação do real. No entanto, quando o espectador entra em cena para modificar, ele transforma em realidade a imagem que gostaria de ver, *ele se transforma em cidadão*, sendo este um ato transformador! “Performance”, para o teatrólogo, seria toda atividade humana regulamentada. Portanto, os atores que a realizam são conscientes desse regulamento, embora possam ignorar seu significado e suas razões. Nesse sentido podem ser *performance* tanto um espetáculo de teatro como uma sessão na Câmara dos Deputados⁸⁶.

Acerca do entretenimento, Luhmann⁸⁷ sustenta que os jogos são formas de duplicação da realidade, na qual a realidade tomada como jogo é separada da realidade “normal”, sem ter que se negar esta última, que continua a existir sincronicamente. Através do entretenimento, essa realidade se utiliza de artifícios como a ótica e a acústica, criando uma moldura externa que evidencia uma realidade ficcional própria. Da mesma forma ocorre com o teatro! O que permite a comunicação é a informação, são detalhes, diferenças, que permitem reconhecer a diferença, bem como ultrapassar os limites de um sistema a outro.

No entretenimento o indivíduo não precisa responder à “comunicação” com “comunicação”. Em vez disso, o observador pode concentrar-se na vivência e nos motivos apresentados, praticando uma observação de segunda ordem. Outrossim, como não se trata de uma obra de arte, mas de entretenimento, a questão da autenticidade não se apresenta. O entretenimento se vale do fato de ser oferecido de fora, ativando aquilo que é vivido, temido ou esquecido. O observador é obrigado a ver-se a si mesmo e a descobrir atitudes semelhantes em si mesmo, e até mesmo outras. “O entretenimento reimpregna aquilo que as pessoas de qualquer forma já são, e, como sempre, também aqui os trabalhos da memória estão associados a oportunidades de aprendizado.”⁸⁸

⁸⁵ Boal (2003, p. 117).

⁸⁶ Ibid., p. 73.

⁸⁷ Luhmann (2005b, p. 102).

⁸⁸ Ibid., p. 104. Ao traçar um paralelo com as interações do TL, configura-se, portanto, o elemento que confere a segurança e a credibilidade necessárias aos espectadores

No entanto, a Arte produz poucos efeitos sobre outros sistemas de funções, por isso há poucas resistências à sua diferenciação e autonomia. Em boa parte da Idade Média, a Arte servia aos assuntos religiosos, não só para a instrução, mas para a preservação e atualização da memória. Hodiernamente, sua autonomia já é posta. A sociedade se decidiu pela diferenciação autônoma dos sistemas. Dessa forma, a Arte desenvolveu meios próprios de defender-se da alienação da religião, da política e da produção massiva industrial⁸⁹.

Para Luhmann, as obras de arte seriam prognósticos, pois frequentemente se antecipam à evolução social, tornando-se sua propulsora. O Direito, no entanto, possui estruturas que possibilitam a aceitação psíquica das expectativas normativas geradas no sistema social.⁹⁰ Germano Schwartz e Elaine Macedo entendem que através do paralelo entre Direito e literatura é possível visualizar uma “(re)descoberta” entre Direito e Arte, assim, pode se usar de critérios e conceitos artísticos para a compreensão e análise do Direito. Explorando tal concepção citam Bagnall, que afirma “*Law is a kind of art work*”. Ou seja, os processos de conhecimento tanto da Arte quanto do Direito são correlatos, pois o Direito seria uma hipótese artística; ambos seriam abstrações construídas sobre outras abstrações (normas e obras). Ademais, ambos seriam mensurados pela sua capacidade de causar impacto sobre a sociedade. Os referidos autores salientam que algumas características podem ser atribuídas tanto à Arte quanto ao Direito. Senão, vejamos:

(1) *A Arte é profundamente pessoal* – sua valorização, sua percepção ou sua interpretação varia de pessoa a pessoa. Esse argumento não é diverso daquele defendido pela inversão do esquema objeto/sujeito empregado pela questão da semiótica, pela hermenêutica filosófica aplicada ao Direito ou pela observação de segundo grau da teoria dos sistemas sociais *autopoieticos* (Direito). Dito de outra forma: o enten-

para ingressarem na “realidade” proposta na encenação teatral e modificá-la, a moldura estética que diferencia a “realidade cênica” da “realidade normal”.

⁸⁹ Id., 2005a, p. 308.

⁹⁰ Em tempo, cabe lembrar que por expectativas normativas o Autor entende “*expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos*. Seu sentido implica na incondicionabilidade de sua vigência na medida em que a vigência é experimentada e, portanto, também institucionalizada, independentemente da satisfação fática ou não da norma”.

dimento das normas é algo pessoal, especialmente quando se trata de interpretação constitucional.

(2) *Existe uma dependência sentimental com relação à Arte* – a afeição, o cuidado ou o desejo que as pessoas nutrem em relação a obras artísticas também são possíveis de serem percebidos com relação ao Direito. Veja-se, nesse sentido, o apego americano à sua Constituição e o valor que ela transmite àquela sociedade. Brooks afirma, por exemplo, que a Carta Magna dos Estados Unidos trata de recontar o mito fundador americano. Logo, seu papel ultrapassa a normatividade e se instala em uma ambiência sentimental.

(3) *Não é a experiência, mas o sentido artístico que se torna relevante* – as obras artísticas não valem por si só. É seu sentido, fornecido pela pessoa, o elemento de relevância para a aquisição de importância da obra artística. O mesmo raciocínio é aplicado ao Direito, quando, por exemplo, se pode falar, no Brasil, de normas que “pegam” e de normas que “não pegam”. Ou, em outro sentido, é a mesma ilação a respeito da ponderação de princípios em relação a direitos fundamentais: o sentido (peso) de um prevalecerá em relação ao outro a partir da idéia da percepção formada a respeito do caso posto.⁹¹

Conclui-se que a Arte, como o Direito, corresponde a um sistema *auto-poiético*, ou seja, possui procedimentos internos de sustentação. Este sistema pode se realizar de diversas maneiras, por exemplo, através do teatro. A Arte possibilita a inovação, e o TO, enquanto manifestação artística, “[...] transita constantemente entre a vida e a ficção, entre a realidade viva e a que podemos inventar, entre o passado e o presente, mas sobretudo invade o futuro”⁹².

CONCLUSÃO

Vivemos em um mundo mudado e mutante⁹³. Fazemos parte de uma sociedade democrática, ainda que imperfeita, haja vista as injustiças sociais, a má distribuição da riqueza, dentre outras mazelas que afligem nosso país,

⁹¹ Schwartz e Macedo (2009).

⁹² Boal (2003, p. 77).

⁹³ Warat (2004).

mais especificamente a cidade do Rio de Janeiro, típica metrópole latino-americana.

Nesse panorama de falência da ordem pública no que concerne à resolução de problemas sociais, configurada pelo não suprimento de serviços básicos de saneamento, saúde, educação, transporte, moradia, segurança, dentre outros, algumas medidas são tomadas pelos próprios cidadãos, a fim de atenuar tal situação.

O Direito não fica imune a tais transformações. Apesar de seu sistema caracterizar-se pela estabilização das expectativas contrafáticas, o mesmo também é fruto das condições ambientais que permitem a sua criação e manutenção.

Ademais, as mudanças que ocorrem em seu sistema se dão através da codificação do não-Direito em Direito. Com isso, denota-se que além de existir uma inter-relação entre o sistema do Direito e outros sistemas, nesse caso o sistema da Arte, também o Direito não se caracteriza pela simples ordem Estatal. Haja vista sua relação com o ambiente, que é extremamente mais ampla e complexa do que isso.

O TL é a forma de Arte que está sendo usada para conseguir “irritar” o Direito. Alguns de seus méritos residem no fato de romper com a estrutura estática do teatro tradicional, convidando o espectador a transformar-se em “espect-ator”, donde surgem respostas às quais não se chegaria se não propostas pelo nicho social que sofre na pele com os problemas que se põem em evidência. O TL é hoje uma experiência em pleno desenvolvimento, em consonância com a realidade social que nos cerca, configurando uma forma criativa para agir, pois, como diria Warat, não devemos temer buscar soluções não convencionais para problemas convencionais! ⁹⁴

O TL é uma experiência através da qual o cidadão se reveste de sua cidadania em sentido pleno, fazendo valer o evidenciado na Carta Magna em seu primeiro artigo, pelo qual o poder é emanado do próprio povo. ⁹⁵ Há uma íntima interação do cidadão, que vivencia a situação de intempérie social, da qual ele mesmo vai propor a mudança (e quem melhor para fazê-lo?). As interações de

⁹⁴ Ibid., p. 539.

⁹⁵ “Art. 1º [...] Parágrafo único. *Todo o poder emana do povo*, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” (Grifos nossos)

TL proporcionam a atuação desse cidadão, seja porque lhe oferecem uma moldura de segurança que o desinibe a exercer sua cidadania, seja porque possibilitam, com isso, sua participação ativa. Mas o TL não deixa a Arte cair num vazio despropositado, ele permite a interação com o sistema do Direito. O Direito, ao prever a possibilidade de Iniciativa Popular de Projeto de Lei, interage com as propostas que foram conquistadas através da Arte, o que por si só já evidencia o exercício da cidadania. Esses Projetos de Lei, uma vez sancionados, conferindo-se-lhes, portanto, eficácia *erga omnes*, valem-se da legitimação que lhes é outorgada pela sociedade, pois que se tornaram leis, para provocar transformações sociais, benéficas e ansiadas, sobretudo pelas camadas menos abastadas da população.

Sendo assim, o presente trabalho está imbuído da esperança de que cada vez mais as relações entre os sistemas, como a Arte e o Direito, acarretem em seus observadores a vontade de transformação e a busca por oportunidades reais, dentro de cada realidade, de efetivá-la, fazendo jus ao exercício da cidadania, a qual possui no Direito sua fonte legitimadora, mas que encontrou na Arte uma maneira efetiva de influir no processo legislativo, criando Direito, a fim de buscar o bem-estar social. Dessa forma, trilhar-se-á um caminho promissor, pois “[...] o que outorga sentido à vida é a possibilidade de aprender a vida criativamente”⁹⁶.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. Uma carta de princípios para um direito como ordem prática. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BENJAMIN, Walter. *Obras Escolhidas*. Trad. S. P. Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 1985. v. I, Magia e técnica, arte e política.
- BOAL, Augusto. *Teatro Legislativo: versão beta*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996. 152 p.

⁹⁶ Warat (1997, p. 34).

- _____. *O Teatro como Arte Marcial*. Rio de Janeiro: Garamond, 2003. 204 p.
- _____. *Teatro do Oprimido e outras poéticas políticas*. 7. ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. 304 p.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 2 out. 2010.
- CARVALHO, Eduardo. *Carta Maior*. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=12976> Acesso em: 16 jul. 2009.
- DE GIORGI, Raffaele. *Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. *La Ley Del Más Débil*. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2002.
- GRÁVIDA que perdeu o filho e teve o braço rabiscado recebe alta do hospital. *O Globo*. Rio de Janeiro, 7 jul. 2009. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/mat/2009/07/07/gravida-que-perdeu-filho-teve-braco-rabiscado-recebe-alta-do-hospital-756697471.asp>> Acesso em: 30 set. 2010.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LUHMANN, Niklas. *El Arte de La Sociedad*. México: Herder, 2005a.
- _____. *A Realidade dos Meios de Comunicação*. Trad. Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005b. 199 p.
- _____. *El Derecho de La Sociedad*. México: Herder, 2006.
- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e Função do Direito na Teoria da Sociedade. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da Auto-Observação: Percursos da Teoria Jurídica Contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997.
- NOGUEIRA, Selene et al. *Grupos Sociais e Indústria do Entretenimento*. Artigo publicado nos Anais do I SEE. Rio de Janeiro, out. 2005.
- ORTIZ, Renato. *Mundialização e Cultura*. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROCHA, Leonel Severo. Da Epistemologia Jurídica Normativista ao Construtivismo Sistêmico. *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, v. 1, p. 1033-1065, 2008.

SANT'ANNA, Catarina. Poder e Cultura: as lutas de resistência crítica através de duas experiências teatrais. In: MATO, Daniel (Comp.). *Estudios y otras prácticas intelectuales latinoamericanas en cultura y poder*. Caracas, Venezuela: Clacso, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2002. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/cultura/santanna.doc>> Acesso em: 15 jul. 2009.

SCHWARTZ, Germano; MACEDO, Elaine. *Pode o Direito ser Arte? Respostas a partir do Direito e Literatura*. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/germano_schwartz.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2009.

SILVA, Fabio Costa Morais de Sá. *Ensino jurídico: a descoberta de novos saberes para a democratização do direito e da sociedade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito III: O Direito não estudado pela Teoria Jurídica Contemporânea*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997. 238 p.

_____. *Territórios Desconhecidos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 1. Coord. Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. 584 p.

Jamile Khede Israel é Advogada e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Normas de publicação

1. Os trabalhos enviados para publicação devem ser inéditos ou ter tido circulação restrita, com exceção de pareceres, petições e outros ensaios que, a critério do Conselho, possam ser republicados. Se a publicação estiver pendente em outro local, solicita-se avisar à Coordenação de Publicação assim que receber a aceitação. Não serão aceitos artigos que circulem na internet.
2. As contribuições enviadas sob a forma de artigo devem ser apresentadas em no máximo 25 (vinte e cinco) laudas, incluindo figuras, notas de rodapé, referências e anexos. As figuras deverão ser em P&B, ter extensão JPG ou TIF e 300 dpi.
3. Qualquer destaque que se queira dar ao texto, sempre com parcimônia, deve ser feito com o uso do itálico. Não deve ser usado o negrito ou o sublinhado.
4. O texto deve ser digitado com fonte *Times New Roman* corpo 12 e espaçamento de 1,5. As citações de mais de três linhas devem ser destacadas do texto – margem de 4 cm do lado esquerdo com fonte corpo 10 e espaçamento simples. As notas de rodapé, paginação e legendas de ilustrações e tabelas devem ser digitadas com fonte corpo 10 e espaçamento simples.
5. Para as resenhas críticas de publicações, recomenda-se o máximo de 4 páginas.
6. As referências devem ser redigidas de acordo com a NBR 6023/2002 da ABNT:
 - a) Livro
LIRA, Ricardo-César Pereira. *Elementos de Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 400 p.
MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
 - b) Artigo
HABERMAS, Jürgen. O falso no mais próximo: sobre a correspondência Benjamin/Adorno. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 69, p. 35-40, jul. 2004.
 - c) Capítulo de livro
PEREIRA, Antônio Celso Alves. Apontamentos sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GUERRA, Sidney Cesar da Silva. (Org.). *Temas Emergentes de Direitos Humanos*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2006. p. 29-42.
 - d) Dissertações e Teses
MARQUES, Ana Flávia. *Novos parâmetros na regionalização dos territórios: estudo do zoneamento ecológico-econômico (ZEE) na Amazônia legal e das bacias hidrográficas do Rio Grande do Sul*. Santa Cruz do Sul, 2006. 189f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Regional) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2006.
 - e) Artigo e/ou matéria de revista em meio eletrônico
WACQUANT, Loïc. Elias no gueto. *Rev. de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 10, jun. 1998. Disponível em: <<http://www.humanas.ufpr.br/publica/revsopol>>.
7. Devem ser enviados um resumo em português e inglês e uma relação de no máximo 5 (cinco) palavras-chave (em português e inglês) para efeito de indexação.
8. O autor deve enviar informações relativas à sua trajetória profissional e vínculos institucionais (no máximo 5 linhas).
9. O Conselho Editorial da Revista reserva-se o direito de propor modificações ou devolver os trabalhos que não seguirem essas normas. Os autores poderão reenviá-las, desde que efetuadas as modificações necessárias.
10. Os artigos devem ser enviados à Comissão Editorial da *Revista OABRJ* através do endereço eletrônico pesquisa@oabrj.org.br.
11. Em caso de aprovação, o autor deverá enviar pelo correio a autorização por escrito para disponibilização em texto completo nas bases de dados às quais a *Revista OABRJ* esteja indexada e na *homepage* da *Revista OABRJ*.

Impresso em
setembro de 2012